



PROCURA GENERALE MILITARE
PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE



RASSEGNA DELLA GIUSTIZIA MILITARE

Direttore Responsabile

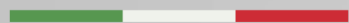
MAURIZIO BLOCK

***Nuove guerre e antichi crimini.
Riflessioni giuridiche sul recepimento in Italia
delle norme sui crimini di guerra***

a cura di

Ida Caracciolo, Sebastiano La Piscopia,
Umberto Montuoro

PROCURA GENERALE MILITARE



PRESSO LA CORTE
DI CASSAZIONE

Collana scientifica

Capo Redattore

Col. E.I. Sebastiano Prof. **La Piscopìa**

Redazione

Luogotenente (A.M.) Antonio **MATTEIS** - Content manager, Graphic editor e IT Consulting
Maresciallo Capo (CC) Giovanna **COLANGELI** - Segreteria amministrativa e Curatore editoriale

Direzione e Redazione:

Via degli Acquasparta 2 - 00186 Roma linea civile: 06-46915.1555 - linea militare: 205-1555
e-mail: rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it

Grafica, composizione e impaginazione a cura della Redazione

Proprietario ed Editore **Ministero della Difesa**

iscritto nel Registro della Stampa del Tribunale Civile di Roma al n. 16019 in data 9-VIII-1975

diffuso attraverso la rete internet sul sito Istituzionale della Difesa (ISP: www.difesa.it)

http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Pagine/default.aspx

ISSN: 0391-2787

**Indice del Supplemento 1 al numero 3/2023
della Rassegna della Giustizia militare**

**Nuove guerre e antichi crimini. Riflessioni giuridiche sul recepimento in Italia
delle norme sui crimini di guerra**

a cura di Ida Caracciolo, Sebastiano La Piscopà
e Umberto Montuoro

Prefazione

Maurizio Block p. 1

Il recepimento e la repressione dei crimini di guerra negli ordinamenti interni

Giulio Bartolini – Laura Di Gianfrancesco p. 3

Il raccordo con il codice penale e i codici penali militari di pace e di guerra

Giuseppe Mazzi p. 20

**Immunità e crimini internazionali tra previsioni internazionali e disciplina
interna**

Isacco Giorgio Giustiniani p. 30

Il riparto di giurisdizione tra magistratura ordinaria e militare

Mariavaleria del Tufo p. 62

Il concetto di complementarietà nella prospettiva del giudice nazionale

Maria Teresa Poli – Maria Chiara Gatani p. 84

**Il patteggiamento nell'evoluzione della procedura penale internazionale, da
Norimberga all'Aja. Storia, interpretazioni giurisprudenziali e problematiche
processuali nazionali**

Giovanni Chiarini p. 98

**Alcuni aspetti relativi al perseguimento dei crimini internazionali commessi nel
conflitto armato in Ucraina**

Paolo Bargiacchi p. 138

*Un sentito ringraziamento va alla Leonardo S.p.A.
per la fattiva collaborazione alla piena riuscita del
progetto editoriale*

Maurizio BLOCK

*Per il prezioso supporto redazionale alla realizzazione
dell'opera, un sincero ringraziamento va al
dott. Francesco Gaudiosi*

Sebastiano LA PISCOPIÀ

Nuove guerre e antichi crimini

Riflessioni giuridiche sul recepimento in Italia delle norme sui crimini di guerra

Prefazione di Maurizio Block¹

Allorché fu progettato questo volume, si riteneva imminente l'adozione di un disegno di legge governativo che finalmente attuasce lo Statuto di Roma negli articoli riguardanti i principi generali e le fattispecie criminose previste che, data la loro formulazione e la natura stessa del Trattato, non sono immediatamente esecutive e richiedono perciò un intervento normativo nazionale per la loro introduzione nel nostro ordinamento.

Molti anni sono trascorsi dalla ratifica del trattato di Roma avvenuta nel 2002 e da allora nulla si era mosso, nonostante i numerosi studi e lavori compiuti egregiamente e da studiosi di grande livello che però non avevano trovato esito legislativo.

Di recente, i venti di guerra in Europa hanno riproposto all'attenzione dell'opinione pubblica il problema della tutela dei diritti umani e dei crimini internazionali e quindi della indifferibilità di un intervento normativo teso all'adeguamento del nostro ordinamento ai principi in materia previsti dal Trattato. Più volte, intervenuto sull'argomento, ho sottolineato che, per una serie di motivi riconducibili sostanzialmente ad una condizione di pace perdurante in Europa negli ultimi settant'anni e più (fatta eccezione per quanto avvenuto nella ex Jugoslavia), vi è stato un costante disinteressamento del potere politico in ordine alla materia dei diritti umani e del diritto penale internazionale. Basti pensare che la tutela di comportamenti lesivi di tali beni era ed è attualmente affidata al codice penale comune ed al codice penale militare, fonti datate che non sono più in grado, data l'evoluzione dei tempi e le moderne modalità di conduzione dei conflitti bellici, di prevedere la vasta gamma di crimini che possono essere compiuti in tali circostanze.

Sebbene il legislatore con decreto legge n. 421/2001 convertito in legge n. 6/2002, in attesa di riordinare la materia abbia disposto l'applicazione del titolo "dei reati contro le leggi e gli usi della guerra"; in ogni caso di conflitto armato, indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra, la disciplina vigente appare inadeguata e pecca per eccesso e per difetto: per difetto, in quanto non prevede tutte le fattispecie contenute nello Statuto di Roma, per eccesso, perché prevede alcune fattispecie obsolete ed inapplicabili, nonché con sospetto di incostituzionalità per indeterminatezza della fattispecie (vedasi art. 185 bis c.p.m.g.).

Per le esposte ragioni, era stata salutata con estremo favore l'istituzione, con d.m. 22 marzo 2022, di una Commissione ministeriale presso il Gabinetto della Ministra della giustizia Cartabia, che ha tenuto la sua prima riunione di insediamento il 31 marzo 2022 e altre due riunioni plenarie presso il Ministero l'11 e il 24 maggio 2022. Detta Commissione presieduta dai Prof. Palazzo e Pocar e di cui ho personalmente fatto parte, ha concluso i lavori il 31 maggio 2022, consegnando un "codice dei crimini internazionali" che recepiva l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, dando al contempo attuazione allo Statuto di Roma. La caduta del Governo Draghi non consentiva lo sviluppo legislativo di tali lavori che venivano poi ripresi dal successivo Governo, grazie all'iniziativa del Ministro Nordio di portare a termine il lavoro svolto nel corso della precedente legislatura, mediante nomina di un gruppo di lavoro, in data 12 gennaio 2023, il quale a distanza di due mesi circa di intensa attività circa consegnava il codice.

Tuttavia nonostante i più positivi auspici e nonostante lo schema fosse stato esaminato dal Consiglio dei Ministri del 17 marzo 2023, nessuna ulteriore notizia è più trapelata in ordine alle sorti del lavoro presentato.

Oggi perciò persiste l'inerzia e l'inadempienza del nostro Paese nel dare seguito allo Statuto di Roma.

¹ Procuratore Generale militare presso la Corte Suprema di Cassazione.

La finalità del presente volume acquista, quindi, una connotazione diversa da quella originariamente prevista: quella di promuovere ulteriori riflessioni e scambi per rinfocolare l'attenzione su un tema così delicato ed importante, che non deve finire nel dimenticatoio ma che deve riprendere e portare a sviluppi concreti sul piano legislativo: il nostro Paese deve mostrare a livello internazionale ed in particolare agli Stati d'Europa la propria sensibilità verso i temi umanitari e la disponibilità ad adeguarsi a forme di giustizia penale internazionale, fornendo concreta cooperazione per il rafforzamento di tali strumenti giudiziari.

Ringrazio pertanto gli Amici studiosi del diritto penale internazionale che attraverso i loro contributi forniti al presente volume hanno espresso la loro aderenza alla necessità di approfondimento dei vari temi trattati, così rafforzando l'idea della indifferibilità di un intervento normativo che partendo dagli studi effettuati conduca alla concreta attuazione e la loro introduzione nel nostro ordinamento.

Il recepimento e la repressione dei crimini di guerra negli ordinamenti interni

Giulio Bartolini¹, Laura Di Gianfrancesco²

Abstract: Il presente contributo si propone di esaminare il ruolo centrale degli ordinamenti nazionali nell'attuazione degli obblighi internazionali relativi alla repressione penale dei crimini di guerra. A tal fine, dopo aver ricostruito l'evoluzione del quadro giuridico internazionale circa gli obblighi espliciti ed impliciti di criminalizzazione, il contributo analizza, per un verso, i diversi possibili modelli di armonizzazione degli ordinamenti domestici a tali obblighi, evidenziandone i relativi vantaggi e svantaggi; per altro verso, identifica i principali ostacoli interni al pieno recepimento delle caratteristiche proprie del peculiare regime repressivo previsto per i crimini di guerra, alla luce degli atteggiamenti e della prassi degli Stati. Il contributo conclude osservando che il recepimento e la repressione dei crimini di guerra a livello domestico presentano ancora notevoli carenze, auspicando un maggiore impegno politico-legislativo degli Stati funzionale ad assicurare la compiuta attuazione dell'obbligo di repressione "effettiva" di tali crimini.

Abstract: This contribution purports to examine the central role of national legal systems in implementing international obligations related to the criminal prosecution of war crimes. To this end, after tracing the evolution of the international legal framework concerning explicit and implicit obligations of criminalization, the contribution analyses, on the one hand, the different models available for harmonizing domestic legal systems with these obligations, highlighting their respective advantages and disadvantages. On the other hand, it identifies the main domestic obstacles to the full incorporation of the specific repressive regime established for war crimes, taking into account the attitudes and practice of States. The contribution concludes by observing that the domestic reception and prosecution of war crimes still have significant deficiencies, and calls for greater political and legislative commitment from States to ensure the "effective" enforcement of the obligation to prosecute such crimes.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I crimini di guerra negli ordinamenti nazionali fra obblighi di criminalizzazione espliciti ed impliciti. – 2.1. Una panoramica sui modelli di adattamento degli ordinamenti interni alle norme relative ai crimini di guerra. – 3. Profili problematici nel recepimento e nella repressione penale dei crimini di guerra. – 3.1. L'uso strategico della legislazione domestica di recepimento – 3.2. Alcuni ostacoli alla repressione domestica dei crimini di guerra. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Cento anni fa, nella sessione inaugurale dei corsi dell'Accademia di diritto internazionale dell'Aja, Heinrich Triepel introduceva una delle più famose metafore relative ai rapporti fra gli ordinamenti giuridici interni e il diritto internazionale affermando che quest'ultimo «*est semblable à un maréchal qui ne donne ses ordres qu'aux chefs des troupes et ne peut atteindre son but que s'il est sûr que les généraux, se conformant à ses instructions, donneront de nouveaux ordres à ceux qui leur sont soumis. Si les généraux se dérobent, il perd la bataille*»³. A distanza di un secolo, questa affermazione non ha perso la sua rilevanza relativamente al rapporto tra l'ordinamento internazionale e quello interno anche nell'ambito della repressione dei crimini di guerra, dato che la mancanza di un adeguato adattamento dell'ordinamento giuridico interno alle prescrizioni internazionali in materia

¹ Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi Roma Tre ed è autore dei paragrafi 1, 2 e 4.

² Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Università degli Studi Roma Tre ed è autrice del paragrafo 3.

³ H. TRIEPEL, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, in *RCADI*, vol. 1, 1923, 106.

implica, sostanzialmente, come gli ordini del “feldmaresciallo” inerenti la punizione per le violazioni del diritto internazionale umanitario saranno sostanzialmente inefficaci e la battaglia contro l’impunità per tali violazioni sarà, infine, persa. La normativa nazionale può quindi svolgere un ruolo chiave in questo ambito, anche tenendo in considerazione che *«c’est d’abord dans l’ordre interne que s’est inscrite la répression des infractions internationales. De sorte que la répression nationale reste encore la règle et la répression internationale l’exception⁴»*.

Questo rapporto può tuttavia risultare particolarmente complesso sia in ragione di alcune delle usuali problematiche che possono emergere in relazione all’adattamento delle norme internazionali negli ordinamenti giuridici nazionali sia, per converso, in relazione ad alcuni tratti distintivi di questo ambito, stante la dimensione penale delle norme rilevanti. In proposito, il par. 2 fornirà una panoramica sull’evoluzione delle norme di diritto internazionale in materia di repressione dei crimini di guerra e dei loro rapporti con gli ordinamenti giuridici nazionali, inquadrata attorno agli obblighi espliciti e impliciti di criminalizzazione imposti agli Stati, nonché sui diversi modelli adottati per armonizzare gli ordinamenti giuridici interni a questi crimini (par. 2.1), così da evidenziare i loro vantaggi e gli svantaggi. Successivamente, il par. 3 illustrerà alcune problematiche che si riscontrano a livello nazionale nella repressione dei crimini di guerra, alla luce dei diversi atteggiamenti statali e dei potenziali ostacoli interni al recepimento delle caratteristiche proprie del regime internazionale per la repressione di tali crimini. Alcune osservazioni conclusive (par. 4) evidenzieranno la continua rilevanza di tali questioni, alla luce degli approcci ancora inconcludenti di diversi Stati nel realizzare un’adeguata attività di adattamento in materia.

2. I crimini di guerra negli ordinamenti nazionali fra obblighi di criminalizzazione espliciti ed impliciti

Sebbene prima del sofisticato regime repressivo previsto dalle Convenzioni di Ginevra del 1949 e degli obblighi espliciti di criminalizzazione in materia, *«States were left free to punish, or not, acts committed by their own troops against the enemy, or again, acts committed by enemy troops, in violation of the laws and customs of war⁵»*, questa possibilità già implicava che gli Stati potevano trovarsi ad introdurre disposizioni interne volte a reprimere violazioni in questo ambito, come esemplificato dalle specifiche sezioni di diversi codici penali militari dedicate alle violazioni del diritto internazionale umanitario⁶.

Il ruolo funzionale delle misure interne, comprese le disposizioni penali, per garantire la repressione delle violazioni del diritto internazionale umanitario venne infine esplicitamente riconosciuto nell’art. 29 della Convenzione di Ginevra del 1929 sui feriti e malati che, per la prima volta, richiedeva in modo esaustivo agli Stati di *«propose to their legislatures, should their penal laws be inadequate, the necessary measures for the repression in time of war of any act contrary to the provisions of the present Convention»*, così allontanandosi dalle prime disposizioni di portata più limitata, volte a imporre una criminalizzazione interna solo per poche specifiche violazioni del diritto internazionale umanitario o per l’uso improprio dell’emblema protettivo⁷. Come sostenuto dal Comitato internazionale della Croce Rossa (CICR) nel suo Commentario del 1930 alla predetta Convenzione, *«[e]n adoptant une formule large embrassant tous les cas...la Conférence a entendu assurer la stricte application de toutes les prescriptions de la Convention en les faisant unir de*

⁴ I. FICHET, BOYLE, M. MOSSE, *L’obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions*, in H. ASCENSIO et al (a cura di), *Droit international pénal*, Parigi, 2012, 1059.

⁵ E. LA HAYE, *Article 49: Penal Sanctions*, in ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention*, Cambridge, 2016, 2824.

⁶ Vedi il Codice penale militare della Svizzera del 1927, particolarmente la sua sezione 6 dedicata a “dei reati commessi in tempo di guerra contro il diritto delle genti”, reperibile online.

⁷ Vedi art. 56(2) del Regolamento annesso alla IV Convenzione dell’Aja del 1907, artt. 27 e 28 della Convenzione di Ginevra del 1906 e art. 21 della X Convenzione dell’Aja del 1907 sull’adattamento alla guerra navale dei principi della Convenzione di Ginevra. Per dei riferimenti a questi primi strumenti in cui si imponevano obblighi di criminalizzazione a livello interno vedi Yves Sandoz, *Penal Aspects of International Humanitarian Law*, in M. CHERIF BASSIOUNI (a cura di), *International Criminal Law*, vol. 1, Dobbs Ferry, 1986.

sanctions par les lois nationales de répression...En participant à la Convention, les Etats s'engagent donc à mettre l'ensemble de leur législation pénale en harmonie avec la Convention de 1929 afin d'en assurer l'application en temps de guerre⁸».

Sebbene la suddetta disposizione stabilisse un sistema di scambio di informazioni volto ad imporre agli Stati «(to) communicate to one another, through the Swiss Federal Council, the provisions relative to such repression not later than five years from the ratification of the present Convention», con l'implicita valutazione, espressa nel Commentario, che «pour avoir quelque chose à communiquer, il faut que les Etats aient légiféré⁹», sarebbe difficile riconoscere un significativo effetto propulsivo svolto dall'art. 29 rispetto alla realizzazione di riforme legislative interne in materia di repressione penale delle violazioni.

Con le Convenzioni di Ginevra del 1949 si passò quindi ad un meccanismo più rigoroso sulle attività di repressione interna per talune violazioni, che ha anche conseguentemente rafforzato la necessità di azioni legislative svolte a livello domestico. In particolare, gli artt. 49, 50, 129 e 146 delle Convenzioni di Ginevra del 1949, con identico testo, hanno dapprima previsto il regime delle infrazioni gravi, imponendo specificamente un obbligo «to enact legislation necessary to provide effective penal sanctions» per reprimere queste violazioni, in contrapposizione al mero obbligo «to propose» previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1929. Inoltre, gli stessi articoli richiedono agli Stati di «(to) take measures necessary for the suppression of all acts contrary to the provisions of the present Convention other than the grave breaches», includendo potenzialmente l'istituzione di «judicial or disciplinary proceedings for violations of the Conventions other than grave breaches¹⁰», una possibilità che ovviamente implica l'esistenza di un quadro giuridico interno idoneo a queste attività, compresa la presenza di norme interne atte a realizzare questa azione penale.

L'art. 85 del I Protocollo Aggiuntivo del 1977 non ha apportato rilevanti novità e, purtroppo, è risultato altrettanto inadeguato a garantire l'adozione delle necessarie misure da parte degli Stati. Come sottolineato dal CICR nelle sue analisi sulle misure adottate in materia dagli Stati, lo scenario scoraggiante riscontrato alla metà degli anni '50, in cui il CICR concludeva che «it is to be admitted that in many countries the regulations for the repression of violations of the Geneva Conventions are not adequate¹¹», non era successivamente migliorato, portando l'Advisory Service del CICR a concludere, a metà degli anni '90 del secolo scorso, che il suo sostegno agli Stati nell'attuazione dei crimini di guerra a livello nazionale si presentava quale «not an easy task¹²».

Anche se nell'ambito di altri successivi trattati erano state incluse norme che richiedevano di predisporre a livello interno disposizioni penali in relazione a reati potenzialmente rilevanti nei conflitti armati, come richiesto da convenzioni aventi un focus più limitato, quali la Convenzione dell'Aja del 1954 e il suo Secondo Protocollo del 1999 o la Convenzione sulle mine antiuomo del 1997, lo Statuto della Corte penale internazionale (CPI) del 1998 ha certamente rappresentato un punto di svolta in materia. Sebbene, formalmente, gli Stati parti non abbiano l'obbligo di includere i crimini di guerra previsti dallo Statuto nel loro ordinamento giuridico interno, questi sono implicitamente incoraggiati ad armonizzare le loro disposizioni penali alle previsioni dello Statuto sulla base del principio di complementarità di cui agli artt. 1 e 17¹³. Infatti, in ragione del predetto principio, le carenze esistenti sul piano interno relativamente alla mancata previsione di fattispecie analoghe, e la conseguente impossibilità a reprimere le condotte previste nello Statuto, potrebbero

⁸ P. DE GOUTTES, *La Convention de Genève du 27 Juillet 1929. Commentaire*, ICRC, Ginevra, 1930, 210.

⁹ *Ibidem*, 211.

¹⁰ E. LA HAYE, *op. cit.*, 2896.

¹¹ ICRC, *Respect of the Geneva Conventions. Measures Taken to Repress Violations*, vol. 1, Doc. Conf. D4/a/1, ICRC, 1965, 2.

¹² M. T. DUTLI, *The repression of violations of international humanitarian law at national level and the work of the ICRC Advisory Service*, in C. PELLANDINI (a cura di), *National measures to repress violations of international humanitarian law (Civil law systems). Report of the Meeting on Experts Geneva, 23-25 September 1997*, ICRC, Ginevra, 2000, 23-26.

¹³ J. K. KLEFFNER, *The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, 2003; M. ROSCINI, *Great Expectations: The Implementation of the Rome Statute in Italy*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, 496-497.

potenzialmente innescare l'esercizio della giurisdizione della CPI, così da determinare un incentivo per gli Stati ad uniformare il proprio ordinamento giuridico alle fattispecie criminose presenti nello Statuto della CPI. Questa situazione ha determinato importanti conseguenze in materia, come riconosciuto dal CICR nei nuovi Commentari alle Convenzioni di Ginevra in merito alle norme comuni relative alla repressione penale delle violazioni di questi trattati, rispetto alle quali è possibile rilevare come, relativamente alla predisposizione di norme interne volte a reprimere i crimini di guerra, «State practice has evolved, in particular since the adoption of the ICC Statute¹⁴».

2.1. Una panoramica sui modelli di adattamento degli ordinamenti interni alle norme relative ai crimini di guerra

Anche se il diritto internazionale può quindi imporre, esplicitamente o implicitamente, obblighi di criminalizzazione interna per le violazioni del diritto internazionale umanitario, questo non fornisce comunque nessuna soluzione uniforme su come procedere, in quanto il modo più appropriato dipenderà, ovviamente, dalle caratteristiche dei sistemi giuridici nazionali e dalle soluzioni generali riscontrabili in quell'ordinamento rispetto all'adattamento al diritto internazionale, dato che questi aspetti sono inquadrati nel *domaine réservé* degli Stati¹⁵. Tuttavia, sulla base della prassi sviluppata, risulta possibile identificare una serie di approcci ricorrenti adottati a livello nazionale, così da permettere di evidenziarne i vantaggi e gli svantaggi rispetto ad un'efficace repressione penale di queste violazioni.

La soluzione minimale è la semplice inattività. In diverse occasioni gli Stati non si sono adoperati per prevedere un esplicito adattamento degli ordinamenti interni ai crimini di guerra, come nel caso di Israele, o per aggiornare i preesistenti strumenti interni che sono nel tempo però risultati inadeguati a riflettere l'attuale quadro internazionale, come esemplificato dal codice penale militare italiano del 1941 che, nonostante alcuni minimi modifiche adottate nel 2002 in occasione delle operazioni militari in Afghanistan, rimane uno strumento ormai in parte obsoleto¹⁶. L'inattività è quindi solitamente il risultato di una bassa priorità politica-legislativa attribuita alle riforme necessarie per riflettere adeguatamente i crimini di guerra a livello nazionale oppure può derivare dalle difficoltà politiche e giuridiche ad operare rispetto ad un'area del diritto penale caratterizzata da un elevato stigma internazionale.

In questi contesti, la criminalizzazione delle condotte contrarie al diritto internazionale umanitario avverrà quindi, possibilmente, tramite l'utilizzo delle disposizioni previste nei codici penali nazionali. Sebbene il ricorso ai codici penali ordinari può rappresentare una soluzione pragmatica che consente agli operatori giuridici nazionali di applicare un quadro normativo familiare, questo approccio solleva una serie di problematicità¹⁷, tanto che i rappresentanti alla terza riunione universale delle commissioni nazionali di diritto internazionale umanitario hanno riconosciuto come il ricorso a questa opzione «*should be for no more than a transitional period, as it also entail[s] numerous shortcomings*¹⁸».

Il perseguimento dei crimini di guerra per il tramite di norme penali comuni è infatti generalmente accompagnato dalla mancata applicazione del regime speciale relativo ai crimini internazionali, ad esempio per quanto riguarda la giurisdizione universale, la non applicabilità delle immunità e prescrittibilità, il regime delle difese ammissibili, e non permette quindi di riflettere efficacemente la gravità dei reati in essere, la loro natura internazionale e la stigmatizzazione

¹⁴ E. LA HAYE, *op. cit.*, 2897.

¹⁵ K. ZIEGLER, *Domaine Réservé*, in *MPEPIL*, 2013 (versione on-line) ; I. FICHET, BOYLE, M. MOSSE, *op. cit.*, 1065.

¹⁶ G. BARTOLINI, *The Criminalization of War Crimes in Italy and the Shortcomings of the Domestic Legal Framework*, in *International Criminal Law Review*, vol. 21, 2021. Per l'attuale versione del codice penale militare di guerra v. <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/penaleMilitare>.

¹⁷ K. DÖRMANN, R. GEIß, *The Implementation of Grave Breaches into Domestic Legal Orders*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, 706-710, 713-715.

¹⁸ ICRC, *Preventing and Repressing International Crimes: Towards an 'Integrated' Approach Based on Domestic Practice*, vol. I, ICRC, Ginevra, 2014, 31.

giuridico-politica ad essi connessa¹⁹. Inoltre, la legislazione ordinaria raramente rispecchia o affronta adeguatamente il contenuto dei crimini di guerra, in particolare quelli relativi alla condotta delle ostilità, così da determinare lacune normative, potenziali applicazioni errate e incoerenze nella possibile repressione. Ad esempio, la mancata attuazione della legislazione sui crimini di guerra ha portato l'Alta corte per la Danimarca orientale, nel 2006, a perseguire membri delle forze armate danesi per «*grave violations of official duties*» ai sensi del codice penale militare danese per condotte relative all'interrogatorio di detenuti iracheni²⁰. Sebbene la Corte abbia esplicitamente riconosciuto come la condotta degli imputati appariva contraria agli artt. 27 e 31 della Quarta Convenzione di Ginevra, questa non ha ritenuto suo compito valutare espressamente il rispetto di questi trattati né ha ritenuto necessario interpretare il codice penale militare danese alla luce delle Convenzioni di Ginevra, a causa della mancata trasposizione delle rilevanti infrazioni gravi nella legislazione danese²¹. Analogamente, quando negli anni '90, durante le missioni militari in Somalia, membri delle Forze Armate italiane furono coinvolti in atti che potevano costituire trattamenti disumani, la mancanza di un quadro normativo adeguato per punire tali condotte, compresa l'applicazione del solo codice penale militare di pace alla missione in oggetto, implicò, infine, l'utilizzo del codice penale comune per perseguire le fattispecie contestate, soluzione che risultava inadeguata a causa delle problematiche procedurali e sostanziali connesse alla repressione di reati commessi all'estero²².

Viceversa, quando gli Stati hanno optato per l'adozione di una legislazione specifica al fine di reprimere i crimini di guerra, è possibile categorizzare le loro azioni in materia secondo diversi modelli, che vanno dal rinvio al contenuto materiale dei rilevanti trattati internazionali o a regole pattizie specifiche che individuano condotte poi da punire a livello nazionale, all'adozione di leggi specifiche che incorporano i crimini di guerra, sia attraverso la loro inclusione in sezioni speciali dei codici penali interni, ordinari o militari, o tramite un atto legislativo dedicato a questa tematica, separato da questi codici nazionali.

Una potenziale soluzione è quella di utilizzare tecniche di rinvio, un approccio che può condurre, a sua volta, a identificare due sub-modelli in materia.

In primo luogo, secondo un approccio caratterizzato da un rinvio statico, le disposizioni interne finalizzate a criminalizzare le violazioni del diritto internazionale umanitario definiscono i reati facendo riferimento a condotte vietate da specifici e pre-identificati trattati rilevanti, integrando tale quadro con la determinazione di un relativo regime sanzionatorio a livello interno. Questo sub-approccio è stato adottato dagli Stati sia nell'attuazione delle Convenzioni di Ginevra e del I Protocollo Aggiuntivo sia nei loro sforzi di armonizzazione allo Statuto della CPI. Ad esempio, il Canadian Geneva Conventions Act fa un rinvio generale alle infrazioni gravi elencate nelle Convenzioni di Ginevra e nel I Protocollo Aggiuntivo²³, mentre l'art. 10 della legge argentina n. 8272 che attua lo Statuto della CPI fa un rinvio generale al contenuto dell'art. 8 di questo trattato al fine di individuare i crimini di guerra punibili a livello nazionale, aggiungendo disposizioni relative alle pene da comminarsi sul piano interno²⁴.

Il modello del rinvio è stato anche adottato attraverso un approccio dinamico: una soluzione accolta, a sua volta, con un approccio ampio oppure più limitato.

Nel primo caso, gli Stati hanno adottato soluzioni che prevedono, in modo generale, la criminalizzazione interna di condotte contrarie al diritto internazionale umanitario pattizio o

¹⁹ R. SLOANE, *The Expressive Capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law*, in *Stanford Journal of International Law*, vol. 43, 2007.

²⁰ Alta corte per la Danimarca orientale, *Military Prosecution Service v. Captain TI and others*, 6 luglio 2006, in *ILDC*, n. 567. Si veda su questo punto R. VARGA, *Challenges of Domestic Prosecution of War Crimes with Special Attention to Criminal Justice Guarantees*, Pázmány Press, Budapest, 2014, 147-148.

²¹ *Ibidem*, 22.

²² N. LUPI, *Report by the Enquiry Commission on the Behaviour of Italian Peace-keeping Troops in Somalia*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 1, 1998.

²³ Canada, Geneva Conventions Act, come modificato nel 2012, art. 3, reperibile online.

²⁴ Ley de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 15/12/2006, art. 10, reperibile online. Vedi anche: S. HERENCIA CARRASCO, *Implementation of War Crimes in Latin America: An Assessment of the Impact of the Rome Statute of the International Criminal Court*, in *International Criminal Law Review*, vol. 10, 2010, 467-468.

consuetudinario. Un esempio è fornito dal Canada con il suo Crimes Against Humanity and War Crimes Act del 2000, che ha implementato lo Statuto di Roma. L'art. 4, infatti, definisce generalmente i crimini di guerra attraverso un rinvio dinamico, riferendosi ad un comportamento che «*constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law applicable to armed conflicts*», specificando che, sebbene «*[f]or greater certainty, crimes described in...Article 8 of the Rome Statute are...crimes according to customary international law*», questo «*does not limit or prejudice in any way the application of existing or developing rules of international law*²⁵», confermando così il carattere flessibile ed evolutivo della norma interna. Queste soluzioni sono ovviamente più comuni in alcuni scenari nazionali, specie quando «*[d]efinitions of crimes under customary international law can be directly applicable to domestic law if, as in common law systems, criminality may be based not only on written but also on unwritten (customary) law*²⁶». Tuttavia, approcci simili possono essere osservati anche nei sistemi di diritto civile. Ad esempio, la sezione 74 del codice penale lettone definisce i crimini di guerra come «*violations of provisions regarding conduct of war prohibited in international law binding upon the Republic of Latvia or of international humanitarian law*», come esemplificato da atti quali omicidio, tortura di una persona protetta dal diritto umanitario o qualsiasi «*other prohibited activity*²⁷».

Il secondo caso riguarda casi di rinvio che presentano una portata più limitata. In particolare, anche per gli Stati che hanno specificamente riformulato a livello interno le disposizioni internazionali inerenti i crimini di guerra, è possibile individuare il ricorso a tecniche di rinvio. Ad esempio, per contesti specifici, la soluzione è stata nel senso di criminalizzare comportamenti vietati da alcune fonti internazionali. Un tipico esempio è fornito da diverse disposizioni interne in materia di criminalizzazione di mezzi e metodi di guerra illeciti, come previsto dal Capitolo XVI del codice penale polacco, ovvero la sezione dedicata ai crimini contro la pace, l'umanità e di guerra, i cui artt. 120-121 criminalizzano l'uso di armi contrarie al «*international law*», o analogamente gli artt. 174-175 del codice penale militare di guerra dell'Italia relativo all'uso «dei mezzi o dei modi di guerra vietati dalla legge o dalle convenzioni internazionali».

L'approccio del rinvio, oltre ad essere abbastanza comune in questo settore, presenta alcuni vantaggi. In primo luogo, consente un rapido processo di attuazione senza che i legislatori nazionali debbano intraprendere un processo completo di riformulazione che potrebbe dar luogo a potenziali incoerenze. In secondo luogo, la preferenza per un modello dinamico attraverso clausole aperte potrebbe consentire di adeguare automaticamente il contenuto delle disposizioni penali interne agli sviluppi del diritto internazionale, senza ulteriori sforzi legislativi che potrebbero comportare ritardi dovuti alla bassa priorità solitamente attribuita agli interventi normativi in quest'area. In terzo luogo, il modello di rinvio, pur accelerando il processo di adattamento, non impedisce sforzi legislativi più specifici volti a introdurre soluzioni progressive a livello nazionale su alcuni aspetti. Un esempio è fornito dal citato art. 10 della legge argentina n. 8272 che, oltre a riferirsi genericamente agli artt. 8 Statuto della CPI e 85 del I Protocollo Aggiuntivo per individuare il contenuto delle condotte vietate a livello interno, estende i crimini di guerra anche a due fattispecie, ovvero il reclutamento di bambini-soldato, vietati in Argentina ai minori di 18 anni contrariamente alla soglia di 15 anni prevista dallo Statuto della CPI, e il divieto della fame come metodo di guerra, esteso a livello nazionale anche per i conflitti armati non internazionali, prima che tale soluzione fosse infine adottata a livello internazionale attraverso l'emendamento del 2019 all'art. 8(2)(e)(xiv) dello Statuto della CPI.

La soluzione del rinvio potrebbe tuttavia essere problematica. Ad esempio, per quanto riguarda le formule che generalmente rimandano a condotte vietate da convenzioni internazionali esistenti (e potenzialmente future) rilevanti per lo Stato o che fanno generici riferimenti al diritto internazionale, questo approccio potrebbe creare problemi di compatibilità con il principio di legalità operante a livello interno, stante la carenza del grado di specificità e prevedibilità richiesta sul piano nazionale per l'azione penale. Questa soluzione potrebbe anche concedere un'eccessiva discrezionalità ai pubblici ministeri e ai giudici nazionali impegnati nell'applicazione di queste norme

²⁵ Canada, Crimes Against Humanity and War Crimes Act, 29/6/2000, art. 4, reperibile online.

²⁶ G. WERLE, F. JEBBERGER, *Principles of International Criminal Law*, Oxford, 2020, 182.

²⁷ Lettonia, Criminal Code, 8 luglio 1998 (come emendato il 21 maggio 2009), reperibile online.

dal contenuto generale, aprendo la strada a valutazioni errate o interpretazioni non uniformi sulle condotte effettivamente vietate sul piano internazionale. Allo stesso tempo, l'approccio statico, collegando strettamente la repressione interna a soluzioni sancite da specifici trattati espressamente individuati dalla legislazione nazionale, potrebbe limitare l'accoglimento sul piano interno di interpretazioni dinamiche delle disposizioni rilevanti, evoluzioni basate sul diritto consuetudinario o approcci che vanno consolidandosi, ma che richiedono un'espressa azione normativa sul piano interno, come le ipotesi della crescente equiparazione delle condotte vietate nei conflitti armati internazionali anche a quelli non internazionali. Infine, questa tecnica minimalista potrebbe non consentire di differenziare correttamente le pene edittali nel caso in cui queste risultassero comuni per qualsiasi crimine di guerra elencato nelle Convenzioni di Ginevra, nello Statuto della CPI o in altri trattati rilevanti, senza distinguere tra diverse tipologie di crimini di guerra e i loro effetti.

Oltre ai modelli basati sul rinvio, un'ulteriore soluzione è rappresentata dalla predisposizione di normativa ad hoc volta ad introdurre specificamente crimini di guerra a livello nazionale attraverso una riformulazione del loro contenuto in norme nazionali, accompagnata dall'individuazione di specifiche pene edittali per i diversi reati. Questo approccio potrebbe portare a includere sezioni specifiche dedicate ai crimini di guerra nei codici penali ordinari nazionali, come sperimentato tra l'altro da Panama, il cui codice penale include una sezione su «*Delitos contra las Personas y los Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*²⁸», dal Portogallo²⁹ o dal Tagikistan³⁰. Parimenti, il processo di riformulazione potrebbe comportare anche l'adozione di una normativa separata dal codice penale ordinario. In quest'ultimo caso si possono registrare sia codici ad hoc che trattano espressamente i crimini internazionali, compresi i crimini di guerra, come esemplificato dalla Germania³¹, sia codici penali militari in grado di includere specifiche sezioni dedicate ai crimini di guerra, come esemplificato dall'Italia con il Libro III, Titolo IV del codice penale militare di guerra dedicato a «dei reati contro le leggi e gli usi di guerra³²». Allo stesso modo delle precedenti soluzioni, rispetto a questo approccio si possono evidenziare degli aspetti positivi e negativi.

Per quanto riguarda i potenziali meriti, questa soluzione sancisce l'impegno politico e giuridico degli Stati ad imporre una criminalizzazione «*effective*» per le violazioni del diritto internazionale umanitario, secondo la formula espressamente richiamata dal sistema delle gravi infrazioni alle Convenzioni di Ginevra, visto che questo obiettivo è più facilmente raggiungibile attraverso un adeguato lavoro legislativo interno che consenta di cogliere le caratteristiche ed il carattere internazionale dei reati in questione, la loro gravità, nonché di allineare la criminalizzazione interna al regime speciale previsto per i crimini internazionali. Questa soluzione consente inoltre di soddisfare pienamente i requisiti di chiarezza e prevedibilità richiesti a livello nazionale per l'azione penale e può anche consentire di parametrare le pene edittali in relazione ai diversi reati, come esemplificato dal codice penale del Niger il cui art. 208-4 elenca un regime separato per le diverse violazioni che vanno dalla comminazione della pena capitale a 15 anni di carcere, con una serie di aggravanti dipendenti anche dalle conseguenze sulle vittime, come l'incapacità al lavoro o le mutilazioni subite³³.

In secondo luogo, questa soluzione può beneficiare delle attività di supporto svolte da istituzioni specializzate volte a sostenere gli sforzi legislativi nazionali attraverso soluzioni prestabilite basate su modelli comuni che consentono agli Stati di evitare sforzi legislativi estesi che potrebbero ritardare l'adattamento e deviazioni dal diritto internazionale. Un tipico esempio è fornito

²⁸ Panama, *Ley no. 14 de 18 de mayo de 2007 que adopta el código penal*, 18 maggio 2007, reperibile online.

²⁹ Portogallo, *Lei orgânica no. 31/2004*, 22 luglio 2004, reperibile online.

³⁰ Tajikistan, *Criminal Code*, 21 maggio 1998, reperibile online.

³¹ Germania, *Code of Crimes against International Law*, 26/06/2002 (come emendato al 22 dicembre 2016), reperibile online. Su questo codice vedi: A. ZIMMERMANN, *Main Features of the New German Code of Crimes against International Law*, in M. NEUNER (a cura di), *National legislation incorporating international crimes: approaches of civil and common law countries*, Berlino, 2003, 147; E. HANDL, *Introductory Note to the German Act to Introduce the Code of Crimes against International Law*, in *International Legal Materials*, vol. 42, 2003.

³² Vedi sopra nota 15.

³³ Niger, *Loi No. 2003-025 du 13 juin 2003 modifiant la loi no 61-27 du 15 juillet 1961, portant institution du Code penal*, 13 giugno 2003, reperibile online.

dalle attività di supporto svolte dall'Advisory Service del CICR che ha adottato una serie di modelli di legge, particolarmente adatti ai sistemi di *common law*, tra cui il modello di Geneva Conventions Act che include disposizioni per la repressione delle gravi violazioni presenti nelle Convenzioni di Ginevra e nel I Protocollo Aggiuntivo³⁴. In effetti, una serie di legislazioni nazionali, come il *Geneva Conventions Act* della Sierra Leone del 2012³⁵, sono state adottate sulla base di questo progetto di strumento e del supporto fornito dalla Società nazionale della Croce Rossa o Mezzaluna Rossa e dal CICR, consentendo l'incorporazione a livello nazionale di crimini di guerra previsti da questi trattati. Allo stesso modo, per lo Statuto della CPI e il suo elenco di crimini di guerra, si potrebbe fare riferimento alla "*Model Law to Implement the Rome Statute of the International Criminal Court*" originariamente sviluppata dal Segretariato del Commonwealth nel 2004 e ulteriormente rivista nel 2011 per riflettere l'esperienza di alcuni Stati, le buone prassi e gli sviluppi giuridici che potevano riscontrarsi dopo l'adozione del primo modello³⁶. Diversi Stati del Commonwealth hanno adottato una legislazione basata su tali premesse, come esemplificato dalla normativa in materia di Samoa o dell'Uganda³⁷. Questo ruolo di sostegno, oltre ad essere svolto da entità intergovernative, come ulteriormente esemplificato dal "*Model Law Project on Crimes under the Jurisdiction of the ICC*" adottato nell'ambito della Lega Araba dal Consiglio dei ministri della giustizia arabi nel 2005³⁸, può essere svolto anche da specializzate organizzazioni non governative. Tali attori possono infatti promuovere attività di attuazione nazionale con le principali parti interessate, quali membri dei Parlamenti e dei Governi, mettendo a disposizione strumenti dedicati a questo scopo, come esemplificato dall'ONG Parliamentarians for Global Justice e dalla sua "*Model Law/Reference Law to Implement the Rome Statute of the ICC in Domestic Law*"³⁹.

In terzo luogo, i processi di adattamento tramite riformulazione interna delle rilevanti norme internazionali possono anche facilitare soluzioni di sviluppo progressivo a livello nazionale, andando oltre i parametri internazionali. Un esempio positivo in questo senso è la tendenza ad abbandonare la distinzione tra conflitti armati internazionali e non-internazionali per le condotte criminalizzate a livello interno, secondo la soluzione sperimentata tra l'altro in Uruguay⁴⁰ e Slovacchia⁴¹. Allo stesso modo, la tecnica della riformulazione ha permesso agli Stati di ispirarsi al contenuto di rilevanti trattati internazionali nonostante la loro mancata partecipazione. Ad esempio, la legislazione sui crimini internazionali del Ruanda adottata nel 2003 (il cui contenuto è stato confermato nel nuovo codice penale del 2012⁴²) ha ampiamente beneficiato dell'elenco dei crimini di guerra presenti all'art. 8 dello Statuto della CPI, indipendentemente dal fatto che il Ruanda non sia parte di questo trattato.

