



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO
IN SCIENZE GIURIDICHE

DIPARTIMENTO
DI STUDI INTERNAZIONALI, GIURIDICI E STORICO-POLITICI

CURRICULUM DI DIRITTO INTERNAZIONALE
Ciclo XXVIII

**PROBLEMI DI ADEGUAMENTO
DEGLI ORDINAMENTI INTERNI AL DIRITTO
INTERNAZIONALE IN TEMA DI CRIMINI INTERNAZIONALI**
IUS/13

Paredi Laura

Tutor:

Prof. Marco Pedrazzi

Prof. Edoardo Greppi

Coordinatrice:

Prof.ssa Gigliola Di Renzo Villata

A.A.

2014/2015

INDICE

Introduzione	1
Capitolo primo. Gli ordinamenti interni nell'odierno sistema di giustizia penale internazionale.....	5
1.1. I tribunali internazionali e le giurisdizioni nazionali. Da 'primacy' a 'complementarity'	5
1.1.1 I processi del secondo dopoguerra	6
1.1.2 La 'Primacy' dei Tribunali ad hoc.....	8
1.1.3 La complementarità della Corte penale internazionale rispetto alle giurisdizioni nazionali	15
Capitolo secondo. Gli Stati e l'attuazione del diritto internazionale penale sostanziale. Riflessioni alla luce dello Statuto di Roma.....	21
2.1 Crimini internazionali e approcci all'attuazione	22
2.2 Riformulazione dei crimini internazionali negli ordinamenti interni	27
2.2.1 La formulazione delle norme internazionali e gli ordinamenti interni.....	29
2.2.2 Diritto internazionale consuetudinario e oltre	41
2.3 La normativa italiana sui crimini internazionali	47
2.4 La parte generale relativa ai crimini internazionali.....	54
2.4.1 L'elemento soggettivo relativo ai crimini internazionali	54
2.4.2 La responsabilità del superiore	59
2.4.3 La nozione di 'crimine internazionale'	69
2.5 Osservazioni conclusive.....	73

Capitolo terzo. Gli obblighi degli Stati in relazione ai crimini internazionali. Un'analisi degli obblighi di perseguire e di incorporare i crimini internazionali nel diritto internazionale 77

3.1 Gli obblighi di adeguamento nello Statuto di Roma.....	79
3.1.1 L'obbligo di cooperazione.....	79
3.1.2 Obblighi di attuazione delle previsioni in tema di crimini internazionali .	80
3.1.3 Un 'obbligo' di complementarità?.....	82
3.1.4 Attuazione delle previsioni relative ai crimini internazionali e ricevibilità	85
3.1.5 Crimini internazionali o crimini ordinari? Il dibattito.....	91
3.2 Gli obblighi degli Stati sulla base di convenzioni internazionali.....	100
3.2.1 La Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di Genocidio (1948)	101
3.2.2 Le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e il primo Protocollo addizionale del 1977.....	106
3.2.3 I crimini contro l'umanità.....	111
3.3 Osservazioni conclusive.....	117

Capitolo quarto. Gli obblighi degli Stati in relazione ai crimini internazionali. Prospettive e sviluppi futuri..... 119

4.1. Solo una responsabilità dell'individuo? Interrogativi circa la responsabilità e gli obblighi degli Stati in relazione ai crimini internazionali.....	119
4.2 Il Progetto di articoli della CDI e la responsabilità dello Stato per violazione di norme di <i>jus cogens</i>	122
4.3 Diritti umani e obblighi positivi degli Stati.....	133
4.3.1 Il caso Velasquez Rodriguez e l'obbligo di prevenire, investigare e punire le violazioni dei diritti umani	134

4.4 Obblighi degli Stati in relazione ai crimini internazionali. Prospettive e sviluppi futuri	145
4.4.1 Verso una convenzione sui crimini contro l'umanità?	149
Conclusioni	161
Bibliografia	169
Giurisprudenza	181
Elenco dei documenti citati	187

Introduzione

Giungere ad una conclusione circa l'adeguamento al diritto internazionale penale sostanziale richiede, nella prospettiva in cui si inserisce il presente lavoro, la presa in considerazione di aspetti di carattere generale e sistemici, che fungano da cornice a quello che dovrà essere il cuore della ricerca. Occorre quindi iniziare dalla cornice, per poi lentamente andare a posare lo sguardo sul dipinto. Seguendo tale approccio, l'argomento di ricerca verrà quindi sviluppato considerando i principali caratteri dell'odierna giustizia penale internazionale, ovvero come lo stesso si è evoluto nel corso della storia e come esso appare oggi ai nostri occhi. L'evoluzione del sistema di giustizia penale internazionale sarà quindi affrontato avendo come perno fisso i sistemi giuridici interni e il ruolo mutevole che essi sono andati via via a rivestire dal secondo conflitto mondiale sino ai giorni nostri.

Avendo ben chiaro questo in mente, uno dei modi migliori per introdurre uno studio su questioni di adeguamento e di rapporto tra ordinamento internazionale e ordinamenti interni è cominciare dal basilare concetto di sovranità. La sovranità è un concetto chiave in diritto internazionale. Essa è la sorgente del diritto internazionale, senza la quale lo stesso non sarebbe mai venuto ad esistenza. Questa è un'affermazione abbastanza scontata. Ma procediamo un passo alla volta. Perché è quindi importante richiamare questo essenziale concetto? Molto semplicemente in quanto la sovranità è ciò che crea la tensione tra l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni. In dottrina ci si è spesso riferiti alla sovranità come ad un 'velo' che sarebbe proprio situato tra l'ordinamento interno di un dato Stato e l'ordinamento internazionale, costituendo in qualche modo una divisione tra gli stessi, o, meglio ancora, come qualcosa che interferisce in qualche modo nel rapporto tra i due ordinamenti. Pensando infatti ad un'ipotesi estrema, senza tale velo non esisterebbe più alcuna divisione tra i due ordinamenti. A dire il vero, non esisterebbero più nemmeno due ordinamenti, in quanto ce ne sarebbe solo uno. Se tale velo è sempre stato un freno all'ingerenza delle norme internazionali negli ordinamenti interni, è anche altrettanto vero che la struttura di questo velo è col passare del tempo mutata significativamente. Da velo impenetrabile dei primi anni di vita della società internazionale, esso è andato assottigliandosi, fino quasi a diventare trasparente.

L'ordinamento internazionale è quindi andato incessantemente a svilupparsi e ad avere un impatto sempre più significativo sugli Stati della società internazionale e questo sviluppo è andato di pari passo con l'apertura degli ordinamenti nazionali alle sue norme. Il diritto internazionale classico era un diritto degli Stati e per gli Stati. Le norme di tale rudimentale ordimento giuridico erano quindi indirizzate agli Stati sovrani e dispiegavano i loro effetti soltanto su di essi. La sovranità era quindi la regina del diritto internazionale e il velo era nel suo massimo splendore e spessore. Il secondo conflitto mondiale è stato l'avvenimento storico che ha aperto una breccia nella sovranità. Le atrocità commesse nel corso dello stesso segnaron profondamente la coscienza dei popoli e sconvolsero il diritto internazionale tradizionale, nonché gli ordinamenti interni degli Stati. Questi ultimi non erano più gli unici soggetti del diritto internazionale, ma il panorama diveniva più variegato. Da un lato, lo sviluppo dei diritti umani con gli importanti trattati del dopoguerra posero degli obblighi ben precisi in capo agli Stati nei confronti degli individui posti sotto la loro giurisdizione, mentre, dall'altro lato, ancor prima dello sviluppo delle norme sui diritti umani, la nascita del diritto internazionale penale ha rappresentato una rivoluzione per l'intero sistema. Se è vero che i diritti umani mirano a tutelare l'individuo, andando in tal modo ad ingerirsi nella sfera riservata degli Stati, è però altrettanto vero che tali norme internazionali si indirizzano agli Stati stessi. Nell'ambito dei diritti umani, gli Stati si configurano come un filtro tra l'ordinamento internazionale e gli individui, frapponendosi tra di essi. La protezione dell'individuo è l'obiettivo delle norme internazionali sui diritti umani, ma tali norme pongono obblighi in capo agli Stati, la non ottemperanza dei quali genera una responsabilità degli stessi. Se invece si riflette bene sul significato dei processi del dopoguerra e sulla nascita del diritto internazionale penale, si capisce bene che la portata della svolta è forse più radicale rispetto agli sviluppi che avrebbero poi avuto luogo con l'entrata in vigore dei grandi trattati sui diritti umani. Tribunali quali quelli istituiti a Norimberga e a Tokio vennero difatti chiamati a giudicare crimini di individui ovvero a valutare la responsabilità penale degli individui e non degli Stati, laddove fino ad allora il diritto internazionale non conosceva che la responsabilità degli Stati. La giurisdizione penale sugli individui, che era sempre stata sottoposta all'esclusivo dominio degli Stati, viene così per la prima volta sottratta all'ambito

domestico degli Stati per essere affidata ad una giurisdizione internazionale. La svolta di cui sopra acquisisce ancora più importanza nell'evoluzione del diritto internazionale in quanto viene ad affermarsi, per poi progressivamente consolidarsi, l'idea che il diritto internazionale ponga degli obblighi direttamente in capo agli individui, in particolare per quanto concerne la commissione dei cosiddetti '*core crimes*'. La commissione di crimini internazionali ingenera quindi una responsabilità penale direttamente in capo agli individui, per cui viene meno 'l'intermediazione' dello Stato. Gli Stati cessano quindi di essere i soli destinatari di norme internazionali e gli unici soggetti di diritto internazionale. L'individuo irrompe nella società degli Stati e acquisisce una soggettività internazionale.

La potenza di tale rivoluzione deve però essere, a nostro avviso, rapportata a quella che è la realtà delle cose. Se è assolutamente vero che questo è stato un cambiamento epocale - non solo dal punto di vista giuridico, ma, come è ovvio che sia, umano, sociale, storico - è purtroppo vero che l'impulso iniziale ha conosciuto spesso battute di arresto, dovendosi scontrare con l'ostilità degli Stati ad ingerenze nella propria sfera domestica. Così si vedrà che la diretta imposizione di obblighi in capo agli individui e la loro diretta responsabilità sulla base di norme internazionali non può essere considerata piena.

La sovranità appare quindi come un concetto fondante del diritto internazionale, ma, al tempo stesso, come qualcosa che frena e va ad interferire con l'applicazione delle sue norme e che nel caso particolare in oggetto può essere quindi contrapposta alla *ratio* stessa del diritto internazionale penale. Manifestazioni di questa contrapposizione si rinvengono nel dualismo tra giurisdizioni nazionali e giurisdizioni internazionali e tra diritti interni e diritto internazionale. Tutto ciò non si traduce in un mero conflitto di giurisdizione, ma comporta un conflitto sostanziale di sistemi che rispondono a logiche diverse e talvolta a sé stanti. Questo avviene anche per le norme relative ai c.d. '*core crimes*' che, almeno sul piano teorico, non necessiterebbero di un'attuazione a livello interno in quanto le norme internazionali relative ai crimini internazionali si impongono direttamente agli individui, i quali se non osservano tale divieto sono direttamente responsabili indipendentemente dal fatto che gli Stati abbiano o meno incorporato le previsioni relative ai crimini internazionali nei propri ordinamenti.

Nel primo capitolo ci preoccuperemo di andare ad osservare qual è stato storicamente il ruolo e anche il contributo degli ordinamenti interni nel sistema di giustizia penale internazionale. Dapprima si vedrà quindi il ruolo dei sistemi e delle giurisdizioni nazionali dopo il secondo conflitto mondiale, fino ad arrivare all'assetto emerso dall'adozione dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale che ruota attorno al concetto di complementarità. Scopo del primo capitolo è quindi fornire un'introduzione generale della problematica oggetto della presente trattazione, delineando la distribuzione del carico di lavoro nell'odierno sistema di diritto internazionale penale.

Il secondo capitolo sarà invece dedicato ad un'analisi delle problematiche che gli Stati incontrano nell'adozione di una normativa in tema di crimini internazionali.

Nel terzo capitolo ci si interrogherà sugli obblighi che il diritto internazionale penale pone in capo agli Stati in relazione ai crimini internazionali, analizzando gli strumenti di diritto internazionale pattizio - Statuto di Roma e non solo - con l'obiettivo di fornire un quadro generale delle problematiche che presenta la nostra ricerca, con il fine di discutere il contenuto degli obblighi che gravano sugli Stati.

Sulla scia del terzo capitolo, il quarto e ultimo capitolo proseguirà l'indagine in merito agli obblighi degli Stati in tema di crimini internazionali, guardando però al Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale del 2001 sulla responsabilità dello Stato e agli sviluppi nel campo dei diritti umani. Le ultime considerazioni saranno dedicate allo studio intrapreso dalla Commissione di diritto internazionale volto ad elaborare una convenzione internazionale in tema di crimini contro l'umanità e alle prospettive future in tale ambito.

Capitolo primo. Gli ordinamenti interni nell'odierno sistema di giustizia penale internazionale

1.1. I tribunali internazionali e le giurisdizioni nazionali. Da 'primacy' a 'complementarity'

Questa prima parte del capitolo si svilupperà attorno ad una prima, semplice domanda. Chi ha il compito di perseguire i responsabili di crimini internazionali? Come si vedrà meglio in seguito e come si è già accennato nella parte introduttiva, questa domanda è di estrema rilevanza per l'adeguamento degli ordinamenti interni al diritto internazionale penale e aiuta a comprendere il perché gli Stati devono avere una legislazione in tema di crimini internazionali.

Il diritto internazionale penale nasce nel dopoguerra con l'idea che vi siano dei crimini così gravi da trascendere i confini di uno stato, al punto da preoccupare e coinvolgere la comunità internazionale nel suo insieme. La commissione di questi crimini sconvolge la coscienza dell'umanità intera e, anche qualora tali barbarie rimangano confinate all'interno di un singolo stato, la loro violenza e il fatto che vanno ad infierire su valori fondamentali posti a protezione degli individui, impone alla comunità internazionale di non stare a guardare e porvi rimedio. È però difficile ristabilire pace e sicurezza senza che sia fatta giustizia, sebbene talvolta la storia abbia mostrato casi in cui la giustizia può essere un ostacolo al ristabilimento della pace.¹ Laddove infatti vi sia un divieto di porre in essere una determinata condotta e laddove una tale condotta non sia semplicemente percepita come socialmente dannosa, ma come grave a tal punto da destare la preoccupazione dell'intera comunità, è altrettanto ovvio che non solo vi sarà l'esigenza di porre fine al comportamento illecito, ma anche di punire colui che l'ha perpetrato.

¹ Ci riferiamo al dilemma *peace v. justice*, ormai noto in diritto internazionale penale, con particolare riguardo alla questione delle amnistie.

1.1.1 I processi del secondo dopoguerra

Storicamente la comunità internazionale ha cercato di rispondere a queste esigenze di giustizia tramite la creazione di tribunali internazionali, talvolta per ragioni più simboliche che pratiche, ma la maggior parte delle volte perché gli Stati aventi giurisdizione non erano essi stessi nelle condizioni di perseguire i presunti responsabili di crimini internazionali. L'istituzione del primo tribunale internazionale ne è un esempio.² L'accordo di Londra dell'8 agosto 1945³ diede vita al Tribunale militare internazionale di Norimberga, il cui scopo sarebbe stato quello di perseguire i maggiori criminali nazisti dell'epoca. Sebbene si associno spesso i processi dell'immediato dopoguerra a tale tribunale, è però altrettanto importante ricordare che l'IMT si occupò di un limitato numero di casi e altrettanti processi vennero condotti da altri tribunali, i quali non avevano nulla di 'internazionale'. L'idea di giustizia che emerge in questa fase storica traspare chiaramente in una dichiarazione congiunta degli alleati, precedente all'Accordo di Londra e che quest'ultimo avrebbe ripreso in modo pressoché identico. Leggendo attentamente la Dichiarazione di Mosca datata ottobre 1943 si evince che:

[...] those German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of free governments which will be erected therein.⁴

L'idea degli alleati era quindi quella di rispedire i criminali tedeschi nei luoghi dove avevano commesso quei crimini efferati, di modo tale che potessero essere lì giudicati, da tribunali e leggi locali⁵. Il processo di Norimberga condotto dall'IMT

² È però meglio precisare che il Tribunale militare internazionale di Norimberga non è stato tecnicamente un vero e proprio tribunale internazionale, in quanto tribunale istituito dalle potenze occupanti nell'esercizio dei propri poteri. Esso però viene in genere ricordato come il primo tribunale internazionale per la sua importanza e perché con esso nasce il diritto internazionale penale.

³ *Charter of the International Military Tribunal ('IMT Statute')*, in *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis ('London Agreement')*, August 8, 1945, 82 UNTS 280.

⁴ *Statement on Atrocities Signed by President Roosevelt, Prime Minister Churchill and Premier Stalin*, The Moscow Conference, October 1943.

⁵ MUNDIS D. A., *Completing the Mandates of the Ad Hoc International Criminal Tribunals: Lessons from the Nuremberg Process?* in 28 *Fordham International Law Journal* 592 (2004), pp. 592-594.

doveva invece occuparsi dei “*major war criminal of the European Axis*”.⁶ Doveva quindi essere il simbolo della nascita di quello che sarebbe divenuto un nuovo ordine internazionale, per mostrare a tutta la comunità internazionale che crimini contro valori fondamentali e contro la dignità degli individui non sarebbero mai più stati lasciati impuniti. Norimberga e Tokyo⁷ vengono ad assumere la connotazione di veri e propri teatri di giustizia e i condannati e i crimini per cui sono condannati sono mostrati all’opinione pubblica mondiale. Quel che più qui interessa è però sottolineare che a questi processi si affiancarono, da un lato, quelli dei tribunali nazionali di diversi Stati e, dall’altro lato, i processi delle potenze occupanti, le quali istituirono propri tribunali militari nelle rispettive zone di occupazione, i quali avrebbero dovuto giudicare i presunti responsabili sulla base della *Control Council Law No. 10*.⁸

In questa prima fase quindi la giustizia internazionale assume diverse facce: la faccia simbolica dei Tribunali militari internazionali e quella della giustizia locale, la quale può sicuramente risultare di minore impatto, ma che rimane ugualmente significativa. La nascita del diritto internazionale penale è sancita quindi da un sistema di giustizia che potrebbe essere definito come ‘misto’, dove giurisdizioni internazionali e giurisdizioni interne lavoravano fianco a fianco senza alcun sistema predefinito di ripartizione delle rispettive competenze, se non quello sancito nello

⁶ L’art. 1 dello Statuto dell’IMT affermava: “*There shall be established after consultation with the Control Council for Germany an International Military Tribunal for the trial of war criminals whose offences have no particular geographical location whether they be accused individually or in their capacity as members of organizations or groups or in both capacities*”. Esso veniva così creato per perseguire quei criminali i cui atti non avevano una particolare collocazione geografica. L’art. 3 proseguiva introducendo l’idea che la giurisdizione del Tribunale si sarebbe dovuta concentrare su quelli che erano i maggiori criminali di guerra dell’epoca, dove l’espressione ‘*major war criminals*’ deve essere considerata nel suo significato più ampio, comprendente tutte le categorie di crimini internazionali allora conosciute e non solo ai crimini di guerra: “*Each of the Signatories shall take the necessary steps to make available for the investigation of the charges and trial the major war criminals detained by them who are to be tried by the International Military Tribunal. The Signatories shall also use their best endeavours to make available for investigation of the charges against and the trial before the International Military Tribunal such of the major war criminals as are not in the territories of any of the Signatories*”, IMT Statute (1945).

⁷ *International Military Tribunal for the Far East*, Proclaimed at Tokyo, 19 January 1946 and Amended 26 April 1946, T.I.A.S. No. 1589 (entered into force 19 January 1946), ANNEX, Charter for the International Military Tribunal for the Far East, 4 Bevans 27 (‘*Tokyo Charter*’).

⁸ *Control Council Law No. 10*, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace, and Humanity, 20 December 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946) (‘*Control Council Law No. 10*’). MUNDIS D. A., *op. cit.*, pp. 595-600.

Statuto dell'IMT in base a cui la giurisdizione internazionale si sarebbe dovuta occupare dei criminali maggiori, dei vertici del nazismo.⁹

1.1.2 La 'Primacy' dei Tribunali ad hoc

Dopo i processi di Norimberga e di Tokyo non vi furono, come del resto è ben noto, 'processi internazionali' per un lungo periodo di tempo. Si dovette aspettare la fine della guerra fredda e le crisi in Jugoslavia e in Ruanda per vedere di nuovo la giustizia penale internazionale all'opera. La giustizia internazionale degli anni novanta riapparso sotto forma di Tribunali *ad hoc* creati su iniziativa del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite per reprimere i crimini commessi nel corso di due conflitti specifici. Ciò che assume un maggiore interesse per la presente ricerca è, in particolare, l'assetto che la giustizia penale internazionale è andata ad assumere in questo periodo. Ovviamente, cambia il contesto, cambia la tipologia stessa di soluzione alle esigenze di giustizia avanzate dalla comunità internazionale, ma, almeno per la prospettiva di interesse del presente lavoro, forse è possibile dire che, per quanto riguarda la questione del ruolo e dell'importanza degli ordinamenti interni e dei tribunali nazionali, tutto ciò cambia almeno in apparenza.¹⁰

L'art. 9 dello Statuto dell'ICTY è rubricato "*Concurrent jurisdiction*" e lascia implicito che il Tribunale non dovrà esercitare il suo mandato da solo, ma eserciterà le sue funzioni in parallelo alle corti interne.¹¹ Il primo paragrafo di tale articolo parte quindi dal logico presupposto che vi possano essere Stati che avviano indagini o procedimenti penali su casi che ricadono nell'ambito di competenza dell'ICTY. Il paragrafo 2 introduce però il concetto di '*primacy*':

⁹ CASSESE A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 319-322; CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D., WILMSHURST E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, New York, 2010, pp. 109-118.

¹⁰ V. *infra*. In particolare si rinvia a quanto si dirà nelle prossime pagine in merito alla c.d. '*primacy*' dei Tribunali *ad hoc* e alle modifiche dei rispettivi statuti, nonché delle *Rules of Procedure and Evidence*.

¹¹ Art. 9(1): "*The International Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991*", *Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia ('ICTY Statute')*, S.C. Res. 827 annex, U.N. Doc. S/RES/827, 25 May 1993.

The International Tribunal shall have primacy over national courts. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International Tribunal in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal.¹²

I tribunali *ad hoc* vengono quindi istituiti con l'idea di *primacy* rispetto ai tribunali locali. 'Primacy' è un concetto nuovo e va a distinguersi da quanto contenuto nello Statuto dell'IMT.¹³ Esso opera come un criterio di ripartizione tra giurisdizioni internazionali e nazionali, distribuzione che in tal caso si risolve facendo pendere l'ago della bilancia più dalla parte dei tribunali internazionali, i quali hanno precedenza sui tribunali nazionali e, in qualsiasi momento, possono sottrarre un caso alla competenza delle corti interne. Nonostante lo Statuto preveda formalmente una *primacy* dell'ICTY, il modo di procedere dei tribunali è stato ben lungi dall'esercitare questo primato rispetto alle giurisdizioni nazionali.¹⁴ Come si può osservare, il paragrafo 2 dell'articolo 9 aggiunge "*in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence*" (RPE). In linea con tale previsione, i giudici dell'ICTY hanno stabilito regole più precise in materia di ripartizione dei casi con le giurisdizioni interne, introducendo cambiamenti significativi rispetto alla proclamata primazia di cui allo Statuto. La seconda parte delle Regole di procedura e di prova reca il titolo "*Primacy of the Tribunal*". All'articolo 8¹⁵ viene innanzitutto affermato che qualora un caso ricadente nella giurisdizione dell'ICTY sia sotto indagine o sia stato oggetto d'indagine o

¹² Art. 9(2), ICTY Statute (1993).

¹³ Anche lo Statuto dell'ICTR contiene un articolo speculare dove viene enunciate la '*primacy*' dei tribunali *ad hoc*. Art. 8(2): "*The International Tribunal for Rwanda shall have the primacy over the national courts of all States. At any stage of the procedure, the International Tribunal for Rwanda may formally request national courts to defer to its competence in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for Rwanda*", ICTR Statute (1994).

¹⁴ Vi sono ovviamente delle note eccezioni, quali, ad esempio, il noto caso Tadić, inizialmente innanzi ai tribunali della Germania e poi deferito all'ICTY (per ulteriore approfondimento sul caso si rinvia a: www.icty.org).

¹⁵ Rule 8 "Request for Information": "*Where it appears to the Prosecutor that a crime within the jurisdiction of the Tribunal is or has been the subject of investigations or criminal proceedings instituted in the courts of any State, the Prosecutor may request the State to forward all relevant information in that respect, and the State shall transmit such information to the Prosecutor forthwith in accordance with Article 29 of the Statute*", ICTY Rules of Procedure and Evidence, adopted 11 February 1994, entered into force 14 March 1994, UN Doc. IT/32/Rev.45, as amended on 8 December 2010 ('*ICTY Rules of Procedure and Evidence*').

procedimenti penali da parte delle corti di uno Stato, il procuratore può chiedere allo Stato la trasmissione delle informazioni rilevanti del caso. Se una tale richiesta viene avanzata, lo Stato “*shall transmit such information to the Prosecutor*”. L’articolo seguente è tuttavia di gran lunga più rilevante ed elenca i casi in cui una richiesta di *deferral* può essere effettuata da parte del Procuratore:

1) quando una condotta viene perseguita da un tribunale nazionale come un crimine ordinario;

2) quando non sono rispettati i requisiti di imparzialità ed indipendenza o qualora indagini e procedimenti penali siano portati avanti con l’obiettivo di proteggere un individuo o non siano condotti diligentemente;

3) qualora un caso sia strettamente correlato – o in altro modo riguardi - fatti o questioni giuridiche rilevanti, che possono avere delle implicazioni sulle indagini e i procedimenti del tribunale.¹⁶

In questi tre casi, il Procuratore può quindi chiedere alla Camera di primo grado che la corte interna deferisca il caso al Tribunale, che in tal modo viene sottratto alle indagini e ai procedimenti del Tribunale nazionale. Da tale articolo si può già notare la portata del cambiamento che viene introdotto dai giudici rispetto a quanto contenuto nello Statuto. Lo Statuto sembra infatti stabilire una *primacy* pressoché illimitata, in base a cui il Procuratore potrebbe richiedere un *deferral* anche in assenza dei tre scenari di cui all’art. 9 RPE. Limitandosi allo Statuto, l’unica eccezione all’ipotesi di *deferral* è ristretta al caso in cui un individuo sia già stato giudicato da un tribunale nazionale, in ossequio al principio del *ne bis in idem*, generalmente riconosciuto in tutti gli ordinamenti penali. Ancora, unica eccezione al principio del *ne bis in idem* è prevista in casi simili a quelli elencati all’art. 9 delle RPE. L’art. 10 prevede che un individuo già processato da un tribunale nazionale

¹⁶ Rule 9 “Prosecutor’s Request for Deferral”: “Where it appears to the Prosecutor that in any such investigations or criminal proceedings instituted in the courts of any State: (i) the act being investigated or which is the subject of those proceedings is characterized as an ordinary crime; (ii) there is a lack of impartiality or independence, or the investigations or proceedings are designed to shield the accused from international criminal responsibility, or the case is not diligently prosecuted; or (iii) what is in issue is closely related to, or otherwise involves, significant factual or legal questions which may have implications for investigations or prosecutions before the Tribunal, the Prosecutor may propose to the Trial Chamber designated by the President that a formal request be made that such court defer to the competence of the Tribunal”, ICTY Rules of Procedure and Evidence.

possa essere giudicato nuovamente dal Tribunale: i) se i procedimenti hanno ad oggetto crimini ordinari (e non crimini internazionali); ii) se il processo non è condotto in modo indipendente o imparziale, oppure risulta ideato per proteggere la persona sottoposta a processo o indagine o, ancora, qualora il processo o le indagini non siano stati portati avanti diligentemente.¹⁷ Al di là di quanto stabilito in virtù dell'art. 10, appare evidente che le RPE restringono la discrezionalità del Procuratore nel richiedere il *deferral* di un determinato caso. È la Camera di primo grado designata dal Presidente del Tribunale che è chiamata a decidere di una richiesta di *deferral* effettuata dal Procuratore. Tuttavia, i cambiamenti relativi al regime della c.d. *primacy* sono resi ancor più incisivi dalle disposizioni delle RPE che introducono una specifica disciplina per il *referral* di un caso alle autorità di uno Stato. Mentre gli articoli da 8 a 11 riguardano la richiesta di *deferral*, l'art. 11 *bis* è dedicato all'ipotesi opposta, che si verifica qualora il Tribunale decida di investire una corte interna, o meglio uno Stato, di un determinato caso.¹⁸ Tale previsione, che nel corso del tempo ha conosciuto diverse modifiche, ha assunto una particolare rilevanza alla luce della *Completion Strategy* adottata dal Tribunale¹⁹. L'ICTY, si ricorda, nasce, infatti, come un tribunale temporaneo, con mandato limitato nel

¹⁷ Art. 10 “Non-Bis-In-Idem”: “1. No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present Statute, for which he or she has already been tried by the International Tribunal.

2. A person who has been tried by a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law may be subsequently tried by the International Tribunal only if: (a) the act for which he or she was tried was characterized as an ordinary crime; or (b) the national court proceedings were not impartial or independent, were designed to shield the accused from international criminal responsibility, or the case was not diligently prosecuted.

3. In considering the penalty to be imposed on a person convicted of a crime under the present Statute, the International Tribunal shall take into account the extent to which any penalty imposed by a national court on the same person for the same act has already been served”, ICTY Statute (1993).

¹⁸ Identiche sono le previsioni contenute nelle *Rules of Procedure and Evidence* dell'ICTR: Rule 8 “Request for information”; Rule 9 “Prosecutor’s Application for Deferral”, Rule 10 “Formal Request for Deferral”; Rule 11 *bis* “Referral of the Indictment to another Court”, *ICTR Rules of Procedure and Evidence*, U.N. Doc. ITR/3/REV.1 (1995), entered into force 29 June 1995 (‘*ICTR Rules of Procedure and Evidence*’).

¹⁹ Ovviamente, non è scopo della presente ricerca soffermarsi sulla *Completion Strategy*, in quanto essa ci interessa in via trasversale al cambiamento delle RPE e del regime di *primacy* dell'ICTY. Per un’analisi più approfondita degli aspetti che concernono il completamento dei lavori dell'ICTY, si veda: MØSE E., *The ICTY Completion Strategy. Challenges and Possible Solutions*, in 6 *Journal of International Criminal Justice* 667 (2008); MUNDIS D. A., *Completing the Mandate of the Ad Hoc Tribunals*, *op. cit.*; MUNDIS D. A., *The Judicial Effect of the Completion Strategies on the Ad Hoc International Criminal Tribunals*, in 99 *American Journal of International Law* 142 (2005); POCAR F., *Completion or Continuation Strategy? Appraising Problems and Possible Developments in Building the Legacy of the ICTY*, in 6 *Journal of International Criminal Justice* 655 (2008), p. 658.

tempo. I primi anni del Tribunale non furono un grande successo, tanto che all'inizio del nuovo millennio la comunità internazionale iniziava a dubitare dell'efficienza dello stesso, soprattutto in rapporto agli elevati costi che il mantenimento di tutta la sua struttura comportava e continua a comportare. In questo contesto, venne ad inserirsi la suddetta strategia di completamento dei lavori del Tribunale, il cui termine, che era stato originariamente fissato all'anno 2010, non è, come noto, ancora giunto. I criminali da perseguire erano tuttavia molti e non sempre arrivare alla fase processuale era così scontato. Basti ricordare a tal riguardo che un individuo nei confronti del quale è stato emesso un mandato di cattura deve prima essere catturato per far sì che il processo possa avere inizio. Di conseguenza, non essendo ammesso un processo *in absentia*, i processi sono sospesi se un individuo è latitante. Si può dunque ritenere che l'elevato numero di crimini commessi nel conflitto nella Ex-Jugoslavia, nonché le ragioni pratiche appena illustrate siano nel corso di questi anni andati ad incidere sulla determinazione di un piano di completamento dei lavori del Tribunale.²⁰ Tornando però al cuore del problema, alcuni hanno espresso dubbi legittimi su come sia possibile conciliare tempo e risorse limitate del Tribunale con le concrete esigenze di giustizia che non possono essere ignorate. La risposta a tale quesito è stata – ed è tuttora – una sola: il Tribunale deve fare affidamento sulle giurisdizioni nazionali.²¹ Se è sempre stato evidente anche ai giudici del Tribunale stesso che l'ICTY non avrebbe potuto fare tutto da solo²² e da solo giudicare tutti gli individui responsabili di crimini internazionali, è altrettanto vero che la *completion*

²⁰ Un passo chiave delle 'completion strategies' dei due Tribunali *ad hoc* è il 'Mechanism for International Criminal Tribunals' (MICT) istituito con una risoluzione del Consiglio di sicurezza del 22 dicembre 2010 per portare avanti alcune funzioni essenziali dei due tribunali dopo il completamento dei rispettivi mandati. Il MICT è costituito da due rami: il primo situato ad Arusha, il quale ha iniziato ad esercitare le proprie funzioni il 1 luglio 2012; il secondo situato all'Aja, che ha cominciato a funzionare il 1 luglio 2013. Il MICT deve dunque mantenere la legalità dei due Tribunali e tra le varie funzioni esercitate vi sono funzioni quali catturare e perseguire i restanti fuggitivi, occuparsi dei procedimenti di appello, la protezione delle vittime e dei testimoni, il monitoraggio dell'esecuzione delle sentenze. Per maggiori informazioni sul MICT e sui suoi compiti si rinvia a: <http://www.unmict.org/en/about> (ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

²¹ Infatti, come sottolinea Mundis, una componente essenziale della *Completion Strategy* è il trasferimento di casi minori ai tribunali nazionali, MUNDIS D. A., *Completing the Mandate of the Ad Hoc Tribunals*, *op. cit.*, p. 608.

²² POCAR F., *op. cit.*, p. 658.

strategy,²³ autoimpostasi dal Tribunale e approvata e più volte richiamata dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, accrebbe questa consapevolezza e spinse ad un cambiamento delle regole di procedura fino ad allora in vigore. Precisamente, l'art 11 *bis* afferma che dopo, la conferma dei capi d'accusa e prima dell'inizio di un processo, il Presidente può nominare una “*Referral Bench*”, composta da tre giudici permanenti delle camere di prima istanza, il cui compito deve esclusivamente consistere nel determinare se un caso debba essere deferito alle autorità di uno Stato. Tale valutazione non deve essere però effettuata in riferimento ad un qualsiasi Stato della comunità internazionale, ma allo Stato a) sul cui territorio il crimine è stato commesso; b) allo Stato dove ha avuto luogo l'arresto dell'accusato; oppure c) a qualsiasi Stato “*having jurisdiction and being willing and adequately prepared to accept such a case*”.

Particolare rilevanza ai fini della presente trattazione assume la lettera C) di cui all'art. 11 *bis* che recita:

In determining whether to refer the case in accordance with paragraph (A), the Referral Bench shall, in accordance with Security Council resolution 1534 (2004)¹, consider the gravity of the crimes charged and the level of responsibility of the accused.

Stando a tale paragrafo, nel determinare se deferire o meno un caso ad uno Stato, i tre giudici devono (“*shall*”) tenere in considerazione la gravità dei crimini in oggetto e il livello di responsabilità della persona accusata.²⁴ Questa regola fu introdotta a seguito della risoluzione 1534 adottata dal Consiglio di sicurezza nel 2004. Con tale risoluzione, il Consiglio di Sicurezza invitava i Tribunali *ad hoc* a

²³ La *Completion Strategy* nacque ufficialmente con il rapporto del Presidente dell'ICTY al Consiglio di sicurezza intitolato “*Report on the Judicial Status of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Prospects for Referring Cases to National Courts*” (U.N. SCOR, 57th Sess., Enclosure, U.N. Doc. S/2002/678 (2002)), dove si prevedeva che la fine di tutti i lavori dell'ICTY sarebbe stata nell'anno 2010. La Strategia è stata successivamente approvata con risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, risoluzione n. 1503 (S/RES/1503(2003)) e n. 1534 (S/RES/1534(2004)). Per informazioni più dettagliate sulla *Completion Strategy* si rinvia alla seguente pagina del sito dell'ICTY: <http://www.icty.org/sid/10016> (ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

²⁴ In questo l'art. 11 *bis* delle *Rules of Procedure and Evidence* dell'ICTY risulta diverso da quanto stabilito relativamente all'ICTR, in quanto non si fa riferimento alcuno alla gravità del crimine e al livello di responsabilità dell'accusato, ma si richiede che siano rispettate le garanzie di equo processo e che non sia prevista la pena di morte: “*In determining whether to refer the case in accordance with paragraph (A), the Trial Chamber shall satisfy itself that the accused will receive a fair trial in the courts of the State concerned and that the death penalty will not be imposed or carried out*”, Rule 11 *bis* (C), ICTR Rules of Procedure and Evidence.

rivedere il proprio carico di lavoro, al fine di determinare quali casi sarebbero stati dagli stessi perseguiti e quali, invece, sarebbe stato meglio affidare a giurisdizioni nazionali. Si sottolineava inoltre l'importanza di lavorare sulle misure da adottare per dare attuazione alla *Completion Strategy*. Più precisamente il Consiglio di Sicurezza affermava quanto segue:

Calls on each Tribunal, in reviewing and confirming any new indictments, to ensure that any such indictments concentrate on the most senior leaders suspected of being most responsible for crimes within the jurisdiction of the relevant Tribunal as set out in resolution 1503 (2003).²⁵

Fu proprio questa parte della risoluzione ad essere 'incorporata' nelle RPE emendate. Una piccola differenza tra risoluzione e RPE è tuttavia ravvisabile. La prima sembra infatti riferirsi ai nuovi atti d'accusa, mentre l'art. 11 bis RPE si riferisce alla specifica decisione della *Referral Bench* di trasferire un caso ad una giurisdizione nazionale. È tuttavia opportuno sottolineare che laddove si affermi che la *Referral Bench* debba tenere in considerazione fattori quali gravità e livello di responsabilità, si rende in qualche modo implicita nella previsione stessa l'idea che il Tribunale si debba in linea di massima occupare soltanto dei crimini più gravi e dei 'senior leaders', per utilizzare l'espressione usata nella risoluzione del Consiglio di Sicurezza.

Sebbene tale linea non rispecchi affatto lo Statuto dell'ICTY, essa viene sostanzialmente adottata e consacrata nell'art. 11 bis delle RPE. Ripercorrendo in estrema sintesi tutti i piccoli cambiamenti che sono stati messi in luce, sembrerebbe che l'ICTY (ma specularmente anche l'ICTR²⁶) sia quindi passato dal regime di *primacy* solennemente fatto proprio dallo Statuto a un regime molto diverso²⁷. In

²⁵ S/RES/1534 (2004).

²⁶ *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, S.C. Res. 955 annex, U.N. Doc. S/RES/955, 8 November 1994.

²⁷ Questa sembra essere la conclusione raggiunta in dottrina, per cui la *primacy* avrebbe di fatto ceduto il passo ad un altro regime, che potrebbe quasi essere accostato al regime di complementarità della Corte penale internazionale. A tal riguardo, Pocar afferma "*the ICTY has handled only a very limited number of cases in relation to those now pending before the courts of the former Yugoslav republics. If one were to consider this situation only through the paradigm of 'primacy', it would appear peculiar indeed: the institution which was supposed to exercise primary jurisdiction over the crimes in the region actually managed to deal with only a small number of cases*", POCAR F., *op. cit.*, p. 659. Questo perché secondo Pocar la *primacy* non deve essere intesa come assenza di

primo luogo, questo avviene con l'adozione delle Regole di Procedura e di Prova che restringono le possibilità di *deferral* da parte del Tribunale; in secondo luogo, il regime originario subisce ulteriori modificazioni con l'introduzione di regole specifiche in merito al *referral* di casi ad autorità nazionali, questa volta dettate principalmente da esigenze di smaltimento del carico di lavoro del Tribunale; in terzo luogo, in conformità con la sopraccitata risoluzione del Consiglio di Sicurezza del 2004 si va in qualche modo ad incidere nello stesso ambito della giurisdizione del Tribunale, stabilendo che l'ICTY si debba occupare dei maggiori responsabili di crimini internazionali. Appare evidente come a tal riguardo vi siano strette analogie con le scelte che furono operate con l'adozione dello Statuto dell'IMT nell'agosto del 1945 e sembrerebbe proprio che si sia, in un certo senso, tornati indietro a Norimberga per quanto concerne l'essenza della funzione del Tribunale.²⁸

1.1.3 La complementarità della Corte penale internazionale rispetto alle giurisdizioni nazionali

Il preambolo e l'art. 17 dello Statuto di Roma consacrano la complementarità della Corte penale internazionale rispetto alle giurisdizioni nazionali. Ivi si rinviene che la giurisdizione della CPI è complementare a quella dei Tribunali interni degli Stati e che questi ultimi hanno priorità rispetto alla medesima.²⁹ Ne consegue che, a

complementarità. Anche se il Consiglio di Sicurezza non era stato esplicito nel momento in cui venne istituito il Tribunale, era chiaro che esso avrebbe dovuto attuare una complementarità di fatto, poiché l'ICTY si sarebbe inevitabilmente occupato di un limitato numero di casi. *"In this sense, the Completion Strategy is actually a way to implement complementarity in its truest form and meaning"*, POCAR F., *op. cit.*, p. 659. In sostanza, la *'Completion Strategy'* che potrebbe essere ribattezzata *'Strategy for Continued Legacy Building'*, continua Pocar, rappresenterebbe qualcosa di più di una semplice strategia per completare i lavori del Tribunale. Essa avrebbe invece lo scopo di ripristinare l'idea originale del Consiglio di sicurezza quando stabilì l'ICTY e cioè che l'ICTY avrebbe avuto *primacy* per un limitato periodo di tempo, data l'incapacità dei sistemi giudiziari locali di perseguire i responsabili di crimini internazionali.

²⁸ CASSESE A., *op. cit.*, pp. 339-342.

²⁹ BENVENUTI P., *Complementarity of the International Criminal Court to National Criminal Jurisdictions*, in Lattanzi F., Schabas W. (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. 1, Il Sirente, Roma, 1999, p. 21; BENZING M., *The complementarity regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity*, in 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 591, (2003); BERGSMO M., *Occasional Remarks on Certain State Concerns about the Jurisdictional Reach of the International Criminal Court, and Their Possible Implications for the Relationship between the Court and the Security Council*, in 69 *Nordic Journal of International Law* 87, (2000); BERGSMO M.,

Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2010; BROOMHALL B., *International justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003; BROWN B., *Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals*, in 23 *Yale Journal of International Law* 383 (1998); BURKE-WHITE W. W., *Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo*, in 18 *Leiden Journal of International Law* 557 (2005); CHARNEY J. I., *International Criminal Law and the Role of Domestic Prosecutions*, in 95 *AJIL* 120 (2001); CLAPHAM A., *Issues of complexity, complicity and complementarity: from the Nuremberg trials to the dawn of the new International Criminal Court*, in Sands P. (ed.), *From Nuremberg to The Hague*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2003; DELLA MORTE G., *Les frontières de la compétence de la Cour Pénale Internationale: Observations Critiques*, in 73 *Revue internationale de droit pénal* 23 (2002); DEMBOWSKI L. C., *The International Criminal Court: complementarity and its consequences*, in Stromseth J. E. (ed.), *Accountability for atrocities: national and international responses*, Transnational Publishers, Ardsley, New York, 2003; DOHERTY K. L., MCCORMACK T. L. H., *Complementarity as a Catalyst for Comprehensive Domestic Penal Legislation*, in 5 *UC Davis Journal of International Law & Policy* 147 (1999); EL ZEIDY M. M., *The Principle of Complementarity: a New Machinery to Implement International Criminal Law*, in 23 *Michigan Journal of International Law* 869 (2002); EL ZEIDY M. M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law. Origin Development and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2008; ESER A., *National Jurisdiction over Extraterritorial Crimes within the Framework of International Complementarity. A Comparative Survey on Transnational Prosecution of Genocide according to the Principle of Universality*, in Vohrah L. C et al. (eds.), *Man's Inhumanity to Man. Essay in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2003; FIFE R. E., *The International Criminal Court – Whence It Came, Where It Goes*, in 69 *Nordic Journal of International Law* 63 (2000); GALLANT K. S., *The International Criminal Court in the system of states and international organizations*, in 16 *Leiden Journal of International Law* 553 (2003); GIOIA F., *State Sovereignty, Jurisdiction, and 'Modern' International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court*, in 19 *Leiden Journal of International Law* 1095 (2006); HELLER K. J., *The shadow side of complementarity: the effect of article 17 of the Rome Statute on national due process*, in 17 *Criminal Law Forum* 255 (2006); HOLMES J. T., *The principle of complementarity*, in Lee R.S., *The International Criminal Court: The making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 41; HOLMES J. T., *Complementarity: National Courts versus the ICC*, in CASSESE A., GAETA P., JONES J. R. W. D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 667; KIRSCH P., *La Cour pénale internationale face à la souveraineté des États*, in Cassese A., Delmas-Marty M., *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Presses universitaires de France, Paris, 2002, p. 31; KLEFFNER J. K., *The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law*, in 1 *Journal of international criminal justice* 86 (2003); KLEFFNER J. K., *Complementarity in the Rome Statute and national criminal jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2008; MERON T., *Universality, Complementarity and Cooperation between States Parties to the Rome Statute and Non-party States*, in Venturini G., Bariatti S. (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Liber Fausto Pocar, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 573; NESI G., POLITI M., *The Rome Statute of the International Criminal Court: a challenge to impunity*, Ashgate, Aldershot 2001; POCAR F., *The Principle of Complementarity: A Means Towards a More Pragmatic Enforcement of the Goal Pursued by Universal Jurisdiction?*, in Bergsmo M., *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2010, p. 247; SAROOSHI D., *The Statute of the International Criminal Court*, in 48 *International and Comparative Law Quarterly* 387 (1999); SCHABAS W. A., *Complementarity in Practice: Some Uncomplimentary Thoughts*, in 19 *Criminal Law Forum* 33 (2008); SOLERA O., *Complementary Jurisdiction and International Criminal Justice*, in 84 *International Review of the Red Cross* 145 (2002); STAHN C., EL ZEIDY M., *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; WILLIAMS S. A., *Article 17*, in Triffterer O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes*, Nomos,

differenza di quanto non si legga negli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, la regola generale diventa la giurisdizione dei tribunali nazionali, mentre l'eccezione è costituita dalla giurisdizione della Corte penale internazionale. Il principio di complementarità è stato oggetto di ampia trattazione e di vivace dibattito in dottrina, la quale ha ormai letteralmente 'vivisezionato' i contenuti delle relative previsioni, facendone emergere i tratti principali ma, soprattutto, i punti critici e di dubbia interpretazione.³⁰ In questa sede, non si pretende affatto di riprendere tale dibattito in modo dettagliato, ma lo scopo di questo capitolo vuole piuttosto essere quello di vedere come la disciplina dello Statuto di Roma vada ad incidere e a cambiare l'evoluzione del rapporto tra i tribunali internazionali e gli Stati.

Qual è la *ratio* della complementarità e perché la si ritiene l'approccio migliore in sede di negoziazione sono solo punti di partenza della ricerca. Si cercherà invece di andare molto brevemente a delineare qual è l'equilibrio che si è venuto attualmente a creare tra la Corte penale internazionale e le giurisdizioni nazionali e quali implicazioni se ne possono trarre non solo per gli ordinamenti interni, ma per l'intero sistema di giustizia penale internazionale.

L'art. 17(1) rubricato "*Issues of Admissibility*" afferma:

Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where:

- (a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;
- (b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute;
- (c) The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3;

Baden Baden, 1999, p. 383; ZIMMERMANN A., *The Creation of a Permanent International Criminal Court*, in 2 *Max Planck UNYB* 169 (1998); ZIMMERMANN A., *Role and Function of International Criminal Law in the International System after the Entry into Force of the Rome Statute of the International Criminal Court*, in 45 *German Yearbook of International Law* 35 (2002).

³⁰ Basti accennare a questioni controverse quali le immunità, le amnistie, nonché la pratica stessa dei c.d. *self-referral* che è stata ampiamente dibattuta in dottrina. Tuttavia, non vi è spazio da dedicare in questa sede a tali questioni, anche perché la complementarità stessa verrà trattata in modo funzionale allo scopo della presente ricerca.

(d) The case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court.³¹

In sostanza, la Corte dovrà dichiarare l'irricevibilità di un determinato caso qualora: i) siano già state avviate delle indagini o vi siano procedimenti penali in corso in uno Stato che ha giurisdizione; ii) sia stata presa la decisione di non procedere nei confronti della persona interessata; iii) la persona in questione sia già stata giudicata in riferimento alla condotta in questione; oppure iv) il fatto non abbia una gravità sufficiente per giustificare un'azione da parte della Corte.³² Questa, come sopra ricordato, è la regola generale, mentre l'eccezione viene enunciata sempre all'art. 17 e si riferisce alle ipotesi in cui uno Stato non vuole o non può in modo genuino portare avanti le indagini o condurre procedimenti penali contro un determinato individuo. Dunque, sulla base del principio di complementarità, un caso è ammissibile innanzi alla Corte se, per dirla nei termini dello Statuto, uno Stato è 'unwilling', tipico caso di uno Stato che avvia indagini o procedimenti con l'intento di proteggere una persona da un'eventuale giurisdizione della CPI, o 'unable',³³ allorché, per esempio, a seguito del collasso, totale o sostanziale, del sistema giudiziario di uno Stato, quest'ultimo non sia in grado di perseguire i presunti responsabili di crimini internazionali.

È importante sottolineare la portata di una simile previsione: da un lato, essa mira il più possibile a rispettare la sovranità degli Stati³⁴ in tale ambito e, dall'altro,

³¹ Art. 17(1), *Rome Statute of the International Criminal Court ('ICC Statute')*, Rome, 17 July 1998, 2187 UNTS 90.

³² Come sottolinea El Zeidy la prima enunciazione della complementarità è forse più antica del *Draft Code ILC* (1994), cui in genere si fa risalire. Tale concetto, congiuntamente al legame che esso presenta con il concetto di sovranità, venne forse per la prima volta avanzato in sede di negoziazione della Convenzione sul genocidio (1948). Per un'analisi più dettagliata della questione si veda: EL ZEIDY M. M., *The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law*, op. cit., pp. 3-4 (www.lexisnexis.com).

³³ Il *Draft Statute* del 1994 della Commissione di diritto internazionale (CDI) conteneva invece un altro termine, 'ineffective'. Si affermava che la Corte penale internazionale era complementare ai sistemi giuridici interni nei casi in cui essi 'may be not be available or may be ineffective'. Questo termine fu però ritenuto troppo soggettivo e, in sede di negoziazione per la creazione dell'attuale Corte penale internazionale, gli fu preferito 'genuinely', da momento che consentiva di tenere in considerazione casi dove un'azione genuina dello Stato era stata intrapresa, ma essa si era rivelata insufficiente, per mancanza di risorse, personale, strutture, GREPPI E., *Inability to Investigate and Prosecute under Article 17*, in Politi M. and Gioia F., *The International Criminal Court and National Jurisdiction*, Ashgate, Aldershot, UK, 2008, pp. 64-65.

³⁴ "In the framework of the complementarity principle, article 17 dealing with admissibility can be considered the cornerstone of the entire Rome Statute of the International Criminal Court. If we enlarge our perspective, we can see that in all provisions of article 17, the ICC and all related issues

vi si legge la pura e semplice presa d'atto che la CPI non è in grado di occuparsi di tutti i casi provenienti da tutto il mondo e che di, conseguenza, l'unico modo per ottenere un efficace sistema di repressione penale risulta quello di lasciare l'arduo compito agli Stati stessi, incentivati a loro volta a non rimanere nell'immobilismo dal timore che, in assenza di una giurisdizione nazionale genuina ai sensi dell'art. 17 dello Statuto, la Corte possa ritenere il caso ammissibile. Si è però ampiamente potuto notare che detta evoluzione era già rinvenibile nel periodo precedente all'istituzione della Corte penale internazionale. Difatti, con l'adozione delle *Rules of Procedure and Evidence*, i giudici dell'ICTY e dell'ICTR smorzarono la *primacy* enucleata nei propri Statuti in favore di un regime più articolato, che potrebbe essere situato come ad uno stadio intermedio rispetto alla fase finale dell'evoluzione che ha visto l'affermarsi della complementarità come la conosciamo oggi. Questo dimostra che, nonostante la *primacy* dei rispettivi Statuti, i giudici dei Tribunali *ad hoc* percepirono già allora quanto poi sarebbe stato consolidato all'interno dello Statuto di Roma, ovvero che i Tribunali internazionali non avrebbero verosimilmente potuto sbrigare tutto il lavoro e che un loro intervento sarebbe stato di sicuro più plausibile qualora i tribunali nazionali apparissero inaffidabili o non attribuissero la dovuta gravità ad un determinato crimine.

Se quindi il secondo dopoguerra fu l'epoca d'oro dei Tribunali internazionali istituiti per perseguire i responsabili dei crimini internazionali, con l'avvento dello Statuto di Roma e del principio di complementarità gli Stati si riappropriano della sovranità un tempo persa e la precedenza torna alle giurisdizioni nazionali.³⁵

on jurisdiction are dealt with in the light of the general principle of sovereignty", GREPPI E., *op. cit.*, p. 63.

³⁵ Benzing illustra particolarmente bene gli interessi sottesi al regime di complementarità. Da un lato, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, il rispetto della sovranità degli Stati, a cui l'esercizio della giurisdizione penale è strettamente correlato. Dall'altro lato vi sarebbe l'interesse della comunità internazionale a reprimere i responsabili di crimini internazionali e nel mettere a punto un sistema che eviti che gli autori di tali crimini restino impuniti. Come vedremo più avanti e come sottolineato dallo stesso Benzing, queste opposte esigenze hanno trovato un bilanciamento proprio nel principio di complementarità così come enunciato nello Statuto della Corte penale internazionale, BENZING M., *op. cit.*, pp. 595-598, 600.

Capitolo secondo. Gli Stati e l'attuazione del diritto internazionale penale sostanziale. Riflessioni alla luce dello Statuto di Roma

È stato ampiamente messo in luce come il rapporto tra ordinamento internazionale e ordinamenti interni e il recepimento delle norme internazionali negli ordinamenti statali rimanga ad oggi una delle questioni più dibattute in diritto internazionale. Il dibattito in tema di adeguamento al diritto internazionale è sempre stato semplificato ricorrendo a due diversi approcci alla questione: la teoria monista e la teoria dualista. Senza ripercorrere la storia di queste due correnti di pensiero, basti ricordare che mentre in genere il monismo tende a considerare ordinamento internazionale e interno come un tutt'uno, la teoria dualista li considera come sistemi a sé stanti. Di conseguenza, stando alla prima linea di pensiero, il diritto internazionale sarebbe già parte del diritto interno e in una posizione di supremazia nei confronti dello stesso. Diversamente, secondo la corrente di pensiero dualista il diritto internazionale dovrebbe essere appositamente recepito nell'ordinamento interno.

Nel corso di questi anni è però anche stato riconosciuto come monismo e dualismo non aiutino in realtà ad inquadrare la relazione tra ordinamento internazionale e ordinamenti interni, una relazione che ben poco si presta ad una simile semplificazione. Il diritto internazionale non detta agli ordinamenti interni le modalità della sua attuazione e gli Stati godono di ampia discrezionalità a riguardo. Se si pensa in effetti in termini di monismo e dualismo, ci si rende conto come le modalità di adeguamento al diritto internazionale dipendano dai singoli Stati. Il recepimento del diritto internazionale varierà e assumerà forme diverse da Stato a Stato: uno Stato potrebbe quindi essere classificato come monista, mentre un altro ancora come dualista. In una simile ottica, uno studio comparato sembra essere il più idoneo al fine di mettere in luce differenze e analogie tra i vari ordinamenti interni nel recepire il diritto internazionale.