È tuttavia possibile individuare una serie di limiti rispetto a questa soluzione. In primo luogo, una riformulazione a livello domestico dei crimini di guerra previsti dal diritto internazionale potrebbe essere problematica nel caso in cui le soluzioni interne non riproducano alla lettera il contenuto dei crimini di guerra e le definizioni fondamentali presenti in questo ambito. Un esempio è fornito dalla nozione stessa di conflitto armato, a volte espressamente introdotta nelle legislazioni interne sui crimini di guerra come norma di apertura per determinarne l'applicazione. Definizioni

³⁴ Vedi per gli esempi di leggi modello elaborate dal CICR: <https://www.icrc.org/en/document/national-implementation-ihl-model-laws>.

³⁵ Sierra Leone, *Geneva Conventions Act*, 21 giugno 2012, reperibile online.

³⁶ Per il testo della *Model Law to Implement the Rome Statute of the International Criminal Court and its accompanying report* vedi Commonwealth Secretariat, *International Criminal Court (ICC) statute and implementation of the Geneva Conventions*, in *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 37, 2011.

³⁷ Samoa, *The International Criminal Court Act*, 9/11/2007, reperibile online; Uganda, *The International Criminal Court Act*, 25/5/2010, reperibile online.

³⁸ Lega Araba, *Decree regarding the Arab Model Law Project on Crimes within ICC Jurisdiction*, no. 598-21d-29 novembre 2005, reperibile online.

³⁹ Si veda <https://www.pgaction.org/resources-for-parliamentarians.html>.

⁴⁰ Uruguay, Ley N° 18.026 de Cooperacion con la Corte Penal Internacional en Materia de lucha contra el Genocidio, los Crimenes de Guerra y de Lesa Humanidad, 25 settembre 2006, reperibile online.

⁴¹ Slovacchia, Criminal Code, 2/7/2005, section 435, reperibile online.

⁴² Ruanda, *Loi n° 33 bis/2003 du 06/09/2003 réprimant le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, 15/7/2003, reperibile online and *Loi organique no 01/2012/OL portant code pénal*, 2 maggio 2012, reperibile online.

nazionali autonome che si discostano dai parametri internazionali possono debitamente ridurre o estendere eccessivamente l'ambito di applicazione delle disposizioni sostanziali sui crimini perseguibili a livello interno. Un primo esempio è fornito dalla riforma del 2002 del codice penale militare di guerra dell'Italia, che ha qualificato il conflitto armato all'art. 165 come «il conflitto in cui una almeno delle parti fa uso militarmente organizzato e prolungato delle armi nei confronti di un'altra per lo svolgimento di operazioni belliche», una soluzione non in linea con le nozioni comuni di conflitto armato internazionale fornite dal diritto internazionale umanitario. Allo stesso modo, la definizione di “guerra” fornita dalla sezione 459 del codice penale ungherese del 2012 è problematica in quanto questo concetto è espressamente applicato non solo alle nozioni di conflitti armati internazionali e non-internazionali definite dagli artt. comuni 2 e 3 delle Convenzioni di Ginevra, dall'art. 1(4) I Protocollo Aggiuntivo e dall'art. 1 II Protocollo Aggiuntivo, ma anche agli stati di emergenza, agli stati di crisi nazionale e al dispiegamento e utilizzo delle forze armate ungheresi all'estero. Questa definizione troppo estesa potrebbe quindi sollevare dubbi sulla potenziale applicazione di disposizioni sostanziali repressive di condotte illecite. Parimenti, processi di riformulazione inadeguati potrebbero incidere anche sul contenuto sostanziale delle condotte vietate, come esemplificato dalla sezione 153 del citato codice penale ungherese che individua come bene protetto «*an establishment that is not recognized as a military objective and is therefore not protected by the military*», sovrapponendo così nozioni diverse come obiettivo militare e località non difese⁴³.

In secondo luogo, gli sforzi di riformulazione a livello nazionale potrebbero essere parziali e un confronto tra i crimini di guerra prescritti dagli strumenti internazionali e quelli infine inclusi a livello nazionale può consentire di identificare alcune carenze, come esemplificato dalle disposizioni dedicate del codice penale etiope che non contemplano alcune delle condotte previste dall'art. 8 dello Statuto della CPI, come il divieto di esperimenti scientifici e medici ingiustificati, atti di mutilazione fisica, gravidanza e sterilizzazione forzata, o l'uccisione o il ferimento a tradimento di un avversario combattente⁴⁴. Allo stesso modo, le analisi dottrinali effettuate sulla legislazione di Stati asiatici che prevedono crimini di guerra hanno evidenziato una serie di carenze, con numerose fattispecie previste nello Statuto della CPI che sono omesse nella normativa nazionale di attuazione degli Stati della regione, come riscontrabile per Cambogia, Corea del Sud, Giappone, Tagikistan, Timor Est⁴⁵. Inoltre, mentre gli Stati usano comunemente i crimini previsti dal sistema delle infrazioni gravi e dall'art. 8 della CPI come parametri di riferimento nel traslare sul piano interno le condotte per le quali si prevederà una repressione, «*they mostly tend to forget about similar obligations contained in other humanitarian law instruments*»⁴⁶, come la Convenzione dell'Aja del 1954, il suo Secondo Protocollo, o la Convenzione di Ottawa, che tuttavia possono trovare attuazione in atti legislativi separati relativi ai processi di ratifica di questi trattati, come esemplificato dalla legge peruviana del 2006 che prevede sanzioni penali per comportamenti vietati dalla Convenzione di Ottawa⁴⁷.

In terzo luogo, la previsione dei crimini di guerra esclusivamente nelle leggi penali militari può trascurare la repressione di questi crimini quando sono commessi da civili o membri di gruppi armati organizzati, visto che queste categorie sono normalmente non ricadenti nel campo applicativo *ratione personae* di questi strumenti penalistici peculiari. In quarto luogo, una serie di opposte critiche sono state proposte anche rispetto alla soluzione volta ad inserire questi reati nel codice penale ordinario, dato, da un lato, il «*risk of normalizing and “devaluing” offences which belong to the most serious crimes of concern to the international community*», ovvero, dall'altro, per il dubbio connesso

⁴³ R. VARGA, *Challenges of Domestic Prosecution of War Crimes with Special Attention to Criminal Justice Guarantees*, cit., 213.

⁴⁴ Etiopia, *Criminal Code*, 9 maggio 2004, reperibile online. Si veda T. SIMIE METEKIA, *Prosecution of Core Crimes in Ethiopia*, Leida, 2021, 348-353.

⁴⁵ D. BIRKETT, *Twenty Years of the Rome Statute of the International Criminal Court: Appraising the State of National Implementing Legislation in Asia*, in *Chinese Journal of International Law*, vol. 18, 2019, 373-381.

⁴⁶ R. VARGA, *Challenges of Domestic Prosecution of War Crimes with Special Attention to Criminal Justice Guarantees*, cit., 210.

⁴⁷ Perù, Ley N°28824, *Ley que sanciona penalmente conductas prohibidas por la convencion de Ottawa sobre la prohibicion del empleo, almacenamiento, produccion y transferencia de Minas Antipersonales*, 10 luglio 2006, reperibile online.

al ricorso a uno strumento separato, che «could overtime fall into oblivion⁴⁸» in mancanza di un numero significativo di procedimenti e per il suo carattere distinto dal codice penale ordinario, strumento più familiare per gli operatori giuridici nazionali.

Infine, va considerato come estesi processi di riformulazione a livello nazionale, attraverso la redazione di codici separati ad hoc o sezioni speciali del codice penale ordinario o militare, sono possibili solo attraverso un rilevante supporto politico in grado di mettere in campo le riforme programmate, preparate tramite approfondite ricerche. In diverse occasioni gli sforzi di attuazione sono stati favoriti dalle attività propedeutiche svolte dalle Commissioni nazionali di diritto internazionale umanitario composte da rappresentanti dei ministeri competenti, delle Società Nazionali di Croce Rossa o Mezzaluna Rossa ed eventualmente da altri membri della società civile, in grado di rappresentare «*very useful platforms for making progress and heightening awareness among all those concerned*⁴⁹». Ad esempio, è stato compito della Commissione interministeriale belga per il diritto umanitario preparare il progetto per le leggi del 1993 e del 2003 sulle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario e le successive proposte di legge per l'adattamento agli emendamenti di Kampala della CPI⁵⁰.

I molteplici Stati ancora privi di un adeguato quadro giuridico interno sono tuttavia un *memento* di come una corretta attuazione dei crimini di guerra a livello nazionale sia ancora una bassa priorità in diverse agende politico-giuridiche nazionali, «*causing some projects to acquire a sempiterno condition of draft bills*⁵¹», come avvenuto, in America Latina negli scorsi decenni, per i disegni di legge sull'attuazione dello Statuto della CPI presentati in Ecuador, Perù e Bolivia, rispetto ai quali, attualmente, solo l'Ecuador ha finalmente incluso disposizioni sui crimini di guerra nel suo riformulato codice penale del 2014⁵².

3. Profili problematici nel recepimento e nella repressione penale dei crimini di guerra

3.1. L'uso strategico della legislazione domestica di recepimento

Il recepimento e la conseguente repressione penale dei crimini di guerra sul piano domestico sono talvolta complicati dall'uso strategico della legislazione interna di recepimento da parte degli Stati. Tale fenomeno può realizzarsi mediante una cd. *over-implementation*, vale a dire l'adozione di legislazione domestica di recepimento che supera i requisiti previsti dal diritto internazionale, ovvero mediante la mancata applicazione della legislazione domestica di recepimento, quand'anche adottata.

Quanto alla prima ipotesi, fenomeni di *over-implementation* possono essere connessi all'adozione di atteggiamenti particolarmente zelanti da parte degli Stati nei confronti della lotta all'impunità.⁵³ In questo contesto, è possibile che, nella propria legislazione domestica in materia di crimini di guerra, gli Stati procedano alla criminalizzazione di una più vasta gamma di condotte rispetto a quelle che si qualificano come crimini di guerra in base al diritto internazionale. Ciò può avvenire, ad esempio, allorché le disposizioni interne criminalizzino in modo generico tutte le «violazioni delle leggi e degli usi di guerra», come nel caso del Sud Africa o dei Paesi Bassi⁵⁴, ovvero attraverso l'estensione dell'ambito di applicazione di taluni divieti⁵⁵. Questo fenomeno non è di per

⁴⁸ K. DÖRMANN, R. GEIß, *op. cit.*, 715, 716.

⁴⁹ ICRC, *Preventing and Repressing International Crimes: Towards an 'Integrated' Approach Based on Domestic Practice*, cit., 42.

⁵⁰ F. CASIER, A. JANSSENS, *Belgium's Interministerial Commission for Humanitarian Law: Playing a key role in the implementation and promotion of IHL*, in *International Review of the Red Cross*, vol. 96, 2014, 1085.

⁵¹ S. HERENCIA CARRASCO, *op. cit.*, 468.

⁵² Vedi in particolare gli artt. 111-139 del *Código Orgánico Integral Penal dell'Ecuador*, 28 gennaio 2014, reperibile online.

⁵³ H. VAN DER WILT, *Equal Standards? On the Dialectics between National Jurisdictions and the International Criminal Court*, in *International Criminal Law Review*, vol. 8, 2008, 254.

⁵⁴ Si vedano, ad esempio: Sud Africa, Geneva Conventions Act (2012) Capitolo 2, Sezione 5(3); Paesi Bassi, International Crimes Act (2003) Sezione 7.

⁵⁵ Si veda, *inter alia*, la summenzionata tendenza dei paesi Latino-americani a criminalizzare l'arruolamento di minori di età inferiore a 18 anni, estendendo così il limite di età di 15 anni previsto dall'art. 8(2)(b)(xxvi) dello Statuto di Roma, in

sé problematico: la possibilità per gli Stati di attribuire rilevanza penale a condotte che non costituiscono crimini in base al diritto internazionale rientra senz'altro nelle loro prerogative sovrane. Come anticipato, inoltre, le stesse Convenzioni di Ginevra lasciano gli Stati liberi di recepire l'obbligo di reprimere ogni violazione del diritto internazionale umanitario oltre le *grave breaches* con ogni mezzo opportuno, compreso lo strumento della repressione penale⁵⁶. Tuttavia, la *over-implementation* può divenire problematica allorché vengano criminalizzati atti che sono leciti secondo il diritto internazionale umanitario, in particolare nel contesto di conflitti armati internazionali. Invero, diversamente dai conflitti armati internazionali disciplinati dall'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra, in cui il diritto internazionale stabilisce solo standard minimi di condotta senza impedire agli Stati di imporre standard più elevati e criminalizzarne la violazione⁵⁷, le norme del diritto internazionale umanitario applicabili ai conflitti armati internazionali hanno una funzione di "legittimazione" per i combattenti⁵⁸ che preclude la possibilità di una successiva repressione penale di condotte lecite in tempo di guerra⁵⁹.

Sul fronte opposto, la *over-implementation* può essere altresì utilizzata strategicamente dagli Stati per consentire una repressione penale esemplare di crimini commessi in passato, spesso come strumento per portare avanti determinate narrazioni politiche. A un simile fenomeno si associano necessariamente problemi legati alla potenziale incompatibilità con il principio di legalità. Laddove la criminalizzazione domestica dei crimini di guerra oltrepassi quanto previsto dal diritto internazionale, e in particolare riguardi condotte che non costituivano crimini di guerra all'epoca dei fatti, il rispetto del principio del *nullum crimen sine lege* imporrebbe l'esclusione dell'applicazione retroattiva di tale legislazione. In proposito, la cd. "legge Biszku", adottata in Ungheria nel 2011 con l'obiettivo di introdurre una base giuridica per la repressione penale dei crimini commessi negli anni '50 dal regime comunista, è stata da taluni considerata contraria al principio del *nullum crimen* in quanto essa qualifica come "grave breach" qualsiasi violazione dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra, estendendone retroattivamente l'applicazione⁶⁰.

Quanto alla seconda ipotesi, un uso strategico della legislazione di recepimento dei crimini di guerra può consistere anche nella sua disapplicazione pratica. L'adozione di legislazione interna specifica in materia di crimini di guerra non garantisce infatti che gli organi deputati all'esercizio dell'azione penale riconoscano la natura internazionale di tali crimini e attivino la loro repressione sulla base della relativa legislazione. Ciò appare tanto meno frequente quando ad essere processati siano membri delle forze armate dello stesso Stato. Negli Stati Uniti, ad esempio, il Manuale per le Corti Marziali predilige espressamente una repressione penale fondata su crimini ordinari rispetto a quella fondata sui crimini di guerra⁶¹. Di conseguenza, i processi statunitensi nei confronti di membri delle forze armate USA relativi al massacro di My Lai durante la guerra in Vietnam e al trattamento

linea con quanto previsto dal Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo sulla partecipazione dei fanciulli ai conflitti armati.

⁵⁶ Si vedano gli artt. 49, 50, 129 e 149 rispettivamente delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949. E. LA HAYE, *op. cit.*, 2896.

⁵⁷ Si veda, in tal senso, l'argomentazione della Corte suprema olandese nel caso *Kesbir*, secondo cui l'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra non esclude la criminalizzazione domestica di condotte che vanno oltre i suoi standard minimi. Corte suprema olandese, *Public Prosecutor v. Mrs. K*, 7 maggio 2004, in *ILDC*, 2004, n. 142, ¶3.3.7. Si noti, tuttavia, che nel caso in cui non siano stati commessi crimini di guerra, l'art. 6(5) del II Protocollo Aggiuntivo incoraggia la concessione della più ampia amnistia possibile a coloro che hanno partecipato al conflitto armato o che sono stati privati della loro libertà per ragioni connesse al conflitto armato.

⁵⁸ W. FERDINANDUSSE, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, TMC Asser Press, L'Aia, 2006, 121-122.

⁵⁹ ICRC, *Preventing and Repressing International Crimes: Towards an 'Integrated' Approach Based on Domestic Practice*, cit., 31-32.

⁶⁰ R. VARGA, *Facilitating War Crimes Procedures in Hungary: The New Criminal Code and Lex Biszku*, in *Hungarian Yearbook of International and European Law*, 2003, p. 502; G. HALMAI, *Transitional justice, transitional constitutionalism and constitutional culture*, in G. JACOBSON, M. SCHOR (a cura di), *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham, 2018, 386.

⁶¹ Stati Uniti, *Manual for Courts-Martial*, 2019, regola 307(c)(2), Discussione (D).

dei detenuti nella prigione irachena di Abu Ghraib sono stati condotti applicando crimini ordinari⁶². In generale, nessun soldato statunitense è mai stato accusato di violazioni del *War Crimes Act*⁶³. Simili esempi si riscontrano nella prassi processuale di Australia, Canada e Regno Unito, nonostante la disponibilità di specifica legislazione sui crimini di guerra in ciascuno di questi Stati⁶⁴.

3.2. Alcuni ostacoli alla repressione domestica dei crimini di guerra

Anche quando gli Stati recepiscono i crimini di guerra mediante una specifica legislazione penale in materia, la repressione domestica può incontrare una serie di ostacoli in grado di limitare o ritardare l'attivazione dei procedimenti penali, limitando l'efficacia dello sforzo di recepimento. Ciò è normalmente il risultato di una inadeguata considerazione del regime speciale a cui la repressione penale dei crimini di guerra è assoggettata. Tale regime notoriamente prevede che la repressione dei crimini di guerra si accompagni alla previsione della imprescrittibilità dei crimini, dell'inapplicabilità di immunità e amnistie, di limitazioni alla scriminante dell'ordine del superiore e di particolari modalità di partecipazione al reato⁶⁵.

Benché generalmente considerata una norma consuetudinaria⁶⁶, l'inapplicabilità di termini prescrizionali ai crimini internazionali continua a incontrare alcune resistenze da parte degli Stati. Tali resistenze risultano con particolare evidenza con riguardo all'applicabilità di tale norma ai crimini di guerra. Un caso esemplare è quello della Francia, la quale a partire dal caso *Barbie*⁶⁷ si è ripetutamente espressa a favore della necessità di operare una distinzione tra crimini di guerra e crimini contro l'umanità, ritenendo che l'esclusione della prescrizione si applichi solo a questi ultimi, sul presupposto che i crimini di guerra abbiano una «diversa logica»⁶⁸. È dunque possibile che la legislazione domestica non associ uno specifico regime di imprescrittibilità alla repressione dei crimini di guerra. Ciò può verificarsi sia in conseguenza del mancato recepimento dei crimini di guerra *tout court*, sia nell'ipotesi in cui l'ordinamento recepisca le norme incriminatrici relative ai crimini di guerra, senza tuttavia prevederne l'imprescrittibilità. In simili circostanze, l'effettività della repressione penale dei crimini di guerra finirà per dipendere dall'ordinario regime di imprescrittibilità previsto dal relativo ordinamento. In Italia, ad esempio, la condanna di Erich Priebke per crimini di guerra è stata resa possibile esclusivamente grazie alla circostanza che i crimini per i quali egli era imputato rientravano tra quelli punibili con l'ergastolo, crimini che l'ordinamento italiano già considera imprescrittibili⁶⁹.

Le immunità continuano a rappresentare un significativo ostacolo alla repressione penale dei crimini di guerra. Ciò riguarda tanto le immunità consuetudinarie riconosciute ad organi di Stati stranieri, e in particolare le immunità *ratione materiae* spettanti al personale militare operante all'estero, tanto le immunità discendenti dal diritto interno, normalmente costituzionale, generalmente riconosciute al capo dello Stato e ai membri di Governo e Parlamento.

Quanto alle prime, è nota la travagliata storia dell'adozione del Draft Article 7 del progetto della Commissione del diritto internazionale sulle immunità degli organi dello Stato. Il Draft Article

⁶² T. PITTMAN, M. HEAPHY, *Does the United States Really Prosecute Its Service Members for War Crimes? Implications for Complementarity before the International Criminal Court*, in *Leiden Journal of International Law*, 21/2008, 174.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Per l'Australia, si veda: *Re Civilian Casualty Court Martial*, 2011, in *FLR*, n. 259; J. KELLY, *Re Civilian Casualty Court Material: Prosecuting Breaches of International Humanitarian Law Using the Australian Military Justice System*, in *Melbourne University Law Review*, vol. 37, 2013. Per il Canada, si veda *General Court Martial, R v Semrau*, 2010, in *CM*, n. 4010. Per il Regno Unito, si veda *Court Martial Appeal Court, R v Alexander Wayne Blackman*, 2017, in *EWCA Crim*, n. 190.

⁶⁵ Amnesty International, *International Criminal Court – Updated Checklist for Effective Implementation*, 2010, 7-17.

⁶⁶ ICRC, Customary IHL Database, regola 160; Convenzione sulla non applicabilità delle prescrizioni ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità, adottata il 26 November 1968, in *UNTS*, vol. 754, 73.

⁶⁷ Corte di cassazione francese, *Barbie*, 20 dicembre 1985, 136.

⁶⁸ Francia, *Response from the Minister of Foreign and European Affairs to parliamentary written question no. 59178*, in *Journal officiel de la République Française*, 27 ottobre 2009, 10166.

⁶⁹ Corte di cassazione italiana, *Priebke and Hass*, 16 novembre 1998.

in questione, che esclude l'immunità *ratione materiae* degli organi statali in caso di commissione di crimini internazionali, ha invero incontrato l'opposizione di alcuni membri della stessa Commissione⁷⁰, oltre che di alcuni Stati⁷¹. Il complesso accoglimento di tale eccezione alla regola dell'immunità degli organi continua ad emergere nella giurisprudenza delle corti interne, comprese quelle più aperte a riconoscere l'esclusione dell'immunità. In una recente pronuncia del 2021, ad esempio, la Corte federale di giustizia tedesca, pur riconoscendo e applicando l'eccezione all'immunità per la commissione di crimini di guerra, ne ha tuttavia circoscritto l'ambito di applicazione al solo personale militare di grado inferiore⁷².

Quanto alle immunità di diritto interno, la rilevanza delle stesse quali potenziali ostacoli alla repressione penale dei crimini internazionali è stata a lungo discussa dagli Stati in occasione della loro ratifica dello Statuto di Roma della CPI. Riconoscendo il potenziale conflitto tra disposizioni costituzionali in materia di immunità e art. 27 dello Statuto della CPI sull'irrelevanza di qualifiche ufficiali, taluni Stati hanno proceduto a operare le modifiche costituzionali necessarie per poter partecipare allo Statuto⁷³; in altri casi, le corti interne hanno ritenuto che tale conflitto potenziale potesse risolversi sul piano interpretativo, attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme⁷⁴. Ad ogni modo, resta problematico che le legislazioni di alcuni Stati continuino a non prevedere l'esclusione di tali immunità⁷⁵. Se non accompagnata a un adeguato sforzo di interpretazione conforme, tale mancanza è in grado di impedire, e comunque di ritardare, la repressione penale. Emblematico è il caso del procedimento nei confronti dell'ex capo di Stato guatemalteco Ríos Montt, la cui immunità parlamentare ha impedito l'esercizio dell'azione penale nei suoi confronti per crimini di guerra e genocidio per più di una decade⁷⁶.

Quanto all'inapplicabilità delle amnistie alla repressione dei crimini di guerra, questioni relative all'interpretazione dell'art. 6(5) del II Protocollo Aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra hanno occupato a lungo tanto le corti interne quanto le corti internazionali. Com'è noto, la disposizione invita gli Stati a concedere la più ampia amnistia possibile a coloro che abbiano preso parte alle ostilità, al termine di conflitti armati non internazionali. Pur nella sua laconicità, la disposizione è stata costantemente interpretata dal CICR⁷⁷, nonché dalla giurisprudenza di corti

⁷⁰ Commissione di diritto internazionale, *Report – Sixty-ninth session*, 1 maggio-2 giugno e 3 luglio-4 agosto 2017, UN Doc. A/72/10, 164-165.

⁷¹ M. FORTEAU, *Immunities and International Crimes before the ILC: Looking for Innovative Solutions*, in *AJIL Unbound*, 112/2008, 22.

⁷² Corte federale di giustizia tedesca, sentenza del 28 gennaio 2021, in *StR*, n. 3, 16.

⁷³ Si vedano, *inter alia*: Belgio, opinione del Consiglio di Stato del 21 aprile 1999 sulla legge che approva lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, documento parlamentare n. 2-239, 1999-2000; Lussemburgo, opinione del Consiglio di Stato sulla bozza di approvazione dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, documento parlamentare n. 4502, 4 maggio 1999; Colombia, pronuncia n. C-578/02 – revisione della legge 742 del 5 giugno 2002 che ratifica lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale adottato a Roma il 17 luglio 1998; Costa D'Avorio, decisione del Consiglio costituzionale n. 002/CC/SG del 17 dicembre 2003 sulla compatibilità dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale con la costituzione ivoriana; Madagascar, decisione n. 11-HCC/D1 del 21 marzo 2006 relativa alla legge n. 2005-35 che autorizza la ratifica dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale.

⁷⁴ *Inter alia*: Spagna, opinione del Consiglio di Stato del 22 agosto 1999 (sullo Statuto di Roma) n. 1.37499/99/MM; Costa Rica, controllo obbligatorio di costituzionalità della legge che approva lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, 1 novembre 2000, n. Exp. 00-008325-0007-CO, Res. 2000-09685; Ucraina, opinione della Corte costituzionale sulla conformità dello Statuto di Roma con la costituzione ucraina, 11 luglio 2001, n. 1-35/2001; Honduras, opinione della Corte suprema di giustizia del 24 gennaio 2002; Repubblica Democratica del Congo, Alta corte militare, *Batumike e altri*, 13 dicembre 2017, n. 139/2018, 42.

⁷⁵ R. VARGA, *Challenges of Domestic Prosecution of War Crimes with Special Attention to Criminal Justice Guarantees*, cit., 256.

⁷⁶ N. ROHT-ARRIAZA, *Genocide and War Crimes in National Courts: the Conviction of Ríos Montt in Guatemala and its Aftermath*, in *ASIL-Insights*, 2013.

⁷⁷ ICRC, *Statement at the Humanitarian Liaison Working Group (HLWG)*, Ginevra, 19 giugno 1995.

interne⁷⁸, di tribunali internazionali⁷⁹ e *human rights monitoring bodies*⁸⁰ nel senso di non potersi applicare alla commissione di crimini di guerra. Ciononostante, alcuni Stati, concependo le amnistie come utili strumenti di ricostruzione e riconciliazione nazionale post conflitto, hanno talvolta adottato leggi di amnistia ampie, capaci di ricomprendere anche la commissione di crimini di guerra. Celebre, in tale contesto, è l'adozione della General Amnesty Law for Consolidation of Peace da parte di El Salvador nel 1993. Già censurata nel 1999 dalla Corte interamericana dei diritti umani per la sua contrarietà alle norme in materia di diritti umani e di diritto internazionale umanitario⁸¹, la legge è rimasta in vigore fino al 2016, quando la Corte suprema di giustizia l'ha infine dichiarata incostituzionale per contrarietà all'obbligo internazionale dello Stato di reprimere le gravi violazioni dei diritti fondamentali, discendente *inter alia* dall'art. 4 del II Protocollo Aggiuntivo⁸².

In relazione alla repressione dei crimini di guerra, infine, gli Stati hanno l'obbligo di recepire la responsabilità del superiore quale particolare modalità di partecipazione al reato, e di escludere la rilevanza dell'ordine del superiore come scriminante completa⁸³.

Il recepimento della responsabilità del superiore è stato particolarmente complesso in Canada, dove ha generato problemi di compatibilità costituzionale. L'art. 28 dello Statuto della CPI, che riconosce la responsabilità del superiore per la condotta dei suoi subordinati, è stato ritenuto incompatibile con la consolidata giurisprudenza della Corte suprema canadese, tradizionalmente contraria a condanne fondate sulla responsabilità per fatto altrui in relazione a crimini di particolare gravità. Per consentire al Canada di partecipare allo Statuto senza incorrere in questioni di costituzionalità, il legislatore canadese ha elaborato, in relazione alla figura della responsabilità del superiore, un'autonoma fattispecie di reato, rubricata "breach of responsibility"⁸⁴. Ciononostante, taluni autori hanno sollevato dubbi sulla capacità di tale autonoma disposizione di realizzare compiutamente l'obbligo statale di recepimento dei crimini di guerra⁸⁵.

Per ciò che concerne invece l'ordine del superiore, le legislazioni domestiche e i manuali militari tendono ad escluderlo quale scriminante allorché l'ordine sia "manifestamente illegittimo", in conformità con il diritto consuetudinario⁸⁶. Ciononostante, continuano ad emergere significative divergenze sull'interpretazione del test di manifesta illegittimità. In Israele, ad esempio, si è nel tempo consolidata la tendenza ad accogliere interpretazioni restrittive di tale nozione. Nel 1959, una Corte militare distrettuale israeliana affermava, nel caso *Ofer e altri*, che un ordine manifestamente illegittimo «deve sventolare come una bandiera nera sull'ordine impartito» e che esso non può coincidere con la sola illegittimità formale, o con una forma di illegittimità che solo i giuristi possono riconoscere, ma deve consistere in una illegittimità che «penetra nel cuore e lo agita⁸⁷». Sin dalla sua prima elaborazione, il test della "bandiera nera" è stato usato utilizzato per sostenere interpretazioni estremamente restrittive nella nozione di "manifesta illegittimità", portando le corti militari israeliane a concludere che non tutti gli ordini punitivi di cagionare danni a oggetti civili e lesioni personali a civili sono da considerarsi manifestamente illegittimi⁸⁸.

⁷⁸ Cile, Corte d'appello di Santiago, *Videla*, 26 settembre 1994; Etiopia, Ufficio del Procuratore speciale, *Mengistu e altri*, Risposta all'obiezione sollevata dai difensori degli imputati, 23 maggio 1995; Sudafrica, Divisione provinciale di Cape, *Azapo*, 6 maggio 1996.

⁷⁹ Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, *Furundzija*, 10 dicembre 1998, 155.

⁸⁰ Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *General Comment n. 20*, 10 marzo 1992, 15.

⁸¹ Corte interamericana dei diritti umani, *Lucio Parada Cea e altri*, 27 gennaio 1999, sez. XI(1). Si veda anche: Corte interamericana dei diritti umani, *Barrios Altos v Peru*, 14 marzo 2001, 41 ss.

⁸² Corte suprema di giustizia di El Salvador, Incostituzionalità n. 44-2013/145-2013, 13 luglio 2016.

⁸³ ICRC, *The Domestic Implementation of International Humanitarian Law – A Manual*, ICRC, Ginevra, 2015, 35-36.

⁸⁴ Consiglio d'Europa, *The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court – Progress Report by Canada and Appendix*, 16 luglio 2001, Consult/ICC(2001)11, 3.

⁸⁵ W. SCHABAS, *Canada*, in B. BRANDON, M. DU PLESSIS (a cura di), *The Prosecution of International Crimes: A Practical Guide to Prosecuting ICC Crimes in Commonwealth States*, Commonwealth Secretariat, Londra, 2005, 163.

⁸⁶ ICRC, Customary IHL Database, regola 155.

⁸⁷ Corte militare distrettuale d'Israele, *Lance Corporal Ofer e altri*, 3 aprile 1959, in *Psakim*, n. 44, 362.

⁸⁸ Z. BOHRER, *Clear and Obvious? A Critical Examination of the Superior Order Defense in Israeli Case Law*, in *IDF Law Review*, vol. 2, 2005-2006, 218-219.

Da ultimo, in quei sistemi domestici che accolgono un approccio rigoroso al principio di legalità, questo può inevitabilmente finire per rappresentare un significativo vincolo strutturale alla repressione penale dei crimini di guerra. Se l'individuazione della consuetudine quale fonte delle norme incriminatrici è in grado di soddisfare il principio di legalità internazionale, a condizione che siano rispettati i requisiti di accessibilità e prevedibilità⁸⁹, concezioni domestiche più rigide del principio di legalità, fondate ad esempio sul principio della riserva di legge, richiedono a tal fine l'adozione di una legge scritta parlamentare. Ciò ha il duplice effetto, per un verso, di vincolare le scelte di adattamento statale al diritto internazionale, e per altro verso di circoscrivere temporalmente l'ambito di applicazione delle norme penali interne di recepimento, precludendone l'applicazione retroattiva. In questo contesto, non può mancare di segnalare la tendenza di alcune corti interne, specialmente dei paesi latino-americani, a elaborare soluzioni interpretative creative per aggirare tale vincolo. Tra queste, la tecnica della "doppia qualificazione dei fatti"⁹⁰, originariamente elaborata dalla Corte suprema canadese nel caso *Finta* e successivamente accolta dalla giurisprudenza delle corti sudamericane, consiste nell'applicazione combinata delle norme incriminatrici ordinarie, *ratione temporis* applicabili al momento della commissione dei fatti, e dello speciale regime applicabile ai crimini di diritto internazionale previsto da norme statali di recepimento successive, così da consentire di superare alcuni dei summenzionati ostacoli alla repressione penale, in particolare la prescrizione⁹¹. Benché questa tecnica presenti l'ovvio vantaggio di tentare di bilanciare interessi egualmente fondamentali, è stata tuttavia criticata per i suoi difetti di carattere metodologico e sostanziale. Dal punto di vista metodologico, la tecnica è stata considerata una indebita creazione giurisprudenziale, in quanto conduce all'applicazione di un regime penale composito, non previsto in quanto tale dal legislatore nazionale⁹². Ancor più significativamente, dal punto di vista sostanziale la tecnica è stata descritta come caratterizzata da una «legalità incompleta»⁹³. Poiché, invero, nelle concezioni domestiche più rigorose del principio di legalità, la non retroattività si applica a tutti gli aspetti sostanziali della criminalizzazione, comprese le scriminanti, le modalità di partecipazione al reato e la prescrizione⁹⁴, tale tecnica non appare comunque in grado di superare tutti i vincoli imposti da simili approcci interni al principio di legalità.

4. Osservazioni conclusive

Nonostante i molteplici modelli a disposizione degli Stati per regolamentare il rapporto tra ordinamenti giuridici internazionali e nazionali in merito all'attuazione dei crimini di guerra, la pratica interna rivela una serie di problematiche, che vanno dalle carenze generali delle tecniche selezionate ad ostacoli interni in grado di compromettere l'effettiva repressione dei crimini di guerra. Mentre gli obblighi espliciti e impliciti di criminalizzazione dei crimini di guerra dovrebbero incoraggiare un approccio congruente e proattivo da parte degli Stati, le loro attività in materia

⁸⁹ Corte europea dei diritti umani, *Kononov v Latvia*, 17 maggio 2010, app. n. 36376/04, 185.

⁹⁰ E. MACULAN, *International Crimes or Ordinary Crimes? The 'Dual Classification of the Facts' as an Interpretive Method*, in *International Criminal Law Review*, vol. 21, 2021.

⁹¹ *Inter alia*: Corte suprema cilena, *Mario Superby Jeldres e Hugo Vásquez Martínez*, 13 dicembre 2006), n. 559-2004, 27; Corte penale federale di Cordoba, *Jorge Rafael Videla e altri e Luciano Benjamín Menéndez*, 22 dicembre 2010, nn. 172/09 e M-13/09, 304-318.

⁹² MACULAN, *op. cit.*, 419.

⁹³ E. MALARINO, *Argentina*, in K. AMBOS et al (a cura di), *Desaparición forzada de personas: Análisis comparado e internacional*, Editorial Temis, Bogotá, 2009, 32-34.

⁹⁴ *Inter alia*, si veda la decisione della Corte costituzionale ungherese n. 11/1992 del 5 marzo 1992, che ha dichiarato incostituzionale una legge che avrebbe avuto l'effetto di estendere retroattivamente l'ambito di applicazione di una nuova disciplina in materia di imprescrittibilità dei crimini internazionali, sul presupposto che il principio di legalità copre non solo «la determinazione degli elementi di un crimine» ma anche «ogni aspetto della responsabilità penale – dalle condizioni di punibilità alla disciplina della pena». Si osservi tuttavia che la Corte costituzionale ungherese ha operato un revirement rispetto a tale posizione nel 1993, allorché ha accettato che la versione del principio di legalità applicabile alla disciplina dei crimini internazionali è quello che discende dalle norme internazionali, e non già il principio di legalità domestico. Corte costituzionale ungherese, decisione n. 53/1993 sui crimini di guerra e i crimini contro l'umanità, 13 ottobre 1993, 278-282.

appaiono ancora ampiamente insufficienti, a causa della mancanza di un'adeguata attenzione politica-legislativa e di alcune carenze strutturali nelle scelte effettuate.

Ad esempio, per quanto riguarda il sistema delle infrazioni gravi, il rifiuto di introdurre alcune blande attività di monitoraggio su queste specifiche disposizioni, come per gli obblighi di informazione e diffusione delle misure legislative attuate, secondo l'approccio originariamente previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1929, nonché l'assenza di meccanismi di controllo sull'attuazione delle Convenzioni di Ginevra del 1949, confermata dalla recente impossibilità persino di accordarsi sulla realizzazione di riunioni volontarie degli Stati Parte, hanno facilitato la possibilità per più Stati di ignorare il loro obbligo di legiferare in questo settore. Allo stesso modo, gli Stati hanno la possibilità di usufruire del carattere più limitato degli obblighi impliciti di criminalizzare fondati sul principio di complementarità previsto dallo Statuto della CPI per rinviare o semplicemente ignorare le potenziali riforme penali interne volte ad uniformare la normativa nazionale alla disciplina sostanziale prevista in questo trattato.

Nondimeno, al fine di favorire misure di attuazione interna, possono registrarsi tentativi di sviluppare blande forme di pressione verso gli Stati, come per le periodiche risoluzioni dell'Assemblea degli Stati parti della CPI che sottolineano come «*the proper functioning of the principle of complementarity entails that States incorporate the crimes set out in Articles 6, 7 and 8 of the Rome Statute as punishable offences under their national laws...and urges States to do so*⁹⁵», a cui si affianca il "Plan of action for achieving universality and full implementation of the Rome Statute" del 2006 che prevede, per gli Stati parte, anche la predisposizione di questionari informativi sulla normativa nazionale di implementazione dei crimini previsti nello Statuto, senza però che queste attività si traducano poi in significativi scrutini delle situazioni effettivamente esistenti sul piano interno. Un simile riferimento può essere fatto per i *pledges* in materia di attuazione dello Statuto di Roma e crimini di guerra adottati nell'ambito delle Conferenze Internazionali della Croce Rossa e della Mezzaluna Rossa da parte degli Stati parte alle Convenzioni di Ginevra. In diversi *pledges* si riscontrano riferimenti a possibili azioni in questo campo, come esemplificato da quello degli Stati membri dell'UE che hanno esplicitato il loro possibile sostegno a Stati terzi interessati a ricevere assistenza per l'attuazione dello Statuto di Roma, o da parte delle Società nazionali, come esemplificato dalla Croce Rossa spagnola che si è impegnata a elaborare uno studio sull'attuazione dei crimini di guerra in America Latina per supportare la Società nazionale della Croce Rossa boliviana nella presentazione di un progetto di legge in materia di adattamento a queste norme alle autorità nazionali⁹⁶. Tuttavia, il carattere volontario di tali attività e la minima supervisione rispetto alle misure indicate sono degli evidenti limiti intrinseci di queste attività.

In questo ambito è quindi evidente come, in diversi contesti, molto sia ancora da realizzare per meglio allineare i sistemi di diritto penale nazionale al diritto internazionale. Queste attività non sono solo rilevanti per l'adempimento degli obblighi espliciti e impliciti di criminalizzazione, ma rappresentano l'attività preliminare e fondamentale per consentire agli Stati di perseguire correttamente i crimini di guerra, consentendo infine che tali crimini non rimangano impuniti. Come già sostenuto da Pictet commentando il sistema delle infrazioni gravi, «*the provision which we are now considering is one which should be implemented in peacetime without waiting for the above situations [ovvero dei conflitti armati] to arise*⁹⁷»: un monito la cui rilevanza, oggi, è stata puntualmente confermata, allo scoppiare del conflitto, dalle carenze dell'attuale ordinamento giuridico ucraino rispetto all'incorporazione delle norme sui crimini di guerra a livello nazionale⁹⁸.

⁹⁵ Corte penale internazionale, *Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties*, ris. n. ICC-ASP/20/Res.5, 9 dicembre 2021, 137.

⁹⁶ Per questi *pledges*, vedi <https://rcrcconference.org/pledge/international-criminal-court/> e <https://rcrcconference.org/pledge-report/tipificacion-de-los-crmenes-de-guerra-en-los-ordenamientos-penales-de-los-estados/>.

⁹⁷ J. PICTET, *Article 49*, in ICRC, *Commentary: First Geneva Convention*, ICRC, Ginevra, 1952, 363-364.

⁹⁸ M. SCHARF et al, *High War Crimes Court of Ukraine for Atrocity Crimes in Ukraine*, in *Opinio Juris*, 2022, reperibile online.

Il raccordo con il codice penale e i codici penali militari di pace e di guerra

Giuseppe Mazzi¹

Abstract: Scopo del seguente lavoro è analizzare il rapporto tra il Codice penale e i Codici penali militari di pace e di guerra alla luce del Progetto di codice di crimini internazionali. In particolare, il lavoro intende analizzare la questione circa la qualifica di reati militari per quanto concerne le fattispecie penali costituenti crimini di guerra, attualmente contenute nel codice di guerra e che il legislatore intende sottoporre a revisione (in conformità alle previsioni delle convenzioni di diritto umanitario bellico, ed in particolare dello Statuto della Corte penale internazionale). Difatti, l'attuale normativa internazionale è orientata verso una tendenziale applicazione del principio di universalità, in ogni occasione in cui sia previsto che la legge penale italiana si debba applicare, a tutela degli interessi di diritto umanitario, per fatti commessi all'estero ed in casi in cui non sono coinvolti in nessun modo militari italiani. In tali ipotesi potrebbe ritenersi non ravvisabile un profilo di offesa di interessi militari dello Stato italiano tale da giustificare la qualificazione del fatto come reato militare.