Un discorso del tutto a parte è quello che deve essere fatto per quanto riguarda le norme che prevedono i crimini internazionali, che, come accennato nell'introduzione, hanno la caratteristica di essere norme non direttamente attuabili negli ordinamenti interni. Trattandosi difatti di norme a carattere penale, è necessario che gli Stati incorporino i crimini nei propri ordinamenti. La responsabilità penale

degli individui che si rendono responsabili di crimini internazionali discende direttamente dal diritto internazionale consuetudinario. Tuttavia, nella stragrande maggioranza degli Stati il principio di legalità impedisce agli Stati di punire un individuo direttamente sulla base del diritto internazionale consuetudinario. Anche qualora si tratti di trattati internazionali - quindi di diritto scritto - l'assenza di pene associate a ciascuna categoria di crimine internazionale rende necessario un intervento legislativo degli Stati.

Nel presente capitolo ci si propone di offrire una panoramica delle problematiche connesse all'attuazione delle norme sostanziali del diritto internazionale penale negli ordinamenti degli Stati.

2.1 Crimini internazionali e approcci all'attuazione

Una delle prime questioni che si presentano agli Stati nella fase di adozione di una normativa sui crimini internazionali è una questione puramente formale e attiene al modo di procedere per incorporare i crimini internazionali nel proprio ordinamento. Tale questione non può che dipendere, ancora una volta, dalle scelte del legislatore, nonché dalle caratteristiche di quel dato ordinamento. Il modo di incorporare i crimini internazionali può inoltre variare in relazione alla legislazione in vigore prima dell'introduzione di una normativa sui crimini internazionali.

In primo luogo, è possibile che uno Stato applichi la propria legge penale ordinaria. In tal caso, gli individui ritenuti responsabili della commissione di crimini internazionali sarebbero perseguiti per 'crimini ordinari'. Un simile approccio rimane discutibile in quanto, come avremo ampio modo di spiegare più avanti,³⁶ le fattispecie ordinarie non riescono completamente a cogliere la natura intrinseca dei crimini internazionali, né da un punto di vista meramente definitorio, né per quanto riguarda la gravità di tali crimini. In sostanza, è in qualche modo possibile affermare che i crimini internazionali possano 'vivere' in vari modi in un dato ordinamento interno. Se si pensa al caso dell'applicazione della legge militare o della legge penale ordinaria, si può dunque dire che uno Stato è in grado di perseguire degli individui

³⁶ V. *infra* p. 22 (nota 37) e Cap. 3.

accusati di aver commesso crimini internazionali,³⁷ anche se, dal punto di vista formale, i procedimenti non riguardano ‘crimini internazionali’ nel senso stretto del termine.³⁸ Se quindi si prende in considerazione una tale ipotesi, il termine ‘attuazione’ o ‘recepimento’, che più volte abbiamo utilizzato, risulta fuori luogo, in quanto lo Stato non recepisce nulla e nessuna norma internazionale viene ‘attuata’ o ‘incorporata’ nell’ordinamento interno.

Diversamente, uno Stato può incorporare nel vero e proprio senso del termine i crimini internazionali nel proprio ordinamento. Questo può avvenire in vari modi. In primo luogo, è possibile che un ordinamento interno incorpori i crimini internazionali rinviando al diritto internazionale, ad un trattato internazionale o al diritto internazionale consuetudinario. Si tratta quindi di un’attuazione del diritto internazionale penale tramite rinvio.³⁹

Uno Stato può invece incorporare a tutti gli effetti le previsioni relative ai crimini internazionali nel proprio ordinamento senza operare un mero rinvio alla normativa internazionale in materia, tramite un procedimento di adeguamento in via ordinaria. Gli Stati possono, per esempio, semplicemente ‘copiare’ le definizioni dei crimini internazionali presenti in un trattato internazionale ratificato e recepirle

³⁷ È anche opportuno precisare sin d’ora che se è vero che uno Stato può perseguire individui facendo ricorso alla propria legislazione ordinaria, è altrettanto vero che non tutte le condotte che alla base di crimini internazionali sono previste negli ordinamenti interni. Si pensi, ad esempio, al diniego di quartiere o al reclutamento di bambini soldato.

³⁸ Un esempio è costituito dall’ordinamento italiano che ha una legislazione specifica sul crimine di genocidio, mentre manca di un’appropriata legislazione su crimini di guerra e, in particolar modo, sui crimini contro l’umanità. Se per quanto riguarda i crimini di guerra si ha come riferimento il Codice penale militare di guerra, i crimini contro l’umanità non sono contemplati nel nostro ordinamento. Delle azioni penali potrebbero essere però avviate contro individui accusati di crimini contro l’umanità sulla base della legislazione penale ordinaria (v. *infra* paragrafo 2.3 “La normativa italiana sui crimini internazionali”).

³⁹ Art. 50 “Meaning of “genocide”, “crime against humanity” and “war crime””: “(1) In this Part - “genocide” means an act of genocide as defined in article 6, “crime against humanity” means a crime against humanity as defined in article 7, and “war crime” means a war crime as defined in article 8.2. (2) In interpreting and applying the provisions of those articles the court shall take into account - (a) any relevant Elements of Crimes adopted in accordance with article 9, and (b) until such time as Elements of Crimes are adopted under that article, any relevant Elements of Crimes contained in the report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court adopted on 30th June 2000”, Regno Unito, *International Criminal Court Act 2001*, 11 May 2001, in Public General Act 2001 (c. 17) (http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/1tfolder/0_4277/#results, ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

tramite un'apposita legge.⁴⁰ Riportare i crimini internazionali in modo identico a come essi sono elencati in un trattato internazionale non è però l'unico modo per incorporare le definizioni dei crimini internazionali in un ordinamento interno. Uno Stato può infatti procedere riformulando le definizioni dei trattati internazionali in cui essi sono contenuti.⁴¹ Quanto appena indicato non è sempre valido, anche se può costituire un'utile semplificazione. Difatti, uno Stato può anche combinare i metodi di attuazione sopra riportati, riformulando le disposizioni di un trattato internazionale e operando al contempo un rinvio al diritto internazionale per integrare in tal modo futuri sviluppi o ipotesi criminose non previste dal trattato in questione. La legge canadese definisce all'art. 4 genocidio⁴², crimini contro l'umanità⁴³ e crimini di guerra⁴⁴ rinviano nell'ambito di ciascuna definizione al diritto internazionale convenzionale, al diritto internazionale consuetudinario, nonché ai principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni.⁴⁵ Al quarto paragrafo si

⁴⁰ Un esempio è costituito dalla legge sudafricana, Chapter 5 "Miscellaneous", Schedule 1 "Crimes", Sudafrica, *Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Act No. 27 of 2002, 12 July 2002, Government gazette Vol. 445, no. 23642, 18 July 2002 (http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_4277/#results, ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

⁴¹ In merito ai modi di adeguamento degli ordinamenti interni al diritto internazionale si veda: CARBONE S. M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A. (a cura di), *Istituzioni di Diritto internazionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, pp. 143-146; CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010, pp. 307-316.

⁴² Art. 4(3): "*“genocide” means an act or omission committed with intent to destroy, in whole or in part, an identifiable group of persons, as such, that, at the time and in the place of its commission, constitutes genocide according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission*", Canada, *Crimes against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, (http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_4277/#results, ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

⁴³ Art. 4(3): "*“crime against humanity” means murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, sexual violence, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group and that, at the time and in the place of its commission, constitutes a crime against humanity according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission*", Canada, *Crimes against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24.

⁴⁴ Art. 4(3): "*“war crime” means an act or omission committed during an armed conflict that, at the time and in the place of its commission, constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law applicable to armed conflicts, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission*", Canada, *Crimes against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, 29 June 2000.

⁴⁵ Sebbene in maniera diversa rispetto alla legge canadese, anche la legge di attuazione sudafricana può essere considerata un modello misto, dal momento che in relazione alla legge applicabile rinvia al

aggiunge: “*For greater certainty, crimes described in Articles 6 and 7 and paragraph 2 of Article 8 of the Rome Statute are, as of July 17, 1998, crimes according to customary international law. This does not limit or prejudice in any way the application of existing or developing rules of international law*”. Un ulteriore esempio è costituito dalla legislazione adottata dal Kenya, il quale definisce nel modo seguente i crimini contro l’umanità: “*In this section - “crime against humanity” has the meaning ascribed to it in article 7 of the Rome Statute and includes an act defined as a crime against humanity in conventional international law or customary international law that is not otherwise dealt with in the Rome Statute or in this Act. [...]*”⁴⁶. Genocidio e crimini di guerra sono definiti facendo un rinvio agli artt. 6 e 8 dello Statuto di Roma, senza fare cenno alcuno ad altre norme rilevanti del diritto internazionale convenzionale o consuetudinario.

In aggiunta, diversa può anche essere la forma in cui uno Stato attua le previsioni inerenti ai crimini internazionali nel proprio ordinamento. Uno Stato può decidere, ad esempio, di introdurre i crimini internazionali nel proprio codice penale, emendando la legislazione esistente.⁴⁷ Una diversa scelta può essere quella di adottare un atto legislativo separato in tema di crimini internazionali, opzione che potrebbe presentare il vantaggio di offrire una disciplina unitaria per quanto riguarda i crimini internazionali.⁴⁸ Ancora, in relazione allo Statuto di Roma, uno Stato si potrebbe trovare di fronte alla scelta se disciplinare unitariamente questioni

diritto internazionale generale e convenzionale, nonché al diritto straniero comparabile: “*In addition to the Constitution and the law, any competent court in the Republic hearing any matter arising from the application of this Act must also consider and, where, appropriate, may apply (a) conventional international law, and in particular the Statute; (b) customary international law; and (c) comparable foreign law*”, Sudafrica, *Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court* 27 of 2002.

⁴⁶ Art. 6(4), Part II “International Crimes and Offences against the Administration of Justice”, Kenya, *International Crimes Act*, No. 16 of 2008, 12 December 2008 (http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/lfolder/0_4277/#results, ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

⁴⁷ Questo è per esempio il caso delle legislazioni spagnola, francese e belga.

⁴⁸ Diversi esempi vi sono in proposito: Germania, *Völkerstrafgesetzbuch* (“VStGB”) vom 26. Juni 2002, BGBl. I S. 2254; Paesi Bassi, *270 Act of 19 June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law* (“*International Crimes Act*”) 19 June 2003, Bulletin of Acts and Decrees 2003, 270; Regno Unito, *International Criminal Court Act* 2001; Sudafrica *Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Act No. 27 of 2002, Canada, *Crimes against Humanity and War Crimes Act*, S. C. 2000, c. 24 (http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/lfolder/0_4277/#results, ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

sostanziali e procedurali, quali quelle relative alla cooperazione con la Corte penale internazionale, oppure se tenere le due questioni distinte.⁴⁹

Quanto abbiamo sopra riportato può quindi essere considerato come una prima serie di decisioni che uno Stato deve prendere e che abbiamo detto attenere al ‘modo’ in cui gli ordinamenti interni decidono di recepire i crimini internazionali. Nell’ambito delle modalità di adeguamento sopra riportate, la riformulazione delle previsioni di un trattato internazionale è sicuramente l’ipotesi più complessa da portare avanti. Laddove invece le disposizioni di un trattato internazionale siano lasciate inalterate e semplicemente immesse nell’ordinamento interno, il lavoro per il legislatore viene ovviamente facilitato. Lo stesso risulta vero per l’ipotesi di adeguamento tramite rinvio al diritto internazionale.

Riformulare i crimini internazionali contenuti in un trattato internazionale richiede invece un maggiore sforzo da parte del legislatore. La riformulazione potrebbe costituire tuttavia l’opzione migliore, in quanto consente al legislatore di adattare il proprio ordinamento, in armonia con le sue caratteristiche specifiche, alla norma internazionale e questa esigenza sembra essere ancor più pressante in riferimento alle norme a carattere penale di cui si sta trattando. I trattati internazionali in materia contengono spesso disposizioni considerate eccessivamente vaghe e imprecise per gli *standard* di alcuni ordinamenti interni. Inoltre, riportare fedelmente le disposizioni di un trattato internazionale nell’ordinamento interno aumenterebbe il rischio di incoerenze con la legislazione già vigente, in particolar modo per quanto concerne la parte generale. Ancora una volta, teniamo a ripetere come queste scelte dipendano ovviamente dal tipo di ordinamento in questione.⁵⁰

L’obiettivo del presente capitolo non è quello di esplorare differenze e analogie tra i vari ordinamenti interni tramite metodo comparato, ma semplicemente di offrire un quadro generale in tema di attuazione. In tale ambito ci concentreremo maggiormente su quelle che possono essere definite le variabili ‘internazionali’, ovvero quelle problematiche che sono dovute alla natura della norma

⁴⁹ MORTEN BERGSMO, MADS HARLEM, NOBUO HAYASHI (eds.), *Importing Core International Crimes into National Criminal Law*, in *FICJC Publications* No. 1 (2007), pp. 13-16 (www.ficjl.org). Si veda anche: ICRC, *Methods of Incorporating Punishment into Criminal Law* (www.icrc.org).

⁵⁰ Un ordinamento di *common law* potrebbe con una maggiore facilità incorporare i crimini internazionali così come previsti a livello internazionale senza riformulazione alcuna.

internazionale in quanto tale. Ed è proprio la norma internazionale da recepire a rappresentare un primo problema per il legislatore. Come vedremo nel capitolo successivo, non esiste un trattato internazionale specifico sui crimini internazionali, che li disciplini in modo uniforme e congiunto, stabilendo obblighi di incorporazione degli stessi negli ordinamenti interni. Al contrario, il panorama internazionale risulta molto più variegato e frammentato. Proprio per questo motivo, il dibattito sull'attuazione delle previsioni relative ai crimini internazionali è ruotato attorno all'attuazione dello Statuto della Corte penale internazionale, che, sebbene non preveda obblighi specifici di incorporare i crimini internazionali, ha avuto fin dalla sua adozione il merito di incentivare gli Stati a recepire i crimini internazionali elencati al suo interno.⁵¹ Ben consci del quadro frammentato che concerne le previsioni relative ai crimini internazionali, analizzeremo le problematiche relative all'attuazione usando come punto di partenza principale lo Statuto della Corte penale internazionale.

2.2 Riformulazione dei crimini internazionali negli ordinamenti interni

Abbiamo spiegato come la 'riformulazione' risulti essere lo scenario più complesso e diverse possono essere le ragioni alla base di una simile scelta legislativa. Un primo ordine di ragioni l'abbiamo identificato nell'intenzione di adattare meglio l'ordinamento interno alla disciplina dei crimini internazionali così come previsti dal trattato internazionale. La scelta di riformulare può inoltre essere dettata dall'intenzione di non limitarsi a quanto contenuto nel trattato internazionale da recepire, adottando in tal modo una legislazione interna che risulti indipendente dallo stesso. Questa è un'altra importante decisione che un legislatore è chiamato a prendere nel momento in cui decide di riformulare le definizioni dei crimini internazionali contenute in un trattato. Nel dare attuazione allo Statuto di Roma, alcuni Stati hanno infatti deciso di andare oltre la lista di crimini internazionali prevista nello stesso, cercando di riflettere anche il diritto internazionale consuetudinario, nonché di porsi persino in un'ottica di sviluppo progressivo dello

⁵¹ V. *infra* Cap. 3.

stesso. Una tale scelta legislativa comporta più di una difficoltà e le annesse problematiche sono intrinsecamente correlate alle caratteristiche distintive del diritto internazionale penale.

Come vedremo meglio, lo Statuto di Roma non può dirsi pienamente espressione del diritto internazionale consuetudinario. In particolare, se esso appare abbastanza in linea con il diritto internazionale consuetudinario per quanto concerne genocidio e crimini contro l'umanità, la situazione muta notevolmente se si considerano i crimini di guerra in esso contenuti. In particolare, uno Stato che voglia oltrepassare i limiti dello Statuto di Roma si troverà di fronte al problema di determinare quale sia il diritto internazionale consuetudinario in materia. In sostanza, l'analisi che si va ad intraprendere non risulta facile in quanto sono diverse le fonti normative da prendere in considerazione. In primo luogo, un punto di riferimento importante sono gli altri trattati internazionali in materia. Se, per esempio, si parla di crimine contro l'umanità di sparizioni forzate, un punto di riferimento sarà senz'altro rappresentato dalla Convenzione internazionale contro le sparizioni forzate. In secondo luogo, un altro livello di analisi sarà costituito dalla giurisprudenza internazionale che ha dato un contributo imprescindibile all'evolversi della materia e che può costituire un'autorevole tentativo di identificare quella che è la consuetudine internazionale. Basti pensare alla giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*, ICTY e ICTR, che rappresenta per certi versi il fulcro dell'intera disciplina.

Per riassumere brevemente il tutto, sembrerebbe che la scelta di procedere nel senso di una 'riformulazione' dello Statuto di Roma relative ai crimini internazionali comporti una duplice sfida: da un lato, le formulazioni dello Statuto di Roma devono essere 'adattate' alle esigenze dell'ordinamento interno, aspetto che per certi ordinamenti risulta essere tutt'altro che scontato; dall'altro lato il legislatore può optare per un'attuazione che sia non solo attenta alla consuetudine internazionale, ma anche innovativa. In quest'ultimo caso non solo è richiesta un'attenta analisi non solo della normativa internazionale da attuare, per esempio dello Statuto di Roma, ma è necessario un esame a 360 gradi della materia, che comprenda altri strumenti internazionali rilevanti, la giurisprudenza internazionale nonché le tendenze dottrinali, la giurisprudenza interna comparata e le scelte legislative degli altri Stati.

Avendo chiare quali sono le sfide per gli Stati, si cercherà ora di capirle fino in fondo e di fornire esempi pratici partendo dallo Statuto della Corte penale internazionale.

2.2.1 *La formulazione delle norme internazionali e gli ordinamenti interni*

Molte delle difficoltà che si presentano al legislatore sono dunque dovute alla formulazione della norma internazionale. I crimini di guerra elencati all'art. 8 dello Statuto di Roma ne sono un esempio. Il primo paragrafo dell'art. 8 afferma che la Corte ha giurisdizione nei confronti dei crimini di guerra, in particolare quando siano commessi come parte di un piano, di una politica o della commissione su vasta scala di tali crimini: *“The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes”*.⁵² Tale requisito di contesto è aggiunto dallo Statuto di Roma, in quanto nessun altro strumento convenzionale, né la giurisprudenza, ha mai richiesto che tali crimini fossero parte, per esempio, di un piano o di una qualsivoglia politica. Tale aggiunta è inquadabile quindi in un'ottica di limitazione della giurisdizione della Corte, che dovrà dunque concentrarsi su quei crimini che hanno una certa gravità. Comunque, tale requisito di contesto non costituisce un vero e proprio vincolo alla giurisdizione della Corte, in quanto si utilizza il termine ‘in particolare’. Ciò significa che la Corte avrà giurisdizione ‘in particolare’ e si dovrà concentrare quindi sui crimini che siano parte di un piano, di una politica, o comunque che siano commessi su vasta scala, ma non necessariamente la giurisdizione della Corte dovrà essere limitata a questi casi.

Molto interessante risulta essere la struttura dell'articolo 8 dello Statuto di Roma che, ora vedremo meglio, risente della tradizionale distinzione tra conflitti a carattere internazionale e conflitti interni.

(a) Grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely, any of the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention: [...].

⁵² Art. 8(1), ICC Statute (1998).

(b) Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts: [...].

(c) In the case of an armed conflict not of an international character, serious violations of article 3 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949, namely, any of the following acts committed against persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention or any other cause: [...].

e) Other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character, within the established framework of international law, namely, any of the following acts: [...].⁵³

L'art. 8(2)(a) fa riferimento ai conflitti armati internazionali e riguarda quei crimini di guerra che costituiscono gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra e sono commessi nei confronti di persone o beni protetti dalle stesse. Le Convenzioni di Ginevra tutelano i seguenti soggetti e oggetti:

- I Convenzione di Ginevra: malati e feriti delle forze armate in campagna.
 - Persone tutelate: artt. 13, 24-27.
 - Beni tutelate: artt. 19, 33-35.⁵⁴
- II Convenzione di Ginevra: malati, feriti, naufraghi delle forze armate sul mare.
 - Persone tutelate: artt. 12, 13, 36-37.
 - Beni tutelate: artt. 22, 24, 25, 27.⁵⁵
- III Convenzione di Ginevra: prigionieri di guerra.
 - Persone tutelate: artt. 4, 33.⁵⁶
- IV Convenzione di Ginevra: civili in territorio occupato.
 - Persone tutelate: artt. 4, 13, 20.
 - Beni tutelate: artt. 18, 19, 21, 22, 33, 53, 57.⁵⁷

⁵³ Art. 8(29), ICC Statute (1998).

⁵⁴ *Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field* ('Geneva Convention I'), Geneva, 12 August 1949, 75 UNTS 31.

⁵⁵ *Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea* ('Geneva Convention II'), Geneva, 12 August 1949, 75 UNTS 85.

⁵⁶ *Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War* ('Geneva Convention III'), Geneva, 12 August 1949, 75 UNTS 135.

Il riferimento ai beni e alle persone tutelate risulta della massima importanza. Infatti, se un crimine di guerra di cui all'art. 8(2)(a) è definito come '*grave breach*' solo ai sensi della prima, della seconda e della quarta Convenzione di Ginevra, allora tale crimine verrà in rilievo soltanto nei confronti dei soggetti e dei beni tutelati nelle medesime. Più precisamente, non essendo definito come '*grave breach*' ai sensi della terza Convenzione di Ginevra, esso non sarà applicabile ai prigionieri di guerra o alle proprietà degli stessi. Questo perché ai sensi dell'art. 8(2)(a) rilevano solo i crimini di guerra che sono definiti infrazioni gravi delle Convenzioni di Ginevra. A titolo d'esempio, il crimine di guerra di cattura di ostaggi (art. 8(2)(a)(viii)) è definito '*grave breach*' solo nella quarta Convenzione di Ginevra. Di conseguenza, esso sarà considerato un crimine di guerra soltanto se commesso ai danni delle persone protette ai sensi della IV Convenzione di Ginevra.⁵⁸ Un problema può derivare dal fatto che il paragrafo 2(a) si riferisce solo alle quattro Convenzioni di Ginevra e non al primo Protocollo aggiuntivo. È vero che alcuni crimini di guerra contenuti in tale paragrafo sono ripresi dal paragrafo 2(b); tuttavia il primo Protocollo aggiuntivo ha apportato dei cambiamenti alle Convenzioni di Ginevra, in primo luogo estendendo la propria tutela a un numero maggiore di soggetti e variando infine la definizione di conflitto armato internazionale.⁵⁹

L'art. 8(2)(b) si riferisce alle altre violazioni delle leggi e delle consuetudini di guerra ('*serious violation*'), che non sono gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra. Principalmente gli strumenti convenzionali di riferimento sono le Convenzioni dell'Aia del 1899 e del 1907⁶⁰ e il primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra.⁶¹

⁵⁷ *Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* ('*Geneva Convention IV*'), Geneva, 12 August 1949, 75 UNTS 287; TRIFFTERER O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes*, Nomos, Baden Baden, 1999, pp. 300-303.

⁵⁸ WERLE G., *op. cit.*, p. 415.

⁵⁹ CASSESE A., GAETA P., JONES J. R. W. D., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 390-392.

⁶⁰ *Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land*, The Hague, 29 July 1899, 187 CTS 429; *Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land*, The Hague, 18 October 1907, 205 CTS 277.

⁶¹ *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts* ('*Additional Protocol I*'), Geneva, 8 June 1977, 1125 UNTS 3.

I paragrafi c), d) ed e) sono invece dedicati ai conflitti armati a carattere interno. L'art. 8(2)(c) si riferisce alle *'serious violations'* dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra.⁶² I crimini di guerra ai sensi di questo paragrafo sono commessi contro le persone tutelate in base all'art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra, quindi, contro persone che non prendono parte attiva alle ostilità, compresi i membri delle forze armate che hanno deposto le armi e coloro che si trovano fuori combattimento a causa di malattia, ferite, detenzione o qualsiasi altra causa. Il paragrafo 2(d) esclude le situazioni di tensioni e disturbi interni, le rivolte o altri atti di violenza sporadica.⁶³

L'art. 8(2)(e) concerne altre *'serious violations'* delle leggi e delle consuetudini di guerra commesse nel corso di un conflitto a carattere non internazionale. Il diritto convenzionale di riferimento è in questo caso il secondo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra. Qui la soglia di rilevanza ai fini della determinazione di un conflitto interno parrebbe diversa da quella indicata al paragrafo 2(d). Infatti, il paragrafo 2(f) afferma:

Paragraph 2 (e) applies to armed conflicts not of an international character and thus does not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature. It applies to armed conflicts that

⁶² Art. 3: *"In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions: (1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed 'hors de combat' by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria. To this end, the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons: (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture; (b) taking of hostages; (c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment; (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples. (2) The wounded and sick shall be collected and cared for. An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict. The Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention. The application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict"*, Geneva Convention I, II, III, IV (1949).

⁶³ Art. 8(2)(d): *"Paragraph 2(c) applies to armed conflicts not of an international character and thus does not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature"*; TRIFFTERER O., *op. cit.*, parr. 276-282.

take place in the territory of a State when there is protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups.⁶⁴

Anche in questo caso sono escluse le situazioni di disturbi e tensioni interne o gli atti di violenza sporadica, ma la differenza rispetto al conflitto interno di cui al paragrafo 2(c) consiste nel fatto che il conflitto in questione deve essere ‘*protracted*’, termine ricavato dalla definizione di conflitto interno elaborata dalla giurisprudenza dell’ICTY in Tadić. Con ‘*protracted*’ si fa riferimento ad un requisito temporale, che però non implica che le operazioni belliche debbano avvenire in maniera continuata. In sostanza, rispetto all’art. 8(c), la soglia sembrerebbe innalzata, anche se rimane comunque inferiore rispetto a quella indicata nel secondo Protocollo aggiuntivo.⁶⁵ Infatti, il II Protocollo aggiuntivo⁶⁶ richiede che i gruppi armati organizzati a) abbiano un comando responsabile; b) esercitino un controllo su una parte del territorio, in modo tale che siano in grado di condurre operazioni militari prolungate e concertate (*‘sustained and concerted military operations’*).⁶⁷ Un’ulteriore differenza rispetto al secondo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra riguarda i soggetti tra cui può scoppiare un conflitto interno. Mentre il secondo Protocollo si riferisce a conflitti interni ad uno Stato tra autorità governative e gruppi

⁶⁴ Art. 8(2)(f), ICC Statute (1998).

⁶⁵ TRIFFTERER O., *op. cit.*, par. 344-351; CASSESE A., GAETA P., JONES J. R. W. D., *op. cit.*, pp. 420-421, 423; SCHABAS W., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 202-206.

⁶⁶ *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (‘Additional Protocol II’)*, Geneva, 8 June 1977, 1125 UNTS 609.

⁶⁷ “*In this connection, the Chamber notes that Protocol Additional II to the Geneva Conventions of 8 June 1977, which applies to non-international armed conflicts only, sets out criteria for distinguishing between non-international armed conflicts and situations of internal disturbances and tensions. According to its Article 1.1, Protocol Additional II applies to armed conflicts “which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations as to implement this Protocol”. Thus, in addition to the requirement that the violence must be sustained and have reached a certain degree of intensity, Art. 1.1 of Protocol Additional II provides that the armed groups must: i) be under responsible command implying some degree of organisation of the armed groups, capable of planning and carrying out sustained and concerted military operations and imposing discipline in the name of a de facto authority, including the implementation of the Protocol; and ii) exercise such control over territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations.*”, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber, *Decision on the Confirmation of the Charges*, Case No. ICC-01/04-01/06, 29 January 2007 (*‘Lubanga Decision on the Confirmation of the Charges’*).

armati organizzati, il paragrafo 2(f) prevede anche il caso in cui il conflitto interno si svolga solo tra gruppi armati organizzati all'interno di uno Stato.⁶⁸

Un'altra differenza riscontrabile tra i paragrafi 2(c) e 2(e) concerne le vittime contro cui possono essere commessi i crimini nei rispettivi paragrafi. Infatti, come già precedentemente affermato, i crimini di cui al paragrafo 2(c) possono essere perpetrati contro i seguenti soggetti: “*Such person or persons were either hors de combat, or were civilians, medical personnel or religious personnel taking no active part in the hostilities*”. Al contrario il paragrafo 2(e) non contiene una simile precisazione in merito alle vittime dei crimini di guerra. Di conseguenza, esso risulta applicabile anche nei confronti di combattenti e le vittime non debbano essere solo civili, individui *hors de combat*, personale medico o religioso che non prendono parte alle ostilità.⁶⁹

Si può quindi osservare che la formulazione dei crimini di guerra nello Statuto di Roma risulta alquanto singolare. Essi sembrano essere elencati in un modo non sistematico, con vari rinvii alla normativa rilevante di diritto internazionale umanitario. Riportare fedelmente i crimini nello stesso modo in cui sono elencati nello Statuto di Roma risulterebbe anomalo per diversi ordinamenti, quale quello italiano, abituati ad un diverso modo di legiferare in materia penale. In secondo luogo, anche per via della distinzione tra conflitti armati internazionali e interni, diverse fattispecie sono ripetute più volte, rendendo l'art. 8 di non facile lettura. Ritornando a quanto affermato sopra in merito alla riformulazione, uno Stato

⁶⁸ TRIFFTERER O., *op. cit.*, par. 344-351; CASSESE A., GAETA P., JONES J. R. W. D., *op. cit.*, pp. 420-421, 423; SCHABAS W., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op. cit.*, pp. 202-206. Difatti, come precisato dalla stessa giurisprudenza della Corte: “*The ICTY Appeals Chamber has held that an armed conflict not of an international character exists whenever there is a resort to “protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”*. This definition echoes the two criteria of Protocol Additional II, except that the ability to carry out sustained and concerted military operations is no longer linked to territorial control. It follows that the involvement of armed groups with some degree of organisation and the ability to plan and carry out sustained military operations would allow for the conflict to be characterised as an armed conflict not of an international character. The Chamber notes that article 8(2)(f) of the Statute makes reference to “protracted armed conflict between [...] [organized armed groups]”. In the opinion of the Chamber, this focuses on the need for the armed groups in question to have the ability to plan and carry out military operations for a prolonged period of time”, *Lubanga Decision on the Confirmation of the Charges*, *cit.*, parr. 233-234.

⁶⁹ SCHABAS W., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op. cit.*, pp. 204-205.

potrebbe quindi scegliere di riformulare il contenuto dell'art. 8 dello Statuto di Roma in un modo che più si adatta alle caratteristiche del suo ordinamento, o semplicemente lo potrebbe fare ai fini di maggiore chiarezza dell'articolato stesso. Una scelta simile è ben visibile nel Codice tedesco, il quale, non solo ha rivoluzionato l'articolazione dei crimini di guerra fornita nello Statuto di Roma, ma ne ha anche proposto una diversa che non manca d'originalità. I crimini di guerra vengono infatti ripartiti in 'War Crimes Against Persons' (Section 8), 'War Crimes Against Property or Other Rights' (Section 9), 'War Crimes Against Humanitarian Operations and Emblems' (Section 10), 'War Crimes Consisting in the Use of Prohibited Methods of Warfare' (Section 11), 'War Crimes Consisting in the Employment of Prohibited Means of Warfare' (Section 12)⁷⁰. La formulazione dell'art. 8 dello Statuto di Roma non viene mantenuta in altre legislazioni, quali, per esempio, il Codice penale spagnolo,⁷¹ la legislazione olandese⁷² e quella della Bosnia Erzegovina.⁷³

In secondo luogo, problemi dal punto di vista degli ordinamenti interni possono discendere dalla formulazione delle singole fattispecie a livello internazionale. Abbiamo già avuto modo di sottolineare come in diversi ordinamenti sia molto importante che una norma penale sia formulata in modo chiaro e preciso. Si pensi, per esempio, alle fattispecie costituenti crimini contro l'umanità. Adottare una legislazione interna nella quale ci si limiti a prevedere il 'crimine di apartheid' o 'crimine di sparizioni forzate' senza specificare null'altro risulterebbe inusuale e non conforme ai requisiti di stretta legalità di alcuni ordinamenti, come, per esempio, l'ordinamento italiano. Si porrebbe poi il problema di stabilire che cosa si intenda per apartheid o per sparizioni forzate. Un analogo ragionamento può essere effettuato per quanto concerne le fattispecie di violenza sessuale di cui all'articolo 7(1)(g) dello Statuto. Ma se nel caso dei crimini contro l'umanità è lo stesso Statuto di Roma che

⁷⁰ VStGB.

⁷¹ Artt. 608 ss., Spagna, *Ley Organica 15/2003 de 25 noviembre, por la que se modifica la Ley Organica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_4277/#results, ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

⁷² § 2 'Crimes', Section 5, Paesi Bassi, *International Crimes Act*.

⁷³ Si rinvia agli artt. 177 ss. del Codice penale, Bosnia Erzegovina, *Criminal Code of Bosnia Herzegovina*, in "Official Gazette of Bosnia and Herzegovina" No. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 (http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_4277/#results, ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

al secondo paragrafo dell'art. 7 fornisce ulteriori dettagli in merito alla definizione delle singole fattispecie, per quanto concerne invece la lunga lista di crimini di guerra di cui all'art. 8 dello Statuto di Roma, non tutte le fattispecie risultano pienamente definite. Si guardi per esempio alla tortura, ai trattamenti umilianti e degradanti⁷⁴ o, ancora, al crimine di guerra di presa di ostaggi.⁷⁵ In alcuni ordinamenti, sarebbe quindi necessaria una definizione delle fattispecie sopra riportate. Il lavoro che i legislatori nazionali hanno davanti non è facile e 'riformulare' i crimini internazionali può rivelarsi un complesso lavoro di analisi e di redazione. Uno strumento che può rivelarsi molto utile agli Stati sono gli Elementi dei crimini⁷⁶ (*Elements of Crimes*) annessi allo Statuto. Questo importante documento, sebbene non vincoli né i giudici della Corte né tantomeno gli ordinamenti interni,⁷⁷ è un utile supporto non soltanto per la Corte penale stessa, ma anche come guida per le scelte dei legislatori interni in fase di attuazione. Per riprendere un esempio sopra riportato, gli EC specificano riguardo al crimine di presa degli ostaggi:

1. The perpetrator seized, detained or otherwise held hostage one or more persons. 2. The perpetrator threatened to kill, injure or continue to detain such person or persons. 3. The perpetrator intended to compel a State, an international organization, a natural or legal person or a group of persons to act or refrain from acting as an explicit or implicit condition for the safety or the release of such person or persons. 4. Such person or persons were protected under one or more of the Geneva Conventions of 1949. 5. The perpetrator was aware of the factual circumstances that established that protected status.⁷⁸

Negli EC viene quindi specificato in che cosa consiste il crimine di presa di ostaggi. Esso viene definito come il catturare, detenere o in altro modo prendere in ostaggio una o più persone protette dalle Convenzioni di Ginevra del 1949. Si

⁷⁴ Art. 8 (2)(a)(iii), (b)(xxi), (c)(i), (c)(ii), ICC Statute (1998).

⁷⁵ Art. 8(2)(a)(viii) e art. 8(2)(c)(iii), ICC Statute (1998).

⁷⁶ *Elements of Crimes*, Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, 2 November 2000.

⁷⁷ V. *infra* Cap. 3.

⁷⁸ ICC Elements of Crimes. A tal proposito, si può obiettare circa l'utilità di precisare l'intento specifico menzionato negli EC. La presa di ostaggi avviene normalmente per scopi specifici e nel caso dei crimini di guerra permane il requisito di nesso con il conflitto armato che contribuisce a delimitare la fattispecie. Forse anche per tale ragione diversi ordinamenti hanno semplicemente fatto riferimento alla 'presa di ostaggi' senza specificare null'altro.

richiede inoltre che l'autore del crimine minacci di uccidere, ferire o continuare a detenere una o più persone e, in particolare, si richiede la presenza di un dolo specifico nel crimine di presa di ostaggi: l'intento di costringere uno Stato, un'organizzazione internazionale, una persona fisica o giuridica o un gruppo di persone a tenere o ad astenersi dal tenere un determinato comportamento come condizione esplicita o implicita per la salvezza o il rilascio delle persone in questione. Lo Statuto di Roma e gli EC forniscono in sostanza un quadro completo e dettagliato in merito alle singole fattispecie di crimini internazionali e sta agli Stati decidere in che modo formulare i crimini internazionali a livello nazionale e se optare per una disciplina degli stessi essenziale oppure se descrivere dettagliatamente e nel modo più preciso possibile ogni singola fattispecie. In proposito, è interessante la scelta del legislatore australiano che nel proprio Codice penale ha inserito gli elementi relativi a ciascuna fattispecie, più o meno in linea con gli EC annessi allo Statuto di Roma.⁷⁹ Un analogo discorso potrebbe essere fatto per delle altre fattispecie, per esempio per il crimine di mutilazione o di esperimenti medici o biologici e altri trattamenti, in relazione ai quali gli EC sottolineano l'importanza degli *standard* medici generalmente riconosciuti, del consenso che deve essere preventivo ed espresso, nonché dell'importanza che il trattamento sia necessario e portato avanti nell'interesse del paziente.⁸⁰

⁷⁹ Chapter 8 “Offences against humanity and related offences”, Division 268 “Genocide, crimes against humanity, war crimes and crimes against the administration of the justice of the International Criminal Court”, Australia, *International Criminal Court Act*, Act No. 41 of 2002, An Act to facilitate compliance by Australia with obligations under the Rome Statute of the International Criminal Court, and for related purposes, 27 June 2002 (http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_4277/#results, ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

⁸⁰ Il VStGB afferma, per esempio, che commette un crimine di guerra chiunque “*exposes a person who is to be protected under international humanitarian law to the risk of death or to serious injury to health a) by carrying out experiments on such a person, being a person who has not previously given his or her voluntary and express consent, or where the experiments concerned are neither medically necessary nor carried out in his or her interest, b) by taking body tissue or organs from such a person for transplantation purposes so far as it does constitute removal of blood or skin for therapeutic purposes in conformity with generally recognized medical principles and the person concerned has previously not given his or her voluntary and express consent, or c) by using treatments methods that are not medically recognised on such person, without this being necessary from a medical point of view and without the person concerned having previously given his or her voluntary and express consent [...]*”, VStGB. Una scelta simile è quella fatta dalla legislazione olandese (§ 2, Section 5(2)(b)): “*any intentional act or omission which jeopardises the health of anyone who is in the power of a party other than the party to which he or she belongs, and which: (i) entails any medical treatment which is not necessary as a consequence of the state of health of the person concerned and*

Dall'altro lato, permane comunque l'ambiguità di alcune fattispecie di crimini internazionali, nonostante lo Statuto di Roma e, in particolar modo, gli EC, tentino di fornirne una descrizione il più possibile dettagliata. In proposito, un chiaro esempio lo offrono alcune fattispecie di crimini di guerra. Gli artt. 8(a)(ii) e 8(a)(iii) riguardano rispettivamente tortura, trattamenti inumani ed esperimenti biologici, da una parte, e il causare gravi sofferenze fisiche o psichiche, dall'altra. In particolare, ci si può domandare infatti quale sia la differenza tra *'inhuman treatment'* e *'willfully causing great suffering, or serious injury to body or health'*. Gli EC specificano per la prima fattispecie: *'The perpetrator inflicted severe physical or mental pain or suffering upon one or more persons'*, mentre per la seconda precisano *'The perpetrator caused great physical or mental pain or suffering to, or serious injury to body or health of, one or more persons'*. La differenza principale sembra risiedere nel verbo (*'inflicted'* v. *'causes'*) e nell'elemento soggettivo associato alla fattispecie stessa. Difatti il crimine di trattamenti inumani sembra richiedere un dolo diretto, mentre l'altra fattispecie la c.d. *recklessness* (*'willfully'*).⁸¹ Nonostante si possano riscontrare tali differenze, sembra debole la distinzione tra le due fattispecie e questo può risultare a tutti gli effetti un problema per gli ordinamenti interni che si trovano ad incorporare tali tipologie di crimini.

Problematiche analoghe sorgono inoltre in relazione ad altre tipologie di crimini internazionali. In primo luogo, il principio di legalità tanto caro agli ordinamenti interni può incontrare molteplici difficoltà nell'accettare una formulazione ampia come quella all'art. 7(1)(k): *"Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or*

is not consistent with generally accepted medical standards which would be applied under similar medical circumstances to persons who are nationals of the party responsible for the acts and who are in no way deprived of their liberty; (ii) entails the carrying out on the person concerned, even with his consent, of physical mutilations; (iii) entails the carrying out on the person concerned, even with his consent, of medical or scientific experiments; or (iv) entails removing from the person concerned, even with his consent, tissue or organs for transplantation"; analoga scelta viene fatta al § 2, Section 5(3)(c): *"subjecting persons who are in the power of an adverse party to the conflict to physical mutilation or medical or scientific experiments of any kind, which are neither justified by the medical, dental or hospital treatment of the person concerned nor carried out in his or her interest, and which cause death to or seriously endanger the health of such persons or persons"*, Paesi Bassi, *International Crimes Act*.

⁸¹ Vedi *infra* p. 55.

physical health".⁸² Tale articolo non è altro che una clausola residuale nella quale si è tentato di includere tutta una serie di comportamenti analoghi alle fattispecie elencate nei paragrafi precedenti.⁸³ È chiaro che una tale clausola residuale è suscettibile di ricomprendere un vasto numero di comportamenti. Risulta tuttavia dubbio se una simile formula possa essere inserita in alcuni ordinamenti. Non stupisce a tal proposito che il VStGB non riprende la formulazione che ritroviamo nello statuto di Roma, bensì fa riferimento a chiunque "(C)auses another person severe physical or mental harm, especially of the kind referred to in Section 226 of the Criminal Code".⁸⁴ Se una scelta come quella fatta dall'ordinamento tedesco sembra opportuna anche per l'ordinamento italiano, diverse legislazioni hanno invece riportato, più o

⁸² Si deve trattare di 'altri atti inumani', quindi di condotte che non devono essere le stesse elencate ai paragrafi precedenti e che devono causare gravi sofferenze o seri danni all'integrità fisica o psichica o alla salute (*Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on Confirmation of Charges, 30 September 2008, par. 447-455).

⁸³ Si noti in ultimo come la Corte speciale per la Sierra Leone abbia fatto rientrare nell'ipotesi di 'altri atti inumani' condotte quali il matrimonio forzato (*Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.*, Appeals Chamber, Case No. SCSL-2004-16-A, Judgement, 22 February 2008, par. 197-203; *Prosecutor v. Issa Hassa Sesay et al.*, Trial Chamber, Case No. SCSL-04-15-T, Judgement, 2 March 2009, par. 2307).

⁸⁴ La Section 226 è rubricata "Causing grievous bodily harm": "(1) *If the injury results in the victim 1. losing his sight in one eye or in both eyes, his hearing, his speech or his ability to procreate; 2. losing or losing permanently the ability to use an important member; 3. being permanently and seriously disfigured or contracting a lingering illness, becoming paralysed, mentally ill or disabled, the penalty shall be imprisonment from one to ten years. (2) If the offender intentionally or knowingly causes one of the results indicated in subsection (1) above the penalty shall be imprisonment of not less than three years. (3) In less serious cases under subsection (1) above the penalty shall be imprisonment from six months to five years, in less serious cases under subsection (2) above imprisonment from one to ten years*", Section 226, *Strafgesetzbuch (StGB), German Criminal Code*, 13 November 1998, *Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt]* I p. 3322, last amended by law of 29 June 2009, *Federal Law Gazette* I p. 1658, (http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_4277/#results). Lo stesso si può osservare riguardo alle scelte operate dal legislatore spagnolo che tra le fattispecie costituenti crimini contro l'umanità non annovera 'altri atti inumani', ma si condanna: "*Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149, y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147*", art. 607 bis(2)(3°), Spagna, *Código Penal*. Analogamente al VStGB si evitano termini imprecise e si preferisce rinviare ad altre fattispecie contenute nel Codice penale, tra cui gli artt. 149 e 150 del Titolo III "De las lesiones", oppure a fare riferimento al caso in cui persone siano sottoposte a condizioni tali da porre in pericolo la loro vita. In modo simile, la legislazione congolese si riferisce a chiunque: "*Inflige à une autre personne des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale et autres actes inhumains de caractère analogue, en particulier des atteintes visées à l'article 221 du présent code pénal*", Art. 122, Section 2 "Des crimes contre l'humanité", Congo, *Loi modifiant et completant certaines dispositions du code penal, du code de l'organisation et de la compétence judiciaires, du code penal militaire, et du code judiciaire militaire, en application du statut de la cour penale internationale*, Kinshasa, septembre 2005 (http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_4277/#results, ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

meno fedelmente, la formula che si rinviene all'art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale.⁸⁵

Ultimo esempio di ambiguità che circonda i crimini al livello 'internazionale', la quale si può tramutare in un relativo problema per un dato ordinamento interno, è costituita dalla fattispecie di tortura. Che cosa si intende per tortura? Se si analizza attentamente lo Statuto di Roma, si scorgeranno di sicuro delle difficoltà nel comprendere le scelte fatte dai redattori. Gli EC annessi allo Statuto della CPI descrivono in modo diverso la tortura a seconda che essa sia un crimine contro l'umanità o un crimine di guerra. In entrambi i casi la tortura viene descritta nel modo seguente: *'The perpetrator inflicted severe physical or mental pain or suffering upon one or more persons'*. Tuttavia nel caso dei crimini contro l'umanità si richiede che la vittima sia 'in custodia o sotto il controllo' dell'autore della violazione.⁸⁶ Per quanto riguarda invece il crimine di guerra di tortura sembra necessario dimostrare la presenza in capo all'autore della violazione di un dolo specifico.⁸⁷ È normale interrogarsi circa questa differenza definitoria in fase di attuazione delle previsioni dello Statuto, in particolare in quanto, pur mutando l'elemento di contesto, si tratta sempre dello stesso crimine. Gli esempi sopra riportati servono a comprendere come la natura e l'incertezza che circonda alcune fattispecie di crimini internazionali possa

⁸⁵ Art. 136 ter (11°): *"autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale"*, Belgio, Code Penal; Section 4(1)(k): *"other inhumane acts of a similar character which intentionally cause great suffering or serious injury to body or to mental or physical health"*, Paesi Bassi, *International Crimes Act*; Art. 2(11°): *"Les autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou psychique"*, Francia, *LOI n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale*, 9 agosto 2010.

⁸⁶ Article 7 (1) (f) "Crime against humanity of torture": *"1. The perpetrator inflicted severe physical or mental pain or suffering upon one or more persons. 2. Such person or persons were in the custody or under the control of the perpetrator. 3. Such pain or suffering did not arise only from, and was not inherent in or incidental to, lawful sanctions. 4. The conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population. 5. The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population"*, ICC Elements of Crimes.

⁸⁷ Article 8 (2) (a) (ii)-1 "War crime of torture": *"1. The perpetrator inflicted severe physical or mental pain or suffering upon one or more persons. 2. The perpetrator inflicted the pain or suffering for such purposes as: obtaining information or a confession, punishment, intimidation or coercion or for any reason based on discrimination of any kind. 3. Such person or persons were protected under one or more of the Geneva Conventions of 1949. 4. The perpetrator was aware of the factual circumstances that established that protected status. 5. The conduct took place in the context of and was associated with an international armed conflict. 6. The perpetrator was aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict"*, ICC Elements of Crimes.

influenzare le decisioni del legislatore interno, in particolar modo in quei Paesi dove è richiesto che le norme penali siano formulate nel modo più preciso e chiaro possibile.

2.2.2 *Diritto internazionale consuetudinario e oltre*

Come in precedenza anticipato, le esigenze di adattare la disciplina dei crimini internazionali alle caratteristiche di un dato ordinamento e, in particolare la necessità di rispettare il principio di legalità, non sono le sole ragioni alla base di una riformulazione della definizione dei crimini internazionali. A tal proposito, non è detto che i crimini internazionali così come enunciati in un trattato internazionale corrispondano al diritto internazionale consuetudinario. Prendendo ancora una volta in esame lo Statuto della Corte penale internazionale, non è difatti possibile affermare che la lista di crimini in esso contenuta rispecchi in tutto e per tutto il diritto internazionale generale. È quindi a discrezione dello Stato la scelta tra attenersi al trattato internazionale o, invece, effettuare un'analisi più complessa sul contenuto del diritto internazionale consuetudinario. Il primo passo da intraprendere è stabilire quali previsioni del trattato sembrano essere più restrittive rispetto alla consuetudine internazionale e, di conseguenza, individuare quale sia il contenuto del diritto internazionale generale. Sempre prendendo in considerazione lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale sono diversi gli esempi in cui lo Statuto di Roma non combacia con il diritto internazionale generale. Per quanto concerne i crimini contro l'umanità è in genere richiesto che essi siano commessi nel corso di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile. Lo Statuto di Roma, dando precisazioni terminologiche al secondo paragrafo dell'art. 7, definisce come si debba intendere 'attacco' ai sensi del medesimo articolo: “*‘Attack directed against any civilian population’ means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack*”.⁸⁸ L'aspetto che è stato maggiormente criticato di tale definizione è il fatto

⁸⁸ Art. 7(2)(a), ICC Statute (1998).

che l'attacco debba avvenire in esecuzione della politica di uno Stato o di un'organizzazione. Questo costituisce un primo esempio di dubbia corrispondenza con il diritto consuetudinario, in quanto, prima dello Statuto della Corte penale internazionale, un simile requisito non era ritenuto necessario. Questo risulta in particolare evidente dalla ricca giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*.⁸⁹ Gli ordinamenti interni rimangono quindi liberi di orientarsi e possono decidere se accogliere quanto enunciato nello Statuto della Corte penale internazionale, oppure se incorporare una nozione più ampia di crimini contro l'umanità⁹⁰.

⁸⁹ “Contrary to the Appellants’ submissions, neither the attack nor the acts of the accused needs to be supported by any form of “policy” or “plan”. There was nothing in the Statute or in customary international law at the time of the alleged acts which required proof of the existence of a plan or policy to commit these crimes.114 As indicated above, proof that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic, are legal elements of the crime. But to prove these elements, it is not necessary to show that they were the result of the existence of a policy or plan. It may be useful in establishing that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic (especially the latter) to show that there was in fact a policy or plan, but it may be possible to prove these things by reference to other matters. Thus, the existence of a policy or plan may be evidentially relevant, but it is not a legal element of the crime”, *Prosecutor v. Kunarac*, Appeals Chamber, Case No. IT-96-23& IT-96-23/1-A, Judgement, 12 June 2002, par. 98.

⁹⁰ Alcuni Stati non hanno menzionato questo ulteriore requisito richiesto dallo Statuto di Roma. Il VStGB considera punibile per ciascuna condotta di crimine contro l'umanità “*whoever, as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population*”, Section 7 “Crimes against Humanity”, VStGB; la stessa scelta viene fatta nel Codice penale spagnolo all’art. 607 bis: “*I. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella*”, Capítulo II bis “De los delitos de lesa humanidad”. Ugualmente, nella legislazione congolese: “*Est puni de la peine de mort, quiconque, dans le cadre d’une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque*”, art. 222, Section 2 “Des crimes contre l’humanité”, Congo, *Loi modifiant et completant certaines dispositions du code penal, du code de l’organisation et de la competence judiciaires, du code penal militaire, et du code judiciaire militaire, en application du statut de la cour penale internationale*, Kinshasa, septembre 2005. In tali casi sarà probabilmente il giudice a dover stabilire che cosa si intenda con ‘attacco’. Anche la legislazione ruandese non richiede che vi sia una politica di uno Stato o di un'organizzazione, ma ha la peculiarità di connettere l'elemento di contesto dei crimini contro l'umanità a ragioni discriminatorie: “*The crime against humanity shall mean one of the following acts committed within the context of a widespread or systematic attack directed against the civilian population because of their nationality, political opinions, ethnic or religious origins: [...]*”, art. 5, Chapter 3 “Crimes against Humanity and their Sanctions”, Ruanda, *Law N°33 BIS/2003 repressing the Crime of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes*, 6 September 2003. Diversamente, diverse legislazioni hanno incorporato nel proprio ordinamento la nozione di attacco che si rinviene nello Statuto di Roma: Bosnia, art. 172(2)(a), *Criminal Code*; art. 1: “*Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias: 1º. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. 2º. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos*”, Cile, Título I “Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio”, *Ley*

Relativamente ai crimini di guerra, lo Statuto di Roma distingue tra conflitti armati internazionali e conflitti armati interni. Esso lo fa non solo da un punto di vista ‘formale’, ma anche da un punto di vista ‘sostanziale’: la lista dei crimini commessi nel corso di conflitti armati internazionali è ben più lunga rispetto a quella relativa ai conflitti armati interni. Tuttavia, a partire dal noto caso *Tadić*, la tendenza è stata quella di equiparare sempre più la disciplina delle due tipologie di conflitto, sulla base del principio per cui ciò che è proibito nel corso di un conflitto armato internazionale non può essere consentito in un conflitto armato interno. Lo Statuto di Roma non è né innovativo e né al passo con quelli che sono stati gli sviluppi del diritto internazionale consuetudinario. Sorprende in effetti che lo Statuto preveda l’attacco a beni civili (art. 8(b)(ii)) come crimine di guerra commesso nel corso di un conflitto armato internazionale, mentre lo stesso crimine non compaia in riferimento ai conflitti armati interni. Analoga osservazione può essere fatta in riferimento all’attacco sproporzionato⁹¹ e all’uso di armi proibite in conflitti armati⁹². Anche in questo caso, le politiche legislative degli Stati hanno preso direzioni diverse e

Num. 20.357 Tipifica Crimenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crimenes y Delitos de Guerra, 26 de junio 2009; Sudafrica, Part 2 “Crimes against Humanity”, Schedule 1 “Crimes”, Chapter 5 “Miscellaneous”, *Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act* 27 of 2002; Kenya, Art. 6(4), Part II “International Crimes and Offences against the Administration of Justice”, *International Crimes Act* No. 16 2008. Lo stesso vale per la legislazione del Regno Unito che nel suo *International Criminal Court Act* rinvia all’art. 7 dello Statuto di Roma e agli EC.

⁹¹ Art. 8(2)(iv): “*Intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated*”, ICC Statute (1998).

⁹² Sono in particolare considerati crimini di guerra ai sensi dell’art. 8(2)(b): “*(xvii) Employing poison or poisoned weapons; (xviii) Employing asphyxiating, poisonous or other gases, and all analogous liquids, materials or devices; (xix) Employing bullets which expand or flatten easily in the human body, such as bullets with a hard envelope which does not entirely cover the core or is pierced with incisions*”, ICC Statute (1998). Il paragrafo xx) aggiunge: “*Employing weapons, projectiles and material and methods of warfare which are of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering or which are inherently indiscriminate in violation of the international law of armed conflict, provided that such weapons, projectiles and material and methods of warfare are the subject of a comprehensive prohibition and are included in an annex to this Statute, by an amendment in accordance with the relevant provisions set forth in articles 121 and 123*”. Come noto, la lista di cui si parla al paragrafo xx) non è mai stata adottata. Relativamente ai conflitti armati interni, non vi sono delle corrispondenti fattispecie, anche se è da prendere nota che alla Conferenza di revisione dello Statuto tenutasi a Kampala nel 2010 uno degli emendamenti adottati mira proprio ad inserire come crimini di guerra commessi in un conflitto armato interno le sopra riportate fattispecie inerenti ai mezzi bellici proibiti (Review Conference, Resolution RC/Res.5, *Amendments to article 8 of the Rome Statute*, Adopted at the 12th plenary meeting, on 10 June 2010, by consensus (https://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.5-ENG.pdf, ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

soltanto alcuni si sono orientati nel senso di eliminare la discrepanza esistente tra conflitti armati internazionali e conflitti armati interni.⁹³

In ultimo, la presa in considerazione del diritto internazionale consuetudinario può portare alcuni Stati ad includere nel proprio ordinamento fattispecie che non si trovano nello Statuto della Corte penale internazionale. Una fattispecie che si ritrova in diverse legislazioni e che non figura nella lista di cui all'art. 8 dello Statuto di Roma è il 'ritardo ingiustificato nel rimpatrio di un prigioniero di guerra o di civili'. Un'attenta riflessione potrebbe inoltre essere elaborata attorno a crimini emersi negli ultimi anni, quali il crimine di guerra di punizioni collettive⁹⁴ e il crimine di guerra di terrore.⁹⁵

Oltre però all'adozione di una legislazione che cerchi di rispecchiare il diritto internazionale consuetudinario, gli Stati possono scegliere di andare anche nella direzione dello sviluppo progressivo del diritto internazionale e, di conseguenza, oltre il diritto internazionale consuetudinario stesso. Del resto, bisogna pur sempre ricordare che la consuetudine internazionale si forma proprio grazie alla prassi degli Stati ripetuta nel tempo e all'*opinio iuris*, ragione per cui scelte innovative degli Stati che non si limitino alla mera riproduzione del diritto internazionale consuetudinario risultano estremamente importanti per l'evoluzione della materia e del diritto internazionale in generale. Osservando la prassi degli Stati per quanto concerne l'attuazione delle previsioni relative ai crimini internazionali si noterà come non molti Stati hanno effettuato una scelta simile.

⁹³ Si veda in particolare: Spagna (Codice penale, art. 608 ss.); Germania (VStGB, Chapter 2 "War Crimes"), dove una diversità di disciplina tra conflitti armati internazionali e interni viene mantenuta solo per un limitatissimo numero di fattispecie (si veda paragrafo 3 della sezione 8); Ruanda (art. 8, Chapter 5, *Law N°33 BIS/2003 repressing the Crime of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes*); Bosnia (Codice penale, art. 173 ss.).

⁹⁴ Il crimine è stato inserito nello Statuto della SCSL: "*The SC shall have the power to prosecute persons who committed or ordered the commission of serious violations of article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 8 June 1977. These violations shall include: [...] (b) collective punishments*", *Statute of the Special Court for Sierra Leone ('SCSL Statute')*, 16 January 2002, U.N. Doc. S/2002/246, Appendix II (8 March 2002). La giurisprudenza della SCSL ha anche avuto modo di soffermarsi sugli elementi del crimine di punizioni collettive (si veda *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, Trial Chamber, Case No. SCSL-04-14-T, Judgement, 2 August 2007, par. 180 e Appeals Chamber, Case No. SCSL-04-14-A, Judgement, 28 May 2008, par. 224).

⁹⁵ *Prosecutor v. Stanislav Galić*, Appeals Chamber, Case No. IT-98-29-A, Judgement, 30 November 2006, parr. 90, 98.

Alcuni ordinamenti sono andati, per esempio, al di là del diritto internazionale consuetudinario per quanto concerne il crimine di genocidio, ampliando la lista dei gruppi. La legislazione spagnola include tra i gruppi protetti anche un gruppo identificabile sulla base della disabilità dei suoi componenti.⁹⁶ Anche altri Stati hanno previsto nuovi gruppi, in particolare politici e sociali: Perù⁹⁷, Estonia⁹⁸, Lituania⁹⁹, Paraguay¹⁰⁰, Uruguay¹⁰¹, Colombia¹⁰², Bangladesh¹⁰³, Costa d'Avorio¹⁰⁴ ed Etiopia.¹⁰⁵

⁹⁶ Artículo 607 “1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: [...]”, Spagna, Código penal.

⁹⁷ Artículo 319 “Genocidio”: Modalidades “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes: [...]”, Perù, Código penal, Decreto legislativo N° 635, 03/04/91.

⁹⁸ § 90 “Genocide”: “A person who, with the intention to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, a group resisting occupation or any other social group, kills or tortures members of the group, causes health damage to members of the group, imposes coercive measures preventing childbirth within the group or forcibly transfers children of the group, or subjects members of such group to living conditions which have caused danger for the total or partial physical destruction of the group, shall be punished by 10 to 20 years’ imprisonment or life imprisonment”, Estonia, Penal Code, 06/06/2001, RT I 2001.61.364 (‘Penal Code’).

⁹⁹ Article 99 “Genocide”: “A person who, seeking to physically destroy, in whole or in part, the persons belonging to any national, ethnic, racial, religious, social or political group, organises, is in charge of or participates in their killing, torturing, causing bodily harm to them, hindering their mental development, their deportation or otherwise inflicting on them the conditions of life bringing about the death of all or a part of them, restricts the birth of the persons belonging to those groups or forcibly transfers their children to other groups shall be punished by imprisonment for a term of five up to twenty years or by life imprisonment”, Lituania, Criminal Code of the Republic of Lithuania, 26 September 2000 No VIII-1968 (As last amended on 11 February 2010 – No XI-677).

¹⁰⁰ Artículo 319 “Genocidio”: “El que con la intención de destruir, total o parcialmente, una comunidad o un grupo nacional, étnico, religioso o social: [...]”, Capítulo único “Genocidio y crímenes de guerra”, Título IX “Hechos punibles contra los pueblos”, Paraguay, Código penal, Ley N° 1.160/97, 26/11/1997.

¹⁰¹ Artículo 16 “Genocidio”: “El que con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político, sindical, o a un grupo con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud, perpetrare alguno de los actos mencionados a continuación, será castigado con quince a treinta años de penitenciaría: [...]”, Uruguay, Ley N° 18.026 “Cooperación con la Corte Penal Internacional en Materia de Lucha contra el Genocidio, los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad”, 25/09/2006 (‘Ley N° 18.026’).

¹⁰² Artículo 101 “Genocidio”: “El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años”, Colombia, Código penal, Ley 599 de 2000, 24/07/2000.

¹⁰³ Art. 3(2)(c) “Jurisdiction of Tribunals and Crimes”: “Genocide: meaning and including any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial,

Per quanto riguarda i crimini di guerra interessante è la scelta di alcuni ordinamenti di ampliare la tipologia di armi proibite e di considerare crimini di guerra l'utilizzo di certe armi, anche in assenza di una base consuetudinaria. Interessanti risultano, ad esempio, le legislazioni di Uruguay¹⁰⁶ ed Estonia¹⁰⁷ che considerano come crimini di guerra anche l'utilizzo di laser accecanti, armi incendiarie, mine anti persona.

Per concludere, le soluzioni adottate dagli Stati per incorporare i crimini internazionali a livello interno sono le più svariate e molteplici sembrano essere le difficoltà dovute all'incertezza che ruota attorno alle singole fattispecie di crimini internazionali.

religious or political group, such as: [...]", Bangladesh, The International Crimes (Tribunal) Act, Act N°. XIX of 1973, 20 July 1973.

¹⁰⁴ Art. 137 : *"Est puni de la peine de mort quiconque, dans le dessein de détruire totalement ou partiellement un groupe national, ethnique, confessionnel ou politique, organise, ordonne ou pratique en temps de guerre comme en temps de paix: [...]"*, Costa D'Avorio, Loi n° 1981-640 du 31 juillet 1981, instituant le Code pénal (modifiée par la Loi n° 1995-522 du 6 juillet 1995), 31/07/1981.

¹⁰⁵ Article 269 "Genocide": *"Whoever, in time of war or in time of peace, with intent to destroy, in whole or in part, a nation, nationality, ethnical, racial, national, colour, religious or political group, organizes, orders or engages in: [...]"*, Etiopia, Criminal Code of the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Proclamation No. 414/2004, 9 May 2004.

¹⁰⁶ Art 42. *"Emplear armas cuyo efecto principal sea lesionar mediante fragmentos que no puedan localizarse por rayos X en el cuerpo humano"*; art 43. *"Emplear minas antipersonales entendiendo por tales toda munición colocada debajo, sobre o cerca de la superficie del terreno u otro lugar, concebida para explosionar por la presencia, la proximidad o en contacto de una persona y que pudiera incapacitar, lesionar o matar a más de una persona"*; art. 44. *"Emplear minas, armas trampas y otros artefactos similares, contra la población civil o personas protegidas o bienes protegidos o en contravención de las disposiciones del derecho internacional"*; art. 45 *"Emplear trampas y armas incendiarias, entendiendo por tales toda arma, munición o trampa concebida primordialmente para incendiar objetos o causar quemaduras a las personas mediante la acción de las llamas, del calor o de una combinación de ambos, producidos por reacciones químicas"*; art. 46 *"Emplear armas químicas, biológicas (bacteriológicas o tóxicas) u otras armas de destrucción masivas, cualquiera fuese su naturaleza"*; art. 47 *"Emplear armas láser con aptitud para causar cegueras permanentes"*, Uruguay, Ley N° 18.026.

¹⁰⁷ § 103 "Use of prohibited weapons": *"Use of biological, bacteriological or chemical weapons or other weapons of mass destruction, toxic weapons, toxic or asphyxiating gases, booby traps, i.e. explosives disguised as small harmless objects, expanding bullets, weapons injuring by fragments which escape X-rays, or other internationally prohibited weapons, or large-scale use of incendiary weapons under conditions where the military objective cannot be clearly separated from civilian population, civilian objects or the surrounding environment, is punishable by 3 to 12 years' imprisonment"*, Estonia, Penal Code. Al paragrafo § 96 *"Illegal use of means of warfare against civilians"*, viene inoltre utilizzata una formula ampia, sulla base della quale è punibile anche l'utilizzo di armi che non possono distinguere tra obiettivi civili e militari.

2.3 La normativa italiana sui crimini internazionali

L'Italia si adegua, ex art. 10 Cost., alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, prevedendo quello che in gergo tecnico viene indicato come il c.d. 'trasformatore permanente'. Le norme in tema di crimini internazionali sono di certo norme di diritto internazionale consuetudinario, ma necessitano di un'apposita attuazione nel nostro ordinamento, in virtù del principio di legalità che abbiamo sopra richiamato, costituzionalmente garantito e tra i principi fondanti del nostro ordinamento. L'Italia ha in questi anni provveduto ad incorporare i crimini internazionali nel proprio ordinamento in modo alquanto frammentario e mediante una stratificazione di leggi in attuazione di alcuni trattati internazionali ratificati.

La principale normativa interna di riferimento è costituita dalla legge 9 ottobre 1967, n. 962 in attuazione alla Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio¹⁰⁸ e dal Codice penale militare di guerra¹⁰⁹. L'Italia non si può quindi dire sprovvista di una legislazione in tema di crimini internazionali. Tuttavia, la lacuna più rilevante nell'ordinamento italiano è costituita dalla mancanza di una normativa specifica sui crimini contro l'umanità.

Il caso italiano offre più di uno spunto di riflessione: in particolare risulta interessante in quanto si tratta di uno Stato parte dello Statuto di Roma nel quale non vi è stata una piena attuazione delle previsioni relative ai crimini internazionali. Come anticipato, l'Italia ha adottato una legislazione per attuare la Convenzione sul genocidio del 1948. Rispetto al contenuto della normativa internazionale, la legislazione adottata dall'Italia presenta diverse novità. In primo luogo, all'art. 2 della legge n. 962 si introduce una nuova condotta che può costituire crimine di genocidio, la 'deportazione a fine di genocidio':

Chi, al fine indicato nel precedente articolo, deporta persone appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, è punito con la reclusione da quindici a ventiquattro anni.¹¹⁰

¹⁰⁸ Legge 9 ottobre 1967 n. 962, "Prevenzione e repressione del delitto di genocidio", *Gazzetta Ufficiale* n. 272 del 30 ottobre 1967 (l. n. 962/1967).

¹⁰⁹ Codice penale militare di guerra, r. d. 20 febbraio 1941 n. 303.

¹¹⁰ Art. 2, l. n. 962/1967.

Tale condotta, in realtà, rientrava già nel crimine di genocidio così come delineato dalla Convenzione del 1948, in quanto può in particolare essere considerata come un ‘imporre condizioni di vita tali da portare alla distruzione fisica totale o parziale del gruppo’. La scelta del legislatore è più dovuta a ragioni simboliche e mira a dare ancor più rilievo ad un fenomeno che aveva segnato il periodo della seconda guerra mondiale. Non basta, ovviamente, che una condotta quale la deportazione sia posta in essere, in quanto deve essere presente l’intento di distruggere il gruppo in tutto o in parte in capo all’autore della violazione.

Un’ulteriore peculiarità della legge italiana è data dall’art. 6, rubricato “imposizione di marchi o segni distintivi”, condotta che, come quella analizzata precedentemente, è anch’essa una scelta che richiama le persecuzioni degli ebrei nel periodo della seconda guerra mondiale:

Chiunque costringe persone appartenenti ad un gruppo nazionale etnico, razziale o religioso, a portare marchi o segni distintivi indicanti la appartenenza al gruppo stesso è punito, per ciò solo, con la reclusione da quattro a dieci anni.

Ove il fatto sia stato commesso al fine di predisporre la distruzione totale o parziale del gruppo, si applica la reclusione da dodici a ventuno anni.¹¹¹

Tale fattispecie risulta particolarmente interessante dal momento che l’imposizione di marchi o segni distintivi viene punita anche solo se la condotta viene posta in essere e non è necessario provare che sussista in capo all’autore della violazione l’intento specifico di distruggere il gruppo in tutto in parte. Se il soggetto agente che pone in essere la condotta agisce con l’intento specifico richiesto per il genocidio, la pena viene aumentata.

In ultimo, l’art. 7 riguarda l’‘accordo per commettere genocidio’¹¹² e l’art. 8 punisce la ‘pubblica istigazione e apologia’¹¹³ di genocidio.

¹¹¹ Art. 6, l. n. 962/1967.

¹¹² Art. 7: “Qualora più persone si accordino allo scopo di commettere uno dei delitti preveduti negli articoli da 1 a 5 e nel secondo comma dell’articolo 6 della presente legge, e il delitto non è commesso, ciascuna di esse è punibile, per il solo fatto dell’accordo, con la reclusione da uno a sei anni.

Qualora più persone si accordino allo scopo di commettere il delitto preveduto nel primo comma dell’articolo 6 della presente legge, e il delitto non è commesso, ciascuna di esse è punibile, per il solo fatto dell’accordo, con la reclusione da tre mesi a un anno.

Per i promotori la pena è aumentata”, l. n. 962/1967.

Per quanto concerne i crimini di guerra, la normativa di riferimento è il Codice penale militare di guerra, in particolare il titolo IV del Codice rubricato “Dei reati contro le leggi e gli usi della guerra”. Se abbiamo visto che per il genocidio la legislazione italiana risulta al passo con la Convenzione del 1948, nonché al passo con la legislazione di altri Paesi, non è possibile fare la medesima affermazione per quanto riguarda i crimini di guerra. Nonostante il Codice stesso abbia subito modifiche in tempi recenti,¹¹⁴ sono stati pochi i passi intrapresi per adeguare l’ordinamento italiano alle norme internazionali in tema di crimini di guerra. A tal proposito, vi è forse anche da interrogarsi sul modo in cui si potrebbero introdurre tali modifiche nell’ordinamento italiano e se, come abbiamo già avuto modo di vedere esaminando la prassi di altri Stati, esse potrebbero essere introdotte modificando la legislazione esistente oppure con una legge separata. L’introduzione di una disciplina completa in merito ai crimini di guerra comporterebbe la modifica di alcune disposizioni del Codice penale militare di guerra. Si dovrebbe però decidere come introdurre una tale disciplina, se tramite l’adozione di un atto legislativo separato oppure se inserire una tale disciplina nel Codice penale italiano.

Risulta molto interessante però analizzare gli articoli rilevanti del Codice penale militare di guerra. In primo luogo, si notino alcuni articoli che trattano in generale dei mezzi e modi di guerra proibiti: l’art. 174 “Comandante che ordina o autorizza l’uso di mezzi di guerra vietati”¹¹⁵ e l’art. 175 “Uso di mezzi di guerra vietati, da

¹¹³ Art. 8: “*Chiunque pubblicamente istiga a commettere alcuno dei delitti preveduti negli articoli da 1 a 5, è punito, per il solo fatto della istigazione, con la reclusione da tre a dodici anni. La stessa pena si applica a chiunque pubblicamente fa l’apologia di alcuno dei delitti preveduti nel comma precedente*”, l. n. 962/1967.

¹¹⁴ Legge 31 gennaio 2002, n. 6 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° dicembre 2001, n. 421, recante disposizioni urgenti per la partecipazione di personale militare all’operazione multinazionale denominata “Enduring Freedom”. Modifiche al codice penale militare di guerra, approvato con regio decreto 20 febbraio 1941, n. 303”, *Gazzetta Ufficiale* n. 28 del 2 febbraio 2002; Legge 27 febbraio 2002, n. 15 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 dicembre 2001, n. 451, recante disposizioni urgenti per la proroga della partecipazione italiana ad operazioni militari internazionali”, *Gazzetta Ufficiale* n. 49 del 27 febbraio 2002.

¹¹⁵ Art. 174: “*Il comandante di una forza militare, che, per nuocere al nemico, ordina o autorizza l’uso di alcuno dei mezzi o dei modi di guerra vietati dalla legge o dalle convenzioni internazionali, o comunque contrari all’onore militare, è punito con la reclusione non inferiore a cinque anni, salvo che il fatto sia preveduto come reato da una speciale disposizione di legge. Se dal fatto è derivata strage, si applica la reclusione non inferiore a dieci anni*”.

parte di persona diversa dal comandante”.¹¹⁶ Tali disposizioni si contraddistinguono per l’utilizzo di una formula ampia, in base al quale viene punito l’utilizzo di mezzi o modi di guerra vietati dalla legge o dalle convenzioni internazionali. Tali articoli comprendono dunque una vasta gamma di condotte che sono illecite non solo sulla base della legge italiana, ma anche sulla base delle convenzioni internazionali ratificate dall’Italia. Permangono diversi dubbi tuttavia sulla formula aperta che viene utilizzata in questi articoli. Come emerge dallo Statuto di Roma, dalla giurisprudenza dei tribunali penali internazionali, nonché dalle legislazioni degli Stati in tema, ogni fattispecie di crimine di guerra ha elementi specifici che la distinguono e ciascuna fattispecie è autonoma dalle altre. Le norme in questione ricomprendono in sostanza sotto il nome di ‘modi di guerra vietati’ fattispecie diverse tra loro, quali per esempio l’affamare la popolazione civile, dichiarare che non si lascerà alcun superstite, l’attacco a civili e a beni civili, l’attacco sproporzionato. Una tale formulazione poco sembra conciliarsi con il principio di legalità.

Procedendo ad analizzare altre disposizioni rilevanti del Codice penale militare di guerra, si ritrova l’art. 177¹¹⁷ che punisce l’uso della violenza tramite perfidia e la violenza commessa contro un nemico che si sia arreso a discrezione. Altre norme che corrispondono ai crimini di guerra disciplinati a livello internazionale sono contenute agli artt. 180, “Uso indebito di segni e distintivi di protezione e di bandiere”¹¹⁸ e 182, “Costringimento di sudditi nemici a partecipare alle operazioni militari o a

¹¹⁶ Art. 175: “Le pene stabilite dall’articolo precedente si applicano anche a chiunque, per nuocere al nemico, adopera mezzi o usa modi vietati dalla legge o dalle convenzioni internazionali, o comunque contrari all’onore militare. Tuttavia, la pena può essere diminuita”.

¹¹⁷ Art. 177 “Violenza proditoria - Resa a discrezione”: “Chiunque, violando la legge o le convenzioni internazionali, usa proditoriamente violenza a una persona appartenente allo Stato nemico, è punito con la reclusione da uno a quindici anni, se dal fatto è derivata una lesione personale, e con l’ergastolo, se dal fatto è derivata la morte.

Le stesse pene si applicano, se la violenza è usata, ancorché non proditoriamente, sopra la persona di un nemico, che si sia arreso a discrezione”.

¹¹⁸ Art. 180: “E’ punito con la reclusione militare fino a sette anni chiunque usa indebitamente: 1. i segni distintivi legalmente adottati per assicurare il rispetto e la protezione degli ospedali, dei luoghi, delle formazioni, degli stabilimenti, dei monumenti, degli edifici e dei beni, indicati nell’articolo precedente; 2. i segni distintivi della Croce Rossa, delle altre associazioni di soccorso autorizzate, delle navi-ospedale, delle navi ospedaliere o delle rispettive imbarcazioni, e degli aeromobili sanitari adibiti al servizio militare; 3. i distintivi internazionali di protezione; 4. la bandiera parlamentare. La stessa pena si applica a chiunque usa indebitamente bandiere, insegne o uniformi militari diverse da quelle nazionali”.

favorirle”¹¹⁹. Si nota subito leggendo gli articoli che il soggetto attivo è spesso identificato con ‘il militare’, laddove i crimini di guerra possono anche essere commessi da soggetti che tale qualifica non hanno. La stessa considerazione vale per quanto riguarda il crimine di ‘cattura di ostaggi’ di cui all’art. 184 bis¹²⁰ e per la violenza contro privati nemici di cui all’art. 185¹²¹. Altro articolo che reca come soggetto agente ‘il militare’ è l’art. 185 bis¹²², “altre offese contro persone protette dalle convenzioni internazionali”, che comprende tutta una serie di atti illeciti di differente natura: trattamenti inumani, tortura, trasferimenti illegali e altre condotte vietate da convenzioni internazionali. Anche in tal caso si tratta di una clausola aperta e suscettibile di coprire molteplici fattispecie. Perplesità emergono non solo in virtù della genericità dell’articolo, ma anche in relazione alla pena che in esso viene prevista. Un militare che commette per esempio tortura può essere punito con una pena da due a cinque anni, pena che appare esigua se rapportata alla gravità del crimine. L’art. 192¹²³, “maltrattamenti verso feriti, malati o naufraghi”, è dedicato

¹¹⁹ Art. 182: “Il militare, che, nel territorio dello Stato nemico occupato dalle forze armate dello Stato italiano, o in qualsiasi altro luogo, costringe un suddito nemico a partecipare ad azioni di guerra contro il proprio paese, ovvero a favorirne in qualsiasi modo l’esecuzione, è punito con la reclusione militare non inferiore a tre anni.

La disposizione del comma precedente non si applica, se il fatto è commesso contro sudditi nemici, che possiedono in pari tempo la nazionalità italiana, o che, comunque, siano soggetti agli obblighi del servizio militare, a norma della legge sulla cittadinanza”.

¹²⁰ Art. 184 bis: “Il militare che viola i divieti della cattura di ostaggi previsti dalle norme sui conflitti armati internazionali è punito con la reclusione militare da due a dieci anni.

La stessa pena si applica al militare che minaccia di ferire o di uccidere una persona non in armi o non in atteggiamento ostile, catturata o fermata per cause non estranee alla guerra, al fine di costringere alla consegna di persone o cose.

Se la violenza è attuata si applica l’articolo 185”.

¹²¹ Art. 185 “Violenza di militari italiani contro privati nemici o di abitanti dei territori occupati contro militari italiani”: “Il militare, che, senza necessità o, comunque, senza giustificato motivo, per cause non estranee alla guerra, usa violenza contro privati nemici, che non prendono parte alle operazioni militari, è punito con la reclusione militare fino a cinque anni (1).

Se la violenza consiste nell’omicidio, ancorché tentato o preterintenzionale, o in una lesione personale gravissima o grave, si applicano le pene stabilite dal codice penale. Tuttavia, la pena detentiva temporanea può essere aumentata.

Le stesse pene si applicano agli abitanti del territorio dello Stato nemico occupato dalle Forze armate dello Stato italiano, i quali usano violenza contro alcuna delle persone a essi appartenenti”.

¹²² Art. 185 bis: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie atti di tortura o altri trattamenti inumani, trasferimenti illegali, ovvero altre condotte vietategli dalle convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici o i trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute, in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette dalle convenzioni internazionali medesime, è punito con la reclusione militare da due (2) a cinque anni”.

¹²³ Art. 192: “Chiunque usa maltrattamenti contro infermi, feriti o naufraghi, ancorché nemici, è punito con la reclusione non inferiore a cinque anni.

invece alla violenza contro infermi, naufraghi e feriti, punita con una pena non inferiore ai cinque anni. Se però si tratta di sevizie o maltrattamenti gravi la reclusione non deve essere inferiore ai dieci anni. Questo sembra essere in contraddizione con l'articolo precedente che prevede per la tortura una pena dai due ai cinque anni, essendo la tortura per definizione un atto di notevole gravità. Analogo il ragionamento che si può fare in merito alle sevizie o ai maltrattamenti commessi dal militare ai danni di prigionieri di guerra, di cui all'art. 209¹²⁴, "Sevizie o maltrattamenti", cui si applica una pena da due a dieci anni. In ultimo, per quanto riguarda gli atti illeciti contro beni gli artt. 186¹²⁵ e 187¹²⁶ puniscono rispettivamente il saccheggio e l'incendio, distruzione o grave danneggiamento in paese nemico.

Diverse sembrano quindi essere le lacune nell'ordinamento italiano e non sembrano essere sufficienti le disposizioni del Codice penale militare di guerra che, come abbiamo avuto modo di osservare, si indirizzano per lo più ai membri delle nostre Forze armate. Risulta inoltre evidente l'assenza di alcuni crimini specifici, quali l'attacco ai civili, l'attacco contro beni civili, l'attacco sproporzionato o altri specifici metodi bellici vietati quali il diniego di quartiere e il privare civili dei mezzi indispensabili per la loro sopravvivenza¹²⁷. A tal proposito, è da rilevare la presenza di un'altra legge che non risulta in completa sintonia con il quadro normativo che

Se i maltrattamenti sono gravi, o trattasi di sevizie, la reclusione non è inferiore a dieci anni; e, se il fatto è inoltre commesso da un incaricato del trasporto o dell'assistenza dell'infermo, del ferito o del naufrago, si applica l'ergastolo.

Si applica la pena di morte (1) con degradazione, se dal fatto è derivata la morte dell'infermo, del ferito o del naufrago".

¹²⁴ Art. 209: "Il militare incaricato della scorta, vigilanza o custodia di prigionieri di guerra, che, abusando di questa sua qualità, commette, per qualsiasi motivo, sevizie o maltrattamenti verso un prigioniero di guerra, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con la reclusione militare da due a dieci anni".

¹²⁵ Art. 186: "Chiunque commette un fatto diretto a portare il saccheggio in città o altri luoghi, ancorché presi di assalto, è punito con la morte (1) con degradazione".

¹²⁶ Art. 187: "Chiunque, in paese nemico, senza essere costretto dalla necessità delle operazioni militari, appicca il fuoco a una casa o a un edificio, o con qualsiasi altro mezzo li distrugge, è punito con la reclusione non inferiore a quindici anni.

Se dal fatto è derivata la morte di una o più persone, si applica la pena di morte (1) con degradazione.

Le stesse disposizioni si applicano nel caso d'incendio o distruzione o grave danneggiamento di monumenti storici, di opere d'arte o scientifiche, ovvero di stabilimenti destinati ai culti, alla beneficenza, all'istruzione, alle arti o alle scienze, ancorché appartenenti allo Stato nemico".

¹²⁷ Si può menzionare la Legge di guerra che risale al 1938, dove all'art. 42, rubricato "Divieto di bombardamento", si prevede quanto segue: "Il bombardamento, che abbia il solo scopo di colpire la popolazione civile o di distruggere o danneggiare i beni non aventi interesse militare, è in ogni caso proibito". A tale divieto non è però associata alcuna pena.

abbiamo cercato di delineare. Esiste infatti una normativa italiana che è stata adottata in attuazione del II Protocollo alla Convenzione dell'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato (1999). Questa legge di attuazione, l. n. 45 del 2009,¹²⁸ all'art. 9¹²⁹ punisce con la reclusione da otto a quindici anni chiunque saccheggia o devasta beni culturali. A tal riguardo, appare strano che invece il saccheggio nel Codice penale militare di guerra sia punito con l'ergastolo. Ancora, l'art. 10¹³⁰ punisce l'impossessamento illecito e il danneggiamento di un bene culturale protetto, prevedendo un'aggravante nel caso in cui gli atti siano commessi ai danni di beni a protezione rafforzata.¹³¹ L'art. 7¹³² punisce l'attacco a beni culturali e dispone un'aggravante nella pena se il fatto è commesso ai danni di beni culturali a protezione rafforzata e un aumento della pena nel caso in cui tali beni siano danneggiati, deteriorati o distrutti. In sostanza, mentre è introdotta dalla l. n. 45/2009 un crimine di attacco ai beni culturali nel contesto di un conflitto armato, non vi è invece una specifica fattispecie di attacco ai beni civili.

Le evidenti lacune presenti dell'ordinamento italiano non sono limitate ai crimini di guerra, ma si estendono ai crimini contro l'umanità. Come si accennava precedentemente, simili vuoti normativi possono essere senza alcun dubbio coperti dalle fattispecie ordinarie presenti nel nostro codice penale. Tuttavia, se è possibile in

¹²⁸ Legge 16 aprile 2009 n. 45 "Ratifica ed esecuzione del II Protocollo relativo alla Convenzione dell'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, fatto a L'Aja il 26 marzo 1999, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno", *Gazzetta Ufficiale* n. 105 dell'8 maggio 2009.

¹²⁹ Art. 9: "1. Chiunque commette fatti di devastazione ai danni di beni culturali protetti dalla Convenzione o dal Protocollo, è punito con la reclusione da otto a quindici anni. 2. Le pene stabilite dal comma 1 si applicano anche a chiunque saccheggia beni culturali protetti dalla Convenzione o dal Protocollo".

¹³⁰ Art. 10: "1. Chiunque illecitamente si impossessa di un bene culturale protetto dalla Convenzione, ovvero, avendone a qualunque titolo la disponibilità, se ne appropria, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. 2. Chiunque illecitamente distrugge, disperde, deteriora o rende in tutto o in parte inservibile un bene culturale protetto dalla Convenzione, è punito con la reclusione da due a otto anni. 3. Se i fatti previsti dai commi 1 e 2 sono commessi su un bene culturale sottoposto a protezione rafforzata, la pena è, rispettivamente, della reclusione da due a otto anni o da quattro a dieci anni".

¹³¹ Ai sensi dell'art. 3 della legge n. 45/2009, con 'protezione rafforzata' si intende il sistema di protezione stabilito agli articoli 10 e 11 del II Protocollo per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato (Aja, 26 marzo 1999).

¹³² Art. 7 "Attacco e distruzione di beni culturali": "1. Chiunque attacca un bene culturale protetto dalla Convenzione è punito con la reclusione da quattro a dodici anni. 2. Se il fatto previsto dal comma 1 è commesso su un bene culturale sottoposto a protezione rafforzata, la pena è della reclusione da cinque a quindici anni. 3. Le pene stabilite dai commi 1 e 2 sono aumentate se al fatto consegue il danneggiamento, il deterioramento o la distruzione del bene".

qualche modo ottenere un risultato soddisfacente relativamente a condotte quali omicidio e violenza sessuale, perseguire individui per crimini quali apartheid o sparizioni forzate diventa invece più complesso. Lo stesso vale anche per diverse tipologie di crimini di guerra, quali il diniego di quartiere o il reclutamento di bambini soldato. Manca inoltre nell'ordinamento italiano una norma che riguardi la responsabilità del superiore, che non figura in nessuna disposizione del nostro ordinamento.

2.4 La parte generale relativa ai crimini internazionali

2.4.1 L'elemento soggettivo relativo ai crimini internazionali

Ci siamo finora soffermati sull'incorporazione in vari ordinamenti di diverse fattispecie di crimini internazionali. Tuttavia, quando in genere si parla di recepimento dei crimini internazionali, ci sono altre norme che rivestono eguale importanza, quali per esempio quelle in tema di responsabilità del superiore, di ordini del superiore e quelle concernenti l'elemento soggettivo dei crimini internazionali. Una delle questioni forse più delicate e che sono di non poca rilevanza per gli Stati attiene, per esempio, all'elemento soggettivo richiesto per ciascuna fattispecie di crimini internazionali. La questione relativa all'elemento soggettivo offre inoltre la possibilità di interrogarsi su che cosa sia necessario - forse meglio dire opportuno - incorporare negli ordinamenti interni. Per quanto riguarda l'elemento soggettivo dei crimini, risulta evidente come non vi sia nessun obbligo specifico degli Stati in proposito. Possiamo semplicemente porci delle domande da un punto di vista pratico e chiederci quali problemi possono insorgere nella fase di attuazione delle previsioni sui crimini internazionali. A tal proposito, l'art. 30 è la disposizione dello Statuto di Roma che disciplina l'elemento soggettivo dei crimini rientranti nella giurisdizione della Corte. Ai sensi di tale articolo, il requisito psicologico generalmente richiesto è '*intent and knowledge*', ovvero dolo e conoscenza. Tale requisito generale si applica salvo che non sia previsto diversamente dallo Statuto.

Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements

are committed with intent and knowledge. For the purposes of this article a person has intent where: a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events. For the purposes of this article “knowledge” means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “Knowingly” shall be construed accordingly.¹³³

La disposizione in questione chiarisce il significato dei termini ‘*intent*’ e ‘*knowledge*’. In primo luogo, si ricorre all’usuale differenziazione che il diritto penale fa tra crimini di condotta e crimini di risultato e si afferma che: a) in relazione ad una condotta, una persona ha ‘*intent*’ se intende adottare tale condotta; b) in relazione ad una conseguenza, una persona ha ‘*intent*’ se intende causare tale conseguenza o se è consapevole che essa si verificherà nel normale corso degli eventi. Viene inoltre definito il termine ‘*knowledge*’, per cui ‘conoscenza’ significa consapevolezza dell’esistenza di una circostanza o consapevolezza che una certa conseguenza si verificherà nel normale corso degli eventi.

In apparenza, sembrerebbe che l’art. 30 indichi due distinti elementi soggettivi: ‘*intent*’ e ‘*knowledge*’. In realtà così non è e la questione è più complessa. Infatti, tali concetti rappresentano rispettivamente l’elemento volitivo e l’elemento cognitivo, i quali concorrono entrambi a formare l’elemento psicologico dell’autore di un crimine. Nonostante siano entrambi necessari per integrare l’elemento soggettivo di un crimine, è altrettanto vero che essi possono essere presenti in modo diverso. Quanto segue spiegherà meglio questo concetto. Per quanto riguarda la lettera (b) di cui all’art. 30(2), si possono distinguere due tipi di dolo: 1) un dolo diretto di primo grado (*dolus directus of first degree*), che richiede tanto l’elemento cognitivo quanto quello volitivo. In tal caso, l’autore del crimine deve voler causare una determinata conseguenza e ciò implica anche che egli sappia che una sua azione causerà quella specifica conseguenza; 2) un dolo diretto di secondo grado (*dolus directus of second degree*): è caratterizzato dalla preponderanza dell’elemento cognitivo. Infatti, in tal

¹³³ Art. 30, ICC Statute (1998).

caso un soggetto può non volere il verificarsi di una conseguenza, ma essere a conoscenza del fatto che essa si produrrà nel normale corso degli eventi.¹³⁴

Ritornando all'art. 30 dello Statuto, sia il dolo diretto di primo grado, che si evince dall'espressione "*that person means to cause that consequence*", sia il dolo diretto di secondo grado, che è ricavabile dall'espressione "*is aware that a consequence will occur in the ordinary course of events*", ricadono nell'*'intent'* definito nella disposizione medesima. L'art. 30 dello Statuto non utilizza la formula '*may occur*', ma afferma "*is aware that it will occur in the ordinary course of events*". Ciò significa che per sussistere un dolo diretto di secondo grado non è sufficiente una mera possibilità di verifica di un evento, ma il soggetto in questione deve essere praticamente certo che si produrrà una data conseguenza.

Questa digressione sull'elemento soggettivo è utile a chiarire il requisito psicologico dei crimini di guerra rientranti nella giurisdizione della Corte. Infatti, il problema sorge alla luce del fatto che l'opinione prevalente ritiene che colui che agisce con dolo eventuale (*dolus eventualis*), o con '*recklessness*' (concetto analogo) è escluso dal profilo psicologico richiesto ai sensi dell'art. 30 dello Statuto. In effetti, non solo l'articolo 30 dello Statuto non include la *recklessness* o il dolo eventuale, ma tale tipo di dolo indiretto non è disciplinato da nessuna norma dello Statuto di Roma (lo stesso vale, a maggior ragione, per quanto riguarda la colpa, in inglese '*negligence*'). Un soggetto agisce con dolo eventuale se è consapevole del rischio che la sua azione può causare una determinata conseguenza e ciononostante decide di accettare tale rischio. Il concetto di '*recklessness*', utilizzato nei sistemi di *common law*, è parzialmente differente da quello di dolo eventuale: si può ritenere che esso si collochi a metà tra quest'ultimo e la colpa cosciente. Quest'ultima sussiste quando un soggetto è consapevole della pericolosità della sua azione, per esempio quando sa

¹³⁴ Si pensi, giusto a titolo d'esempio, alla situazione in cui un soggetto vuole uccidere due persone che viaggiano in aereo. Decide quindi di piazzare un ordigno esplosivo sull'aereo. Con una simile azione muoiono però gli altri cento individui presenti. In tal caso, l'autore del crimine sarà responsabile di omicidio caratterizzato da un dolo diretto di primo grado nei confronti delle due persone che intendeva uccidere, mentre nei confronti di tutti gli altri passeggeri risponderà a titolo di dolo diretto di secondo grado, in quanto egli non desiderava ucciderli (infatti l'autore del crimine voleva la morte solo di due determinati soggetti), ma sapeva benissimo che la sua azione, il piazzare una bomba sull'aereo, avrebbe causato una determinata conseguenza, ossia la morte di tutti gli altri passeggeri, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009.

che è rischioso bombardare un edificio. In questo caso egli non è pronto ad accettare il rischio che ci siano vittime tra i civili e agisce soltanto confidando nell'assenza degli stessi all'interno dell'edificio.

L'elemento soggettivo fu uno dei problemi più complessi che si trovarono a dover affrontare le delegazioni alla conferenza per la stesura dello Statuto di Roma. Il problema che si riscontrò fu la mancanza di una visione uniforme sul tema. Alla fine non vennero introdotte le nozioni di 'recklessness' e di 'negligence'. Questo crea molteplici problemi. In primo luogo, l'art. 30 dello Statuto non comprende il concetto di 'recklessness' o di dolo eventuale. In secondo luogo, anche quando negli elementi dei crimini si deroga al requisito generale previsto dall'art. 30, accade spesso che la giurisprudenza si trovi in disaccordo sulla *mens rea* di uno specifico crimine. La problematica risulta complessa, soprattutto se si considera che anche la stessa giurisprudenza non esprime una visione uniforme sull'elemento soggettivo necessario per integrare le singole fattispecie criminali.¹³⁵ La camera preliminare della CPI ha recentemente cercato di correggere l'infelice articolo 30, affermando che esso comprende anche il dolo eventuale.¹³⁶ In tale sentenza, la camera

¹³⁵ CASSESE, GAETA, JONES, *op. cit.*, pp. 898-918, SCHABAS W., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op. cit.*, pp. 472-479, WERLE G., *op. cit.*, pp. 145-150; MOHAMED ELEWA BADAR, *The Mental Element of the Rome Statute of the International Criminal Court*, in *19 Criminal Law Forum* 473 (2008), pp. 473-491; CLARK R., *The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences*, in *12 Criminal Law Forum* 291 (2001), pp. 295-303.

¹³⁶ "The cumulative reference to "intent" and "knowledge" requires the existence of a volitional element on the part of the suspect. This volitional element encompasses, first and foremost, those situations in which the suspect (i) knows that his or her actions or omissions will bring about the objective elements of the crime, and (ii) undertakes such actions or omissions with the concrete intent to bring about the objective elements of the crime (also known as *dolus directus* of the first degree). The above-mentioned volitional element also encompasses other forms of the concept of *dolus* which have already been resorted to by the jurisprudence of the *ad hoc* tribunals, that is: i. situations in which the suspect, without having the concrete intent to bring about the objective elements of the crime, is aware that such elements will be the necessary outcome of his or her actions or omissions (also known as *dolus directus* of the second degree); and ii. situations in which the suspect (a) is aware of the risk that the objective elements of the crime may result from his or her actions or omissions, and (b) accepts such an outcome by reconciling himself or herself with it or consenting to it (also known as *dolus eventualis*). The Chamber considers that in the latter type of situation, two kinds of scenarios are distinguishable. Firstly, if the risk of bringing about the objective elements of the crime is substantial (that is, there is a likelihood that it "will occur in the ordinary course of events"), the fact that the suspect accepts the idea of bringing about the objective elements of the crime can be inferred from: i. the awareness by the suspect of the substantial likelihood that his or her actions or omissions would result in the realisation of the objective elements of the crime; and ii. the decision by the suspect to carry out his or her actions or omissions despite such awareness. Secondly if the risk of bringing about the objective elements of the crime is low, the suspect must have clearly

preliminare afferma che un soggetto agisce con dolo eventuale anche quando è soltanto consapevole di una mera possibilità di verificazione di un evento e, nonostante questa consapevolezza, accetta il rischio del suo verificarsi. Tuttavia, la giurisprudenza ritiene che il dolo eventuale vi sia quando vi è un'alta probabilità di verificazione dell'evento. A tal proposito, si dovranno attendere gli sviluppi della giurisprudenza della CPI per avere un quadro completo a riguardo.

Questa riflessione sull'elemento soggettivo nello Statuto di Roma ci consente di comprendere come le previsioni relative ai crimini internazionali disciplinati nello Statuto non siano le uniche disposizioni da tenere in considerazione nella fase di attuazione. Gli Stati, nel prevedere i crimini internazionali nei propri ordinamenti non possono prescindere da una valutazione di ulteriori questioni che riguardano la parte generale relativa ai crimini internazionali. Gli Stati devono dunque prevedere quale regime applicare ai crimini internazionali. Possono, per esempio, decidere di subordinare i crimini internazionali alle disposizioni di parte generale prevista nel proprio Codice penale. Questo risulta scontato se uno Stato incorpora i crimini internazionali nel proprio Codice penale, come abbiamo avuto modo di vedere in precedenza. Ma anche nel caso di un atto legislativo separato, uno Stato può sempre rinviare alla parte generale di diritto penale. Un esempio in tal senso è costituito dal VStGB.¹³⁷

or expressly accepted the idea that such objective elements may result from his or her actions or omissions", *Lubanga Decision on the Confirmation of Charges*, cit., par. 349-353.

¹³⁷ Section 2 "Application of the General Law": "*The general criminal law shall apply to offences pursuant to this Act so far as this Act does not make special provision in section 1 and 3 to 5*", VStGB. Le diverse fattispecie contenute nello Statuto di Roma contengono termini che sono intesi a sottolinearne la *mens rea* (si pensi per esempio a '*intentionally*' e '*willfully*'). Questo può comportare problemi nella trasposizione di una fattispecie a livello interno. Alcuni Stati hanno mantenuto questi termini, mentre altri come la Germania hanno preferito ometterli. Si veda in particolare: WERLE G. JESSBERGER F., *International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes against International Law*, in *13 Criminal Law Forum* 191 (2002), pp. 202-203.

2.4.2 La responsabilità del superiore

Un'altra interessante questione è quella relativa alla responsabilità del superiore¹³⁸ e, più precisamente, alla questione dell'attuazione di questo particolare tipo di responsabilità negli ordinamenti interni. La responsabilità del superiore ha origini antiche e la sua evoluzione e il suo consolidamento nel diritto internazionale consuetudinario si devono grazie alla giurisprudenza dei tribunali penali internazionali, in particolare i Tribunali *ad hoc*. Lo Statuto dell'ICTY all'art. 7(3) prevede:

¹³⁸ AMBOS K., *Superior Responsibility* in Cassese, A., Gaeta P, and Jones, J.R.W.D. (eds.), *op. cit.*, p. 823; BANTEKAS I., *Principles of Direct and Superior Responsibility in International Humanitarian Law*, Manchester University Press, Manchester, 2003; BANTEKAS I., *The interests of States versus the doctrine of superior responsibility*, in 838 *International Review of the Red Cross* 391 (2000); D'AMATO A., *Superior Orders vs. Command Responsibility*, in 80 *American Journal of International Law* 604 (1986); DANNER A. M., AND MARTINEZ J. S., *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, in 93 *California Law Review* 75 (2005); GREEN L. C., *Command Responsibility in International Humanitarian Law*, in 5 *Transnational Law & Contemporary Problems* 319 (1995); GREPPI E., *The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law*, in 81 *International Committee of the Red Cross* 531 (1999); HOWARD K., *Command Responsibility for War Crimes*, in 21 *Journal of Public Law* 7 (1972); KEITH K. M. F., *The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence*, in 14 *Leiden Journal of International Law* 617 (2001); KNOOPS G., *Superior Responsibility Under International Criminal Law: Concurrence with Military Ethics*, in 7 *International Studies Journal* 3 (2011); MARKHAM M., *The Evolution of Command Responsibility in International Humanitarian Law*, in 1 *Penn State Journal of International Affairs* 50 (2011); MATTRAUX G., *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2009; MOLOTO B. J., *Command Responsibility in International Criminal Tribunals*, in 3 *Berkeley J. Int'l l. Publicist* 12, (2009); NERLICH V., *Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute For What Exactly is the Superior Held Responsible?*, in 5 *Journal of International Criminal Justice* 665 (2007); NYBONDAS M., *Civilian Superior Responsibility in the Kordic Case*, in 50 *Netherlands International Law Review* 59 (2003); PARKS W., *Command Responsibility for War Crimes*, in 62 *Military Law Review* 1 (1973); REID N. L., *Bridging the Conceptual Chasm: Superior Responsibility as the Missing Link between State and Individual Responsibility under International Law*, in 18 *Leiden Journal of International Law* 795 (2005); RONEN Y., *Superior Responsibility of Civilians for International Crimes Committed in Civilian Settings*, in 43 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 313 (2010); SAROOSHI D., EVANS M. D., *Command Responsibility and the Blaskic Case*, in 50 *International and Comparative Law Quarterly* 452 (2001); SMITH H., *Unravelling the Confusion Concerning Successor Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence*, in 23 *Leiden Journal of International Law* 105 (2010); TRIFFTERER O., *Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?*, in 15 *Leiden Journal of International Law* 179 (2002); VAN SCHAACK B., *Command Responsibility: The Anatomy of Proof in Romagoza v. Garcia*, in 36 *UC Davis Law Review* 1213 (2003); VAN SLIEGREGT E., *Command Responsibility at the ICTY – Three Generations of Case-law and still Ambiguity*, in Swart B., Zahar S., and Sluiter G., *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, Oxford, 2011; WILLIAMSON J. A., *Some considerations on command responsibility and criminal liability*, in 90 *International Review of the Red Cross* 303 (2008); ZAHAR A., *Command Responsibility of Civilian Superiors for Genocide*, in 14 *Leiden Journal of International Law* 591 (2001).

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 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 thereof¹³⁹.

La responsabilità del superiore può discendere sia da azioni ‘positive’ del superiore - nel caso *Celebici* indicata come ‘*direct command responsibility*’ - sia da omissioni dovute a negligenza dello stesso (‘*indirect command responsibility*’).¹⁴⁰ In sostanza, un superiore può essere ritenuto penalmente responsabile non solo nel caso in cui ordina, istiga o pianifica crimini commessi da propri subordinati, ma egli può anche essere penalmente responsabile per non aver preso le misure per prevenire o reprimere le condotte illecite poste in essere dai propri subordinati. Per quanto concerne questa seconda tipologia di responsabilità, non basta che il superiore abbia mancato di prendere le misure necessarie per prevenire e reprimere i crimini dei propri subordinati, ma devono essere soddisfatti dei precisi requisiti, che sono stati identificati e sviluppati in particolar modo grazie alla giurisprudenza dell’ICTY: 1) l’esistenza di un rapporto di sovraordinazione-subordinazione; 2) l’elemento soggettivo; 3) l’omissione delle dovute misure.¹⁴¹

¹³⁹ ICTY Statute (1993).

¹⁴⁰ *Prosecutor v. Delalić Zejnil et al.*, Trial Chamber, Case No. IT-96-21-T, Judgement, 16 November 1998, par. 333. Al paragrafo successivo si specifica: “*The distinct legal character of the two types of superior responsibility must be noted. While the criminal liability of a superior for positive acts follows from general principles of accomplice liability, as set out in the discussion of Article 7(1) above, the criminal responsibility of superiors for failing to take measures to prevent or repress the unlawful conduct of their subordinates is best understood when seen against the principle that criminal responsibility for omissions is incurred only where there exists a legal obligation to act. As is most clearly evidenced in the case of military commanders by article 87 of Additional Protocol I, international law imposes an affirmative duty on superiors to prevent persons under their control from committing violations of international humanitarian law, and it is ultimately this duty that provides the basis for, and defines the contours of, the imputed criminal responsibility under Article 7(3) of the Statute*”, *Delalić Zejnil Trial Judgement, cit.*, par. 334.

¹⁴¹ “*While it is evident that the commission of one or more of the crimes under Articles 2 to 5 of the Statute is a necessary prerequisite for the application of Article 7(3), the Trial Chamber agrees with the Prosecution’s proposition that the principle of superior responsibility properly is analysed as containing three constitutive parts. From the text of Article 7(3) it is thus possible to identify the essential elements of command responsibility for failure to act as follows: (i) the existence of a superior-subordinate relationship; (ii) the superior knew or had reason to know that the criminal act was about to be or had been committed; and (iii) the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent the criminal act or punish the perpetrator thereof*”, *Delalić Zejnil Trial Judgement, cit.*, par. 346.

Per quanto riguarda il primo requisito, l'esistenza di un rapporto di sovraordinazione-subordinazione ruota attorno al concetto di 'controllo effettivo', definito dalla giurisprudenza come 'capacità materiale di prevenire o punire una condotta criminale, indipendentemente da come il controllo sia esercitato'.¹⁴² Provare che l'accusato è un subordinato non significa che debba sussistere una subordinazione diretta o formale, ma, come spiega la giurisprudenza *'the accused has to be, by virtue of his position, senior in some sort of formal or informal hierarchy to the perpetrator'*.¹⁴³ La capacità di esercitare un controllo effettivo, intesa come potere sostanziale di prevenire e punire, non verrebbe inevitabilmente soddisfatta, a meno che non esista un rapporto di subordinazione nel senso appena indicato. Per esempio, un poliziotto può chiaramente avere la capacità di 'prevenire e punire' i crimini sotto la sua giurisdizione, ma questo non basta a renderlo un 'superiore' nei confronti di un accusato sotto la sua giurisdizione. Non è inoltre richiesto che un superiore sia tale in base alla legge, anche se questo può costituire prova del controllo effettivo sui propri subordinati. A contare è invece la capacità di fatto di prevenire e reprimere.¹⁴⁴

Il secondo requisito è costituito dall'elemento soggettivo: il superiore sapeva o aveva ragione di sapere che un crimine era sul punto di essere commesso o era stato commesso. Secondo la giurisprudenza dell'ICTY, un superiore *"may possess the mens rea for command responsibility where 1) he had actual knowledge, established through direct or circumstantial evidence, that it subordinates were committing or about to commit crimes [...] 2) or where he had in his possession information of a nature, which at the least, would put him on notice of the risk of such offences by indicating the need for additional investigation in order to ascertain whether such crimes were committed or were about to be committed by his subordinates"*.

¹⁴² *"The concept of effective control over a subordinate - in the sense of a material ability to prevent or punish criminal conduct, however that control is exercised - is the threshold to be reached in establishing a superior-subordinate relationship for the purpose of Article 7(3) of the Statute"*, *Prosecutor v. Delalić Zejnil et al.*, Appeals Chamber, Case No. IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001, par. 256.

¹⁴³ *Prosecutor v. Sefer Halilović*, Appeals Chamber, Case No. IT-01-48-A, Judgement, 16 October 2007, par. 59.

¹⁴⁴ Si veda in particolare: *Zejnil Appeal Judgement, cit.*, par. 197.

La giurisprudenza mette quindi in luce due diversi elementi soggettivi che possono dar luogo alla responsabilità del superiore: in un primo caso, il superiore è responsabile se ha conoscenza effettiva; in un secondo caso, ove egli non fosse a conoscenza del fatto che i propri subordinati stavano commettendo o avevano commesso dei crimini, è sufficiente che sia stato in possesso di informazioni che avrebbero dovuto avvisarlo circa un rischio in tale senso, suggerendo il bisogno di effettuare indagini ulteriori per accertare se i crimini avevano avuto luogo o se erano sul punto di essere commessi. Questo secondo elemento soggettivo è quello più difficile da provare. Non si tratta di una responsabilità per negligenza, ma potrebbe essere più vicina alla c.d. *recklessness*.¹⁴⁵

In ultimo, è necessario che il superiore abbia ommesso di prendere le misure ragionevoli e necessarie per prevenire e reprimere i crimini dei propri subordinati. Si è quindi in presenza di due diverse omissioni. Da una parte una responsabilità del superiore può sussistere nel caso in cui egli ometta di prevenire;¹⁴⁶ dall'altra parte una responsabilità si configura qualora egli ometta di reprimere i crimini dei propri subordinati.¹⁴⁷

La responsabilità del superiore comporta diverse problematiche sotto il profilo della sua attuazione negli ordinamenti interni. Delle prime difficoltà si possono individuare, comparando l'art. 7(3) dello Statuto dell'ICTY e la giurisprudenza del Tribunale con l'art. 28 "Responsibility of commanders and other superiors" dello Statuto di Roma, il quale recita:

In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court: (a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where: (i) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and (ii) That military commander or

¹⁴⁵ V. *supra* p. 55.

¹⁴⁶ Si rinvia in particolare a: *Prosecutor v. Naser Orić*, Trial Chamber, Case No. IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, par. 327-331.

¹⁴⁷ Si rinvia a: *Orić Trial Judgement, cit.*, par. 332-336.

person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

(b) With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph (a), a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates, where: (i) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes; (ii) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and (iii) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.¹⁴⁸

Leggendo l'art. 28 non si può fare a meno di notare delle novità, nonché differenze rispetto allo Statuto dell'ICTY e alla giurisprudenza. Una prima differenza riguarda l'elemento soggettivo. Si parla infatti di *'should have known'*, espressione che sembra accogliere un concetto di negligenza, che, come abbiamo avuto modo di vedere in precedenza, non sembra essere stato abbracciato dalla giurisprudenza dell'ICTY.¹⁴⁹ In secondo luogo, si introduce una differenza tra superiori militari (art. 28(a)) e superiori civili (art. 28(b)). Per i secondi, i requisiti cambiano e scompare qualsiasi riferimento ad una responsabilità per negligenza, essendo omessa l'espressione *'should have known'*. I superiori che non siano militari devono avere conoscenza (*'knew'*) o ignorare consapevolmente informazioni che indicavano chiaramente che i propri subordinati stavano commettendo o erano sul punto di commettere dei crimini (*'consciously disregarded information which clearly indicated*

¹⁴⁸ Art. 28, ICC Statute (1998).

¹⁴⁹ Questo aspetto è stato messo in luce dalla giurisprudenza della Corte penale internazionale: *"The Chamber is mindful of the fact that the "had reason to know" criterion embodied in the statutes of the ICTR, ICTY and SCSL sets a different standard to the "should have known" standard under article 28 (a) of the Statute. However, despite such a difference, which the Chamber does not deem necessary to address in the present decision, the criteria or indicia developed by the ad hoc tribunals to meet the standard of "had reason to know" may also be useful when applying the "should have known" requirement. [...]"*, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Case No. ICC-01/05-01/08, 15 June 2009, par. 434 (*'Bemba Gombo Pre-Trial Decision'*).

that the subordinates were committing or were about to commit such crimes').¹⁵⁰ Un'ultima novità significativa è l'aggiunta di un ulteriore requisito cui viene subordinata l'esistenza della responsabilità del superiore. È infatti richiesto che la condotta sia commessa *'as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces/subordinates'*. Si richiede in sostanza che i crimini commessi siano il risultato dell'omissione del superiore. Tutte queste novità introdotte nello Statuto di Roma comportano non pochi problemi. In particolare, dubbio rimane l'inserimento di quest'ultimo requisito, in quanto diviene necessario provare un rapporto di causalità tra l'omissione del superiore e la condotta del subordinato. Inoltre, vi è da chiedersi se sia possibile che questa ulteriore condizione valga anche in riferimento all'omissione del superiore che non reprime i crimini dei suoi subordinati, ipotesi che non sembra avere un senso.