Abstract: The purpose of the following work is to analyse the relationship between the Criminal Code and the Military Peace and War Criminal Codes vis-à-vis the Draft International Crimes Code. In particular, the work intends to analyse the question as to whether the criminal offences constituting war crimes, currently contained in the War Crimes Code and which the legislator intends to revise (in accordance with the provisions of the Conventions of humanitarian war law, and in particular the Statute of the International Criminal Court), qualify as military offences. As a matter of fact, current international law is oriented towards a tendency to apply the principle of universality, whenever it is provided that Italian criminal law must be applied, to protect the interests of humanitarian law, for acts committed abroad and in cases in which Italian military personnel are not involved in any way. In such cases, it might be considered that there is no profile of offence against the military interests of the Italian State such as to justify the qualification of the fact as a military offence.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Lo Statuto della Corte penale internazionale e la repressione dei crimini internazionali nell'ordinamento penale italiano. – 3. Il Progetto di Codice di crimini internazionali. – 4. Crimini di guerra e Codice penale militare di guerra. – 5. Il problema dei crimini contro l'umanità. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

È noto che nella legge penale italiana i crimini di guerra sono qualificati come reati militari e di conseguenza inseriti nel Codice penale militare di guerra (Titolo IV del Libro III: “*Reati contro le leggi e gli usi della guerra*”). Tale qualificazione incide anche, come effetto indiretto, sulla giurisdizione (che è pertanto quella dei Tribunali militari, nel caso, che costituisce la regola, di commissione da parte di appartenente alle Forze Armate), ma provoca le sue immediate e principali conseguenze con riguardo alla applicazione delle norme di parte generale che sono previste, per i reati militari, nel codice di pace e nello stesso codice di guerra, in tema, in particolare, di pene, circostanze aggravanti ed attenuanti, cause di giustificazione, concorso di persone, cause di estinzione del reato.

Nella Commissione costituita presso il Ministero della giustizia per la elaborazione di un Codice dei crimini internazionali (nel seguito: Commissione Palazzo-Pocar), un ampio dibattito è stato svolto (come risulta dalla Relazione finale, del 20 giugno 2022, pubblicata nel sito dello stesso Ministero), sul profilo attinente alla giurisdizione, senza tuttavia che sia stato messo adeguatamente in evidenza che la scelta della giurisdizione non può che essere conseguente alla risoluzione di una

¹ Presidente della Corte militare di Appello.

questione preliminare, che deve essere, a parere di chi scrive, affrontata e risolta indipendentemente dalle problematiche attinenti alla giurisdizione. E' vero infatti che nella relativa Relazione (a p. 10 ss.), con riguardo al problema della attribuzione della giurisdizione sui crimini di guerra alla giurisdizione ordinaria o militare, si è sottolineata «la discrezionalità del legislatore nell'inquadrare determinate fattispecie fra i reati militari o quelli ordinari 'purché osservi il limite della ragionevolezza'»: nel seguito della Relazione, tuttavia, si affronta solo il tema della opportunità di affidare il giudizio all'una o all'altra magistratura, senza esaminare in modo approfondito il tema centrale, ovvero le conseguenze sostanziali che derivano dalla qualificazione di un fatto come reato militare ovvero come reato comune².

La suddetta inversione metodologica (ovvero di qualificare reati militari gli illeciti penali che appare opportuno attribuire alla giurisdizione militare, invece che, come la Costituzione prevede, attribuire alla giurisdizione militare gli illeciti che devono essere qualificati come reati militari) è stata realizzata anche dalla dottrina, quando ha inquadrato il problema in termini di sottrazione all'una o all'altra magistratura della giurisdizione sui crimini di guerra³.

Non è la prima volta che si inverte il corretto rapporto fra qualificazione sostanziale e giurisdizione: è vero ad esempio che la natura di reato militare per il delitto di collusione del militare della Guardia di finanza (che non è previsto nei codici penali militari) è desunta dalla previsione, di cui all'art. 3, comma 1, seconda parte, l. 9 dicembre 1941, n. 1383, secondo cui «la cognizione dei suddetti reati appartiene ai Tribunali militari». Si tratta però di una norma anteriore alla Costituzione e non aveva ancora vigenza costituzionale il principio (di cui all'art. 103, comma 3) secondo cui i Tribunali militari hanno giurisdizione, in tempo di pace, soltanto per i reati militari (commessi da appartenenti alle Forze Armate).

Occorre pertanto riportare il tema nella sua corretta dimensione giuridica. La questione cui si cercherà di dare una risposta nel paragrafo conclusivo, dopo aver preso in esame la normativa attuale e le proposte di riforma, non può che essere la seguente: le fattispecie penali costituenti crimini di guerra, attualmente contenute nel codice di guerra e che il legislatore intende sottoporre a revisione (in conformità alle previsioni delle Convenzioni di diritto umanitario bellico, ed in particolare dello Statuto della Corte penale internazionale), devono continuare ad essere qualificate come reati militari, e quindi sottoposte alla disciplina di parte generale prevista dai codici penali militari, ovvero sussistono argomenti per ritenere che si debbano ora introdurre esclusivamente dei reati comuni?

La problematica deve essere presa in seria considerazione, per una ragione fondamentale: all'epoca della emanazione dei codici penali militari (1941) era indubbio che la legge penale militare

² Nel testo dell'articolato, ora disponibile nel sito del Ministero della giustizia, si prevede, all' art. 4, una Proposta 2, il cui comma 4 stabilisce: «Se i crimini sono commessi da appartenenti alle Forze Armate italiane, è competente l'autorità giudiziaria militare e, se commessi all'estero, è competente il Tribunale militare di Roma. Si applicano le disposizioni del libro primo del Codice penale militare di pace». Si dispone quindi l'applicazione delle norme di parte generale relative ai reati militari, di cui al libro primo del codice di pace: ma ciò appare come conseguenza della scelta attinente alla giurisdizione, con l'inversione di metodo di cui si è detto.

Una previsione normativa che appare più corretta è quella della legge in tema di protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato (l. 16 aprile 2009 n. 45), il cui art. 14 ("Reati militari, giurisdizione e competenza") dispone, al comma 1, che «i reati di cui agli articoli 7, 8, 9, 10, 11 e 12 sono reati militari. Si applica l'art. 27, primo comma, del codice penale militare di pace». Nei commi 2 e 3 sono poi stabilite norme sulla giurisdizione per i reati commessi all'estero. Per i reati commessi in Italia non sono necessarie norme sulla giurisdizione, che è attribuita ai Tribunali militari, per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate, ai sensi dell'art. 103, comma 3, Cost. e dell'art. 263 c.p.m.p., che è la norma di legge ordinaria fondamentale (quale risultante da interventi della Corte costituzionale, in part. sent. n. 429 del 1992), in tema di individuazione dei fatti da attribuire alla giurisdizione militare.

³ Cfr. M. CRIPPA, *L'approvazione di un codice dei crimini internazionali "dimezzato". Le ragioni di un (dis)atteso intervento normativo*, in *Questione giustizia*, 2023, 9, secondo cui «proprio il criterio costituzionale di ragionevolezza sollevato dalla posizioni favorevoli all'attribuzione tout court dei crimini internazionali (commessi da militari) alla giurisdizione militare deve, infatti, mettere in guardia da una estensione indebita delle competenze, che rischia di determinare disfunzioni e lacune nella tutela dei diritti della persona e dei principi costituzionali».

Al riguardo va solo rilevato che la giurisdizione militare ha portato a termine, negli ultimi decenni, numerosi processi per crimini di guerra, con la inflizione di oltre cinquanta condanne all'ergastolo, ed è quindi l'unica giurisdizione che ha allo stato una competenza ed esperienza specifica su questa materia. Ciò che è quindi in gioco non è certo una "estensione" indebita di competenze da parte della giurisdizione militare, ma semmai esattamente l'inverso.

dovesse essere applicata di regola ai militari italiani ed ai militari nemici (ex art. 13 codice penale militare di guerra) e era pertanto parimenti indubbio che fosse esclusiva o prevalente una offesa di interessi militari, ciò che rendeva indiscutibile la qualificazione delle violazioni come reati militari: gran parte dei reati contro le leggi e gli usi della guerra hanno peraltro come soggetto attivo il militare (o militare avente specifica qualificazione: ad es. il comandante, ovvero il militare incaricato della custodia di prigionieri di guerra), pur non mancando, nel suddetto titolo di reati, delitti – che costituiscono comunque reati militari – che possono essere commessi da chiunque (ad es.: art. 167, atti di ostilità commessi da persone diverse dai legittimi belligeranti; art. 175, uso di mezzi di guerra vietati, da parte di persona diversa dal comandante; art. 186, saccheggio; art. 192, maltrattamenti verso infermi, feriti o naufraghi).

Attualmente la normativa internazionale di riferimento è mutata: nell'ambito di una tendenziale applicazione del principio di universalità, in ogni occasione in cui sia previsto che la legge penale italiana si debba applicare, a tutela degli interessi di diritto umanitario, per fatti commessi all'estero ed in casi in cui non sono coinvolti in nessun modo militari italiani, potrebbe ritenersi non ravvisabile un profilo di offesa di interessi militari dello Stato italiano tale da giustificare la qualificazione del fatto come reato militare.

2. Lo Statuto della Corte penale internazionale e la repressione dei crimini internazionali nell'ordinamento penale italiano

È noto che lo Statuto della Corte penale internazionale prevede, quali crimini di competenza della Corte (purché commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto): il crimine di genocidio (artt. 5 e 6), i crimini contro l'umanità (art. 7), i crimini di guerra (nei conflitti armati internazionali o non internazionali: art. 8), il crimine di aggressione (art. 8-bis). Un intero capitolo dello Statuto (cap. 3) è dedicato peraltro ai «principi generali del diritto penale»: tassatività e divieto di analogia (art. 22); irretroattività (art. 24); requisiti per la punibilità del tentativo e del concorso di persone nel reato (art. 25); responsabilità del comandante (art. 28); imprescrittibilità (art. 29); rilevanza dell'errore (art. 32); ordine del superiore gerarchico (art. 33).

Nell'ordinamento italiano, come sopra indicato, la tutela degli interessi di diritto umanitario bellico è contenuta nel codice penale militare di guerra e, proprio per tale ragione, poco prima dell'inizio della Conferenza di Roma, era stato presentato, il 9 gennaio 1998, dal Ministro degli esteri, di concerto con il Ministro della giustizia ed il Ministro della difesa, il d.d.l. n. 2984 (*“Adeguamento alla normativa internazionale della legislazione penale militare italiana in tema di diritto umanitario bellico, in attuazione dei Protocolli aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra del 1949”*).

Dopo la approvazione dello Statuto della Corte penale internazionale, il d.l. 1° dicembre 2002, n. 421 e la legge di conversione 31 gennaio 2002, n. 6, nell'ambito della normativa che autorizzava l'intervento militare italiano in Afghanistan, hanno introdotto, richiamando anche parte delle previsioni del suddetto d.d.l., importanti modifiche alla legge penale militare di guerra:

è stato modificato l'art. 165 c.p.m.g.: mentre infatti le convenzioni internazionali in materia disponevano l'applicazione delle proprie disposizioni in ogni caso di conflitto armato, internazionale o non internazionale, indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra, le norme penali relative alle violazioni delle leggi e usi di guerra, essendo contenute nel codice di guerra, potevano in origine essere applicate solo sul presupposto della esistenza di una delle condizioni previste per l'applicabilità della legge penale militare di guerra, e quindi, in primo luogo, della dichiarazione dello stato di guerra; il contrasto determinatosi, al riguardo, fra normativa italiana e normativa internazionale è stato risolto dal legislatore con la previsione secondo cui «le disposizioni del presente titolo si applicano in ogni caso di conflitto armato, indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra»; il legislatore, con la successiva Legge n. 15/2002, ha voluto peraltro escludere qualsiasi incertezza introducendo all'articolo 165 un ultimo comma, secondo il quale «in attesa dell'emanazione di una normativa che disciplini organicamente la materia, le disposizioni del presente titolo si applicano alle operazioni militari armate svolte all'estero dalle Forze Armate italiane»; sono stati inseriti, nel codice di guerra, i nuovi artt. 184-*bis* e 185-*bis*: la prima fattispecie

sanziona la violazione del divieto di cattura di ostaggi previsto dalle norme sui conflitti armati internazionali; con l'art. 185-*bis* (poi modificato dall'art. 3 della l. n. 15/2002, con l'aumento del minimo edittale, inizialmente di un anno, a due anni) è punita una serie di condotte (tortura, trattamenti inumani, trasferimenti illegali, o altre condotte vietate dalle convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici o trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute) compiute da un militare, per cause non estranee alla guerra, nei confronti di prigionieri di guerra, civili, o altre persone protette dalle stesse convenzioni internazionali; la norma, anche per effetto della clausola di chiusura, ha una estrema ampiezza perché punisce ogni violazione dei precetti delle convenzioni internazionali che mirano alla tutela dei prigionieri di guerra, delle popolazioni civili o di altre persone (al riguardo è stato ritenuto che la norma non si ponesse in contrasto con il principio costituzionale di legalità, poiché il richiamo delle convenzioni internazionali consente di attribuire alla fattispecie penale un sufficiente grado di determinatezza: per un analogo rinvio, «in bianco», alle previsioni delle convenzioni internazionali, cfr. art. 176 c.p.m.g.); è stata disposta la abrogazione degli artt. 17, commi 1, 2 e 3, 18, 19 e 20, 87, 155 e 183 c.p.m.g.

Gli artt. 2 e 3 della l. 27 febbraio 2002, n. 15 hanno poi ulteriormente modificato gli artt. 165 e 185-*bis* c.p.m.g. e l'art. 2 della l. 18 marzo 2003, n. 42 ha abrogato gli artt. 5, 10, 76, 80 e 86 c.p.m.g..

Nell'occasione il legislatore aveva ritenuto di ravvisare nella vigente legislazione penale di guerra quella più adeguata con riguardo agli effettivi caratteri ed alle finalità dell'intervento militare in Afghanistan, ma, nel riformulare l'art. 9 c.p.m.g., aveva esplicitamente preannunciato ulteriori interventi normativi, stabilendo che «sino alla entrata in vigore di una nuova legge organica nella materia penale militare, sono soggetti alla legge penale militare di guerra, ancorché in tempo di pace, i corpi di spedizione all'estero per operazioni militari armate».

Era stato quindi elaborato, nell'ambito di un Gruppo di lavoro istituito presso il Ministero della Difesa, il progetto di uno specifico “*Codice penale delle missioni internazionali*” (D.D.L. n. 2099, presentato al Senato della Repubblica dal Ministro della Difesa, dal Ministro della Giustizia e dal Ministro per la Semplificazione normativa, in data 9 aprile 2010). Gran parte dei principi di delega concerneva i crimini internazionali, poiché si tendeva, con tale testo normativo, all'adeguamento integrale, in relazione ai crimini di guerra, allo Statuto della Corte penale internazionale e a ogni altra convenzione in tema di diritto dei conflitti armati.

Con l'articolo 19 della Legge n. 145/2016 (“*Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali*”), sono state poi introdotte alcune disposizioni di cui è prevista una vigenza non temporalmente limitata e che si applicano per ogni missione militare all'estero in cui siano impegnati militari italiani⁴.

Fra gli interventi di maggiore importanza attuati nel 2016 meritano di essere ricordati la previsione della applicabilità, per le missioni militari italiane all'estero, del codice penale militare di

⁴ Sulla problematica attinente alla disciplina penale delle missioni militari all'estero e sulle disposizioni penali della Legge 21 luglio 2016, n. 145, cfr. M. BLOCK, *Corpi di spedizione all'estero tra codici penali di guerra e codici di pace*, in *Diritto penale e Forze armate, nuovi impegni*, Padova, 2000, 237 ss.; D. BRUNELLI, *Esercizi di diritto penale sul caso Enrica Lexie*, in *Cassazione penale*, 2015, 2054 ss.; D. BRUNELLI, G. MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, 2007, 479 ss.; M. DE PAOLIS, *Sull'applicazione dei codici penali militari di guerra e di pace nelle operazioni militari all'estero*, in *Missioni militari all'estero e principi costituzionali*, Il Filangeri, Quaderno, 2017, 125 ss., 141; M. DE PAOLIS, *La scriminante della necessità di proteggere il naviglio: profili problematici ed applicativi*, in *I nuclei di vigilanza armata nell'attività di contrasto alla pirateria: profili internazionalistici e penalistici*, Consiglio della Magistratura Militare, Incontro di studio, Roma, 22-23 novembre 2012; G. MAZZI, *Interventi militari per la ricostruzione della pace ed applicazione della legge penale militare*, in I. CARACCIOLO, U. MONTUORO (a cura di), *Ricostruzione della pace, giustizia e tutela dei diritti umani*, Torino, 2021, 99 ss.; G. MAZZI, *La disciplina penale delle missioni militari italiane all'estero*, in S. MANACORDA (a cura di), *Missioni militari di peace keeping e cooperazione in materia penale*, Roma, 2004, 30; S. MESSINA, *Guerra del Golfo e legislazione militare di pace*, in *Foro italiano*, 1991, V, 415 s.; S. RIONDATO, *Missioni militari internazionali italiane c.d. di pace all'estero. Novità giuspenalistiche nella legge di riforma 21 luglio 2016, n. 145*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 5, 292 ss.; G. ROSIN, *Missioni militari internazionali: la necessità di una disciplina penale “ad hoc”*, in A. GARGANI (a cura di), *Il diritto penale militare fra passato e futuro*, Torino, 2009, 109; A. SPEROTTO, *Forze armate italiane e operazioni internazionali: la cornice normativa di riferimento*, in *Rassegna della Giustizia militare*, 2018, 4, 7 ss.

pace e la introduzione definitiva nell'ordinamento giuridico di una nuova causa di giustificazione, che era stata peraltro già inserita nei provvedimenti con cui si disponevano o si prorogavano le missioni all'estero, fin dal 2009.

Così, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, Legge n. 145/2016, «non è punibile il personale di cui al comma 1 che, nel corso delle missioni internazionali, in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari». Il comma 2 stabilisce la punibilità dell'eccesso colposo e il comma 4 aggiunge, con una disposizione innovativa rispetto alle precedenti norme relative alla scriminante in esame, che «il comma 3 non si applica in nessun caso ai crimini previsti dagli articoli 5 e seguenti dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232».

Un problema che il legislatore non ha espressamente risolto con la legge n. 145/2009 è invece quello della applicabilità, alle missioni internazionali svolte dai militari italiani, dei Reati contro le leggi e gli usi della guerra, di cui al Libro III, Titolo IV c.p.m.g., ai sensi del vigente art. 165 c.p.m.p.⁵

3. Il Progetto di Codice dei crimini internazionali

Lo schema di Codice dei crimini internazionali, il cui articolato solo di recente risulta essere stato pubblicato nel sito istituzionale del Ministero della giustizia, ma non risulta, al momento della redazione del presente scritto, essere stato ancora presentato alle Camere (pur se il 16 marzo 2023 il Consiglio dei Ministri ha reso nota la approvazione di un testo di d.d.l., emendato dai crimini contro l'umanità e di genocidio⁶), è illustrato in una articolata Relazione finale, datata 20 giugno 2022, della Commissione Palazzo-Pocar.

In particolare, per quanto attiene alla formulazione dei crimini di guerra, è stata evidenziata la pluralità delle fonti normative vigenti a livello sia nazionale sia internazionale e la necessità di coordinamento delle stesse: se infatti la prima fonte cui è necessario far riferimento è lo Statuto di Roma, in ragione dell'obiettivo del Codice di adeguare ad esso l'ordinamento interno, «sono stati altresì presi in considerazione in particolare il codice penale militare di guerra, in relazione al quale si è ritenuto di procedere a uno “svuotamento” delle norme relative a crimini di guerra da esso previste e alla loro allocazione delle stesse nel Codice» e la l. 16 aprile 2009 n. 45.

La Commissione ha ritenuto poi di procedere a una suddivisione tra crimini contro le persone protette e crimini relativi a mezzi e metodi di combattimento proibiti ed ha anche cercato di amalgamare il più possibile la terminologia usata nello Statuto con quella adottata dal legislatore italiano, riprendendo termini giuridici del diritto penale italiano.

È stata inoltre stabilita l'espressa applicabilità delle disposizioni sui crimini di guerra alle missioni internazionali istituite nell'ambito di organizzazioni internazionali, o comunque in conformità al diritto internazionale, che prevedono l'utilizzo della forza armata da parte del personale impiegato: previsione questa ritenuta in linea con le direttive delle Nazioni Unite che indicano i principi fondamentali e le regole del diritto internazionale umanitario applicabili alle Forze sotto l'egida delle Nazioni Unite impegnate in operazioni di mantenimento della pace, nonché con la prassi e con la legislazione italiana espressa nell'art. 165 co. 2 c.p.m.g. e nella più recente l. n. 145 del 2016, secondo cui la partecipazione a missioni internazionali è consentita a condizione che avvenga nel

⁵ Cfr. G. MAZZI, *Interventi militari*, cit., 110 ss., cui si rinvia per ulteriori approfondimenti, in ordine alla tesi secondo cui la scelta legislativa di svincolare l'applicazione delle norme in tema di diritto internazionale umanitario dalle usuali condizioni di applicabilità della legge penale di guerra, comporta la possibilità di applicazione di tali norme anche con riguardo alle missioni all'estero, attualmente in atto, rispetto alle quali il legislatore ha stabilito l'applicabilità del Codice penale militare di pace: ciò sembra d'altro canto trovare una ultima conferma decisiva nell'articolo 19, comma 4, Legge n. 145/2016, secondo cui, in riferimento alla speciale scriminante prevista al comma 3, si afferma che tale comma «non si applica in nessun caso ai crimini previsti dagli articoli 5 e seguenti dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232».

⁶ M. CRIPPA, *L'approvazione*, cit., 1 ss.

rispetto «del diritto internazionale generale, del diritto internazionale dei diritti umani, del diritto internazionale umanitario e del diritto penale internazionale».

Un altro obiettivo espresso della Commissione è stato di descrivere norme applicabili anche a situazioni future senza necessità di un ulteriore intervento legislativo, come ad esempio per il crimine di “impiego di mezzi di combattimento vietati”, per il quale la formulazione permette di comprendere in un’unica disposizione tutti i mezzi di combattimento (armi, sistema di armi o piattaforme impiegate nella condotta delle ostilità) attualmente vietati dalle convenzioni internazionali, senza ricorrere a un’elencazione analitica che potrebbe lasciare vuoti di tutela (così come d’altro canto attualmente dispongono gli artt. 174 e 175 c.p.m.g.).

In particolare, nel testo del progetto si prevede un Capo III relativo ai crimini di guerra. La Sezione I ne definisce l’ambito di applicazione e l’articolo 33 (Elemento comune di contesto) prevede che «Le condotte descritte nel presente capo costituiscono crimini di guerra se commesse nel corso di un conflitto armato internazionale o non internazionale e collegate a tale conflitto».

L’articolo 34 contiene la definizione di conflitto armato (sono conflitti armati internazionali quelli tra due o più Stati caratterizzati da qualsiasi contrasto che sorga tra di essi e che porti all’intervento della forza armata di uno Stato nei confronti di un altro Stato, anche in mancanza di una formale dichiarazione di guerra. Si considerano altresì conflitti armati internazionali i casi di occupazione totale o parziale del territorio di uno Stato da parte delle Forze Armate di un altro Stato indipendentemente dalla resistenza armata incontrata; sono conflitti armati non internazionali quelli che sorgono nel territorio di uno Stato tra forze governative e gruppi armati organizzati o tra gli stessi gruppi armati organizzati caratterizzati da un uso prolungato delle armi. Non rientrano tra i conflitti armati le situazioni interne di disordine e di tensione quali rivolte, atti di violenza isolati e sporadici o altri atti di natura simile) ed è espressamente stabilito, appunto, che «Le disposizioni del presente capo si applicano anche alle missioni internazionali istituite nell’ambito di organizzazioni internazionali o comunque in conformità al diritto internazionale che prevedono l’utilizzo della forza armata da parte del personale impiegato».

Sotto questo profilo il Codice dei crimini internazionali realizzerebbe quindi anche l’obiettivo, tanto atteso ma mai realizzato, della introduzione nell’ordinamento penale italiano, per quanto riguarda almeno la repressione dei crimini di guerra, di un Codice penale per le missioni all’estero,

4. Crimini di guerra e Codice penale militare di guerra

Nell’articolato proposto dalla Commissione Palazzo-Pocar è previsto un art. 4 A (“Norma di coordinamento”) secondo cui «Le disposizioni del presente titolo si applicano anche quando è prevista l’applicazione del Codice penale militare di guerra».

Il raccordo fra il nuovo Codice dei crimini internazionali e la legge penale militare di guerra costituisce uno dei punti più spinosi dell’opera che la Commissione Palazzo-Pocar è stata chiamata a svolgere. Va infatti ricordato che la legge penale militare, di pace e di guerra, costituisce un sistema normativo perfettamente coordinato (sia nelle disposizioni contenute in ognuno dei due codici militari, sia fra codice di guerra e di pace, sia nel raccordo con il Codice penale comune), la cui elaborazione è stata frutto di un lavoro condotto per diversi anni dai più illustri penalisti dell’epoca⁷ e su cui è possibile intervenire soltanto in modo altrettanto meditato e consapevole. Ad esempio, nello stesso Titolo IV (Reati contro le leggi e gli usi della guerra), sono previste norme sorprendenti che, come fra poco si vedrà, ampliano la tutela penale degli interessi di diritto umanitario oltre quanto previsto dalle convenzioni internazionali (di quelle vigenti all’epoca ed anche di quelle successive): sarebbe pertanto incongruo pervenire ad una attenuazione della tutela penale di valori fondamentali, cui si perverrebbe abrogando le relative disposizioni del codice penale militare di guerra o comunque stabilendone l’inefficacia nei casi in cui si applica il Codice dei crimini internazionali.

⁷ Va ricordato che facevano parte della Commissione Reale per la riforma della legislazione penale militare, istituita con R.D. 16 novembre 1920, fra gli altri illustri giuristi, il prof. Arturo Rocco ed il prof. Vincenzo Manzini. La prima seduta della suddetta Commissione Reale, che ha dato inizio ai lavori preparatori che hanno portato alla adozione, vent’anni dopo, dei codici penali militari del 1941, è del 23 febbraio 1921.

Si vuole al riguardo richiamare l'attenzione, in particolare, sul fatto che l'art. 8 dello schema di articolato (Omesso impedimento doloso del crimine del subordinato) prevede che «1. Il comandante militare che, avendone l'obbligo e il potere, non impedisce la commissione di un crimine previsto dal presente Codice da parte del subordinato posto sotto il suo comando ed effettivo controllo, risponde dello stesso crimine. 2. Il superiore civile che, avendone l'obbligo e il potere, non impedisce la commissione di un crimine previsto dal presente Codice da parte del subordinato posto sotto la sua autorità e il suo effettivo controllo, risponde dello stesso crimine». L'art. 9 punisce inoltre l'omesso impedimento colposo del crimine del subordinato. Ai sensi dell'articolo 10 (Qualifiche soggettive), «chiunque eserciti poteri di comando e controllo, anche di fatto, su una organizzazione militare è considerato un comandante militare».

Ebbene, nella attuale legge penale militare di guerra italiana, l'art. 230 c.p.m.g. punisce il militare che, per timore di un pericolo o per altro inescusabile motivo, non usa ogni mezzo possibile per impedire la esecuzione di alcuni dei reati a danno di persone protette (così ad es.: saccheggio e incendio di cui agli artt. 186 e 187; maltrattamenti e spoliazione di infermi, feriti, naufraghi di cui agli artt. 192 e 193).

Nella legge italiana vigente, pertanto, anche i militari subordinati hanno, oltre al dovere di non eseguire gli ordini manifestamente criminosi, quello di intervenire attivamente per impedire il compimento di azioni delittuose, costituenti gravi crimini di guerra, da parte dei superiori. E' ovvio che, con la previsione del dovere di impedire certi reati (che estende la disposizione prevista dall'art. 138 c.p.m.p.), è realizzato un rafforzamento massimo della tutela penale, che supera anche il limite costituito dal vincolo della gerarchia militare.

La circostanza che sul punto la Commissione si sia adeguata a quanto previsto nella normativa internazionale (per la quale a rispondere dell'omesso impedimento di crimini internazionali è solo il comandante militare, ovvero il superiore civile) costituisce un grave arretramento nella tutela di valori fondamentali: l'ordinamento penale italiano, che potrebbe costituire sotto questo profilo un faro anche per gli altri Stati e per il diritto internazionale, regredisce ad una situazione normativa antecedente al 1941.

Si pone qui, d'altro canto, una questione di tipo concettuale, attinente alla circostanza che non sempre la legislazione italiana è meno garantista di quella internazionale. A volte è infatti vero il contrario e questo deve essere tenuto ben presente quando si tratta di modificare la normativa nazionale per adeguarla al diritto internazionale (7).

Va specificato che l'art. 230 non risulta fra quelli di cui si prevede l'abrogazione. Tuttavia, dei reati richiamati da tale norma per punirne l'omesso impedimento (art. 186, 187, 192, 193, 202 e 203) i primi quattro, che sono quelli significativi ai fini della tutela di interessi umanitari, sarebbero abrogati.

L'art. 70 dell'articolato della Commissione Palazzo-Pocar riguarda infatti le *“Abrogazioni di disposizioni del c.p.m.g.”* e si limita a rinviare all' *“Allegato 2 alla Relazione al presente articolato”*.

Va rilevato anche che, nell'Allegato 2 alla Relazione, è indicato, fra le norme da abrogare, l'art. 9 c.p.m.g., con cui però è stabilita, per le operazioni militari armate svolte all'estero da militari italiani, non solo l'applicazione del Libro III, titolo IV del c.p.m.g. (reati contro le leggi e gli usi della guerra) ma anche di ogni altra fattispecie penale del codice di guerra (reati contro la fedeltà e difesa e reati contro il servizio): tale abrogazione non è quindi legata alla specifica finalità dell'intervento riformatore in tema di crimini internazionali.

5. Il problema dei crimini contro l'umanità

Ad una prima valutazione può ritenersi che la parte della legislazione penale italiana maggiormente carente rispetto all'adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale sia quella dei crimini contro l'umanità. Contrariamente al genocidio ed ai crimini di guerra non esistono infatti in nessuna parte della legislazione nazionale reati che siano espressamente qualificati come crimini contro l'umanità.

Nonostante ciò, è stata divulgata la notizia, come sopra indicato, che il Consiglio dei ministri, nella seduta del 16 marzo 2023, ha disposto di stralciare dalla proposta di Codice dei crimini internazionali proprio la parte sui crimini contro l'umanità, oltre a quella relativa al genocidio, per ulteriori approfondimenti.

Nei primi commenti pubblicati è stato sostenuto, da una parte, che la legge penale comune vigente già comunque sanziona le condotte costituenti, nell'ambito delle norme internazionali, crimini contro l'umanità⁸. Dall'altro, è stato rilevato che appare necessaria la introduzione di norme specifiche, perché, sia sotto il profilo della individuazione delle condotte punibili, sia sotto il profilo sanzionatorio, sia sotto il profilo della procedibilità, le norme vigenti sono inadeguate⁹.

In questa sede appare solo utile sottolineare che, se a qualificare il crimine contro l'umanità è la circostanza che la condotta delittuosa sia compiuta nell'ambito di un esteso e sistematico attacco contro la popolazione civile, in Italia, negli ultimi decenni, si è proceduto in più casi a sanzionare crimini contro l'umanità (con l'applicazione della pena più grave prevista nel codice penale e nei codici penali militari, l'ergastolo) e lo si è fatto nell'ambito della giurisdizione militare e con l'applicazione degli stessi reati contro le leggi e gli usi della guerra, contenuti nel codice penale militare di guerra, cui sopra si è fatto riferimento.

Non appare dubbio infatti che crimini come quelli realizzati a Marzabotto, S. Anna di Stazzema, Civitella in Val di Chiana, ed in tante altre località, siano stati commessi, negli anni 1943-1945, in attuazione di un "premeditato" piano di sterminio, senza dubbio esteso e sistematico, della popolazione civile residente in alcune parti del territorio occupato (con l'uccisione indiscriminata soprattutto di bambini, donne ed anziani) e siano senz'altro qualificabili come crimini contro l'umanità.

Nella sentenza 7 maggio 2008, n. 25 della Corte militare di appello, relativa all'eccidio di Marzabotto, si afferma ad esempio che appare indiscutibilmente provata (anche sulla base di precise testimonianze di militari tedeschi) l'esistenza di un ordine preventivo di uccisione indiscriminata dei civili reperiti nel territorio oggetto di attacco, in particolare bambini, donne ed anziani: la Corte ritiene certo che tra gli ordini fosse compreso quello di dar corso alla uccisione indiscriminata dei civili, data anche l'impossibilità di immaginare che «in assenza di un tale e preventivo ordine, più unità militari, soggette peraltro ad una disciplina particolarmente rigorosa, abbiano potuto, con le stesse modalità operative, realizzare autonomamente comportamenti contrari ad ogni regola giuridica, oltre che alla stessa etica ed onore militare», non essendo dubbio che per ogni militare tedesco, anche nel 1944, in particolare, l'uccisione di un bambino, realizzata di iniziativa del singolo soldato, costituisse un fatto severamente punito come omicidio.

La conseguenza giuridica che ne viene tratta è anche che «trattandosi di una unica operazione, avvenuta nello stesso contesto territoriale e temporale, e con il perseguimento di un medesimo obiettivo militare, appare evidente che gli appartenenti ad uno dei reparti impiegati nella azione

⁸ A titolo di esemplificazione può essere richiamata una norma, prevista in sede internazionale, che sembra palesemente non conforme a valori che in Italia appaiono fondamentali e inderogabili: ai sensi dell'art. 81, comma 3, lett. c dello Statuto di Roma, in determinate ipotesi, nel giudizio dinanzi alla Corte penale internazionale, può essere disposto che rimanga in stato di detenzione, durante la procedura di appello, l'accusato assolto dalla Camera di primo grado: già una disposizione come questa deve far riflettere in ordine alla eventuale convinzione che la normativa internazionale sia sempre più avanzata, in senso garantistico, rispetto a quella interna (nel diritto processuale italiano cfr. art. 532 c.p.p.).

⁹ A. CRUCIANI, *Il progetto per un codice di crimini internazionali alla lente dei principi di complementarità e ne bis in idem dello Statuto della CPI*, in *Questione giustizia*, 2023.

debbano rispondere anche dei reati, realizzati con le medesime modalità operative, da militari di altri reparti».

Nella stessa sentenza, per una conferma degli effettivi caratteri della operazione, sono riportati i nominativi (ed il giorno di nascita e di morte) delle 221 più giovani vittime, delle quali; nessuna aveva superato i 13 anni: 22 avevano meno di un anno, 80 meno di 5 anni e 173 meno di 10 anni; si specifica inoltre che 456 civili di sesso maschile furono catturati per essere inviati al lavoro obbligatorio, e furono pertanto proprio i bambini, le donne e gli anziani, reputati inadatti al lavoro, che non ebbero alcuna possibilità di scampo.

La constatazione che si è fatta sopra non significa che l'introduzione di norme specifiche che puniscano i crimini contro l'umanità sia superflua ma che sussiste una evidente vicinanza fra crimini di guerra e crimini contro l'umanità (tanto che, in mancanza di norme che distinguano nettamente le due situazioni, le fattispecie che puniscono i crimini di guerra possono essere tranquillamente utilizzate, senza nemmeno che sul punto siano effettuate approfondite riflessioni, per sanzionare fatti più precisamente riconducibili a crimini contro l'umanità¹⁰).

Non vi è dubbio inoltre che, in tema di crimini contro l'umanità, anche in sede applicativa possano sorgere dubbi e controversie: non potrà infatti che essere la giurisprudenza a definire in concreto i casi in cui vi sia o meno un attacco esteso e sistematico alla popolazione civile, tanto più quando un simile requisito sia tale da definire anche la giurisdizione competente (militare od ordinaria). Ad esempio, al tempo del processo per l'eccidio di Marzabotto (sopra richiamato e costituente, a parere di chi scrive, il più grave ed eclatante crimine contro l'umanità realizzato in Italia), ove fosse stata presente nell'ordinamento italiano una norma penale comune in tema di crimini contro l'umanità, si sarebbe presumibilmente verificata la necessità di una previa definizione della giurisdizione, con plausibile trasmissione degli atti alla magistratura ordinaria, in una situazione in cui il crimine è stato commesso da militari nemici, nell'ambito di una operazione militare (anche alcuni partigiani furono uccisi nello stesso contesto in scontri a fuoco con i militari delle SS) ed è quindi anche pacificamente riconducibile alle previsioni del codice penale militare di guerra.

6. Conclusioni

Appare necessario, anzitutto, in sede di conclusioni, richiamare la domanda da cui si era partiti, ovvero sulla possibile o necessaria qualificazione come reati militari delle violazioni, costituenti crimini di guerra, previste nello schema del nuovo Codice dei crimini internazionali.

Va ribadito al riguardo che la giurisdizione sui crimini di guerra non può essere stabilita dal legislatore avendo riguardo alla ritenuta maggiore "adeguatezza" degli organi giudiziari (militari od ordinari): ciò non corrisponde certamente all'attuale assetto costituzionale (ex art. 103, comma 3, della Costituzione). Occorre invece una preliminare valutazione "sostanziale", riferita alla natura degli interessi giuridici che sono offesi dalla violazione.

L'esame del progetto di riforma e una riflessione attuale sulla natura degli interessi protetti non induce a ritenere che siano state espresse ragioni rilevanti a favore della tesi secondo cui, quando un militare italiano è soggetto attivo o soggetto passivo del reato o comunque il reato sia commesso in un contesto in cui sono impiegati in una operazione militare reparti delle Forze Armate italiane, gli eventuali reati costituenti crimini internazionali debbano essere qualificati come reati comuni.

In tutti questi casi, infatti, l'offesa non può ritenersi attinente esclusivamente alla tutela degli interessi umanitari, ma si aggiunge invece una significativa lesione che concerne il rispetto dei doveri stabiliti in capo ai militari italiani, in ogni intervento in cui debba essere regolamentato e contenuto l'uso della forza armata, ovvero l'interesse alla tutela degli stessi militari italiani, nella loro integrità

¹⁰ M. CRIPPA, *L'approvazione*, cit., 6 ss.; C. MELONI, L. PARISI, *L'impatto delle prime condanne in Germania per crimini di guerra e crimini contro l'umanità commessi in Siria: qualche riflessione critica sull'applicazione domestica del diritto penale internazionale*, in *Sistema penale*, n. 5/2023, 66 s., secondo cui l'Italia è completamente priva di un quadro normativo di diritto penale internazionale e pertanto incapace di valorizzare l'elemento di contesto, comune a tutte le fattispecie crimini contro l'umanità.

fisica e nelle funzioni che i medesimi sono chiamati a compiere, rispetto a condotte compiute da soggetti ostili. È pertanto necessario, ed in ogni caso certamente congruo, mantenere la qualificazione come reato militare, con tutte le immediate conseguenze di carattere sostanziale (e quelle indirette attinenti alla giurisdizione, che sarà quella dell'autorità giudiziaria militare, quando il fatto è commesso da un militare italiano).

Nelle altre ipotesi, in cui il fatto sia realizzato in contesti diversi (ad esempio nei casi in cui si proceda, per un fatto commesso all'estero, da uno straniero ed a danno di stranieri, sol perché l'imputato è presente in Italia) non si ravvisa invece una lesione di interessi militari, necessaria per qualificare il fatto come reato militare. In questi casi, la qualificazione del fatto come reato comune avrà pertanto come conseguenza l'inapplicabilità della disciplina di parte generale prevista per i reati militari e, inoltre, le inevitabili conseguenze in tema di giurisdizione.

Immunità e crimini internazionali tra previsioni internazionali e disciplina interna

Isacco Giorgio Giustiniani¹

Abstract: La questione delle immunità ingenera complesse problematiche giuridiche e significativi effetti concreti, tanto nelle interlocuzioni tra i soggetti che compongono il consesso internazionale degli Stati e tra i protagonisti della vita sociale di ciascuna delle comunità nazionale, quanto nell'ambito delle responsabilità individuali degli organi che agiscono in favore dei rispettivi ordinamenti. Il seguente lavoro mira a individuare le difficoltà che si determinano nel procedere all'adeguamento degli ordinamenti interni alle fonti internazionali e, quindi, a porre in evidenza le risposte date dall'ordinamento italiano alle problematiche concernenti l'immunità internazionale, nella duplice prospettiva dell'immunità degli Stati e, per ciò che più rileva, dell'immunità dalla responsabilità penale dei loro organi.

Abstract: The issue of immunity gives rise to complex legal problems and significant concrete effects, both in the interlocutions between the subjects that make up the International Community and between the protagonists of the social life of each of the national communities, and in the sphere of the individual responsibilities of the organs that act in favour of their respective legal systems. The following work aims to identify the difficulties involved in adapting domestic legal systems to international sources and, therefore, to highlight the responses given by the Italian legal system to problems concerning international immunity, in the dual perspective of the immunity of States and, for what is most relevant, immunity from criminal liability of their organs.

Sommario: 1. Le immunità. – 2. Le caratteristiche comuni alle varie forme di immunità. – 3. Le immunità di diritto internazionale. – 4. Le immunità di diritto interno e le situazioni giuridiche ad esse in parte accumulabili. – 5. Le immunità per crimini internazionali nella giurisdizione della Corte penale internazionale. – 6. Le immunità per crimini internazionali e l'adeguamento delle legislazioni nazionali. – 7. L'ordinamento italiano e le immunità degli Stati per crimini internazionali. – 8. L'ordinamento italiano e le immunità degli organi dalla responsabilità per crimini internazionali. – 9. L'ordinamento italiano, l'ordine di eseguire un crimine internazionale ed il valore della prescrizione. – 10. Le recenti proposte di adeguamento legislativo in materia di immunità per crimini internazionali.

1. Le immunità

Le immunità costituiscono un elemento essenziale nelle relazioni tra Stati sovrani e, nondimeno, lo sono anche all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, nell'ambito del confronto dialettico tra poteri reciprocamente autonomi ed indipendenti.

Occorre infatti considerare che le immunità estendono la loro efficacia in non pochi settori del diritto internazionale e del diritto interno, ingenerando complesse problematiche giuridiche e significativi effetti concreti, tanto nelle interlocuzioni tra i soggetti che compongono il consesso internazionale degli Stati e tra i protagonisti della vita sociale di ciascuna delle comunità nazionale, quanto nell'ambito delle responsabilità individuali degli organi che agiscono in favore dei rispettivi ordinamenti.

Se, dunque, nel diritto internazionale le immunità rappresentano uno dei pilastri delle relazioni *inter pares* tra enti sovrani, una funzione altrettanto fondamentale esse svolgono all'interno degli ordinamenti nazionali, nel cui ambito fungono da presidio al corretto esercizio del rapporto

¹ Sostituto Procuratore generale militare presso la Corte militare di Appello.

costituzionale tra i diversi poteri statali e, nel far ciò, assicurano il perdurare stesso dei moderni regimi democratici.

Va peraltro evidenziato che la struttura giuridica e l'efficacia concreta delle immunità hanno caratteristiche loro proprie che, se da un lato le rendono opponibili *erga omnes*, dall'altro le collocano all'interno del patrimonio giuridico del soggetto che ne è titolare, facendole rimanere lì fino a quando vengono ad essere compromesse o minacciate e, come se si trattasse di diritti in attesa di espansione o di strumenti di autodifesa, emergono all'esterno.

In altri termini, le immunità mostrano l'efficacia di cui sono intrinsecamente dotate nel momento in cui si determina una potenziale o effettiva loro lesione, quando cioè il soggetto legittimato a valersene si vede costretto ad opporle formalmente per poter godere in modo pieno ed incondizionato delle proprie prerogative. A ben vedere, dunque, è in queste situazioni "critiche" che ogni singola immunità svela la sua reale estensione e la forza di cui è dotata ed è così che, dopo che di esse se ne è reclamato il rispetto, o la questione sorta viene meno oppure l'immunità si trasforma nell'oggetto giuridico del formale contenzioso che ne scaturisce. Questo è ciò che accade, infatti, quando si incrinano le relazioni tra Stati sovrani o quando il confronto tra poteri interni allo Stato evolve in un vero e proprio conflitto di attribuzione.

Nell'ambito delle relazioni internazionali, ad esempio, è fresco il ricordo della vicenda che ha coinvolto i nostri due fucilieri di Marina che, accusati di aver determinato la morte di pescatori di nazionalità indiana nel corso del servizio antipirateria da loro svolto, hanno vissuto in prima persona la crisi ed il successivo contenzioso sorti tra l'India, che si ostinava a volerli processare (come se si trattasse di due normali turisti stranieri accusati di omicidio) e l'Italia, che invece reclamava il difetto di giurisdizione della controparte a giudicare i propri organi e chiedeva il rispetto dell'immunità funzionale dei due militari appartenenti alle Forze armate di un altro Stato².

Lo stesso è dirsi per quanto avviene nel diritto interno, laddove sono numerosi i casi in cui la Corte costituzionale è chiamata a risolvere conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato incentrati proprio sull'esistenza o sulla concreta estensione di una determinata forma di immunità. Se si scorrono le gazzette ufficiali degli ultimi anni, si può così verificare che, molto spesso, i conflitti rimessi alla decisione della Corte costituzionale riguardano, da un lato un potere statale il cui organo ritiene essere stata indebitamente violata una propria immunità, dall'altro un organo di un altro potere che, invece, eccepisce il difetto della reclamata immunità ed il proprio diritto/dovere di liberamente esercitare le funzioni di cui si ritiene titolare³.

Alle immunità formalmente intese possono poi accumunarsi, limitatamente agli effetti concreti che producono e non certo per le loro caratteristiche giuridiche, talune situazioni soggettive che, come vedremo, conferiscono a determinate categorie di organi statali specifiche garanzie.

Già da queste premesse, dunque, emerge la complessità dell'argomento delle immunità *latu sensu* intese.

La vastità delle tematiche che nascono intorno al concetto di "immunità" emerge, del resto, dalla stessa ambiguità grammaticale del termine che, utilizzato al singolare, pone in evidenza l'effetto concreto che l'istituto produce mentre, adoperato al plurale, rimarca le tante forme ed i numerosi privilegi di cui godono coloro che delle immunità beneficiano⁴.

Analizzare in questa sede le molteplici forme e le plurime funzioni che assumono le immunità di diritto internazionale e di diritto interno rischierebbe, pertanto, di risultare un esercizio teorico oltremodo ambizioso ed inevitabilmente lacunoso. Tuttavia, sebbene il presente approfondimento sia limitato a verificare la sorte che le immunità hanno in caso di commissione di crimini internazionali, è senz'altro opportuno richiamare le caratteristiche che accomunano tra loro le differenti forme di immunità e gli elementi che, invece, le contraddistinguono.

² Per un'attenta analisi della nota vicenda, v. P. BUSCO, F. FONTANELLI, *Questioni di giurisdizione e immunità nella vicenda della Enrica Lexie, alla luce del diritto internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 1 s.

³ Per le problematiche più interessanti relativamente alle immunità di diritto interno, si veda il conflitto di attribuzioni nel noto caso *Previti*, deciso dalla Corte costituzionale con sentenza 18.7.2006 n.314 (G.U. n.42 del 18.10.2006).

⁴ In questo senso, v. D. BRUNELLI, voce *Immunità*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 15, 1989, 1.

Per questi motivi, nelle prossime pagine verranno segnalate le difficoltà che si determinano nel procedere all'adeguamento degli ordinamenti interni alle fonti internazionali e, quindi, si metteranno in evidenza le risposte date dall'ordinamento italiano alle problematiche concernenti l'immunità internazionale, nella duplice prospettiva dell'immunità degli Stati e, per ciò che più rileva, dell'immunità dalla responsabilità penale dei loro organi.

Ponendo a raffronto la disciplina internazionale delle immunità nell'ambito dei *core crimes* e quella prevista nel nostro ordinamento, si proverà a verificare se, nell'ambito del sistema giuridico italiano, in questa specifica materia sussista un trattamento sostanzialmente diverso o, addirittura, incompatibile con quello stabilito dalle fonti consuetudinarie e pattizie.

Da ultimo, si affronterà la questione - negli ultimi tempi tornata di attualità - se anche in merito alle immunità sussista una reale ed impellente esigenza di realizzare il completo adeguamento del loro regime di diritto interno ai principi dello Statuto di Roma. A tal fine, si richiameranno i contenuti delle proposte normative recentemente offerte a Governo e Parlamento.

2. Le caratteristiche comuni alle varie forme di immunità

Prima di addentrarci nell'analisi della disciplina che le immunità ricevono in materia di crimini internazionali, risulta dunque opportuno porre in evidenza alcune caratteristiche generali, comuni alle differenti forme di immunità e alle differenti funzioni da esse svolte. Si tratta, infatti, di aspetti che torneranno utili nell'approfondire le questioni specifiche che sorgono in materia di *core international crimes*.

Così, ad esempio, certamente non si possono qui ripercorre le tante tappe del lungo cammino che, nel corso degli ultimi secoli, ha trasformato in immunità quelli che in origine costituivano veri e propri privilegi esclusivi del sovrano. Il riferimento storico vale, tuttavia, a dar conto della fonte consuetudinaria da cui derivano gran parte delle attuali immunità, quanto meno di quelle di diritto internazionale.

Lo sguardo al passato consente peraltro di ricordare che, ancora oggi, a talune categorie di persone sono riconosciute prerogative, guarentigie e privilegi di vario tipo, vale a dire situazioni soggettive ben diverse dalle formali immunità ma che, tuttavia, anch'esse si risolvono in forme di speciale tutela, finalizzate a garantire il legittimo esercizio di determinate funzioni pubbliche da parte di coloro ai quali lo Stato le demanda.

Parimenti, risale alla concessione che, originariamente, solo il sovrano poteva fare a feudatari e alti dignitari di corte, quello che ancora oggi costituisce un requisito comune alle varie tipologie di immunità e cioè la caratteristica che solo disposizioni legislative poste al più alto livello della gerarchia delle fonti, di livello super-primario (pari a quella che, una volta, era l'investitura diretta del re), hanno la giuridica capacità di introdurre nell'ordinamento (ovvero di far venire meno) una specifica immunità. E' per questa ragione che, nel diritto internazionale, si prevede che le immunità nascano dalla fonte normativa primaria rappresentata dalla consuetudine e dal principio *consuetudo est servanda* e che, solo dopo, esse possano tradursi in accordi pattizi. Nondimeno, negli Stati moderni, le immunità di diritto interno "formalmente intese" sono contemplate dalle Carte costituzionali e la loro disciplina è regolata da leggi di rilevanza costituzionale o, al più, da norme generali di natura ordinamentale, poste al vertice delle legislazioni nazionali.

Tra i contenuti comuni alle varie forme di immunità (internazionali ed interne, individuali e delle persone giuridiche), va anche posto nella giusta evidenza che è solo in parte corretto definire le immunità come eccezioni al principio di legalità (inteso come soggezione alla legge dell'intera collettività). In realtà, tutte le persone, sia fisiche che giuridiche, qualsiasi posizione abbiano e qualsiasi funzione esse svolgano ed anche qualora sono titolari di specifiche immunità, sono pur sempre tenute a rispettare la legge. Il titolare dell'immunità, di qualsiasi immunità, non è mai un soggetto *legibus solutus*.

Va così ricordato che "immunità dalla giurisdizione straniera" non significa "impunità" dell'organo, né vuol dire esenzione dal dovere di pienamente rispettare la legge (interna ed internazionale) ed essere ad essa soggetto. Il nostro Codice penale, al pari delle normative generali

degli altri Paesi, afferma chiaramente che la legge penale italiana si applica, senza eccezioni, a chiunque si trovi sul territorio nazionale e/o offenda interessi nazionali.

In altri termini, l'immunità non incrina né il generale contenuto prescrittivo delle norme, né il dovere dei soggetti che di esse beneficiano di prestare piena osservanza alla legge.

Ne costituisce riprova la regola che, se lo Stato rinuncia all'immunità del proprio organo, la responsabilità di quest'ultimo può (e deve) essere affermata senza limite alcuno, tanto dal giudice dello Stato estero, quanto, ovviamente, dal giudice nazionale⁵.

Attraverso l'immunità non è il principio di legalità, inteso come dovere di rispettare la legge, che viene a subire eccezione ma deve piuttosto dirsi che al sussistere dell'immunità viene meno il potere/dovere di affermare la responsabilità dell'autore dell'illecito.

In concreto, dunque, si determina una sostanziale rinuncia dell'ordinamento territorialmente competente ad esercitare la propria giurisdizione.

Parimenti, va ribadito che l'immunità non ha carattere assoluto.

L'immunità internazionale, ad esempio, preclude l'accertamento della responsabilità dell'organo da parte dello Stato estero ove il fatto, in tutto o in parte, si è verificato e nulla più. Non altrettanto avviene se e quando l'organo rientra nel territorio dello Stato di appartenenza, laddove l'interessato non ha più alcuna prerogativa di origine internazionale e non gode più di alcuna esenzione dal subire il processo⁶.

In taluni casi l'immunità non può essere validamente opposta a Stati terzi, restando circoscritta al territorio dello Stato in cui la violazione è avvenuta, senza coprire l'organo quando si trova, ad esempio, sul territorio di Stati che non riconoscono alcuna immunità in relazione alla commissione di delitti del genere di quello nella fattispecie ascrivibile.

Molto spesso, poi, l'immunità dalla giurisdizione non è assoluta nel senso che è limitata nel tempo, venendo meno nel momento in cui il titolare perde la qualità soggettiva che lo legittimava a fruirne.

La vastità delle questioni che sorgono in materia di immunità è facilmente rilevabile se si considera che, nell'ambito del diritto internazionale, è finanche possibile giungere a conclusioni opposte a seconda che si esamini la fonte, consuetudinaria o pattizia, da cui deriva l'immunità ovvero a seconda che il soggetto che ne goda sia lo Stato piuttosto che un suo organo.

Non di rado peraltro, sempre in ambito internazionale, a non essere unanimemente condivisa è la stessa esistenza del principio di origine consuetudinaria istitutivo di una determinata prassi e a tale incertezza spesso si aggiungono ulteriori dubbi circa l'individuazione dei soggetti concretamente legittimati a fruire dell'immunità.

Non è neanche eccezionale il caso che un medesimo Stato sovrano, di una determinata forma di immunità, a volte sposi una interpretazione per giovare e farsene scudo, altre volte la contesti radicalmente per evitare di subirne conseguenze negative.

Lo spettro delle possibili interpretazioni diviene, poi, quanto mai ampio e variegato se, in una materia che, come quella in esame, è per sua natura estremamente vasta, si pongono a raffronto le opinioni della dottrina e le decisioni della giurisprudenza ovvero si privilegiano le interpretazioni date dagli organi internazionali piuttosto che quelle trascritte nelle sentenze emesse dalle corti dei singoli

⁵ Lo ha ricordato anche la Corte internazionale di giustizia: v. *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Parere consultivo del 29 aprile 1999, 62; v. *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Repubblica Democratica del Congo c. Belgio), sentenza 14 febbraio 2002, par. 60: «Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility».

⁶ Cassazione 11.3.2014 n. 39778, ad esempio, ha chiarito che la sfera di immunità dell'agente diplomatico, prevista dalla Convenzione di Vienna del 18 aprile 1961, ratificata con legge n. 804 del 1967, non si estende ai fatti di reato commessi fuori dell'esercizio delle funzioni di membro della missione diplomatica, quando il soggetto accreditato ha lasciato lo Stato accreditatario, in quanto, a norma dell'art. 39, comma secondo, della Convenzione citata, l'esenzione dalla giurisdizione penale dello Stato accreditatario, dopo la cessazione dalle funzioni e l'allontanamento dal territorio nazionale, opera solo per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni di membro della missione.

Stati, peraltro non facilmente conciliabili tra loro, essendo talune riconducibili ad ordinamenti di *civil law*, altre a sistemi giuridici di *common law*.

D'altra parte, anche il riconoscimento della natura giuridica dell'immunità non è sempre univoco e varia a seconda della prospettiva da cui essa si esamina.

Se si considerano gli effetti concreti, preclusivi della possibilità di procedere penalmente a carico di colui che ne è titolare, vengono posti in risalto gli aspetti propriamente processuali, con la conseguenza che l'immunità si identifica con l'impossibilità di assumere la qualità di parte processuale⁷; se, invece, si fa riferimento agli aspetti sostanziali, la dottrina dibatte se ricondurre l'immunità al difetto di capacità giuridica penale⁸, ad una speciale causa di giustificazione⁹ ovvero ad una causa personale di esclusione della pena¹⁰.

Anche nel diritto interno, d'altra parte, le soluzioni offerte alle problematiche in materia di immunità risultano sono estremamente variegata e, sebbene in misura indubbiamente minore rispetto a quanto avviene nel diritto internazionale, anche nella prospettiva nazionale non mancano interpretazioni contrastanti e soluzioni tutt'altro che univoche, ad esempio, a seconda che si considerino le decisioni in materia di immunità prese dalla giurisprudenza di merito o dalla Corte di cassazione e dai giudici costituzionali e, in quest'ultimo caso, a seconda che si prendano in esame i giudizi di legittimità ovvero i conflitti di attribuzione.

In tutti i casi, deve comunque prendersi atto che il riconoscimento di una immunità comporta, inevitabilmente, la sottrazione al processo e all'applicazione della sanzione nei confronti del soggetto che ne è titolare. Pur se ogni tipologia di immunità ha un suo specifico contenuto sostanziale, tutte hanno in comune l'effetto preclusivo di natura prettamente "processuale".

In taluni ordinamenti, l'effetto preclusivo assume, addirittura, natura "procedurale", giacché la rinuncia a svolgere qualsiasi tipo di accertamento avviene ancor prima che la notizia di reato giunga all'esame di un giudice e così raggiunga la fase propriamente "processuale", bensì nello stesso momento in cui l'esistenza dell'immunità emerge, su decisione della polizia giudiziaria e del pubblico ministero.

In sostanza, tutte le immunità, anche quando maggiormente possono apparire vere e proprie eccezioni al principio di legalità o quando vengono analizzate nel loro contenuto sostanziale, di fatto, altro non sono che preclusioni al dovere degli organi statali di processare e sanzionare il responsabile di illeciti, di natura penale ma anche civile, commessi sul territorio nazionale, da un organo appartenente ad altro Stato. Anche nel caso dell'immunità degli Stati, infatti, l'immunità si traduce nel dovere di astenersi dal dare corso a procedimenti civili che vedano convenuti in giudizio Stati esteri.

In definitiva, tenendo conto degli effetti che si producono nelle relazioni intersoggettive, la rilevanza maggiore delle immunità si ha nell'ambito dei procedimenti giudiziari e, pertanto, può dirsi che essa svolga, prevalentemente, una funzione ha preminente efficacia processuale: immunità e giurisdizione sono, dunque, concetti intrinsecamente connessi, due riflessi della medesima situazione giuridica.

3. Le immunità di diritto internazionale

Dal punto di vista generale, le immunità di diritto internazionale attengono alla mancata sottoposizione (dello Stato o degli organi - persone fisiche di uno Stato) dalla giurisdizione dello Stato territorialmente competente. Nel diritto internazionale, una prima suddivisione delle immunità è, infatti, quella che distingue le problematiche a seconda che riguardino l'immunità dello Stato estero

⁷ V. G. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1982, 222.

⁸ V. A. MORO, *La capacità giuridica penale*, Padova, 1939, 79 s.; G. PISAPIA, *Contributo alla determinazione del concetto di capacità giuridica nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1942, 161 s.

⁹ V. M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, I, Milano, 1987, 70 s.

¹⁰ V. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, I, Milano, 1987, 120 s.; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 149 s.

dalla giurisdizione di un altro Stato ovvero che si tratti dell'immunità degli organi-persone fisiche di uno Stato estero dalla giurisdizione penale e civile di un altro Stato.

Circa la prima forma di immunità internazionale, essa si sostanzia nel generale divieto di intentare procedimenti di natura civile o amministrativa (e, teoricamente, anche procedimenti penali) nei confronti di uno Stato straniero, vale a dire nell'obbligo delle autorità giudiziarie nazionali di dichiarare il proprio difetto assoluto di giurisdizione nei confronti di qualsiasi procedimento intentato nei confronti di Stati sovrani da parte di cittadini (o stranieri)¹¹.

Tale tipologia di immunità attiene, in particolare, alle azioni civili di natura risarcitoria, attivate da cittadini che reclamano di aver subito danni a causa di atti illeciti posti in essere da organi di uno Stato straniero e che a tal fine citano quest'ultimo in giudizio¹².

Costituisce invero principio generale di origine consuetudinaria, consolidato fin dall'instaurazione di relazioni strutturate tra enti sovrani, quello che ogni Stato è immune dalla responsabilità relativa a pretese risarcitorie derivanti da atti illeciti, aventi rilevanza civile o penale, posti in essere da propri organi nell'esercizio di funzioni statali.

Il principio della comunità internazionale come "consenso di pari", cioè come collettività di soggetti tutti pienamente liberi di esercitare le proprie funzioni, implica infatti, secondo la nota espressione *par in parem non habet imperium et iurisdictionem*, che gli Stati siano reciprocamente immuni da ogni possibile compressione del loro agire, inclusa la limitazione derivante dalla potenziale sottoposizione al giudizio di un altro Stato.

Deve trattarsi, peraltro, di attività svolta *iure imperi* e non anche di atti compiuti *iure gestionis* o *iure privatorum*, nel qual caso l'immunità viene meno e, per i danni eventualmente cagionati a terzi, gli Stati sono ritenuti pienamente responsabili¹³.

In altri termini, l'affermazione del principio di immedesimazione dell'agire dell'organo nell'agire dello Stato, comporta che la generale immunità degli Stati resti pur sempre circoscritta all'agire nell'espletamento di funzioni sovrane e non si estenda ai casi in cui lo Stato compie negozi giuridici in qualità di soggetto di diritto privato.

Per la stessa ragione riconducibile al principio di immedesimazione, non è neanche possibile ammettere l'interpretazione che, nell'esercizio di funzioni statali, la commissione di atti illeciti possa interrompere il nesso individuo-organo e, quindi, assumere il significato di criterio di imputazione intersoggettiva¹⁴.

D'altra parte, nei confronti degli Stati, si tratta pur sempre di responsabilità di natura civile o, al più, di natura amministrativa. La stessa Conferenza diplomatica di Roma, infatti, ha escluso l'istituzione di forme di responsabilità penale degli Stati, sicché immaginare responsabilità penali, dirette o indirette, degli enti sovrani, in concreto, non pare ipotesi percorribile.

Devono leggersi in questa prospettiva anche i recenti tentativi della dottrina di introdurre forme di responsabilità amministrativa degli enti sovrani come conseguenza diretta di omissioni nei controlli o di carenze organizzative ad essi imputabili.

Come pure, non sembra percorribile la dilatazione degli strumenti sanzionatori di natura economica, come la confisca di beni di proprietà statale utilizzati per commettere taluni delitti, al fine

¹¹ Per un'analisi approfondita v. F. DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, 573 ss.

¹² Occorre precisare che l'immunità concerne la legittimazione passiva degli Stati, mentre non esclude la loro facoltà di agire in giudizio in qualità di attori e, parimenti, non esclude che lo Stato convenuto in giudizio possa autonomamente rinunciare alla propria immunità ovvero intervenire volontariamente in giudizi pendenti tra altre parti processuali, così A. CASSESE, *Diritto internazionale*, Bologna, 2019, 134.

¹³ Si tratta di giurisprudenza consolidata. Cass. S.U. 9 gennaio 2007, n. 118 afferma testualmente: «D'altra parte però può affermarsi che l'esenzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile è limitata agli atti *iure imperii* (a quegli atti cioè attraverso i quali si esplica l'esercizio delle funzioni pubbliche statali) e non si estende invece agli atti *iure gestionis* o *iure privatorum*». V. anche Cassazione S.U. 8 giugno 1957, n. 2144; Cassazione, S.U., 14 luglio 1960, n. 1919; Cassazione, S.U. 11 marzo 2004, n. 5044; Cass. S.U. 10 luglio 2006, n. 15626.

¹⁴ Così, G. ARANGIO-RUIZ, *La persona giuridica come soggetto strumentale*, Milano, 1952; *Diritto internazionale e personalità giuridica*, Bologna, 1972; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 5ª ed., Napoli, 1968.

di introdurre forme indirette di responsabilità degli Stati per effetto di illeciti di natura penale commessi da loro organi.

Nel caso dell'immunità degli Stati, trattandosi di questioni relative a responsabilità di natura civile, è peraltro evidente che non può farsi estensione automatica o analogica di principi consuetudinari vevoli nel differente ambito delle immunità penali degli individui-organi.

Ciò non toglie che la differente natura dell'immunità degli Stati possa apportare utili contributi interpretativi, ad esempio, nell'individuazione dei principi consuetudinari dotati di concreta efficacia (anche) in ambito penale, oltre che nelle argomentazioni (che sostanzialmente sono analoghe) con cui le entrambe le forme di immunità si rapportano rispetto alla commissione di crimini internazionali.

Ad ogni buon conto, infatti, va posto in evidenza che si tratta pur sempre di immunità derivate da principi consuetudinari, essendo ben pochi e comunque non ancora entrati in vigore, gli accordi bilaterali ed i trattati internazionali conclusi in questo specifico ambito.

Occorre invero ricordare che le convenzioni in materia di immunità dalla responsabilità civile degli Stati non hanno trovato diffusione e positivo riscontro nell'ambito della comunità internazionale. Le convenzioni sono sostanzialmente due: la Convenzione di Basilea del 1972 e la Convenzione di New York del 2004¹⁵. Alla prima l'Italia non ha aderito, mentre la seconda, pur essendo stata ratificata dall'Italia con la legge 14 gennaio 2013, n. 5, non è ancora entrata in vigore a causa del numero ridotto di Stati che ad essa hanno aderito.

In sostanza, nell'ambito delle immunità degli Stati dalla responsabilità civile, nessun utile elemento di riferimento può trarsi da fonti pattizie, mentre emerge ben evidente il valore che assume la giurisprudenza delle corti interne e di quelle internazionali.

Quanto alle immunità di diritto internazionale degli individui, è noto che esse si distinguono tra immunità personali o *ratione personae* ed immunità funzionali o materiali o *ratione materiae*.

La prima forma di immunità è connessa alla posizione apicale che taluni individui hanno nella gestione dello Stato ed è finalizzata a consentire che l'esercizio di tali funzioni non sia ostacolato dalla potenziale sottoposizione ad una giurisdizione straniera.

Il diverso fondamento delle due immunità si riverbera nella loro differente estensione.

L'immunità personale si estende, infatti, a tutti gli atti posti in essere dal soggetto agente, incluse le azioni compiute prima dell'investitura nell'incarico ma, d'altra parte, richiede che, al momento in cui essa viene opposta, l'organo che ne beneficia perduri nella titolarità della qualifica da cui l'immunità discende.

L'immunità personale, pertanto, è riservata ad un ben ristretto numero di alti rappresentanti degli Stati sovrani, tra i quali la consuetudine internazionale contempla certamente i capi di stato e i ministri degli esteri e, quanto meno in parte, anche i capi di governo, non anche altri ministri¹⁶.

E' pacifica l'esistenza di una norma di diritto internazionale che assicura ai capi di Stato¹⁷, ai capi di governo ed ai ministri degli esteri di uno Stato sovrano l'inviolabilità personale, ossia la sottrazione a tutti i provvedimenti limitativi della libertà personale, nonché l'immunità dalla giurisdizione penale e civile, relativamente a qualsiasi attività che essi pongano in essere, nell'esercizio o meno delle loro funzioni¹⁸.

¹⁵ Il testo dell'art. 30 della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, conclusa a New York il 2 dicembre 2004, è il seguente: «Art. 30 (Entrata in vigore) - (Omissis).

1. La presente Convenzione entrerà in vigore trenta giorni dopo la data del deposito del trentesimo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione presso il Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite.

2. Per ogni Stato che ratificherà, accetterà o approverà la presente Convenzione o vi aderirà dopo il deposito del trentesimo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione, la presente Convenzione entrerà in vigore trenta giorni dopo la data del deposito dello strumento pertinente da parte dello Stato in questione. (Omissis)».

¹⁶ L'immunità personale è stata talvolta riconosciuta agli incaricati della difesa o del commercio estero. V. *Re Mofaz*, in *International Law Reports*, 2006, 709 s.

¹⁷ Il caso di Capo di Stato più noto ha riguardato Augusto Pinochet, capo di Stato dell'Argentina, nei cui confronti la House of Lords britannica, nel marzo 2013, ha ribadito l'esistenza del principio e l'immunità personale dalla propria giurisdizione ma, tuttavia, ha poi accolto la richiesta di estradizione fatta dalla Spagna in applicazione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura.

¹⁸ In questi termini, Cassazione, Sez. III, 17.9.2004, n. 49666

Inviolabilità ed immunità personale, peraltro, spettano anche nell'ipotesi in cui i citati organi istituzionali si trovino nel territorio del proprio Stato, non solo all'estero.

È indubbio, infatti, che questa forma di immunità si estenda anche agli atti privi di qualsiasi connessione con l'esercizio delle funzioni e che ricomprenda gli atti che oltrepassano i limiti di liceità.

In proposito, va citata la nota decisione della Corte internazionale di giustizia nel caso c.d. *Arrest Warrant (Democratic Republic of Congo v. Belgium)* dell'11 aprile 2000), che - sebbene solo taluni Stati hanno ritenuto potersi riferire alla disciplina dell'immunità personale piuttosto che a quella dell'immunità funzionale, fermo restando che la vicenda concreta riguardava un ministro degli esteri - ha individuato quattro eccezioni all'immunità di un ministro degli affari esteri in carica: (i) quando il ministro è perseguito nel suo Stato d'origine; (ii) quando l'immunità dalla giurisdizione straniera è espressamente revocata dallo Stato che il ministro rappresenta; (iii) quando l'azione penale viene esercitata successivamente alla cessazione dall'incarico, per atti privati commessi prima o dopo il suo mandato; (iv) quando l'azione penale è esercitata da una corte o tribunale penale internazionale¹⁹. Va inoltre rilevato che, nella fattispecie, pur trattandosi dell'accusa relativa alla commissione di gravi crimini internazionali, la decisione della Corte pare non limitare l'affermazione delle citate eccezioni solo a taluni specifici delitti, potendosi così ritenere che si tratta di deroghe di valore generale, estensibili a qualsiasi ipotesi criminosa²⁰.

Affinché operi la deroga alla sottoposizione alla legge penale italiana di cui all'art. 3 cod. pen., occorre che il Capo di Stato estero rappresenti un ente qualificabile come organizzazione sovrana, quindi, un soggetto di diritto internazionale che sia equivalente, per requisiti di struttura, componenti personali e spaziali e per connotati di effettività, alle tipiche organizzazioni statali,²¹ posto che la ratio dell'esenzione è costituita dalla necessità di dover svolgere funzioni ufficiali in tale veste, in particolare nel corso di visite ufficiali all'estero.

Circa la definizione a tali fini di Stato sovrano, la Cassazione ha chiarito che, affinché un ente di diritto internazionale possa dirsi sovrano, con la conseguenza dell'esonero del suo capo dall'imperio della legge penale, occorre che abbia la cosiddetta "capacità giuridica internazionale", cioè che sia riconosciuto dagli altri Stati come pari e indipendente, che sia titolare di un potere di disposizione relativamente ai propri elementi costitutivi e che possa porre in essere rapporti obbligatori nell'ambito delle relazioni internazionali, con la correlativa possibilità, nell'ambito dell'interno dell'ente stesso, di vincolare questo e le sue componenti con atti aventi forza cogente²².

A questo proposito, va tuttavia precisato che, successivamente, la Cassazione ha mutato orientamento e, facendo leva sulle norme di diritto internazionale generale, che fanno parte dell'ordinamento italiano in forza dell'art. 10, primo comma, Cost., ha precisato che l'organizzazione di governo che esercita effettivamente e indipendentemente il proprio potere su una comunità territoriale diviene soggetto di diritto internazionale in modo automatico. Uno Stato sovrano, quindi, sussiste come soggetto autonomo di diritto internazionale in presenza della triade territorio-popolo-governo, ricorrendo i requisiti di effettività e di indipendenza. Non è necessario, invece, che l'organizzazione di governo sia formalmente riconosciuta dagli altri Stati²³.

Per contro, l'immunità *ratione materiae* risponde all'esigenza di garantire l'esercizio di una determinata funzione da parte di un organo dello Stato, conseguentemente, essa concerne le azioni che un soggetto-organo realizza nell'interesse dello Stato di appartenenza. Tali azioni sono coperte da immunità perché costituiscono la forma tipica dell'agire dell'ente sovrano. Esse sono compiute direttamente dallo Stato e non già attraverso rapporti giuridici di imputazione indiretta tra Stato ed

¹⁹ La tesi dell'autorità giudiziaria procedente belga è stata proprio quella che sono state individuate deroghe all'immunità personale e non a quella funzionale. Si trattava, infatti, di accuse di crimini contro l'umanità e di tortura mosse dai magistrati inquirenti del Belgio in base al c.d. principio di universalità della giurisdizione all'epoca vigente in quel Paese, nei confronti del Ministro degli esteri Hissene Habre.

²⁰ Sulla questione v. P. GAETA, *Ratione materiae immunities of former heads of state and international crimes: the Hissene Habre case*, *The Journal of International Criminal Justice*, 2003.

²¹ Cassazione, Sez. I, 28.6.1985 n. 1981.

²² Cassazione, Sez. II, 16.7.1980, n. 124.

²³ Cassazione, Sez. III, 17.9.2004.

organo, del tipo di quelli che, nell'ambito della teoria della rappresentanza organica, richiamano il concetto di imputazione causale dell'atto.

L'immunità funzionale è in ogni caso limitata ai soli atti compiuti dall'organo dello Stato nell'esercizio di funzioni ufficiali e, pertanto, di essa ne possono beneficiare un numero indeterminato di individui, anche qualora svolgano funzioni in posizione non apicale.

Si discute quali siano i limiti di tale forma di immunità e non è neanche pacifico che sussista un principio consuetudinario che riconosca l'esistenza dell'immunità funzionale nei confronti della totalità degli organi statali e della totalità delle funzioni da essi svolte.

L'esistenza di una regola di diritto internazionale generale, che riconosca l'immunità funzionale agli organi dello Stato estero, è stata affermata dal Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nella Ex-Jugoslavia²⁴.

In ogni caso, la fonte da cui l'immunità funzionale viene fatta derivare ha natura consuetudinaria e, dunque, l'esistenza e l'estensione della stessa sono rimessi alle decisioni dei giudici, nazionali ed internazionali.

Si tratta, in sostanza, di una problematica analoga a quella del riconoscimento di una generale immunità degli Stati dalla giurisdizione civile di altri Stati, in relazione alle richieste risarcitorie avanzate da cittadini stranieri innanzi agli organi giudiziari della loro nazione.

In proposito, va peraltro rimarcato che la nostra giurisprudenza di legittimità non è assolutamente univoca.

La Cassazione ha affermato, ad esempio, che colui che, quale organo di uno Stato straniero, pone in essere *iure imperii* atti previsti come reato dalla legge italiana è soggetto alla giurisdizione penale italiana, non essendo rinvenibile nel diritto internazionale una norma consuetudinaria che riconosca in tal caso una immunità funzionale in materia penale²⁵.

D'altra parte, nel caso Lozano²⁶, è noto che la Cassazione si è espressa nel senso opposto, sostenendo l'esistenza di un "principio consuetudinario" di diritto internazionale che riconosce l'immunità funzionale dalla giurisdizione penale nei confronti dell'organo di uno Stato estero, relativamente a tutti i fatti qualificabili, in base al diritto del *locus commissi delicti*, come delitti comuni e, al contempo, escludendo che tale regola operi in caso di commissione di crimini di guerra²⁷.

In particolare, la nostra giurisprudenza di legittimità ha sostenuto che l'immunità da procedimenti e da sanzioni penali di uno Stato straniero, costituendo un'eccezione al principio di obbligatorietà della legge penale, non può che derivare da specifiche disposizioni legislative di ratifica di trattati o da accordi pattizi e che, per tale ragione, l'immunità non è suscettibile di interpretazioni estensive o analogiche, come del resto dispone l'art. 3 del codice penale, che riserva l'immunità penale solo ai casi espressamente stabiliti, dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale. Le immunità internazionali, dunque, qualora non derivino da principi consuetudinari, possono sorgere solo in base a previsioni legislative che stabiliscano un chiaro collegamento tra

²⁴ Per il Tribunale: «*State officials are mere instruments of a State and their official action can only be attributed to the State. They cannot be the subject of sanctions or penalties for conduct that is not private but undertaken on behalf of a State. In other words, State officials cannot suffer the consequences of wrongful acts which are not attributable to them personally but to the State on whose behalf they act: they enjoy so-called "functional immunity"*».

²⁵ Cassazione, Sez. 5, 19.9.2012 n. 46340.

²⁶ La vicenda è quella del marine americano Lozano, in servizio ad un posto di blocco in Iraq, che sparò al veicolo che si avvicinava velocemente alla propria postazione con a bordo la giornalista Giuliana Sgrena ed il funzionario dei servizi italiani Nicola Calipari, uccidendo quest'ultimo.

²⁷ Si legge nella sentenza Lozano (Cass., Sez. I, n. 31171/2008) che sussiste «un principio di fonte internazionale consuetudinaria, universalmente accettato dalla prevalente dottrina e dalle prassi giurisprudenziali, nazionali e internazionali, recepito nell'ordinamento giuridico italiano siccome norma di diritto internazionale preesistente in forza dell'adeguamento automatico disposto dall'art. 10, comma 1, della Costituzione, e prevalente, in quanto tale, sui criteri di collegamento delineati dalle norme statali anche di fonte penale, quello per cui sono sottratti alla giurisdizione civile o penale di uno Stato estero i fatti e gli atti eseguiti *iure imperii* dagli individui-organi di un altro Stato nell'esercizio dei compiti e delle funzioni pubbliche ad essi attribuiti». Circa la sussistenza di una norma consuetudinaria in tal senso, si veda anche la sentenza del Tribunale di Trento n. 161 del 13 luglio 1998 sull'incidente del Cermis.

l'organo e la sua qualità di rappresentante dello Stato straniero e che indichino se l'esonero dalla responsabilità sia generale ovvero limitato ai soli fatti commessi nell'esercizio delle funzioni²⁸.

Ulteriore presupposto per riconoscere l'operatività dell'immunità è quello che l'atto sottratto all'accertamento e all'irrogazione della sanzione sia stato compiuto nell'esercizio della funzione demandata all'organo e, prima ancora, che il soggetto agente risulti formalmente titolare della qualità di organo statale, posseduta al momento del fatto.

Così, se l'azione non è stata realizzata nella veste ufficiale, ad esempio, perché al momento del fatto il soggetto passivo era in vacanza all'estero o al momento del fatto stava compiendo attività di natura non istituzionale (sportiva, ludica o comunque *uti singuli*), egli non si differenzia dal comune turista straniero e, venendo meno l'esercizio della funzione pubblica, non ha diritto a reclamare alcuna immunità.

Si è pertanto affermato che lo Stato deve avere una effettiva possibilità di controllare l'organo e di impartirgli ordini o direttive di qualsiasi genere e che, al contempo, l'organo deve trovarsi all'estero ed aver commesso il fatto "per esigenze di servizio". Se l'atto che ha determinato l'evento lesivo è stato compiuto da un dipendente statale, nell'esercizio delle funzioni sue proprie, le attività realizzate da quest'ultimo costituiscono, pertanto, atti ufficiali e risulta integrato il presupposto indispensabile per riconoscere l'immunità: sussiste l'immunità se l'atto, indipendentemente dalla sua forma, è stato emanato per perseguire una funzione pubblica²⁹.

Nondimeno, si discute se la qualificazione giuridica dell'attività funzionale debba essere compiuta in base al diritto dello Stato di appartenenza dell'organo ovvero (soluzione forse preferibile) in conformità alla *lex loci*³⁰.

Circa le caratteristiche che deve avere un organo per poter essere definito tale, occorre fare riferimento alla casistica più che a criteri di ordine generale.

Tale qualità senz'altro spetta a coloro che hanno la formale rappresentanza dello Stato estero: capi di governo, ministri, agenti diplomatici³¹, agenti consolari³², membri di legazioni ed anche funzionari e dipendenti statali in servizio all'estero³³.

Fra le norme che stabiliscono immunità fuori delle ipotesi previste dal diritto internazionale consuetudinario, vanno individuate quelle relative allo status dei funzionari di organizzazioni internazionali, quali l'ONU, la FAO, l'Unione europea, qualifichè oggetto di trattati recepiti dall'ordinamento interno di ogni Stato aderente.

Nessuna disposizione attributiva di immunità, ad esempio, è stata riscontrata per i capi e i rappresentanti dell'OLP³⁴.

In proposito, può richiamarsi la già citata vicenda dei due sottufficiali della Marina Militare, nei cui confronti l'India ha apertamente sostenuto l'inesistenza di consuetudini internazionali che potessero garantire loro l'immunità funzionale.

In sostanza, ad avviso dell'India, l'applicabilità del codice penale indiano e l'esercizio della propria giurisdizione non potevano subire deroghe stante: a) il mancato riconoscimento di forme di immunità funzionale di origine consuetudinaria da parte dell'India, Stato territorialmente competente in base alla nazionalità delle vittime; b) l'inesistenza di accordi e Sofas tra i due Paesi coinvolti; c) il difetto di immunità diplomatica in capo ai due indagati; d) l'impossibilità di ricondurre la vicenda alla giurisdizione della nave di bandiera ex art. 97 della Convenzione di Montego Bay del 1982 sul diritto del mare, relativa ai soli casi di incidenti occorsi a bordo, in acque internazionali o, come nel

²⁸ Cassazione, Sez. 3, 17.3.1997 n. 1011.

²⁹ V. Cassazione, S.U., 6 giugno 1974 n.1653.

³⁰ V. Cassazione, S.U., 14.7.1960 n.1919.

³¹ V. artt. 29 e 31 della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche.

³² V. artt. 41 e 44 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari.

³³ V. *The 2nd Preliminary Report of the Special Rapporteur on Immunities of State Officials from Foreign Jurisdiction*, 29 May 2008, U.N., Doc. A/CN.4/631, 51 s.

³⁴ Cassazione, Sez. 1, 28.6.1985 n. 1981, in base a tali considerazioni, ha peraltro ritenuto che i contatti avuti dai capi dell'O.L.P. con le più alte autorità italiane siano privi di conseguenze giuridiche essendo relative ad attività di natura prettamente politica.

caso, all'interno della zona economica esclusiva³⁵. Per l'India, dunque, si trattava di un atto extra-funzionale, compiuto non già da due militari in servizio su una nave militare, bensì da personale che svolgeva un servizio di natura privata, di scorta ad una nave commerciale, agli ordini di un armatore (che peraltro non reclamava una diversa natura delle attività svolte a bordo della propria nave).