Risulta quindi interessante andare a vedere come queste differenze si riflettano negli ordinamenti interni. Tuttavia, l'aspetto più critico che si presenta ai legislatori è quello relativo alla natura stessa della responsabilità del superiore¹⁵¹. Infatti, si è di fronte a un tipo di responsabilità che è difficile da inquadrare: affermare un tale tipo di responsabilità equivale ad affermare che il superiore sia responsabile dei crimini dei propri subordinati e debba perciò essere punito nello stesso modo di coloro che hanno perpetrato i crimini? Come è stato sottolineato una tale interpretazione della responsabilità del superiore pone diversi problemi in relazione al principio della responsabilità penale individuale, in quanto il superiore sarebbe ritenuto responsabile per fatti commessi da altri. La questione risulta ancora sospesa in dottrina¹⁵² e in giurisprudenza.¹⁵³ Il superiore dovrebbe essere perseguito come complice dei crimini

¹⁵⁰ Da sottolineare anche un'ulteriore differenza terminologica. Al paragrafo a) in riferimento ai superiori militari si usa la formula *'command and control'*, laddove al paragrafo b) si parla invece di *'authority and control'*.

¹⁵¹ Per una breve introduzione al problema si veda: MELONI C., *Command Responsibility: Modes of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?*, in *5 Journal of International Criminal Justice* 619 (2007), pp. 619-622.

¹⁵² Si veda JACKSON M., *Complicity in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 112-113.

¹⁵³ L'ICTY sembra essersi pronunciato nel senso che il superiore non è responsabile per i crimini dei propri subordinati, bensì per il suo comportamento omissivo, consistente nella mancata prevenzione o repressione dei crimini dei crimini degli stessi. In *Halilović* l'ICTY osserva: *"whether command responsibility is a mode of liability for the crimes of subordinates or responsibility of a commander for dereliction of duty has not been considered at length in the jurisprudence of the Tribunal.*

commessi dai subordinati oppure come è più opportuno, si tratta di una forma di responsabilità distinta da quella dei propri subordinati per aver omesso di prendere le misure necessarie per prevenire o reprimere i crimini degli stessi? Ancora, vi è da interrogarsi se sia giusto punire come i propri subordinati un superiore che, pur avendo esperito diligentemente tutti gli obblighi di supervisione, non abbia invece adempiuto ai propri obblighi di reprimere i crimini commessi dagli stessi, come invece sembra emergere dallo Statuto di Roma.¹⁵⁴

*However, the consistent jurisprudence of the Tribunal has found that a commander is responsible for the crimes of his subordinates under Article 7(3)”, Prosecutor v. Sefer Halilović, Trial Chamber, Case No. IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, par. 53. Tuttavia, afferma anche quanto segue: “The Trial Chamber finds that under Article 7(3) command responsibility is responsibility for an omission. The commander is responsible for the failure to perform an act required by international law. This omission is culpable because international law imposes an affirmative duty on superiors to prevent and punish crimes committed by their subordinates. Thus “for the acts of his subordinates” as generally referred to in the jurisprudence of the Tribunal does not mean that the commander shares the same responsibility as the subordinates who committed the crimes, but rather that because of the crimes committed by his subordinates, the commander should bear responsibility for his failure to act. The imposition of responsibility upon a commander for breach of his duty is to be weighed against the crimes of his subordinates; a commander is responsible not as though he had committed the crime himself, but his responsibility is considered in proportion to the gravity of the offences committed. [...]”, Halilović Trial Judgement, cit., par. 54. Si veda anche: Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Trial Chamber, Case No. IT-95-14/1-T, Judgement, 25 June 1999, par. 67; Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Appeals Chamber, Case No. IT-97-25-A, Judgement, 17 September 2003, par. 171; Prosecutor v. Enver Hadžihasanović and Amir Kubura, Appeals Chamber, Case No. IT-01-47-A, Judgement, 22 April 2008, par. 39. La questione viene ripresa in Orić, in cui si definisce la responsabilità del superiore come una responsabilità *sui generis*: “However, whereas for a finding of instigation and aiding and abetting, there ought to be a certain contribution to the commission of the principal crime, superior criminal responsibility is characterised by the mere omission of preventing or punishing crimes committed by (subordinate) others. Therefore, it is not uncommon to find the superior described as responsible “for the acts of his subordinates”. This does not mean, however, that the superior shares the same responsibility as the subordinate who commits the crime in terms of Article 7(1) of the Statute, but that the superior bears responsibility for his own omission in failing to act. In this sense, the superior cannot be considered as if he had committed the crime himself, but merely for his neglect of duty with regard to crimes committed by subordinates. By this essential element being distinct from the subordinate’s responsibility under Article 7(1) of the Statute, the superior’s responsibility under 7(3) of the Statute can indeed be called a responsibility *sui generis*”, Orić Trial Judgement, cit., par. 293. Diverso sembra invece essere l’art. 28 dello Statuto di Roma che afferma chiaramente la responsabilità del superiore per i crimini dei subordinati. Difatti, in Bemba Gombo: “The Chamber notes that article 28 of the Statute reflects a different form of criminal responsibility than that found under article 25(3) (a) of the Statute in the sense that a superior may be held responsible for the prohibited conduct of his subordinates for failing to fulfil his duty to prevent or repress their unlawful conduct or submit the matter to the competent authorities. This sort of responsibility can be better understood “when seen against the principle that criminal responsibility for omissions is incurred only where there exists a legal obligation to act””, Bemba Gombo Pre-Trial Decision, cit., par. 405.*

¹⁵⁴ CRYER R. FRIMAN H., ROBINSON D. WILMSHURST E., *op. cit.*, pp. 397-400; MELONI C., *op. cit.*, pp. 624-628; VAN SLIEDREGT E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 195-202.

È in proposito interessante notare come non vi sia uniformità a livello nazionale. Il Regno Unito ha adottato una definizione di responsabilità del superiore identica a quella che si rinviene nello Statuto di Roma.¹⁵⁵ Alla sezione 65(4) si afferma:

A person responsible under this section for an offence is regarded as aiding, abetting, counselling or procuring the commission of the offence.

Il superiore viene considerato quindi alla stregua di un complice dei propri subordinati. Tuttavia, come accennato poco sopra, rimangono seri dubbi riguardo a un simile orientamento. Diversa sembra invece la linea seguita da altre legislazioni. Il VStGB adotta un approccio molto diverso alla questione della responsabilità del superiore, distinguendo ‘*violation of the duty of supervision*’ (sezione 13) e ‘*omission to report a crime*’ (sezione 14). La sezione 13 è così formulata:

(1) A military commander who intentionally or negligently omits properly to supervise a subordinate under his or her command or under his or her effective control shall be punished for violation of the duty of supervision if the subordinate commits an offence pursuant to this Act, where the imminent commission of such an offence was discernible to the commander and he or she could have prevented it.

(2) A civilian superior who intentionally or negligently omits properly to supervise a subordinate under his or her authority or under his or her effective control shall be punished for violation of the duty of supervision if the subordinate commits an offence pursuant to this Act, where the imminent commission of such an offence was discernible to the superior without more and he or she could have prevented it.

(3) Section 4 subsection (2) shall apply *mutatis mutandis*.

¹⁵⁵ Art. 65: “(2) A military commander, or a person effectively acting as a military commander, is responsible for offences committed by forces under his effective command and control, or (as the case may be) his effective authority and control, as a result of his failure to exercise control properly over such forces where - (a) he either knew, or owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such offences, and (b) he failed to take all necessary and reasonable measures within his power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

(3) With respect to superior and subordinate relationships not described in subsection (2), a superior is responsible for offences committed by subordinates under his effective authority and control, as a result of his failure to exercise control properly over such subordinates where - (a) he either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such offences, (b) the offences concerned activities that were within his effective responsibility and control, and (c) he failed to take all necessary and reasonable measures within his power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution”, Regno Unito, *International Criminal Court Act* (2001).

(4) Intentional violation of the duty of supervision shall be punished with imprisonment for not more than five years, and negligent violations of the duty of supervision shall be punished with imprisonment for not more than three years.

È interessante notare la curiosa articolazione della norma tedesca. Sembra infatti sussistere una distinzione tra quella che può essere un'omissione intenzionale di un superiore e un'omissione dovuta a negligenza dello stesso. Ai due diversi elementi soggettivi corrispondono anche pene diverse. Un'omissione intenzionale è punita con la pena della reclusione non inferiore ai cinque anni, laddove un comportamento negligente del superiore viene punito con la reclusione non inferiore ai tre anni.

La sezione 14 riguarda invece la mancata repressione dei crimini dei propri subordinati, portandoli all'attenzione di un'autorità responsabile:

(1) A military commander or a civilian superior who omits immediately to draw the attention of the agency responsible for the investigation or prosecution of any offence pursuant to this Act, to such an offence committed by a subordinate, shall be punished with imprisonment for not more than five years.

(2) Section 4 subsection (2) shall apply mutatis mutandis.

Al pari della legislazione tedesca, anche il Codice penale spagnolo contiene una disciplina interessante della responsabilità del superiore. Anche in questo caso una forma di responsabilità autonoma e distinta che non di una forma di complicità con i crimini commessi dai subordinati. L'art. 615 bis (1) del Codice penale spagnolo afferma innanzitutto che l'autorità o il comandante militare o chiunque agisca effettivamente nella veste di comandante militare, che omette di adottare le misure in suo potere per evitare la commissione di crimini da parte delle forze sotto il suo comando e controllo effettivo, deve essere punito con la stessa pena di coloro che hanno effettivamente commesso il crimine in questione. Il secondo comma prevede però una riduzione della pena nel caso in cui la condotta sia il risultato di 'imprudencia grave'.¹⁵⁶ Il quarto comma disciplina l'ipotesi in cui il superiore ometta di prendere tutte le misure necessarie per perseguire i crimini commessi dai

¹⁵⁶ Art. 615 bis: "1. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores. 2. Si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados".

propri subordinati e punisce l'omissione con una pena inferiore rispetto a quella prevista per coloro che commettono i crimini.¹⁵⁷ Speculari i commi successivi che riguardano invece i superiori non ricompresi nei commi precedenti. Unica differenza interessante è che non è prevista la riduzione di pena nel caso la mancata repressione avvenga per *'imprudencia grave'*. Una tale scelta sembra quindi differenziare il regime di responsabilità dei superiori civili da quelli militari, al pari di quanto previsto dallo Statuto di Roma.¹⁵⁸

Anche il Canada sembra considerare la responsabilità del superiore come una forma di responsabilità diversa da altre forme di partecipazione al crimine. La norma canadese risulta in questo molto simile all'art. 615 bis del Codice penale spagnolo. L'art. 5(1) è dedicato ai comandanti militari:

A military commander commits an indictable offence if (a) the military commander (i) fails to exercise control properly over a person under their effective command and control or effective authority and control, and as a result the person commits an offence under section 4, or (ii) fails, after the coming into force of this section, to exercise control properly over a person under their effective command and control or effective authority and control, and as a result the person commits an offence under section 6; (b) the military commander knows, or is criminally negligent in failing to know, that the person is about to commit or is committing such an offence; and (c) the military commander subsequently (i) fails to take, as soon as practicable, all necessary and reasonable measures within their power to prevent or repress the commission of the offence, or the further commission of offences under section 4 or 6, or (ii) fails to take, as soon as practicable, all necessary and reasonable measures within their power to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Art. 615 bis (3): *“La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores”*.

¹⁵⁸ Art. 615 bis (4), (5): *“El superior no comprendido en los apartados anteriores que, en el ámbito de su competencia, no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título será castigado con la misma pena que los autores. El superior que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por sus subordinados será castigado con la pena inferior en dos grados a la de los autores”*.

¹⁵⁹ Section 4 “Offences within Canada”; Section 6 “Offences outside Canada”.

Da sottolineare che, al pari della legislazione del Regno Unito, anche il Canada ha adottato il nesso di causalità presente nello Statuto di Roma, per cui i crimini dei subordinati devono essere il risultato dell'omissione del superiore. L'art. 5(2) è dedicato ai superiori civili e come nello Statuto di Roma non viene prevista una responsabilità per mera negligenza:

A superior commits an indictable offence if (a) the superior (i) fails to exercise control properly over a person under their effective authority and control, and as a result the person commits an offence under section 4, or (ii) fails, after the coming into force of this section, to exercise control properly over a person under their effective authority and control, and as a result the person commits an offence under section 6; (b) the superior knows that the person is about to commit or is committing such an offence, or consciously disregards information that clearly indicates that such an offence is about to be committed or is being committed by the person; (c) the offence relates to activities for which the superior has effective authority and control; and (d) the superior subsequently (i) fails to take, as soon as practicable, all necessary and reasonable measures within their power to prevent or repress the commission of the offence, or the further commission of offences under section 4 or 6, or (ii) fails to take, as soon as practicable, all necessary and reasonable measures within their power to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

Si afferma inoltre che un individuo che è responsabile di sulla base dell'art. 5(1)(2) è punibile con il carcere a vita.¹⁶⁰

2.4.3 La nozione di 'crimine internazionale'

Resta da accennare ad un'ultima, ma non per questo meno importante, questione che, come vedremo meglio anche in seguito, resta al centro del dibattito in tema di adeguamento: la nozione di 'crimine internazionale'. In questo capitolo, abbiamo infatti cercato di individuare le principali problematiche che gli Stati affrontano nell'adottare una normativa in tema di crimini internazionali. Nel farlo, abbiamo analizzato le difficoltà che essi possono incontrare in relazione alle singole

¹⁶⁰ VAN SLIEDREGT E., *op. cit.*, pp. 202-206.

fattispecie e ciò facendo ci siamo limitati a genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, tralasciando il crimine di aggressione per ragioni cui abbiamo fatto riferimento. Volendo adottare una normativa in tema di crimini internazionali, ci si potrebbe domandare quali siano i crimini internazionali. Innanzitutto, se 'crimini internazionali' sono soltanto genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimine di aggressione oppure se vi sono altre fattispecie che possono essere considerate tali. In secondo luogo, che cosa implichi lo *status* di 'crimine internazionale' e che cosa questo comporti nella faticosa fase di adeguamento di un determinato ordinamento al diritto internazionale.

Purtroppo la nozione di crimine internazionale è una delle tante questioni che rimangono incerte nella materia.¹⁶¹ Questo appare chiaro osservando le riflessioni svolte dai principali autori che si sono occupati di tale questione. Secondo Cassese, crimini internazionali sarebbero crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio, crimine di aggressione, tortura e terrorismo.¹⁶² Definisce i crimini internazionali come "*breaches of international rules entailing the personal criminal liability of the individual concerned*"¹⁶³ e individua quattro elementi chiave costitutivi di ogni crimine internazionale: 1) si tratta di violazioni del diritto internazionale consuetudinario; 2) sono regole che mirano a proteggere valori considerati rilevanti dall'intera comunità internazionale; 3) vi è un interesse universale ad una loro repressione, nel senso che i presunti responsabili possono essere in principio perseguiti e puniti da ogni Stato; 4) non sussiste immunità per gli autori di crimini internazionali (con l'eccezione delle immunità da riconoscersi a capi

¹⁶¹ La Commissione di diritto internazionale ha intrapreso diversi studi sull'argomento. Si ricordino in particolare *Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind* (1951), Report of the International Law Commission, UN GAOR 6th Sess. Supp. No. 9, UN Doc. A/1858 (1950); *Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind with commentaries* (1954), Report of the International Law Commission on the Work of Its Sixth Session, UN GAOR 9th Sess. Supp. No. 9, UN Doc. A/2693 (1954), *YB ILC* (1954) Vol. II; *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Third Session, 29 April–19 July 1991, UN Doc. A/46/10, 1991; *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries* (1996), Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session, 6 May to 26 July 1996, Chapter II.D, UN GAOR, 51st Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/51/10 (1996), 14-104.

¹⁶² CASSESE A., *International Criminal Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 4, 11-13, 148-183.

¹⁶³ CASSESE A., *op. cit.*, p. 11.

di Stato, ministri degli esteri e diplomatici in carica).¹⁶⁴ Dando questa definizione di cosa costituisce un ‘crimine internazionale’, Cassese esclude crimini come la pirateria, in quanto la norma che vieta la pirateria non è posta a protezione di valori rilevanti per l’intera comunità internazionale, e altri ancora, quali traffico di droga, traffico di armi, traffico di esseri umani, in quanto previsti soltanto da trattati internazionali o da risoluzioni di organizzazioni internazionali e perché normalmente commesse da privati individui o da organizzazioni criminali.

Werle sembra invece adottare una definizione più ristretta di ‘crimine internazionale’, per cui un crimine al fine di essere qualificato tale deve comportare una responsabilità penale individuale e deve essere direttamente punibile sulla base del diritto internazionale, indipendentemente dal fatto che esso venga o meno incorporato in un dato ordinamento.¹⁶⁵ Negli altri casi si potrebbe quindi parlare di una sorta di ‘punibilità indiretta’, in quanto in realtà l’autore del crimine violerebbe la norma interna che attua la norma internazionale, mentre non vi sarebbe, come invece richiede la definizione di crimine internazionale data da Werle, la punibilità diretta sulla base del diritto internazionale. Secondo una tale definizione, i crimini internazionali sarebbero genocidio, crimini di guerra, crimini contro l’umanità e crimini di aggressione.

Altri autori adottano anch’essi una definizione ristretta, rispetto a quella che abbiamo esaminato di Cassese, di ‘crimine internazionale’. Cryer, Friman, Robinson, Wilmshurst affermano di voler utilizzare il termine ‘crimine internazionale’ per indicare quei crimini su cui tribunali internazionali esercitano la propria giurisdizione sulla base del diritto internazionale generale. Non sono inclusi in una tale definizione la pirateria, la schiavitù, la tortura, il terrorismo “*and many other crimes under which States Parties to various treaties are under an obligation to criminalize in their domestic law*”. L’approccio alla questione, sebbene formulato in termini diversi, sembra in sostanza simile a quello adottato da Werle. Gli autori aggiungono che alcuni crimini, quali terrorismo, traffico di droga e tortura sono stati ritenuti idonei per una loro eventuale inclusione nello Statuto di Roma e, a seconda quindi di come

¹⁶⁴ CASSESE A., *op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁶⁵ WERLE G., *Diritto dei crimini internazionali*, Bononia University Press, Bologna, 2009, pp. 50-53.

si evolverà la situazione, potranno rientrare nella definizione da loro accolta nel futuro.¹⁶⁶ In sostanza, secondo questa visione i crimini internazionali sarebbero quei crimini che sono inclusi in uno statuto di un tribunale internazionale e sono quindi crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio e crimine di aggressione. Questi autori fanno inoltre una distinzione tra diritto internazionale penale e diritto penale transnazionale. Il diritto penale transnazionale sarebbe quella parte del diritto penale interno che riguarda i c.d. crimini transnazionali, ovvero quei crimini che hanno effetti transfrontalieri, reali o potenziali.¹⁶⁷ Precisamente, i crimini transnazionali sarebbero quei crimini “*which are the subject of international suppression Conventions but for which there is as yet no international criminal jurisdiction*”.¹⁶⁸ Alcuni di essi sono parte del diritto internazionale consuetudinario o sono ‘crimini internazionali’ se vengono soddisfatte determinate condizioni. La differenza però tra questi crimini e i ‘crimini internazionali’ risiede nel fatto che i primi, i c.d. crimini transnazionali, non sono inclusi nello statuto di nessun tribunale internazionale.¹⁶⁹

Un altro autore che ha riflettuto molto sulla nozione di crimine internazionale, pervenendo anche ad un risultato sicuramente diverso rispetto a tante altre riflessioni sul tema, è Bassiouni. Bassiouni sottolinea innanzitutto le divergenze esistenti in dottrina in merito alla nozione di crimine internazionale, nonché la relativa confusione terminologica. In proposito sottolinea “*the literature contains various undefined terms, such as: crimes under international law, international crimes, international crimes largo sensu, international crimes stricto sensu, transnational crimes, international delicts, jus cogens crimes, jus cogens international crimes, and even a further subdivision of international crimes referred to as ‘core crimes’, meaning genocide, crimes against humanity, and war crimes*”.¹⁷⁰ A differenza di Cassese che pone una certa enfasi sul diritto internazionale consuetudinario, Bassiouni costruisce

¹⁶⁶ CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D., WILMSHURST E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2nd ed., Cambridge, 2010, pp. 4-5.

¹⁶⁷ CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D., WILMSHURST E., *op. cit.*, pp. 5-6.

¹⁶⁸ CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D., WILMSHURST E., *op. cit.*, pp. 334.

¹⁶⁹ CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D., WILMSHURST E., *op. cit.*, pp. 334-335.

¹⁷⁰ BASSIOUNI C., *International Crimes: The Ratione Materiae of International Criminal Law*, in Bassiouni C. (ed.), *International Criminal Law*, vol. 1, Sources, Subjects, and Contents, 3rd ed., Martinus Nijhoff/Brill, Leiden, Netherlands, 2008, p. 133.

la sua definizione di ‘crimine internazionale’ a partire dal diritto internazionale convenzionale. Precisamente individua ben dieci ‘*penal characteristics*’¹⁷¹ e ognuna di esse, se anche presente singolarmente in una convenzione, risulta sufficiente per qualificare il crimine in questione come ‘crimine internazionale’. Bassiouni rileva ben 28 crimini internazionali¹⁷² che suddivide in tre categorie: a) crimini di *jus cogens*; b) potenziali crimini di *jus cogens*; e c) altri crimini internazionali.

Abbiamo esaminato le opinioni di alcuni degli autori che hanno cercato di dare una definizione di crimine internazionale. Ciò che emerge sono però visioni diverse, alcune delle quali sembrano situarsi a due estremi opposti (si vedano in particolare Bassiouni e Cassese). Punto fermo e comune a tutte le definizioni prese in considerazione è che tra i crimini internazionali figurano senz’altro i c.d. ‘*core crimes*’: genocidio, crimini di guerra e crimini contro l’umanità. Il crimine di aggressione è in genere ricompreso tra i ‘crimini internazionali’, anche se la sua storia risulta abbastanza travagliata, come dimostra il suo inserimento nello Statuto di Roma, nonché il fatto che nessun individuo è stato perseguito e processato per tale crimine dai tempi di Norimberga. Un’ulteriore questione è se la nozione stessa di ‘crimini internazionali’ comporti determinate conseguenze, quali l’irrelevanza dell’immunità o la giurisdizione universale, così come sembra suggerire Cassese. Questa può dirsi un’ulteriore difficoltà che si presenta nella fase di adeguamento degli ordinamenti interni alle previsioni in tema di crimini internazionali e che porta a chiedersi quali siano tali previsioni.¹⁷³

2.5 Osservazioni conclusive

Abbiamo cercato in questo capitolo di esaminare, con l’ausilio di varie esemplificazioni, i vari problemi che si pongono agli Stati in merito alla trasposizione dei crimini internazionali nei loro ordinamenti.

La domanda che ci si può porre alla fine di una tale indagine è se si possano raggiungere delle vere e proprie conclusioni. Sicuramente abbiamo avuto modo di

¹⁷¹ BASSIOUNI C., *op. cit.*, pp. 133-134.

¹⁷² BASSIOUNI C., *op. cit.*, pp. 134-135.

¹⁷³ Si veda meglio le osservazioni di fine capitolo.

individuare dei problemi comuni, nonché messo in luce le diverse opzioni a disposizione dei legislatori nazionali. Gli Stati dispongono di ampia discrezionalità e possono decidere se rinviare al diritto internazionale oppure, ipotesi più interessante su cui ci siamo maggiormente soffermati, riformulare i crimini internazionali nei propri ordinamenti o, ancora, adottare un modello misto. La libertà degli Stati traspare dalle diverse opzioni a loro disposizione: stretta adesione alle norme di un trattato internazionale, adozione di una legislazione che cerca di avvicinarsi il più possibile al diritto consuetudinario, oppure di una legislazione innovativa, nell'ottica di uno sviluppo progressivo del diritto internazionale. Abbiamo anche osservato come la natura dei crimini internazionali e la loro formulazione a livello internazionale possa porre più di un ostacolo alla loro attuazione a livello interno, in particolare in virtù dell'importanza del principio di legalità negli ordinamenti nazionali. Sono infine state fatte osservazioni di carattere generale non soltanto in riferimento alle diverse fattispecie di crimini internazionali, ma anche su questioni di carattere generale, quali l'elemento soggettivo e la responsabilità del superiore. In relazione a questa ultima tipologia di responsabilità abbiamo riscontrato come le scelte degli Stati appaiono essere molto diverse l'una dall'altra.

È proprio su tali differenze e sulla diversità di approcci adottati dai legislatori nazionali che è opportuno concentrare le nostre attenzioni. Resta la sensazione di trovarsi di fronte ad un quadro molto frammentato, non solo a livello nazionale, dato che vi è grande differenza tra leggi nazionali in tema di crimini internazionali, ma anche a livello internazionale, per esempio in riferimento al rapporto tra lo Statuto della Corte penale internazionale e la giurisprudenza di altri tribunali penali internazionali.

A fronte di una sensazione di poca coerenza e sistematicità, vi è quindi da domandarsi che cosa ne sia dei crimini internazionali. Si potrebbe infatti obiettare che una volta incorporati in un dato ordinamento interno, i crimini internazionali smettano di essere tali per diventare delle semplici fattispecie ordinarie e, ancora, che i crimini 'internazionali' siano tali soltanto a livello internazionale, in quanto oggetto, per esempio, di trattati internazionali o perché perseguiti da un tribunale penale internazionale. Una delle domande è quindi che cosa rende un crimine internazionale tale, anche quando gli stessi vengono incorporati negli ordinamenti

interni. Una prima risposta potrebbe portarci a sottolinearne l'elemento contestuale e la particolare situazione di gravità in cui vengono commessi gli stessi. Ci si potrebbe però anche domandare che cosa ne sia della giurisdizione universale oppure della questione dell'irrelevanza delle immunità. In sostanza, quando si parla di 'crimini internazionali' a cosa dovrebbero dare attuazione gli Stati? Nel primo capitolo abbiamo sottolineato l'importanza degli ordinamenti interni nella lotta all'impunità per i crimini internazionali e l'importanza che gli Stati abbiano una legislazione adeguata in merito. Resta l'incertezza su quale debba essere il contenuto di questa legislazione e che cosa significhi dare attuazione alle disposizioni relative ai crimini internazionali. Proprio per questa ragione risulta di estrema rilevanza rivolgere la nostra attenzione non più alla legislazione interna degli Stati, bensì al diritto internazionale stesso e, in particolare, a ciò a cui sono vincolati gli Stati in tema di crimini internazionali.

Capitolo terzo. Gli obblighi degli Stati in relazione ai crimini internazionali. Un'analisi degli obblighi di perseguire e di incorporare i crimini internazionali nel diritto internazionale

Nel primo capitolo si è cercato di mettere in luce quanto siano cambiati gli equilibri tra tribunali internazionali e tribunali nazionali e si è potuto notare come la sovranità degli Stati, che in linea di principio si sentono in qualche modo minacciati dall'istituzione di tribunali internazionali, non sia mai venuta meno e non sia stata neppure tanto messa in secondo piano da questi ultimi. Questo è abbastanza evidente se si pensa all'importanza delle giurisdizioni nazionali nel corso della storia: da Norimberga - dove, come ricordato, accanto ai tribunali militari internazionali vi furono altrettanti processi a livello domestico - ai Tribunali *ad hoc*, i quali hanno introdotto una sorta di complementarità e che, date le risorse e il tempo limitato, hanno concentrato gli ultimi sforzi sui maggiori responsabili dei crimini internazionali, lasciando agli Stati diretti interessati il compito di concentrarsi sui casi minori. Tutto ciò si è consolidato con l'adozione dello Statuto di Roma dove il principio di complementarità, che può quindi essere visto come un'evoluzione in un determinato senso del sistema di giustizia penale internazionale, si è affermato come il modello più efficiente di funzionamento della giurisdizione della Corte, ma, soprattutto, come soluzione migliore per salvaguardare la sovranità degli Stati.¹⁷⁴ Quello che quindi per gli studiosi diventa un'evoluzione del sistema ed è letto in chiave di ripartizione del lavoro tra sistema universale e locale, nell'ottica delle delegazioni alla Conferenza di Roma doveva avere il principale scopo di salvaguardare la giurisdizione dei tribunali nazionali dalla scomoda, nonché non ben vista, ingerenza di organi giurisdizionali esterni¹⁷⁵. Si è già ricordato come la salvaguardia della sovranità nazionale sia stata ottenuta nelle previsioni dello Statuto di Roma: la Corte non potrà considerare ricevibile un caso i) se vi sono indagini o

¹⁷⁴ Sulla scia di quanto contenuto nella nota precedente, ancora meritevole di menzione è quanto sottolineato da Benzing, che rileva come però, allo stesso tempo, il principio di complementarità costituisca una restrizione della sovranità, non perché stabilisce un dovere di perseguire, ma in quanto non dà la possibilità agli Stati di rimanere fermi e non far niente, BENZING M., *op. cit.*, p. 600.

¹⁷⁵ È difatti proprio la complementarità come la vediamo oggi che ha consentito che alcuni Stati consentissero di divenire parte allo Statuto, anche se, dall'altra parte, la soluzione non sembra essere stata altrettanto convincente per altri.

procedimenti penali in corso; oppure ii) se lo stato dimostra di avere la volontà e la capacità di portare avanti tali procedimenti in modo genuino; iii) infine, se i crimini non hanno una gravità tale da giustificare l'azione della Corte. Sembra proprio che gli Stati siano in sostanza chiamati a dare 'attuazione alla complementarità', in quanto sono essi stessi ad avere il compito principale di perseguire e reprimere i crimini internazionali, mentre la Corte opera come giudice di ultima istanza e solo nella circostanza in cui gli scenari sopraindicati non si verificano. Se gli Stati non 'attuano la complementarità', ovvero se non sono genuinamente in grado di condurre delle indagini o avviare dei procedimenti, essi si espongono all'eventualità che la Corte possa dichiarare ricevibile un caso. L'utilizzo del termine 'espongono', che potrebbe essere ritenuto un termine eccessivo, non è casuale. Si è difatti sostenuto che la complementarità così come contenuta nello Statuto di Roma costituirebbe un incentivo per gli Stati a perseguire diligentemente i responsabili dei crimini internazionali¹⁷⁶ e che la 'paura' della giurisdizione della Corte penale internazionale avrebbe quindi un effetto positivo sull'attuazione della complementarità, nonché sull'efficienza dell'intero sistema di repressione penale, che non è soltanto costituito dalla Corte penale internazionale, ma che comprende tutti gli Stati che di quel sistema fanno parte.¹⁷⁷

Chiariti questi aspetti è però opportuno porsi le giuste domande. In particolare, in virtù dello scopo del presente studio, è importante domandarsi che cosa devono reprimere i tribunali nazionali e quali sono gli obblighi degli Stati in relazione alla repressione dei crimini internazionali. In sostanza una volta chiarito che, al di là delle

¹⁷⁶ In particolare, si veda il seguente contributo dove emerge chiaramente la peculiare relazione tra la Corte penale internazionale e in tribunali interni: HOLMES J. T., *Complementarity: National Courts versus the ICC*, in CASSESE A., GAETA P., JONES J. R. W. D., *op. cit.*, p. 667 ss. La questione della complementarità e di come essa costituisca un incentivo per gli Stati a perseguire i responsabili verrà meglio affrontata nel paragrafo intitolato "Un obbligo di complementarità?", dove tale aspetto si intreccerà con la questione dell'esistenza o meno di un obbligo di perseguire i crimini internazionali in capo agli Stati. Per ora ci limitiamo ad anticipare la funzione di incentivo attribuita alla complementarità nello Statuto della Corte penale internazionale. Vedi anche Dupuy che utilizza per descrivere il regime di complementarità il termine 'sanzione' ('*sanction*'), ove con tale termine si riferisce alla giurisdizione della Corte penale internazionale nel caso in cui lo Stato sia '*unwilling*' o '*unable*', DUPUY P., *Principe de Complémentarité et Droit International Général*, in Politi M. and Gioia F., *op. cit.*, p. 22.

¹⁷⁷ È opportuno però sottolineare che questi aspetti non sono da tutti condivisi. La questione dell'attuazione della complementarità e il fatto che essa sia vista come un incentivo per gli Stati a reprimere i crimini internazionali sembra non essere accolta in modo univoco. Il perché verrà affrontato a breve.

singole previsioni dello Statuto di Roma, gli Stati debbano avere la prima parola nella lotta all'impunità per i crimini internazionali, si pone il problema di quali obblighi gli Stati abbiano in concreto. Questa non è una domanda cui è possibile trovare una facile risposta. Nel presente paragrafo si cercherà di fornire un quadro della situazione partendo proprio dallo Statuto di Roma, ma andando anche oltre. Si ricorda infatti che il presente studio non è limitato allo Statuto di Roma, ma mira a considerare le problematiche di adeguamento in tema di crimini internazionali ad un livello generale, andando dunque oltre lo Statuto della Corte penale internazionale, il quale, se pur di storica rilevanza, non esaurisce la materia in oggetto.

3.1 Gli obblighi di adeguamento nello Statuto di Roma

Sebbene la presente ricerca non voglia limitarsi al sistema della Corte penale internazionale, è però giusto riconoscere le implicazioni positive che lo Statuto di Roma ha avuto, sia in termini di attuazione delle previsioni in tema di crimini internazionali negli ordinamenti degli Stati, sia come stimolo alle riflessioni dottrinali che si sono sviluppate attorno all'attuazione delle previsioni dello Statuto stesso. È proprio questa la ragione che ci spinge a cominciare dallo Statuto della Corte penale internazionale, anziché da altri strumenti convenzionali.

3.1.1 L'obbligo di cooperazione

È pacifico che gli Stati parte dello Statuto della Corte penale internazionale debbano adempiere ad uno specifico obbligo: quello di cooperazione con la Corte penale internazionale. L'art. 86, rubricato "*General obligation to cooperate*", afferma a chiare lettere:

States Parties shall, in accordance with the provisions of this Statute, cooperate fully with the Court in its investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Art. 86, ICC Statute (1998).

Come evidente dall'uso di 'shall', gli Stati parti non hanno scelta. Essi devono cooperare con la Corte. Questo obbligo generale di cooperazione non deve però rimanere fine a sé stesso. Per adempiere ai propri obblighi di cooperazione non è sufficiente impegnarsi formalmente a cooperare ratificando lo Statuto di Roma. Le previsioni che seguono l'art. 86 indicano invece quale sia la reale portata dell'obbligo di cooperazione, il quale non è astratto, ma ha invece delle implicazioni concrete. Tali implicazioni si rivelano chiaramente qualora la Corte chieda, per esempio, ad uno Stato di consegnare un indagato che si trova sul suo territorio, in quanto risulta evidente che lo Stato in questione deve anche essere proceduralmente in grado di consegnare la persona indagata. L'obbligo di cooperazione non è quindi un obbligo astratto e ciò che si impone agli Stati non è solo di astenersi da tutta una serie di comportamenti ostili nei confronti della Corte, in contrasto con gli obblighi generali di cui all'articolo 86, bensì si richiede l'adempimento di obblighi positivi, ovvero di mettere in atto tutte le misure interne che si rendano necessarie per cooperare pienamente con la Corte penale internazionale. L'art. 98, "*Availability of Procedures under National Law*", afferma infatti che:

States Parties shall ensure that there are procedures available under their national law for all of the forms of cooperation which are specified under this Part.¹⁷⁹

Non è possibile in questa sede analizzare in dettaglio la questione della cooperazione degli Stati con la Corte penale internazionale e non si vuole nemmeno condurre un'analisi in tale campo. Ciò che suscita l'interesse della nostra ricerca è infatti l'attuazione della parte sostanziale dello Statuto di Roma, ambito che è forse anche di gran lunga il più controverso e incerto da analizzare.

3.1.2 Obblighi di attuazione delle previsioni in tema di crimini internazionali

Appurato quindi che vi è un preciso obbligo di cooperazione con la Corte e che gli Stati devono, laddove necessario, modificare le proprie leggi interne al fine di adempiervi, un altro fondamentale passo nel presente studio è quello di rispondere

¹⁷⁹ Art. 98, ICC Statute (1998).

alla seguente domanda: vi sono degli altri obblighi cui gli Stati devono adempiere per realizzare il sistema di giustizia ideato a Roma? La risposta per quanto ci riguarda sembra essere una sola e negativa. In particolare, sembra oggi ampiamente condiviso che non vi sia nello Statuto disposizione alcuna che obblighi gli Stati parti ad incorporare nei propri ordinamenti i crimini internazionali di cui agli artt. 6, 7 e 8. Se ai negoziati si fosse voluto introdurre un simile obbligo, probabilmente lo si sarebbe espresso apertamente e non lasciato implicito da alcune vaghe previsioni dello Statuto. Un esempio che supporta tale visione è senz'altro l'obbligo di cooperazione di cui abbiamo appena accennato, sintomo del fatto che durante i negoziati non solo vi è stata la volontà di introdurre un articolo specifico sugli obblighi di cooperazione degli Stati (art. 86), ma si è giunti ad introdurre un altro articolo, l'art. 89, dove viene imposto ai medesimi di effettuare le dovute modifiche interne per ottemperare a quegli obblighi. Nel caso della cooperazione gli Stati non hanno quindi voluto lasciare niente al caso e hanno preferito, per dirla in parole semplici, mettere nero su bianco. In secondo luogo, un altro fattore da tenere in considerazione attiene alla circostanza che in sede di negoziazione si è invece ritenuto opportuno prevedere specifici obblighi relativamente alle “*offences against the administration of justice*” di cui all'art. 70, il cui paragrafo 4 (a) afferma chiaramente quanto segue:

Each State Party shall extend its criminal laws penalizing offences against the integrity of its own investigative or judicial process to offences against the administration of justice referred to in this article, committed on its territory, or by one of its nationals.¹⁸⁰

Sarebbe quindi forse molto ingenua una posizione che ritenesse comunque di poter rinvenire nello Statuto obblighi di incorporare i crimini internazionali, proprio in virtù del fatto che degli espressi obblighi di attuazione sono chiaramente affermati per delle condotte minori, quali quelle contro l'amministrazione della giustizia.

Una volta messi in evidenza tali elementi, sembrerebbe ancor più illusorio tentare di ricavare implicitamente degli obblighi di incorporare i crimini internazionali da quanto molto blandamente si afferma nel preambolo:

¹⁸⁰ Art. 70(4), ICC Statute (1998).

Affirming that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation, [...].¹⁸¹

Ancora, non ci sembra neanche possibile affermare che gli Stati siano obbligati ad introdurre nei propri ordinamenti i crimini internazionali contenuti nello Statuto sulla base di una lettura congiunta con un altro paragrafo del preambolo che ricorda “*the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes*”. Tali enunciazioni generali contenute nel preambolo, assieme a quanto prima riportato, non consentono di evincere obbligo alcuno, tant’è che anche la dottrina sembra oramai unanime su tale punto.¹⁸²

3.1.3 Un ‘obbligo’ di complementarità?

Abbiamo quindi visto che non vi è un obbligo all’interno dello Statuto di Roma che imponga agli Stati di incorporare i crimini internazionali in esso contenuti. Una questione forse ancor più intricata è se vi siano degli obblighi di attuazione della complementarità e questo ci pone ad interrogarci sulla natura della complementarità medesima. Si afferma solennemente nel preambolo che la Corte penale internazionale è complementare ai tribunali nazionali. Ma qual è il senso di questa affermazione? Significa che le giurisdizioni nazionali che devono avere precedenza, salvo ovviamente l’intervento della Corte nelle ipotesi di cui all’art. 17, hanno l’obbligo di avviare procedimenti, così da rendere effettiva la conclamata complementarità? Interrogarsi sulla natura della complementarità equivale pressoché a chiedersi se sussiste un obbligo in capo agli Stati di perseguire i presunti responsabili di crimini internazionali. Alcuni autori tendono a rispondere affermativamente, ricavando tale obbligo dai paragrafi del preambolo

¹⁸¹ Preamble, ICC Statute (1998).

¹⁸² Sul punto si veda anche Kleffner, che afferma, in merito all’esistenza di un obbligo di attuare le previsioni relative ai crimini internazionali nello Statuto di Roma che “*the answer to the question of whether an obligation to implement flows from the Statute ultimately depends on whether one opts for a more textual or a more purposive interpretative approach*”, KLEFFNER J. K., *The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law*, p. 94.

precedentemente riportati.¹⁸³ Altri¹⁸⁴, invece, sottolineano come il ‘dovere di perseguire i responsabili’ affermato nel Preambolo sia preceduto dal verbo ‘*recalling*’, per cui si richiamerebbe un obbligo preesistente all’adozione dello Statuto di perseguire gli autori di crimini internazionali. Questo ‘*recalling*’ potrebbe quindi riferirsi a degli obblighi pattizi o consuetudinari precedenti, per esempio gli obblighi di perseguire (o estradare) i presunti responsabili di tali crimini, che, come vedremo più avanti, sono presenti in alcune convenzioni internazionali.¹⁸⁵ A nostro modo di vedere, lo Statuto di Roma non impone agli Stati un obbligo di esercitare la propria giurisdizione sui crimini internazionali. In linea con quanto detto in merito all’esistenza di un obbligo di incorporare i crimini internazionali, se gli Stati alla Conferenza di Roma avessero voluto imporre un simile obbligo, l’avrebbero previsto espressamente, come fatto in altre convenzioni, dove ad un’elencazione dei crimini seguono obblighi precisi per quanto riguarda l’attuazione e il perseguire o estradare i responsabili.

La natura della complementarità ci porta quindi a riflettere sulla natura dello Statuto di Roma stesso e delle disposizioni in esso contenute. Dopo aver analizzato quali sono gli obblighi che da esso discendono e quali, invece, non possono essere considerati tali, ne ricaviamo che lo Statuto di Roma ha come obiettivo quello di regolare la giurisdizione della Corte penale internazionale e di renderne effettivo il funzionamento, nonché di facilitare lo svolgimento dei suoi compiti. Lo Statuto non vuole imporre i crimini internazionali in esso contenuti, ma essi sono previsti per dare contenuto alla giurisdizione *ratione materiae* della Corte. Lo Statuto non vuole nemmeno regolare la giurisdizione dei Tribunali nazionali, imponendo degli obblighi

¹⁸³ BENVENUTI P., *Complementarity of the International Criminal Court to National Jurisdiction*, in F. Lattanzi/ W. A Schabas (eds.), *op. cit.*, pp. 21-22.

¹⁸⁴ BENZING M., *op. cit.* Benzing afferma in particolare che tra gli scopi del principio di complementarità potrebbe esservi quello di assicurarsi che gli Stati rispettino il ‘*duty to prosecute*’ enunciato nel preambolo. In che modo? Sia perseguendo essi stessi i presunti responsabili, sia prevedendo una giurisdizione internazionale che possa perseguirli qualora essi non siano nelle condizioni di farlo. Vedi anche: SEIBERT-FOHR A., *The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions*, in 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 553, p. 558; DÖRMANN K., GEISS R., *The Implementation of Grave Breaches into Domestic Legal Orders*, in 7 *Journal of International Criminal Justice* 703 (2009), p. 717.

¹⁸⁵ Questa sembrerebbe anche l’opinione di Duffy e Huston quando affermano che lo Statuto non impone formalmente un obbligo di perseguire, ma lo presuppone: DUFFY H. AND HUSTON J., *Complementarity Obligation or Opportunity*, in KRESS C., LATTANZI F., *op. cit.*, Vol. 1, p. 32; BENZING M., *op. cit.*, p. 596.

di esercizio di giurisdizione agli Stati, in quanto la complementarità è qualche cosa che si impone alla Corte e che serve ad essa per esercitare la propria di giurisdizione, nel rispetto della sovranità degli Stati.¹⁸⁶ L'obbligo di cooperazione viene quindi stabilito in quanto necessario per l'espletamento delle funzioni della Corte. Al di là degli obblighi di cooperazione illustrati, non vi sono degli altri obblighi che gravano sugli Stati. A nostro avviso, si potrà parlare dunque di incentivo ad attuare, di incentivo a perseguire, o, in un altro senso, di timore che la Corte penale internazionale entri in gioco, spodestando la *primacy* che hanno le giurisdizioni nazionali. Tutto ciò che è possibile rinvenire della complementarità sono effetti indiretti della stessa sugli ordinamenti interni degli Stati. Questo diviene ancor più chiaro se si ragiona sulla *ratio* di altre convenzioni internazionali. Si prendano, per esempio, le diverse convenzioni esistenti in tema di terrorismo internazionale, le quali sono state adottate nell'ottica di dare una definizione delle condotte illecite che possono essere qualificate come terroristiche e di garantirne la repressione da parte

¹⁸⁶ A tal riguardo, ci sembrano significative le considerazioni effettuate da Seibert-Fohr: “*Indeed, It is not the objective of the Rome Statute, which is concerned with international prosecution, and not with the international enforcement of state obligations, to deal with prosecuting duties by the States parties. Though there is a duty to surrender perpetrators to the ICC and though state party may avoid surrender by instituting domestic prosecutions, there is no genuine duty to prosecute under the Statute because it sets up an entirely different system distinct from the aut dedere out iudicare obligation. [...] Under the Statute, however, there is no need for a duty of states to prosecute because it is based on the idea that if domestic prosecution on which it primarily relies fails the ultimate safeguard is through international prosecution anyway*”. Conclude affermando: “*The ICC is therefore meant to supplement – not to enforce – domestic prosecution*”, SEIBERT-FOHR, *op. cit.*, p. 560. In sostanza, la posizione di Seibert-Fohr è che, sebbene gli Stati parte riconoscano l'esistenza di preesistenti obblighi di perseguire i responsabili di crimini internazionali, essi non hanno incorporato i suddetti obblighi nello Statuto. Essi esistono invece nei trattati internazionali rilevanti e nel diritto internazionale consuetudinario indipendentemente dallo Statuto. Tale interpretazione sembrerebbe inoltre avallata dall'art. 25(4) dello Statuto, il quale stabilisce che “*no provision in this Statute related to individual responsibility shall affect the responsibility of States under international law*”. Anche se l'art. 25(4) è tesa ad indicare in modo chiaro che perseguire i responsabili non esclude né determina la responsabilità degli Stati, tale previsione non pregiudica gli obblighi degli Stati sulla base di convenzioni internazionali e del diritto internazionale consuetudinario, SEIBERT-FOHR, *op. cit.*, pp. 559-560. Un altro interessante contributo, anche se offerto sotto un'altra prospettiva, è quello che ci offre Milanovic (MILANOVIC M., *Is the Rome Statute Binding on Individuals (and Why We should Care)* <http://ssrn.com/abstract=1690606>), il quale si interroga sulla natura degli obblighi derivanti dallo Statuto. In particolare, egli si domanda se gli obblighi contenuti nello Statuto della CPI siano di natura meramente giurisdizionale o sostanziale e quindi se devono essere interpretati come veri e propri obblighi che si impongono agli individui. Questo è rilevante per ciò che stiamo affrontando, in quanto, anche se, come dimostra Milanovic, lo Statuto sembra talvolta imporre obblighi agli individui, la nostra opinione è che esso sia in sé uno strumento squisitamente giurisdizionale e che quindi non imponga obblighi né agli individui, né tantomeno agli Stati, obbligo di cooperazione a parte. Gli obblighi degli Stati e degli individui in relazione ai crimini internazionali sono da rinvenirsi principalmente nel diritto internazionale generale.

degli Stati. Lo Statuto di Roma, lo si sottolinea nuovamente, è stato adottato non con l'intenzione di definire i crimini internazionali o con l'intento di obbligare gli Stati ad una loro repressione, bensì con l'obiettivo di creare un organo giurisdizionale universale, con la cui istituzione sarebbero poi stati facilitati tutta una serie di altri obiettivi¹⁸⁷.

3.1.4 Attuazione delle previsioni relative ai crimini internazionali e ricevibilità

La questione dell'attuazione delle previsioni relative ai crimini internazionali contenuti nello Statuto di Roma non viene esaurita però dalla constatazione dell'assenza di obblighi in tal senso. Infatti, la critica assenza di previsioni specifiche nello Statuto ha comportato lo sviluppo di un vivace dibattito dottrinale circa gli obblighi che discendono dallo Statuto in capo agli Stati e queste riflessioni - sicuramente elaborate e anche complesse, ma a parer nostro anche molto interessanti - hanno riguardato in particolar modo la portata del principio di complementarità di cui all'art. 17 dello Statuto di Roma. In sostanza, dato che sulla base dello Statuto gli Stati sono liberi di adottare o meno una legislazione sui crimini internazionali, alcuni autori si sono chiesti se il fatto che uno Stato non abbia una legislazione adeguata possa rendere un caso ricevibile ai sensi dell'articolo 17 dello Statuto. In termini più precisi, si può dire che il quesito che divide gli studiosi della materia sia il seguente: basterebbe al fine di soddisfare le condizioni di cui all'art. 17 che lo Stato avvii indagini o procedimenti penali contro individui qualificando le condotte illecite come crimini ordinari? In sostanza, ci si vuole chiedere se a fronte di un contesto generalizzato di violenza in cui siano commessi crimini internazionali, se la Corte può ritenere un caso ammissibile anche qualora uno Stato eserciti la propria

¹⁸⁷ “Whether or not complementarity derives from the obligation of States to exercise jurisdiction, it is certainly to ensure that national systems have the opportunity to do so. The complementarity mechanism thus provides an incentive for States to investigate or prosecute, by providing an alternative international forum that can step into the breach should they fail to”. DUFFY AND HUSTON, IN KRESS C., LATTANZI F., *op. cit.*, Vol. 1., pp. 31-32. In sostanza, prendendo in prestito le parole di Duffy e Huston, l'obiettivo primario dello Statuto è la giustizia, che sia ottenuta a livello internazionale o domestico. La complementarità lascerebbe quindi agli Stati l'opportunità di decidere se i crimini internazionali debbano essere perseguiti a livello nazionale o domestico. DUFFY AND HUSTON, IN KRESS C., LATTANZI F., *op. cit.*, Vol. 1., p. 49. Vedi anche DÖRMANN K., *op. cit.*, p. 718.

giurisdizione emettendo capi d'imputazione per reati ordinari, in assenza di una legislazione in tema di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. È in sostanza possibile ricavare un obbligo di incorporare i crimini internazionali sulla base del regime di complementarità che viene stabilito nello Statuto di Roma?

i) L'assenza di una legislazione adeguata come causa di ricevibilità: un esame dell'art. 17 dello Statuto

Ad ovviare alla mancata attenzione dedicata a questo argomento da parte della giurisprudenza è stata la dottrina, la quale, come precedentemente affermato, ha dato vita ad un notevole dibattito in merito alla mancata attuazione dei crimini internazionali come causa di ricevibilità. Per quanto concerne l'analisi dettagliata delle disposizioni dello Statuto, Terracino¹⁸⁸ ha sicuramente fornito un contributo rilevante e onnicomprensivo della problematica, citato da gran parte degli studiosi che hanno affrontato la questione.¹⁸⁹

A proposito del concetto di '*unwillingness*', lo Statuto di Roma si esprime nel seguente modo:

In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable: (a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5; (b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice; (c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a

¹⁸⁸ TERRACINO J. B., *National Implementation of ICC Crimes: Impact on National Jurisdiction and the ICC*, in 5 *Journal of International Criminal Justice* 421 (2007).

¹⁸⁹ Terracino pone chiaramente la problematica nel modo seguente: "*If a state finds itself unable to prosecute alleged perpetrators of ICC crimes because it does not incorporate those crimes into its domestic criminal legislation, would the ICC be able to admit a case brought against those alleged perpetrators? To answer 'yes' is not straightforward, and to answer 'no' would favour impunity and compromise the system of international criminal justice established by the ICC Statute*", TERRACINO J. B., *op. cit.*, p. 422.

manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.¹⁹⁰

Genericamente, il concetto di ‘*unwillingness*’ potrebbe essere considerato come comprensivo dell’ipotesi di uno Stato che non abbia adottato una legislazione sui crimini internazionali, in quanto da un tale atteggiamento si potrebbe ricavare una mancanza di volontà di perseguire tali crimini. Tuttavia, da un’analisi più accurata dello Statuto si può trarre che la disposizione sopra riportata fa riferimento alla mancanza di volontà nel corso di un’indagine o di un processo, mentre non viene in alcun modo rinviato a quella che può essere considerata come una ‘fase precedente’ a qualsiasi avvio di indagini o di procedimenti penali, relativa ovverossia alla politica legislativa dello Stato. In tal caso, sarebbe più opportuno considerare tale ipotesi come mancanza di volontà legislativa, caso che però, lo ribadiamo, non sembra essere considerato all’art. 17 dello Statuto.¹⁹¹ Non altrettanto semplice appare invece effettuare la medesima analisi in relazione al concetto di ‘*inability*’. È più facile anche in tal caso partire dall’art. 17 dello Statuto della Corte penale internazionale.

In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings¹⁹².

Relativamente a questa precisazione contenuta nello Statuto di Roma, appare chiaro che il caso da noi preso in considerazione di uno Stato cui manchi una legislazione adeguata non può essere fatto di certo rientrare nell’ipotesi di collasso del sistema giudiziario. Invece, sempre ai sensi della disposizione sopra riportata, la mancanza di legislazione potrebbe essere considerata come una forma di ‘*unavailability of its national judicial system*’. Tuttavia, ai sensi dell’art. 17(3), ai fini dell’ammissibilità di un caso, non è sufficiente dimostrare che vi sia un collasso del sistema giudiziario o un’indisponibilità del sistema giudiziario nazionale, ma è necessario, congiuntamente ad una delle due condizioni appena menzionate, che lo Stato non sia in grado di ottenere un accusato o gli elementi probatori necessari

¹⁹⁰ Art. 17(4), ICC Statute (1998).

¹⁹¹ TERRACINO J. B., *op. cit.*, pp. 431-433.

¹⁹² Art. 17(5), ICC Statute (1998).

oppure che non sia altrimenti in grado di portare avanti i suoi procedimenti. Posto che non rileva per l'ipotesi presa ora in considerazione la reperibilità o meno delle prove e l'ottenimento degli accusati, resta da valutare se la mancanza di legislazione possa essere ricondotta all'incapacità di condurre procedimenti.¹⁹³ La questione non si presta ad una facile ed immediata soluzione e basti dire che appare dubbiosa un'interpretazione che vada nella direzione di considerare l'avvio di procedimenti o indagini per 'crimini ordinari' come una sorta di incapacità di portare avanti un procedimento contro un individuo. In tal caso, infatti, lo Stato ha la capacità di condurre procedimenti, solo che, molto più semplicemente, essi non hanno ad oggetto 'crimini internazionali' nel senso giuridico del termine.¹⁹⁴

ii) Il caso Saif Al Islam Gheddafi: crimini ordinari e ricevibilità

La questione è stata ampiamente dibattuta e si può dire che tuttora divida gli studiosi della materia. Certo è che, in una recente decisione, la Camera preliminare della CPI ha preso una precisa direzione interpretativa dello Statuto di Roma, che non è però riuscita a fugare i dubbi e le perplessità sull'argomento. Nella decisione sul caso Saif Al Islam Gheddafi datata maggio 2013¹⁹⁵ la Camera preliminare della CPI si è trovata a dover decidere sulla questione dell'ammissibilità o meno del caso innanzi alla Corte, a fronte della mozione in senso contrario presentata dalla Libia. Ciò che più interessa il presente lavoro, non sono i dettagli circa la valutazione di ammissibilità effettuata dalla Camera preliminare, ma rileva in particolar modo quanto affermato dalla stessa in merito al fatto che lo stato libico stesse già perseguendo i responsabili sulla base di capi d'imputazione ordinari. A tal riguardo,

¹⁹³ In sostanza, per decidere sulla ricevibilità di un caso, la Corte dovrà considerare tre fattori: i) se lo Stato non è in grado di ottenere un accusato; ii) se uno Stato non è in grado di ottenere le prove e le testimonianze necessarie; iii) se lo Stato è in altro modo incapace di condurre i procedimenti. Quest'ultimo è forse quello più discrezionale, in quanto con l'utilizzo del termine '*otherwise*' sembra permettere di prendere in considerazione circostanze non previste che possono ugualmente ostacolare i procedimenti nazionali. GREPPI E., *Inability to Investigate and Prosecute under Article 17*, in Politi M. and Gioia F., *op. cit.*, pp. 65-66.