La posizione italiana si è incentrata, invece, sulla giurisdizione di bandiera della nave, per come prevista dalla Convenzione di Montego Bay. L'immunità funzionale dei due sottufficiali - in quanto militari imbarcati sulla nave per dare attuazione alle azioni di contrasto alla pirateria, eseguite in esecuzione della legge n. 130/2011 adottata dal Parlamento italiano in conformità alle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite - doveva ritenersi, dunque, mera conseguenza del legittimo e doveroso esercizio di funzioni sovrane, demandate loro dallo Stato di appartenenza.

Come è noto, la tesi sostenuta dall'Italia ha trovato (solo parziale e tardivo) riconoscimento. Per ciò che qui rileva, va invece ricordato che il Tribunale permanente arbitrale dell'Aja³⁶, escludendo la legittimità del richiamo all'art. 97 della Convenzione del mare invocato dall'Italia, ha ritenuto di doversi rifare all'art. 2 del Trattato (che richiama "*i diritti ed i doveri degli stati*"). Nel merito, è stata pertanto riconosciuta l'immunità funzionale dei due marines italiani sul presupposto dell'esistenza di un principio generale di diritto internazionale consuetudinario che attribuisce l'immunità funzionale ai militari stranieri impiegati in operazioni armate sul territorio di altro Stato, quantomeno nei casi in cui - pur in difetto di specifici SOFA - le attività militari del personale straniero vengono svolte nel sostanziale consenso dello Stato di transito, che nella fattispecie era ben consapevole della presenza di equipaggi militari armati stranieri, in servizio antipirateria all'interno della zona di sfruttamento esclusivo attigua al suo mare territoriale.

Ai fini della nostra indagine, deve comunque ricordarsi che ai militari di qualsiasi grado appartenenti alle forze armate di altro Paese spetta la qualità di organo e ciò in quanto non risultano casi in cui sia stata negata l'immunità funzionale ad un militare straniero escludendo che l'appartenente alla forza armata di uno Stato estero rivestisse la veste formale di organo³⁷.

Per evitare le frequenti incertezze interpretative che si registrano negli episodi che vedono protagonisti militari stranieri, tuttavia, gli Stati sono soliti concordare ed individuare con precisione coloro che ne beneficiano, nonché le caratteristiche e la concreta estensione dell'immunità funzionale dei militari componenti dei contingenti impiegati all'estero.

A tal fine, è ormai prassi concludere accordi preventivi con lo Stato sul cui territorio gli organi dell'altro Stato svolgono le proprie funzioni. Tali accordi prendono il nome di SOFA (*Status of Forces Agreement*) e vengono stipulati prima dell'arrivo sul territorio estero dei contingenti stranieri, tanto quando essi partecipino a missioni di *peace-keeping*, *peace-enduring* o *peace-forcing*, quanto nei casi in cui si tratti di vere e proprie operazioni militari armate.

L'esercizio incondizionato del mandato, anche politico o diplomatico, all'interno del territorio straniero nel quale l'organo statale viene a trovarsi o è accreditato³⁸, è assicurato comprendendo nell'immunità a) l'inviolabilità personale e domiciliare (che sottrae il titolare a qualsiasi misura di polizia e che vietano l'ingresso all'interno di sedi ufficiali, ambasciate ed abitazioni private, se non

³⁵ V. R. BARBERINI, *Marò: il capitolo conclusivo sul caso della Enrica Lexie*, in *Questione Giustizia*, vol. 9, 2020.

³⁶ Con decisione del 2 luglio 2020, il Tribunale permanente di arbitrato dell'Aja, nel caso Italia/India (case PCA n. 2015-28), in relazione al merito della controversia tra le parti, ha statuito che l'India non ha agito in violazione degli articoli 87, paragrafo 1, lettera a) e non ha violato l'articolo 92, paragrafo 1 e l'articolo 100 della Convenzione in quanto l'articolo 97, paragrafi 1 e 3 della Convenzione è applicabile nel caso di specie ma che i due marines hanno diritto all'immunità in relazione agli atti che hanno commesso durante l'incidente del 15 febbraio 2012, sicché l'India è esclusa dall'esercitare la propria giurisdizione su di loro.

³⁷ Con riguardo ai militari delle Forze armate presenti in territorio straniero, v. J. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 7^a ed., Oxford, 2008.

³⁸ Cassazione, Sez. 5, 19.3.2002 n. 16659 ha precisato che in tema di esenzione dalla giurisdizione penale di agente diplomatico, poiché quest'ultima qualità si acquista, ai sensi della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche, soltanto con la notificazione dello Stato accreditante allo Stato accreditato, l'immunità non spetta all'agente consolare del quale il Paese di origine si sia limitato a dichiarare, in note verbali dirette al Ministero degli Affari Esteri, la qualità di agente diplomatico, senza avere mai provveduto alla relativa notificazione formale.

specificatamente sollecitato dal titolare dell'immunità o dallo Stato al quale questi appartiene)³⁹; b) l'immunità dalla giurisdizione penale e civile (che sottrae il titolare da processi penali e civili intentati nei suoi confronti, ad eccezione dalle azioni reali, possessorie, successorie e dalle domande riconvenzionali)⁴⁰; c) l'immunità fiscale (che sottrae il titolare dal pagamento delle imposte dirette e, limitatamente a taluni casi e beni personali, anche di quelle indirette).

Altro problema è poi quello di individuare il momento in cui l'esistenza dell'immunità impone l'obbligo di astenersi dal proseguire attività finalizzate all'accertamento di fatti penalmente rilevanti, in sede processuale o pre-processuale.

Non si tratta di aspetto di poco conto se si considera che rinunciare all'esercizio dell'azione penale (intesa in senso lato), nel nostro come in altri ordinamenti, vuol dire non ottemperare ad un obbligo primario del pubblico ministero (che, nella nostra Costituzione, è stabilito dall'art. 112). Se, infatti, è ben noto che l'obbligo costituzionale di esercitare l'azione penale deve ritenersi ottemperato quando il pubblico ministero iscrive il procedimento per poi sottoporlo all'esame del giudice, è evidente che l'avvenuto riscontro dell'esistenza di una immunità in capo all'indagato, da un lato non preclude l'iscrizione del fascicolo a nome di quest'ultimo, in qualità di soggetto astrattamente responsabile del reato (e che il procedimento debba proseguire regolarmente nei confronti di eventuali co-indagati), dall'altro che non è certamente necessario giungere fino al dibattimento per poter/dover dichiarare il difetto assoluto di giurisdizione.

4. Le immunità di diritto interno e le situazioni giuridiche ad esse in parte accumulabili

Differenti sono *ratio* e natura delle immunità di diritto interno.

Esse assumono una funzione fondamentale per il funzionamento e per la tenuta della struttura stessa dello Stato sovrano, tant'è che gli ordinamenti nazionali dei singoli Stati attribuiscono queste forme di immunità direttamente in costituzione o, quantomeno, in norme di pari rango.

In una prospettiva più impersonale e diffusa, le immunità di diritto interno sono funzionali a garantire il corretto sviluppo dei rapporti tra poteri interni allo Stato, ad assicurare le prerogative delle istituzioni e a tutelare l'esercizio delle differenti funzioni statali da parte dei singoli organi che personalmente le svolgono.

La nostra Costituzione contempla specifiche immunità, poste a salvaguardia dell'ordinamento repubblicano e delle istituzioni democratiche, attribuite agli organi che ne sono al vertice o che, nel loro agire, rappresentano l'intera Comunità nazionale.

Per ciò che concerne l'ordinamento italiano, dunque, vengono in considerazione le immunità previste dalla nostra Carta costituzionale e che, potremmo dire, costituiscono istituti di garanzia propri "della" Costituzione.

Si tratta delle immunità riservate al Presidente della Repubblica ex art. 90 Cost., di quelle contemplate in favore dei membri del Parlamento dall'art. 68 Cost., di quelle riconosciute al Presidente del Consiglio dei ministri e ai singoli ministri dall'art. 96 Cost., nonché di quelle, minori, spettanti ai consiglieri regionali ex art. 122, comma 4, Cost.

³⁹ Cassazione, Sez. 3, 18.6.2014 n. 37736 ha chiarito che le garanzie di inviolabilità della corrispondenza diplomatica di cui all'art. 27 della legge n. 804 del 1967 che ha ratificato la Convenzione di Vienna del 18 aprile 1961, sono applicabili alla "valigia diplomatica", che non può essere aperta o trattenuta solo nel caso in cui i colli che comprendono la spedizione contengono esclusivamente "documenti diplomatici ed oggetti destinati ad un uso ufficiale", con la conseguenza che anche soltanto una commistione degli oggetti attinenti alla missione diplomatica con beni di altro tipo e funzioni rende inapplicabili le suddette garanzie di immunità.

⁴⁰ Cassazione, Sez. 5, 35633 del 25 giugno 2010 ha chiarito che integra il delitto di sequestro di persona, punibile secondo la legge italiana, la condotta di cittadini turchi di nazionalità curda che - superando con violenza gli agenti della questura - penetrino all'interno del Consolato Generale della Grecia, rinchiudendo il Console nel suo Ufficio, al fine di fargli spedire un fax al Primo Ministro della Repubblica Ellenica, in quanto la legge penale da osservare nei locali, ancorché inviolabili, di un consolato estero in Italia è, anche a seguito della Convenzione di Vienna, quella che si applica in qualsiasi parte del territorio italiano, qualunque siano le norme dello Stato ospitato e indipendentemente dall'immunità riconosciuta agli addetti ed all'inviolabilità dei locali strettamente riservati all'esercizio delle funzioni diplomatiche.

Quanto alle immunità attribuite da leggi di rango costituzionale diverse dalla Costituzione, può ad esempio citarsi l'art. 3, comma 2, della legge n. 1 del 1948, in base al quale «finché durano in carica, i giudici della Corte costituzionale godono della immunità accordata nel secondo comma dell'art. 68 della Costituzione ai membri delle due Camere. L'autorizzazione ivi prevista è data dalla Corte costituzionale».

Sebbene le immunità siano strumenti di garanzia intrinsecamente connessi all'esercizio delle funzioni istituzionali rispettivamente svolte dai titolari e siano essenzialmente rivolte a tutelarne il libero esercizio, esse coprono i beneficiari anche in relazione agli atti "extra-funzionali" da loro stessi posti in essere, nel senso che l'immunità è assicurata anche se manca un collegamento, diretto o indiretto, con la funzione svolta.

Emblematico è il caso dell'inviolabilità parlamentare prevista dal secondo e terzo comma dell'art. 68, Cost., riconosciuta in modo assoluto, qualunque sia l'esigenza che richiederebbe di fare accesso al domicilio o a luoghi protetti, opponibile finanche quando ciò si traduce in immotivato privilegio di persone conviventi o dell'accertamento di fatti totalmente avulsi dall'esercizio della funzione parlamentare).

Nondimeno, nel nostro ordinamento occorre fare riferimento anche alle immunità che sono riconosciute "nella" Costituzione, vale a dire a quelle che si sviluppano a margine delle prime (ad esempio, l'autonomia regolamentare, riconosciuta alle Camere dall'art. 64 Cost.).

Tra queste forme di immunità, che hanno natura prettamente processuale, va peraltro ricordata l'autodichia, forma di giurisdizione domestica riconosciuta alle Camere (ex art. 12, comma 1, Reg. Senato della Repubblica; art. 12, comma 3, Reg. Camera dei deputati), alla Corte costituzionale (art. 14, l. 87/1953) ed alla Presidenza della Repubblica (DPR numeri 81 e 89 del 1996 e numero 34 del 2008). Non godono di tale prerogativa il Governo, la Corte dei conti ed il Consiglio superiore della magistratura.

La Corte costituzionale, con la decisione n. 148 del 1983, relativa all'insindacabilità delle opinioni espresse dai membri del CSM ex art. 5 della legge n. 1 del 1981, ha sottolineato la differenza che sussiste tra immunità vere e proprie, che costituiscono deroghe espresse all'obbligatorietà dell'azione penale e che trovano fondamento nel dettato della Costituzione e forme ben diverse, fonti gradate di privilegi. Queste ultime, pur necessitando di un fondamento costituzionale, non necessariamente vengono contemplate in esplicite disposizioni e, in concreto, per le funzioni svolte, sono accumulabili alle cause di non punibilità.

Simili per certi aspetti alle immunità processuali sono, altresì, le prerogative di giurisdizione che, lungi dal sottrarre al giudizio penale coloro che ne beneficiano, attribuiscono ai titolari il diritto di essere giudicati da un giudice speciale.

Il caso più evidente è il privilegio di giurisdizione che spetta al Presidente della Repubblica.

Come è noto, a sensi dell'art. 90 Cost., il Capo dello Stato non è esente da responsabilità penale relativamente a fatti riconducibili ai reati di alto tradimento e di attentato alla Costituzione commessi nell'esercizio delle funzioni. In relazione a tali fattispecie, il Presidente della Repubblica deve essere giudicato, non già dai giudici ordinari, bensì dalla Corte costituzionale (la cui composizione, in tali casi integrata ai sensi dell'art. 135, ultimo comma, Cost., contempla cinque giudici di nomina presidenziale).

Privilegi di giurisdizione, di consistenza oggettivamente minore, spettano anche al Presidente del Consiglio dei ministri e ai singoli ministri, i quali - pur non godendo di alcuna immunità funzionale per i fatti-reato commessi nell'esercizio delle rispettive funzioni - profittano dell'aggiunta di una preventiva fase di verifica, in sede parlamentare, dell'esistenza ovvero della mancanza dei presupposti per procedere oltre nell'azione penale. Se il Parlamento ritiene trattarsi di fatti commessi «per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico», ai sensi dell'art. 9 della legge costituzionale n. 1 del 1989), può dirsi che un giudice "interno", negando l'autorizzazione a procedere, riconosce il privilegio processuale di precludere la giurisdizione del giudice del terzo su fatti ritenuti penalmente rilevanti.

Proseguendo in questo veloce percorso di progressivo allontanamento dal concetto di immunità in senso stretto, possono per certi aspetti essere accomunate alle prime, anche le guarentigie

e prerogative di giurisdizione attribuite a talune categorie di organi dello Stato in ragione delle specifiche funzioni da essi svolte.

Si tratta di situazioni giuridiche soggettive che differiscono di gran lunga dalle immunità processuali, non foss'altro poiché non precludono in alcun modo il normale esercizio della giurisdizione penale o l'applicazione di regole dissimili da quelle ordinarie.

In virtù della specifica natura e della rilevanza istituzionale delle funzioni esercitate, i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio che di tali posizioni soggettive fruiscono, beneficiano di disposizioni ordinamentali che derivano anch'esse, indirettamente, da principi costituzionali e che, proprio per questo motivo, possono consentire una parziale loro assimilazione alle immunità processuali previste “nella” Costituzione⁴¹.

D'altra parte, i pubblici dipendenti appartenenti alle categorie interessate può dirsi che siano titolari di una sorta di privilegio a reclamare, “a Costituzione invariata”, il loro diritto di fruire di tali posizioni soggettive.

Nel caso delle “guarentigie” riconosciute ai magistrati, ad esempio, pur non determinandosi l'insorgere in loro favore di alcuna immunità, si riscontra un sistema organico di norme, rivolte in modo esclusivo agli appartenenti alla categoria, che trova espressione in principi quali l'autonomia, l'indipendenza, l'autogoverno, l'inalienabilità e numerose altre disposizioni non comuni alle altre categorie di pubblici dipendenti, che derivano anch'esse da garanzie previste “nella” Costituzione (ad esempio, l'art. 104 Cost. per quanto attiene all'autonomia e all'indipendenza e l'art. 107 Cost. per ciò che concerne l'inalienabilità). In altri termini, le guarentigie dei magistrati, se da un lato rappresentano ineludibili garanzie per l'esercizio della funzione giudiziaria, dall'altro costituiscono una componente essenziale del generale impianto costituzionale, sicché ogni loro modifica o compromissione incrina il complessivo sistema di bilanciamento tra poteri dello Stato e produce effetti nei confronti dell'intera collettività.

Per ciò che concerne l'approfondimento dei rapporti tra la disciplina interna e quella internazionale in materia di crimini di guerra, occorre inoltre evidenziare che parzialmente assimilabili alle immunità che trovano origine “nella” Costituzione sono anche i privilegi di giurisdizione di cui sono titolari gli appartenenti alle Forze armate, posto che l'art. 103, comma 3, Cost. prevede che - pur entro limiti ben determinati - essi siano giudicati, con le normali regole processuali, non già da giudici ordinari bensì dai tribunali militari (che, come è noto, sono collegi composti con la partecipazione necessaria di altri militari).

Senza addentrarsi in questioni di diritto costituzionale o di diritto militare, deve peraltro osservarsi che, ai sensi dell'art. 103, comma 3, Cost. i tribunali militari “hanno” (e non già “possono avere”) giurisdizione e che, dunque, la Costituzione impone che tali organi esercitino realmente la giurisdizione: in tempo di pace “soltanto” per i reati militari commessi dagli appartenenti alle forze armate, in tempo di guerra (oltre che per i reati militari anche) per gli ulteriori reati individuati dalla legge.

In altri termini, può dirsi che, ai sensi dell'art. 103, comma 3, Cost., gli appartenenti alle Forze armate, in tempo di pace, godono della prerogativa di giurisdizione di dover essere giudicati dai tribunali militari (quantomeno per i reati militari che non risultino connessi a più gravi reati comuni) e che, in tempo di guerra, godono della prerogativa di giurisdizione di dover essere giudicati da organi della giurisdizione speciale militare, oltre che per tali reati militari, per le ulteriori ipotesi stabilite con legge ordinaria.

In virtù della prerogativa di giurisdizione sopraindicata, per certi aspetti assimilabile alle immunità processuali previste “nella” Costituzione, i militari delle nostre Forze armate accusati di aver commesso reati militari - fermi gli altri vincoli stabiliti dalla Costituzione e dalle norme processuali - hanno, dunque, nei tribunali militari il loro giudice naturale e tale pur limitata prerogativa costituisce anch'essa parte della generale struttura dell'impianto costituzionale repubblicano, con ogni relativa conseguenza sul bilanciamento dei poteri e sul dovere di conformarsi «allo spirito democratico della Repubblica», di cui all'art. 52 Cost.

⁴¹ Cfr. G. F. CIAURRO, *Prerogative costituzionali*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1986, 3 s.

Allontanandoci ancor più dall'istituto giuridico delle immunità (e, tuttavia, continuando a rivolgere l'attenzione verso gli effetti processuali che si producono), occorre da ultimo far menzione di talune situazioni giuridiche, che pure vengono ricordate a margine delle discussioni relative alle immunità in ragione delle conseguenze preclusive alla verifica processuale della responsabilità penale che anch'esse determinano.

Il riferimento concerne istituti, elementi e meccanismi giuridici che, in ordinamenti come quello italiano, impediscono, o comunque fanno venir meno, la procedibilità dell'azione penale e/o l'affermazione della responsabilità degli autori dei delitti.

A tali figure giuridiche - che mantengono inalterata la propria efficacia, restando insensibili ai "divieti di depenalizzazione", anche in caso di commissione di crimini internazionali ⁴²- vengono ricondotte la prescrizione e l'esimente dell'esecuzione di un ordine del superiore.

È facile, tuttavia, obiettare che la distanza che intercorre tra queste situazioni giuridiche e le immunità è veramente considerevole.

A ben vedere, si tratta di situazioni che attengono a problematiche di natura sostanziale e che, per produrre effetti in sede processuale, non basta che siano opposte o eccepite, dovendo essere concretamente verificate e, dunque, per verificare l'esistenza della citata scriminante o l'intervenuta prescrizione del reato, occorre pur sempre aprire il procedimento penale, accertare il contenuto tassativo e le caratteristiche concrete dell'ordine e riscontrare i comportamenti mantenuti dal superiore e dall'inferiore in grado. Solo dopo aver compiuto tali accertamenti, sarà possibile addivenire alla corretta qualificazione giuridica dei fatti ed alla loro sussunzione entro una determinata fattispecie incriminatrice e, quindi, pervenire alle conseguenti decisioni.

Deve escludersi, dunque, che tali ultime situazioni giuridiche siano realmente accumulabili, anche limitatamente agli effetti processuali, alle immunità di diritto interno.

5. Le immunità per crimini internazionali nella giurisdizione della Corte penale internazionale

L'esclusione di qualsiasi forma di immunità per i vertici degli Stati che commettano, o concorrano a commettere, crimini internazionali ha rappresentato un punto di svolta nel diritto penale internazionale, principio che, peraltro, non certo risale all'istituzione della Corte penale internazionale.

In realtà, il superamento della regola di diritto consuetudinario che preclude in modo assoluto, senza deroga alcuna, la responsabilità personale dei vertici istituzionali degli Stati responsabili di *core crimes*, ha rappresentato il presupposto stesso della nascita della giustizia penale internazionale⁴³ e, a ben vedere, risale all'istituzione dei tribunali di Norimberga⁴⁴ e di Tokio⁴⁵, incaricati di processare i crimini commessi dalle alte gerarchie militari e civili della Germania nazista e del Giappone suo alleato⁴⁶ e, quindi, alla fine della Seconda Guerra Mondiale.

Ben più recente è, poi, la trasformazione degli organi deputati a sanzionare questo genere di violazioni da tribunali dei vincitori, costituiti *ex post* per giudicare i vinti, ad organi precostituiti, funzionalmente preposti a punire qualsiasi responsabile di nefandezze così gravi da non rendersi meritevole di alcuna immunità.

⁴² L'espressione è utilizzata da S. MANACORDA, *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internalizzazione del diritto*, in *Rivista italiana di Diritto processuale penale*, 2012, 1344 s.

⁴³ Così, L. MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 96 s.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 7 dello Statuto del Tribunale di Norimberga: «The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment».

⁴⁵ Sul punto, v. F. DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, 573 s; B. BONAFÈ, *Imputazione all'individuo di crimini internazionali e immunità dell'organo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, 394 s.

⁴⁶ Sul principio tradizionale dell'irresponsabilità degli agenti dello Stato e il più recente principio della responsabilità penale per i crimini più gravi, v. B. BONAFÈ, *Imputazione all'individuo di crimini internazionali e immunità dell'organo*, cit., 394 ss.

La negazione di qualsiasi forma di immunità personale o funzionale costituisce, invero, la regola di base che consente al meccanismo punitivo internazionale di svolgere la sua funzione.

Il principio dell'irrelevanza delle immunità - affermato espressamente dall'art. 7 co. 2 dello Statuto istitutivo del Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia e dall'art. 6 co. 2 dello Statuto istitutivo del Tribunale penale internazionale per il Ruanda⁴⁷ - è poi divenuto uno dei pilastri su cui è stata costruita la Corte penale internazionale.

Quanto alle immunità, l'art. 27, comma 2, dello Statuto di Roma prevede, infatti, che: «Le immunità o le norme procedurali speciali collegate alla posizione ufficiale di una persona, sia in base al diritto nazionale che in base a quello internazionale, non impediscono alla Corte di esercitare la propria giurisdizione su tale persona».

Ai sensi dell'art. 27 dello Statuto, nessun ostacolo all'esercizio della giurisdizione della Corte penale internazionale può, dunque, derivare da immunità di qualsiasi natura e da qualsiasi fonte essa derivino.

È noto, peraltro, che la Corte penale internazionale, oltre al rifiuto delle immunità, si fonda su un ulteriore pilastro, altrettanto fondamentale: la natura "complementare" della sua giurisdizione.

L'art. 17 dello Statuto prevede, infatti, la priorità delle giurisdizioni nazionali e subordina la procedibilità del giudizio in sede internazionale al ricorrere di ben individuati presupposti che, come è noto, sono situazioni di inerzia, di impossibilità o di incapacità di procedere da parte degli organi giudiziari nazionali.

La giurisdizione della Corte diviene pertanto effettiva solo se e quando lo Stato territorialmente competente in via ordinaria risulti non avere la volontà, la possibilità o la capacità di investigare e di processare i responsabili delle condotte criminosi previste dallo Statuto.

In ciò è evidente la differenza rispetto agli Statuti istitutivi dei Tribunali penali per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda che, al contrario, prevedevano la *primacy* della giurisdizione internazionale rispetto a quella delle autorità giudiziarie di tali Stati⁴⁸.

In altri termini, in materia di crimini internazionali, se da un lato lo Statuto di Roma ha istituito la giurisdizione internazionale, dall'altro, attraverso il principio di complementarità, ha inteso ribadire il dovere di ogni singolo Stato di svolgere le necessarie indagini, di portare a compimento i successivi processi e di adeguatamente sanzionare i colpevoli, innanzitutto, attraverso le proprie autorità giudiziarie ed in base alle proprie leggi.

Al contempo, nessuna norma dello Statuto di Roma impone agli Stati che aderiscono al Trattato di eliminare dai rispettivi ordinamenti le immunità, sia interne, che internazionali, dagli stessi riconosciute⁴⁹.

Neanche implicitamente, infatti, può ritenersi che l'entrata in vigore del Trattato di Roma o il successivo adeguamento del 2012 abbiano comportato l'espunzione, dal nostro ordinamento giuridico, della perdurante ed immutata valenza delle immunità di diritto interno o di diritto internazionale innanzi alle giurisdizioni penali nazionali.

⁴⁷ La disciplina delle immunità nelle giurisdizioni dei tribunali penali internazionali istituiti *ad hoc* cfr. P. DE SENA, *Immunità di organi costituzionali e crimini internazionali individuali in diritto internazionale*, in *Comunicazioni e studi*, 2007, XXIII, 269 s.

⁴⁸ cfr. A. CASSESE, *Lineamenti di diritto penale internazionale*, II, *Diritto processuale*, 2005, 35 s.

⁴⁹ Tale conclusione è sostenuta, in particolare, da P. GAETA, *L'incidenza dello Statuto*, cit., 598: «Per effetto dell'art. 27 co. 1, e dell'operare del meccanismo della complementarità, gli Stati parte saranno indotti, ma non obbligati, ad emanare la normativa interna necessaria a rimuovere le immunità spettanti ai soggetti preposti all'adempimento di specifiche funzioni pubbliche. (...) È opportuno ribadire che la modifica in tal senso della normativa nazionale in materia di immunità di diritto interno non costituisce oggetto di uno specifico obbligo giuridico derivante dallo Statuto o dal diritto internazionale generale. Tuttavia, non v'è chi non veda che, apportando al proprio ordinamento giuridico siffatta modifica, gli Stati parte agirebbero in conformità allo spirito dello Statuto, che insiste sul dovere primario delle giurisdizioni nazionali di attuare la repressione dei crimini internazionali».

Si orientano, invece, nel senso del valore precettivo e cogente dell'art. 27, comma 1, dello Statuto: A. CASSESE, *Lineamenti di diritto penale internazionale*, cit., 95 ss.; W. A. SCHABAS, *Article 27 – Irrelevance of official capacity*, in *The international criminal court: a commentary on the Rome Statute*, 2010, 446 ss.; O. TRIFFTERER, *Article 27*, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Heidelberg, 1999, 507 ss.

Occorre piuttosto segnalare che l'adesione al Trattato, a parziale compensazione del principio di complementarità della giurisdizione internazionale, ha introdotto negli ordinamenti nazionali meri obblighi di cooperazione con la Corte.

Nell'ambito della Parte IX dello Statuto di Roma dedicata, appunto, alla cooperazione ed assistenza giudiziaria internazionale con la Corte penale internazionale, occorre considerare, in particolare, l'art. 88, gli artt. da 89 a 92 sull'esecuzione di misure limitative della libertà di persone destinatarie di provvedimenti emessi dalla Corte e, per ciò che concerne le immunità, l'art. 98.

Ciò a cui gli stati sono chiamati ad ottemperare è, infatti, il mero disposto dell'art. 88 dello Statuto relativo al generale obbligo di cooperazione, in base al quale: «Secondo le disposizioni del presente Statuto gli Stati parte cooperano pienamente con la Corte nelle indagini e nei procedimenti giudiziari che la stessa conduce in relazione a reati di sua competenza⁵⁰».

In Italia, ad esempio, la legge n. 237 del 20 dicembre 2012 di adeguamento allo Statuto dell'ordinamento italiano, ha onerato la giurisdizione ordinaria e quella militare, per quanto di rispettiva competenza/giurisdizione, a dare tempestivo seguito alle richieste di notifica di provvedimenti emessi dalla Corte nei confronti di soggetti indagati per crimini di guerra che siano presenti sul nostro territorio. Facendo riferimento a circoscritti margini di tempo e di presenza sul territorio nazionale, può quindi dirsi che solo in questi termini l'immunità può temporaneamente e parzialmente essere limitata⁵¹.

In riferimento alla materia delle immunità, particolarmente significativo è il disposto dell'art. 97 e, segnatamente, del comma 1, che limita i poteri della Corte affermando che: «La Corte non può formulare una richiesta di consegna che implichi per lo Stato richiesto di agire in modo contrario ai suoi obblighi secondo il diritto internazionale in riferimento all'immunità di uno Stato o diplomatica di una persona o di un bene di uno Stato terzo, a meno che la Corte non ottenga prima la cooperazione dello Stato terzo che rinunci all'immunità di cui gode».

Lo scopo della disposizione è quello di evitare che siano oggetto di cooperazione e di estradizione persone che godono di immunità personali, qualora esse appartengono a Stati terzi non aderenti allo Statuto della Corte.

In quest'ultimo caso, si discute se il limite alla cooperazione a fini estradizionali includa anche i soggetti titolari di immunità personali accusati di crimini internazionali, come sostiene la Corte, fermo restando che gli Stati Parte non possono rifiutare unilateralmente una richiesta della Corte di arresto e consegna considerandola in conflitto con gli obblighi internazionali in materia di immunità da essi assunti. Ai sensi dell'art. 97, lett. c), spetta alla Corte risolvere eventuali problemi interpretativi o contrasti tra Stati sull'esistenza o meno del dovere di adempiere a richieste di cooperazione aventi tali contenuti.

Il caso emblematico è stato quello relativo al mandato di arresto emesso nei confronti di Al-Bashir, ex Presidente del Sudan, per responsabilità nella commissione di crimini contro l'umanità, crimini di guerra e genocidio in Darfur dal 2003 al 2008.

⁵⁰ Per un commento a tale disposizione, cfr. W. A. SCHABAS, *Article 88 – Availability of procedures under national law*, in *The international criminal court*, cit., 986 ss., e K. PROST, *Article 88, in Commentary on the Rome Statute*, cit., 1069 ss.

⁵¹ Art. 6 Immunità temporanea nel territorio dello Stato 1. Nel caso in cui, in esecuzione della richiesta di cooperazione della Corte penale internazionale, sia prevista per il compimento di un atto la citazione di un imputato o di altra delle persone indicate nell'articolo 133 del codice di procedura penale, che si trovino all'estero, gli stessi, una volta presenti nel territorio dello Stato, non possono essere sottoposti a restrizione della libertà personale in esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, né assoggettati ad altre misure restrittive della libertà personale, per fatti anteriori alla notifica della citazione. 2. L'immunità prevista dal comma 1 cessa qualora la persona in questione, avendone avuto la possibilità, non abbia lasciato il territorio dello Stato decorsi cinque giorni dal momento in cui la sua presenza non è più richiesta dall'autorità giudiziaria italiana ovvero, avendolo lasciato, vi abbia fatto volontariamente ritorno.

6. Le immunità per crimini internazionali e l'adeguamento delle legislazioni nazionali

Facendo seguito a quanto sopra, occorre segnalare che l'adeguamento delle legislazioni nazionali alla disciplina internazionale diventa una questione delicata quando - come avviene con le immunità nell'ordinamento giuridico italiano, che contempla immunità previste “dalla” Costituzione, oltre che prerogative indirettamente previste “nella” Costituzione ed altre situazioni parzialmente assimilabili a queste ultime - si involgono norme e principi costituzionali.

In generale, per procedere all'adeguamento del diritto interno, ai legislatori nazionali si pongono due alternative: o percorrere la via maestra, vale a dire procedere a formali interventi di modifica della Carta costituzionale (e, dunque, previo conseguimento delle maggioranze qualificate e delle procedure aggravate stabilite per tutte le leggi costituzionali), ovvero cercando di raggiungere lo stesso risultato facendo ricorso a strumenti di adattamento automatico, qualora previsti.

In materia di immunità, va inoltre rilevato che, mentre l'adeguamento ai principi internazionali di origine consuetudinaria è di fatto rimesso alla giurisprudenza - e, dunque, avviene per via interpretativa, sfruttando ed estendendo i meccanismi di adeguamento automatico previsti dalle legislazioni nazionali - il ricorso allo strumento legislativo deve rispettare, oltre ai vincoli di diritto interno sopra ricordati, la totalità degli ulteriori vincoli di origine internazionale, dovendo necessariamente conformarsi alle disposizioni già recepite, non potendo certamente ignorarle, discostarsene o creare palesi situazioni di insanabile contrasto.

La problematica diviene ancor più sensibile nell'ipotesi in cui il legislatore ordinario, oltre a non intervenire con modifiche della costituzionale, intenda procedere all'adeguamento dell'ordinamento interno senza preventivamente o contestualmente modificare norme e principi generali. In altri termini, l'adeguamento per via legislativa (ordinaria) deve pur sempre rispettare criteri di conseguenzialità logica e giuridica, tenendo conto della totalità delle norme vigenti che disciplinano i medesimi aspetti.

L'eliminazione o l'adeguamento della legislazione interna non può essere rimessa ad interventi futuri, da compiere “in data da destinarsi”, non foss'altro per i conflitti normativi e la conseguente paralisi del sistema che altrimenti rischierebbe di determinarsi.

Ciò posto, va rilevato che alcuni ordinamenti europei, per adeguarsi allo Statuto di Roma, hanno risolto la problematica dei contrasti con le norme primarie e super-primarie interne nel modo più lineare, certo e chiaro, procedendo alla revisione formale delle rispettive costituzioni, di fatto, mediante inserimento di una clausola generale di riserva di giurisdizione in favore della Corte penale internazionale. Così, ad esempio, è avvenuto in Francia, Lussemburgo, Irlanda, Portogallo e, limitatamente all'extradizione e consegna alla Corte dei propri cittadini, la Germania.

La grande maggioranza dei Paesi firmatari, al contrario, ha ratificato le norme istitutive della giurisdizione della Corte facendo ricorso a disposizioni costituzionali interne, che consentono il generale adeguamento automatico ai principi di diritto internazionale consuetudinario⁵².

Anche il nostro Parlamento, in occasione della ratifica del Trattato di Roma, avvenuta con la legge n. 232 del 1999, ha seguito questa seconda strada, preferendo ricorrere ad una interpretazione estensiva degli articoli 10 e 11 della Costituzione (le c.d. “finestre sul mondo” aperte dalla nostra Carta costituzionale), piuttosto che procedendo a formale revisione costituzionale. Non si è seguita, quindi, la “strada maestra”, tracciata invece dalla legge costituzionale n. 1/1967, allorché si è trattato di eliminare ogni potenziale incompatibilità tra il divieto di estradizione per reati politici di cui agli artt. 10 e 26 Cost. e la Convenzione sul genocidio del 1948 e si è espressamente prevista la possibilità di dar corso all'extradizione in tutti i casi di genocidio.

In realtà, già in occasione della ratifica dello Statuto furono posti seri dubbi circa la correttezza formale del percorso “indiretto” seguito dal legislatore (ordinario)⁵³.

⁵² Per l'interessante esperienza svizzera, v. F. ZORZI GIUSTINIANI, *Giurisdizione penale universale e immunità organi statali: la decisione del Tribunale Federale svizzero nel caso Nezzar*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 159 s.

⁵³ M. PISANI, *Repressione dei crimini internazionali di individui e Costituzione italiana*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1999, 676.

Quanto avvenuto con la ratifica dello Statuto della Corte penale internazionale, entrato in vigore senza essere accompagnato da leggi costituzionali che modificassero la disciplina (quantomeno) costituzionale delle immunità di diritto interno, rappresenta un chiaro esempio di contemporanea vigenza di disposizioni difficilmente conciliabili tra loro, tenuto conto che la fonte internazionale pattizia esclude la rilevanza delle immunità (sia personali, che funzionali) senza risolvere i dubbi circa la perdurante vigenza delle immunità di diritto interno e l'effettiva compatibilità tra le due normative⁵⁴.

In materia di confronto tra norme interne e norme internazionali, la nostra Costituzione contempla specifiche disposizioni.

In base all'art. 10, co. 1, Cost. «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», mentre l'art. 11 Cost. stabilisce che «l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».

L'art. 10 Cost. si riferisce, dunque, all'adeguamento del nostro ordinamento giuridico non già alle norme pattizie, bensì alle norme diritto internazionale consuetudinario e, per di più, richiede che queste siano «generalmente riconosciute».

Deve così rilevarsi che è tutt'altro che pacifico che, in caso di commissione di crimini internazionali, si sia realmente formato un principio generale consuetudinario che escluda il valore e l'efficacia delle immunità funzionali e, soprattutto, di quelle personali.

Che poi, addirittura, un tale principio sia stato riconosciuto dalla generalità degli Stati (in particolare nel requisito della *opinio iuris seu necessitatis*, richiesto per il compiuto consolidarsi della consuetudine) e per tutte le differenti forme di crimini contro l'umanità, comprese le condotte sussumibili come crimini di guerra, è valutazione non certo unanimemente condivisa.

Tranciante è, inoltre, rilevare che il comma 1 dell'art. 10 della Costituzione fa rinvio alle norme prodotte da fonte consuetudinaria, mentre l'adesione alle disposizioni sulla Corte penale internazionale attiene ad fonte internazionale di natura pattizia, recepita con legge di ratifica del Trattato.

Va, peraltro, evidenziato che la Corte costituzionale, dapprima con la nota sentenza n. 48 del 1979 relativa alla compatibilità costituzionale della norma internazionale consuetudinaria sull'immunità diplomatica e poi con la sentenza n. 238 del 2014, ha affermato chiaramente che la consuetudine di diritto internazionale che può aver ingresso nell'ordinamento interno, attraverso l'art. 10 Cost., è solo quella che non è in conflitto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, tra i quali meritano di essere menzionati il diritto al giudice (art. 24 Cost.), la garanzia del rispetto dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.) e, non da ultimo, le sopracitate prerogative di giurisdizione.

Altrettanto incongruo pare essere il riferimento all'art. 11 Cost., tenuto conto della nuova formulazione dell'art. 117, co.1, Cost. (e dell'art. 288 TFUE), che afferma la sostanziale supremazia del (solo) diritto comunitario, peraltro temperato attraverso i c.d. «controlimiti» e che, pertanto, non vale a conferire analoga supremazia alle regole del Trattato di Roma e alla giurisdizione della Corte penale internazionale, che si inseriscono in un ambito completamente diverso, governato dal principio di complementarità piuttosto che da situazioni di supremazia della fonte sovranazionale⁵⁵.

In ogni caso, va anche rilevato che l'art. 117 Cost. fa riferimento agli «obblighi» internazionali, sicché non investe l'adattamento a norme e principi che non si risolvono in

⁵⁴ Sul punto si veda M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sulla compatibilità dello Statuto della Corte penale internazionale con la Costituzione italiana*, in *Com. int.*, 2003 3 ss.; J. P. PIERINI, *All'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto della Corte penale internazionale, non più rinviabile l'appuntamento con l'attuazione legislativa*, in *Cass. pen.*, 2002, 3318 s.

⁵⁵ Sulle forme con cui procedere all'adeguamento del diritto interno a quello internazionale su questioni attinenti prerogative costituzionali si veda, in particolare, M. CARTABIA, *La ratifica del Trattato costituzionale europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 863 ss., secondo la quale si sarebbe dovuto procedere ad un recepimento del Trattato costituzionale europeo con legge costituzionale.

disposizioni precettive, limitandosi a formulare inviti volti al generico adeguamento delle normative nazionali.

D'altra parte, circa i rapporti tra un trattato internazionale (o, meglio, le norme che nell'ordinamento interno si formano con la legge di esecuzione del trattato) e la Costituzione, non vi è alcun motivo per discostarsi dai principi relativi alla gerarchia delle fonti.

Ciò vuol dire, innanzitutto, che le norme pattizie immesse nell'ordinamento interno ben possono essere sottoposte al controllo di costituzionalità ed, eventualmente, essere annullate per contrasto con la Costituzione.

Come poi ricordato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 238 del 2014, le norme internazionali pattizie introdotte con legge ordinaria sono soccombenti rispetto ai principi generali di diritto internazionale di contenuto vincolante, posto che solo questi ultimi vengono introdotti nell'ordinamento interno attraverso il meccanismo dell'art. 10 Cost., nella gerarchia delle fonti, hanno rango equivalente alle norme costituzionali. La natura sub-costituzionale dei trattati internazionali e degli obblighi internazionali assunti per via pattizia comporta, dunque, da un lato che essi devono necessariamente garantire la piena osservanza della Costituzione⁵⁶, dall'altro che - come peraltro previsto dagli articoli 31, 53 e 64 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969 - le norme pattizie devono essere interpretate alla luce di ogni altra norma di diritto internazionale applicabile tra le parti e che non possono entrare in contrasto con le norme di diritto internazionale generale, sia preesistenti, che successive.

Nondimeno, prescindendo dalla specifica situazione concernente le fonti comunitarie, in mancanza di norme che adeguino esplicitamente il diritto interno a quello internazionale, fra le possibili interpretazioni di una disposizione, è indubbio che debba adottarsi quella conforme al diritto internazionale consuetudinario solo se tale interpretazione non contrasti con i principi costituzionali.

Non meno rilevante è, altresì, tener conto degli aspetti concreti che sorgono in materia di cooperazione con la Corte circa le richieste di consegna o di assistenza che implicano, per lo Stato richiesto, di agire in modo contrario ai suoi obblighi di diritto internazionale, in riferimento all'immunità di uno Stato o all'immunità diplomatica di una persona o di un bene di uno Stato terzo.

In tali casi, è lo stesso Statuto di Roma che, all'art. 98, inibisce alla Corte di formulare le citate richieste «a meno che la Corte non ottenga prima la cooperazione di quel terzo Stato che rinunci all'immunità di cui gode o dello Stato inviante che consenta alla consegna della persona».

È evidente che l'articolo citato è stato redatto allo scopo di evitare che siano oggetto di estradizione quelle persone fisiche che si trovino in missione in stati terzi o che siano cittadini di Stati che non siano parte del Trattato⁵⁷.

In definitiva, va rimarcato che i principi internazionali di origine consuetudinaria e gli atti normativi che danno attuazione ai trattati - comprese, ovviamente, le norme pattizie che intervengono in materia di immunità - involgono un ambito che, in ordinamenti come quello italiano, è disciplinato da norme costituzionali e di pari rango e, al contempo, che le maggiori criticità sorgono proprio in rapporto ai crimini internazionali⁵⁸.

In altri termini, occorre chiedersi con quali modalità e fino a che punto, in materia di crimini internazionali, il mancato adeguamento del diritto interno alla disciplina pattizia sulle immunità può comportare deroghe alla disciplina costituzionale delle immunità e, al contempo, un intervento sostitutivo della Corte penale internazionale che, ignorando queste ultime, si sostituisca alle giurisdizioni nazionali in base al principio di complementarità⁵⁹.

Scendendo dal livello delle immunità costituzionali vere e proprie a quello ben più basso delle prerogative meramente giurisdizionali, occorre anche chiedersi se ed in quali casi è possibile che la

⁵⁶ Così B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 12 Ed., Napoli, 2021, 383 ss.

⁵⁷ Sul punto, E. CIMIOTTA, *Immunità personali dei Capi di Stato dalla giurisdizione della Corte penale internazionale e responsabilità statale per gravi illeciti internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4, 2011.

⁵⁸ P. GAETA, *L'incidenza dello Statuto di Roma sulle norme costituzionali italiane in materia di immunità*, in *Diritto pubblico europeo*, 2000, 594 s.

⁵⁹ E. LAMBERT-ABDELGAWARD, *Court penale internationale et adaptations constitutionnelles comparees*, in *Revue international de droit comparé*, 2003, 539 s.

Corte ignori le prerogative di determinati soggetti (ad esempio, degli appartenenti alle Forze armate italiane accusati di crimini di guerra), che vedono garantito a livello costituzionale il diritto di essere giudicati (quantomeno per i reati militari, quali indubbiamente sono i crimini di guerra) da tribunali militari, vale a dire da organi composti anche da un militare con funzioni di giudice?

7. L'ordinamento italiano e le immunità degli Stati per crimini internazionali

Come già detto, nell'ambito dei crimini internazionali, la responsabilità di natura civile dello Stato e la differente problematica relativa alla responsabilità di natura penale dei suoi organi, vengono ad accomunarsi per il valore che assumono, in entrambe, i principi consuetudinari e l'interpretazione che di essi ne dà la giurisprudenza.

A ben vedere, sebbene l'argomento dell'immunità degli Stati attenga al presente approfondimento solo marginalmente, esso assume rilievo a livello sistematico poiché fa emergere il concreto timore che la Corte internazionale di giustizia ribadisca il sussistere dell'immunità dalla giurisdizione italiana dello Stato tedesco, nonostante la pretesa risarcitoria consegua alla commissione di crimini internazionali e nonostante l'opposta tesi sia stata più volte ribadita dalla nostra giurisprudenza di legittimità.

A fronte della diversa natura della responsabilità e, soprattutto, della diversa natura dei soggetti ai quali essa viene ascritta, non vi è infatti dubbio che, tanto nel caso della responsabilità civile degli Stati, quanto in quello della responsabilità penale degli organi, la questione sia sempre quella relativa all'esistenza o meno di principi generali derivanti da fonte consuetudinaria che escludano il valore delle immunità di diritto internazionale in materia di commissione di *core international crimes*.

In proposito, meritano di essere ricordate le questioni concernenti il lungo contenzioso che continua a vedere contrapposte Italia e Germania in merito alla responsabilità civile dello Stato tedesco relative a pretese risarcitorie avanzate, innanzi a giudici italiani, da parenti e familiari di vittime italiane di crimini perpetrati dall'esercito tedesco alla fine della Seconda Guerra Mondiale.

Nel merito, il contrasto attiene alle opposte interpretazioni circa l'esistenza di deroghe all'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile di altri Stati che hanno dato, da un lato dalla Corte internazionale di giustizia con la nota sentenza n. 143 del 3 febbraio 2012 e, dall'altro dalla Corte costituzionale e, da ultimo, dalla Corte di cassazione.

Come da ultimo ricorda la Corte di cassazione⁶⁰, le Sezioni Unite - fin dal "caso Ferrini" - hanno riconosciuto la titolarità della giurisdizione italiana a provvedere sulle pretese risarcitorie avanzate nei confronti della Repubblica Federale di Germania da cittadini italiani, catturati e deportati dall'esercito nazista.

In relazione al predetto caso, con la sentenza n. 5044 dell'11.3.2004 le Sezioni Unite hanno affermato che: «Il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha assunto il valore di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale, riducendo la portata e l'ambito di altri principi ai quali tale ordinamento si è tradizionalmente ispirato, quale quello sulla "sovrana uguaglianza" degli Stati, cui si collega il riconoscimento della immunità statale dalla giurisdizione civile straniera. Ne consegue che la norma consuetudinaria di diritto internazionale generalmente riconosciuta, che impone agli Stati l'obbligo di astenersi dall'esercitare il potere giurisdizionale nei confronti degli Stati stranieri, non ha carattere assoluto, nel senso che essa non accorda allo Stato straniero un'immunità totale dalla giurisdizione civile dello Stato territoriale, tale immunità non potendo essere invocata in presenza di comportamenti dello Stato straniero di tale gravità da configurare, in forza di norme consuetudinarie di diritto internazionale, crimini internazionali, in quanto lesivi, appunto, di quei valori universali di rispetto della dignità umana che trascendono gli interessi delle singole comunità statali».

A seguito della decisione della Cassazione, si è quindi avuta la decisione della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012 nel caso Germania contro Italia, che ha accolto il

⁶⁰ Così, Cassazione, S. U., 28.9.2020 n. 20442.

ricorso proposto dalla Germania stabilendo che, nella fattispecie, l'Italia ha mancato di riconoscere l'immunità a legittimamente spettante allo Stato ricorrente in base al diritto internazionale. Con la menzionata sentenza, la Corte internazionale di giustizia ha pertanto escluso il sussistere della giurisdizione italiana in merito alle azioni risarcitorie conseguenti a crimini di guerra commessi *iure imperii* da militari del Terzo Reich.

Recepita ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost. la decisione, il legislatore italiano ha poi promulgato la legge n. 5/2013 che, all'art. 3, prevedeva il dovere del giudice nazionale di adeguarsi alla pronuncia della Corte e di dichiarare, in qualunque stato e grado del processo, il proprio difetto di giurisdizione.

Le Sezioni Unite hanno quindi mutato il precedente orientamento, riconoscendo l'applicabilità del principio dell'immunità.

Tuttavia, la Corte costituzionale, con sentenza n. 238 del 2014 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma in questione (nonché dell'art. 1 della legge 17 agosto 1957, n. 848, limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite), nella parte in cui prevedeva l'obbligo per il giudice italiano di adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012 e di negare la propria giurisdizione anche in riferimento ad atti di uno Stato straniero consistenti in crimini di guerra e contro l'umanità.

La giurisprudenza di legittimità successiva alla pronuncia della Consulta è così tornata a seguire l'orientamento precedente, riconoscendo la prevalenza del principio del rispetto dei diritti inviolabili a fronte di atti compiuti in violazione di norme internazionali di *ius cogens*, con conseguente limitazione del principio dell'immunità statale. Ad avviso della nostra giurisprudenza, quindi, il principio del rispetto della "sovrana uguaglianza" degli Stati resta privo di effetti nell'ipotesi di crimini contro l'umanità, cioè di delitti compiuti in violazione di norme internazionali di *ius cogens*, in quanto tali lesivi di valori universali, che trascendono gli interessi delle singole comunità statali e la cui vera sostanza consiste in un abuso della sovranità statale⁶¹.

Nell'attesa della nuova decisione che la Corte internazionale di giustizia dovrà prendere, su sollecitazione della Germania, dopo la conferma della legittimità delle sentenze dei tribunali italiani che l'hanno condannata al risarcimento dei danni, va citata l'iniziativa legislativa da ultimo percorsa dallo Stato italiano per cercare di far venir meno l'interesse dello Stato tedesco ad adire il giudice cui compete interpretare i trattati⁶². Si tratta dell'art. 43 del decreto legge n. 36 del 30 aprile 2022, che ha introdotto una nuova disciplina per il "*ristoro dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità, in danno di cittadini italiani, dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945*", imputando all'Italia il pagamento dei risarcimenti per cui è stata condannata la Germania⁶³. Sarà interessante verificare l'evoluzione della questione qualora, come è probabile, il giudice dei trattati confermi il suo precedente orientamento.

⁶¹ Così Cassazione, S.U., 28.10.2015 n. 21946; Cassazione, S.U. 29.7.2016 n. 15812; Cassazione, S.U., 13.01.2017, n. 762; v. anche Cassazione, Sez. I, 14.09.2015, n. 43696.

⁶² La questione può farsi risalire alla vicenda che ebbe inizio con l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale su Villa Vigoni, bene immobile di proprietà della Repubblica Federale di Germania, che la Corte internazionale di giustizia ha dichiarato costituire violazione dell'immunità giurisdizionale della Germania.

⁶³ L'art. 43 del D.L. n.36 del 30 aprile 2022, rubricato "*Istituzione del Fondo per il ristoro dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità per la lesione di diritti inviolabili della persona, compiuti sul territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945*", oltre ad accollare il pagamento dei risarcimenti posti a carico della Germania da parte di un Fondo istituito dall'Italia, pone il limite perentorio del 30 maggio 2022 per riassumere le cause di risarcimento danni presentate nei confronti della Germania.

i risarcimenti che era la Germania non ha intenzione di effettuare, dall'altra fa ripagare allo Stato italiano il pagamento dei danni inflitti allo Stato tedesco dalle sentenze di condanna.

8. L'ordinamento italiano e le immunità degli organi dalla responsabilità per crimini internazionali

Si è già detto che nessuna norma dello Statuto di Roma impone agli Stati di adeguare la disciplina dei propri ordinamenti alle regole relative alle immunità che sono vigenti nei procedimenti innanzi alla Corte penale internazionale, vale a dire alla sostanziale irrilevanza delle immunità, sia funzionali, che personali.

Al contempo, nonostante talune affermazioni di segno contrario formulate dalla nostra Corte di cassazione⁶⁴, è tutt'altro che pacifico che si possa ritenere affermato un principio generale di origine consuetudinaria che imponga ai giudici nazionali di non riconoscere il valore di qualsiasi forma di immunità di un organo statale accusato di aver commesso crimini internazionali.

Tali considerazioni sono, dunque, sufficienti per dubitare della solidità giuridica delle tesi di coloro che, muovendo dal mancato adeguamento della disciplina italiana alle disposizioni in materia di immunità applicabili nei giudizi innanzi alla Corte penale internazionale, ritengono indifferibile ed urgente un intervento del nostro legislatore volto a conformare la legislazione italiana alle predette regole.

In proposito, può infatti eccepirsi che il rischio di attivazione del meccanismo di complementarità della giurisdizione penale internazionale, oltre a trovare ostacoli di diritto costituzionale difficilmente superabili, risulta ancor più remoto ed ipotetico in punto di fatto, se si tiene conto dell'estensione e del complessivo regime giuridico che l'ordinamento italiano in concreto riconosce alle immunità, in particolare a quelle personali.

Le prerogative riconosciute dalla Costituzione per effetto delle mere qualità soggettive dell'organo che ne è titolare si concentrano, infatti, nell'immunità personale riservata al Capo dello Stato e, al contempo, non vi è dubbio che, qualora il Presidente della Repubblica commetta un crimine internazionale, egli potrebbe averlo realizzato solo nell'esercizio delle funzioni istituzionali (in sostanza, in qualità di capo delle Forze armate o di Presidente del Consiglio supremo di difesa).

Conseguentemente, in tal caso egli verrebbe altresì a realizzare un palese attentato alla Costituzione, sicché non potrebbe beneficiare di alcuna immunità, venendo inevitabilmente ad essere messo in stato di accusa per poi essere giudicato dalla Corte costituzionale.

In altri termini, al pari di qualsiasi altro connazionale, anche il Presidente della Repubblica non vanta immunità personali o funzionali che possano esentarlo da assumere la veste processuale di imputato di aver commesso un crimine internazionale.

Lo stesso è a dirsi nei confronti del Presidente del Consiglio e dei singoli ministri che, per i reati commessi nell'esercizio delle rispettive funzioni, ai sensi dell'art. 96 Cost., sono sottoposti a giudizio penale innanzi alla giurisdizione ordinaria.

In proposito, posto che i membri del Governo non godono di alcuna immunità personale (ad eccezione del Ministro degli esteri, che può profittare dell'immunità personale di diritto internazionale solo quando si trova all'estero), deve rilevarsi che per l'attività istituzionale svolta è anche improprio sostenere che essi possano valersi dell'immunità funzionale. Per quanto attiene alla sottoposizione a giudizio innanzi al giudice penale, infatti, il loro trattamento processuale non è diverso da quello che spetta alla generalità dei cittadini, tranne che per la competenza del Parlamento a preliminarmente valutare se concedere o meno l'autorizzazione a procedere (nel caso in cui il reato ministeriale sia stato commesso «per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico», ai sensi dell'art. 9 della legge costituzionale n. 1 del 1989). Peraltro, è assai poco probabile che il Parlamento neghi l'opportunità di celebrare un processo al fine di verificare, nella naturale sede del giudizio dibattimentale ed innanzi

⁶⁴ Il riferimento è al noto caso del militare americano Lozano, nella cui vicenda la sentenza della Cassazione n. 31171 del 19.6.2008, se da un lato ha escluso la giurisdizione dello Stato italiano in merito all'uccisione di un cittadino italiano da parte di personale militare degli Stati Uniti d'America nell'esercizio delle funzioni ad esso attribuite in Iraq, dall'altro ha sostenuto che tale regola non si applica qualora il fatto contestato rivesta le caratteristiche della "grave violazione" del diritto internazionale umanitario e ciò per l'esistenza, nel diritto internazionale, dell'opposto principio di origine consuetudinaria nei casi di commissione di crimini internazionali.

ad un giudice terzo, la fondatezza dell'accusa mossa ad un membro del Governo di aver commesso (presumibilmente anni prima) un crimine internazionale.

Tale affermazione trova indiretto conforto in recenti esperienze giudiziarie, certamente non relative a fatti qualificati come crimini internazionali ma, purtuttavia, inerenti condotte di violazione dei diritti umani sussunte nell'ambito di gravi fattispecie criminose, asseritamente realizzate nell'esercizio delle funzioni istituzionali, ripetutamente ed in danno di numerose persone offese. Il riferimento concerne l'autorizzazione a procedere per i reati di sequestro di persona e di rifiuto di atti di ufficio ascritti all'allora Ministro degli interni, accusato di aver commesso tali gravi reati negando lo sbarco di cittadini extracomunitari (qualificabili come naufraghi, profughi o migranti), soccorsi in acque internazionali da navi di organizzazioni non governative⁶⁵.

Al di là delle opposte decisioni di merito prese dai giudici dell'udienza preliminare investiti di analoghe richieste di rinvio a giudizio per fatti di competenza di differenti uffici giudiziari, per ciò che qui rileva, sta di fatto che, al ricorrere degli ordinari presupposti giuridici, il vigente sistema giudiziario italiano ha dimostrato di consentire, in base alla normativa vigente, la regolare celebrazione di procedimenti penali nei confronti di membri del Governo, per fatti di tale natura. Altrettanto avverrebbe, dunque, in caso di fatti qualificabili come crimini internazionali.

Ne consegue che il problema del mancato adeguamento della normativa penale italiana sulle immunità a quella vigente nei giudizi innanzi alla Corte penale internazionale non concerne le immunità di diritto interno, formalmente previste dalla Costituzione in favore delle massime istituzioni nazionali ma, al più, potrebbe ipotizzarsi nei confronti di organi di uno Stato esteri che siano presenti sul territorio italiano, siano destinatari di provvedimenti restrittivi emessi nei loro confronti per crimini internazionali (dalla Corte penale internazionale o di un altro Stato) e siano titolari di immunità funzionali o personali (di diritto internazionale).

In altri termini, si tratta di una problematica sostanzialmente relegata all'ipotesi che venga avanzata alle autorità giudiziarie italiane una richiesta di estradizione o di esecuzione di altri provvedimenti giudiziari nei confronti di un cittadino straniero accusato di aver commesso, all'estero, un crimine internazionale in danno di soggetti, beni o interessi di altri Stati. Se, invece, si trattasse di un crimine contro l'umanità, un genocidio o un crimine di guerra commesso da un cittadino italiano (in Italia o all'estero) ovvero da un cittadino straniero ma in danno di cittadini, beni o interessi italiani, il fatto-reato resterebbe soggetto alla giurisdizione italiana e, comunque, nessuna efficacia potrebbero avere eventuali sue immunità. Per quanto attiene ai crimini internazionali commessi in queste ultime ipotesi, invero, pur a fronte del difetto di norme di legge che dispongano in modo esplicito circa la sostanziale irrilevanza di qualsiasi forma di immunità, deve ricordarsi la diuturna giurisprudenza della Corte di cassazione che ha riconosciuto, tanto la titolarità della giurisdizione italiana ad affermare la responsabilità penale dei responsabili (ad esempio, quella ascritta ai militari dell'esercito nazista condannati per crimini di guerra tristemente noti) e la copiosa e ben più recente produzione giurisprudenziale di uguale significato. Tra queste ultime sentenze, merita di essere citato il noto caso del sottufficiale della Marina americana Lozano, nel quale la Cassazione ha escluso la giurisdizione penale dello Stato italiano (e quella dello Stato territoriale) proprio perché nella fattispecie non era configurabile un crimine contro l'umanità o un "crimine di guerra"⁶⁶.

Deve peraltro aggiungersi che, da ultimo, la Cassazione ha avuto modo di affermare che anche nel caso in cui il procedimento riguardi un cittadino straniero imputato di crimini contro l'umanità commessi all'estero ed in danno, non già di cittadini italiani ma di suoi connazionali, la prospettata violazione dello *ius cogens* comporta l'obbligo dello Stato italiano richiesto di dar corso

⁶⁵ Si tratta dei casi del 2019 di nave *Gregoretti* e di nave *Diciotti*, ascritti dalle procure della Repubblica di Palermo e di Catania all'allora Ministro degli interni Salvini e, più in generale, alla "politica dei porti chiusi" che puntualmente si ripropone, in varie forme, quale strumento di contrasto al continuo flusso migratorio che, dalle coste del Nord-Africa, cerca di raggiungere via mare il Sud Italia.

⁶⁶ Cassazione, Sez. 1, 19.6.2008, n. 31171.

all'estradizione senza che possano immaginarsi ragioni ostative derivanti, ad esempio, dalla prescrizione⁶⁷.

Meritano altresì di essere ricordate altre recenti decisioni del giudice di legittimità che rimarcano la piena conformità del vigente diritto interno ai principi internazionali sull'irrelevanza delle immunità. Tali decisioni confermano che, qualora siano commessi crimini ascrivibili al catalogo delle competenze della Corte penale internazionale, le immunità non valgono ad escludere né le responsabilità civili degli Stati, né tantomeno le responsabilità penali dei loro organi.

Il meccanismo giuridico su cui si fondano queste affermazioni giurisprudenziali è sempre quello del riferimento all'art. 7 n. 5 c.p.

Ad esempio, è stata riconosciuta la giurisdizione italiana per i crimini di guerra - vale a dire per comportamenti posti in essere nell'ambito di un conflitto armato che, pur risultando privi dei connotati di estensione e di sistematicità propri dei crimini contro l'umanità, si caratterizzano per la lesione dei valori universali di rispetto della dignità umana e trascendono gli interessi delle singole comunità statali impegnate nel contesto bellico - ravvisati nel plurimo omicidio, commesso da cittadini serbi, di militari italiani appartenenti ad una missione di monitoraggio in quel Paese⁶⁸.

Analogamente, ex art. 7 n. 5 c.p., nessun difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana e nessuna interpretazione estensiva dell'immunità consentono di escludere la piena legittimità della condanna inflitta a cittadini stranieri che abbiano partecipato all'esecuzione di tre volontari italiani della Croce Rossa in missione umanitaria in Bosnia-Erzegovina, catturati, depredati ed infine uccisi in un'azione di guerra da parte di militari componenti di un reparto dell'esercito bosniaco. Si tratta, invero, di una condotta caratterizzata da una così spiccata gravità che si determina una palese lesione dei diritti fondamentali della persona offesa e che, pur non ricorrendo i connotati di estensione e di sistematicità tali da farla assurgere a crimine contro l'umanità, è pertanto tutelata penalmente da norme inderogabili, sia dell'ordinamento internazionale, che di quello interno⁶⁹.

La tendenza della giurisprudenza di legittimità va, dunque, nella direzione diametralmente opposta a quella del riconoscimento di forme varie di immunità o all'interposizione di ostacoli giuridici alla piena procedibilità, innanzi al giudice italiano, di fatti delittuosi che integrino gravi violazioni dei diritti umani e dello *ius gentium*.

Recenti sentenze ne costituiscono ulteriori esempi.

Utilizzando il meccanismo giuridico dell'art. 7 n. 5 c.p. e valorizzando le convenzioni internazionali alle quali il nostro Paese aderisce, è stata riconosciuta la titolarità della giurisdizione italiana a sanzionare penalmente fatti che offendono valori fondamentali, commessi da cittadini stranieri e che - in quanto accaduti fuori dai confini nazionali, in alto mare - solo marginalmente producono un effettivo pregiudizio agli interessi italiani⁷⁰.

⁶⁷ Cassazione, Sez. 6, 30.6.2022, n. 29951 ricorda, tra l'altro, che è principio generalmente riconosciuto a livello internazionale, che i crimini che violano lo *jus cogens*, ovvero quelle norme considerate da tutti gli Stati universalmente vincolanti, si pongono al vertice dell'ordinamento internazionale, prevalendo su ogni altra norma, sia convenzionale sia consuetudinaria. La giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia – deputata all'applicazione del diritto internazionale generale (art. 38 dello Statuto) – fornisce una forte evidenza della esistenza di tali norme perentorie dello *ius cogens*. Nell'affrontare la questione relativa all'obbligo di perseguire o estradare (*aut dedere aut iudicare*), la Corte ha riconosciuto il divieto di tortura come “parte del diritto internazionale consuetudinario” che “è diventato una norma perentoria (*jus cogens*)» sentenza Belgio c. Senegal, 20 luglio 2012, par. 99). Allo stesso modo, la Corte definisce «molte [delle] norme del diritto umanitario» come costituenti «principi intransigibili del diritto consuetudinario internazionale» (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, deliberazione 8 luglio 1996).

⁶⁸ Così, Cassazione, Sez. 1, 14.9.2015 n. 43696.

⁶⁹ Così, Cassazione, Sez. 1, 9.5.2018 n. 24975.

⁷⁰ Il riferimento è all'affermazione della giurisdizione italiana in relazione all'omicidio volontario commesso da cittadini libici nei confronti di stranieri trasportati clandestinamente a bordo di un'imbarcazione battente priva di bandiera, fermata in alto mare e fatta attraccare in un porto italiano, v. Cassazione, Sez.1, 2.7.2021 n. 31652.

9. L'ordinamento italiano, l'ordine di eseguire un crimine internazionale ed il valore della prescrizione

Al pari di quanto avviene per le immunità, in ambito internazionale nessuna efficacia scriminante e nessun valore esimente vengono attribuiti all'ordine di commettere un crimine internazionale impartito dal superiore e alla prescrizione.

Quanto all'ordine del superiore, già l'Accordo di Londra del 1945 istitutivo del Tribunale di Norimberga, così come all'art. 7 non riconosceva le qualità ufficiali come cause di esclusione della responsabilità, all'art. 8 consacrava la pari irrilevanza dell'ordine del superiore al fine di giustificare la condotta o in altro modo negare la responsabilità del militare inferiore in grado o del civile che, in ottemperanza all'intimazione ricevuta, materialmente eseguivano un crimine di guerra.

Lo Statuto di Roma, all'art. 33, ripete il principio affermando che: «Il fatto che un crimine rientrante nella giurisdizione della Corte sia stato commesso da una persona in esecuzione di un ordine di un governo o di un superiore militare o civile, non libera tale persona dalla responsabilità penale» e - premettendo che gli ordini di commettere un genocidio o un crimine contro l'umanità sono in ogni caso manifestamente illegali - e, relativamente ai soli crimini di guerra, stabilisce che si possa derogare al citato principio al ricorrere di tre condizioni: qualora la persona che ha materialmente realizzato il fatto aveva l'obbligo giuridico di obbedire agli ordini del governo o del superiore, non sapeva che l'ordine era illegittimo e quando l'ordine non appariva manifestamente illegale.

La disciplina sopraindicata corrisponde a quella vigente in Italia, posto che anche nell'ordinamento italiano, di fatto, non si rinvencono norme che attribuiscano efficacia scriminante o valore esimente all'ordine di commettere violazioni dello *ius cogens* impartito, dal superiore in grado o in comando, ad un militare inferiore in grado o ad un civile.

La nostra giurisprudenza di legittimità, fin dal secolo scorso, ha infatti dichiarato la palese infondatezza delle tesi assolutorie (prospettate, tra gli altri, dalle difese dei militari tedeschi autori delle stragi naziste compiute in Italia alla fine della Seconda Guerra Mondiale) basate sulla pretesa esistenza di un dovere di ottemperare all'ordine vincolante impartito in tal senso dai superiori. La Corte di cassazione, invero, ha chiarito che - pur non essendo all'epoca vigenti le regole inderogabili recepite dalle quattro convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 e dai due protocolli addizionali dell'8 giugno 1997 (oggetto di ratifica da parte dell'Italia, rispettivamente, con legge 27 ottobre 1951 n. 1739 e con legge 11 dicembre 1985 n. 762) e neppure le norme in materia di prevenzione e repressione del genocidio di cui alla legge 9 ottobre 1967 n. 962 e pur non potendo darsi applicazione retroattiva a tali norme - il dovere di non dare esecuzione ad ordini di eseguire stragi come quella di Sant'Anna di Stazzema, di cui era palesemente riconoscibile la contrarietà ai più elementari principi di umanità e la manifesta criminalità dell'intimazione, era imposto dall'art. 40 del codice penale militare di pace, che in tal senso disponeva fin dalla data della sua entrata in vigore, vale a dire dall'anno 1941⁷¹.

Il disposto dell'art. 40 c.p.m.p. - articolo poi abrogato dall'art. 22 della legge 11 luglio 1978, n. 382 - era infatti chiaro nell'affermare l'insorgere della concorrente responsabilità del militare che eseguiva un ordine del superiore o di un'altra autorità che costituisse manifestamente un reato o la cui esecuzione costituisse reato.

La disciplina in materia di adempimento di un dovere attualmente in vigore si ricava, pertanto, dall'art. 51 c.p., che stabilisce che, se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'autorità, di tale reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine e che risponde anche l'esecutore dell'ordine «salvo che per errore di fatto abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo» ovvero «che la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'atto».

Posto che, in punto di fatto, è ben difficile immaginare situazioni in cui vengono impartite disposizioni precettive volte a far eseguire un crimine internazionale e che al destinatario dell'ordine esso possa risultare non manifestamente criminoso (oltre che illegittimo e inopportuno), deve rilevarsi

⁷¹ Così, testualmente, Cassazione, Sez. I, 8.11.2007 n. 4060. In generale, sul venir meno del reato di disobbedienza in presenza di ordini manifestamente criminali, v. Cassazione, Sez. I, 13.12.2011 n. 3339.

che, in materia di crimini di guerra, l'attuale legislazione italiana è finanche più rigorosa di quella prevista dall'art. 33 dello Statuto di Roma per i giudizi da celebrarsi innanzi alla Corte penale internazionale. Affinché possa riconoscersi efficacia esimente all'ordine di eseguire un delitto (e, dunque, anche all'ordine del superiore di eseguire un crimine di guerra) - mentre, infatti, l'art. 51, comma 3, c.p. richiede che l'esecutore dell'ordine, non solo "*abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo*" ma che egli abbia anche ritenuto legittimo l'ordine "*per errore di fatto*" - l'art. 33, comma 1, lett. b), dello Statuto richiede, esclusivamente, che "*la persona non sapesse che l'ordine era illegale*", dunque, senza contemplare ulteriori requisiti e, pertanto, dando spazio a che l'ignoranza dell'illegalità dell'ordine sia determinata, non solo da errori di fatto ma anche da qualsiasi altro motivo (ad esempio, da un errore di diritto).

Anche a seguito dell'abrogazione della legge n. 382 del 1978, avvenuta per effetto del D. Lvo. n. 66 del 2010, peraltro, non permangono dubbi che la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere, anche se ritenuta in forma putativa, non è applicabile al militare che adempie all'ordine la cui esecuzione costituisce, manifestamente, un reato di qualsiasi natura⁷². Ai sensi dell'ultima parte dell'art. 729 del Codice dell'ordinamento militare, infatti, «il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e informare al più presto i superiori». L'illegittimità dell'ordine, inoltre, deve essere chiara e palese a prima vista⁷³.

Non deroga a tali principi l'art. 19 della legge 21 luglio 2016, n. 145, recante "Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali", laddove dichiara non punibile il personale militare che, nel corso delle missioni internazionali, in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari. Il comma 4 della medesima norma esclude espressamente, infatti, che tale disciplina si applichi ai crimini previsti dagli articoli 5 e seguenti dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale.

Parimenti, l'affermazione contenuta nello Statuto di Roma, volta a stabilire in modo assoluto e generalizzato che qualsiasi ordine avente ad oggetto l'esecuzione di atti di genocidio o crimini contro l'umanità debba ritenersi manifestamente criminoso, pur non essendo ripetuta nella nostra legislazione, da un lato appare ultronea, tenuto conto delle caratteristiche di ogni ordine avente tale contenuto, dall'altro si mostra difficilmente conciliabile con i canoni ermeneutici della nostra giurisprudenza, che rimettono al giudice e non al legislatore il compito di verificare il ricorrere dei presupposti soggettivi necessari per integrare o escludere la punibilità delle singole fattispecie, escludendo che a ciò possano sostituirsi valutazioni legislative di tipo generalizzato.

Altrettanto è a dirsi circa la disciplina della prescrizione prevista per questa tipologia di delitti.

Tra la disciplina della prescrizione contemplata dallo Statuto della Corte penale internazionale e quella contenuta nella normativa penale italiana, in realtà, non emergono differenze di rilievo.

L'esigenza di rendere effettiva la repressione di tali delitti, infatti, ha indotto l'intera comunità internazionale ad escludere che la prescrizione possa operare nei confronti dei *core crimes* e ciò fin dalle convenzioni delle Nazioni Unite del 26 novembre 1968 e del Consiglio d'Europa del 25 gennaio 1974.

L'art. 29 dello Statuto di Roma afferma, invero, che: «I crimini sui quali la Corte ha giurisdizione non sono soggetti ad alcun termine di prescrizione».

Nell'ordinamento penale italiano, come è noto, i termini di prescrizione variano in base alla pena contemplata da ciascun reato. Ai sensi dell'art. 157 c.p., la regola generale è peraltro quella che la prescrizione estingue il reato con il decorso del tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge, calcolata tenendo conto delle sole circostanze aggravanti che stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria e delle circostanze ad effetto speciale.

Per ciò che più rileva, occorre aggiungere che la prescrizione non estingue i reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione delle circostanze aggravanti.

⁷² Cassazione, Sez.3, 13.5.2011, n. 18896.

⁷³ Così, R. VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1997, 184 ss.

In base a quanto evidenziato a proposito dei rapporti tra le immunità internazionali e la disciplina dell'extradizione, deve peraltro aggiungersi che, nei casi in cui l'Italia è Stato richiesto, l'art. 696 c.p.p. indica le fonti primarie di riferimento nelle norme delle convenzioni internazionali in vigore e nelle norme di diritto internazionale generale.

In proposito, deve mettersi in risalto che già da tempo l'ordinamento italiano non annovera la prescrizione del resto tra le cause di rifiuto dell'extradizione e che questa soluzione, oltre ad essere conforme alla Costituzione, appare necessaria per scongiurare l'eventualità che sia sufficiente recarsi in uno Stato in cui il reato è prescritto per sottrarsi ad ogni possibilità di venire ad essere estradato⁷⁴.

L'applicazione di questi principi relativamente ai crimini internazionali ha portato la Cassazione da ultimo, ad affermare - relativamente ad una richiesta di estradizione di un cittadino italiano accusato di aver concorso (in qualità di cappellano del tristemente noto carcere argentino di San Rafael) in un omicidio e in altri gravi reati commessi in Argentina, in danno di cittadini di quel Paese, vale a dire di reati qualificabili come crimini contro l'umanità, quanto meno nella specie della tortura - che la imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità è una norma di diritto internazionale cogente. Ad avviso della Suprema corte, ai fini dell'extradizione, non si possono considerare prescritti i crimini contro l'umanità ed in tal modo impedire l'azione di un altro Stato volta a reprimere questi reati. Si tratterebbe, in tal caso, di una misura contraria allo *ius cogens*, la cui osservanza è proclamata nella Costituzione, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo ed assicura l'adeguamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale cogente⁷⁵.

⁷⁴ Sul punto si vedano Cassazione, Sez.6, 21.10.2013, n. 11495 e Cassazione, Sez. 6, 2.2.2021, n. 5497.

⁷⁵ Cassazione, Sez. 6, 30.6.2022, n. 29951 così ricorda, tra l'altro, le ragioni che portano a tale affermazione: la pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 20 luglio 2012 Belgio c. Senegal; le ampie pratiche internazionali e l'*opinio iuris* degli Stati (il divieto della tortura era presente in molteplici strumenti di applicazione universale e nelle normative nazionali di molti degli Stati; gli atti di tortura erano denunciati regolarmente in foro nazionali e internazionali); le molteplici decisioni assunte nell'ambito dell'Unione europea (la posizione comune del Consiglio 2001/443/PESC14 in cui gli Stati membri hanno dichiarato che i crimini che rientrano nel potere giurisdizionale della Corte penale internazionale riguardano tutti gli Stati membri e hanno confermato la loro determinazione a collaborare per porre termine all'impunità degli autori degli stessi; il programma di Stoccolma del 2010, in cui le istituzioni dell'Unione sono state invitate a continuare a sostenere e a incoraggiare l'Unione e gli Stati membri nella lotta contro l'impunità e a combattere i crimini di genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra; la decisione 2002/494/GAI del Consiglio UE, che ha istituito la rete europea di punti di contatto in materia di persone responsabili di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra; la decisione 2003/335/GAI del Consiglio UE, relativa all'accertamento e al perseguimento del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, che si prefiggeva di «accreoscere la cooperazione tra le unità nazionali al fine di ottimizzare la capacità delle autorità incaricate dell'applicazione della legge in vari Stati membri di cooperare in maniera efficace nelle indagini ed azioni penali svolte nei confronti di coloro che hanno perpetrato o partecipato alla perpetrazione di genocidio, crimini contro l'umanità o crimini di guerra»; la risoluzione del Parlamento europeo del 4 luglio 2017, con la quale si è ribadita la responsabilità primaria degli Stati nel combattere tali atrocità, esortando le istituzioni europee a elaborare un piano contro l'impunità per i crimini soggetti al diritto internazionale; la risoluzione del Parlamento europeo del 19 maggio 2022, che ha ribadito l'impegno dell'Unione e degli Stati membri nella punizione dei responsabili dei crimini contro l'umanità); la Convenzione delle Nazioni Unite del 1968, in occasione della quale molte delegazioni si erano espresse per la "riaffermazione" di un principio già esistente nel diritto internazionale generale; la stessa Convenzione, laddove dà atto che «che in nessuna delle dichiarazioni solenni, atti e convenzioni volte a perseguire e a reprimere i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità sono stati previsti limiti di tempo» e che con essa si sia voluto affermare in diritto internazionale «il principio dell'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, e di assicurarne l'applicazione universale»; il Manuale adottato dall'Istituto di diritto internazionale il 9 settembre 1880 nella sessione di Oxford, teso a reprimere in modo sempre più efficace le violazioni delle leggi e degli usi della guerra; i lavori preparatori per la Convenzione delle Nazioni Unite del 2006 sulla protezione delle persone dalle sparizioni forzate, nel cui Report, 4/2004/59, parr. 43-46 si è dato atto che i crimini contro l'umanità non sono soggetti ad alcuna forma di prescrizione; le leggi istitutive delle Camere straordinarie per i crimini dei Khmer rossi, del Tribunale per Timor Est e della Corte Suprema penale irachena, tutte competenti per giudicare crimini contro l'umanità; il Rapporto del 2017 del Comitato contro la tortura delle Nazioni Unite nei confronti dell'Italia; il Rapporto 2007-2008 del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite; la sentenza del 1998 nel caso *Furundzija* del Tribunale penale per l'ex Jugoslavia; la Corte EDU, che nella decisione 29/03/2011 - caso *Alikaj c. Italia*, ha più volte affermato la "inammissibilità" di una misura nazionale che stabilisca la prescrizione dei crimini contro l'umanità; in tema di crimini di guerra, la Corte EDU, 17/05/2010, nel caso *Kononov c. Lettonia*.

D'altra parte, già la sentenza del Tribunale militare di Roma del 22 luglio 1971, emessa nei confronti di Hass Karl e Priebke Erich, aveva affermato che il principio dell'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità assume oggettivamente carattere di *ius cogens*.

In definitiva, anche relativamente alla prescrizione in materia di crimini internazionali, non si rinviene alcun effettivo contrasto tra la disciplina internazionale e la normativa penale italiana.

10. Le recenti proposte di adeguamento legislativo in materia di immunità per crimini internazionali

Il conflitto tra Russia ed Ucraina ed il diffondersi di notizie relative ad eccidi ed altre gravi violenze commesse sul territorio ucraino⁷⁶ hanno indotto molti governi ad attivare procedure di aggiornamento delle rispettive legislazioni di guerra.

Per quanto concerne l'Italia, con decreto del 22 marzo 2022, l'allora Ministro della giustizia ha istituito una commissione di esperti, incaricati di elaborare un Progetto di codice dei crimini internazionali e, in tal modo, di dare «compiuta attuazione dello Statuto di Roma».

Come può leggersi nella Relazione finale consegnata il 31 maggio 2022, a conclusione dei lavori, la Commissione, dopo aver sottolineato l'esigenza di «assicurare il compiuto adempimento degli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la ratifica, autorizzata con legge 12 luglio 1999 n. 232, dello Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale», ha redatto un progetto di «strumento legislativo inteso ad introdurre nell'ordinamento italiano le disposizioni necessarie per assicurare che i crimini descritti nello Statuto di Roma (istitutivo della Corte penale internazionale) possano essere sottoposti alla giurisdizione italiana».

In particolare, ribadita la necessità di dare pieno adeguamento al diritto internazionale sui crimini internazionali anche in materia di immunità funzionale e personale, la Relazione della Commissione si esprime nei seguenti termini: «Quanto all'immunità funzionale, mentre è pacifico che rispetto alla giurisdizione dei tribunali internazionali tale immunità venga meno nel caso di commissione di crimini internazionali, due tesi sussistono per quanto riguarda la giurisdizione dei tribunali penali nazionali: una più risalente, favorevole al riconoscimento dell'immunità, l'altra più recente nel senso di un'eccezione alle immunità anche di fronte alla giurisdizione nazionale. Questa seconda posizione trova qualche riscontro nella giurisprudenza italiana e nel progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite, sia pure con l'opposizione di diversi Stati. La Commissione ha ritenuto che si debba accogliere questo aspetto dello sviluppo progressivo del diritto internazionale nel senso che l'immunità funzionale non operi rispetto ai crimini internazionali previsti dal Codice.

Con riferimento all'immunità personale, invece, si è rilevata l'affermazione della tendenza, confermata da pronunce della Corte internazionale di giustizia e della stessa Corte penale internazionale, a considerare l'art. 27(2) dello Statuto espressione di una norma internazionale consuetudinaria secondo la quale non vi è immunità personale di fronte a corti e tribunali internazionali nel caso di procedimenti relativi a crimini internazionali, mentre l'immunità viene riconosciuta nel contesto della giurisdizione dei tribunali penali nazionali...in proposito la Commissione ha quindi ritenuto opportuno stabilire nel Codice che l'immunità personale opera rispetto alla giurisdizione nazionale anche per quanto riguarda i crimini internazionali da questo previsti... fatti salvi gli obblighi di cooperazione con la Corte penale internazionale previsti dalla legge 20 dicembre 2012 n. 237».

In proposito, va preliminarmente evidenziato che, se il presupposto dell'intervento era quello di dare «compiuta attuazione» allo Statuto di Roma, la Relazione propone una riforma della disciplina delle immunità che, quantomeno relativamente all'immunità personale, è tutt'altro che conforme a quella contemplata dallo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale.

⁷⁶ La Procura generale di Kiev ha denunciato che sarebbero stati commessi oltre 20.000 crimini di guerra ai danni di civili e loro beni, comprese esecuzioni, stupri, torture e deportazioni. Da parte russa si nega l'accusa e di riferisce che l'esercito ucraino e le milizie delle formazioni che combattono sul fronte avrebbero intenzionalmente posizionato civili presso installazioni militari strategiche e avrebbero utilizzato ospedali e strutture sanitarie per dare rifugio ai combattenti.