¹⁹⁴ TERRACINO, *op. cit.*, p. 433-438; HOLMES J. T., *Complementarity National Courts versus the ICC*, in Cassese A., Gaeta P., Jones J. W., *op. cit.*, pp. 672-678.

¹⁹⁵ *Prosecutor v. Saif-Al Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Pre-Trial Chamber, Decision on the Admissibility of the Case against Saif-Al Islam Gaddafi Case, Case No. ICC-01/11-01/11, 31 May 2013 ('*Lybia Admissibility Decision*').

viene affermato che “*the Chamber is of the view that the assessment of domestic proceedings should focus on the alleged conduct and not its legal characterization*”¹⁹⁶ e che il fatto che le indagini nazionali siano condotte o meno nell’ottica di perseguire ‘crimini internazionali’ in quanto tali non è determinante ai fini della valutazione di ammissibilità. La Camera giunge a tale conclusione constatando che lo Statuto stesso non pone alcuna distinzione tra ‘crimini internazionali’ e ‘crimini ordinari’ e che l’art. 20(3), il quale enuncia il principio *ne bis in idem*, fa riferimento al caso in cui una persona sia stata processata per una ‘condotta’ prevista agli artt. 6, 7, 8 o 8 bis. Nell’enunciazione del suddetto principio, si può quindi cogliere l’impiego del termine ‘condotta’ e non di ‘crimine’ previsto agli articoli sopraindicati. Questo si distacca da quanto contenuto negli Statuti di ICTY e ICTR e l’interpretazione a cui si perviene è che l’art. 20(3) non richieda che vi sia la medesima qualificazione giuridica del crimine ai fini di soddisfare il principio *ne bis in idem*. Difatti, dopo aver enunciato tale principio, lo Statuto dell’ICTY all’art. 10(2) afferma: “*A person who has been tried by a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law may be subsequently tried by the International Tribunal only if: (a) the act for which he or she was tried was characterized as an ordinary crime; (...)*”¹⁹⁷ Diversamente dallo Statuto di Roma, lo Statuto dell’ICTY prevede espressamente una distinzione tra ‘crimini internazionali’ e ‘crimini ordinari’. Da un’analisi dei lavori preparatori dello Statuto di Roma, la Camera ha rilevato l’intenzione di non fare la suddetta distinzione: ci fu infatti un dibattito al riguardo, ma il riferimento al concetto di ‘crimini ordinari’ incontrò una considerevole avversità da parte degli Stati, per poi alla fine essere escluso del tutto. Per queste ragioni, la Camera preliminare conclude che “*a domestic investigation or prosecution for “ordinary crimes”, to the extent that the case covers the same conduct, shall be considered sufficient*”¹⁹⁸ e che la mancanza di una legislazione in Libia sui crimini contro l’umanità non rende un caso di per sé ammissibile innanzi alla Corte. Sottolineando che quindi non vi è alcun requisito nello Statuto sulla base di cui le indagini a livello nazionale debbano avere

¹⁹⁶ *Lybia Admissibility Decision, cit.*, par. 85

¹⁹⁷ Art. 10(2), ICTY Statute (1993).

¹⁹⁸ *Lybia Admissibility Decision, cit.*, par. 88.

ad oggetto ‘crimini internazionali’, a patto ovviamente che esse riguardino la stessa condotta in esame innanzi alla Corte, la Camera preliminare ha cercato di determinare se la legislazione della Libia fosse sufficientemente in grado di cogliere la condotta di cui Saif Al-Islam Gheddafi era accusato davanti alla Corte. I crimini ordinari di cui è accusato Gheddafi sono omicidio, tortura, incitamento alla guerra civile, uccisioni indiscriminate, abuso di autorità, arresto di persone senza giusta causa e ingiustificata privazione della libertà. A tal proposito, la Camera osserva che i crimini in questione non coprono tutti gli aspetti delle fattispecie rinvenibili nello Statuto di Roma. Si pensi, per esempio, all’intento persecutorio richiesto nel crimine di persecuzione, il quale, sebbene non previsto dall’ordinamento interno, può essere preso in considerazione come circostanza aggravante nella determinazione della pena. Ciononostante a giudizio della Camera preliminare i crimini su cui le autorità nazionali conducono le indagini catturano sufficientemente l’idea dell’uso da parte di Gheddafi del controllo sull’apparato e sulle forze di sicurezza libiche per perseguire centinaia di dimostranti civili e dissidenti.¹⁹⁹

In questa decisione, la quale contribuisce a chiarire la posizione della Corte nell’*affaire* crimini internazionali v. crimini ordinari, la PTC sembra limitarsi ad affermare che lo Statuto di Roma, a differenza di statuti di altri tribunali, non conosce la suddetta distinzione. Per il resto, la PTC si sofferma molto brevemente sulle condotte perseguite dalle autorità libiche, senza andare in dettaglio a determinare se procedimenti per crimini ordinari possano, in base alla lettera dello Statuto, essere considerati sufficienti per la determinazione di ricevibilità di un caso. Sorge infatti spontaneo chiedersi se, alla luce dello Statuto di Roma, sia effettivamente questa la giusta direzione, o, invece, il fatto di non possedere un’adeguata legislazione possa comunque essere fatto rientrare tra i concetti di ‘*unwillingness*’ e ‘*unability*’ all’art. 17 dello Statuto di Roma.

¹⁹⁹ *Lybia Admissibility Decision, cit.*, parr. 84-88, 107-113.

3.1.5 *Crimini internazionali o crimini ordinari? Il dibattito*

Il dualismo crimini internazionali/crimini ordinari ha particolarmente interessato gli studiosi della materia nell'ultimo periodo. Tuttavia è prima quantomeno opportuno riordinare le idee su tale dibattito e su quello che è finora stato l'andamento della presente trattazione. In un primo momento, abbiamo cercato di capire se vi fosse un obbligo generale, simile a quello di cooperazione con la corte, che imponesse agli Stati di attuare le previsioni relative ai crimini internazionali dello Statuto nei propri ordinamenti. La risposta a questo primo quesito è stata negativa. In un secondo momento, ci siamo chiesti se lo Statuto di Roma desse spazio ad un'interpretazione che consentisse di far rientrare l'assenza di una legislazione appropriata relativa ai crimini internazionali tra le cause di ricevibilità di cui all'art. 17 dello Statuto. Anche in tal caso, la risposta sembrerebbe negativa, tant'è vero che anche la PTC nel caso Saif Al Islam Gheddafi, sebbene, come ricordato, molto superficialmente, sembra aver assunto la stessa linea interpretativa. Il dibattito dottrinale è però andato oltre le specifiche previsioni dello Statuto di Roma. In sostanza, gli studiosi non si sono solo soffermati a stabilire se perseguire un individuo per crimini ordinari anziché per crimini internazionali potesse rientrare nelle ipotesi di *'unwillingness'* e *'unability'*, ma si sono divisi persino sull'opportunità o meno per gli Stati di perseguire individui per *'crimini internazionali'*, arrivando ad avanzare l'idea che è forse meglio per gli stessi avviare procedimenti per *'crimini ordinari'*.

Abbiamo già accennato come questo dibattito vada oltre lo Statuto di Roma. Se infatti a nostro avviso la questione crimini internazionali/crimini ordinari nello Statuto appare chiara e avallata dalla Corte stessa, risulta invece incerta la questione se gli Stati debbano a priori perseguire responsabili per *'crimini internazionali'* e, di conseguenza, è dibattuta anche la necessità di incorporare i crimini internazionali negli ordinamenti interni. Questo dibattito, che si è principalmente sviluppato in relazione all'attuazione dei crimini internazionali nello Statuto di Roma, ha sicuramente visto un significativo contributo nelle riflessioni di Frédéric Mégrét, che ha effettuato interessanti considerazioni critiche riguardo a quello che secondo

lui è un concetto distorto di attuazione, che a partire dall'adozione dello Statuto di Roma è stato propinato soprattutto dalle organizzazioni non-governative²⁰⁰. Egli afferma che “*Complementarity has emerged in the last decade as a formidable leverage to obtain implementation. Complementarity has become part of the way in which international criminal lawyers project a sense of the “international criminal law acquis”, a sort of global package of norms that have to be adopted by states who become part of the ICC club*”²⁰¹. Per quanto riguarda lo Statuto di Roma, Mégret nota come la complementarità sia diventata veicolo per promuovere l'attuazione, talvolta erroneamente configurandola come un obbligo discendente dallo Statuto. Egli mette in guardia da questa costante pressione all'attuazione che, da un lato, mira a rispecchiare per filo e per segno certe disposizioni dello Statuto, mentre, dall'altro, porta ad auspicare non solo l'attuazione delle disposizioni sostanziali presenti nello Statuto, bensì anche di tutta una serie di disposizioni procedurali, che secondo l'autore potrebbero andare anche ad alterare i delicati equilibri degli ordinamenti interni. In tal modo, secondo Mégret l'attuazione sarebbe diventata una sorta di ‘cavallo di Troia’ per riformare il sistema giuridico degli Stati, secondo modalità però non strettamente richieste dallo Statuto di Roma.²⁰² Un altro ordine di preoccupazioni è espresso dall'autore in riferimento ad una ulteriore tendenza sviluppatasi negli ultimi anni, ovverossia quella di promuovere un'attuazione che vada oltre lo Statuto di Roma, al fine di colmarne le lacune, con l'idea quindi di sopperire a quelle che dovrebbero essere le carenze delle disposizioni adottate tramite compromessi politici alla Conferenza di Roma.²⁰³

Mégret sottolinea dunque come non sia necessario trasferire negli ordinamenti interni tutte le previsioni dello Statuto, al fine di poter meglio soddisfare la complementarità, ma che invece “*complementarity should be understood as allowing for a broad diversity of approaches to delivering on the promise of international*

²⁰⁰ In particolare si vedano i manuali guida all'attuazione di *Amnesty International, Human Rights Watch* e il Comitato internazionale della Croce Rossa (CICR).

²⁰¹ MÉGRET F., *Too Much of a Good Thing? ICC Implementation and the Uses of Complementarity*, p. 2 (<http://ssrn.com/abstract=1537213>).

²⁰² MÉGRET F., *op. cit.*, pp. 3, 6-12.

²⁰³ MÉGRET F., *op. cit.*, pp. 12-13.

criminal justice”²⁰⁴. Su tale questione l’articolo di Mégret pone sicuramente enfasi come proprio sul tema dell’attuazione sia ben visibile lo scontro tra due opposte visioni della giustizia penale internazionale alla CPI: una prima visione universalista e centripeta; l’altra pluralista e centrifuga. La prima idea di giustizia penale internazionale ambisce all’integrazione degli ordinamenti giuridici degli Stati, l’altra visione non ne disdegna affatto le differenze. Rispetto a quanto affermato da Mégret, a noi interessa soltanto la questione dell’attuazione delle previsioni relative ai crimini internazionali e non la questione dell’attuazione di altre disposizioni, quali ad esempio quelle sulle immunità. Possiamo affermare che queste visioni sono l’essenza della questione che stiamo affrontando e, a pensarci bene, esse riflettono perfettamente l’opposizione tra coloro che ritengono che i crimini internazionali dovrebbero essere incorporati, di modo da poterli perseguire come ‘crimini internazionali’ e, dall’altra parte, coloro che ritengono che l’attuazione non sia necessaria, in quanto l’importante è la lotta all’impunità.²⁰⁵

Di estrema rilevanza, ma anche curiose, sono le valutazioni di un altro autore, Kevin Jon Heller, il quale ha riadattato il ragionamento di Mégret sull’opportunità o meno di ‘rispecchiare’ lo Statuto di Roma, introducendo due diverse teorie a riguardo, ribattezzate *hard mirror thesis* (HMT) e *soft mirror thesis* (SMT). Con l’appellativo ‘*hard mirror thesis*’, Heller fa riferimento a quella corrente di pensiero

²⁰⁴ MEGRET F., *op. cit.*, p. 3.

²⁰⁵ Riguardo alla posizione di Mégret, ci sembra però di poter dire che, sebbene offra utili spunti critici, finisce con l’essere eccessivamente critica sulla questione dell’attuazione dello Statuto di Roma, fino al punto da sembrare forse ostile all’idea stessa di attuazione. In sostanza, mentre è doveroso sottolineare che gli Stati non devono rispecchiare in tutto e per tutto lo Statuto di Roma, ci sembra che la posizione di Mégret vada in certe sue osservazioni un po’ oltre, fino al punto da disdegnare l’idea della complementarità come incentivo all’attuazione, idea che come abbiamo visto, non solo è molto accolta in dottrina, ma sembra anche confermata dalla prassi degli Stati. Si riporta in particolare il seguente passaggio, dove si parla di ‘industria dell’attuazione’, di ‘meccanismo del bastone e della carota’ e di ‘kits di attuazione’: “*The process raises issues about the contours of the “implementation industry” more generally, with its recognizable litany of experts, consultancies and research projects. There is a sense that complementarity was seized as a “once in a lifetime” opportunity to ensure that states ratify all major relevant international instruments and reform key aspects of their criminal justice system. The drive to fully implement the Rome Statute has had all the hallmarks of an ideal donor-project: manageable, change inducing, concrete and labor intensive. Yet it also tends to rely on a command-and-control, top-down view of international law. Particularly strong is the rhetoric of the “Rome Statute incentive” and of a “carrot-and-stick mechanism”. “Models implementation kits” reinforce the sense of implementable upgrades, like a patch for a faulty software, and the overwhelming emphasis of issues of techniques of implementation tends to avoid asking the hard questions*”, MEGRET F., *op. cit.*, p. 24, 23.

che ancora si ostina ad includere nei concetti di ‘*unwillingness*’ e ‘*inability*’ ipotesi in cui le autorità di uno Stato avviano indagini o procedimenti per ‘crimini ordinari’, anziché per crimini internazionali.²⁰⁶ I sostenitori della ‘*soft mirror theory*’ riconoscono invece come non sia possibile qualificare l’avvio di procedimenti per crimini ordinari come causa di ricevibilità sulla base dello Statuto, ma ritengono comunque auspicabile che gli Stati qualifichino le condotte illecite come ‘crimini internazionali’.²⁰⁷ Heller critica entrambe le posizioni, la prima perché ricava qualcosa che non c’è dallo Statuto di Roma e rigetta la seconda in quanto non è affatto detto che sia meglio che le autorità locali avviino procedimenti qualificando gli atti contestati come ‘crimini internazionali’.²⁰⁸ Secondo l’autore, infatti, i crimini internazionali sono di gran lunga più difficili da provare dei c.d. crimini ordinari. In primo luogo perché sono più complessi, in quanto prevedono un elemento contestuale che deve essere provato. Si pensi in particolare ai crimini contro l’umanità, dove è richiesta la presenza di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile e dove in aggiunta l’autore della condotta incriminata deve essere consapevole che il suo atto si va ad inserire in detto contesto. Ancora, altro emblema della difficoltà intrinseca nei procedimenti per ‘crimini internazionali’ è il crimine di genocidio, la cui commissione risulta spesso molto difficile da provare in quanto è richiesto che l’autore metta in atto una determinata condotta con l’intento specifico

²⁰⁶ HELLER K. J., *A Sentence-Based-Theory of Complementarity*, in 53 *Harvard International Law Journal* 202 (2012), p. 87-89. Per quanto riguarda la critica alla HMT, dopo aver dimostrato come non sia possibile affermare alla luce dello Statuto che la complementarità richieda di incorporare i crimini internazionali, Heller mette in evidenza due ripercussioni negative che comporta la HMT. In primo luogo, essa creerebbe una sorta di sistema differenziato per sistemi ‘occidentali’ e ‘non occidentali’: “*To begin with, the HMT would create precisely the kind of two-tiered system of complementarity that Louise Arbour predicted more than a decade ago—a system in which non-Western states find it much more difficult to satisfy complementarity than their Western counterparts. Western states that join the ICC normally have no trouble incorporating the substantive provisions of the Rome Statute into their domestic law*”, HELLER J. H., *op. cit.*, p. 94 (per una spiegazione più dettagliata si vedano pp. 95-96). In secondo luogo, Heller mette in luce come la HMT costituisca un disincentivo a ratificare lo Statuto: HELLER K. J., *op. cit.*, p. 96.

²⁰⁷ HELLER K. J., *op. cit.*, p. 87.

²⁰⁸ Heller pone il problema nel modo seguente: “*The popularity of the soft mirror thesis (SMT) raises an intriguing question: why is a national prosecution for an international crime better than a national prosecution for an ordinary crime?*” Sempre per quanto concerne i sostenitori della *soft mirror thesis*, Heller individua una visione più pragmatica che tende a giustificare l’attuazione dello Statuto di Roma alla luce della necessità di evitare lacune che possano andare alla fine a tradursi in impunità. Dall’altro lato, egli individua un’altra corrente che pone l’accento sulle differenze tra crimini ordinari e crimini internazionali e che mettono in luce come i primi non abbiano il medesimo livello di gravità e siano di diversa natura rispetto ai secondi, HELLER K. J., *op. cit.*, p. 98.

di distruggere in tutto o in parte un gruppo razziale, nazionale, etnico o religioso. In tal caso, si richiede di andare a provare non soltanto la *mens rea* relativa ad una data condotta illecita (per es. la *mens rea* dell'omicidio), ma si dovrà in aggiunta provare un elemento soggettivo ulteriore in capo all'autore, andando a determinare sulla base degli elementi a disposizione se egli ha agito con l'intenzione di annientare uno dei summenzionati gruppi. In parole povere, il reato ordinario corrispondente, per restare sull'esempio, l'omicidio, risulta più facile da provare in quanto non vi è il *dolus specialis* da provare, dell'omicidio come atto di genocidio²⁰⁹. In secondo luogo, la difficoltà associata ai crimini internazionali – continua Heller – è amplificata da altri fattori che devono essere tenuti in debita considerazione. Ricorda Heller che spesso i giudici nazionali hanno diverse difficoltà a destreggiarsi con questioni relative al diritto internazionale e da questa difficoltà spesso risulta un'errata interpretazione e/o applicazione delle norme internazionali.²¹⁰ Questo difficile rapporto tra giudice nazionale e diritto internazionale, il quale, nonostante non si voglia troppo generalizzare, si manifesta in tutti i diversi ambiti del diritto internazionale, diventa una questione ancora più sentita e delicata nel campo del diritto internazionale penale. In questo ambito, si ha spesso a che fare con sistemi nazionali che hanno attraversato o che ancora stanno attraversando periodi di estrema difficoltà dovuti ad un contesto di violenza generalizzata, che sia guerra o altro genere di situazioni. In questo caso, è già una sfida per il sistema giudiziario di uno Stato riuscire a combattere l'impunità, ma è ancora più arduo riuscire a sviluppare la capacità di perseguire gli autori per 'crimini internazionali', che i giudici nazionali non sono normalmente preparati a fronteggiare e che richiedono delle conoscenze e competenze specifiche. In sostanza, Heller ritiene che chiedendo a tali stati di perseguire 'crimini internazionali' nel senso stretto nel termine, si andrebbe paradossalmente ad ottenere un aumento dell'impunità, anziché una lotta

²⁰⁹ HELLER K. J., *op. cit.*, pp. 100-103: nello specifico, Heller distingue tra due generi di difficoltà, una prima difficoltà giuridica, inerente quindi agli elementi dei crimini internazionali e, in seconda battuta, una difficoltà di natura più pratica, ovviamente correlata alla prima di stampo giuridico, ma che attiene alle difficoltà che si riscontrano nelle indagini stesse sui crimini internazionali, da un punto di vista 'pratico' appunto.

²¹⁰ Anche i più competenti investigatori e procuratori, i quali abbiano grande esperienza a livello nazionale e con ampie risorse a disposizione possono avere delle difficoltà di fronte a casi che riguardano 'crimini internazionali'. Lo stesso discorso vale per i giudici. Queste difficoltà sono inoltre presenti anche in Paesi 'avanzati': HELLER K. J., *op. cit.*, pp. 103-104.

all'impunità²¹¹ e conclude che “*the significant practical disadvantages of the hard and soft mirror theses indicate that, from the standpoint of promoting ratification of the Rome Statute and combating impunity, states should be encouraged to prosecute international crimes as ordinary crimes whenever possible*”²¹². Sarebbe bello in sostanza che tutti gli stati perseguissero le condotte qualificandole come ‘crimini internazionali’, ma la realtà dei fatti è un’altra e ci dice che “*the problem is that, at present, states simply lack the legal and material resources to make such prosecutions possible*”.²¹³

Le opinioni di Heller non mancano di una certa originalità e, soprattutto, egli giunge anche ad elaborare una propria teoria in merito alla complementarità. Se è vero che la ‘*legal characterisation*’ della condotta non deve rilevare ai fini della complementarità, è però anche vero che non tutti i procedimenti per ‘crimini ordinari’ soddisfano il principio di complementarità. Appare legittimo domandarsi in base a quali criteri procedimenti per ‘crimini ordinari’ potrebbero essere considerati ricevibili. Lo Statuto di Roma non dice nulla a riguardo e, proprio per questa ragione, diversi autori hanno auspicato la necessità che la Corte si pronunci finalmente in proposito. Spiega Heller che “*the same conduct test determines whether a state is “inactive” with regard to an ICC prosecution; it says nothing about whether a state satisfies Article 17(1)’s willingness requirement*”.²¹⁴ Per meglio capire questa affermazione è necessario fare riferimento alla giurisprudenza della CPI sulla ricevibilità di un caso ai sensi dell’art. 17. Come ormai ampiamente riconosciuto dalla Corte, la complementarità richiede un doppio test. In primo luogo, bisogna verificare che non vi siano o non vi siano già stati procedimenti su un determinato caso. Questa è la prima parte del test. Soltanto se la risposta al primo test è affermativa si procede alla seconda parte, dove è necessario andare a valutare i requisiti di ‘*unwillingness*’ e ‘*inability*’²¹⁵. Il primo test serve soltanto per valutare se

²¹¹ HELLER K. J., *op. cit.*, p. 106.

²¹² HELLER K. J., *op. cit.*, p. 107.

²¹³ HELLER K. J., *op. cit.*, p. 133.

²¹⁴ HELLER K. J., *op. cit.*, p. 109.

²¹⁵ La questione per lungo tempo dibattuta in dottrina relativa al c.d. ‘*inaction scenario*’ – ovverossia se un caso sia da ritenersi ricevibile se non vi sono e né vi sono stati procedimenti penali da parte di uno Stato – è ora stata superata ed è stata confermata dalla giurisprudenza della Corte stessa. Un

lo Stato sta facendo o ha fatto qualcosa. Lo Statuto di Roma però non risulta del tutto chiaro relativamente a questo primo test. Infatti, si parla genericamente di ‘case’ e uno dei dubbi che hanno subito assalito gli studiosi della materia è stato che cosa si dovesse intendere per ‘caso’. Per esempio, la parola ‘caso’ dovrebbe significare che se le autorità di uno Stato iniziano procedimenti contro un individuo per un crimine avvenuto in un villaggio, la Corte non potrà occuparsi di altri crimini commessi nello stesso villaggio? Il dilemma è stato risolto e la Corte ha adottato il c.d. ‘*same person-conduct test*’. In una delle ultime decisioni della Camera preliminare, la quale riguarda l’art. 17(1)(a), si spiega che:

[...] (i) in accordance with consistent jurisprudence of the Court, a determination of admissibility is case-specific, the constituent elements of a case before the Court being the "person" and the alleged "conduct"; accordingly, for the Chamber to be satisfied that the domestic investigation covers the same "case" as that before the Court, it must be demonstrated that: a) the person subject to the domestic proceedings is the same person against whom the proceedings before the Court are being conducted; and b) the conduct that is subject to the national investigation is substantially the same conduct that is alleged in the proceedings before the Court; [...].

In sostanza, un ‘caso’ è irricevibile se: 1) la persona sottoposta a procedimenti da parte di uno Stato è la stessa nei confronti di cui vi sono procedimenti da parte della CPI; e, in aggiunta, 2) la condotta incriminata a livello interno deve essere sostanzialmente la stessa oggetto dei procedimenti dinnanzi alla CPI. Vi deve quindi essere identità di persona e condotta ed è questo il significato da attribuire alla parola ‘caso’ ai sensi dell’art. 17 dello Statuto di Roma. Per ritornare all’esempio fatto in precedenza, nulla vieterà alla Corte di avviare indagini sullo stesso individuo, sempre che le condotte contestate siano diverse, anche qualora siano tutte perpetrate nel medesimo villaggio²¹⁶. Chiudiamo quindi questa piccola parentesi riprendendo così il

contributo decisivo e di estrema rilevanza a questo proposito è stato offerto da Robinson: ROBINSON D., *The Mysterious Mysteriousness of Complementarity*, in 21 *Criminal Law Forum* 67 (2010).

²¹⁶ *Lybia Admissibility Decision*, cit., par. 61, 74 e 76-77. Quello che è divenuto noto con il nome di “*same-conduct test*” è stato adottato in precedenza dalla Corte nelle decisioni che seguono: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber, Decision concerning Pre-Trial Chamber I’s Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06-8-Corr, 24 February 2006, par. 31; *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ('Ahmad Harun') and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb')*, Pre-Trial Chamber, Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, Pre-Trial

filo logico del discorso. Questo test però non consente di individuare i casi in cui i procedimenti per crimini ordinari non risultino soddisfacenti. Alcuni hanno ritenuto che a fare la differenza debba essere la gravità del reato per cui un individuo viene perseguito. Heller sostiene invece che l'approccio che la Corte dovrebbe adottare è un *'sentence-based approach'*. Secondo Heller la Corte dovrebbe paragonare la pena associata al reato di cui un individuo è accusato e la pena che sarebbe invece applicata dalla Corte²¹⁷.

Un'ulteriore prospettiva è però recentemente stata offerta da un altro autore nel campo, Darryl Robinson, il quale, proprio in risposta alle teorie di Heller, ha portato avanti delle importanti riflessioni sulla questione. Robinson propone un'alternativa al *'sentence-based approach'* proposto dallo stesso Heller, avanzando invece l'idea di un *'process-based approach'*. In particolare, Robinson individua tre teorie che ruotano attorno al concetto di complementarità: la prima basata sulle *'charges'*, che come sottolineato da Heller si ramifica in altrettante teorie (*'hard mirror thesis'*, *'soft mirror thesis'* e quella secondo cui ai fini della complementarità dovrebbe tenersi conto della gravità delle accuse formulate rapportate alla condotta dell'autore); un approccio basato sulle pene, che è quello abbracciato da Heller e, in ultimo, un approccio basato sul processo, che è invece sostenuto da Robinson stesso. Robinson

Chamber, Case No. ICC-02/05-01/07-I-Corr, 27 April 2007, par. 24; *Prosecutor v. Germain Katanga*, Pre-Trial Chamber, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07-4, 6 July 2007, par. 20 (public redacted version in ICC-01/04-01/07-55); *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07-262, 6 July 2007, par. 21; *Prosecutor v. Kony et al.*, Pre-Trial Chamber, Decision on the Admissibility of the Case under Article 19(1) of the Statute, Pre-Trial Chamber, Case No. ICC-02/04-01/05-377, 10 March 2009, par. 17-18; *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, Pre-Trial Chamber, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, 30 May 2011, Case No. ICC-01/09-01/11-101, par. 54; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Pre-Trial Chamber, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, Case No. ICC-01/09-02/11-96, 30 May 2011, par. 48. Questa giurisprudenza è stata poi confermata dalla Appeals Chamber, la quale si è però riferita a *"the same individual and substantially the same conduct"*: *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled 'Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute', 30 August 2011, ICC-01/09-02/11-274, par. 39.

²¹⁷ HELLER K. J., *op. cit.*, pp. 109-111 (per ulteriori dettagli sulla proposta avanzata da Heller vedi p. 111 ss.).

sottolinea l'importanza del contributo di Heller, in primo luogo nella sua critica alla c.d. *soft mirror thesis*²¹⁸ e, in secondo luogo, per aver messo in evidenza l'importanza che può essere attribuita alle pene nel determinare i requisiti di 'unwillingness' e 'inability' di cui all'articolo 17 dello Statuto. Tuttavia, in merito al 'sentence-base approach', Robinson avanza dubbi sul fatto che esso possa costituire il metodo più idoneo a sondare la genuinità dei procedimenti di un determinato Stato. Un primo problema a tal riguardo viene messo in luce da Heller stesso. Se difatti quello che si deve fare è confrontare le pene imposte a livello interno con quelle previste a livello internazionale, al fine di verificare se la prima non sia eccessivamente inferiore alla seconda, allora un primo problema è rappresentato dal fatto che lo Statuto di Roma non prevede delle pene specifiche per le fattispecie in esso contenute²¹⁹. Sulla base di cosa quindi si potrebbe operare questo raffronto? Altri problemi vengono a crearsi se un individuo viene assolto²²⁰ o, ancora, in relazione al fatto che il confronto tra le pene di cui parla Heller sarebbe possibile soltanto a processo terminato.²²¹ In particolare, nella determinazione della pena da comminare ad un individuo responsabile concorrono circostanze aggravanti e attenuanti, le quali possono essere prese in considerazione soltanto quando un procedimento è giunto al termine. Secondo Robinson invece, l'intero processo dovrebbe essere valutato al fine di determinare se l'azione intrapresa dalle autorità dello Stato è stata genuina nel senso di cui allo Statuto di Roma. Sarebbe opportuno un 'process-based approach' che consideri sia la gravità intrinseca dell'accusa 'interna' sia la pena associata come indicatori della genuinità o meno del processo. Robinson sembra quindi propenso ad incentrare la valutazione di complementarità non soltanto sull'uno o sull'altro fattore.²²² Tanto Heller quanto Robinson cercano

²¹⁸ ROBINSON D., *Three Theories of Complementarity: Charge, Sentence or Process?*, in 53 *Harvard International Law Journal* 85 (2012), pp. 165-167.

²¹⁹ ROBINSON D., *op. cit.*, p. 170.

²²⁰ "The first problem is that the sentence-based theory cannot cope with proceedings that end in acquittal. Where an accused is acquitted, there is no sentence", ROBINSON D., *op. cit.*, pp. 170-171.

²²¹ ROBINSON D., *op. cit.*, p. 171.

²²² ROBINSON D., *op. cit.*, p. 173-175. Il seguente passaggio ci sembra esplicativo: "interpreting 'genuinely' using the context of Article 17(2) and (3), we find two aspects: one about the sincerity of the effort and one requiring a very rudimentary level of capacity. Process is the master theory; we can look at charges and sentences insofar as they reveal something about genuineness of the process". In relazione alle 'charges' come indicatori per stabilire la genuinità dei procedimenti, Robinson afferma: "The charge laid may be an indicator in assessing genuineness of the process. For the reasons

quindi di supplire alla mancanza di chiarezza nello Statuto di Roma, suggerendo che, sebbene lo Statuto non preveda che i procedimenti per ‘crimini ordinari’ siano sempre e comunque ricevibili, sarebbe comunque opportuno tenere conto di altri fattori.

Robinson, così come altri autori, sostiene tuttavia che in certe circostanze, il fatto che uno Stato non posseda una legislazione adeguata possa rendere un caso ricevibile. Si pensi, per esempio, al crimine di reclutamento di bambini soldato o, ancora, al c.d. diniego di quartiere, i quali, se non incorporati negli ordinamenti interni, non potrebbero essere perseguiti da un determinato Stato. A fronte quindi dell'impossibilità dello Stato a procedere, la Corte potrebbe decidere di esercitare la propria giurisdizione.

3.2 Gli obblighi degli Stati sulla base di convenzioni internazionali

Abbiamo avuto modo di vedere che l'adozione dello Statuto di Roma e, in particolar modo, il principio di complementarità in esso affermato, hanno dato vita ad un vivace dibattito sui temi relativi all'attuazione dello stesso, con particolare riguardo alla questione dell'attuazione delle previsioni relative ai crimini internazionali negli ordinamenti degli Stati parte. Prima di giungere a delle valutazioni definitive, è opportuno andare ad esaminare altri strumenti convenzionali

presented by Heller, the choice of an “international” or an “ordinary” offense (e.g., war crime of murder versus murder simpliciter) should likely be given zero weight. As Heller has shown, the use of international definitions may have expressive value, but we cannot require their use, and doing so may have the undesirable effect of encouraging unsuccessful proceedings. By contrast, the decision to charge the accused with a “serious” offense versus a “minor” offense can be an indicator. It is not determinative, for the reasons shown by Heller: a “minor” charge might still culminate in a serious sentence and a serious process, which would address our complementarity concerns. However, on a process theory, the charge can nonetheless be a significant indicator in assessing genuineness, by suggesting whether the state is attempting to minimize and whitewash the crime by focusing on a trivial charge that ignores the gravamen of the available evidence”. ROBINSON D., op. cit., pp. 173-174; Ugualmente, continua Robinson, la pena può essere anch'essa presa come indicatore di procedimenti genuini: “For example, an extremely mild sentence that is mismatched with the available evidence may be one indicator that the process had a flawed, sham character. Alternatively, if the maximum available sentence is mild, this may arguably suggest the “unavailability” of the legal system for that serious international crime. I would say that lenient sentences may be only a modest indicator, useful only in conjunction with other indicators, because lenient sentences are not per se evidence of non-genuineness”, ROBINSON D., op. cit., p. 174.

che pongono obblighi in capo agli Stati, dal momento che, come ampiamente sottolineato, il presente lavoro vuole andare oltre lo Statuto di Roma.

3.2.1 La Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di Genocidio (1948)

La prima Convenzione a porre veri e propri obblighi è la Convenzione sul genocidio, adottata con Risoluzione dell'Assemblea generale il 9 dicembre 1948.²²³ Con il primo articolo *“The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish”*.²²⁴ È curioso notare come gli Stati confermano (*‘confirm’*) che il genocidio è un crimine di diritto internazionale.

²²³ *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*‘Genocide Convention’*), Paris, 9 December 1948, 78 UNTS 277.

²²⁴ Art. 1, *Genocide Convention* (1948). Il contenuto di questo primo articolo è stato oggetto di discussione in una nota sentenza della Corte internazionale di giustizia. La Corte ha ricavato dall'art. 1 della Convenzione un obbligo di prevenire il genocidio e, anche se non risulta espressamente dal testo della Convenzione, un obbligo per gli Stati di astenersi dal commettere genocidio: *“Under Article I the States parties are bound to prevent such an act, which it describes as “a crime under international law”, being committed. The Article does not expressis verbis require States to refrain from themselves committing genocide. However, in the view of the Court, taking into account the established purpose of the Convention, the effect of Article I is to prohibit States from themselves committing genocide. Such a prohibition follows, first, from the fact that the Article categorizes genocide as “a crime under international law”: by agreeing to such a categorization, the States parties must logically be undertaking not to commit the act so described. Secondly, it follows from the expressly stated obligation to prevent the commission of acts of genocide. That obligation requires the States parties, inter alia, to employ the means at their disposal, in circumstances to be described more specifically later in this Judgment, to prevent persons or groups not directly under their authority from committing an act of genocide or any of the other acts mentioned in Article III. It would be paradoxical if States were thus under an obligation to prevent, so far as within their power, commission of genocide by persons over whom they have a certain influence, but were not forbidden to commit such acts through their own organs, or persons over whom they have such firm control that their conduct is attributable to the State concerned under international law. In short, the obligation to prevent genocide necessarily implies the prohibition of the commission of genocide”*, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, par. 162 (*‘Bosnia v. Serbia Judgement’*). Ancora, in merito all'obbligo di prevenzione che sorge in capo agli Stati, la Corte specifica che si tratta di un obbligo di condotta e non di risultato e, di conseguenza, centrale risulta la nozione di *‘due diligence’*. La Corte ha inoltre cercato di delineare con più precisione il contenuto del dovere di prevenzione. In particolare, ha sottolineato che: *“a State’s obligation to prevent, and the corresponding duty to act, arise at the instant that the State learns of, or should normally have learned of, the existence of a serious risk that genocide will be committed. From that moment onwards, if the State has available to it means likely to have a deterrent effect on those suspected of preparing genocide, or reasonably suspected of harbouring specific intent (dolus specialis), it is under a duty to make such use of these means as the circumstances permit”*, *Bosnia v. Serbia, cit.*, par. 431.

Questo significa che la Convenzione non crea un nuovo crimine internazionale, bensì lo codifica in quanto il genocidio era già un crimine sulla base del diritto internazionale consuetudinario. L'obiettivo principale del trattato è quello di prevenire e punire il genocidio, obiettivo che gli stati si impegnano a realizzare ai sensi dell'articolo 1. Per realizzare pienamente gli scopi prefissati dalla convenzione è necessario però sapere che cosa è il crimine che si vuole andare a combattere ed è quindi necessario disporre di una definizione di crimine di genocidio, la quale è stata consacrata all'articolo seguente.²²⁵ Con l'articolo 3 si afferma che anche forme di partecipazione al crimine quali complicità, cospirazione, l'incitamento diretto e pubblico e il tentativo di commettere genocidio devono ugualmente essere punite²²⁶. La Convenzione non si limita ovviamente a definire dei comportamenti illeciti, ma prevede degli obblighi concreti. Innanzitutto, l'art. 4 afferma che coloro che mettono in atto i comportamenti illeciti di cui agli artt. 2 e 3 '*shall be punished*', anche se, per esempio, sono pubblici ufficiali. L'art. 5 è la disposizione che ci interessa maggiormente e afferma:

The Contracting Parties undertake to enact, in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or any of the other acts enumerated in Article 3.²²⁷

Con questo articolo, gli Stati parte acconsentono ad adottare la legislazione necessaria per rendere effettive le disposizioni della Convenzione e, in particolare, si impegnano ad introdurre delle pene effettive per le persone che si rendano colpevoli di uno degli atti di cui agli artt. 2 e 3. Ma che cosa si richiede di attuare agli Stati? Non sembra che ad essi sia richiesto di rispecchiare, per riprendere la terminologia usata da Mégrét, in modo perfetto la Convenzione. Non si richiede infatti di

²²⁵ Article 2 "*In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group*", Genocide Convention (1945).

²²⁶ Art. 3, "*The following acts shall be punishable: (a) Genocide; (b) Conspiracy to commit genocide; (c) Direct and public incitement to commit genocide; (d) Attempt to commit genocide; (e) Complicity in genocide*", Genocide Convention (1945).

²²⁷ Art. 5, Genocide Convention (1945).

incorporare gli atti di cui agli artt. 2 e 3 nella propria legislazione, ma si richiede invece di adottare le misure che si rendano necessarie per rendere la Convenzione effettiva. Sembra quindi, in prima lettura, che sia concesso un certo margine di discrezionalità ai legislatori interni e ambigua risulta l'aggiunta dell'espressione "*in accordance with their respective Constitutions*". Questo margine di discrezionalità che sembra essere accordato agli Stati dall'articolo 5 non deve tuttavia essere interpretato come concessione di una licenza a discostarsi da quanto previsto dalla Convenzione medesima. Anche se l'art. 5 non afferma che bisogna procedere a 'copiare' le condotte illecite, si potrebbe anche discutere sulla discrezionalità di cui godono gli Stati e affermare almeno su un piano teorico che essi possono avere un grande margine di discrezione fintantoché non accordano un livello di protezione inferiore a quello rinvenibile nelle disposizioni della Convenzione. Gli Stati dovrebbero quindi stare attenti nel riformulare le disposizioni di cui all'art. 2 e a non fornire definizioni più ristrette di quelle contenute nella Convenzione. Inoltre, anche qualora uno Stato incorpori le condotte che costituiscono genocidio in linea con quanto stabilito all'art. 2, non è detto che uno Stato adempia agli obblighi assunti con la Convenzione. Infatti, gli Stati non solo devono accertarsi che la tutela della legislazione interna sia tanto ampia quanto quella garantita dalla Convenzione, ma devono fare altresì attenzione a che la severità della pena sia commisurata alla gravità degli atti in questione. Questa è l'interpretazione che a nostro avviso risulta più in linea con l'oggetto e lo scopo della Convenzione sul crimine di genocidio, che è quello di dare una definizione del crimine e di prevenirne e reprimerne la commissione. Queste problematiche potrebbero di primo acchito sembrare scontate, ma in realtà nella loro semplicità anticipano quelle che sono le difficoltà che si incontrano relativamente all'adeguamento alla parte sostanziale del diritto internazionale penale e la loro trattazione in questa prima parte contribuisce a chiarire quelli che sono i principali punti interrogativi da approcciare della materia.

Tornando alla Convenzione sul genocidio del 1948, bisogna sottolineare che essa è uno degli strumenti internazionali che ha riscosso più successo in termini di

adattamento degli ordinamenti interni²²⁸. Resta da interrogarsi su come essa sia stata attuata. Prendiamo, ad esempio, la Francia - a nostro avviso il caso che forse illustra meglio quanto abbiamo sopra tentato di spiegare - che ha dato attuazione nel modo seguente alla Convenzione sul genocidio:

Constitue un génocide le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes suivants: [...]²²⁹.

Secondo tale previsione, il genocidio è commesso ‘in esecuzione di un piano concertato’, requisito che però non è richiesto dalla Convenzione, anche se è vero che i casi più palesi di genocidio seguono l’elaborazione di un piano del genere²³⁰. La definizione francese sembra quindi essere più ristretta di quella della Convenzione e, in aggiunta, non sembra nemmeno essere conforme al diritto internazionale consuetudinario in materia. Dall’altro lato, essa contiene degli elementi che vanno anche al di là della definizione data dalla Convenzione, ampliandone significativamente la portata. Si parla infatti di gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, o di un gruppo “identificato in ragione di un qualsiasi altro criterio arbitrario”. La definizione di gruppo protetto va potenzialmente ad inglobare tutta una serie di gruppi, che invece non sono coperti dalla Convenzione sul genocidio.

Che valutazione e considerazioni esprimere quindi in merito a questa discrezionalità legislativa degli Stati? Che senso hanno anche queste convenzioni internazionali se gli Stati se ne discostano? Innanzitutto, è necessario riconoscere l’importanza di questi strumenti internazionali, ridimensionandone però anche il peso. Come precedentemente affermato, la Convenzione del 1948 non ha creato un

²²⁸ Per una lista, anche se non completa, di Stati che hanno provveduto all’attuazione si veda: <http://www.preventgenocide.org/law/domestic/>. In aggiunta, si rinvia anche a: <http://www.iccnw.org/?mod=home> (ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

²²⁹ Art. 211-1, Francia, Code pénal, Version consolidée au 14 février 2015.

²³⁰ Si potrebbe dire che molto dipende dall’interpretazione che viene data all’espressione “*en exécution d’un plan concerté*”. Tuttavia, la definizione francese sembra essere più ristretta di quella della Convenzione e forse questo può essere dovuto al fatto che, dall’altro lato, la definizione risulta notevolmente ampliata con riguardo alla nozione dei c.d. ‘gruppi protetti’, una questione che sarà esaminata a breve.

nuovo crimine di diritto internazionale. Essa ha consolidato il diritto internazionale, in quanto il crimine di genocidio esisteva già come crimine di diritto internazionale consuetudinario, anche se forse la formazione della norma consuetudinaria relativa al genocidio risale a poco prima dell'adozione della convenzione stessa. La Convenzione è stata quindi un modo per rendere effettivo tale crimine negli ordinamenti interni degli Stati, un crimine che forse, se fosse rimasto a livello di consuetudine, non avrebbe avuto tanto successo in termini di adattamento. Se quindi da un lato va accordata assoluta rilevanza alle convenzioni internazionali che vincolano ad obblighi espliciti, dall'altro lato bisogna riaffermare la preminenza del diritto internazionale consuetudinario e anche, come tra poco spiegheremo, dell'importanza dello sviluppo progressivo del diritto internazionale consuetudinario. Sono difatti la prassi e l'*opinio iuris* degli Stati a concorrere alla formazione di norme consuetudinarie e ad essi può essere riconosciuta quindi la possibilità di discostarsi dalla convenzione qualora non ne restringano la portata, in un'ottica di promozione dello sviluppo del diritto internazionale. In sostanza, il diritto internazionale consuetudinario costituisce il parametro di riferimento per quanto concerne l'adattamento. Per quanto riguarda il requisito dell'esistenza di un piano concordato, esso non è richiesto dal diritto internazionale vigente e questo sembra avallato anche dalla giurisprudenza dei principali tribunali internazionali. La ragione per la quale non è richiesto il suddetto elemento in relazione al crimine di genocidio è da collegare al fatto che esso è già di per sé un crimine molto difficile da provare. In relazione a tale peculiare fattispecie si è già in precedenza sottolineato come in fase processuale sia necessario dimostrare che l'autore della condotta abbia agito con l'intento specifico di distruggere in tutto o in parte un determinato gruppo. Di conseguenza, dimostrare che l'autore ha posto in essere un determinato comportamento in esecuzione di un piano concordato equivarrebbe richiedere a livello probatorio la dimostrazione dell'esistenza del piano stesso, dimostrazione la quale renderebbe ancora più arduo perseguire il crimine in esame.

3.2.2 *Le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e il primo Protocollo addizionale del 1977*

Le quattro Convenzioni di Ginevra contengono al pari della Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio precisi obblighi che insorgono per gli Stati parte. L'articolo 1 comune alle convenzioni di Ginevra afferma che:

The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances.²³¹

Tale disposizione riguarda tutte le previsioni delle Convenzioni di Ginevra, che gli Stati si impegnano a rispettare. Come sottolineato nel Commentario alle convenzioni, “*The Contracting Parties do not undertake merely to respect the Convention, but also to 'ensure respect for ' it'*”.²³² Quando uno Stato contrae un impegno, tale impegno si estende a coloro su cui esso esercita la propria autorità, così come ai rappresentanti dell'autorità ed esso ha anche l'obbligo di impartire gli ordini necessari. L'uso delle parole “*and to ensure respect*” serve a sottolineare e rafforzare la responsabilità delle parti contraenti. Non sarebbe sufficiente, per esempio, che lo Stato si limitasse a dare ordini a qualche autorità civile o militare, lasciando ad essi il compito di arrangiarsi in merito ai dettagli che concernono l'esecuzione degli ordini, in quanto gli Stati stessi devono supervisionarne l'esecuzione. Il Commentario aggiunge altresì che “*if it is to keep its solemn engagements, the State must of necessity prepare in advance, that is to say in peacetime, the legal, material or other means of loyal enforcement of the Convention as and when the occasion arises*”.²³³

Quello contenuto all'articolo 1 comune è però un obbligo che riguarda tutte le disposizioni delle quattro Convenzioni di Ginevra, anche quelle che non hanno carattere 'penale', per riprendere la terminologia che si rinviene nelle convenzioni stesse. Come è difatti ben noto, le Convenzioni di Ginevra contengono anche delle disposizioni a carattere penale, relative alle infrazioni gravi delle Convenzioni di Ginevra, enumerate agli artt. 50 I CG, 51 II CG, 130 III CG, 147 IV CG. Gli articoli

²³¹ Art. 1 com., Geneva Conventions (1949).

²³² ICRC Commentary, Art. 1 (www.icrc.org).

²³³ ICRC Commentary, Art. 1 (www.icrc.org).

precedenti a quelli appena riportati contengono disposizioni di carattere generale che riguardano le ‘grave breaches’, i quali recano una formulazione identica. Si prenda, per esempio, l’art. 49 della prima Convenzione di Ginevra, che, come le altre speculari disposizioni delle altre convenzioni,²³⁴ afferma:

The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following Article.²³⁵

È qui evidente l’analogia con la disposizione che abbiamo analizzato in relazione alla Convenzione sul crimine di genocidio. Anche in questo caso sembra in effetti che le parti si impegnino ad adottare una legislazione adeguata. Tuttavia, come è stato sottolineato da alcuni,²³⁶ attraverso un’attenta lettura è possibile notare che non viene richiesto di adottare la legislazione necessaria per rendere effettiva la convenzione, bensì di adottare la legislazione necessaria per imporre sanzioni penali effettive a coloro che commettono, o ordinano di commettere, le gravi infrazioni della convenzione. Sembrerebbe quindi che si ometta un passaggio rispetto alla convenzione sul crimine di genocidio e si richieda semplicemente di introdurre delle pene adeguate per le ‘grave breaches’. Si potrebbe anche qui interpretare la disposizione nel senso che i crimini ordinari siano sufficienti, a condizione però che per essi siano previste pene effettive, oppure, laddove non siano effettive basterebbe ricorrere ad un crimine ordinario e disporre un’aggravante.²³⁷ Come però sottolinea Dörmann rimane il fatto che i trattati devono essere interpretati in buona fede.²³⁸ Quindi, dato che le ‘infrazioni gravi’ sono crimini di guerra sembrerebbe evidente che l’interpretazione che deve essere data è quella che le gravi infrazioni debbano

²³⁴ Art. 50 Geneva Convention II (1949); art. 129 Geneva Convention III (1949), art. 146 Geneva Convention IV (1949).

²³⁵ Art. 49, G (1949).

²³⁶ DÖRMANN K., *op. cit.*, pp. 706-710.

²³⁷ A tal riguardo, Dörmann non sembra a favore di una simile ipotesi quando dice: “More generally, it seems doubtful whether the specific injustice of a grave breach could fully be captured by a domestic criminal equivalent, even if certain behaviour such as wilful killing could be subsumed under domestic provisions governing murder for instance. Ordinary criminal law provisions like this do not reflect the particular war nexus that is inherent in the grave breaches”, DÖRMANN K., *op. cit.*, p. 710.

²³⁸ “An interpretation based on good faith militates against any interpretation that renders a treaty obligation meaningless. In other words, the object and purpose of the grave breaches regime and the Geneva Conventions as a whole, indicate that a broader interpretation of the notion of ‘legislation necessary to provide effective penal sanctions’ is required”, DÖRMANN K., *op. cit.*, p. 709.

essere previste come qualcosa di diverso e distinte dalle fattispecie ordinarie. Tuttavia è anche opportuno riconoscere l'ambiguità del regime delle 'grave breaches', dove si definiscono le singole condotte da punire, ma non si rinviengono gli elementi distintivi dei crimini di guerra, elementi che invece sono stati ampiamente sviluppati dalla giurisprudenza dei tribunali internazionali. In aggiunta, rimane il fatto che le 'gravi infrazioni' non esauriscono i crimini di guerra, che rimangono crimini di diritto consuetudinario, alla cui definizione hanno concorso i Tribunali internazionali di volta in volta chiamati a giudicarne i responsabili. L'unico trattato che contiene una lista di crimini di guerra è lo Statuto di Roma²³⁹, il quale però non associa ad esso nessun obbligo di attuazione o di perseguire gli autori delle violazioni. L'elencazione dei crimini di guerra contenuti nello Statuto non è inoltre ritenuta perfettamente corrispondente al diritto internazionale consuetudinario. Non vogliamo tuttavia andare ora ad approfondire questioni che saranno ampiamente trattate in seguito. Infrazioni gravi sono inoltre previste ai sensi del primo Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra, che prevede una lista aggiuntiva di condotte da considerarsi crimini di guerra e a cui vengono associati i medesimi obblighi previsti per le 'grave breaches' contenute nelle convenzioni. L'art. 85(1) afferma infatti: "*The provisions of the Conventions relating to the repression of breaches and grave breaches, supplemented by this Section, shall apply to the repression of breaches and grave breaches of this Protocol*".²⁴⁰

L'obbligo di adottare la legislazione necessaria è inoltre rafforzato da un'altra previsione che si rinviene nella parte dedicata alle "*Penal sanctions*" delle quattro Convenzioni di Ginevra. L'art. 49 della prima Convenzione di Ginevra, nonché gli identici articoli contenuti nelle altre convenzioni, afferma altresì che:

Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial

²³⁹ Art. 8, ICC Statute (1998).

²⁴⁰ Art. 85, Additional Protocol I (1977).

to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a 'prima facie' case.²⁴¹

Gli Stati hanno quindi l'obbligo di ricercare le persone accusate di aver commesso, o ordinato di aver commesso, le condotte che costituiscono infrazioni gravi in base alla convenzione e devono portare tali persone, indipendentemente dalla loro nazionalità, davanti ai propri tribunali. Se preferiscono, e comunque in conformità con la propria legge interna, possono consegnare tali individui, per essere giudicati, ad un'altra Parte contraente interessata al procedimento, per quanto questa Parte contraente possa far valere contro dette persone prove sufficienti. Viene quindi stabilita una giurisdizione di tipo universale sulle 'grave breaches' delle Convenzioni di Ginevra e si afferma in sostanza che gli Stati devono perseguire i responsabili indipendentemente dalla loro nazionalità. Unica alternativa è che vi sia un'altra parte contraente ad aver avviato procedimenti nei confronti del sospettato. Tuttavia, è possibile consegnare la persona in questione soltanto se l'altro Stato produce elementi di prova sufficienti. Altro aspetto interessante è che sulla base della formulazione del suddetto articolo gli Stati non hanno una discrezionalità nell'esercitare una giurisdizione universale, ma essi sono obbligati a farlo, in quanto essi "shall be under the obligation to search for persons [...] and shall bring such persons [...] before its own courts". Gli Stati hanno quindi un doppio obbligo, come risulta dai due 'shall' e dalla congiunzione 'and' che abbiamo messo appositamente in evidenza. Si impone quindi un obbligo di perseguire o estradare i presunti responsabili (*aut dedere aut iudicare*). Si può comunque notare una grande differenza con la Convenzione sul crimine di genocidio, la quale invece non reca nessuna disposizione che consenta l'esercizio di una giurisdizione universale; vi è anzi da dire che leggendo l'art. 6 della convenzione sul genocidio una tale possibilità sembrerebbe quasi preclusa agli Stati:

Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in Article 3 shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or

²⁴¹ Art. 49, Geneva Convention I (1949). Disposizioni identiche sono contenute nelle altre Convenzioni di Ginevra: art. 50 II Convenzione di Ginevra, art. 129 III Convenzione di Ginevra, art. 149 IV Convenzione di Ginevra.

by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.²⁴²

In sostanza, si afferma che gli individui accusati di genocidio devono (*'shall'*) essere giudicati da un tribunale competente dello Stato nel cui territorio è avvenuto il crimine, oppure da un tribunale penale internazionale. Sembrerebbe che l'utilizzo della formula *'shall'* precluda l'esercizio di altri titoli di giurisdizione riconosciuti dal diritto internazionale, oltre che la giurisdizione universale. Ovviamente però, tale disposizione va interpretata nel senso di un obbligo primario dello Stato territoriale di perseguire i presunti responsabili del crimine e vi è quindi l'interesse a che gli Stati sul cui territorio il crimine ha avuto luogo stabiliscano la propria giurisdizione sullo stesso. La disposizione non preclude perciò che altri Stati, diversi dallo Stato territoriale, esercitino la propria giurisdizione sulla base di quanto stabilito dalle leggi interne.

Abbiamo quindi avuto modo di osservare come le Convenzioni di Ginevra e il primo Protocollo del 1949 contengano degli obblighi non solo di adottare una legislazione adeguata, ma anche in relazione al perseguimento dei responsabili, fino al punto da stabilire una giurisdizione di tipo universale e un obbligo *aut dedere aut iudicare*. Rimane però il fatto che tali obblighi non hanno avuto troppo seguito tra gli Stati, in particolar modo in riferimento alla sopracitata giurisdizione universale. I summenzionati strumenti non coprono inoltre tutti i crimini di guerra riconosciuti tali sulla base del diritto internazionale consuetudinario. Abbiamo già in precedenza fatto l'esempio del reclutamento dei bambini soldato, un crimine che può dirsi a tutti gli effetti consolidato come crimine di guerra, grazie allo Statuto di Roma, ma, soprattutto alla giurisprudenza di tribunali internazionali, quali la Corte penale internazionale e la Corte speciale per la Sierra Leone. Altro esempio, forse ancora più sconcertante, sono i crimini di guerra commessi nel corso di conflitti interni, la cui disciplina non soltanto risulta meno avanzata rispetto a quella relativa ai conflitti armati internazionali, ma riguardo ai quali mancano obblighi di natura convenzionale. Qual è quindi il destino di questi crimini? Lo Statuto di Roma ha in qualche modo indotto gli Stati ad adottare i crimini internazionali contenuti nello

²⁴² Art. 6, Genocide Convention (1948).