Al contrario di quanto disposto dall'art. 27, comma 2 del Trattato di Roma, infatti, la Commissione propone di mantenere la disciplina attualmente vigente in Italia sulle immunità personali e ciò non è di poco conto poiché, se è ben vero che, come già detto, lo Statuto di Roma non obbliga gli Stati a modificare le normative nazionali per conformarle alla regola dell'irrelevanza delle immunità, è altrettanto evidente che, seguendo la proposta della Commissione, si verrebbero ad introdurre nuove disposizioni di legge ma che esse risulterebbero, quantomeno relativamente all'immunità personale, di significato contrario a quanto previsto dalla fonte pattizia istitutiva della Corte penale internazionale.

D'altra parte, può dirsi che la scelta adottata, se rispetta l'esigenza di mantenere ben salde le immunità personali stabilite dalla nostra Costituzione, conferma anche che un eventuale intervento di modifica delle immunità previste dalla Costituzione richiede una legge di rango costituzionale e, forse, non viene compiuto proprio per questa ragione.

D'altra parte, anche relativamente all'immunità funzionale l'intervento normativo da ultimo proposto presenta profili di criticità.

Innanzitutto, il riferimento che la Relazione fa al progetto di articolato della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite (corroborato dal riferimento a talune recenti pronunce della nostra giurisprudenza sebbene contrastato dall'opposizione di "diversi Stati"), dimostra che, per quanto riguarda l'immunità funzionale, allo stato, un principio generale di diritto internazionale che ne neghi l'efficacia in caso di commissione di crimini internazionali non può ritenersi consolidato.

Limitatamente ai crimini di guerra, stupisce poi che la Relazione non faccia riferimento alla vigente legislazione penale militare.

E' bene ricordare, infatti, che, fin dal 1941, con l'approvazione dei codici penali militari di pace e di guerra, l'Italia ha introdotto nel proprio ordinamento fattispecie incriminatrici specificatamente dedicate alla punizione di condotte contrarie alle leggi e agli usi della guerra, traducendole in ben 65 articoli del codice di guerra e che, dunque, di propria iniziativa, ha soddisfatto quelli che, all'epoca, non costituivano obblighi internazionali per alcuno degli Stati sovrani⁷⁷.

In virtù del combinato disposto degli articoli da 165 a 230 c.p.m.g. e degli articoli 9 e 13 c.p.m.g. (oltre che degli articoli 1, comma 2, 19 e 20 c.p.m.p.), fin da allora, il nostro legislatore ha sanzionato penalmente gran parte di quelle condotte che, ben 57 anni dopo, avrebbero composto il catalogo dei crimini di guerra contenuto nello Statuto della Corte penale internazionale.

È noto, poi, che nel 2002, con la legge 31 gennaio 2002, n.6, il legislatore è intervenuto in questo specifico ambito, modificando l'art. 9 del codice penale militare di guerra e prevedendo che «Sino all'entrata in vigore di una nuova legge organica sulla materia penale militare, sono soggetti alla legge penale militare di guerra, ancorché in tempo di pace, i corpi di spedizione all'estero per operazioni militari armate».

L'art. 165 c.p.m.g. è stato parimenti rimodellato per estendere l'applicazione del Titolo IV del codice di guerra, relativo ai reati contro le leggi e gli usi di guerra, «in ogni caso di conflitto armato, indipendentemente dalla dichiarazione di stato di guerra» e per chiarire che per conflitto armato «si intende il conflitto in cui almeno una delle parti fa uso militarmente organizzato e prolungato delle armi nei confronti di un'altra per lo svolgimento delle operazioni belliche».

Va peraltro aggiunto che - sebbene, come pure già detto, gli appartenenti alle forze armate vantano un mero privilegio di giurisdizione e non certo una formale immunità - scelte legislative che dovessero attribuire alla giurisdizione ordinaria la competenza sui crimini di guerra commessi dagli appartenenti alle forze armate nell'esercizio delle loro funzioni, determinerebbero un palese contrasto con l'art. 103, comma 3, Cost., laddove la norma costituzionale, in tempo di pace, riserva ai tribunali militari e non ad altri organi la giurisdizione sui reati militari, quali indubbiamente sono i crimini di guerra, commessi dagli appartenenti alle forze armate e ciò, sia perché si tratta di delitti sostanzialmente coincidenti con corrispondenti fattispecie incriminatrici del codice militare di guerra, sia perché delitti di questa natura, anche qualora venissero commessi da militari in concorso con

⁷⁷ Così G. MAZZI, *L'abolizione della pena di morte nelle leggi militari di guerra*, in *Rassegna della Giustizia militare*, 1994, 103.

civili, non perderebbero l'intrinseca caratteristica di integrare una violazione delle leggi e degli usi militari, a prescindere se siano commessi in tempo di guerra o in tempo di pace.

La correlazione tra stato di guerra e applicazione delle leggi di guerra è, infatti, rimessa alla legge ordinaria e non deve essere stabilita con legge costituzionale, sicché il vincolo costituzionale da rispettare è quello che, in ogni caso, i procedimenti per violazioni della legge di guerra commesse da appartenenti alle forze armate siano rimessi al giudizio degli organi della giurisdizione militare.

Né, in materia di crimini di guerra, possono immaginarsi meccanismi processuali che escludano la giurisdizione militare facendo leva su istituti del codice di procedura penale difficilmente compatibili con le caratteristiche, giuridiche e fattuali, delle condotte delittuose astrattamente suscettibili di venire attratte nella competenza della Corte penale internazionale. Occorre tenere presente che gran parte dei comportamenti che integrano crimini di guerra in base allo Statuto della Corte penale internazionale sono sanzionati anche dal codice militare di guerra e che, dal punto di vista processuale, quest'ultimo contempla meccanismi che operano in senso diametralmente opposto a quello prospettato dalla Relazione, vale a dire che mantengono e non escludono la giurisdizione militare, sia in caso di concorso tra civili e militari, sia in caso di commissione di crimini di guerra da parte di militari appartenenti a forze armate nemiche o da soggetti ad essi equiparati, in concorso con militari o civili italiani ovvero in danno di cittadini ed interessi italiani.

D'altra parte, è ben difficile immaginare che, relativamente ai crimini di guerra, possano emergere reati comuni più gravi, idonei a far traslare i procedimenti nell'ambito della giurisdizione ordinaria o che analoga forza attrattiva possa derivare da ipotesi di concorso tra soggetti rivestiti della qualità di appartenenti alle Forze armate e civili.

Nondimeno, anche relativamente al trattamento sanzionatorio e all'entità delle pene, come non potevano criticarsi le scelte compiute all'epoca dell'approvazione del codice di guerra (quando la pena massima non poteva certamente essere superiore alla pena capitale contemplata dal testo originario del codice), altrettanto è a dirsi oggi, tenuto conto che legge 13 ottobre 1994, n. 589 ha abolito la pena di morte anche dalla legislazione di guerra e, conseguentemente, anche le censure di inadeguatezza del codice di guerra per effetto dei trattamenti sanzionatori disumani e privi di finalità rieducative. Anche relativamente alla fase di esecuzione delle pene, dunque, il nostro ordinamento ha in sé un valido modello di riferimento.

Va pertanto ribadito che l'adeguamento per via legislativa (ordinaria) alle fonti internazionali di natura pattizia, deve pur sempre rispettare criteri di consequenzialità logica e di conformità con la disciplina interna dei medesimi fenomeni delittuosi. Non è possibile lasciare inalterata la legislazione vigente, rimandandone l'abrogazione a tempi futuri, non meglio individuati e, contestualmente, introdurre disposizioni di contenuto apertamente confliggente.

Relativamente ai riflessi che si determinerebbero accogliendo nell'ordinamento italiano il progetto di Codice per i crimini internazionali da ultimo proposto, vanno inoltre paventate le conseguenze che potrebbero discendere sulla normativa penale militare per come riformata nel 2002, laddove essa precisa che «le disposizioni del Titolo IV si applichino sì a tutte le operazioni militari armate svolte all'estero dalle forze armate italiane ma solo fino all'emanazione di “una normativa che disciplini organicamente la materia».

Al di là della questione se la legge quadro sulle missioni internazionali n. 145 del 2016, prevedendo la generale applicazione del Codice penale militare di pace alle missioni internazionali di pace, abbia già escluso, o meno, l'applicabilità del Titolo IV del codice di guerra (che, come detto, l'art. 9 c.p.m.g dispone si applichi anche in tempo di pace), deve mettersi in luce un ulteriore rischio connesso all'eventuale recepimento del progetto proposto dalla Relazione. Il Codice per i crimini internazionali, se divenisse realtà, potrebbe infatti definirsi come «normativa che disciplina organicamente la materia» dei crimini di guerra e, dunque, anziché costituire uno strumento per estendere l'irrelevanza delle immunità e per ampliare la perseguibilità dei crimini di guerra, il citato progetto potrebbe determinare l'effetto contrario, vale a dire escludere “a monte” ogni possibilità di ricondurre nel novero delle violazioni del diritto umanitario e bellico - sanzionate tanto dal codice penale militare di guerra, quanto dallo Statuto della Corte penale internazionale - condotte realizzate da appartenenti alle forze armate nel corso di missioni internazionali di pace svolte all'estero.

In definitiva, può concludersi questo approfondimento segnalando che la vigente normativa italiana consente già di procedere penalmente nei confronti dei responsabili di crimini internazionali - cioè di comportamenti che ledono i valori universali di rispetto della dignità umana e che ogni ordinamento nazionale deve sanzionare, pur restando libero di individuare le forme con cui farlo (qualificandoli come crimini internazionali, come reati comuni ovvero come reati militari) - e, per ciò che più rileva, che nella nostra legislazione non si rinvencono immunità di diritto interno o di diritto internazionale che, di fatto, possano realmente precludere il perseguimento di tali delitti e, al contempo, anche degli impegni presi in ambito internazionale dal nostro Paese.

È ben vero, inoltre, che sussiste l'esigenza di adeguare e di integrare la vigente legislazione in materia ma, nondimeno, va ribadito che il nostro codice di guerra, pur se risalente al 1941, costituisce un modello organico di riferimento per perseguire - come il codice fa agli articoli 165 e seguenti - gli atti ostili condotti in violazione delle convenzioni internazionali, il diritto umanitario e le leggi e gli usi di guerra in materia di ricorso a mezzi o a modi di combattimento vietati dalle convenzioni internazionali, di indebita cattura di ostaggi, di uso arbitrario di violenza contro civili, di saccheggio e incendio, di distruzione di luoghi di culto e beni in uso alla popolazione civile, di violenza contro persone addette al servizio sanitario e di utilizzo di armi contro ambulanze, ospedali e strutture sanitarie, di maltrattamento di feriti, naufraghi ed altre persone protette o di atti di rappresaglia illegittimi.

Non può sottacersi, infine, che prospettare l'eventualità di interventi surrogatori della Corte penale internazionale come conseguenza inevitabile di ineludibili lacune sanzionatorie e di indebite estensioni di immunità, privilegi e situazioni giuridiche ad esse parzialmente analoghe, si mostra previsione ben lontana dalla realtà giuridica e fattuale e, comunque, può intendersi come motivazione apparente della mal celata aspirazione di introdurre nella legislazione italiana il c.d. "principio di universalità" della giurisdizione in materia di *core crimes*, così dimenticando che tale principio, oltre a non uniformarsi alla nostra tradizione giuridica, costituisce una (opinabile) scelta politica, estranea alle questioni di natura giuridica che nelle pagine precedenti si è cercato di approfondire.

Il riparto di giurisdizione tra magistratura ordinaria e militare

Mariavaleria del Tufo¹

Abstract: Il tema del riparto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione militare, tornato all'attenzione degli esperti nel corso della stesura di un Progetto di Codice dei crimini internazionali, è brevemente ripercorso nella sua storia per evidenziare le costanti politico-istituzionali che ne hanno determinato l'approccio. Le diverse posizioni sono state motivate negli anni attraverso il ricorso ad argomenti simili, ma l'esclusione della giurisdizione militare è stata proposta soltanto in via teorica, mentre, nei fatti, si è sempre proceduto a determinarne l'ambito di operatività rispetto alla giurisdizione ordinaria. Il crescente allineamento del diritto penale militare ai principi costituzionali e il costante coinvolgimento delle forze armate nelle situazioni di conflitto dettato dai nuovi assetti internazionali dovrebbero tuttavia aver emancipato il discorso relativo al riparto di giurisdizione da una serie di *bias* che ne hanno condizionato per lungo tempo impostazione e risultati. Lo dimostrano le opzioni alternative sul riconoscimento della giurisdizione in rapporto ai crimini internazionali presentate dal Progetto di Codice elaborato dalla Commissione Palazzo-Pocar e la scelta effettuata dal Gruppo di lavoro che ne ha rivisitato le proposte.

Abstract: During the preparation of the Draft Code of International Crimes, the question of the allocation of jurisdiction between ordinary and military Courts has once again come to the attention of experts. This article traces the history of this issue in order to highlight the political and institutional constants that have determined the approach taken. Similar arguments have been used over the years to justify the different positions. However, the exclusion of military jurisdiction has only been proposed in theory, while in practice the problem has always been to define its limits in relation to ordinary jurisdiction. The increasing alignment of military system with constitutional principles and the constant involvement of armed forces in conflict situations required by the current international order should have emancipated the discourse on attribution of jurisdiction from a number of biases that have long determined its approach and outcomes. This is demonstrated by the alternative options for the recognition of jurisdiction over international crimes presented in the Palazzo Pocar Commission's Draft Code and the choice of the Working Group that revised its proposals.

Sommario: 1. Il riparto della giurisdizione come problema di sistema. Uno sguardo storico. – 2. I codici militari del 1941 e i termini del riconoscimento della giurisdizione militare nella Costituzione repubblicana. – 3. L'evoluzione dell'ordinamento militare e il dibattito della Bicamerale in materia di giurisdizione. – 3.1. La terza Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali e la questione del riparto. – 4. Le operazioni di pace all'estero delle Forze armate e la loro disciplina giuridica. – 5. Il riparto della giurisdizione nel Progetto per un Codice dei crimini internazionali.

¹ Professoressa emerita di Diritto penale, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa.

1. Il riparto della giurisdizione come problema di sistema. Uno sguardo storico

Il riparto di giurisdizione tra magistratura ordinaria e militare ha una storia antica, i cui intrecci e le cui contraddizioni coincidono con la storia delle istituzioni del nostro Paese, o, meglio, *tout court*, con la nostra stessa storia.

Per limitarmi tuttavia a uno sguardo breve, rivolto all'Italia unita², vorrei innanzitutto ricordare che, fino al 1941³, la materia militare era regolata dal Codice penale militare per l'Esercito e dal Codice penale militare marittimo, promulgati nel 1869⁴ ed entrati in vigore il 15 febbraio 1870, nell'intento di dare al nuovo Regno una sua propria codificazione unitaria. I Codici, a loro volta, riprendevano, eliminandone le più vistose contraddizioni, la codificazione penale militare sarda del 1859⁵, modellata, con alcune differenze e integrazioni, sul Codice penale militare del 1840⁶ e sul regio editto penale militare marittimo del 1826 per gli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna⁷. Contenutisticamente prevedevano, in modo sostanzialmente integrale⁸, reati con carattere militare (tradimento, codardia, disobbedienza, ammutinamento, diserzione, ecc.) e reati comuni offensivi anche degli interessi della milizia. Soggetto attivo il militare, in casi particolari (subornazione, istigazione) anche i civili⁹.

L'idea di un codice unico per le Forze armate, che non fosse ripreso dalla codificazione sardo-piemontese, si tradusse in due Progetti, l'uno del 1891¹⁰, l'altro del 1892. Nessuno dei due superò tuttavia l'iter parlamentare. In ogni caso l'inadeguatezza delle norme vigenti - già ritenute transitorie,

² In Italia, sulla scia dei *Codes des délits et des peines pour les troupes de la République*, dell'11 novembre 1776, gli Stati preunitari emanarono una serie di testi normativi a disciplina della materia, Sul punto S. MALIZIA, *Codici penali militari*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, 287; G. DALLERA, *Premessa storica concernente la legislazione penale militare*, in P. Rivello, *Manuale del diritto penale militare e della procedura penale militare. Ordinamento giudiziario*, Giappichelli, Torino 2021, 5 ss. Discorso a parte merita la codificazione "autoctona" del Regno delle due Sicilie: dalla *Ordinanza di Sua Maestà sulla giurisdizione militare e sopra i delitti e pene della gente di guerra*, emanata da re Ferdinando IV a Napoli il 22 maggio 1789, allo *Statuto penale militare* e dallo *Statuto penale per l'armata di mare per il Regno delle due Sicilie*, emanato nel 1819. Sul punto specifico, v. F. ANGELETTI, *Nascita e morte di un sistema: il diritto penale militare duosiciliano*, in *Rassegna della Giustizia militare*, 2020, n. 4, 5 ss.; G. PACE GRAVINA, *Il codice insanguinato. Lo Statuto penale militare per lo Regno delle due Sicilie del 1819 e la repressione delle insurrezioni siciliane dell'Ottocento*, in F. COLAO, L. LACCHÈ, C. STORTI (a cura di), *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, Milano, 2015, 274 ss.; P. VICO, *Diritto penale militare*, in *Enciclopedia del Diritto penale italiano. Raccolta di monografie a cura di E. Pessina*, vol. XI, Milano, 1908, 66. Per un'analisi da parte della giurisprudenza di Cassazione delle diverse nozioni di giurisdizione e competenza, anche da un punto di vista storico, v. Cass, Sez. Un., 5 ottobre 2005, n. 4135, Maldera.

³ V. *infra*.

⁴ Rispettivamente con l. 28 novembre 1869 n. 5367 e n. 5368.

⁵ Codice penale militare per gli Eserciti di Sua Maestà il Re di Sardegna, promulgato il 1° ottobre 1859 da Re Vittorio Emanuele II.

⁶ Codice penale militare per gli stati di S.M. il Re di Sardegna, promulgato da Re Carlo Alberto il 28 luglio 1840.

⁷ Il Regno di Sardegna aveva regolato la materia già nel 1822 con un regio editto penale militare e nel 1826 con un regio editto penale militare marittimo. Il Codice penale militare del 1840 riguardava l'esercito; per la marina restava in vigore il regio editto del 1826, che venne poi fatto proprio dal codice del 1859. Per eliminare il diverso trattamento tra Forze armate e per ammodernare il codice per l'esercito, dal 1861 si era comunque proceduto alla riorganizzazione di quelli che sarebbero divenuti i codici militari del 1870 per l'Italia Unità. V., in generale, P. RIVELLO, *La giustizia penale militare ed i codici penali militari sotto il Regno di Sardegna*, Torino, 2004, 45 ss.

⁸ V. S. MALIZIA, voce *Codici penali militari*, cit., 289

⁹ V. M. NICOLOSI, voce *Reato militare*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XI, Torino, pp. 294 ss.

¹⁰ Contrassegnato da un coordinamento puntuale col codice Zanardelli, il Progetto fu il risultato dell'attività di due Commissioni ministeriali (1881-1883), ripresa dalla Commissione reale istituita il 1° dicembre 1889 (Commissione Mezzacapo) dai dicasteri della Guerra e della Marina, di concerto con quello di Grazia e Giustizia. Non passò per la contemporanea presentazione di un secondo Progetto da parte del Ministro della Guerra Pelloux valido solo per l'esercito e non coordinato con gli altri testi normativi vigenti. Bocciato in Senato, un nuovo progetto di codice unico (elaborato dalla Commissione Gloria, istituita il 20 luglio 1896) fu proposto da Pelloux ma il testo si arenò per la fine della legislazione. V. *I lavori preparatori dei codici italiani. Una bibliografia*, Ministero della giustizia, Dipartimento per gli affari di giustizia, Biblioteca centrale giuridica, Roma, 2013, 113 s.

incomplete e disarmoniche all'atto dell'emanazione¹¹ - continuava a esigere l'elaborazione di un testo organico che, nonostante l'attenzione al tema, non fu portato a termine nei primi decenni del '900¹².

Su un piano più generale, peraltro, si poneva un problema di amplissimo respiro, che sarebbe divenuto ricorrente negli anni, riguardante il rimaneggiamento, il mantenimento o la soppressione della giurisdizione militare, i cui tribunali erano composti da ufficiali in servizio.

L'art. 24 dello Statuto albertino prevedeva per "tutti i regnicoli, qualunque [fosse] il loro titolo o grado", l'eguaglianza dinanzi alla legge: l'attribuzione di tale diritto aveva destato un vivace dibattito in ordine alla sua declinazione rispetto alla materia militare, soprattutto in relazione al reato e al processo¹³, campi in cui l'eguaglianza di trattamento non era rispettata, pur con grande beneficio dell'efficienza e della rapidità¹⁴. Inoltre, il principio di eguaglianza aveva portato, in altri settori¹⁵, al tentativo di realizzarne due applicazioni: l'unità di giurisdizione e l'abolizione del privilegio di foro¹⁶. Tali obiettivi erano stati parzialmente raggiunti anche rispetto alla giurisdizione militare, che in alcuni ambiti era stata soppressa, in altri aveva dovuto lasciar spazio alla giurisdizione civile per determinati campi di materia¹⁷. Il discorso, in verità, era molto più risalente e strettamente legato ai principi rivoluzionari, essendo stati i *Codes des délits et des peines pour les troupes de la République* del 1796 a connotarsi per primi della tensione al superamento dei privilegi di casta, alla realizzazione dell'eguaglianza di tutti i cittadini e alla riduzione di una giustizia militare che non poteva sottrarre alla giustizia ordinaria i membri dell'esercito: e fu per questo motivo che la giurisdizione militare venne, dalla codificazione del 1796, circoscritta ai soli reati militari, mentre la magistratura ordinaria aveva competenza per i reati comuni, ivi compresi quelli commessi dai *cittadini soldati*¹⁸.

Per ritornare al dibattito sulla giurisdizione tra il XIX e il XX secolo, traggo un esempio da una seduta della Camera del 26 novembre 1900 in cui i deputati, in un ordine del giorno peraltro non accettato da Ponza di San Martino, Ministro della guerra, invitavano il governo a presentare un disegno di legge per l'abolizione del Tribunale Supremo¹⁹. Dai lavori parlamentari si evince la radicalità di alcune posizioni, secondo le quali era necessario abolire tutti i tribunali militari. E questo sia per la pretesa incompetenza della giurisdizione militare in materie giuridiche sia per la proclamata inaccettabilità del sottrarre i *soldati cittadini* alla giurisdizione ordinaria²⁰. È pur vero che venivano,

¹¹ V. *Relazione* della Commissione parlamentare 27 luglio 1868; *Relazione* della Commissione del Senato 1869, 1235: S. MALIZIA, *Codici penali militari*, in *Enc. Dir.* VII, Milano, 1960, 288.

¹² Per la complessa e vivace attività di riforma cfr. *I lavori preparatori dei codici italiani*, loc. cit.

¹³ C. LATINI, «Una società armata». *La giustizia penale militare e le libertà nei secoli XIX-XX*, in F. COLAO, L. LACCHÈ, C. STORTI (a cura di), *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, in *Quaderni fiorentini*, vol. 108, 2015, 29.

¹⁴ C. LATINI, *Soldati delinquenti, scienza giuridica e processi penali militari nell'Italia unita*, in *Historia et ius - rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, vol. 2, 2012, 3 ss.

¹⁵ Il riferimento è al contenzioso amministrativo, riassorbito nel processo civile, e all'abolizione dei tribunali di commercio, C. LATINI, *Una giustizia d'eccezione*, cit., 71.

¹⁶ Ritenuto privilegio "odioso" da una non piccola cerchia di studiosi: così C. Latini, *Soldati delinquenti*, cit., 2.

¹⁷ «Con un editto di re Carlo Alberto veniva... abolita la giurisdizione contenziosa esercitata dall'uditore generale di guerra, per ciò che concerneva le cause civili mosse contro i militari per fatti indipendenti dal servizio militare. Dopo la pubblicazione dello Statuto fondamentale venivano soppressi i consigli di guerra misti, rimettendone la giurisdizione ai tribunali ordinari, con una limitazione della competenza dei consigli di guerra ed un'abolizione dei consigli di guerra subitanei», C. LATINI, *Una giustizia d'eccezione*, 72.

¹⁸ In tal senso v. G. DALLERA, *Premessa storica*, cit., 5.

¹⁹ La ricostruzione è basata su quanto riportato in *Gazz. Uff. del Regno d'Italia*. Lunedì 26 novembre 1900, p. 4634.

²⁰ A proposito di questa presa di posizione, l'on. Gasparotto, nell'ambito dei lavori della Costituente, avrebbe fatto notare la particolare temperie di quel periodo: la «proposta votata e deliberata dalla Camera nella seduta del 26 novembre del 1900 ... obbedì alla passione del tempo: erano avvenuti i fatti clamorosi del 1898, i fatti del maggio di Milano, le repressioni severe di Sicilia, Turati condannato a 12 anni, De Andreis condannato a 14 anni; e c'era ancora nell'aria la risonanza del fatto Dreyfus, per cui allora i tribunali militari furono chiamati "tribunali giberna". Quindi, per reazione contro la giustizia militare, prona allora al Governo e per forzare la mano alla giustizia comune (ma anche la Cassazione allora teneva il freno al Governo!), per reazione politica la Camera votò la proposta di abolizione dei tribunali militari. Ma quella proposta è caduta nel vuoto: ricordate quanti anni sono passati, oggi siamo al 1947, e la proposta è rimasta senza eco. Il che è certamente significativo!» V. FABRIZIO CALZARETTI (a cura di), *La nascita della Costituzione. Le discussioni in Assemblea costituente a commento degli articoli della Costituzione*, reperibile on line, 13 novembre 1947, seduta antimeridiana.

ancora una volta, fatti comunque salvi “alcuni reati d’indole militare che solamente i militari possono decidere”. E che veniva alla fine sostenuta la stesura di una proposta alternativa che deferisse al giudizio del magistrato ordinario i delitti comuni commessi anche dai soldati, conservando però alla competenza dei tribunali militari reati speciali, come la diserzione, l’insubordinazione e simili²¹. In pratica, l’attuazione del principio di eguaglianza avrebbe dovuto portare a una giurisdizione che non rappresentasse un privilegio di foro ma potesse attivarsi solo di necessità, in presenza di determinati reati, che avrebbero dovuto prevedere una pena eguale nella sanzione per militari e civili, a meno che il ruolo rivestito dall’autore non comportasse differenze sostanziali di disvalore²². Comunque la Camera votò la proposta di abolizione dei tribunali militari, che tuttavia rimase senza esito²³.

Questo episodio parlamentare testimonia il prevalere di una tendenza a concretizzare i termini del dibattito spostandoli non tanto sulla “normalizzazione” e l’unità della giurisdizione, quanto sulla delimitazione di confini tra le giurisdizioni, con lo scopo di identificare quali fossero i reati e quali i soggetti che avrebbero dovuto condurre a incardinare la competenza del giudice militare.

Il primo decennio del Novecento segnò un allontanamento tra società militare e civile con l’emanazione, nel 1907²⁴, di un regolamento di disciplina militare per il Regio Esercito, improntato a grande rigore nell’intento di rintuzzare sommovimenti promossi all’interno delle caserme²⁵.

L’entrata in guerra dell’Italia nel 1915 portò a un risultato prevedibile di forte ampliamento del potere militare, con conseguente estensione del numero dei reati e delle persone sottoposti alla giurisdizione militare.

Già di per sé complicato dalle lacune di coordinamento con il Codice penale del 1890²⁶ e con il Codice di procedura penale del 1913²⁷, sempre più segnato dalle controversie dottrinarie e dagli irrisolti contrasti giurisprudenziali, l’ordinamento militare del 1870 aumentò la sua complessità con l’applicazione della legislazione bellica, altamente inorganica. Di fronte alla drammaticità dei fatti, i codici si rivelarono non adeguati a far fronte all’emergenza²⁸, ciò nondimeno la repressione dei reati militari fu particolarmente dura, inasprita dai bandi di guerra e supportata dalle circolari del Generale Cadorna che imponeva interpretazioni “autentiche” dei codici, in vista di una applicazione severissima delle norme e delle pene vigenti²⁹.

A guerra finita, fu ripreso il cammino delle riforme, e il 16 novembre 1920 fu dato mandato ad Agostino Berenini di presiedere un’altra Commissione per redigere il testo di un nuovo Codice penale militare. Il Progetto prevedeva una codificazione unica per tutte le forze armate, valida sia in tempo di pace sia in tempo di guerra, e sottraeva alla giurisdizione militare i reati che avessero perfetta corrispondenza con quelli comuni, riservandole solo i reati strettamente militari, che per la qualità del soggetto agente o per l’oggetto dell’azione “incidessero in via diretta sulle condizioni essenziali di vita dell’organismo militare”³⁰. Presentato al Ministro della Guerra Bonomi, il Progetto non riuscì a superare l’iter parlamentare.

Il 31 ottobre 1922 il partito fascista andò ufficialmente al governo. Sul piano della codificazione vi fu una notevole accelerazione³¹. Nel giugno 1925 venne istituita una Commissione

²¹ V. le opinioni degli onorevoli Pansini, Spirito e Mel, *ivi*, 4634.

²² V. ancora C. LATINI, *Una “giustizia d’eccezione”*, cit., 71. P. Vico, *Diritto penale militare*, in E. PESSINA (a cura di) *Enciclopedia del Diritto penale italiano, Raccolta di monografie*, Roma-Milano-Napoli, 1908, vol. XI, 83.

²³ L’episodio sarà ricordato dall’on. Gasparotto, in sede di Assemblea costituente, loc. ult.cit. Quella di votare l’abolizione fu perciò una «reazione contro la giustizia militare, una reazione politica».

²⁴ Ministero della guerra, *Regolamento di disciplina militare per il R. Esercito*, Voghera Enrico, Roma, 1907.

²⁵ V. G. DALLERA, *Premessa storica*, cit., 10.

²⁶ Il Codice penale per il Regno d’Italia fu approvato il 30 giugno 1889 ed entrò in vigore il 1° gennaio 1890.

²⁷ Il Codice di procedura penale fu approvato con Regio decreto 27 febbraio 1913, n. 127 ed entrò in vigore il 1° gennaio 2014.

²⁸ Uno dei fattori disfunzionali era anche costituito dall’obbligo generale per i cittadini maschi di espletare il servizio militare con ferma triennale. La codificazione esistente non reggeva a queste pressioni, essendo stata pensata per un’altra – e ben più ristretta – tipologia di utenza. G. DALLERA, *Premessa storica*, cit., 9 ss.

²⁹ G. DALLERA, *Premessa storica*, *ibidem*.

³⁰ Così S. MALIZIA, *Codici penali militari*, cit., 289.

³¹ Non è questa la sede per ricordare l’altra, importantissima vicenda dell’istituzione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Esso fu istituito con legge 25 novembre 1926, n. 2008, Provvedimenti per la Difesa dello Stato, era competente

Reale per la riforma della legislazione penale militare, presieduta dal senatore Pietro Di Vico; il 14 giugno 1926 venne nominata la Commissione per l'esame del disegno di legge “Nuovo Codice penale militare”, guidata dal senatore Mariano D’Amelio; nel 1933 il Governo nominò una Commissione ministeriale, con presidente Ovidio Ciancarini, per completare i lavori.

I vari Progetti non erano omogenei. In sostanza si contrapponevano due diverse visioni in tema di ruolo e funzione della codificazione stessa.

Per un primo orientamento sarebbe stato opportuno creare un diritto penale militare che rappresentasse un sistema di legislazione militare *complementare* rispetto a quello della legislazione ordinaria. Avrebbero dovuto essere considerati militari sia fatti tipicamente militari sia delitti comuni devoluti alla giurisdizione militare, cui, comunque, tutti i membri appartenenti alle Forze armate avrebbero dovuto essere assoggettati, qualunque fosse stata la qualificazione del delitto commesso.

Un'altra impostazione riteneva doversi configurare una codificazione militare *integrale*, inserendo nei codici tutti i fatti costituenti reati militari.

Fu la Commissione presieduta da Ciancarini a dover varare la riforma, e in tempi stretti. Servendosi dei lavori pregressi – e pur non condividendone l'idea di fondo – venne proposto un sistema di complementarietà tra il codice penale e i codici penali militari, in cui venivano compresi reati militari e reati comuni. Il novero dei reati comuni attratti nei codici militari fu però ampliato; inoltre alla giurisdizione militare venne affidata la competenza a giudicare non soltanto dei reati commessi dai soli militari in servizio alle armi, ma da altre tipologie di persone, la cui nozione venne codicisticamente precisata (artt. 4 ss. c.p.m.p.). Per reato militare il codice intese qualunque violazione della legge penale militare; per reato esclusivamente militare quello costituito da un fatto che, nei suoi elementi materiali costitutivi, non è, in tutto o in parte, previsto come reato dalla legge penale comune (art. 37 c.p.m.p.); la dottrina elaborò invece l'espressione reato “obiettivamente” militare per indicare il reato comune che, se commesso da militari o in determinate condizioni nell'ambito militare, viene ad acquistarne la fisionomia³². Alla giurisdizione militare venne attribuita la cognizione *dei reati militari commessi dalle persone alle quali è applicabile la legge penale*

a giudicare fatti diretti contro la vita, l'integrità o la libertà personale del Re o del Reggente, della Regina, del Principe ereditario o del Capo del Governo; fatti di cui agli articoli 104, 107, 108, 120 e 252 del Codice penale; associazione, istigazione, apologia di tali fatti; ricostituzione o partecipazione o propaganda di associazioni disciolte; diffusione o comunicazione di voci o notizie false, esagerate o tendenziose sulle condizioni interne dello Stato, che arrechino ad esso nocimento del prestigio. Il tribunale speciale per la difesa dello Stato fu operante fino al 25 luglio 1943, allorché il Gran Consiglio del Fascismo esautorò dalle funzioni di capo del governo Mussolini, che sarà subito arrestato e imprigionato per ordine del Re. Il Tribunale fu successivamente ricostituito nella c.d. Repubblica di Salò, instaurata il 23 settembre 1943 da Mussolini, nella parte di territorio italiano occupato dai Tedeschi. Composto in piccola parte da appartenenti alle forze armate (Art. 7: ...il tribunale speciale (è) costituito da un presidente scelto tra gli ufficiali generali del Regio esercito, della Regia marina, della Regia aeronautica e della Milizia volontaria per la sicurezza nazionale, di cinque giudici scelti tra gli ufficiali della Milizia volontaria per la sicurezza nazionale, aventi grado di console, l'uno e gli altri, tanto in servizio attivo permanente, che in congedo o fuori quadro, e di un relatore senza voto scelto tra il personale della giustizia militare), fu incaricato di giudicare dei reati contro il Regime, avvalendosi di sanzioni riconvertite in alcuni casi nella pena di morte, tipologia di pena che il codice penale del 1890, a differenza di quello del 1930, non prevedeva e che la l. 25 novembre 1926, n. 2008 aveva invece utilizzato per punire i reati più gravi. Il suo mandato, funzionale alla difesa dello Stato, pur non rientrando in questa trattazione tematica, dimostra gli strumenti deviati ed eccezionali. V. ancora l'art. 7 u.c.o.: Quando concorrano le condizioni previste dall'art. 559 del Codice penale per l'esercito, possono altresì costituirsi tribunali straordinari. Nei procedimenti pei delitti previsti dalla presente legge si applicano le norme del Codice penale per l'esercito sulla procedura penale in tempo di guerra. Tutte le facoltà spettanti, ai termini del detto Codice, al comandante in capo, sono conferite al Ministro per la guerra. Le sentenze del Tribunale speciale non sono suscettibili di ricorso né di alcuno dei mezzi di impugnativa, salva la revisione, adoperati sostanzialmente dalle leggi dell'epoca, non ricollegabili alle vicende dell'ordinamento militare, di cui tuttavia vengono utilizzati i testi normativi, come dimostra l'art 7 che stabilisce il ricorso alle norme del Codice penale per l'esercito sulla procedura penale in tempo di guerra.

³² S. MALIZIA, *Codici penali militari*, cit., 289.

militare (art. 263 c.p.m.p.³³) e di una serie di delitti, elencati all'art. 264 c.p.m.p., in cui era comunque presente una connessione con l'elemento militare³⁴.

I codici penali militari proposti dalla Commissione istituivano dunque una giurisdizione unica per tutte le forze armate, pur prevedendo norme particolari rispetto alle esigenze proprie di ciascuna; distinguevano il codice di pace da quello di guerra, complementare ma autonomo rispetto ad esso, e applicabile in presenza di determinati presupposti. Va notato che, per entrambi i codici, si fa esplicito riferimento a un più ampio concetto di “legge militare” cui le disposizioni codicistiche vanno applicate³⁵. Rispetto al sistema penale generale i testi vennero coordinati al Codice penale e al Codice di procedura penale del 1930³⁶ e disciplinati dai principi e dai criteri cui questi si ispiravano, con gli adattamenti indispensabili. Erano caratterizzati da tempi processuali rapidi, non sempre bilanciati dal rispetto delle garanzie, e, nel Codice penale militare di guerra, fu previsto un complesso organico di norme per reprimere le violazioni delle leggi e degli usi della guerra.

³³ L'articolo è stato profondamente modificato, nell'Italia repubblicana, dalle pronunce della Corte costituzionale che, con sentenza 22 febbraio - 3 marzo 1989, n. 78, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui sottrae al tribunale per i minorenni la cognizione dei reati militari commessi dai minori degli anni diciotto appartenenti alle forze armate e, con sentenza 23 ottobre - 10 novembre 1992, n. 429 ne ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale nella parte in cui assoggetta alla giurisdizione militare le persone alle quali è applicabile la legge penale militare, anziché i soli militari in servizio alle armi o considerati tali dalla legge al momento del commesso reato».

³⁴ Il testo originario del 1941 era il seguente:

«Giurisdizione militare in relazione a determinati reati -

Ai tribunali militari appartiene altresì la cognizione:

1) dei delitti previsti dalla legge penale comune e perseguibili d'ufficio, commessi da militari:

a) a danno del servizio militare o dell'amministrazione militare;

b) a danno di altri militari, purché in luoghi militari o a causa del servizio militare;

c) con abuso della qualità di militare o durante l'adempimento di un servizio militare;

2) dei delitti previsti dagli articoli 270, 271 e 272 del Codice penale, commessi da militari;

3) del delitto di renitenza alla leva e di ogni altro reato previsto dalle leggi di reclutamento delle varie forze armate dello Stato, da chiunque commessi;

4) dei delitti di furto, previsti dagli articoli 624 e 625 del Codice penale, commessi a danno dell'amministrazione militare, nell'interno di arsenali, stabilimenti, officine e altri luoghi militari, da persone diverse dai militari in servizio, che vi siano addette per ragioni di impiego, ufficio o lavoro;

5) dei delitti previsti dagli articoli 372, 373, 374, 375 e 377 del Codice penale, da chiunque commessi nei procedimenti di competenza dei tribunali militari;

6) dei reati da chiunque commessi in udienza davanti ai tribunali militari e che siano immediatamente giudicati;

7) degli altri reati, la cui cognizione è demandata dalla legge ai tribunali militari».

Rispetto a tale formulazione, è stato osservato che, tramite l'art. 264 Codice penale militare di pace, soprattutto per i fatti di cui ai nn. 1 e 4, il legislatore aveva creato dei veri e propri reati militari, per la qualità del soggetto attivo o per la natura del bene/interesse offeso, ambedue militari. V. M. NICOLOSI, voce *Reato militare*, cit., 205 in riferimento a G. SUCATO, *Istituzioni di diritto penale militare*, Roma, 1941, 113 s., e a R. VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1959, 107.

³⁵ Tutto il titolo primo del libro primo del Codice penale militare di pace è significativamente intitolato *Della legge penale militare* e l'art. 19 (*Materie regolate da altre leggi penali militari*) stabilisce che Le «disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate dalla legge penale militare di guerra e da altre leggi penali militari, in quanto non sia da esse stabilito altrimenti». Questo permetteva, come sottolineato da D. BRUNELLI, G. MAZZI, *Diritto penale militare*, II ed., Milano, 1998, 12, «un controllo politico circa l'applicazione di norme particolarmente delicate, o comunque per legare a tale applicazione un preliminare messaggio politico».

³⁶ I testi definitivi del Codice penale e del Codice di procedura penale sono stati approvati rispettivamente con Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398 e Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1399 (GU Serie Generale n.251 del 26-10-1930)

2. I codici militari del 1941 e i termini del riconoscimento della giurisdizione militare nella Costituzione repubblicana

Con Regio Decreto 20 febbraio 1941 n. 303, i progetti di codici, esaminati dalla Commissione delle Assemblee legislative³⁷, furono promulgati e entrarono in vigore il 21 maggio di quell'anno; mentre con Regio Decreto 9 settembre 1941 furono emanate le disposizioni transitorie e di coordinamento³⁸ e l'Ordinamento giudiziario militare³⁹.

Come Ministro della Guerra, Benito Mussolini nella Relazione al Re sull'Ordinamento giudiziario affermò che, vista l'estensione della nozione del reato militare e della giurisdizione militare fatta dai nuovi codici militari oltre i limiti rigorosi di materia e di persona che «potevano ritenersi adeguati alle necessità di una sorpassata organizzazione militare, il nuovo ordinamento giudiziario non faceva che incrementare il principio, già consacrato nel nuovo sistema penale di rito comune, che debba prevalere la diretta tutela degli interessi militari in tutti i casi in cui questi risultino lesi o posti in pericolo, ancorché da parte di persone che non appartengono alle forze armate dello Stato⁴⁰». Sotto il profilo della strutturazione dell'autorità giudiziaria militare, va inoltre ricordato che erano sempre gli ufficiali delle Forze armate a presiedere i Collegi giudicanti e a prevalere nella loro composizione. Inoltre la dipendenza della giurisdizione militare dall'autorità militare costituiva una realtà resa visibile anche dalla collocazione ambientale e di contesto: i tribunali militari erano infatti insediati nelle sedi di grandi unità militari⁴¹.