Statuto della CPI, il quale, come ampiamente sottolineato, non pone alcun obbligo in merito. Tuttavia, tutti quei crimini restano crimini di diritto internazionale consuetudinario e, da un punto di vista prettamente realista, sembrerebbe che in assenza di alcuni obblighi di attuazione delle previsioni relative ai crimini internazionali, gli Stati non siano tenuti ad inserire tali crimini nelle proprie legislazioni.

3.2.3 I crimini contro l'umanità

Lo stesso destino di alcuni crimini di guerra sembrerebbe riservato ai crimini contro l'umanità, crimini per cui non vi è alcun trattato internazionale e che rimangono per gran parte crimini consuetudinari non codificati in disposizioni pattizie, al di fuori degli statuti dei tribunali internazionali. Anche qui, come per i crimini di guerra, lo Statuto di Roma sembra aver incentivato l'attuazione delle disposizioni inerenti a questa particolare categoria di crimini internazionali.

Non è però del tutto vero affermare che non vi sono convenzioni a riguardo. Andiamo ora ad esaminare brevemente gli obblighi contenuti in queste convenzioni. Un primo esempio è la Convenzione contro la tortura del 1984²⁴³ che all'art. 2 afferma che “*Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction*”²⁴⁴. L'art. 4 prevede quanto segue:

1. Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture.
2. Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature²⁴⁵.

Gli Stati parte devono assicurarsi che gli atti di tortura siano considerati ‘*offences*’ ai sensi della propria legge penale²⁴⁶. Si aggiunge che gli atti di tortura

²⁴³ *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (‘*Convention against Torture*’), New York, 10 December 1984, 1465 UNTS 85.

²⁴⁴ Art. 2, *Convention against Torture* (1984).

²⁴⁵ Art. 4, *Convention against Torture* (1984).

devono essere puniti con delle pene appropriate che tengano conto della gravità del crimine. L'art 1(2) afferma che la definizione di tortura accolta dalla convenzione non pregiudica quanto stabilito da qualsiasi altro trattato internazionale o da leggi interne che contengono o possono avere un'applicazione più ampia.²⁴⁷

L'art. 5 contiene invece disposizioni concernenti l'esercizio della giurisdizione sul crimine di tortura. Si afferma che ogni Stato parte deve (*'shall'*) prendere le misure necessarie per esercitare la propria giurisdizione sugli atti di cui all'art. 4 nei seguenti casi: 1) quando le condotte sono commesse su un territorio sotto la sua giurisdizione o a bordo di una nave o di un aeromobile registrate nello stesso; 2) quando le condotte sono commesse da cittadini dello Stato; 3) quando la vittima è cittadina dello Stato. Il paragrafo 2 del medesimo articolo enuncia l'importante *principio aut dedere aut iudicare*, in base al quale se uno Stato non persegue o 'giudica' un sospettato, esso deve estradarlo²⁴⁸. Tale principio era originariamente nato sotto la formula inappropriata *aut dedere aut punire*, laddove il punire non era quanto si richiedeva sulla base del principio. Non è difatti detto che un sospettato debba obbligatoriamente essere punito, in quanto una persona accusata di un crimine non è colpevole e quindi 'punibile' fino a prova contraria. Anche il termine 'iudicare' che ha sostituito 'punire' non è del tutto adeguato. Facendo riferimento al termine 'giudicare' sembrerebbe essere richiesto un processo, mediante il quale un

²⁴⁶ Art. 1(1): "*For the purposes of this Convention, torture means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions*", Convention against Torture (1984).

²⁴⁷ Qui si può quindi riprendere quanto affermato in relazione al Convenzione sul genocidio, ove si sottolineava che è possibile discostarsi dalla definizione pattizia, a patto che non si restringa la tutela offerta dalla convenzione, per cui l'ambito di applicazione deve essere il medesimo oppure più ampio.

²⁴⁸ Art. 5: "*1. Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences referred to in article 4 in the following cases: (a) When the offences are committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State; (b) When the alleged offender is a national of that State; (c) When the victim is a national of that State if that State considers it appropriate. 2. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in paragraph 1 of this article. 3. This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with internal law*", Convention against Torture (1984).

presunto responsabile venga giudicato da un tribunale. In realtà, il principio non obbliga gli Stati a sottoporre un presunto responsabile ad un processo, ma si richiede di perseguirlo, per cui è da ritenersi che uno Stato sia in conformità con la Convenzione qualora avvii delle indagini su un sospettato, ma non si giunga ad un processo perché dalle indagini effettuate l'individuo risulti estraneo ai fatti. Chiusa questa breve parentesi, il concetto sembra chiaro e altrettanto chiare sono le ragioni per cui il principio riveste una tale importanza. Esso è di assoluta rilevanza per combattere l'impunità e per far sì che i responsabili non restino impuniti. Quanto contenuto all'art. 5(2) è però qualcosa di più di un principio *aut dedere aut iudicare*, giacché si afferma che:

Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in Paragraph 1 of this article.

In sostanza, si dice che ogni Stato parte deve adottare le misure interne necessarie al fine di esercitare la propria giurisdizione sui presunti responsabili del crimine di tortura che si vengano a trovare su suo territorio, anche qualora non vi sia connessione alcuna con lo Stato in questione (solo la presenza dell'individuo sul suo territorio autorizza lo Stato a perseguirlo). Perché questo va al di là del mero principio *aut dedere aut iudicare*? Perché viene stabilita una sorta di giurisdizione universale sul crimine di tortura, anche se, come del resto è stato già anticipato, si tratta di una giurisdizione universale non assoluta ma relativa, dal momento che risulta subordinata alla condizione che il presunto responsabile sia presente sul territorio dello Stato in questione.²⁴⁹

²⁴⁹ Si veda in particolare quanto affermato dalla CIG nel caso Belgio v. Senegal: “*The Court considers that Article 7, paragraph 1, requires the State concerned to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution, irrespective of the existence of a prior request for the extradition of the suspect. That is why Article 6, paragraph 2, obliges the State to make a preliminary inquiry immediately from the time that the suspect is present in its territory. The obligation to submit the case to the competent authorities, under Article 7, paragraph 1, may or may not result in the institution of proceedings, in the light of the evidence before them, relating to the charges against the suspect. However, if the State in whose territory the suspect is present has received a request for extradition in any of the cases envisaged in the provisions of the Convention, it can relieve itself of its obligation to prosecute by acceding to that request. It follows that the choice between extradition or submission for prosecution, pursuant to the Convention, does not mean that the two alternatives are to*

Un altro strumento pattizio che prevede obblighi simili è la *Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid*²⁵⁰ adottata con risoluzione dell'Assemblea Generale nel 1974 ed entrata in vigore nel 1976:

The States Parties to the present Convention undertake:

(a) To adopt any legislative or other measures necessary to suppress as well as to prevent any encouragement of the crime of apartheid and similar segregationist policies or their manifestations and to punish persons guilty of that crime;

(b) To adopt legislative, judicial and administrative measures to prosecute, bring to trial and punish in accordance with their jurisdiction persons responsible for, or accused of, the acts defined in article II of the present Convention, whether or not such persons reside in the territory of the State in which the acts are committed or are nationals of that State or of some other State or are stateless persons.²⁵¹

Nel caso dell'apartheid si richiede genericamente di adottare qualsiasi misura legislativa o qualsiasi altra misura necessaria per reprimere e prevenire l'apartheid. A differenza di formulazioni viste in precedenza non viene fatto riferimento all'adozione di pene appropriate. Alla lettera b) si richiede a ciascuno Stato parte di adottare le misure adeguate per perseguire i responsabili e si lascia ad essi discrezionalità in merito alla tipologia di giurisdizione da esercitare. La terminologia utilizzata non appare chiara per via dell'espressione '*in accordance with their jurisdiction*'. Anche se l'utilizzo di questa terminologia potrebbe fuorviare, la Convenzione sul crimine di apartheid sembra stabilire una giurisdizione universale per gli atti che costituiscono apartheid, al pari delle disposizioni precedentemente analizzate in relazione alle '*grave breaches*', anche se in termini non altrettanto accentuati.

be given the same weight. Extradition is an option offered to the State by the Convention, whereas prosecution is an international obligation under the Convention, the violation of which is a wrongful act engaging the responsibility of the State", Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, par. 94-95 ('Belgium v. Senegal'). La Corte aggiunge inoltre che le difficoltà finanziarie del Senegal non possono giustificare il fatto che lo Stato non abbia avviato i procedimenti necessari, che uno Stato non può invocare il proprio diritto interno per giustificare l'esser venuto meno ai propri obblighi e che, anche se l'art. 7 non contiene un'indicazione temporale per l'adempimento degli obblighi in esso stabiliti, risulta chiaro che quanto contenuto nell'articolo in questione deve essere attuato in un tempo ragionevole, Belgium v. Senegal, cit., par. 112-114.

²⁵⁰ *International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid* ('*Convention on Apartheid*'), New York, 30 November 1973, 1015 UNTS 243.

²⁵¹ Art. IV, *Convention on Apartheid* (1973).

L'ultimo trattato di cui ci occupiamo è un trattato molto recente. Si tratta dell'*International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*²⁵², datata 2006. Forse perché più 'giovane', essa sembra anche la più innovativa e completa per certi aspetti. In primo luogo all'art. 2 viene fornita una definizione di 'sparizioni forzate'²⁵³. L'art. 3 afferma che gli Stati devono prendere tutte le misure necessarie per indagare sugli atti di cui all'art. 2 commessi da persone o gruppi che agiscono senza l'autorizzazione, l'appoggio o il benestare di uno Stato e di portare i responsabili alla giustizia²⁵⁴. Questo perché la definizione accolta dall'art. 2 è una definizione ristretta ad agenti dello Stato o comunque riconducibili ad azioni dello Stato. L'art. 4 afferma:

Each State Party shall take the necessary measures to ensure that enforced disappearance constitutes an offence under its criminal law²⁵⁵.

Fin qui non vi è nulla di strano e nulla di nuovo vi è nell'articolo 7 che afferma che gli Stati devono stabilire pene appropriate in relazione alla gravità della condotta.²⁵⁶ L'art. 5 afferma invece che la pratica estesa o sistematica delle sparizioni forzate costituisce crimine contro l'umanità così come definito dal diritto applicabile e che da ciò discendono le conseguenze stabilite sulla base del medesimo diritto applicabile.²⁵⁷ Si può osservare che tale disposizione viene dopo l'obbligo degli Stati di 'criminalizzare' le sparizioni forzate nelle proprie legislazioni interne. Sembrerebbe quindi che il crimine contro l'umanità di sparizioni forzate abbia base

²⁵² *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* ('*Convention on Enforced Disappearance*'), New York, 20 December 2006, 2716 UNTS 3.

²⁵³ Art. 2: "For the purposes of this Convention, "enforced disappearance" is considered to be the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law", *Convention on Enforced Disappearance* (2006).

²⁵⁴ Art. 3: "Each State Party shall take appropriate measures to investigate acts defined in article 2 committed by persons or groups of persons acting without the authorization, support or acquiescence of the State and to bring those responsible to justice", *Convention on Enforced Disappearance* (2006).

²⁵⁵ Art. 4, *Convention on Enforced Disappearance* (2006).

²⁵⁶ Art. 7(1), "Each State Party shall make the offence of enforced disappearance punishable by appropriate penalties which take into account its extreme seriousness", *Convention on Enforced Disappearance* (2006).

²⁵⁷ Per l'esattezza, non mettiamo affatto in dubbio che una pratica estesa e sistematica di sparizioni forzate costituisca un crimine contro l'umanità, ma a 'non convincere', anche se forse il termine appare eccessivo, è quanto si dirà di seguito.

altrove, verosimilmente nel diritto internazionale consuetudinario. La domanda che ci si può porre è se quindi vi sia un obbligo per gli Stati non solo di introdurre il crimine di sparizioni forzate nel proprio ordinamento, ma anche di prevedere il crimine contro l'umanità di sparizioni forzate. A noi non sembra proprio così dalla lettera dell'articolo, indipendentemente da quella che possa poi essere la prassi attuativa dei singoli Stati che hanno provveduto a ratificare la Convenzione.²⁵⁸

A nostro avviso però, il punto da sottolineare è un altro e a tal riguardo lasciamo ora l'analisi delle singole convenzioni per fare un discorso più ampio, cogliendo l'occasione per tentare di trarre delle conclusioni di carattere più generale per quanto riguarda le convenzioni appena analizzate. A dire il vero – e questo è un aspetto essenziale del problema che teniamo in particolar modo a sottolineare – queste convenzioni non hanno ad oggetto crimini contro l'umanità. Esse hanno ad oggetto condotte che possono anche costituire crimini contro l'umanità. Nei primi due casi esaminati, tortura e apartheid, non si fa cenno ad alcuna prassi estesa e sistematica. Si obbliga quindi uno Stato ad introdurre tortura ed apartheid come 'crimini ordinari' e nessun riferimento viene fatto in relazione all'elemento contestuale che contraddistingue in generale i crimini contro l'umanità. Si dice infatti, nel caso della tortura, che la condotta prevista dalla Convenzione è un crimine che ha capo allo Stato, essendo essa prevista qualora commessa da un pubblico ufficiale. L'unico caso in cui viene fatta espressa menzione di una '*widespread or systematic practice*' è il caso delle sparizioni forzate. Anche in tale trattato però, si può osservare come l'oggetto principale della convenzione siano condotte riconducibili ad uno Stato, anche se è previsto, come già è stato fatto notare, un obbligo di indagare sugli stessi atti commessi da privati. L'obbligo di criminalizzare è previsto in relazione alle sparizioni forzate commesse da agenti dello Stato, senza che vi sia una prassi estesa o sistematica di sparizioni forzate.

Tutto questo basta di per sé per comprendere che non vi sono dei veri e propri obblighi in relazione ai crimini contro l'umanità. Le convenzioni sembrano riguardare condotte 'ordinarie' e i crimini contro l'umanità vengono lasciati in

²⁵⁸ MCCRORY S., *The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance*, in 7 *Human Rights Law Review* 545 (2007).

un'altra dimensione, si potrebbe dire in un limbo, un limbo da cui però, secondo ancora gran parte della dottrina, non discende obbligo alcuno. Quello che abbiamo ora definito 'limbo' è il diritto internazionale consuetudinario.

3.3 Osservazioni conclusive

Dopo aver analizzato a livello generale le scelte legislative degli Stati e i problemi da essi affrontati nell'adeguarsi alle previsioni in tema di crimini internazionali, con il presente capitolo abbiamo cercato di individuare le lacune dell'ordinamento internazionale. Risulta già possibile trarre delle osservazioni 'intermedie' della ricerca, che, ovviamente, sono osservazioni conclusive per quanto riguarda il presente capitolo.

In relazione all'analisi effettuata sono ravvisabili due livelli su cui opererà la presente ricerca. Un primo livello è quello più 'interno', che riguarda le problematiche che gli Stati incontrano nel momento dell'attuazione delle previsioni relative ai crimini internazionali nei propri ordinamenti. Un secondo livello che potremmo definire, forse impropriamente, 'esterno' è individuabile in un momento precedente, o comunque, indipendente dalla questione dell'adeguamento interno degli ordinamenti nazionali e concerne gli obblighi generici di adeguamento alla parte sostanziale del diritto internazionale penale, che è quanto è stato oggetto di indagine preliminare nel presente capitolo. La distinzione tra questi due livelli, che è forse di scarsa rilevanza pratica, risulta alquanto utile per comodità e per una più chiara strutturazione del lavoro, premesso che è scontato che vi siano notevoli punti di contatto e correlazione tra le suddette dimensioni.

In secondo luogo, da questa prima analisi è emerso in modo palese il dualismo tra 'crimini ordinari' e 'crimini internazionali'. La posizione della Camera preliminare nel caso Saif Al-Islam è condivisibile e soprattutto conforme alla lettera dello Statuto di Roma. Questo dualismo va però oltre il sistema della Corte penale internazionale e le interpretazioni che si possono dare dello Statuto della medesima e può avere delle ripercussioni notevoli sulla tematica dell'adeguamento. Resta però da domandarsi quali possano essere le conseguenze di provocatorie e acute riflessioni dottrinali come quelle avanzate da Heller. Il messaggio che potrebbe trasparire da

una simile linea interpretativa è che non vi è alcuna necessità di adeguarsi alle disposizioni sostanziali del diritto internazionale penale.²⁵⁹ Questo pone inoltre in dubbio l'esistenza stessa di una nozione come quella di 'crimine internazionale' e porta a domandarsi quale sia l'utilità dei crimini internazionali e del diritto internazionale penale stesso se basta che gli Stati non rimangano fermi, anche qualora i presunti responsabili siano perseguiti per 'crimini ordinari'.

In ultimo, il presente capitolo mette in luce l'importanza degli obblighi degli Stati in tema di crimini internazionali. Abbiamo avuto modo di spiegare nell'introduzione come una rivoluzione nel campo del diritto internazionale sia avvenuta all'indomani del secondo conflitto mondiale con l'affermarsi del famoso principio per cui gli Stati non sono delle entità astratte, ma essi sono costituiti da individui in carne ed ossa, principio che dà forma all'idea che veri e propri obblighi discendano in capo all'individuo direttamente dal diritto internazionale consuetudinario. Abbiamo però anche osservato che il rispetto di tali obblighi in capo agli individui è affidato agli Stati e che, dato che si tratta di norme penali e la maggior parte degli ordinamenti interni è vincolata al rispetto del principio di legalità, non vi è di fatto una diretta applicazione delle norme internazionali che stabiliscono i crimini internazionali, i quali necessitano invece di essere incorporati negli ordinamenti interni. Per quanto importante sia il suddetto principio, esso ha talvolta oscurato l'altra faccia della medaglia, che è costituita dalla 'dimensione statale'. Il ruolo dello Stato è di primaria importanza per reprimere i crimini internazionali degli individui e diviene altrettanto importante che in capo ad essi vi siano degli obblighi precisi, quali quelli di perseguire i responsabili e di adottare una normativa adeguata in tema di crimini internazionali.

²⁵⁹ SEDMAN D., *Should the Prosecution of Ordinary Crimes in Domestic Jurisdictions Satisfy the Complementarity Principle?*, in C. Stahn & L. van den Herik, *Future Perspectives on International Criminal Justice*, T.M.C. Asser Press, The Hague (2010), p. 259-266.

Capitolo quarto. Gli obblighi degli Stati in relazione ai crimini internazionali. Prospettive e sviluppi futuri

Il ruolo degli ordinamenti nazionali risulta sempre più rilevante nell'ottica di un efficace sistema di repressione dei crimini internazionali. Tuttavia, eccezion fatta per un limitato numero di convenzioni internazionali, abbiamo avuto modo di vedere nel precedente capitolo che non vi sono dei veri e propri obblighi in capo agli Stati di investigare, perseguire e punire i responsabili di siffatti reati e non vi sono nemmeno obblighi di adottare una legislazione adeguata in relazione ad alcuni importanti tipologie di crimini internazionali.²⁶⁰ Questa lacuna normativa portata alla luce dalla precedente analisi risulta quindi di estrema rilevanza proprio in virtù dell'importanza dei procedimenti a livello nazionale nell'odierno sistema di giustizia penale internazionale. Il presente capitolo intende quindi approfondire ulteriormente la questione degli obblighi degli Stati in relazione ai crimini internazionali, volgendo soprattutto lo sguardo a quelli che potrebbero essere gli sviluppi futuri del diritto internazionale.

4.1. Solo una responsabilità dell'individuo? Interrogativi circa la responsabilità e gli obblighi degli Stati in relazione ai crimini internazionali

I crimini internazionali hanno una doppia natura. Da una parte, vi è una dimensione 'individuale', incarnata dalla responsabilità penale degli individui per la commissione di crimini internazionali; dall'altra parte, vi è una dimensione 'statale', costituita dagli obblighi degli Stati in materia di crimini internazionali. Punto di partenza del presente capitolo è la considerazione che la seconda dimensione risulta meno sviluppata e anche trascurata rispetto alla prima incentrata sulla responsabilità penale degli individui. Quest'ultima si è affermata in particolar modo all'indomani del secondo conflitto mondiale e, sebbene con alti e bassi, si è andata rafforzando, come dimostrano i tribunali penali internazionali o i tribunali di tipo misto che sono sorti da diversi anni a questa parte. L'impulso base allo sviluppo di tale dimensione

²⁶⁰ Come ampiamente spiegato, questo risulta vero in riferimento a categorie di crimini quali crimini contro l'umanità e crimini di guerra commessi nel corso di un conflitto armato non internazionale.

risiede nel principio, da noi più volte richiamato, in base al quale *'international crimes are committed by men, not by abstract entities'*. In questo modo, si poneva fine ad una concezione della responsabilità internazionale puramente incentrata sullo Stato per lasciare il campo ad una responsabilità dell'individuo sulla base del diritto internazionale. Lo Stato, in quanto entità astratta e intangibile, non commette crimini. Sono gli individui che commettono i crimini internazionali e i loro atti non possono essere lasciati impuniti e oscurati dalla *'responsabilità dello Stato'*. Abbiamo avuto modo di sottolineare in precedenza l'importanza di tale svolta e l'importanza che ancora più progressi siano fatti per rendere sempre più effettivo tale principio. Ciononostante, rimane un appunto da fare. La dimensione *'individuale'* non è ovviamente l'unica dimensione esistente. Ugualmente importante ci sembra essere la dimensione *'statale'* in tema di crimini internazionali.²⁶¹ Perché sono ancora gli Stati

²⁶¹ Tali considerazioni potrebbero apparire eccessive alla luce dell'importanza storica che per il diritto internazionale ha assunto il principio della responsabilità penale individuale, così come sopra lo abbiamo descritto. Tuttavia non si vuole affatto giungere a sminuirne l'importanza, nonché a ridimensionare gli ideali ad esso sottesi, così come del resto rimane evidente da tutto quanto è stato affermato nella prima parte della tesi. Si vuole molto più semplicemente affermare come sia altrettanto importante non concentrarsi soltanto sulla dimensione individuale della responsabilità per crimini internazionali, ma prendere in considerazione anche la dimensione *'statale'* della responsabilità per crimini internazionali. L'importanza di bilanciare queste due dimensioni e di non trascurare gli aspetti che attengono alla dimensione statale è stata del resto riconosciuta in dottrina. In particolare, si rinvia al contributo di Nollkaemper: NOLLKAEMPER A., *Systemic Effects of International Responsibility for International Crimes*, in 8 *Santa Clara Journal of International Law* 313 (2010), p. 322. In particolare si riporta il seguente passaggio: *"Thus, the basis of the dogma of individual responsibility the "[c]rimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced" is doubtful"*. Sempre Nollkaemper afferma: *"The law of individual responsibility and the law of collective responsibility are largely complementary. The major challenge is to combine both approaches within an integrated analytical framework in which the disadvantages of one approach are offset by the advantages of the other and vice versa. [...] The power of international criminal justice to better respond to the situations of mass atrocities that have inspired its evolution, will largely depend on its abilities to transcend individuality and to integrate individual and collective responsibility in a complementary framework that matches the dynamics that cause international crimes to happen in the first place"*, *ivi*, p. 352. Sempre Nollkaemper che in un altro contributo, riferendosi al processo di Norimberga, afferma: *"Since this judgement, the dominant response of international law to international crimes has been individualistic"*, NOLLKAEMPER A., *Introduction*, in Nollkaemper A. and Van der Wilt H. (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 3. Nollkaemper non è l'unico ad affrontare tale aspetto relativo alla responsabilità internazionale in relazione a crimini internazionali. Si veda per, esempio Simpson che, nel suo contributo appositamente intitolato *"Men and Abstract entities"*, parla di *'individualized justice'* e mette in luce l'approccio prettamente individualistico alla responsabilità per crimini internazionali che si è andato affermando nel dopoguerra: SIMPSON G., *Men and Abstract Entities*, in Nollkaemper A. and Van der Wilt H. (eds.), *System Criminality in International Law*, *op. cit.*, pp. 72, 83, 87; nonostante egli ponga anche in luce come *"the modern institutional trajectory of international criminal law can be understood as a series of movements between collective guilt and*

i signori della scena nel diritto internazionale e un'efficace repressione dei crimini internazionali non può passare che da essi ed anche su ciò abbiamo ampiamente avuto modo di soffermarci.²⁶² Proprio a tal riguardo, le ambiguità e l'opacità dei contorni che circondano il regime degli obblighi degli Stati in tema di crimini internazionali destano il nostro interesse e hanno del resto da sempre destato l'interesse degli studiosi della materia.²⁶³

Prima di addentrarci però in tale studio, è opportuno fare una premessa di metodo. Ovviamente, non è possibile pretendere di affrontare la questione della responsabilità degli Stati e, più in generale, degli obblighi degli stessi in tema di crimini internazionali nella sua interezza, ma si intende affrontare tale tematica limitatamente agli aspetti che risultano di interesse per la presente ricerca, con particolare riferimento alla problematica degli obblighi che sussistono in capo agli Stati di perseguire i crimini internazionali e di adottare una legislazione adeguata. Un simile argomento risulta però ampio nella sua specificità e non si pretende di

individual responsibility”, SIMPSON G., *op. cit.*, p. 78. Anche se con sfumature e riflessioni diverse, si veda Cançado Trindade, il quale – vedremo meglio più avanti – afferma come responsabilità statale e responsabilità individuale siano complementari l'una all'altra: “*The international responsibility of the State and the international criminal responsibility of the individual are not mutual exclusive, but rather complement each other*” e afferma che troppo spesso si ricorre ad un ‘compartementalized approach’ alla responsabilità internazionale dello Stato e alla responsabilità penale degli individui, CANÇADO TRINDADE, *Complementarity Between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited*, in Ragazzi M. (ed.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2005, pp. 258-260.

²⁶² Quanto abbiamo messo in evidenza rappresenta forse solo una motivazione della rilevanza della c.d. ‘dimensione statale’. Nollkaemper sembra più fare riferimento a ragioni che riguardano il concetto stesso di crimini internazionali, affermando, per esempio che “*the involvement of states in the commission of international crimes adds a systemic element that largely is beyond the scope of the law of individual responsibility*”, p. 314. In poche parole, il concetto stesso di crimini internazionali verrebbe meglio, o più propriamente, catturato da una dimensione ‘collettiva’ di responsabilità, piuttosto che - o comunque non solamente - da una dimensione prettamente ‘individuale’. Diversamente, noi abbiamo motivato l'importanza di una dimensione ‘collettiva’ basandoci più su ragioni pratiche, legate all'importanza degli Stati per quanto riguarda l'attuazione del diritto internazionale, che è del resto un aspetto chiave del nostro lavoro.

²⁶³ Si veda in particolare NOLLKAEMPER A., VAN DER WILT H. (EDS.), *System Criminality in International Law*, *op. cit.*; KLEIN P., *Responding to Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law*, in 13 *European Journal of International Law* 1241 (2002), dove si riconosce: “*These debates seem to centre round the manifest uncertainties surrounding the system of responsibility for international crimes and the specific consequences that should attach to serious breaches of the peremptory norms of the international legal order*”, pp. 1241-1242. Si veda anche TAMS C. J., *Do Serious Breaches Give Rise to Any Specific Obligations of the Responsible State?*, in 13 *European Journal of International Law* 1161 (2002).

affrontarlo nella sua completezza in questa sede. Un tentativo di rispondere al quesito se sulla base del diritto internazionale consuetudinario possa essere rinvenuto un obbligo di perseguire o estradare i responsabili di crimini internazionali potrebbe essere legittimo e pertinente. Tuttavia, studiosi della materia da anni si interrogano sull'argomento senza che una risposta univoca e definitiva possa essere fornita e lo studio intrapreso dalla Commissione di Diritto internazionale²⁶⁴ dimostra quanto ancora scivolosa sia la questione. In sostanza, tenendo in considerazione il taglio del presente studio appare poco opportuno avventurarsi in un'analisi circa la consuetudinarietà o meno del suddetto obbligo. Ancora, non si vuole analizzare in dettaglio concetti quali *obligatio erga omnes* e *jus cogens*, che hanno sempre affascinato gli studiosi e la cui complessa natura risulta tale per cui risulta difficile pervenire ad un'utile conclusione per la presente ricerca. Lo scopo è quindi interrogarsi sulla natura e il contenuto degli obblighi degli Stati in relazione ai crimini internazionali e, in un secondo momento, ipotizzarne possibili evoluzioni e prospettive future. Questo capitolo si pone dunque nell'ottica di continuare l'analisi iniziata nel capitolo precedente. Una prima parte sarà dedicata allo studio del regime di responsabilità degli Stati sulla base del diritto internazionale, concentrandosi in particolare sull'analisi del Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti. In una seconda parte, si vuole invece andare ad esaminare il campo dei diritti umani e l'interessante giurisprudenza dei tribunali che operano in tale campo, con particolar riguardo alla Corte interamericana.

4.2 Il Progetto di articoli della CDI e la responsabilità dello Stato per violazione di norme di *jus cogens*

Volendo quindi andare ad approfondire la 'dimensione statale' di cui sopra, un primo punto di riferimento non può che essere costituito dal Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti,²⁶⁵ stilato dalla Commissione di Diritto

²⁶⁴ Ci riferiamo precisamente allo studio intrapreso in merito all'obbligo *aut dedere aut iudicare* (www.un.or/law/ilc).

²⁶⁵ *Draft Articles of Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* ('Draft Articles on State Responsibility'), November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1.

internazionale (CDI) nel 2001, che, sebbene non vincolante da un punto di vista formale, rappresenta il più autorevole e riconosciuto testo in tema di responsabilità degli Stati.

Ai fini del presente studio interessa se sia previsto un particolare regime di responsabilità degli Stati in relazione alla commissione di crimini internazionali. La risposta sembrerebbe affermativa e l'attenzione deve essere catturata da un particolare capitolo del Progetto di articoli, il capitolo III, che è intitolato "*Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law*". Il primo articolo del suddetto capitolo ne definisce l'ambito di applicazione affermando che esso si applica in relazione alla responsabilità internazionale che deriva da una grave violazione da parte dello Stato di un obbligo derivante da una norma imperativa di diritto internazionale.²⁶⁶ Con 'grave', si precisa al secondo comma, si intende "*a gross or systematic failure of the responsible State to fulfil the obligation*".²⁶⁷ In primo luogo, è importante notare come il Capitolo III non riguardi 'crimini internazionali', bensì "*serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law*". Le norme imperative del diritto internazionale, note anche con il nome di *jus cogens*, vengono definite all'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, dove si afferma: "*For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character*". Sebbene la Convenzione di Vienna ne dia una definizione generale, è ancora intenso il dibattito che circonda il concetto di norme imperative del diritto internazionale generale, in particolare per quanto concerne il contenuto e le conseguenze che derivano dalla

²⁶⁶ Art. 40(1): "*This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law*", Draft Articles on State Responsibility (2001).

²⁶⁷ Art. 40(2), Draft Articles on State Responsibility (2001). Per essere considerata 'sistematica' una violazione deve essere commessa in modo organizzato e deliberato, mentre 'gross' si riferisce all'intensità della violazione nonché ai suoi effetti. Fattori che possono rendere una particolare violazione 'serious' sarebbero, per esempio, l'intento di violare la norma, la portata e il numero delle violazioni e la gravità delle conseguenze per le vittime, *ILC Commentary on State Responsibility*, p. 113 (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

natura cogente di una norma internazionale.²⁶⁸ Appartenenti allo *jus cogens* sono di sicuro quelle norme che proibiscono l'aggressione, il genocidio, la tortura, la schiavitù, nonché il principio di auto-determinazione dei popoli.²⁶⁹

²⁶⁸ NIGRO R., *Lo jus cogens nella prassi internazionale più recente*, in FOCARELLI C., *Le nuove frontiere del diritto internazionale. Attori non statali, spazio virtuale, valori fondamentali e governo multinazionale di territori*, Morlacchi, Perugia, 2008, pp. 119-123.

²⁶⁹ In relazione alla natura cogente del divieto di genocidio, si veda quanto affermato dalla CIG: “[...] In earlier phases of the present case the Court has also recalled resolution 96 (I) (I.C.J. Reports 1993, p. 23; see also pp. 348 and 440) and has quoted the 1951 statement (I.C.J. Reports 1996 (II), p. 616). The Court reaffirmed the 1951 and 1996 statements in its Judgment of 3 February 2006 in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, paragraph 64, when it added that the norm prohibiting genocide was assuredly a peremptory norm of international law (*jus cogens*)”, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, Judgment of 26 February 2007, par. 161. Per quanto riguarda il divieto di uso della forza, la CIG nel caso Nicaragua ha fatto diretto riferimento al Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale: “A further confirmation of the validity as customary international law of the principle of the prohibition of the use of force expressed in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations may be found in the fact that it is frequently referred to in statements by State representatives as being not only a principle of customary international law but also a fundamental or cardinal principle of such law. The International Law Commission, in the course of its work on the codification of the law of treaties, expressed the view that “the law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of *jus cogens*” (paragraph (1) of the commentary of the Commission to Article 50 of its draft Articles on the Law of Treaties, ILC Yearbook, 1966-11, p. 247)”, Case Concerning *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p.14, par. 190. Nel parere relativo alla liceità dell’uso delle armi nucleari, la CIG si riferisce alle Convenzioni di Ginevra e dell’Aja come a delle regole fondamentali, in quanto intrasgredibili principi del diritto internazionale consuetudinario. “It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and “elementary considerations of humanity” as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the *Corfu Channel case* (I. C. J. Reports 1949, p. 22), that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law.”, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, par. 79. In merito invece al principio di auto-determinazione dei popoli, la CIG non lo caratterizza espressamente come appartenente allo *jus cogens*, ma fa riferimento al concetto di ‘obblighi *erga omnes*’, identificandolo come uno dei principi fondamentali del diritto internazionale contemporaneo: “In the Court's view, Portugal's assertion that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an *erga omnes* character, is irreproachable. The principle of self-determination of peoples has been recognized by the United Nations Charter and in the jurisprudence of the Court (see *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1971, pp. 31-32, paras. 52-53; *Western Sahara*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1975, pp. 31-33, paras. 54-59); it is one of the essential principles of contemporary international law”, *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90, at p. 102, par. 29. Per quanto riguarda la tortura, diverse sono state le pronunce, a livello nazionale e internazionale, che ne hanno affermato l'appartenenza allo *jus cogens*. Si veda, per esempio, la Corte europea dei diritti umani, la quale, riprendendo una nota sentenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, afferma che: “there have been a number of judicial statements to the effect that the prohibition of torture has attained the status of a

Sulla scelta della suddetta terminologia si ricordi la complessa storia della redazione del testo sulla responsabilità degli Stati da parte della CDI nelle sue varie fasi e sotto la guida dei suoi storici relatori speciali. Ripercorrendo brevemente questa storia, è possibile vedere che in un primo momento un riferimento ai ‘crimini di Stato’ figurava nella prima proposta di Ago, proposta che con il passare del tempo sarebbe stata sempre più messa in discussione fino a scomparire nella versione come la conosciamo noi oggi.²⁷⁰ Il perché di una tale ostilità ad inserire un riferimento ai ‘crimini internazionali’ appare chiaro. Lo Stato non può commettere crimini e qualsiasi riferimento a concetti quali ‘crimini di Stato’ o ‘crimini internazionali’ avrebbe quindi evocato l’idea di una responsabilità penale dello Stato per la commissione di crimini internazionali: tale tipologia di responsabilità è totalmente sconosciuta al diritto internazionale. Per questo la nozione di crimine internazionale è stata fortemente osteggiata da alcuni Stati in sede di discussione dell’articolo.²⁷¹ Proprio per questa ragione, si è passati da una responsabilità per ‘crimini dello Stato’ ad una responsabilità dello Stato per violazione di norme imperative del diritto internazionale, più comunemente conosciute sotto il nome di norme cogenti o *jus cogens*.²⁷²

In relazione al nostro argomento di ricerca, norme inderogabili del diritto internazionale sono quelle norme che proibiscono la commissione di crimini

peremptory norm or jus cogens. For example, in its judgment of 10 December 1998 in Furundzija (see paragraph 30 above), the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia referred, inter alia, to the foregoing body of treaty rules and held that “[b]ecause of the importance of the values it protects, this principle [proscribing torture] has evolved into a peremptory norm or jus cogens, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even ‘ordinary’ customary rules”. Similar statements have been made in other cases before that tribunal and in national courts, including the House of Lords in the case of ex parte Pinochet (No. 3) (see paragraph 34 above)” e conclude constatando al paragrafo successivo che, se la proibizione della tortura appartiene al diritto internazionale cogente, la questione innanzi alla Corte non riguarda la responsabilità penale di un individuo per il crimine di tortura, ma la questione dell’immunità, ECtHR, Al-Adsani v. The United Kingdom, Application no. 35763/97, Judgment, 21 November 2001, par. 60, 61.

²⁷⁰ Si veda SICILIANOS L., *The Classification of the Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility*, in 13 *European Journal of International Law* 1127 (2002), pp. 1128-1131.

²⁷¹ *ILC Commentary on State Responsibility*, p. 111.

²⁷² WYLER E., *From ‘State Crime’ to Responsibility for ‘Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law’*, in 13 *European Journal of International Law* 1147 (2002), pp. 1150-1159. DOUCET S., *Operationalizing the Concept of State Crime*, in Stahn C., Van den Herik L., *Future Perspectives of International Criminal Justice*, *op. cit.*, pp. 322-324.

internazionali, nonostante sia forse opportuno notare come i concetti non siano del tutto sovrapponibili, in quanto si ritiene generalmente che non tutti i crimini internazionali possano assurgere al livello di norme imperative del diritto internazionale. Lasciando però i dubbi in merito allo *jus cogens* da parte, basti rilevare a livello generale che i crimini internazionali sono ricompresi nell'ambito di applicazione del Capitolo III del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato.

Includere in un capitolo speciale la responsabilità conseguente alla violazione di tali particolari norme dell'ordinamento internazionale significa quindi riconoscere ad esse uno *status* speciale, differenziando il relativo regime rispetto al regime ordinario di responsabilità previsto per altre violazioni di norme internazionali. Di conseguenza, non si riconosce soltanto un particolare valore a tali norme, ma si vuole governare in modo particolare una loro potenziale violazione e le conseguenze che da essa scaturiscono. L'articolo 41 è per l'appunto dedicato alle 'particolari conseguenze' che derivano dalla grave violazione di un obbligo sotto il Capitolo terzo, conseguenze che sono aggiuntive rispetto a quelle che riguardano la violazione di altri obblighi 'ordinari' del diritto internazionale. È subito ravvisabile che l'articolo dedicato alle conseguenze derivanti dalla violazione di norme di *jus cogens* è estremamente sintetico. L'art. 41 afferma:

1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40. 2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation. 3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law.²⁷³

Una prima conseguenza di fronte ad una violazione di norme inderogabili del diritto internazionale viene stabilita al primo comma, per cui gli Stati devono ('*shall*') cooperare per porvi fine, utilizzando ovviamente mezzi leciti e quindi non contrari al diritto internazionale. Questa previsione, la quale riveste una grande importanza per il messaggio che ne sta alla base, reca però delle incertezze di fondo. Da una parte, di estrema importanza risulta ciò che traspare dalla previsione, ovvero

²⁷³ Art. 41, Draft Articles on State Responsibility (2001).

che la violazione di una norma di *jus cogens* non riguarda soltanto lo Stato che pone in essere la violazione o lo Stato direttamente colpito dalla violazione in questione, ma genera obblighi in capo a tutta la comunità internazionale e, più precisamente, genera un obbligo di cooperazione che sorge in capo a qualunque Stato al fine di porre termine alla violazione. Questo primissimo comma evoca quindi in modo pressoché immediato il concetto di obblighi *erga omnes*, concetto spesso associato a quello di *jus cogens*. Come noto, un primo importante riconoscimento di tali obblighi venne dato dalla CIG nel caso *Barcelona Traction*, dove la Corte affermava:

[...] an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.²⁷⁴

Tuttavia, mentre l'idea di *jus cogens* risulta più legata alla natura della norma internazionale e al rango che essa va ad assumere nell'ordinamento internazionale, l'idea di obblighi *erga omnes* si riferisce più alle particolari conseguenze che originano da una violazione di determinate norme, le quali non devono essere limitate allo *jus cogens*, ma riguardano anche altre norme di estrema rilevanza per l'ordinamento internazionale (basti pensare ai diritti umani, i quali sono in parte previsti da norme di *jus cogens*). Si diceva però che, sebbene da un lato vi sia questo sotteso messaggio e rinvio all'idea di obblighi *erga omnes*, dall'altro lato il primo paragrafo dell'articolo 41 si presenta come una disposizione alquanto generica, la quale non risulta connotata da una grande precisione di contenuto.²⁷⁵ Difatti, in che

²⁷⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, par. 33.*

²⁷⁵ Guardando al Commentario della CDI, si può notare come sia riconosciuto il fatto che tale articolo non precisa i mezzi attraverso i quali gli Stati dovrebbero cooperare. Tale Commentario ci offre però un po' più di chiarezza su quello che è il significato di tale articolo. Infatti, si è di fronte ad un 'obbligo positivo' di cooperazione. È certo, si dice nel commentario, che tale obbligo di cooperazione si applica a tutti gli Stati, anche a quelli non pregiudicati da una data violazione. Si afferma inoltre che ci si può interrogare se tale obbligo possa essere considerato come una norma di sviluppo progressivo del diritto internazionale. Per esempio, in un obbligo positivo di cooperare potrebbe essere fatto rientrare un obbligo di perseguire o estradare i presunti responsabili di crimini internazionali in capo a tutti gli Stati o addirittura si potrebbe ricavare un ancora più generale obbligo di cooperazione della comunità internazionale, sulla linea della ben nota dottrina della responsabilità di proteggere. Tuttavia, il Commentario sembra più indirizzarsi nell'ottica di considerare tale previsione come una norma atta a rafforzare i meccanismi di cooperazione già esistenti, sulla base del fatto che tutti gli Stati sono

senso gli Stati sono tenuti a cooperare per porre fine ad una violazione? Di fronte ad un tale linguaggio, sembrerebbe proprio, almeno ad una prima impressione, di trovarsi di fronte ad una qualche sorta di obbligo di tutta la comunità internazionale di intervenire, che equivarrebbe ad una sorta di riconoscimento/codificazione della ben nota dottrina, sviluppatasi in un periodo successivo, sulla responsabilità di proteggere. Banale è però dire che tale non è il senso del primo comma dell'articolo 41 e l'intento è, sebbene riguardevole, di gran lunga più limitato.²⁷⁶ Un secondo obbligo contenuto nell'articolo 41 è l'obbligo di non riconoscere come lecite situazioni derivanti da violazioni di norme imperative del diritto internazionale. Tale obbligo a sua volta si scinde in due obblighi: da un lato l'obbligo di non riconoscere una determinata situazione, dall'altro lato l'obbligo di non aiutare o prestare assistenza per mantenere quella particolare situazione, il quale può essere considerato una diretta conseguenza del primo.²⁷⁷

In contrasto alla modalità implicita in cui traspare ex art. 41(1), l'idea di obblighi *erga omnes*²⁷⁸ viene esplicitamente fatta propria dall'articolato all'art. 48

chiamati a prendere delle misure appropriate in risposta alle gravi violazioni di cui all'art. 40, *ILC Commentary on State Responsibility*, p. 114.

²⁷⁶ Interessante risulta inoltre la sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Bosnia e Serbia, dove si è constatata una violazione dell'obbligo di cooperazione con il Tribunale per la ex-Jugoslavia da parte dello Stato convenuto. Per una analisi dettagliata del caso si rinvia a MILANOVIĆ M., *State Responsibility for Genocide: A Follow-Up*, in 18 *European Journal of International Law* 669 (2007). In questo caso, la Corte ha affermato che la Serbia non aveva un obbligo di perseguire i responsabili del genocidio in territorio bosniaco, in quanto sulla base della Convenzione sul genocidio del 1948, gli Stati hanno un tale obbligo soltanto in relazione ai crimini commessi sul proprio territorio. Tuttavia, la Corte rinviene la violazione del dovere di cooperare con l'ICTY in quanto la Convenzione sul genocidio pone un obbligo esplicito in capo agli Stati di cooperare con 'Tribunali internazionali', *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Judgment, 26 February 2007, parr. 439-449. Per una visione critica si veda anche: ORNA BEN-NAFTALI AND MIRI SHARON, *What the ICJ did not say about the Duty to Punish Genocide The Missing Pieces in a Puzzle*, in 5 *Journal of International Criminal Justice* 859 (2007), pp. 870-874. Quello che risulta però interessante è che la Corte abbia motivato il dovere di cooperazione sulla sola base di quanto contenuto nella Convenzione sul genocidio, mentre non abbia fatto riferimento all'obbligo positivo di cooperare che abbiamo visto essere presente nel *Draft Articles on State Responsibility* come conseguenza di una grave violazione di norme imperative del diritto internazionale. Sarebbe quindi interessante chiedersi se, in assenza della suddetta disposizione, quale l'articolo che impone un obbligo di cooperazione nella Convenzione sul genocidio, la Corte avrebbe comunque constatato o potuto constatare una violazione da parte della Serbia, in virtù dell'obbligo positivo di cooperare in conseguenza di una violazione di una norma di *jus cogens*.

²⁷⁷ Per maggiori dettagli si veda: *ILC Commentary on State Responsibility*, pp. 114-115.

²⁷⁸ "In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the

che regola la “*Invocation of Responsibility of a State other than the Injured State*”.²⁷⁹ Da questa previsione risulta infatti che Stati diversi da quello direttamente leso dalla violazione possano invocare la responsabilità dello Stato che pone in essere l’atto illecito nel caso in cui la norma violata sia una norma il cui rispetto è dovuto alla comunità internazionale nel suo insieme.²⁸⁰ Al paragrafo seguente si precisa che qualsiasi Stato idoneo ad invocare la responsabilità sulla base del precedente paragrafo può chiedere a) la cessazione dell’illecito e garanzie di non ripetizione dell’illecito in conformità all’art. 30; b) riparazione dell’illecito conformemente ai precedenti articoli.²⁸¹

Proprio le diverse forme che possono assumere le suddette conseguenze dell’illecito e l’articolo 48(2) dell’articolato forniscono il punto di collegamento con una delle principali domande di ricerca del presente capitolo, ossia se si possa rinvenire fra le modalità di riparazione dell’illecito o fra le garanzie di non ripetizione un obbligo di investigare, perseguire e punire i responsabili di crimini internazionali. È opportuno precisare che tale obbligo varrebbe solo per lo Stato autore dell’illecito in base al regime ordinario di responsabilità, mentre gli altri Stati potrebbero solo, sulla base del sopracitato articolo 48, pretendere che lo Stato responsabile adempia a questi suoi obblighi. A un tal riguardo, si vuole da subito

importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination”, Barcelona Traction, Light and Power Company, Judgment, I.C.J. Reports, 1970, p. 32.

²⁷⁹ Abbiamo già fatto cenno alla differenza tra *jus cogens* e *obligatio erga omnes*. Si noti inoltre che a tale distinzione corrisponde una diversa struttura nel Progetto di articoli: “*Consistently with the difference in their focus, it is appropriate to reflect the consequences of the two concepts in two distinct ways. First, serious breaches of obligations arising under peremptory norms of general international law can attract additional consequences, not only for the responsible State but for all other States. Secondly, all States are entitled to invoke responsibility for breaches of obligations to the international community as a whole. The first of these propositions is the concern of the present chapter; the second is dealt with in article 48*”, *ILC Commentary on State responsibility*, p. 112.

²⁸⁰ Art. 48(1)(b): “*Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (b) the obligation breached is owed to the international community as a whole*”, *Draft Articles on State Responsibility* (2001).

²⁸¹ Art. 48(2): “*Any State entitled to invoke responsibility under paragraph 1 may claim from the responsible State: (a) cessation of the internationally wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition in accordance with article 30; and (b) performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached*”, *Draft Articles on State Responsibility* (2001).

anticipare che simili ipotesi sono molto difficili da stabilire, data la formulazione ampia e generale delle disposizioni in tema di responsabilità dello Stato.²⁸²

In relazione dunque alle principali conseguenze dell'illecito si rinvia alla parte generale dell'articolato contenuta nella Parte II "Content of the International Responsibility of the State", Capitolo I "General Principles". In primo luogo, tra le conseguenze dell'illecito figurano agli articoli 30 e 31 l'obbligo di cessazione dell'illecito e di garanzie di non ripetizione. Secondariamente, vi sono le disposizioni in tema di riparazione dell'illecito. Al Capitolo II, "Reparation for Injury", l'art. 34 definisce in che cosa consiste la riparazione di un illecito, la quale, notoriamente, assume le forme di restituzione, soddisfazione e risarcimento del danno. Per quanto concerne l'obbligo di restituzione, risulta ovvio che esso non interessa il nostro caso in quanto è evidente che la situazione precedente alla commissione di un illecito non possa essere ripristinata a seguito della commissione di crimini internazionali e sembra esulare dagli obiettivi che ci siamo prefissi anche la forma di riparazione che consiste nel risarcimento del danno. L'art. 37 che riguarda la 'soddisfazione' appare invece essere il più interessante. Esso recita:

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to give satisfaction for the injury caused by that act insofar as it cannot be made good by restitution or compensation. 2. Satisfaction may consist in an acknowledgement of the breach, an expression of regret, a formal apology or another appropriate modality. 3. Satisfaction shall not be out of proportion to the injury and may not take a form humiliating to the responsible State.

Precisamente, interessante risulta il secondo paragrafo laddove si afferma che la soddisfazione può consistere in un semplice riconoscimento della violazione, in scuse formali o rammarico per l'illecito perpetrato oppure in '*other appropriate modality*'. La domanda è quindi se un obbligo di investigare e perseguire i responsabili di crimini internazionali possa ricadere sotto la formulazione sopra

²⁸² Si veda a tal proposito Tams che, a fronte dei dubbi circa l'esistenza di un obbligo di perseguire i responsabili di crimini internazionali, afferma che, allo stato attuale, esso andrebbe meglio interpretato come specifica conseguenza di particolari violazioni, TAMS, *op. cit.*, 1177.

riprodotta.²⁸³ A tal riguardo, perseguire i responsabili di crimini internazionali potrebbe sicuramente essere considerata una forma di soddisfazione, ricompresa sotto la formulazione di “*other appropriate modality*”, ma esso non risulta soddisfacente ai fini della presente indagine, in quanto, come si evince dall’articolato, la soddisfazione viene concepita come un obbligo nella misura in cui non si può porre rimedio all’illecito tramite restituzione o risarcimento. Questo potrebbe essere il caso dei crimini internazionali, in cui non può essere ripristinata la situazione esistente prima dell’atto illecito. Ciononostante, dubbi rimangono a tal riguardo.

Lo stesso ragionamento potrebbe essere fatto riguardo alle “*assurances and guarantees of non repetition*”, tra le quali si potrebbe annoverare il dovere di perseguire i responsabili di crimini internazionali. Come nel caso della soddisfazione, l’obbligo di fornire garanzie sulla non ripetizione di un illecito non è formulato in termini assoluti, ma esso dipende invece dalle circostanze del caso e, nonostante sia plausibile che i ‘crimini internazionali’ possano dar luogo a tali circostanze, non ci sembra che una tale possibilità sia soddisfacente ai fini delle nostre indagini.

In primo luogo, dubbi in dottrina sono stati manifestati in merito alla configurazione di un obbligo di perseguire come conseguenza di un illecito internazionale da parte dello Stato, ovvero alla qualificazione di tale obbligo come mera norma secondaria. È più opportuno infatti configurare il suddetto obbligo come un obbligo primario di diritto internazionale. Questo appare a nostro avviso più che sensato, in quanto un obbligo di perseguire crimini internazionali dovrebbe sussistere in capo ad uno Stato anche qualora lo stesso non sia responsabile degli atti in questione, in quanto, per esempio, essi sono stati commessi sotto la sua giurisdizione.²⁸⁴

Il contenuto del regime della responsabilità degli Stati per violazione di norme di *jus cogens* sembra essere un regime debole. Quanto rinveniamo difatti nel

²⁸³ Tale ipotesi viene in effetti prevista nel Commentario della CDI. Vedi anche: ZIMMERMANN A. AND TEICHMANN M., *State Responsibility for International Crimes*, in Nollkaemper A., Van Der Wilt H. (ed.), *System Criminality*, op. cit., p. 303.

²⁸⁴ ZIMMERMANN A. AND TEICHMANN M., op. cit., pp. 304-305; BESTAGNO F., *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, pp. 66-70.

summenzionato articolato è una responsabilità inquadrata in un'ottica prettamente interstatale, come si evince chiaramente dagli articoli sugli 'Stati' titolati a invocare la responsabilità di altri 'Stati'. La possibilità degli Stati di invocare la responsabilità di altri Stati per crimini internazionali è tutt'altro che scontata, essendo una tale possibilità subordinata al consenso degli Stati a sottoporsi alla giurisdizione di un tribunale internazionale.²⁸⁵ Questo svuota il concetto stesso di *jus cogens* e rende poco effettivo il regime di responsabilità stabilito per violazione di norme imperative del diritto internazionale. Difatti, sembra che l'idea perseguita nel Progetto di articoli sia quella di stabilire un regime separato e differenziato in relazione alla violazione di norme imperative del diritto internazionale, da cui far discendere conseguenze aggravate e aggiuntive rispetto a quelle stabilite per ordinarie violazioni del diritto internazionale. Tuttavia, le conseguenze aggiuntive previste sono un non ben precisato obbligo di cooperazione e un obbligo di non riconoscere situazioni derivanti dalla violazione di norme di *jus cogens*, che non sembra sufficiente e non sembra lontanamente cogliere la gravità a cui una violazione di norme di *jus cogens* dovrebbe essere associata. Ancora, il fatto che le violazioni di tali norme possa essere invocata non soltanto dagli Stati direttamente colpiti, in quanto obblighi *erga omnes*, risulta importante, ma forse risulta anche essere qualcosa di più simbolico che effettivo, in quanto non si prevede una giurisdizione obbligatoria per tali tipi di violazioni, con l'ovvia conseguenza che il tutto rimane su un piano molto teorico.

Un'ultima osservazione potrebbe inoltre essere effettuata in merito a tale regime 'interstatale' di responsabilità per violazione di norme di *jus cogens*, dove gli obblighi degli Stati, anche se configurati come obblighi *erga omnes*, rimangono obblighi degli Stati nei confronti di altri Stati.²⁸⁶ Questo risulta altamente discutibile

²⁸⁵ SCOBIE I., *Assumptions and Presumptions: State Responsibility for System Crimes*, in Nollkaemper A., Van Der Wilt H. (eds.), *System Criminality in International Law*, op. cit., pp. 271, 285, 295-297.

²⁸⁶ È anche opportuno sottolineare che nonostante sia evidente la centralità dello Stato nel Progetto di articoli e il carattere interstatale dello stesso, è anche vero che ci sono delle aperture a soggetti diversi degli Stati. Si veda in particolare l'art. 48(2)(b) dove si afferma: "Any State entitled to invoke responsibility under paragraph 1 may claim from the responsible State: [...] (b) performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached", Draft Articles on State Responsibility (2001). In questo articolo si riconosce in sostanza che l'obbligo di riparazione può essere dovuto nell'interesse dello Stato leso o dei 'beneficiari' dell'obbligo violato.

soprattutto per quanto riguarda norme in tema di diritti umani e, ancor di più, di crimini internazionali. Difatti queste particolari norme creano obblighi per gli Stati (e, nel caso dei crimini internazionali obblighi direttamente in capo agli individui, ma questo esula dalla trattazione del presente capitolo) ma fanno sorgere anche diritti in capo agli individui.²⁸⁷ Questa osservazione ci permette di effettuare un collegamento con la seconda parte del presente capitolo, dove l'attenzione sarà spostata al campo dei diritti umani e alla giurisprudenza delle principali corti sui diritti umani.

4.3 Diritti umani e obblighi positivi degli Stati

Di differente natura rispetto alla responsabilità degli Stati appena analizzata sembrano invece gli obblighi che nel corso degli anni sono stati sviluppati grazie alla giurisprudenza delle principali corti sui diritti umani. In tale particolare campo vi sono stati diversi avanzamenti in merito alla natura e al contenuto degli obblighi degli Stati, che pongono su un piano diverso e nettamente più progressista la giurisprudenza dei tribunali che sui medesimi obblighi si sono pronunciati.

Sembra di poter distinguere diversi approcci alla repressione dei crimini internazionali. Un primo approccio risulta essere quello del diritto internazionale penale, incentrato quindi su un'idea di responsabilità penale individuale e in cui viene conferita preminenza alla sfera individuale. In una simile ottica, la repressione dei crimini internazionali equivale ad una repressione degli atti dei singoli individui, essendo, come ampiamente ribadito, motore primo di questo approccio l'idea che i crimini non siano commessi da entità astratte, bensì da persone in carne ed ossa. Un

²⁸⁷ In relazione alla diversa e peculiare natura dei diritti umani si veda il contributo di Mégret: *“However, international law as a legal system is far from neutral. It comes with its own legal assumptions, preferences and logic, some of which, as will be seen, might be at odds with the very idea and purpose of human rights. It must be remembered that, classically, international law was a law created by, between, and for states. Its cardinal concept was State sovereignty and the typical source of obligations was state voluntarism (that is states are bound by obligations to which they have consented)”* e afferma quindi *“Substantively, the projects of public international law and international human rights law could not be more at odds”*. Ci sembra che quanto descritto da Mégret si rispecchi nel particolare regime di responsabilità che rinveniamo nel Progetto di articoli della CDI sulla responsabilità degli Stati, il quale, come vedremo, risulta per certi versi opposto al regime di responsabilità che è andato a svilupparsi nel campo dei diritti umani: MÉGRET F., *Nature of Obligations*, in Moeckli D., Shah S., Sivakumaran S. (ed.), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford (2010), p. 125.

secondo approccio potrebbe essere invece quello che traspare dal Progetto di articoli della CDI che abbiamo sopra sottoposto ad esame, dove la preminenza viene invece accordata allo Stato e dove a prevalere è una concezione di responsabilità prettamente interstatale, per cui le norme imperative del diritto internazionale sono norme che si indirizzano agli Stati, violazione delle quali è affrontata come responsabilità degli ‘Stati’ che la pongono in essere. L’ultimo approccio è invece quello che individuiamo nel campo dei diritti umani e che può essere considerato come intermedio rispetto ai precedenti e, in poche parole, non sbilanciato né sulla dimensione individuale né su una dimensione prettamente statale. In tale campo gli obblighi degli Stati sono una conseguenza della titolarità di precisi diritti che sorgono in capo agli individui, diritti che invece non vengono in rilievo se la questione viene affrontata da una prospettiva prettamente ‘interstatale’. Mentre quindi il classico regime di responsabilità delineato nel Progetto di articoli della CDI è incentrato sullo Stato, le norme nel campo dei diritti umani generano diritti in capo agli individui, pur essendo indirizzate agli Stati e pur generando degli obblighi in capo agli stessi. Oltre alla particolare natura delle norme internazionali sui diritti umani, ancora più interessante risultano essere i meccanismi creati dagli Stati tramite trattati internazionali a tutela degli stessi, meccanismi che prevedono anche la possibilità di ricorsi individuali innanzi a tribunali e comitati. Proprio la giurisprudenza di questi tribunali ha offerto un’interpretazione innovativa e all’avanguardia degli obblighi degli Stati per quanto riguarda le gravi violazioni dei diritti umani.

4.3.1 Il caso Velasquez Rodriguez e l’obbligo di prevenire, investigare e punire le violazioni dei diritti umani

Il motivo per cui i diritti umani suscitano il nostro interesse è quindi strettamente legato alle caratteristiche associate alle norme internazionali nel campo dei diritti umani e, in particolare, alla ricca e innovativa giurisprudenza delle sue corti nel campo della responsabilità statale.

Per quanto concerne il campo dei diritti umani, è sempre stata ricorrente la distinzione tra due macro-categorie. Da una parte, diritti civili e politici, dall’altra diritti economici sociali e culturali. Uno dei principali tratti distintivi delle suddette

categorie è tradizionalmente individuata nella natura ‘negativa’ dei primi e prettamente ‘positiva’ dei secondi: i primi sarebbero difatti configurabili come obblighi in capo agli Stati di astenersi dal porre in essere determinate violazioni dei diritti degli individui; i secondi consisterebbero in obblighi positivi, non essendo semplicemente richiesto agli Stati di ‘astenersi’, quanto di intraprendere invece un’azione positiva per garantire che tali particolari diritti vengano rispettati²⁸⁸. Oggi è però ampiamente riconosciuto come questa suddivisione ed identificazione delle suddette categorie corrisponda ad un’eccessiva semplificazione, in quanto gli stessi diritti civili e politici comportano non soltanto obblighi di ‘astensione’, ma anche obblighi positivi.²⁸⁹

A tal proposito, interessante risulta la ricca giurisprudenza della Corte interamericana in relazione agli obblighi che sorgono in capo agli Stati qualora abbiano luogo violazioni dei diritti umani protetti dalla Convenzione. In forse quella che può essere considerata una delle decisioni più note, il caso *Velasquez Rodriguez*²⁹⁰, la Corte non solo ha constatato una violazione delle norme in tema di diritto alla vita, integrità personale e proibizione della detenzione arbitraria, ma essa ha affermato una violazione da parte dell’Honduras dei propri obblighi sulla base dell’articolo 1(1), che riguardano il dovere degli Stati parte di garantire i diritti protetti nell’ambito della Convenzione.²⁹¹ L’articolo 1(1) della Convenzione afferma quanto segue:

The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full

²⁸⁸ Per quanto concerne la natura dei diritti economici, sociali e culturali si veda l’art. 2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali che impone degli obblighi agli Stati di realizzazione progressiva dei diritti riconosciuti nell’ambito dello stesso: “*Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures*”, art. 2, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, New York, 16 December 1966, 999 UNTS 3.

²⁸⁹ Per quanto riguarda l’origine della nozione di obblighi positivi si veda DE SCHUTTER O., *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 280-281.

²⁹⁰ IACtHR, *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, Judgement, 29 July 1988, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 7 (1989).

²⁹¹ Per un’analisi dettagliata del caso, si veda anche ROHT-ARRIAZA N., *State Responsibility to Investigate or Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law*, in 78 *California Law Review* 449, pp. 467-474.

exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition.²⁹²

In *Velasquez Rodriguez* la Corte ha interpretato tale importante articolo come recante un obbligo per gli Stati parte in relazione a ogni diritto protetto nell'ambito della Convenzione, affermando che una violazione dei diritti contenuti nella stessa comporta necessariamente una violazione del suddetto articolo.²⁹³ L'articolo 1(1) sarebbe quindi una disposizione essenziale nel determinare se una violazione dei diritti umani riconosciuti dalla Convenzione possa essere imputata o meno ad uno Stato. Difatti, l'art.1(1) pone in capo agli Stati il fondamentale dovere di rispettare e garantire i diritti protetti dalla Convenzione. Ogni pregiudizio di tali diritti che può essere attribuito sulla base delle norme di diritto internazionale all'azione o all'omissione di qualsiasi autorità pubblica è dunque un atto imputabile allo Stato e comporta quindi una responsabilità dello stesso nei termini previsti dalla Convenzione medesima.²⁹⁴

Sulla base del contenuto dell'art. 1(1) la Corte ha ricavato quindi due tipi di obblighi. Il primo obbligo che gli Stati si impegnano a rispettare è '*to respect the rights and freedoms*' riconosciuti dalla Convenzione. In sostanza, come spiega la Corte e come anticipato relativamente alla distinzione tra 'obblighi positivi' e 'obblighi negativi', l'esercizio dell'autorità pubblica incontra certi limiti che derivano dal fatto che i diritti umani attengono alla sfera della dignità umana e si collocano, proprio per questo motivo, ad un livello superiore rispetto al potere statale.²⁹⁵

In secondo luogo, gli Stati hanno l'obbligo '*to ensure*' il libero e pieno esercizio dei diritti previsti dalla Convenzione.²⁹⁶ Se il primo obbligo identificato dalla Corte

²⁹² *American Convention on Human Rights* (ACHR), San José, Costa Rica, 22 November 1969, OAS Treaty Series N. 36.

²⁹³ *Velasquez Rodriguez, cit.*, par. 162.

²⁹⁴ *Velasquez Rodriguez, cit.*, par. 164.

²⁹⁵ *Velasquez Rodriguez, cit.*, par. 165.

²⁹⁶ Risulta in tale caso evidente che le categorie di obblighi identificati dalla Corte interamericana risultano formulati in termini diversi rispetto a quelli evidenziati dalla Corte europea. Vedremo difatti che lo *Human Rights Committee* parla di obblighi '*respect*', '*protect*' e '*fulfil*', mentre la Corte europea sembra distinguere tra un obbligo negativo, un obbligo positivo e un obbligo positivo di carattere

rientra nella categoria di quelli che abbiamo definito negativi, il secondo è un obbligo positivo. Tuttavia, in relazione all'obbligo di 'garantire il pieno e libero esercizio dei diritti' di cui all'articolo 1(1), la Corte va oltre e fa un passo in più rispetto alla giurisprudenza precedente, affermando:

This obligation implies the duty of the States Parties to organize the governmental apparatus and, in general, all the structures through which public power is exercised, so that they are capable of juridically ensuring the free and full enjoyment of human rights. As a consequence of this obligation, the States must prevent, investigate and punish any violation of the rights recognized by the Convention and, moreover, if possible attempt to restore the right violated and provide compensation as warranted for damages resulting from the violation.²⁹⁷

La Corte non soltanto afferma quindi un dovere degli Stati di organizzare l'apparato statale in modo tale che esso sia in grado di assicurare il libero e pieno esercizio dei diritti, ma afferma altresì un obbligo degli Stati di prevenire, investigare e punire qualsiasi violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione.²⁹⁸ Tale affermazione, che ha dato il via ad una nuova giurisprudenza della Corte, risulta estremamente innovativa alla luce del fatto che essa afferma un obbligo più generale degli Stati di prevenire, investigare e punire qualsiasi violazione dei diritti umani.

La Corte interamericana non è stata l'unica ad essersi pronunciata in tal senso. Si pensi anche alla copiosa giurisprudenza della Corte europea in relazione al diritto alla vita.²⁹⁹ Anche tale Corte ha infatti indentificato tre ordini di obblighi. Se si

procedurale. Ovviamente, nonostante la forma possa apparire diversa, la sostanza e il contenuto che si attribuiscono a specifici diritti sono in larga parte coincidenti.

²⁹⁷ *Velasquez Rodriguez, cit.*, par. 166.

²⁹⁸ In altri casi la Corte ha fornito la seguente definizione di 'impunità': "*the overall lack of investigation, pursuit, capture, trial and conviction of those responsible for violations of rights protected under the American Convention, as the State has the obligation to combat said situation by all legal means within its power, as impunity fosters chronic recidivism of human rights violations and total defenselessness of the victims and of their next of kin*", IACtHR, *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, Judgement, 7 June 2003, Series C, No. 99, par. 143, 185.

²⁹⁹ Il primo caso dove venne sollevata la questione – nonostante poi non fu constatata violazione alcuna - fu il caso *L.C.B. v. UK*. In tale caso, la ricorrente, affetta da leucemia, imputava la propria malattia al periodo di servizio prestato dal padre sotto la *Royal Air Force* in una zona dove vennero condotti esperimenti nucleari e chiedere quindi che venga accertata la violazione degli obblighi positivi dello Stato in virtù dell'art. 2, per non aver avvertito i genitori dei rischi e per non aver monitorato lo stato di salute e il livello di radiazioni del padre. La Corte infatti affermava: "*the Court considers that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction [...]. It has not been suggested that the respondent State intentionally*

considera la giurisprudenza in tema di diritto alla vita, un primo obbligo consiste nell'astenersi dal porre in essere comportamenti lesivi del diritto alla vita degli individui, in sostanza si tratta del classico obbligo di 'rispettare' il diritto alla vita in un senso stretto del termine. Un secondo obbligo è quello di prendere tutte le misure che si rendano necessarie per salvaguardare un tale diritto, un obbligo che lo Stato deve in particolar modo assolvere dotandosi di una legislazione adeguata e di meccanismi coercitivi per prevenirne violazioni.³⁰⁰ Un terzo obbligo è un obbligo positivo ma di carattere procedurale e impone agli Stati di condurre delle serie indagini in merito ad una violazione³⁰¹. Il riconoscimento di tali obblighi e del loro contenuto risulta chiaro anche dalle pronunce dello *Human Rights Committee* che afferma: "*The legal obligation under article 2, paragraph 1, is both negative and positive in nature. States Parties must refrain from violation of the rights recognized by the Covenant, and any restrictions on any of those rights must be permissible under the relevant provisions of the Covenant*".³⁰²

sought to deprive the applicant of her life. The Court's task is, therefore, to determine whether, given the circumstances of the case, the State did all that could have been required of it to prevent the applicant's life from being avoidably put at risk", ECtHR, *L.C.B. v. UK*, Judgement, Application No. 14/1997/798/1001, 9 June 1988.

³⁰⁰ "The Court notes that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those ,its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions", ECtHR, *Osman v. UK*, Judgement, Application No. 87/1997/871/1083, 28 October 1998, par. 115. Per una completa panoramica si veda: MOWBRAY A., *Cases, Material and Commentaries on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 119-130.

³⁰¹ "The Court confines itself to noting, like the Commission, that a general legal prohibition of arbitrary killing by the agents of the State would be ineffective, in practice, if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities. The obligation to protect the right to life under this provision (art. 2), read in conjunction with the State's general duty under Article 1 (art. 2+1) of the Convention to "secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention", requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, *inter alios*, agents of the State", ECtHR, *McCann and others v. UK*, Judgement, Application No. 18984/91, 27 September 1995. Si veda sempre MOWBRAY A., *op. cit.*, pp. 130-135.

³⁰² Human Rights Committee, *General Comment 31*, Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), par. 6. Ancor prima: Human Rights Committee, *General Comment 6*, Article 6 (Sixteenth session, 1982), *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 6 (1994). Per maggiori dettagli si veda anche: CHIRWA D. M., *The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights*, in 5 *Melbourne Journal of International Law* 1 (2004), pp. 11-18.

Si può ben capire quindi come si sia andati oltre quello che sulla carta si sarebbe potuto affermare. Se si guardano infatti a questi diritti così come contenuti nei testi normativi di riferimento, non sembra esservi traccia di una concezione di ‘obblighi’ in un senso così pieno come quella delineata dalla suddetta giurisprudenza³⁰³.

Il citato passaggio in *Velasquez Rodriguez*, al pari di altra giurisprudenza che ne ha seguito le tracce, non esaurisce però l’importanza del caso per la presente ricerca. In un passaggio successivo, la Corte si chiede anche quando un determinato Stato possa dirsi responsabile, affrontando quindi il cosiddetto problema dell’attribuzione di una determinata condotta all’azione o all’omissione di un determinato Stato. In proposito, la Corte afferma che, così come riconosciuto in diritto internazionale, non rileva il fatto che degli agenti statali abbiano agito *ultra vires*, ovvero al di fuori delle proprie competenze e del loro mandato ai fini dell’attribuzione di un’azione o di un’omissione ad un determinato Stato. Infatti, in questi casi la condotta di tali agenti sarà considerata come una condotta dello Stato medesimo.³⁰⁴ Tuttavia, continua la Corte, l’obbligo dello Stato di prevenire, investigare e punire violazioni dei diritti umani non è ristretta all’ipotesi sopra descritta, né al caso di violazione dei diritti da parte dello Stato. Difatti, un atto illecito che viola i diritti sanciti nella Convenzione e che inizialmente non è imputabile allo Stato – per esempio perché commesso da

³⁰³ Si veda per esempio l’art. 3 della CEDU che appare formulato in maniera negativa: “*No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment*”, *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (ECHR), Rome, 4 November 1950, *CETS* No. 005. L’art. 2(1) della CEDU sembra invece accogliere una nozione di obbligo positivo affermando: “*Everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law*”, ECHR (1950). Tale constatazione non cambia se si guarda alla Convenzione americana sui diritti umani. L’art. 4(1) sembra accogliere un obbligo positivo di proteggere la vita degli individui: “*Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life*”, ACHR (1969). Invece, in relazione al divieto di tortura, l’art. 5 (“*Right to human treatment*”) afferma ai primi due commi: “*1. Every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected. No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person*”, ACHR (1969).

³⁰⁴ “[...] under international law a State is responsible for the acts of its agents undertaken in their official capacity and for their omissions, even when those agents act outside the sphere of their authority or violate internal law. This principle suits perfectly the nature of the Convention, which is violated whenever public power is used to infringe the rights recognized therein. If acts of public power that exceed the State’s authority or are illegal under its own laws were not considered to compromise that State’s obligation under the treaty, the system of protection provided for in the Convention would be illusory”, *Velasquez Rodriguez*, par. 170-171.

individui privati o perché il responsabile non è stato identificato – può comunque portare alla responsabilità internazionale dello Stato, non tanto per l'atto in quanto tale, ma per la mancanza di diligenza nel prevenire la violazione o nel rispondere così come richiesto dalla Convenzione.³⁰⁵

In sostanza, ad ogni diritto protetto dalla Convenzione corrisponde l'obbligo degli Stati di rispettarne e garantirne il libero e pieno esercizio da parte degli individui ai sensi dell'art. 1(1). Questo comprende anche il dovere degli Stati di prevenire, investigare e punire ogni violazione dei diritti umani sotto la propria giurisdizione, indipendentemente dal fatto se tali diritti siano stati violati da agenti dello Stato o da privati individui.³⁰⁶ Tuttavia, vi è ancora da chiedersi quando uno Stato si ponga in violazione dei propri obblighi di prevenire, investigare e punire i responsabili di violazioni dei diritti umani. Al pari di quanto avviene in relazione al regime di responsabilità inerente alla protezione degli stranieri, la Corte afferma che si è di fronte ad un obbligo di mezzi e non di risultato. Non è quindi richiesto che delle indagini, per esempio, abbiano successo, ma si richiede semplicemente che lo Stato adotti tutte le misure necessarie al fine di prevenire delle violazioni, così come si richiede di intraprendere delle serie indagini.³⁰⁷ Quello che grava sullo Stato è dunque il classico obbligo di diligenza.³⁰⁸ In conclusione, la Corte afferma:

³⁰⁵ *Velasquez Rodriguez, cit.*, par. 172.

³⁰⁶ “According to the principle of the continuity of the State in international law, responsibility exists both independently of changes of government over a period of time and continuously from the time of the act that creates responsibility to the time when the act is declared illegal. The foregoing is also valid in the area of human rights although, from an ethical or political point of view, the attitude of the new government may be much more respectful of those rights than that of the government in power when the violations occurred”, *Velasquez Rodriguez, cit.*, par. 184.

³⁰⁷ “The State has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction, to identify those responsible, to impose the appropriate punishment and to ensure the victim adequate compensation”, *Velasquez Rodriguez, cit.*, par. 174. Per quanto concerne il dovere di ‘prevenire’, la Corte afferma che non è possibile fornire una lista esaustiva e dettagliata di quali misure uno Stato sarebbe tenuto ad adottare in quanto esse possono giustamente variare a seconda della legge e delle condizioni di ciascuno Stato. Tuttavia, si afferma ad un livello più generale che: “This duty to prevent includes all those means of a legal, political, administrative and cultural nature that promote the protection of human rights and ensure that any violations are considered and treated as illegal acts, which, as such, may lead to the punishment of those responsible and the obligation to indemnify the victims for damages”, *Velasquez Rodriguez, cit.*, par. 175.

³⁰⁸ “In certain circumstances, it may be difficult to investigate acts that violate an individual's rights. The duty to investigate, like the duty to prevent, is not breached merely because the investigation does not produce a satisfactory result. Nevertheless, it must be undertaken in a serious manner and not as a mere formality preordained to be ineffective. An investigation must have an objective and be

The State is obligated to investigate every situation involving a violation of the rights protected by the Convention. If the State apparatus acts in such a way that the violation goes unpunished and the victim's full enjoyment of such rights is not restored as soon as possible, the State has failed to comply with its duty to ensure the free and full exercise of those rights to the persons within its jurisdiction. The same is true when the State allows private persons or groups to act freely and with impunity to the detriment of the rights recognized by the Convention³⁰⁹.

Corte europea e *Human Rights Committee* si sono pronunciati nel medesimo senso.³¹⁰

Il caso *Velasquez Rodriguez* è senz'altro uno dei casi più noti e ha dato il via ad una nuova fase nella giurisprudenza della Corte interamericana. Esso è stato però oggetto anche di critiche, da un lato per quanto concerne la portata dell'obbligo

assumed by the State as its own legal duty, not as a step taken by private interests that depends upon the initiative of the victim or his family or upon their offer of proof, without an effective search for the truth by the government. This is true regardless of what agent is eventually found responsible for the violation. Where the acts of private parties that violate the Convention are not seriously investigated, those parties are aided in a sense by the government, thereby making the State responsible on the international plane", *Velasquez Rodriguez, cit.*, par. 177.

³⁰⁹ IACtHR, *Bulacio v. Argentina*, Judgment, 18 September 2003, Series C No. 100, par. 116, 117.

³¹⁰ "However the positive obligations on States Parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenant rights in so far as they are amenable to application between private persons or entities. There may be circumstances in which a failure to ensure Covenant rights as required by article 2 would give rise to violations by States Parties of those rights, as a result of States Parties' permitting or failing to take appropriate measures or to exercise due diligence to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities. States are reminded of the interrelationship between the positive obligations imposed under article 2 and the need to provide effective remedies in the event of breach under article 2, paragraph 3. The Covenant itself envisages in some articles certain areas where there are positive obligations on States Parties to address the activities of private persons or entities. For example, the privacy-related guarantees of article 17 must be protected by law. It is also implicit in article 7 that States Parties have to take positive measures to ensure that private persons or entities do not inflict torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on others within their power. In fields affecting basic aspects of ordinary life such as work or housing, individuals are to be protected from discrimination within the meaning of article 26", HRC, General Comment No. 31, par. 8. Per quanto concerne la Corte europea, si veda ancora il caso *Osman* dove si afferma che sulla base dell'art. 2 lo Stato sarebbe tenuto in determinate circostanze a proteggere il diritto alla vita di individui dalle azioni di altri privati individui, ECtHR, *Osman v. UK, cit.*, par. 115. Data l'imprevedibilità della condotta umana e le scelte operative che devono essere fatte in termini di priorità e risorse, la Corte riconosce che tale obbligo non deve però essere interpretato nel senso di imporre un onere impossibile e sproporzionato in capo alle autorità, ma "it must be established to its satisfaction that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk", ECtHR, *Osman v. UK, cit.*, par. 116. Per quanto riguarda l'obbligo procedurale si rinvia nuovamente al caso *McCann v. UK, cit.*, par. 161.

individuato dalla Corte e, dall'altro, per tutta una serie di implicazioni che da esso sono discese. In primo luogo, il fatto che la Corte abbia affermato l'esistenza di un obbligo di investigare e 'punire' ogni violazione dei diritti umani garantiti dalla Convenzione ha sollevato perplessità in quanto non tutte le violazioni dei diritti umani inclusi nella Convenzione devono essere necessariamente 'punite'. Forse proprio per questo la giurisprudenza della Corte sembra essere mutata³¹¹ e da un dovere di investigare e punire 'tutte le violazioni dei diritti umani protetti dalla Convenzione' si è passati ad un dovere di investigare e punire 'le più gravi violazioni dei diritti umani della convenzione'.³¹² Dall'altro lato, un certo 'iperattivismo' della Corte è stato criticato³¹³ in quanto essa è arrivata ad ordinare agli Stati di perseguire e punire degli individui, nonostante i reati di cui essi erano accusati fossero prescritti o nonostante la presenza di leggi di amnistia.³¹⁴ In *Barrios Altos* la Corte ha chiaramente affermato:

all amnesty provisions, provisions on prescription and the establishment of measures designed to eliminate responsibility are inadmissible, because they are intended to prevent the investigation and punishment of those responsible for serious human rights violations such as torture, extrajudicial, summary or arbitrary execution and forced disappearance, all of them prohibited because they violate non-derogable rights recognized by international human rights law. [...] The Court considers that it should be emphasized that, in the light of the general obligations established in Articles 1(1) and 2 of the American Convention, the States Parties are obliged to take all measures to ensure that no one is deprived of judicial protection and the exercise of the right to a simple and effective recourse, in the terms of Articles 8 and 25 of the Convention.³¹⁵

³¹¹ BURGORGUE-LARSEN L., *The Right to the Truth*, in *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, in Burgorgue-Larsen L., Amaya Ubeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 707.

³¹² BASCH F. F., *The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers*, in *23 American University International Law Review* 195 (2007), pp. 202. Vedi anche HUNEEUS A., *International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Court*, in *107 American Journal of International Law* 1 (2013), pp. 12-15

³¹³ Si veda per esempio BASCH F. F., *op. cit.*, pp. 213-221.

³¹⁴ La Corte non si è limitata soltanto a ordinare a degli Stati di perseguire e punire i responsabili, ma ha anche stabilito dei meccanismi e un dialogo con gli stessi al fine di monitorarne l'osservanza. Si veda la dettagliata descrizione in HUNEEUS A., *op. cit.*, pp. 5-12. Si veda anche BESTAGNO F., *op. cit.*, pp. 70-73.

³¹⁵ IACtHR, *Barrios Altos v. Perù*, Judgement, 14 March 2001, Series C No. 75, parr. 41, 43.

Secondo la Corte, dunque, gli Stati parte alla Convenzione che adottano tali tipi di leggi per i reati comportanti violazioni gravi dei diritti umani violano gli art. 8 e 25, in relazione agli articoli 1(1) e 2 della Convenzione. Le amnistie sono quindi palesemente incompatibili con gli scopi e lo spirito della Convenzione medesima, in quanto precludono l'identificazione degli individui responsabili, ostacolano le indagini e l'accesso alla giustizia e impediscono alle vittime e ai parenti più prossimi di conoscere la verità e ricevere una riparazione.³¹⁶

In questa sede non ci interessa affatto interrogarci sulle misure ordinate dalla Corte interamericana e sulle critiche alle stesse, in quanto vogliamo soffermare le nostre riflessioni sulla questione degli obblighi degli Stati in relazione ai crimini internazionali.

Interessante risulta il dibattito in relazione ai 'crimini di stato', cui abbiamo fatto breve cenno riferendoci alle discussioni in seno alla CDI in fase di stesura delle regole in tema di responsabilità internazionale dello Stato. In particolare, interessante risulta essere il vivace dibattito sviluppatosi in seno alla Corte interamericana, con particolare riferimento alle considerazioni espresse dal giudice Cançado Trindade. Senza addentrarci nei dettagli delle valutazioni effettuate, ci limitiamo qui a tracciarne gli aspetti principali. Egli ha in diversi casi sostenuto nelle sue opinioni separate che la Corte dovrebbe accogliere l'idea di 'crimini di Stato' e stabilire una sorta di responsabilità aggravata, nel caso in cui si rinvenga 'piano criminale'.³¹⁷ In

³¹⁶ La Corte si è pronunciata in tal senso anche in diversi altri casi. Si veda a tal proposito *Bulacio* per quanto riguarda la prescrizione, dove la Corte ha infine imposto di perseguire i responsabili nonostante i crimini fossero caduti in prescrizione e affermando, in relazione ai ritardi dovuti a 'espedienti' utilizzati dalla difesa: "*This manner of exercising the means that the law makes available to the defense counsel has been tolerated and allowed by the intervening judiciary bodies, forgetting that their function is not exhausted by enabling due process that guarantees defense at a trial, but that they must also ensure, within a reasonable time, the right of the victim or his or her next of kin to learn the truth about what happened and for those responsible to be punished. The right to effective judicial protection therefore requires that the judges direct the process in such a way that undue delays and hindrances do not lead to impunity, thus frustrating adequate and due protection of human rights*", IACtHR, *Bulacio v. Argentina*, cit., parr. 114-115.

³¹⁷ "*In other words, in the instant case, the defendant State itself has acknowledged – in a commendable spirit of procedural cooperation – its international responsibility for the existence, at the time in question, of a criminal policy. And, it has done so, at different times, through statements made by all its powers. Its own Judiciary has expressly characterized State terrorism as a form of organized crime; in other words a State crime. The international jurists who continue to deny the existence of State crimes are closing their eyes to historically proven facts, disregarding the terrible suffering of the numerous victims of such crimes and providing a lamentable disservice to the*

Myrna Mack, Trindade spiega: “*It is my understanding that this is a case of aggravated international responsibility of the State, demonstrated by the aforementioned facts and abusive resort to the so-called “official secret,” leading to an obstruction of justice*”.³¹⁸ Secondo Trindade, il positivismo giuridico non ha fatto altro che ridurre la responsabilità degli Stati ad una mera questione di riparazione del danno ad un livello di relazione tra lo Stato che commette l’illecito e lo Stato leso, senza che circostanza aggravante alcuna sia stabilita nel caso in cui un elemento di intenzionalità sia rilevato in merito alla condotta dello Stato.³¹⁹ Secondo Cançado Trindade, il Progetto di articoli del 2001 non renderebbe giustizia alle avanzate elaborazioni concettuali di Ago e Arangio Ruiz. Il fatto stesso che l’articolato affronti i dettagli riguardanti le contromisure, tralasciando concetti quali ‘crimini internazionali’ o ‘crimini di Stato’, “*reflects the world in which we live*”.³²⁰ I ‘crimini di Stato’, dunque, come violazioni gravi del diritto internazionale dovrebbero comportare una ‘responsabilità aggravata’. In genere, coloro che si oppongono all’esistenza di ‘crimini di Stato’ legano tale concetto ad un’analogia con il diritto penale così come inteso nell’ordinamento nazionale: un’analogia che risulta errata e che non trova basi nelle originarie intenzioni di Ago, ai tempi in cui il concetto di ‘*crimes of state*’ venne elaborato. Ancora, Cançado Trindade spiega che la responsabilità dello Stato non è né esclusivamente civile né esclusivamente penale, ma è una ‘responsabilità collettiva’ dello Stato al fianco della responsabilità penale individuale e contiene aspetti ‘civili’ e ‘penali’ allo stato attuale di evoluzione del diritto internazionale³²¹. Egli critica l’approccio adottato dalla Corte interamericana, che rimane ad oggi confermato, che esclude le forme di ‘*exemplary or punitive compensation*’.³²² Infatti, il risarcimento del danno non è l’unica forma di riparazione

evolution of contemporary international law”, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, IACtHR, *Goiburù et. al v. Paraguay*, Judgement, 22 September 2006, Serie C No. 153, par. 17.

³¹⁸ IACtHR, *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, Judgement, 25 November 2003, Series C. No. 101, par. 2.

³¹⁹ *Myrna Mack*, *cit.*, par. 5.

³²⁰ *Myrna Mack*, *cit.*, par. 8.

³²¹ *Myrna Mack*, *cit.*, par. 36. Non tutti i passaggi del ragionamento di Cançado Trindade ci sembrano condivisibili, soprattutto quando afferma che l’impunità continuerà a persistere fino a quando i tribunali sui diritti umani non potranno pronunciarsi sulla responsabilità penale degli individui e i tribunali penali internazionali non si potranno pronunciare sulla responsabilità degli Stati.

³²² ZIMMERMANN A., TEICHMANN M., *op. cit.*, pp. 306-307.

dell'illecito in diritto internazionale, ma esisterebbero invece altre forme che sono a tutti gli effetti esistenti in diritto internazionale e che secondo il giudice sono a tutti gli effetti presenti nelle forme di riparazione accordate dalla Corte. Secondo tale linea di pensiero i crimini di Stato dovrebbero quindi comportare una responsabilità aggravata. Tuttavia, come è stato notato, uno dei punti deboli di tale visione è che non si riesce fino in fondo a comprendere quale sia il contenuto di tale responsabilità aggravata³²³, in quanto Cançado Trindade enuncia forme di riparazione che sono in effetti già applicate dalla Corte interamericana³²⁴ e lo stesso dovere di perseguire e punire i responsabili sussiste anche per violazioni minori, che non assurgono al livello di crimini di Stato nel senso indicato dal giudice.

Sebbene quindi queste teorie possano risultare interessanti per la presente ricerca in quanto si tratta comunque di riflessioni su quella che abbiamo definito la 'dimensione statale', è dubbio se l'esistenza di 'crimini di Stato' possa aggiungere davvero qualcosa di sostanziale all'attuale panorama di diritto internazionale. A nostro avviso, la questione sembra essere più simbolica che altro e ci pare invece che, come vedremo meglio nei prossimi paragrafi, sia più importante cercare di sviluppare gli obblighi esistenti e cercare modi sempre più efficaci per vincolare gli Stati e monitorarli nel rispetto di tali obblighi.

4.4 Obblighi degli Stati in relazione ai crimini internazionali. Prospettive e sviluppi futuri

Il nostro obiettivo con la presente trattazione era quello di andare più a fondo in merito agli obblighi degli Stati in relazione ai crimini internazionali, avendo potuto constatare nel precedente capitolo che i trattati internazionali in materia, o almeno alcuni di essi, sono insoddisfacenti nello stabilire obblighi di incorporare e di investigare e perseguire i responsabili di crimini internazionali: obblighi che sono di primaria importanza per un'efficace repressione di tali crimini. Una volta constatate queste lacune, abbiamo cercato di oltrepassare il quadro degli specifici trattati in

³²³ DOUCET, *op. cit.*, pp. 338-339.

³²⁴ V. *supra*. pp.139-142.

materia di crimini internazionali e di indirizzarci altrove per indagare circa la natura degli obblighi relativi ai crimini internazionali. Abbiamo quindi preso in considerazione il regime di responsabilità degli Stati, che stabilisce una responsabilità aggravata per le violazioni di norme di *jus cogens*, tra cui rientrano le norme che proibiscono i crimini internazionali. Il Progetto di articoli della CDI sembra in effetti su una tale linea, in quanto, come abbiamo potuto vedere, stabilisce una disciplina speciale per le 'violazioni di norme di *jus cogens*'. Una prima osservazione riguarda il fatto che questo regime 'speciale' sembra forse essere tale solo sulla carta: tale responsabilità 'speciale' si traduce in un generico obbligo di cooperazione a carico di tutti gli Stati, in un obbligo di non riconoscere il risultato di tali violazioni e nella più generale possibilità da parte degli Stati di invocare la responsabilità di qualsiasi Stato che abbia violato tali norme, indipendentemente dal fatto che tale Stato possa definirsi o meno leso da una tale violazione, in ossequio all'idea che tali norme comportino obblighi *erga omnes*. Tale regime di responsabilità è però vuoto di reali significati se lo si valuta in una chiave di lettura più pragmatica, ovvero se si pensa all'efficacia di un tale regime, in quanto riconoscendo a tali norme il più alto valore nella scala dell'ordinamento internazionale, sarebbe forse lecito aspettarsi qualcosa di più. In particolare, è importante sottolineare che, sebbene il Progetto della CDI offra l'occasione per effettuare interessanti riflessioni in relazione al tema della presente ricerca, è tuttavia vero che esso è limitato alla questione della 'responsabilità dello Stato' e alle conseguenze che discendono dalla violazione da parte degli Stati di norme di *jus cogens*, tra le quali figurano le norme che proibiscono i crimini internazionali. Spostando l'attenzione al campo dei diritti umani si può notare che - sebbene anche in tale campo lo Stato sia responsabile per le violazioni dei diritti umani sulla base delle norme codificate nel Progetto della CDI - la prospettiva sia diversa in quanto i trattati internazionali sui diritti umani hanno ad oggetto nello specifico i diritti degli individui e stabiliscono determinati obblighi in capo agli Stati. In particolare, i trattati internazionali sui diritti umani si occupano di obblighi primari più che di obblighi secondari: tra i primi vi sono gli obblighi positivi dello Stato, analizzati con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte interamericana, la quale ha

affermato l'obbligo degli Stati di prevenire, investigare e punire i responsabili di gravi violazioni dei diritti umani.

Si può anche aggiungere che i due campi esaminati sono ben diversi l'uno dall'altro e si può dire sia diversa anche la concezione del diritto internazionale che ne sta alla base. Il Progetto di articoli della CDI rispecchia la più tradizionale e forse conservatrice delle idee del diritto internazionale, ossia che esso sia un diritto degli Stati e per gli Stati.³²⁵ Nel secondo campo invece, sebbene le norme relative ai diritti umani siano contenute in trattati internazionali, stipulati quindi tra Stati sovrani, esse si indirizzano agli individui e gli obblighi che lo Stato assume non si configurano soltanto come obblighi assunti nei confronti degli Stati, ma come obblighi nei confronti di tutti gli individui posti sotto la sua giurisdizione.³²⁶ Si potrebbe infatti affermare che un determinato Stato assuma degli obblighi nei confronti di tutti gli altri Stati di rispettare i diritti umani dei cittadini di questi ultimi qualora essi siano sotto la sua giurisdizione. Tuttavia, è innegabile affermare che non è questa l'essenza stessa dei diritti umani, in quanto le norme che sono poste a protezione degli stessi vanno al di là di qualsiasi legame di nazionalità e, per riprendere le parole della Corte interamericana nel caso *Velasquez Rodriguez*, essi più che da logiche di nazionalità trovano la loro base nell'idea di dignità umana di tutti gli individui.³²⁷

Vi è però un'ulteriore osservazione da effettuare. Da una parte, abbiamo parlato di un regime di responsabilità per 'violazioni di norme di *jus cogens*' e, dall'altro

³²⁵ Anche se abbiamo detto che delle aperture ad altri soggetti si possono riscontrare nel Progetto di articoli: v. *supra* p. 130 (nota 286).

³²⁶ "The Draft Rules on State Responsibility postulate a broader concept of an 'injured state' for purposes of invoking the responsibility of a state. It defines an injured states one which has suffered a breach of a duty owed to it individually or as part of a group of states or the international community as a whole. To this extent, these rules are abreast of the developments of international law as regards the widening of the standing to enforce international human rights law. However they completely ignore the idea of state responsibility to individuals as direct beneficiaries and claimants of rights, thereby ignoring the practice and jurisprudence in international human rights law over the past six decades establishing that individuals can and have been enforcing their international human rights through international fora and mechanisms", CHIRWA D. M., *State Responsibility for Human Rights*, in Baderin M. A., Ssenyonjo M. (ed.), *International Human Rights Law: Six Decades After the UDHR and Beyond*, Ashgate, Surrey, 2010, p. 402.

³²⁷ È stato giustamente osservato come sia fuorviante il fatto stesso che essi siano contenuti in trattati, in quanto porterebbe erroneamente a pensare a diritti di tipo contrattualistico riconosciuti dagli Stati. Si richiama ancora una volta quanto affermato da Mégret, il quale osserva: "Inevitably, this creates a tension between the substance of human rights, and the form they take, between the idea of right as inherent to the human person and the fact that they only have their action internationally to the extent they are recognized in, especially, treaties", MÉGRET F., *op. cit.*, p. 125.

lato, di obblighi degli Stati per ‘gravi violazioni dei diritti umani’: tutto ciò non riguarda nello specifico i ‘crimini internazionali’, nel senso stretto del termine. Lo sfuggente e non ben definito concetto di *jus cogens* comprende, ma non è limitato ai ‘crimini internazionali’. Ancora, la ricca e innovativa giurisprudenza della Corte interamericana riguarda violazioni di ‘diritti umani’, ma non riguarda ‘crimini internazionali’ nel senso stretto del termine. Ma è forse opportuno soffermarci meglio su questo punto. Relativamente alle sentenze della Corte interamericana, in diversi casi essa ha qualificato determinati atti come ‘crimini contro l’umanità’, tuttavia la Corte ha constatato violazioni del ‘diritto alla vita’, piuttosto che del ‘diritto a non essere sottoposti a sparizioni forzate’, o ancora violazioni riguardanti la proibizione della tortura. La categoria di ‘crimini contro l’umanità’ è stata quindi evocata da un punto di vista simbolico da parte della Corte, giustamente soltanto simbolico dato che la Corte ha una giurisdizione limitata a quei diritti che sono protetti dalla convenzione. Affermare però la responsabilità di uno Stato per violazione del diritto alla vita o di sparizioni forzate non corrisponde al concetto dei ‘crimini contro l’umanità’, sebbene essi siano effettivamente menzionati nelle pronunce della Corte. In sostanza, abbiamo intrapreso questa indagine per cercare di comprendere se fosse possibile individuare degli obblighi specifici degli Stati in tema di crimini internazionali, ma né nel campo della responsabilità dello Stato né nel campo dei diritti umani abbiamo trovato risposte alle problematiche sollevate. Rimane infatti la sensazione di un quadro frammentato e l’assenza di obblighi per gli Stati, almeno per quanto riguarda alcuni dei crimini internazionali presi in considerazione.

Si potrebbe in ultimo far ricorso a quell’interpretazione che fa discendere specifiche conseguenze dalla natura cogente delle previsioni relative ai crimini internazionali.³²⁸ In particolare, in un noto caso l’ICTY ha affermato:

Furthermore, at the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the *jus cogens* character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a

³²⁸ Si rinvia al contributo di Bassiouni: BASSIOUNI C., *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, in 59 *Law and Contemporary Problems* 63 (1996).

territory under its jurisdiction. Indeed, it would be inconsistent on the one hand to prohibit torture to such an extent as to restrict the normally unfettered treaty making power of sovereign States, and on the other hand bar States from prosecuting and punishing those torturers who have engaged in this odious practice abroad. This legal basis for States' universal jurisdiction over torture bears out and strengthens the legal foundation for such jurisdiction found by other courts in the inherently universal character of the crime. It has been held that international crimes being universally condemned wherever they occur, every State has the right to prosecute and punish the authors of such crimes. As stated in general terms by the Supreme Court of Israel in Eichmann, and echoed by a USA court in Demjanjuk, "it is the universal character of the crimes in question [i.e. international crimes] which vests in every State the authority to try and punish those who participated in their commission".³²⁹

Questo passaggio spesso citato sembra affermare che il carattere cogente della proibizione della tortura conferisce ad ogni Stato il potere di indagare, perseguire, punire ed estradare coloro che sono accusati di tortura. Tuttavia, una simile affermazione è di portata molto più limitata di quanto sembri. Si afferma infatti che uno Stato ha la 'possibilità' di stabilire una giurisdizione di tipo universale sui crimini internazionali, data la natura cogente delle norme che ne sono alla base. Non si ragiona in termini di 'obblighi' e non si afferma che gli Stati debbano stabilire una giurisdizione universale o che debbano perseguire o estradare i presunti responsabili di crimini internazionali. In sostanza, si pone nuovamente il problema relativo alla necessità che chiari obblighi siano imposti agli Stati in tema di crimini internazionali, in particolare per quanto concerne crimini contro l'umanità, crimini di guerra che non sono 'grave breaches' e crimini di guerra in conflitto armato interno.

4.4.1 Verso una convenzione sui crimini contro l'umanità?

Di recente la Commissione di Diritto internazionale ha intrapreso un nuovo studio volto a elaborare una convenzione sui crimini contro l'umanità.³³⁰ La CDI ha

³²⁹ *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Trial Chamber, Judgement, 10 December 1998, par. 156.

³³⁰ SADAT L. N., PIVNICHNY D. J., *Towards a New Global Treaty on Crimes Against Humanity*, in *EJIL: Talk!* (<http://www.ejiltalk.org/towards-a-new-global-treaty-on-crimes-against-humanity/>, ultimo accesso: 31 ottobre 2015); SADAT L. N., PIVNICHNY D. J., *The Crimes Against Humanity Initiative*

incluso per la prima volta questo argomento nel suo programma di lavoro nel 2013, sulla base di un Rapporto preparato dal Prof. Sean Murphy.³³¹ Importante è stata anche un'iniziativa sviluppatasi nel mondo accademico, la *Crimes against Humanity Initiative*³³², che ha dato il giusto impulso al nuovo studio della CDI e nell'ambito della quale è stata prodotta un'interessante proposta di convenzione in tema di crimini contro l'umanità.³³³

Il primo Rapporto del Relatore speciale Sean Murphy³³⁴ offre l'occasione per capire le motivazioni e le sfide nella redazione di una futura convenzione sui crimini contro l'umanità. In particolare, si osserva che sono in genere tre le categorie di 'core crimes' su cui si basa la giurisdizione dei tribunali penali internazionali: genocidio, crimini di guerra e crimini contro l'umanità. Tuttavia, soltanto le prime due sono oggetto di trattati universali che impongono agli Stati di prevenire e punire tali condotte e di cooperare a tal fine. Questo è strano se si considera che proprio i crimini contro l'umanità possono essere i crimini più comuni, in quanto non necessariamente commessi nel corso di un conflitto armato e in quanto non richiedono la prova di un intento specifico. In aggiunta, si sottolinea nel Rapporto in questione, esistono già trattati focalizzati sulla prevenzione, punizione e cooperazione interstatale per crimini diversi e meno noti, quali per esempio la corruzione o il crimine organizzato. Anche se è vero che alcuni trattati hanno ad oggetto condotte quali tortura o sparizioni forzate, che a certe condizioni possono costituire crimini contro l'umanità, questi trattati non riguardano i crimini contro l'umanità in quanto tali. Proprio per questo si riconosce che una convenzione globale sui crimini contro l'umanità "appears to be a key missing piece in the current

and Recent Developments towards a Treaty (<http://opiniojuris.org/2014/09/14/guest-post-crimes-humanity-initiative-recent-developments-towards-treaty/>, ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

³³¹ Report to the International Law Commission, Report of the Working Group on the Obligation to Extradite or Prosecute (*aut dedere aut judicare*), 22 July 2013, U.N. Doc. A/CN.4/L.829.

³³² Per ulteriori informazioni si rinvia al sito: <http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/> (ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

³³³ V. *infra* p. 151.

³³⁴ *First report on crimes against humanity*, International Law Commission, Sixty-seventh session, A/CN.4/680, Geneva, 4 May-5 June and 6 July-7 August 2015 (http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2371&context=faculty_publications, ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

framework of international law and, in particular, international humanitarian law, international criminal law and international human rights law".³³⁵

Una convenzione potrebbe aiutare a stigmatizzare tali crimini e porre l'attenzione sulla necessità di prevenirli e punirli e potrebbe aiutare ad armonizzare le leggi nazionali, aprendo la porta ad una maggiore cooperazione per la prevenzione, per le indagini, per la punizione o l'estradizione dei responsabili di tali crimini. Inoltre: "*In building a network of cooperation, as has been done with respect to other offences, sanctuary would be denied to offenders, thereby — it is hoped — helping both to deter such conduct ab initio and to ensure accountability ex post*".³³⁶

In questo primo Rapporto si trattano le prime questioni di rilevanza per il lavoro della Commissione: il concetto di crimini contro l'umanità e la sua storia, ma anche questioni quali le reazioni degli Stati di fronte all'idea di una convenzione sui crimini contro l'umanità³³⁷ e il rapporto della futura convenzione con lo Statuto della Corte penale internazionale.³³⁸

Una delle parti forse più interessanti del Rapporto è quella in cui si riportano i dati di una ricerca condotta sulle normative interne in tema di crimini contro

³³⁵ *First Report on Crimes against Humanity*, par. 12.

³³⁶ *First Report on Crimes against Humanity*, par. 12.

³³⁷ Interessante notare che un gran numero di Stati ha accolto favorevolmente l'inserimento di tale argomento nel programma di lavoro della CDI. Alcuni Stati però hanno espresso dubbi per quanto concerne la reale utilità di una convenzione su una tale tematica, in quanto non esiste nessuna lacuna, data la presenza dello Statuto di Roma. Si vedano: Francia (A/C.6/69/SR.22, par. 37); Malaysia (A/C.6/69/SR.27, par. 54); Paesi Bassi (A/C.6/69/SR.20, par. 15-16); Sudafrica (A/C.6/68/SR.18, par. 114). Altri ancora hanno sottolineato come un trattato limitato ai crimini contro l'umanità non avrebbe molto senso e sarebbe di gran lunga preferibile un trattato esteso a tutti i crimini internazionali che sia però incentrato sull'aspetto della mutua cooperazione tra gli Stati (Paesi Bassi, A/C.6/69/SR.20, par. 15-17; Irlanda, A/C.6/69/SR.19, par. 177). Si rinvia a: *First Report on Crimes against Humanity*, pp. 8-9.

³³⁸ Nel primo Rapporto si sottolinea come una prima questione da affrontare sia il rapporto di quella che sarà la futura convenzione sui crimini contro l'umanità con gli altri trattati internazionali rilevanti. Infatti, molte delle condotte che costituiscono crimini contro l'umanità (qualora commesse nel corso di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile) sono oggetto di altri trattati internazionali: si pensi alla Convenzione sulla tortura o alla Convenzione sul genocidio. Per questo il Rapporto tiene a specificare: "*A convention on crimes against humanity should build upon the text and techniques of relevant existing treaty regimes, but should also avoid any conflicts with those regimes*", *First Report on Crimes against Humanity*, p. 10. In particolare, si sottolinea che la futura convenzione dovrà evitare conflitti con lo Statuto di Roma, dato l'elevato numero di Stati che l'hanno ratificato. La convenzione andrebbe quindi, da un lato, quindi a riprendere lo Statuto di Roma, per esempio per quanto riguarda la definizione dei crimini contro l'umanità di cui all'art. 7. Dall'altro lato però, essa affronterebbe tutta una serie di questioni che non sono presenti nello Statuto di Roma e che rivestono una grande importanza, quali, per esempio, l'obbligo degli Stati di incorporare i crimini contro l'umanità nei propri ordinamenti.

l'umanità,³³⁹ il quale non fa che confermare quello che è il filo conduttore della presente ricerca. Secondo tale studio, il 54% degli Stati membri delle Nazioni Unite (104 su 193) ha una qualche sorta di normativa in tema di crimini contro l'umanità. I restanti membri (89 su 193) sembrano invece esserne sprovvisti. Ancora, circa il 66% degli Stati parte allo Statuto di Roma (80 su 121) ha una qualche normativa in tema di crimini contro l'umanità, mentre il 44% (41 su 121) non hanno adottato una legislazione in merito.

Sempre lo stesso studio ha inoltre condotto un'indagine di tipo qualitativo su un gruppo di 83 Stati. Dal momento che 12 di questi non avevano alcuna normativa sui crimini contro l'umanità, il campione di Stati si è ridotto a 71. I risultati hanno rivelato che solo il 41% possedeva effettivamente una normativa specifica sui crimini contro l'umanità (34 su 83). Dei 58 Stati parte dello Statuto di Roma sugli 83 Stati presi in considerazione, il 48% possedeva una legislazione specifica sui crimini contro l'umanità (28 su 58). Dei 34 Stati solo il 29% aveva adottato la definizione di cui all'art. 7 dello Statuto di Roma. Considerando dunque il campione di 83 Stati, solo il 12% adottava la formulazione dell'art. 7 dello Statuto di Roma (10 su 83). La maggior parte dei 34 Stati con una normativa specifica in tema di crimini contro l'umanità non risultava in linea con l'art. 7 dello Statuto di Roma: precisamente, il 71% di essi presentava una normativa dove mancavano gli elementi chiave presenti all'art. 7 dello Statuto (24 su 34). È stata inoltre condotta un'ulteriore indagine, tesa a vedere se i 34 Stati con una normativa specifica sui crimini contro l'umanità potessero o meno esercitare giurisdizione su non cittadini che avessero commesso un crimine all'estero ai danni di non cittadini. I risultati hanno portato alla luce che circa il 62% degli Stati (21 su 34) poteva esercitare un tale tipo di giurisdizione, il che sta a significare che soltanto il 25% degli Stati del campione considerato poteva esercitare un tale tipo di giurisdizione sui crimini contro l'umanità (21 su 83). Se si prendono in considerazione i 58 Stati parte allo Statuto di Roma, si evince che il 33%

³³⁹ International Human Rights Law Clinic, George Washington University Law School, Comparative Law Study and Analysis of National Legislation Relating to Crimes against Humanity and Extraterritorial Jurisdiction (2013), updated and reprinted in part in Arturo J. Carrillo & Annalise K. Nelson, Comparative Law Study and Analysis of National Legislation Relating to Crimes Against Humanity and Extraterritorial Jurisdiction, 46 *The George Washington Int'l Law Rev* 481 (2014) (http://www.law.gwu.edu/Academics/EL/clinics/IHRC/Documents/CAH_Final_Web.pdf, ultimo accesso: 31 ottobre 2015).

di essi ha una legislazione specifica sui crimini contro l'umanità con possibilità di esercitare una giurisdizione di tipo universale (19 su 58)³⁴⁰. Questi dati aiutano ad avere una panoramica di quello che è lo stato dell'adeguamento degli ordinamenti interni in tema di crimini contro l'umanità.

È altrettanto interessante analizzare un po' più da vicino le principali caratteristiche della Proposta di convenzione³⁴¹ elaborata nell'ambito della *Crimes against Humanity Initiative*. La Convenzione proposta consta di circa una ventina di articoli e risulta interessante e in certe sue parti innovativa. L'art. 1, rubricato "*Nature of the Crime*", apre la Convenzione e afferma:

Crimes against humanity, whether committed in time of armed conflict or in time of peace, constitute crimes under international law for which there is individual criminal responsibility. In addition, States may be held responsible for crimes against humanity pursuant to principles of State responsibility for internationally wrongful acts³⁴².

Questo articolo di apertura contiene un riconoscimento dell'importanza tanto della responsabilità penale individuale, quanto della responsabilità dello Stato per atti illeciti. In questo modo, si afferma la responsabilità penale dell'individuo per crimini contro l'umanità sulla base del diritto internazionale, la quale, sebbene già presente nel diritto internazionale consuetudinario, verrebbe codificata in un apposito trattato internazionale; dall'altra parte non si dimentica il profilo della responsabilità dello Stato, che abbiamo visto essere assente in un trattato come lo Statuto di Roma, il quale è dedicato a regolamentare la giurisdizione della Corte penale internazionale sui crimini commessi da individui. Si riconosce quindi che gli Stati possono essere ritenuti responsabili per i crimini contro l'umanità in conformità con i principi che riguardano la responsabilità dello Stato per atti illeciti.

Il secondo articolo, "*Object and Purposes of the Present Convention*", offre una lista degli obiettivi della Convenzione e identifica l'oggetto degli articoli successivi. Il primo paragrafo reca una disposizione generale in base a cui gli Stati parte

³⁴⁰ *First Report on Crimes against Humanity*, pp. 31-32.

³⁴¹ *Proposed International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity*, Washington University School of Law Whitney R. Harris World Law Institute Crimes Against Humanity Initiative, August 2010 (<http://law.wustl.edu/harris/cah/docs/EnglishTreatyFinal.pdf>, ultimo accesso: 31 ottobre 2015). D'ora in poi: '*Proposed International Convention on Crimes against Humanity*'.

³⁴² Art. 1, *Proposed International Convention on Crimes against Humanity* (2010).

concordano di prevenire i crimini contro l'umanità e di effettuare indagini, perseguire e punire i responsabili di tali crimini, riconoscendo in tal modo l'importanza di 'tre pilastri', come spiega il commento stesso alla nota esplicativa: prevenzione, repressione e una '*capacity-building*' effettiva degli Stati nella prevenzione e repressione dei crimini contro l'umanità. Il secondo paragrafo entra invece più nel dettaglio affermando:

To these ends, each State Party agrees:

(a) To cooperate, pursuant to the provisions of the present Convention, with other States Parties to prevent crimes against humanity;

(b) To investigate, prosecute and punish persons responsible for crimes against humanity fairly and effectively;

(c) To cooperate, pursuant to the provisions of the present Convention, with other States Parties, with the International Criminal Court if the State is a Party to the Rome Statute, and with other tribunals established pursuant to an international legal instrument having jurisdiction over crimes against humanity, in the fair and effective investigation, prosecution and punishment of persons responsible for crimes against humanity; and

(d) To assist other States Parties in fulfilling their obligations in accordance with Article 8 of the present Convention.³⁴³

Il secondo paragrafo si articola in quattro punti fondamentali, dove grande rilievo è accordato alla cooperazione: innanzitutto, cooperazione con gli altri Stati per la prevenzione dei crimini contro l'umanità. Il secondo punto non riguarda l'aspetto della cooperazione, bensì i doveri di ciascuno Stato parte della Convenzione di svolgere indagini, perseguire e punire i responsabili dei crimini in modo equo ed effettivo. In terzo luogo, gli Stati concordano di cooperare nello svolgimento delle indagini e nel perseguire i responsabili, non soltanto tra di loro, ma anche con i tribunali penali internazionali che abbiano giurisdizione;³⁴⁴ in ultimo, gli Stati concordano di prestare assistenza agli altri Stati parte nell'adempimento dei propri obblighi conformemente all'art. 8 della Convenzione. L'art. 8 della Convenzione è una norma di grande importanza, in quanto è dedicata agli 'obblighi degli Stati parte'. Il primo paragrafo è di carattere generale e afferma che gli Stati sono tenuti ad

³⁴³ Art. 2(2), Proposed International Convention on Crimes against Humanity (2010).

³⁴⁴ Come sottolineato nel commento all'articolo della Proposta di Convenzione, l'obbligo di cooperare con la Corte penale internazionale viene stabilito in riferimento agli Stati che sono parte dello Statuto di Roma.

attuare quanto previsto dalla Convenzione e che a tal fine devono intraprendere i passi necessari e attuare le misure adeguate, conformemente alla Carta delle Nazioni Unite. I successivi commi si concentrano su diverse questioni verso cui l'azione degli Stati si deve indirizzare: A. 'Legislation and Penalties'; B. 'Investigation and Prosecution'; C. 'Prevention'; D. 'Cooperation'; E. 'Capacity-Building'.

Al paragrafo 2 si rinviene una formula nota alla maggior parte delle convenzioni dedicate alla repressione di comportamenti illeciti: si richiede agli Stati parte di recepire i crimini contro l'umanità come '*serious offences*' nei propri ordinamenti e di prevedere delle pene adeguate alla gravità delle condotte oggetto della Convenzione.³⁴⁵ Il paragrafo 5 afferma invece che gli Stati devono adottare le misure legislative e altre misure che si rendano necessarie per garantire alle vittime di crimini contro l'umanità un accesso equo ed effettivo alla giustizia, nonché un diritto ad una pronta, adeguata ed effettiva riparazione per il danno subito, incluso, laddove appropriato, restituzione, risarcimento del danno, riabilitazione, soddisfazione e garanzie di non ripetizione dell'illecito.³⁴⁶ Il sesto paragrafo contiene un'innovazione rispetto a convenzione analoghe. Esso afferma infatti che gli Stati devono adottare le misure necessarie al fine di prevedere una responsabilità delle persone giuridiche. Questo deve essere però fatto conformemente all'ordinamento degli Stati e la responsabilità delle persone giuridiche può essere penale, civile o amministrativa.³⁴⁷

³⁴⁵ Art. 8(2): "*Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish crimes against humanity as serious offenses under its criminal law, as well as its military law, and make such offenses punishable by appropriate penalties which take into account the grave nature of those offenses, the harm committed, and the individual circumstances of the offender. In addition, such a person may be barred from holding public rank or office, be it military or civilian, including elected office*", Proposed Convention on Crimes against Humanity (2010).

³⁴⁶ Art. 8(5): "*Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure in its legal system that the victims of crimes against humanity have the right to equal and effective access to justice, and the right to adequate, effective and prompt reparation for harm suffered, including, where appropriate: (a) Restitution; (b) Compensation; (c) Rehabilitation; (d) Satisfaction, including restoration of reputation and dignity; and (e) Measures to ensure non-repetition. Each State Party shall ensure that, in the event of the death of a victim of crimes against humanity, his or her heirs shall be entitled to the same rights to equal and effective access to justice, and to adequate, effective and prompt reparation*", Proposed Convention on Crimes against Humanity (2010).

³⁴⁷ Art. 8(6): "*Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary, consistent with its legal principles, to establish the liability of legal persons for participation in crimes against humanity. Subject to the legal principles of the State Party, the liability of legal persons may be criminal, civil or administrative. Such liability shall be without prejudice to the criminal liability of the natural persons who have committed the offense. Each State Party shall, in particular, develop administrative measures designed to provide reparation to victims, and to ensure that legal persons*

In relazione invece alle indagini e alle azioni penali, sono rilevanti i paragrafi successivi, dove si riprende la formula che si ritrova in altre convenzioni, quale per esempio quella sui bombardamenti terroristici, e si afferma che una volta ricevuta notizia circa la presenza di un sospettato sul proprio territorio, lo Stato in questione deve prendere tutte le misure che si rendano necessarie in base alla propria legge interna per indagare sui fatti in questione e, qualora l'informazione si rivelasse corretta, lo Stato dovrà intraprendere le dovute azioni penali.³⁴⁸

Importante per quanto riguarda la lotta all'impunità per i crimini contro l'umanità è il principio *aut dedere aut judicare*, che nella Proposta di Convenzione viene affermato in tre articoli diversi: l'art. 8(9) riconosce il principio *aut dedere aut iudicare*; l'art. 9 è appositamente dedicato a tale principio e lo enuncia nel dettaglio; l'art. 10(3), "*Jurisdiction*", si assicura che, al di là dei classici titoli giurisdizionali, gli Stati adottino tutte le misure interne necessarie per esercitare la propria giurisdizione nel caso in cui un sospettato sia presente sul loro territorio, anche qualora non esistano legami di alcun tipo con il crimine in questione (territorialità, nazionalità attiva o passiva).³⁴⁹

La Proposta elaborata è attenta anche ad altri trattati internazionali esistenti, in particolare allo Statuto di Roma, su cui vi è stata la convergenza di un gran numero

held liable in accordance with this article are subject to effective, proportionate and dissuasive criminal or non-criminal sanctions, including monetary sanctions", Proposed Convention on Crimes against Humanity (2010).

³⁴⁸ Art. 8: "7. Upon receiving information that a person who has committed or who is alleged to have committed crimes against humanity may be present in its territory, the State Party concerned shall take such measures as may be necessary under its domestic law to investigate the facts contained in the information.

8. Upon being satisfied that the circumstances so warrant, the State Party in whose territory the person who has committed or who is alleged to have committed crimes against humanity is present shall take the necessary and appropriate measures under its domestic law so as to ensure that person's presence for the purpose of prosecution or extradition". Proposed Convention on Crimes against Humanity (2010).

³⁴⁹ Art. 9: "1. Each State Party shall take necessary measures to establish its competence to exercise jurisdiction over crimes against humanity when the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction, unless it extradites him or her to another State in accordance with its international obligations or surrenders him or her to the International Criminal Court, if it is a State Party to the Rome Statute, or to another international criminal tribunal whose jurisdiction it has recognized.

2. In the event that a State Party does not, for any reason not specified in the present Convention, prosecute a person suspected of committing crimes against humanity, it shall, pursuant to an appropriate request, either surrender such a person to another State willing to prosecute fairly and effectively, to the International Criminal Court, if it is a State Party to the Rome Statute, or to a competent international tribunal having jurisdiction over crimes against humanity", Proposed Convention on Crimes Against Humanity (2010).

di Stati. Non stupisce quindi che la proposta cerchi di allinearsi con le nozioni che si rinvenivano nello stesso. Difatti, l'art. 3 riprende la definizione di crimini contro l'umanità presente nello Statuto di Roma, che viene seguito anche per gli articoli successivi che riguardano le forme di partecipazione al crimine³⁵⁰ e la responsabilità del superiore.

Una parte interessante della Proposta di convenzione è dedicata alla prevenzione di crimini contro l'umanità, aspetto che è in genere un po' trascurato nelle convenzioni di questo tipo.³⁵¹ Il paragrafo 12 afferma genericamente che gli Stati devono impegnarsi a prendere tutte le misure necessarie per prevenire i crimini contro l'umanità. A questa generica affermazione seguono una serie di esempi e si afferma che manifestazioni di odio razziale, etnico o religioso che costituiscono un incitamento alla discriminazione, all'ostilità e alla violenza devono essere proibite dalle leggi. A tal fine, gli articoli successivi specificano che gli Stati possono richiamare l'attenzione di organi delle Nazioni Unite o delle organizzazioni regionali cui essi appartengono affinché siano intraprese azioni, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite. Ancora, gli Stati devono sviluppare dei programmi educativi e di informazione sui crimini contro l'umanità, compresi corsi per agenti di polizia, militari o altri funzionari dello Stato. In ultimo, ogni Stato deve assicurarsi che ordini o istruzioni che prevedono, incoraggiano o autorizzano i crimini contro l'umanità siano proibiti e deve altresì garantire che le persone che disobbediscono a tale tipo di ordini non siano punite.

³⁵⁰ Si veda: art. 4 "*Individual Criminal Responsibility*"; art. 5 "*Responsibility of Commanders and Other Superiors*".

³⁵¹ Una norma simile è contenuta nella convenzione internazionale sulle sparizioni forzate, il cui art. 23 afferma: "*1. Each State Party shall ensure that the training of law enforcement personnel, civil or military, medical personnel, public officials and other persons who may be involved in the custody or treatment of any person deprived of liberty includes the necessary education and information regarding the relevant provisions of this Convention, in order to: (a) Prevent the involvement of such officials in enforced disappearances; (b) Emphasize the importance of prevention and investigations in relation to enforced disappearances; (c) Ensure that the urgent need to resolve cases of enforced disappearance is recognized. 2. Each State Party shall ensure that orders or instructions prescribing, authorizing or encouraging enforced disappearance are prohibited. Each State Party shall guarantee that a person who refuses to obey such an order will not be punished. 3. Each State Party shall take the necessary measures to ensure that the persons referred to in paragraph 1 of this article who have reason to believe that an enforced disappearance has occurred or is planned report the matter to their superiors and, where necessary, to the appropriate authorities or bodies vested with powers of review or remedy*". Per una lista delle convenzioni che contengono obbligo di prevenzione si veda: *First Report on Crimes against Humanity*, pp. 40-43.

L'art. 19, "*Institutional Mechanisms*", è forse la parte più progressista della Proposta di Convenzione, in particolar modo per quanto concerne il tema della presente ricerca e le problematiche che abbiamo finora messo in evidenza. Vengono difatti stabiliti: un'Assemblea degli Stati parte per migliorare la cooperazione tra gli Stati parte e la loro capacità di raggiungere gli obiettivi previsti dalla Convenzione, nonché per promuovere e supervisionare la sua attuazione; un Segretariato; un Comitato composto da dieci membri. Le funzioni di questo Comitato sono simili a quelle di altri comitati stabiliti da trattati internazionali sui diritti umani o sulla repressione di comportamenti illeciti (si pensi ad esempio alla Convenzione internazionale in tema di sparizioni forzate di cui abbiamo precedentemente parlato). Tale Comitato dovrà acquisire informazioni sulle misure prese dagli Stati parte per attuare la Convenzione e sulle difficoltà incontrate dagli stessi, attraverso informazioni fornite dagli Stati parte o attraverso meccanismi supplementari istituiti dal Comitato stesso. Il Comitato dovrà considerare il modo più efficace per ricevere le informazioni di cui sopra, la cui fonte possono essere Stati, organizzazioni internazionali, nonché organizzazioni non governative.

Each State Party shall provide the Committee with information on its programs, plans and practices to implement the present Convention, including:

- (a) The adoption of national implementing legislation;
- (b) The establishment of administrative mechanisms fulfilling the prevention requirements contained in the present Convention;
- (c) Reports on data gathering regarding its obligations under the present Convention including, but not limited to, the number of allegations, investigations, prosecutions, convictions, extraditions and mutual legal assistance requests.³⁵²

In sostanza, il Comitato deve monitorare il rispetto della Convenzione da parte degli Stati e, una volta assunte le informazioni utili da parte degli Stati, può formulare osservazioni e raccomandazioni, nel modo ritenuto più appropriato. Le osservazioni o raccomandazioni del Comitato verranno trasmesse allo Stato parte che potrà rispondere di sua iniziativa o su richiesta del Comitato stesso. Il Comitato ha inoltre la facoltà di richiedere informazioni aggiuntive agli Stati sull'adempimento degli obblighi della Convenzione.

³⁵² Proposed Convention on Crimes Against Humanity (2010).

Ci siamo potuti soffermare su alcuni dei punti fondamentali della Proposta di convenzione, che risulta estremamente interessante proprio alla luce della necessità di un trattato che abbia ad oggetto i crimini contro l'umanità. In particolare, tanto il Primo Rapporto quanto la Proposta di Convenzione stessa riconoscono l'importanza di avere un quadro chiaro in tema di crimini contro l'umanità, dove siano definiti gli obblighi degli Stati in relazione agli stessi. Tuttavia, altro aspetto che emerge e che nella presente trattazione non abbiamo mai smesso di sottolineare è che se stabilire degli obblighi è un passo importante, lo è in egual misura istituire dei meccanismi per monitorare il rispetto di tali obblighi da parte degli Stati. Questo è proprio quanto avviene nel sistema dei diritti umani o quanto avviene, anche se molto parzialmente, nel caso del terrorismo internazionale.

Conclusioni

Non è semplice trarre le conclusioni sul tema della presente ricerca. È evidente in effetti che sono più i dubbi insoluti che le certezze e forse soltanto il tempo e l'evoluzione del diritto internazionale potranno dare delle valide risposte. Ciò non toglie che sia possibile arrivare a formulare delle osservazioni finali che possano giovare al dibattito sul tema dell'adeguamento alle norme in tema di crimini internazionali.

Nel corso della presente ricerca, abbiamo cercato di porci delle chiare domande e la madre di tutte le domande riguardava il motivo per cui un'indagine su questo tema risultasse importante. La risposta a questa prima domanda l'abbiamo rinvenuta nell'evoluzione della giustizia penale internazionale e nel particolare ruolo degli ordinamenti interni nella repressione dei crimini internazionali, che hanno di recente assunto una crescente importanza, come abbiamo più volte avuto l'occasione di ribadire. Da questa premessa abbiamo cercato di andare direttamente al cuore dell'indagine: le problematiche che gli ordinamenti interni incontrano nell'adeguarsi alle norme in tema di crimini internazionali. L'analisi condotta sulle normative degli Stati ha portato alla luce problematiche di diversa natura. Abbiamo osservato che le prime difficoltà possono sorgere in ragione delle specificità di ciascun ordinamento interno, per cui può rendersi necessario riformulare le norme internazionali a livello nazionale. Ancora, vi sono dei problemi che sono dati dalla natura stessa delle norme internazionali, nonché dall'incertezza che circonda la formulazione delle previsioni internazionali: si pensi in particolare alla nozione stessa di 'crimine internazionale' o alla definizione delle singole fattispecie. Ciò che però abbiamo riscontrato è soprattutto la notevole diversità tra le normative nazionali prese in considerazione, anche considerando i Paesi che hanno ratificato lo Statuto della Corte penale internazionale. Proprio in ragione delle specificità di ciascun ordinamento interno, varietà e discrezionalità legislative non sono da valutare negativamente, in quanto, anche qualora vi fosse una normativa internazionale chiara, coerente e non frammentata, non si potrebbe di certo pretendere dalle legislazioni interne identità in ogni loro componente. Tuttavia, sembra che per quanto concerne l'adeguamento degli Stati alle previsioni in tema di crimini internazionali non risulti affatto chiaro a che cosa gli Stati si debbano adeguare. Proprio per questo motivo la nostra attenzione

si è spostata da un esame delle scelte legislative degli Stati e delle relative problematiche ad un altro livello di analisi: il diritto internazionale e, precisamente, gli obblighi degli Stati in tema di crimini internazionali. Come è infatti possibile parlare di adeguamento se non è chiaro a che cosa ci si debba adeguare? Già nel secondo capitolo avevamo avuto modo di constatare come le difficoltà degli Stati nell'incorporare le previsioni relative ai crimini internazionali fossero specchio di un'incoerenza e frammentazione del quadro internazionale stesso. Questo lo abbiamo per esempio osservato in relazione alle singole fattispecie di crimini internazionali e alla natura della responsabilità del superiore. La stessa incertezza circonda però gli obblighi degli Stati in tema di crimini internazionali e a questo proposito sono sorti diversi quesiti. In primo luogo, quali sono i crimini internazionali da incorporare; in secondo luogo, se è sufficiente incorporare le singole fattispecie costituenti crimini internazionali o è necessario adottare una normativa che copra anche altri aspetti, quali immunità, giurisdizione universale o obbligo *aut dedere aut iudicare*. In ultimo, se vi sono dei chiari obblighi in capo agli Stati per quanto concerne l'adeguamento alle previsioni sui crimini internazionali. L'analisi condotta sullo Statuto di Roma e sui trattati internazionali rilevanti non ha dipanato i dubbi iniziali e non ha fornito risposte certe alle domande che ci siamo posti. Nonostante lo Statuto di Roma abbia stimolato gli Stati ad adottare una normativa specifica in tal senso, esso rimane un trattato dedicato a regolare la giurisdizione della Corte penale internazionale e non stabilisce obblighi di incorporare e perseguire i crimini internazionali in esso enunciati. Altri trattati internazionali rilevanti stabiliscono degli obblighi in proposito, ma sembrano rimanerne fuori crimini contro l'umanità e crimini di guerra commessi in contesto di conflitto armato interno. L'analisi ha confermato un quadro incerto e frammentato e, soprattutto, non sembra esserci un regime coerente e uniforme che affronti la questione degli obblighi degli Stati in tema di crimini internazionali. L'idea che ha affascinato buona parte della dottrina è che, dalla natura particolare e dalla gravità che il concetto di crimine internazionale evoca dovrebbero discendere degli obblighi speciali per gli Stati, che siano diversi rispetto ad obblighi esistenti in relazione ad altri crimini che 'internazionali' nel senso stretto del termine non sono. Al contrario, ci si trova di fronte ad un quadro nel quale alcune fattispecie di terrorismo internazionale sono meglio regolate rispetto ai

‘*core crimes*’, quali i crimini contro l’umanità. Nel corso del presente studio abbiamo deciso di tralasciare l’analisi del diritto internazionale consuetudinario, la quale avrebbe prodotto scarsi risultati. Abbiamo cercato quindi di indagare nell’ambito del regime di responsabilità degli Stati in relazione ai crimini internazionali e se vi sono state delle evoluzioni positive nel dinamico settore dei diritti umani. Analizzando il Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale del 2001 abbiamo visto che in esso sono previste delle conseguenze aggiuntive in relazione alla violazione di norme imperative del diritto internazionale, tra le quali rientrano le norme che proibiscono i crimini internazionali. Tuttavia, il Progetto di articoli codifica le conseguenze che discendono dalla violazione da parte degli Stati di norme internazionali, limitandosi, come abbiamo avuto occasione di sottolineare, ai cosiddetti ‘obblighi secondari’. Il Progetto di articoli riguarda infatti la ‘responsabilità dello Stato’. Nell’ambito dei principi codificati nel Progetto di articoli si potrebbe far rientrare un obbligo degli Stati di perseguire e punire i responsabili di crimini internazionali soltanto come conseguenza di una responsabilità dello Stato stesso per crimini internazionali, mentre relativamente alla violazione di norme di *jus cogens* da parte di uno Stato viene stabilita una possibilità per tutti gli Stati di invocare la responsabilità dello Stato autore della violazione. La giurisprudenza delle principali corti nel campo dei diritti umani ha portato notevoli sviluppi, affermando un obbligo degli Stati di prevenire, perseguire e punire le gravi violazioni dei diritti umani. Si tratta di un obbligo che incombe sugli Stati indipendentemente dal sussistere o meno di una loro responsabilità per tali violazioni. In conclusione, non pare si possano individuare con chiarezza degli obblighi speciali per gli Stati in relazione ai crimini internazionali, relegando ad un livello teorico/dottrinale l’idea che in relazione a tali tipologie di crimini debbano sussistere degli obblighi speciali.

D’altro canto, la questione degli obblighi degli Stati in relazione ai crimini internazionali riveste estrema rilevanza in quanto sono proprio gli Stati ad essere in prima linea nella prevenzione e repressione dei crimini internazionali. È quindi importante che, più che da obblighi di diritto internazionale ‘speciali’, che essi siano almeno vincolati da precisi obblighi di diritto internazionale e, in particolare, che essi adottino una legislazione adeguata e perseguano i presunti responsabili di crimini internazionali. Il quadro internazionale però non sembra darci grandi certezze, né a

livello di diritto internazionale consuetudinario, né a livello di diritto internazionale convenzionale.

Abbiamo prima sostenuto che il ‘livello interno’ riflette queste incertezze. Non soltanto diversi Stati non hanno una normativa interna adeguata in tema di crimini internazionali, ma si può anche aggiungere che fra gli Stati che hanno provveduto ad adottare una normativa adeguata in tema di crimini internazionali non vi sia grande uniformità. La domanda che ci si può quindi porre è cosa ne sia dei crimini internazionali a fronte di un quadro così frammentato. All’incertezza della nozione di crimine internazionale e della normativa a livello internazionale si somma quindi un quadro frammentato e caotico a livello delle legislazioni interne degli Stati. Diversi Stati hanno adottato in maniera del tutto autonoma la propria legislazione, anche in assenza di veri e propri obblighi a riguardo (abbiamo visto per esempio il caso dei crimini contro l’umanità). La crescente importanza degli ordinamenti interni ha inoltre determinato una certa enfasi da parte di alcuni sul fatto che il futuro del diritto internazionale risiede negli Stati o sull’idea di una nazionalizzazione del diritto internazionale penale. Si potrebbe in effetti quasi affermare che una volta incorporati nell’ordinamento interno di uno Stato i ‘crimini internazionali’ diventino ‘crimini ordinari’. Alcuni Stati non hanno adottato una legislazione specifica in tema di crimini internazionali, basandosi solo sulla propria normativa ‘ordinaria’, altri seguono lo Statuto di Roma, altri ancora decidono non limitarsi a quest’ultimo e si basano anche su altre fonti internazionali, nonché sulla giurisprudenza internazionale. Altri hanno deciso di stabilire una giurisdizione di tipo universale o l’irrelevanza di eventuali immunità. Tuttavia, non serve a molto il fatto che soltanto pochi Stati abbiano stabilito una giurisdizione di tipo universale, perché, anche se è vero che si può vedere come un processo di sviluppo graduale, il senso stesso di un tale tipo di giurisdizione, così come di un obbligo *aut dedere aut iudicare* è quello di giungere ad un efficace sistema di repressione di tali crimini, contando sulla cooperazione del maggior numero di Stati. Del resto, l’essenza della nozione di crimini internazionali risiede nella gravità degli stessi e nel fatto che la loro repressione diventi una questione di rilevanza per l’intera comunità internazionale. Tale aspetto non dovrebbe però rimanere tale soltanto ad un livello teorico ma dovrebbe essere reso effettivo e non basta che qualche Stato decida autonomamente

di stabilire una giurisdizione universale o un obbligo *aut dedere aut iudicare*. Sebbene, come abbiamo già in precedenza sottolineato, la varietà e le differenze tra normative interne non siano da disdegnare, rimane il fatto che manca un quadro coerente che unisca, da una parte, il livello internazionale e i livelli interni e, dall'altra parte, gli ordinamenti interni stessi. Proprio per tale ragione, servirebbe un trattato internazionale che definisca i crimini internazionali e i relativi obblighi degli Stati. Anche se i soli crimini internazionali a non essere oggetto di un apposito trattato sono i crimini contro l'umanità, sarebbe preferibile un trattato che abbia ad oggetto anche i restanti 'core crimes', genocidio e crimini di guerra. Un trattato che ricalchi la maggior parte dei trattati internazionali in materia penale (es. terrorismo internazionale) e che sia mirato a imporre obblighi specifici agli Stati, rafforzando i meccanismi di cooperazione nella repressione dei crimini internazionali.

La necessità di un trattato in tema di crimini internazionali è del resto sostenuta da diverso tempo. Tuttavia, poco si è parlato di meccanismi per garantire il rispetto degli obblighi in tema di crimini internazionali. Si potrebbe per esempio pensare ad una giurisdizione obbligatoria della Corte internazionale di giustizia, quale foro idoneo per pronunciarsi sugli obblighi degli Stati in tema di crimini internazionali, in modo simile a quanto è previsto nell'ambito della Convenzione sul genocidio del 1948. Possono però essere espressi dubbi sull'accettazione di una simile soluzione da parte degli Stati, ancor di più considerando che la Corte internazionale di giustizia si pronuncia su controversie tra Stati. Sebbene l'opzione della Corte internazionale di giustizia sia sempre aperta e percorribile, un'alternativa più che valida potrebbe essere quella che abbiamo esaminato in relazione alla Proposta di convenzione sui crimini contro l'umanità: un meccanismo di controllo sul rispetto da parte degli Stati dei propri obblighi in tema di crimini internazionali. Come nel campo dei diritti umani, un comitato potrebbe monitorare le misure adottate dagli Stati e l'adempimento degli obblighi da parte degli stessi in modo costante e stimolarli nel caso in cui non siano pienamente in linea con i propri obblighi. Si potrebbe pensare, anche se una simile opzione risulterebbe sicuramente più difficile da attuare, a dei ricorsi individuali davanti a organi appositi, quali un comitato oppure anche corti regionali esistenti. Un tale tipo di soluzione consentirebbe forse di cogliere al meglio l'essenza e lo spirito delle norme internazionali in questione, la cui violazione lede in

modo grave i più basilari diritti degli individui, e offrirebbe un livello di protezione ancora più avanzato rispetto ad altri più blandi meccanismi di controllo. Inoltre, un tale tipo di soluzione potrebbe offrire un contributo più che significativo nella chiarificazione e nello sviluppo degli obblighi degli Stati in tema di crimini internazionali e gioverebbe all'intero sistema di prevenzione e repressione degli stessi. Un comitato istituito sulla base di un trattato avrebbe in tal modo competenza a ricevere ricorsi da parte di individui e, per esempio, avrebbe la competenza per constatare la violazione da parte di uno Stato del divieto di commettere crimini contro l'umanità, oppure potrebbe accertare la violazione degli obblighi di uno Stato di incorporare i crimini contro l'umanità nel proprio ordinamento o, ancora, dell'obbligo di perseguire o estradare un sospettato di crimini internazionali. Di questi tempi si è anche parlato molto di conferire a corti regionali che si occupano di diritti umani una giurisdizione penale sui crimini internazionali, di modo che gli individui responsabili siano da esse giudicati. Nonostante l'idea di utilizzare corti regionali per perseguire gli individui responsabili di crimini internazionali possa senz'altro rappresentare un utile passo in più per perseguire e punire i responsabili di tali crimini, con essa non si giunge a cogliere tutta la complessità della lotta all'impunità in relazione alla commissione di crimini internazionali, ma solo una parte, che è rappresentata appunto dalla dimensione individuale. Un passo ulteriore dovrebbe essere invece quello di sviluppare la dimensione degli obblighi degli Stati in proposito, in quanto si tratta di un aspetto complementare alla prevenzione e repressione dei comportamenti dei singoli individui.

Abbiamo quindi cercato di individuare nel presente lavoro le principali problematiche che riguardano l'adeguamento degli ordinamenti interni al diritto internazionale in tema di crimini internazionali. Abbiamo avuto però modo di riscontrare che un'analisi su un tale tema non può essere limitata agli 'ordinamenti interni' o ad un'indagine su come essi abbiano provveduto a incorporare le previsioni relative ai crimini internazionali. La tematica è invece più complessa e riguarda non soltanto problemi che potremmo definire 'interni' agli Stati, ma è importante comprendere che quando si vuole affrontare le problematiche dell'adeguamento, l'analisi del livello internazionale è di primaria importanza. È proprio il livello internazionale che dovrebbe essere una guida per gli ordinamenti interni e coordinare

l'azione degli Stati nella prevenzione e repressione dei crimini internazionali. Senza questa guida, l'azione degli Stati e le politiche legislative degli stessi si muovono in modo diverso e in varie direzioni, senza coordinamento alcuno. I crimini internazionali negli ordinamenti interni perdono quasi il loro significato e diventano fattispecie ordinarie. A nostro avviso, la vera essenza dei crimini internazionali non risiede soltanto nel particolare contesto in cui sono commessi, ma risiede soprattutto nell'idea che tutti gli Stati debbano operare congiuntamente per porvi fine. Per questa ragione, è importante che questo concetto si rifletta negli ordinamenti degli Stati e che si rifletta almeno nella gran parte degli ordinamenti nazionali, in quanto serve a poco che soltanto alcuni Stati virtuosi abbiano deciso di attuare una normativa in proposito, esercitando, per esempio, una giurisdizione di tipo universale o attuando al loro interno un obbligo *aut dedere aut judicare*. È necessario che si cerchi di ottenere uniformità tra gli ordinamenti interni, pur nelle ovvie differenze che ci sono tra gli stessi. Questa uniformità non può che essere dettata dal diritto internazionale. Un trattato internazionale che delinei in modo chiaro e preciso quali sono gli obblighi degli Stati in tema di crimini internazionali, nell'ottica di creare un quadro efficace di prevenzione e repressione per tali crimini è quindi il cammino su cui si devono indirizzare gli sforzi della comunità internazionale negli anni a venire, in quanto, come sottolineato più volte nel corso della presente trattazione, è vero che i crimini internazionali sono commessi da uomini e non da 'entità astratte', ma è anche vero che sono proprio le 'entità astratte' ad avere il potere e ad essere nella posizione di prevenire, indagare, perseguire e punire coloro che sono responsabili di crimini internazionali.

Bibliografia

Ambos K., *Superior Responsibility* in Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 823

Bantekas I., *Principles of Direct and Superior Responsibility in International Humanitarian Law*, Manchester University Press, Manchester, 2003

Bantekas I., *The interests of States versus the doctrine of superior responsibility*, in 838 *International Review of the Red Cross* 391 (2000)

Basch F. F., *The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers*, in 23 *American University International Law Review* 195 (2007)

Bassiouni C., *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, in 59 *Law and Contemporary Problems* 63 (1996)

Bassiouni C., *International Crimes: The Ratione Materiae of International Criminal Law*, in Bassiouni C. (ed.), *International Criminal Law, vol. 1, Sources, Subjects, and Contents*, 3rd ed., Martinus Nijhoff/Brill, Leiden, Netherlands, 2008

Bestagno F., *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Vita e Pensiero, Milano, 2003

Benvenuti P., *Complementarity of the International Criminal Court to National Criminal Jurisdictions*, in Lattanzi F., Schabas W. (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol. 1, Il Sirente, Roma, 1999, p. 21

Benzing M., *The complementarity regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity*, in 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 591 (2003)

Bergsmo M., *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2010

Bergsmo M., *Occasional Remarks on Certain State Concerns about the Jurisdictional Reach of the International Criminal Court, and Their Possible Implications for the Relationship between the Court and the Security Council*, in 69 *Nordic Journal of International Law* 87 (2000)

Bergsmo M., Harlem M., Hayashi N. (eds.), *Importing Core International Crimes into National Criminal Law*, in *FICJC Publications* No. 1 (2007)

Broomhall B., *International justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003

Brown B., *Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals*, in 23 *Yale Journal of International Law* 383 (1998)

Burgorgue-Larsen L., *The Right to the Truth*, in *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, in Burgorgue-Larsen L., Amaya Ubeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011

Burke-White W. W., *Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo*, in 18 *Leiden Journal of International Law* 557 (2005)

Cançado Trindade, *Complementarity Between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited*, in Ragazzi M. (ed.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2005

Carbone S. M., Luzzatto R., Santa Maria A. (a cura di), *Istituzioni di Diritto internazionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, pp. 143-146

Conforti B., *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010, pp. 307-316. Cassese A., *International Criminal Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2008

Charney J. I., *International Criminal Law and the Role of Domestic Prosecutions*, in 95 *American Journal of International Law* 120 (2001)

Chirwa D. M., *State Responsibility for Human Rights*, in Baderin M. A., Ssenyonjo M. (eds.), *International Human Rights Law: Six Decades After the UDHR and Beyond*, Ashgate, Surrey, 2010

Chirwa D. M., *The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights*, in 5 *Melbourne Journal of International Law* 1 (2004)

Clapham A., *Issues of complexity, complicity and complementarity: from the Nuremberg trials to the dawn of the new International Criminal Court*, in Sands P. (ed.), *From Nuremberg to The Hague*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2003

Clark R., *The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences*, in 12 *Criminal Law Forum* 291 (2001)

Cryer R., Friman H., Robinson D., Wilmschurst E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, New York, 2010

D'amato A., *Superior Orders vs. Command Responsibility*, in 80 *American Journal of International Law* 604 (1986)

Danner A. M., Martinez J. S., *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, in 93 *California Law Review* 75 (2005)

De Schutter O., *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014

Della Morte G., *Les frontières de la compétence de la Cour Pénale Internationale: Observations Critiques*, in 73 *Revue internationale de droit pénal* 23 (2002)

Dembowski L. C., *The International Criminal Court: complementarity and its consequences*, in Stromseth J. E. (ed.), *Accountability for atrocities: national and international responses*, Transnational Publishers, Ardsley, New York, 2003

Doherty K. L., McCormack T. L. H., *Complementarity as a Catalyst for Comprehensive Domestic Penal Legislation*, in 5 *UC Davis Journal of International Law & Policy* 147 (1999)

Dörmann K., Geiss R., *The Implementation of Grave Breaches into Domestic Legal Orders*, in 7 *Journal of International Criminal Justice* 703 (2009)

Doucet S., *Operationalizing the Concept of State Crime*, in Stahn C., Van den Herik L., *Future Perspectives on International Criminal Justice*, T.M.C Asser Press, The Hague, 2010

Duffy H., Huston J., *Complementarity Obligation or Opportunity*, in Kress C., Lattanzi F. (eds.), *The Rome Statute and domestic legal orders: General aspects and constitutional issues*, Vol.1, Nomos, Baden-Baden, 2000

Dupuy P., *Principe de Complémentarité et Droit International Général*, in Politi M. and Gioia F., *The International Criminal Court and National Jurisdiction*, Ashgate, Aldershot, UK, 2008

El Zeidy M. M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law. Origin Development and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2008

El Zeidy M. M., *The Principle of Complementarity: a New Machinery to Implement International Criminal Law*, in 23 *Michigan Journal of International Law* 869 (2002)

Eser A., *National Jurisdiction over Extraterritorial Crimes within the Framework of International Complementarity. A Comparative Survey on Transnational Prosecution of Genocide according to the Principle of Universality*, in Vohrah L. C et al. (eds.), *Man's Inhumanity to Man. Essay in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2003

Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009

Fife R. E., *The International Criminal Court – Whence It Came, Where It Goes*, in 69 *Nordic Journal of International Law* 63 (2000)

Gallant K. S., *The International Criminal Court in the system of states and international organizations*, in 16 *Leiden Journal of International Law* 553 (2003)

Gioia F., *State Sovereignty, Jurisdiction, and 'Modern' International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court*, in 19 *Leiden Journal of International Law* 1095 (2006)

Green L. C., *Command Responsibility in International Humanitarian Law*, in 5 *Transnational Law & Contemporary Problems* 319 (1995)

Greppi E., *Inability to Investigate and Prosecute under Article 17*, in Politi M. and Gioia F., *The International Criminal Court and National Jurisdiction*, Ashgate, Aldershot, UK, 2008

Greppi E., *The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law*, in 81 *International Committee of the Red Cross* 531 (1999)

Heller K. J., *A Sentence-Based-Theory of Complementarity*, in 53 *Harvard International Law Journal* 202 (2012)

Heller K. J., *The shadow side of complementarity: the effect of article 17 of the Rome Statute on national due process*, in 17 *Criminal Law Forum* 255 (2006)

Holmes J. T., *Complementarity: National Courts versus the ICC*, in Cassese A., Gaeta P., Jones J. R. W. D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 667

Holmes J. T., *The principle of complementarity*, in Lee R.S., *The International Criminal Court: The making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 41

Howard K., *Command Responsibility for War Crimes*, in 21 *Journal of Public Law* 7 (1972)

Huneus A., *International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Court*, in 107 *American Journal of International Law* 1 (2013)

Jackson M., *Complicity in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015

Keith K. M. F., *The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence*, in 14 *Leiden Journal of International Law* 617 (2001)

Kirsch P., *La Cour pénale internationale face à la souveraineté des États*, in Cassese A., Delmas-Marty M., *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Presses universitaires de France, Paris, 2002, p. 31

Kleffner J. K., *Complementarity in the Rome Statute and national criminal jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2008

Kleffner J. K., *The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law*, in 1 *Journal of international criminal justice* 86 (2003)

Klein P., *Responding to Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law*, in 13 *European Journal of International Law* 1241 (2002)

Knoops G., *Superior Responsibility Under International Criminal Law: Concurrence with Military Ethics*, in 7 *International Studies Journal* 3 (2011)

Markham M., *The Evolution of Command Responsibility in International Humanitarian Law*, in 1 *Penn State Journal of International Affairs* 50 (2011)

Mattraux G., *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2009

McCroy S., *The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance*, in 7 *Human Rights Law Review* 545 (2007)

Mégret F., *Nature of Obligations*, in Moeckli D., Shah S., Sivakumaran S. (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010

Meloni C., *Command Responsibility: Modes of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?*, in 5 *Journal of International Criminal Justice* 619 (2007)

Meron T., *Universality, Complementarity and Cooperation between States Parties to the Rome Statute and Non-party States*, in Venturini G., Bariatti S. (a cura di), *Diritti*

individuali e giustizia internazionale, Liber Fausto Pocar, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 573

Milanović M., *State Responsibility for Genocide: A Follow-Up*, in 18 *European Journal of International Law* 669 (2007)

Mohamed Elewa Badar, *The Mental Element of the Rome Statute of the International Criminal Court*, in 19 *Criminal Law Forum* 473 (2008)

Moloto B. J., *Command Responsibility in International Criminal Tribunals*, in 3 *Berkeley J. Int'l. Publicist* 12 (2009)

Møse E., *The ICTY Completion Strategy. Challenges and Possible Solutions*, in 6 *Journal of International Criminal Justice* 667 (2008)

Mombray A., *Cases, Material and Commentaries on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012

Mundis D. A., *The Judicial Effect of the Completion Strategies on the Ad Hoc International Criminal Tribunals*, in 99 *American Journal of International Law* 142 (2005)

Nerlich V., *Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute For What Exactly is the Superior Held Responsible?*, in 5 *Journal of International Criminal Justice* 665 (2007)

Nesi G., Politi M., *The Rome Statute of the International Criminal Court: a challenge to impunity*, Ashgate, Aldershot, 2001

Nigro R., *Lo jus cogens nella prassi internazionale più recente*, in Focarelli C., *Le nuove frontiere del diritto internazionale. Attori non statali, spazio virtuale, valori fondamentali e governo multinazionale di territori*, Morlacchi, Perugia, 2008

Nollkaemper A., *Introduction*, in Nollkaemper A. and Van der Wilt H. (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009

Nollkaemper A., *Systemic Effects of International Responsibility for International Crimes*, in 8 *Santa Clara Journal of International Law* 313 (2010)

Nybondas M., *Civilian Superior Responsibility in the Kordic Case*, in 50 *Netherlands International Law Review* 59 (2003)

Orna Ben-Naftali, Miri Sharon, *What the ICJ did not say about the Duty to Punish Genocide The Missing Pieces in a Puzzle*, in 5 *Journal of International Criminal Justice* 859 (2007)

Parks W., *Command Responsibility for War Crimes*, in 62 *Military Law Review* 1 (1973)

Pocar F., *Completion or Continuation Strategy? Appraising Problems and Possible Developments in Building the Legacy of the ICTY*, in 6 *Journal of International Criminal Justice* 655 (2008)

Pocar F., *The Principle of Complementarity: A Means Towards a More Pragmatic Enforcement of the Goal Pursued by Universal Jurisdiction?*, in Bergsmo M., *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic Epublisher, Oslo, 2010, p. 247

Reid N. L., *Bridging the Conceptual Chasm: Superior Responsibility as the Missing Link between State and Individual Responsibility under International Law*, in 18 *Leiden Journal of International Law* 795 (2005)

Robinson D., *The Mysterious Mysteriouness of Complementarity*, in 21 *Criminal Law Forum* 67 (2010)

Robinson D., *Three Theories of Complementarity: Charge, Sentence or Process?*, in 53 *Harvard International Law Journal* 85 (2012)

Roht-Arriaza N., *State Responsibility to Investigate or Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law*, in 78 *California Law Review* 449

Ronen Y., *Superior Responsibility of Civilians for International Crimes Committed in Civilian Settings*, in 43 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 313 (2010)

Sadat L. N., Pivnichny D. J., *The Crimes Against Humanity Initiative and Recent Developments towards a Treaty* (<http://opiniojuris.org/2014/09/14/guest-post-crimes-humanity-initiative-recent-developments-towards-treaty/>)

Sadat L. N., Pivnichny D. J., *Towards a New Global Treaty on Crimes Against Humanity*, in EJIL: Talk! (<http://www.ejiltalk.org/towards-a-new-global-treaty-on-crimes-against-humanity/>)

Sarooshi D., Evans M. D., *Command Responsibility and the Blaskic Case*, in 50 *International and Comparative Law Quarterly* 452 (2001)

Sarooshi D., *The Statute of the International Criminal Court*, in 48 *International and Comparative Law Quarterly* 387 (1999)

Schabas W. A., *Complementarity in Practice: Some Uncomplimentary Thoughts*, in 19 *Criminal Law Forum* 33 (2008)

Schabas W. A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010

Scobbie I., *Assumptions and Presumptions: State Responsibility for System Crimes*, in Nollkaemper A. and Van der Wilt H. (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009

Sedman D., *Should the Prosecution of Ordinary Crimes in Domestic Jurisdictions Satisfy the Complementarity Principle?*, in C. Stahn & L. van den Herik, *Future Perspectives on International Criminal Justice*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010

Seibert-Fohr A., *The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions*, in 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 553 (2003)

Sicilianos L., *The Classification of the Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility*, in 13 *European Journal of International Law* 1127 (2002)

Simpson G., *Men and Abstract Entities*, in Nollkaemper A. and Van der Wilt H. (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009

- Smith H., *Unravelling the Confusion Concerning Successor Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence*, in 23 *Leiden Journal of International Law* 105 (2010)
- Solera O., *Complementary Jurisdiction and International Criminal Justice*, in 84 *International Review of the Red Cross* 145 (2002)
- Stahn C., El Zeidy M., *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011
- Tams C. J., *Do Serious Breaches Give Rise to Any Specific Obligations of the Responsible State?*, in 13 *European Journal of International Law* 1161 (2002)
- Terracino J. B., *National Implementation of ICC Crimes: Impact on National Jurisdiction and the ICC*, in 5 *Journal of International Criminal Justice* 421 (2007)
- Triffterer O., *Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?*, in 15 *Leiden Journal of International Law* 179 (2002)
- Triffterer O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes*, Nomos, Baden Baden, 1999
- Van Schaack B., *Command Responsibility: The Anatomy of Proof in Romagoza v. Garcia*, in 36 *UC Davis Law Review* 1213 (2003)
- Van Sliedregt E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012
- Van Sliedregt E., *Command Responsibility at the ICTY – Three Generations of Case-law and still Ambiguity*, in Swart B., Zahar S., and Sluiter G., *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, Oxford, 2011
- Werle G. Jessberger F., *International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes against International Law*, in 13 *Criminal Law Forum* 191 (2002)
- Werle G., *Diritto dei crimini internazionali*, Bononia University Press, Bologna, 2009

Williams S. A., *Article 17*, in Triffterer O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes*, Nomos, Baden Baden, 1999, p. 383

Williamson J. A., *Some considerations on command responsibility and criminal liability*, in 90 *International Review of the Red Cross* 303 (2008)

Wylter E., *From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law'*, in 13 *European Journal of International Law* 1147 (2002)

Zahar A., *Command Responsibility of Civilian Superiors for Genocide*, in 14 *Leiden Journal of International Law* 591 (2001)

Zimmermann A., Teichmann M., *State Responsibility for International Crimes*, in Nollkaemper A. and Van der Wilt H. (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009

Zimmermann A., *Role and Function of International Criminal Law in the International System after the Entry into Force of the Rome Statute of the International Criminal Court*, in 45 *German Yearbook of International Law* 35 (2002).

Zimmermann A., *The Creation of a Permanent International Criminal Court*, in 2 *Max Planck UNYB* 169 (1998)

Giurisprudenza

Corte europea dei diritti umani

Al-Adsani v. The United Kingdom, Application no. 35763/97, Judgment, 21 November 2001

L.C.B. v. UK, Application No. 14/1997/798/1001, Judgment, 9 June 1988

McCann and others v. UK, Application No. 18984/91, Judgment, 27 September 1995

Osman v. UK, Application No. 87/1997/871/1083, Judgment, 28 October 1998

Corte interamericana dei diritti umani

Barrios Altos v. Perù, Judgment, 14 March 2001, Ser. C No. 75

Bulacio v. Argentina, Judgment, 18 September 2003, Ser. C No. 100

Goiburù et. al v. Paraguay, Judgment, 22 September 2006, Ser. C No. 153

Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Judgment, 7 June 2003, Ser. C No. 99

Myrna Mack Chang v. Guatemala, Judgment, 25 November 2003, Ser. C. No. 101

Velasquez Rodriguez v. Honduras, Judgment, 29 July 1988, Ser. C No. 7

Corte internazionale di giustizia

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14

East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422

Corte penale internazionale

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Case No. ICC-01/05-01/08, 15 June 2009

Prosecutor v. Saif-Al Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber, Decision on the Admissibility of the Case against Saif-Al Islam Gaddafi Case, Case No. ICC-01/11-01/11, 31 May 2013

Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on Confirmation of Charges, 30 September 2008

Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ('Ahmad Harun') and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb'), Pre-Trial Chamber, Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, Case No. ICC-02/05-01/07-1-Corr, 27 April 2007

Prosecutor v. Germain Katanga, Pre-Trial Chamber, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga, Case No. ICC- 01/04-01/07-4, 6 July 2007

Prosecutor v. Kony et al., Pre-Trial Chamber, Decision on the Admissibility of the Case under Article 19(1) of the Statute, Case No. ICC-02/04-01/05-377, 10 March 2009

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber, Decision on the Confirmation of the Charges, Case No. ICC-01/04-01/06, 29 January 2007

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber, Decision concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06-8-Corr, 24 February 2006

Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Pre-Trial Chamber, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, Case No. ICC-01/09-02/11-96, 30 May 2011

Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07-262, 6 July 2007

Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, Case No. ICC-01/09-01/11-101, 30 May 2011

Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled 'Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute', 30 August 2011, ICC-01/09-02/11-274

Corte speciale per la Sierra Leone

Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al., Appeals Chamber, Case No. SCSL-2004-16-A, Judgement, 22 February 2008

Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Trial Chamber, Case No. SCSL-04-14-T, Judgement, 2 August 2007

Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeals Chamber, Case No. SCSL-04-14-A, Judgement, 28 May 2008

Prosecutor v. Issa Hassa Sesay et al., Trial Chamber, Case No. SCSL-04-15-T, Judgement, 2 March 2009

Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia

Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Trial Chamber, Case No. IT-95-14/1-T, Judgement, 25 June 1999

Prosecutor v. Delalić Zejnil et al., Trial Chamber, Case No. IT-96-21-T, Judgement, 16 November 1998

Prosecutor v. Delalić Zejnil et al., Appeals Chamber, Case No. IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001

Prosecutor v. Furundžija, Trial Chamber, Case No. IT-95-17/1-T, Judgement, 10 December 1998

Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Appeals Chamber, Case No. IT-97-25-A, Judgement, 17 September 2003

Prosecutor v. Kunarać, Appeals Chamber, Case No. IT-96-23& IT-96-23/1-A, Judgement, 12 June 2002

Prosecutor v. Stanislav Galić, Appeals Chamber, Case No. IT-98-29-A, Judgement, 30 November 2006

Prosecutor v. Enver Hadžihasanović and Amir Kubura, Appeals Chamber, Case No. IT-01-47-A, Judgement, 22 April 2008

Prosecutor v. Sefer Halilović, Trial Chamber, Case No. IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005

Prosecutor v. Sefer Halilović, Appeals Chambers, Case No. IT-01-48-A, Judgement, 16 October 2007

Prosecutor v. Naser Orić, Trial Chamber, Case No. IT-03-68-T, Judgement, 30 June
2006

Elenco dei documenti citati

Trattati internazionali

Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 29 July 1899, 187 CTS 429

Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907, 205 CTS 277

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide ('*Genocide Convention*'), Paris, 9 December 1948, 78 UNTS 277

Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field ('*Geneva Convention I*'), Geneva, 12 August 1949, 75 UNTS 31

Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea ('*Geneva Convention II*'), Geneva, 12 August 1949, 75 UNTS 85

Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War ('*Geneva Convention III*'), Geneva, 12 August 1949, 75 UNTS 135

Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War ('*Geneva Convention IV*'), Geneva, 12 August 1949, 75 UNTS 287

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ('*ECHR*'), Rome, 4 November 1950, CETS No. 005

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, New York, 16 December 1966, 999 UNTS 3

American Convention on Human Rights (ACHR), San José, Costa Rica, 22 November 1969, OAS Treaty Series N. 36

International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid ('Convention on Apartheid'), New York, 30 November 1973, 1015 UNTS 243

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts ('Additional Protocol I'), Geneva, 8 June 1977, 1125 UNTS 3

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts ('Additional Protocol II'), Geneva, 8 June 1977, 1125 UNTS 609

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ('Convention against Torture'), New York, 10 December 1984, 1465 UNTS 85

International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance ('Convention on Enforced Disappearance'), New York, 20 December 2006, 2716 UNTS 3

Statuti di tribunali penali internazionali

Charter of the International Military Tribunal ('IMT Statute'), in *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis* ('London Agreement'), August 8, 1945, 82 UNTS 280

International Military Tribunal for the Far East, Proclaimed at Tokyo, 19 January 1946 and Amended 26 April 1946, T.I.A.S. No. 1589 (entered into force 19 January 1946), ANNEX, *Charter for the International Military Tribunal for the Far East*, 4 Bevans 27 ('Tokyo Charter')

Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia ('ICTY Statute'), S.C. Res. 827 annex, U.N. Doc. S/RES/827, 25 May 1993

Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, S.C. Res. 955 annex, U.N. Doc. S/RES/955, 8 November 1994

Rome Statute of the International Criminal Court ('ICC Statute'), Rome, 17 July 1998, 2187 UNTS 90

Statute of the Special Court for Sierra Leone ('SCSL Statute'), 16 January 2002, U.N. Doc. S/2002/246, Appendix II (8 March 2002)

Legislazione italiana

Codice penale militare di guerra, r. d. 20 febbraio 1941 n. 303

Legge 9 ottobre 1967 n. 962, "Prevenzione e repressione del delitto di genocidio", *Gazzetta Ufficiale* n. 272 del 30 ottobre 1967

Legge 31 gennaio 2002, n. 6 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° dicembre 2001, n. 421, recante disposizioni urgenti per la partecipazione di personale militare all'operazione multinazionale denominata "Enduring Freedom". Modifiche al codice penale militare di guerra, approvato con regio decreto 20 febbraio 1941, n. 303", *Gazzetta Ufficiale* n. 28 del 2 febbraio 2002

Legge 27 febbraio 2002, n. 15 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 dicembre 2001, n. 451, recante disposizioni urgenti per la proroga della partecipazione italiana ad operazioni militari internazionali", *Gazzetta Ufficiale* n. 49 del 27 febbraio 2002

Legge 16 aprile 2009 n. 45 "Ratifica ed esecuzione del II Protocollo relativo alla Convenzione dell'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, fatto a L'Aja il 26 marzo 1999, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno", *Gazzetta Ufficiale* n. 105 dell'8 maggio 2009

Legislazione straniera

Australia, *International Criminal Court Act*, Act No. 41 of 2002, 27 June 2002

Bangladesh, *The International Crimes (Tribunal) Act*, Act N°. XIX of 1973, 20 July 1973

Bosnia Herzegovina, *Criminal Code of Bosnia Herzegovina*, in “*Official Gazette of Bosnia and Herzegovina*” No. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07

Canada, *Crimes against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, 29 June 2000

Costa D’Avorio, *Loi n° 1981-640 du 31 juillet 1981, instituant le Code pénal* (modifiée par la Loi n° 1995-522 du 6 juillet 1995), 31/07/1981

Cile, *Ley Num. 20.357 Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra*, 26 de junio 2009

Estonia, *Penal Code*, 06/06/2001, RT I 2001.61.364

Etiopia, *Criminal Code of the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, Proclamation No. 414/2004, 9 May 2004

Francia, *Loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l’institution de la Cour pénale internationale*, 9 agosto 2010

Germania, *Control Council Law No. 10*, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace, and Humanity, 20 December 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946) (‘Control Council Law No. 10’).

Germania, *Strafgesetzbuch (StGB)*, German Criminal Code, 13 November 1998, Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I p. 3322, last amended by law of 29 June 2009, Federal Law Gazette I p. 1658

Germania, *Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)* vom 26. Juni 2002, BGBl. I S. 2254

Colombia, *Código penal*, Ley 599 de 2000, 24/07/2000

Kenya, *International Crimes Act*, No. 16 of 2008, 12 December 2008

Lituania, *Criminal Code of the Republic of Lithuania*, 26 September 2000 No VIII-1968 (As last amended on 11 February 2010 – No XI-677)

Perù, *Código penal*, Decreto legislativo N° 635, 03/04/91

Paesi Bassi, *270 Act of 19 June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law ('International Crimes Act')* 19 June 2003, Bulletin of Acts and Decrees 2003, 270

Paraguay, *Código penal*, Ley N°. 1.160/97, 26/11/1997

Regno Unito, *International Criminal Court Act 2001*, 11 May 2001, in Public General Act 2001 (c. 17)

Ruanda, *Law N°33 BIS/2003 repressing the Crime of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes*, 6 September 2003

Spagna, *Código Penal*, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

Spagna, *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*

Sudafrica, *Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Act No. 27 of 2002, 12 July 2002, Government gazette Vol. 445, no. 23642, 18 July 2002

Uruguay, *Ley N° 18.026 "Cooperacion con la Corte Penal Internacional en Materia de Lucha contra el Genocidio, los Crimenes de Guerra y de Lesa Humanidad"*, 25/09/2006

Altri documenti

Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind (1951), Report of the International Law Commission, UN GAOR 6th Sess. Supp. No. 9, UN Doc. A/1858 (1950)

Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind with commentaries (1954), Report of the International Law Commission on the Work of Its Sixth Session, UN GAOR 9th Sess. Supp. No. 9, UN Doc. A/2693 (1954), *YB ILC* (1954) Vol. II

Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Third Session, 29 April–19 July 1991, UN Doc. A/46/10, 1991

Human Rights Committee, *General Comment 6*, Article 6 (Sixteenth session, 1982), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 6 (1994)

ICTY Rules of Procedure and Evidence, adopted 11 February 1994, entered into force 14 March 1994, UN Doc. IT/32/Rev.45, as amended on 8 December 2010

ICTR Rules of Procedure and Evidence, U.N. Doc. ITR/3/REV.1 (1995), entered into force 29 June 1995

Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries (1996), Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session, 6 May to 26 July 1996, Chapter II.D, UN GAOR, 51st Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/51/10 (1996), 14-104

Elements of Crimes, Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, 2 November 2000

Draft Articles of Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1

Human Rights Committee, *General Comment 31*, Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004)

Proposed International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, Washington University School of Law Whitney R. Harris World Law Institute Crimes Against Humanity Initiative, August 2010 (<http://law.wustl.edu/harris/cah/docs/EnglishTreatyFinal.pdf>)

Report to the International Law Commission, Report of the Working Group on the Obligation to Extradite or Prosecute (*aut dedere aut judicare*), 22 July 2013, U.N. Doc. A/CN.4/L.829

First report on crimes against humanity, International Law Commission, Sixty-seventh session, A/CN.4/680, Geneva, 4 May-5 June and 6 July-7 August 2015 (http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2371&context=faculty_publications)