La fine della seconda guerra mondiale evidenziò, sul piano giuridico, e con scarso successo, l'esigenza di una rivisitazione dell'intero sistema giuridico, funzionale ad adeguarlo ai nuovi valori della Repubblica.

Della giurisdizione militare si occupò innanzitutto la Carta costituzionale: per quanto riguarda la giurisdizione, si trattava soprattutto di decidere se mantenere il Consiglio di Stato e le giurisdizioni amministrative; la Corte dei conti e la magistratura militare. La Costituzione, in sostanza, concluse per una tendenziale unità della giurisdizione⁴². Per la materia militare, l'art 103 u.c. stabilì che *I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate*.

I lavori preparatori mostrano come questa soluzione non fosse assolutamente scontata, ma nacque dal confronto di orientamenti e argomenti molto diversi tra loro.

³⁷ Commissione parlamentare prevista dalla l. n. 2153 del 25 nov. 1926

³⁸ Per questa rapida ricostruzione cfr. *I lavori preparatori dei codici italiani*, cit., 313. La Relazione e il Regio Decreto 9 settembre 1941-XIX, n. 1023, *Disposizioni di coordinamento, transitorie e di attuazione dei Codici penali militari di pace e di guerra*, sono pubblicati nel *Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale*, n. 229 del 27 settembre 1941-XIX.

³⁹ La Relazione e il Regio Decreto 9 settembre 1941-XIX, n. 1022, *Ordinamento giudiziario militare*, sono pubblicati anch'essi sul *Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale*, n. 229 del 27 settembre 1941-XIX. In particolare, nella Relazione al Re con cui il Ministro della Guerra Mussolini, presenta il *corpus* normativo sull'ordinamento giudiziario militare, viene ribadita l'opportunità di un trattamento autonomo della materia («È un bene che – a differenza delle proposte precedenti – le norme riflettenti l'ordinamento giudiziario, che deve conformarsi in ogni tempo alle esigenze degli ordinamenti militari, costituiscano un testo di legge distinto dai codici, contenenti un complesso di disposizioni che hanno necessariamente carattere di stabilità». V. Relazione su *Ordinamento giudiziario militare*, cit., *Preambolo*). Le novità sono rappresentate dalla costituzione di tribunali unici per tutte le forze armate dello Stato e dalla loro composizione (quanto all'organico, dei tribunali militari fa parte un adeguato numero di giudici - oltre il presidente e il relatore - rappresentanti proporzionalmente le varie forze armate: cinque del Regio esercito, cinque della Regia marina, cinque della Regia aeronautica, cinque della Milizia volontaria per la sicurezza nazionale e due della Regia guardia di finanza, mentre la composizione del collegio dipende dalla natura del fatto che forma oggetto della imputazione, dall'appartenenza dell'imputato a una o ad altra delle forze armate, dal grado di coloro a cui il giudizio si riferisce: *ivi*, par. 1); dall'inserimento nel Tribunale supremo anche di consiglieri di Cassazione per cercare di non creare difformità interpretative (*ivi*, par. 5); da un collegamento funzionale tra l'organizzazione giudiziaria del tempo di guerra all'organizzazione giudiziaria del tempo di pace (*ivi*, par. 6).

⁴⁰ *Ivi*, par. 11.

⁴¹ Così M. BLOCK, *Commento all'art.103, ultimo comma, della Costituzione*, in *La magistratura*, 27 ottobre 2022, reperibile online, par. 1.1.

⁴² In generale v. sul punto L. CHIEFFI, *La magistratura. Origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli, 1998, 67 ss.

Nell'impossibilità di ricostruire qui nel dettaglio le opinioni sostenute nell'ambito della seconda Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, cui erano stati affidati i lavori sul potere giudiziario, e dell'Assemblea costituente⁴³, penso che le posizioni possano venire sintetizzate nei termini seguenti, non senza ricordare che sul punto si espressero giuristi di indiscusso valore.

In partenza, larga parte dei componenti si dichiarò contraria al mantenimento della giurisdizione militare e favorevole all'unità della giurisdizione: tra i nomi più illustri quelli di Piero Calamandrei e Giovanni Leone⁴⁴. Calamandrei sostenne la soluzione *più rigorosa*, e cioè l'*abolizione generale di tutte le giurisdizioni speciali*, prospettando come unica possibile eccezione la limitazione del funzionamento dei Tribunali militari al tempo di guerra⁴⁵. Leone, eventualmente favorevole al mantenimento del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, riteneva invece opportuno sopprimere i Tribunali militari⁴⁶. Innanzitutto esclude che l'esistenza di un Codice penale militare implicasse l'istituzione di un giudice specializzato; fece poi rilevare che la giustizia militare, formata tutta di elementi militari, a partire dal Presidente, non era in grado di offrire i necessari requisiti di competenza tecnico-giuridica; sottolineò l'irragionevolezza della presenza di un giudice speciale in uno Stato democratico, nel quale tutti i cittadini debbono avere un'unica giurisdizione. L'idea era piuttosto quella di stabilire, nella giurisdizione comune, delle sezioni speciali in cui i militari, intervenendo come componenti del collegio, avrebbero portato il loro contributo tecnico.

Per altri invece i Tribunali militari avrebbero dovuto essere mantenuti perché potenziano la disciplina militare, che deve essere ferrea anche per un piccolo esercito. L'obiezione relativa alla vastità della loro giurisdizione, per cui praticamente ogni cittadino poteva essere sottoposto alla loro competenza, avrebbe potuto essere superata lasciando ai Tribunali militari la sola competenza a giudicare dei reati militari commessi da militari. Il problema della composizione del collegio avrebbe potuto essere risolto dandone la presidenza a un magistrato militare⁴⁷. Da un punto di vista teorico, Costantino Mortati fu tra gli assertori del principio della pluralità delle giurisdizioni, e quindi anche del mantenimento dei Tribunali militari⁴⁸.

Il confronto delle posizioni portò alla formulazione di un progetto, da parte dell'on. Leone, che prevedeva la possibile istituzione dei Tribunali militari solo in tempo di guerra⁴⁹, *quando la giustizia deve adattarsi a particolari contingenze belliche e non sarebbe concepibile una giustizia diversa da quella militare*⁵⁰, soluzione a cui si controbatteva prospettando il probabile malfunzionamento di un organo istituito solo alla bisogna⁵¹, prospettiva che avrebbe tuttavia potuto

⁴³ È possibile leggerne i lavori per esteso in Fabrizio Calzaretti (a cura di) *La nascita della Costituzione*, cit., *sub* art. 103..

⁴⁴ Il riferimento è tratto dalla discussione del 5 dicembre 1946, in Fabrizio Calzaretti (a cura di), *La nascita della Costituzione*, ult. cit.

⁴⁵ L'unità della giurisdizione sarebbe stata la via per garantire l'indipendenza del giudice, la certezza del diritto, la semplificazione dell'ordinamento giudiziario e la creazione di un ordine unico.

⁴⁶ Un discorso completamente diverso riguarda il Tribunale militare straordinario, convocato dal comandante del Comando presso il quale è istituito il competente Tribunale militare territoriale.

⁴⁷ Sono qui riportate, esemplificativamente, le posizioni espresse dall'onorevole Castiglia nella seduta del 6 dicembre 1946, in Fabrizio Calzaretti (a cura di) *La nascita della Costituzione*, loc. cit. Nella seduta del 31 gennaio 1947, in sede di Seduta plenaria antimeridiana per la Commissione per la Costituzione, l'on. Codacci Pisanelli si esprimerà nuovamente a favore del mantenimento dei tribunali militari, ma il suo emendamento non sarà approvato.

⁴⁸ V. l'emendamento che proporrà nella seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente il 21 novembre 1947.

⁴⁹ *I Tribunali militari possono essere istituiti soltanto in tempo di guerra*, secondo comma dell'art. 14 del Progetto Leone, presentato nella seduta del 20 dicembre 1946, *ivi*. Dello stesso avviso, alla fine, anche l'on. Calamandrei.

⁵⁰ L'on. Leone continua la sua argomentazione rilevando che: «I Tribunali militari straordinari seguono le armate anche fuori dal territorio nazionale e non sarebbe concepibile una giustizia diversa da quella militare, perché i giudizi commessi da appartenenti alle Forze armate dovrebbero altrimenti essere trasferiti a Tribunali ordinari metropolitani, lontani spesso anche migliaia di chilometri».

⁵¹ V. ad es. le osservazioni degli onorevoli Bulloni e Bozzi, che sottolineavano peraltro come la giustizia militare sia il necessario completamento della disciplina e della vita delle Forze armate; che la lunga tradizione in materia aveva un forte peso specifico; che la soppressione dei Tribunali militari in tempo di pace avrebbe prodotto pessimi giudici in tempo di guerra; che era altamente preziosa nell'amministrare la giustizia la particolare competenza e sensibilità al contesto dei Tribunali militari.

essere scongiurata, secondo l'on. Leone, da una buona organizzazione, in tempo di pace, dei meccanismi da far scattare in caso di guerra⁵². La ferma opposizione dell'on. Leone al mantenimento dei Tribunali militari in tempo di pace era argomentata anche con altre due motivazioni: la scarsità delle garanzie offerte da tali organi e la dipendenza del giudice militare dall'esecutivo⁵³. D'altro canto, a questo proposito, si era motivato con forza che i legami di dipendenza tra la giustizia militare, il Ministero della difesa e l'autorità militare avrebbero potuto fare di essa un mero strumento di potere⁵⁴.

La decisione di giungere alla soppressione del Tribunale Supremo Militare⁵⁵ fu invece accolta abbastanza pacificamente, così come il trasferimento delle sue competenze alla Corte di cassazione, anche se gli "antiabolizionisti" ritenevano che la volontà di sopprimere l'organo scaturisse da una mancata conoscenza delle sue funzioni, e che il suo mantenimento fosse strettamente funzionale a permettere di giudicare con una conoscenza preziosa, ma altrimenti irraggiungibile, dello svolgimento della vita militare. I Costituenti stabilirono, nella VI Dichiarazione transitoria e finale che entro un anno dall'entrata in vigore della Costituzione – e dunque nel 1949 - si dovesse procedere al riordinamento del Tribunale Supremo Militare in relazione all'articolo 111. Il Tribunale Supremo Militare sarebbe stato soppresso, in effetti, con legge 7 maggio 1981, n. 180.

In sede di Assemblea costituente, gli onorevoli Bettiol, Vallebruna, Gasparotto, Bellavista e Persico⁵⁶ riaffermarono la necessità di mantenere anche i tribunali militari in tempo di pace riassumendone così le ragioni: 1) perché si tratta di una giustizia più aderente ai rapporti della vita militare, che non può essere affidata che al giudizio dei militari; 2) per la natura particolare dei reati militari, la quale esige una speciale sensibilità come, ad esempio, nel caso, non infrequente anche in tempo di pace, delle mutilazioni volontarie per evadere agli obblighi militari; 3) per la necessità della immediatezza della repressione, date «le ferme brevi applicate dall'ordinamento militare odierno», così da non arrivare al paradosso che il militare sia giudicato da un giudice ordinario, oberato di lavoro, soltanto una volta tornato alla vita civile, quando non è più militare, ma ha ripreso il suo posto di cittadino⁵⁷. Con l'ulteriore precisazione che l'immediatezza del giudizio e la repressione immediata non sono tanto funzionali a uno scopo punitivo, quanto a uno scopo educativo, come esempio agli altri⁵⁸.

Calamandrei, Leone e Palermo restarono contrari al mantenimento della magistratura militare, e altri costituenti continuarono a far rilevare l'intollerabilità di un organo giudicante dipendente dall'esecutivo⁵⁹.

Di rilievo, tuttavia, l'opinione espressa dall'on. Leone: nel ribadire la sua contrarietà a una magistratura militare nella composizione e nel contesto istituzionale e giuridico del tempo, egli ammise tuttavia che la permanenza della giurisdizione in tempo di pace avrebbe potuto essere

⁵² V. anche le osservazioni adesive dell'on. Mannironi, sempre nel corso della stessa seduta.

⁵³ Sul problema ulteriore della dipendenza dei giudici militari dall'esecutivo, v. anche le osservazioni dell'on. Salerno in sede di Assemblea costituente, l'11 novembre 1947, seduta pomeridiana e il 14 novembre, nella seduta pomeridiana, dall'on Leone.

⁵⁴ Quest'ultima osservazione è ricordata dall'on. Castiglia e ripresa dalla Relazione di minoranza della Commissione per lo studio dell'ordinamento della giustizia militare, in cui l'avvocato Palermo sottolinea come la giustizia militare, essendo «alle dirette dipendenze del potere esecutivo, e, più particolarmente, del Ministero della difesa e della autorità militare», offre al potere da cui dipende la possibilità di essere usata come «organo di giustizia politica, come arma liberticida, e strumento di governi autoritari». (seduta antimeridiana 13 novembre 1947 dell'Assemblea costituente).

⁵⁵ Come ricorda l'on. Leone nella seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente del 14 novembre 1947, «il Tribunale supremo militare è una figura che risale al 1855. Nel Regno di Sardegna, da cui deriva quello d'Italia, non esisteva un organo supremo di giustizia militare: era competente, invece, la Corte di cassazione, secondo il regio editto 30 dicembre 1847 n. 638. Nel progetto del Codice penale militare del 1855 fu proposta l'istituzione di un "supremo collegio militare", che trovò attuazione nel Codice sardo del 1859. La dottrina non fu mai d'accordo su tale istituzione e la questione si è ripresentata in occasione dei numerosi progetti di riforma».

⁵⁶ Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 7 novembre 1947 e in quella del giorno successivo.

⁵⁷ V. in particolare le appassionante argomentazioni di Gasparotto nella seduta antimeridiana dell'Assemblea Costituente del 13 novembre 1947.

⁵⁸ Seduta antimeridiana dell'Assemblea costituente del 13 novembre 1947.

⁵⁹ V. le dichiarazioni dell'on Cortese, Assemblea costituente, seduta antimeridiana 12 novembre 1947.

mantenuta, qualora una serie di presupposti fossero venuti a mutare⁶⁰ e si fosse stabilita, in sede costituente, la garanzia di indipendenza dei tribunali militari (pubblico ministero e giudici) nei confronti del potere esecutivo⁶¹.

Comunque, a considerazioni relative all'organizzazione istituzionale si affiancò ancora una volta il tema relativo ai fatti da sottoporre alla giustizia militare, fatti che avrebbero dovuto essere individuati «con legge speciale, sottratta ... alla Costituzione»: e, in quest'ambito, «i reati essenzialmente militari avrebbero dovuto essere separati da tutti quei reati nei quali il militare, pur delinquente, pur mancando al rispetto della legge nella sua qualità di soldato, offende non la legge militare, ma la legge civile»⁶². Inoltre si sottolineò l'esigenza di stemperare il rigore delle sanzioni previste dai codici militari.

L'idea che andò maturando nell'Assemblea costituente fu quella del mantenimento dei tribunali militari anche in tempo di pace, ferma restando la necessità che leggi ordinarie procedessero poi a un generale riordino della materia, limitando, *ratione obiecti*, la giurisdizione militare ai reati militari ed escludendone, *ratione personae*, l'applicabilità per connessione ai civili⁶³.

Il 21 novembre 1947 l'Assemblea costituente approvò questa formulazione:

«I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle forze armate.

«La legge determina le condizioni necessarie ad assicurare l'indipendenza dei giudici e del pubblico ministero militari di fronte al governo.

«Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge».

Tuttavia, nel testo coordinato dal Comitato di redazione prima della votazione finale in Assemblea e distribuito ai Deputati il 20 dicembre 1947, non vennero riportati gli ultimi due commi e la versione definitiva dell'art. 103 della Costituzione riguardo ai Tribunali militari fu limitata a quella prevista dal primo comma: «I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle forze armate»⁶⁴.

In materia di giurisdizione, i Costituenti compirono dunque una scelta tendenzialmente unitaria, ma con deroghe strettamente indicate.

3. L'evoluzione dell'ordinamento militare e i dibattiti della Bicamerale in materia di giurisdizione

Su un piano generale, anche nell'ottica della normativa in ambito militare, la Costituzione non poteva non rappresentare un momento di cesura in relazione a leggi che, sebbene avessero conosciuto una gestazione lunga decenni, erano state nondimeno emanate da Mussolini in un periodo di guerra, con la nazione in armi.

⁶⁰ «Qual è, in definitiva, per concludere, la mia opinione su questi tribunali militari? Che i tribunali militari territoriali, nella composizione in cui si presentano oggi, non possono giustificare la loro presenza, soprattutto perché sono slegati da un'organizzazione giudiziaria indipendente, sovrana, autonoma. E nello stesso momento in cui noi riaffermiamo l'indipendenza e potenziamo la sovranità del potere giudiziario ordinario, sarebbe strano non sentire il problema della giustizia militare. Ché, ove si dovessero mantenere — e occorre che io, Relatore, ponga questo problema alla vostra coscienza e alla vostra intelligenza — occorrerebbe chiaramente provvedere nella Costituzione a definire il loro inquadramento, per lo meno per la parte che attiene agli organi tecnici della giustizia militare, in una organizzazione giudiziaria unitaria indipendente e che risalga al Ministero della giustizia. Nessuna meraviglia che si debba risalire alla Magistratura ordinaria per destinare quegli elementi tecnici che devono partecipare alla giustizia militare». Così G. Leone, intervento alla seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente, 14 novembre 1947.

⁶¹ Intervento nella seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente del 21 novembre 1947.

⁶² On. Gasparotto, Assemblea costituente, seduta antimeridiana 13 novembre 1947.

⁶³ V. l'intera discussione svoltasi durante la seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente del 21 novembre 1947.

⁶⁴ V. M. BLOCK, *Commento all'art.103*, cit.

Non rientra nel perimetro di questo lavoro seguire l'evoluzione della legislazione militare⁶⁵. Sono dati per noti gli interventi operati sul sistema dagli anni '80 fino al 1997⁶⁶: la progressiva e costante demolizione da parte della Corte costituzionale di una serie di articoli dei codici militari⁶⁷; l'abolizione del Tribunale supremo militare; il ruolo della Corte di cassazione e l'ufficio del Pubblico ministero militare istituito presso di essa; il rinnovamento della composizione dei collegi giudicanti; le garanzie apprestate agli imputati; l'indipendenza garantita alla giustizia militare, divenuta parallela a quella ordinaria e dotata di un organo analogo al Consiglio Superiore della Magistratura⁶⁸; i cambiamenti in tema di distribuzione territoriale⁶⁹.

Il quadro della materia militare che era venuto a delinearsi nel giro di quarant'anni, era profondamente mutato rispetto ai tempi della Costituente: la magistratura militare aveva assunto quei caratteri ritenuti dall'on. Leone fondanti per un organismo giudicante, quale l'indipendenza dei giudici e dei pubblici ministeri rispetto al governo, e il legislativo aveva progressivamente delineato una diversa geografia di sistema.

Quanto al tema della giurisdizione, la Corte costituzionale, con una sentenza del 1992, aveva chiarito come l'art. 103, comma 3, avesse ben distinto e separato giurisdizione e legge penale militare. In tempo di pace, il limite soggettivo dell'assoggettamento alla legge penale militare è costituito dall'aver commesso il reato durante il servizio alle armi, dovendosi adire la giurisdizione ordinaria – che sta alla giurisdizione militare come la regola all'eccezione – nel caso in cui i reati previsti dalla legge militare siano commessi da appartenenti alle Forze armate non in servizio alle armi⁷⁰.

3.1. La terza Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali e la questione del riparto

Il problema del riparto di giurisdizione si ripropose all'attenzione del legislatore nel 1997, nell'ambito della terza Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali. Istituita con l. cost. 24 gennaio 1997, n. 1, la Commissione, nel giro di alcuni mesi, presentò in Parlamento un articolato che investiva anche l'art. 103, comma 3, della Costituzione, riaccendendo il dibattito già affrontato dai Costituenti e riprendendo la tipologia di argomenti "storicamente" utilizzati in materia di riparto.

Mandato della Commissione era quello di elaborare progetti di revisione della parte II della Costituzione, in particolare in materia di forma di Stato, forma di governo e bicameralismo, sistema delle garanzie (art. 1.4)⁷¹. In quest'ambito rientra il Titolo IV della Carta costituzionale, che avrebbe

⁶⁵ Vanno comunque ricordate le modifiche apportate dalla l. 23 marzo 1956, n. 167, Modificazioni al Codice penale militare di pace ed al Codice penale e dalla l. 11 luglio 1978, n. 382, Norme di principio sulla disciplina militare.

⁶⁶ V. per tutti D. BRUNELLI, G. MAZZI, *Diritto penale militare*, Seconda edizione, 1998, cit.

⁶⁷ Cfr. G. SCANDURRA, D. SCANDURRA (a cura di), *Il diritto penale militare. Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte di Cassazione*, Milano, 2002.

⁶⁸ L. BAIADA, *I crimini internazionali e i tribunali militari italiani*, in *ilponterivista.com*, 2022, esprime dubbi sulla parità di garanzie, anche in ragione della differenza di composizione tra CSM e CSMM, in cui il numero dei magistrati eletti è inferiore rispetto a quelli che sono chiamati a far parte del CSM, ricordando come la parità assoluta di garanzie sia ineludibile nella materia penale non solo alla luce degli strumenti delle agenzie sovranazionali, ma anche per la legge delega n. 71 del 2022 in tema di stato giuridico dei magistrati militari.

⁶⁹ I riferimenti principali – fino al 1997 – sono alla legge 7 maggio 1981 n. 180 che, in adeguamento alle direttrici costituzionali, riforma l'ordinamento giudiziario militare di pace, assimila i magistrati militari a quelli ordinari, assicura loro le stesse garanzie, dispone che la Corte sia presieduta da un giudice militare e non più da un ufficiale, abolisce il Tribunale Supremo Militare ((v. Corte cost. 2 febbraio 1983 n. 32 del per l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 6 e 16 cpv. della legge 1/1981 nelle parti in cui prevedono la soppressione del Tribunale Supremo Militare e l'attribuzione del potere di decisione sui ricorsi contro i provvedimenti dei giudici militari ad una sezione ordinaria, anziché specializzata, della Corte suprema di cassazione, sollevata in riferimento alla VI Disposizione transitoria della Costituzione in relazione agli artt. 102, secondo comma, e 103, terzo comma, Cost., dalla Corte di cassazione, Sez. I penale); al d.l. 27 ottobre 1986, n. 700, convertito con l. 23 dicembre 1986, n. 1987, che ha istituito il Tribunale militare di sorveglianza; alla legge 30 dicembre 1988 n. 561 che ha istituito, in parallelo al CSM, il Consiglio della magistratura militare quale organo di autogoverno per i magistrati militari; alla legge 13 ottobre 1994, n. 589 che ha disposto per i delitti previsti dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra, l'abolizione della pena di morte.

⁷⁰ Corte Cost., 10 novembre 1992, n. 429.

⁷¹ La Commissione bicamerale, composta da 35 deputati e 35 senatori, ebbe come presidente eletto Massimo D'Alema. Relatore sul sistema delle garanzie il deputato Marco Boato.

dovuto essere ridiscusso anche sotto il profilo del riparto della giurisdizione. Del resto il Comitato istituito per l'esame istruttorio delle norme in materia di «sistema delle garanzie» aveva messo in agenda come primo tema proprio quello attinente alla unità o alla pluralità della giurisdizione, secondo una corretta scala di propedeuticità⁷².

In materia viene in effetti riproposta l'impostazione fatta propria dall'Assemblea costituente favorevole all'unità *tendenziale* della giurisdizione: escluse le posizioni estreme, la Bicamerale si pronunciò per il mantenimento di una unità "funzionale", per effetto della quale sarebbe continuata a sussistere la distinzione tra giurisdizioni, ricondotte però a un più ampio grado di coordinamento e di unitarietà⁷³. Tuttavia questa soluzione non si affermò senza contrasti. A cominciare dall'on. Boato, a inizio dei lavori molti ritenevano che essa non avrebbe fatto che avallare una scelta solo apparentemente unitaria, dato il sostanziale mantenimento – e la cospicuità – delle eccezioni, che concretavano in realtà una diversa opzione: quella del pluralismo giurisdizionale⁷⁴. E sostenevano fosse più appropriato dar vita a una "sostanziale" unità della giurisdizione per effetto della quale tutte le giurisdizioni allora vigenti venissero ricondotte a unità, da realizzarsi in capo a un'unica magistratura⁷⁵.

La concreta riformulazione del terzo comma dell'art. 103 della Costituzione, approvato dalla Commissione il 4 novembre 1997, portò invece a un riconoscimento, seppur molto limitato, dei tribunali militari⁷⁶. In effetti la proposta finale fu quella di sopprimere la giurisdizione militare in tempo di pace⁷⁷ e di istituire i tribunali militari solo in tempo di guerra⁷⁸, riconoscendo loro

⁷² V. M. BOATO, *Relazione sul sistema delle garanzie*, riportata all'interno del *Progetto di legge costituzionale. Revisione della parte seconda della Costituzione*, Camera dei Deputati - Senato della Repubblica N. 3931-A N. 2583-A, XIII Legislatura, trasmesso alle Presidenze di Camera e Senato il 4 novembre 1997, reperibile online, 80 ss.

⁷³ M. BOATO, *Relazione*, cit., 82

⁷⁴ *Relazione*, cit., 80.

⁷⁵ Ed esponeva i vantaggi di una tale scelta, evidenziando come di conseguenza il cittadino, con una semplificazione da non sottovalutare, avrebbe potuto rivolgersi ad un solo giudice – che sarebbe stato ovviamente organizzato mediante un'articolazione in sezioni specializzate – per la decisione di qualsiasi tipo di controversia, indipendentemente dalla natura delle posizioni soggettive che avesse inteso far valere. *Ivi*, 81.

⁷⁶ Il testo del terzo comma dell'art. 119 del Progetto, come riportato nel *Progetto di legge costituzionale*, cit., 111, venne redatto nei seguenti termini: «i tribunali militari sono istituiti solo in tempo di guerra ed hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate. La legge assicura che il relativo procedimento si svolga comunque nel rispetto dei diritti inviolabili della persona».

⁷⁷ Per l'abolizione dei tribunali militari in tempo di pace v. le proposte, presentate al Senato, n. 2047, 28 gennaio 1997, C. Salvi e altri (PdS); n. 2027, 24 gennaio 1997, M. Pera e altri (FI); n. 1934, 14 gennaio 1997, Cossiga e le proposte, presentate alla Camera, n. 3032, 23 gennaio 1997, T. Parenti e altri (FI); n. 3071; 27 gennaio 1997, F. Mussi e altri (PdS). Cfr. L. CHIEFFI, *La Magistratura*, cit., 89 s. n. 22. L'opportunità della soppressione dei tribunali militari in tempo di pace venne basata sulla eccezionalità della loro competenza. In tale prospettiva la configurazione di sistema proposta fu ritenuta adeguata a conferire alla materia piena coerenza con i principi contenuti nella prima parte della Costituzione, laddove si afferma che l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali (articolo 11) e si finalizza l'impiego delle Forze armate alla difesa della Patria (articolo 52).

⁷⁸ Un'ipotesi di modifica dell'art. 103 della Costituzione nel senso di istituire i tribunali militari solo per il tempo di guerra o per l'adempimento di obblighi internazionali era stata presentata proprio da Marco Boato alla Commissione bicamerale. In effetti il testo precedente (v. l'allegato ai documenti esaminati dalla Commissione nella seduta del 28 ottobre, reperibile online), presentato come terzo comma dell'art. 121, aveva questa formulazione: «I tribunali militari sono istituiti solo per il tempo di guerra e possono esserlo in occasione dell'impiego delle Forze armate fuori dai confini nazionali. Hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate. La legge assicura che il relativo procedimento si svolga comunque nel rispetto dei diritti inviolabili della persona». La scelta era quella di estendere la giurisdizione dei tribunali militari non solo in caso di guerra ma anche «in occasione dell'impiego delle Forze armate fuori dai confini nazionali», intendendo così affidare loro i reati commessi durante le missioni di pace – creando però – si rilevava in Commissione – il problema del codice da applicare, visto che evidentemente si sarebbe dovuto procedere per fatti non commessi in tempo di guerra. A questo punto si sarebbe dovuto ricorrere, in tempo di pace, al codice militare di guerra, estremamente più rigoroso. Per evitare incongruenze, la Commissione accettò la proposta di emendamento della senatrice Ersilia Salvati e espunse la locuzione e tutte le implicazioni che essa comportava.

competenza a giudicare soltanto dei reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate, con garanzia del rispetto dei diritti inviolabili della persona⁷⁹.

Il fallimento della Commissione bilaterale, per le profonde divergenze politiche sulle riforme nel loro insieme, lasciò immutata la Costituzione e il suo articolo 103, comma 3, che continua dunque a regolare la materia, anche se la questione di un'eventuale, radicale soppressione dei Tribunali militari carsicamente ritorna all'attenzione della politica, senza sostanzialmente portare a risultati, probabilmente per mancanza di una visione – o di una riflessione – globale e funzionale del tema in discussione⁸⁰.

Intorno agli anni '90, di interesse sul piano giurisprudenziale è stata invece una pronuncia della Cassazione che, nell'ambito della vicenda Priebke⁸¹, riconobbe la giurisdizione dei Tribunali militari di pace in ordine ai reati di guerra commessi dagli appartenenti alle Forze armate nemiche e sui reati di guerra commessi durante lo stato di guerra⁸².

Sotto il profilo dei contenuti del diritto penale militare si è continuato a procedere lungo la strada dell'ammodernamento del sistema soprattutto sotto il profilo organizzativo⁸³.

4. Le operazioni di pace all'estero delle Forze armate e la loro disciplina giuridica

Un tema molto significativo è rappresentato dalla scelta della legge da applicare per giudicare dei fatti compiuti da appartenenti alle Forze armate all'estero, anche se gli interventi normativi in materia non mettono in discussione quale giurisdizione debba essere investita della cognizione dei fatti, ma precisano soltanto quale debba essere il codice militare da applicare.

L'art. 9 del Codice penale militare di guerra stabiliva fin dalla sua emanazione la propria operatività in quest'ambito⁸⁴. Nel contesto politico del dopoguerra, il Consiglio di Sicurezza dell'ONU⁸⁵, per «salvare le nuove generazioni»⁸⁶, comincia a organizzare missioni nelle zone di

⁷⁹ L'emendamento proposto dalla senatrice Salvati fu accolto, forse per un clima di non sicura fiducia verso i tribunali militari. Il Presidente d'Alema, come risulta dagli atti, sembrò ritenerlo pletorico, avendo rilevato come «anche in tempo di guerra i diritti della persona sono inviolabili», cfr. il *Resoconto*, cit., 2788.

⁸⁰ V. di recente, sulle proposte in materia, e sulle loro motivazioni, G. CASALENA, *Il riparto di giurisdizione de iure condendo*, in *Riv. Dir. Proc. Pen. Mil.*, 2017, n. 4, reperibile online.

⁸¹ Erich Priebke aveva partecipato, come capitano delle SS e collaboratore di Herbert Kappler, all'eccidio delle Fosse Ardeatine (24 marzo 1944). Rifugiandosi in Argentina era riuscito a sottrarsi al mandato di cattura emesso contro di lui per giudicarlo con Kappler e altri ufficiali nazisti nel processo che si sarebbe svolto davanti alle autorità militari romane dal 1948 al 1952. Rintracciato, arrestato ed estradato in Italia (1995), alla fine di un complesso iter processuale, nel 1998 fu condannato all'ergastolo dalla Corte d'appello militare, ottenendo l'anno dopo gli arresti domiciliari.

⁸² Sul punto i tribunali militari (Trib. Mil. Roma, 21 novembre 1996, Hass e Trib. Mil. Roma 4 dicembre 1996, Priebke) sostenevano il difetto di giurisdizione per un'abrogazione implicita dell'art. 6 d. lgt. 6 aprile 1944, n. 144 dopo l'entrata in vigore della Costituzione e della ratifica ed esecuzione dei Protocolli I e II alla Convenzione di Ginevra. La Cassazione invece con sentenza 10 febbraio 1997 n. 897 affermò la giurisdizione del Tribunale militare di pace, rinviando alla Corte militare di Appello che si pronunciò il 7 marzo 1998. In generale sulla giurisdizione v. D. NOTARO, *Lineamenti di Diritto penale militare italiano*, Torino, 2020, 15 ss. e P. P. RIVELLO, *Manuale del diritto e della procedura penale militare. Ordinamento giudiziario militare*, Torino, 2021.

⁸³ Il riferimento è alla legge 24 dicembre 2007, n. 244, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008), che rivede e ridimensiona l'assetto e l'organico dei tribunali, della magistratura e degli uffici giudiziari militari, nonché del CNM (art. 2, commi da 603 a 611); al d.lgs. 15 maggio 2010 n. 66, Codice dell'ordinamento militare, che disciplina l'organizzazione e i compiti delle forze armate.

⁸⁴ Art. 9 codice penale militare di guerra, art. 9, Corpi di spedizione all'estero: «1. Sono soggetti alla legge penale militare di guerra, ancorché in tempo di pace, i corpi di spedizione all'estero per operazioni militari, dal momento in cui si inizia il passaggio dei confini dello Stato, e, se trattasi di spedizione oltremare, dal momento in cui s'inizia l'imbarco del corpo di spedizione. 2. Per gli equipaggi delle navi militari o degli aeromobili militari, la soggezione alla legge penale militare di guerra ha inizio dal momento in cui è ad essi comunicata la destinazione alla spedizione». L'articolo è stato modificato dalla l. 31 gennaio 2002, n. 6, v. *infra*.

⁸⁵ Non mancano missioni portate avanti nell'ambito del rispetto di obblighi derivanti da altra fonte.

⁸⁶ Preambolo della Carta ONU, firmata a San Francisco il 26 giugno 1945: «Noi, popoli delle Nazioni Unite, decisi a salvare le future generazioni dal flagello della guerra, che per due volte nel corso di questa generazione ha portato indicibili afflizioni all'umanità». La Carta costituzionale, all'art. 11, dispone: «L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e

guerra per mantenere e riportare la pace⁸⁷. L'Italia assicura la propria partecipazione autorizzando di volta in volta la missione operativa e precisando per ogni campagna quale codice – di pace o di guerra – debba applicarsi in relazione ai reati commessi nella singola operazione. Nella maggior parte dei casi, si fa eccezione all'art. 9 c.p.m.g. riconoscendo l'applicabilità del Codice militare di pace⁸⁸. Così non è stato, però, nel caso delle missioni in Afghanistan⁸⁹ e in Iraq⁹⁰, con decisione fortemente criticata in dottrina⁹¹. L'applicabilità del Codice di pace alle missioni all'estero, anche per le pregresse operazioni *Enduring Freedom* e *Iraqi Freedom*, viene invece introdotta come regola generale con l. 4 agosto 2006 n. 247, suscitando gravi questioni di diritto transitorio.

Si imponeva comunque un ripensamento del quadro normativo per le missioni all'estero⁹² – e la necessità di regolare in modo adeguato⁹³ un ambito di materia sempre più in espansione. Del resto il mutato contesto internazionale aveva reso desueti ruolo e funzione della guerra classica. A partire dal 1945 alla nozione di guerra si era venuta ad affiancare quella di conflitto armato⁹⁴ e l'intervento armato s'intrecciava e si moltiplicava in operazioni di *peace keeping* e *peace enforcement* dai confini e dai caratteri a volte evanescenti, a volte ambigui, fino a diventare una costante della politica

la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo». Su una lettura aggiornata della portata della disposizione; sulla sua presa in conto dell'inserimento dell'Italia nel tessuto dei rapporti internazionali con la conseguente promozione e partecipazione a organismi di sicurezza e coalizioni o occasionali implicanti limitazioni di sovranità; sul rifiuto della neutralità da parte dei Costituenti; sull'esigenza di tenere conto di quella che è l'odierna realtà del fenomeno guerra che si presenta del tutto lontana da quella che era attuale al termine della seconda guerra mondiale, v. G. DE VERGOTTINI, *Il crescente uso della forza: riflessi costituzionali*, in *Rivista AIC*, vol. 2, 2012, 5 ss. V. anche Id., *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004.

⁸⁷ La prima missione di pace fu organizzata nel 1948 per monitorare l'attuazione e il rispetto degli accordi firmati tra Israele e i Paesi arabi alla fine del primo conflitto arabo-israeliano (*United Nations Truce Supervision Organization*). Le operazioni di pace delle NU sono effettuate in esecuzione dei capitoli VI, VII e VIII dello Statuto delle Nazioni Unite

⁸⁸ Ad es. il d.l. 22 gennaio 1988, n. 13, Copertura degli oneri finanziari conseguenti alla missione navale nel Golfo Persico, all'art. 1, comma 2, precisa che «Al personale militare di cui al comma 1 (impiegato nella missione inviata nelle acque del Golfo Persico) si applica il Codice penale militare di pace».

⁸⁹ V. la l. 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, con cui (Disposizioni penali, artt. 8 e ss.) viene stabilito che il codice penale militare di guerra si applica al corpo di spedizione italiano impegnato nella campagna *Enduring Freedom*. *Enduring Freedom* è il nome dato ad alcune operazioni militari promosse nell'ottobre 2001 dagli Stati Uniti dopo l'attentato dell'11 settembre, tra cui la più nota è quella condotta contro i talebani in Afghanistan, ma anche contro organizzazioni terroristiche quali al Qaida. Così anche per l'operazione ISAF, "International Security Assistance Force", a guida NATO, funzionale a tutelare l'Autorità provvisoria afgana insediata a Kabul a seguito della Risoluzione n. 1386/2001 del Consiglio di Sicurezza dell'ONU. La stessa regola viene applicata, sempre nell'ambito della risposta all'attentato dell'11 settembre, per la partecipazione delle Forze armate italiane all'operazione antiterroristica della NATO *Active Endeavour* nelle acque del Mediterraneo.

⁹⁰ V. anche, nello stesso senso, la l. 1° agosto 2003, n. 219, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 luglio 2003, n. 165, recante interventi urgenti a favore della popolazione irachena, art. 16, comma 1 («Al personale militare impiegato nelle operazioni di cui all'articolo 6, si applicano il Codice penale militare di guerra e l'articolo 9 del decreto-legge 1° dicembre 2001, n. 421, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 gennaio 2002, n. 6»). Gli Stati Uniti, sempre nell'ambito della lotta internazionale al terrorismo, nel marzo 2003, avevano intrapreso l'Operazione "*Iraqi Freedom*" per il rovesciamento del regime di Saddam Hussein. Per una ricostruzione della posizione dell'Italia v. la documentazione della Camera, reperibile online. L'Italia prese parte agli interventi con un contingente, *Antica Babilonia*, che ha impiegato nel tempo circa 30.000 soldati.

⁹¹ V. le osservazioni fortemente critiche di C. DE FIORES, *La revisione dei codici militari: una riforma per la guerra*, 26 febbraio 2004, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3, 2003, soprattutto al par. 4, in cui si evidenziano problemi di elusione dell'art. 103, comma 3, in materia di giurisdizione. Sull'ulteriore utilizzo del codice militare di guerra, autorizzato da governo e parlamento, per la missione in Irak v. anche S. MANACORDA, *Irak, La stretta via del diritto*, 26 giugno 2004, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3, 2003, disponibile on line. Per un quadro sulle difficoltà tecniche della disciplina e per i limiti della disciplina del codice penale militare di pace cfr. M. DELLI SANTI, *Il nuovo diritto penale militare per le operazioni multinazionali*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, n. 2, 2002.

⁹² Cfr. M. Tondini, *La nuova disciplina delle missioni militari all'estero: una questione di coerenza*, in *forumcostituzionale.it*, 9 febbraio 2010.

⁹³ V. ad es. D. BRUNELLI, *Prospettive di riforma del diritto penale militare*, in S. RIONDATO (a cura di) *Diritto e forze armate. Nuovi impegni*, Padova, 2000, 223.

⁹⁴ V. sul punto G. CASALENA, *La giurisdizione penale militare nei conflitti armati tra vincoli costituzionali e prospettive di riforma*, in *Temi romana*, 2022, n. 4, 24 ss.

contemporanea, segnata dall'impiego di truppe in armi, appartenenti a diversi Paesi, all'interno di missioni internazionali⁹⁵. Oggi sono più di cinquanta le situazioni di conflitti armati in corso, in cui si combatte senza che vi sia stata alcuna dichiarazione di guerra - e lo scenario geo-politico che aveva più o meno "tenuto" fino alla fine del secolo scorso sembrerebbe definitivamente tramontato⁹⁶.

Sul piano del diritto interno, il Codice dell'ordinamento militare del 2010⁹⁷ non aveva contribuito a fare chiarezza in materia; l'abolizione, tra l'altro, di numerose disposizioni relative alle autorizzazioni di missioni all'estero aveva reso sempre più evidente l'esigenza di un riordino⁹⁸. Il Progetto elaborato a tal fine non andò tuttavia in porto⁹⁹.

Pur non apportando innovazioni rilevanti alla materia militare, la l. 21 luglio 2016, n. 145, *Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali*¹⁰⁰, integrata successivamente dal d.l. 16 ottobre 2017, n. 148¹⁰¹, nonché da ulteriori modifiche minori, ha tuttavia procedimentalizzato l'autorizzazione delle missioni all'estero¹⁰² e sancito l'applicazione ad esse del Codice penale militare di pace, anche se sono previste possibili eccezioni¹⁰³.

La legge non affronta il tema del riparto tra giurisdizione ordinaria e militare, ma si limita, all'interno di quest'ultima, a mettere fine – in via di principio - a un meccanismo di leggi *ad hoc* per la scelta del codice militare da applicare.

⁹⁵ Sul punto ancora G. DE VERGOTTINI, *Guerra, difesa e sicurezza nella costituzione e nella prassi*, in *Rivista AIC*, 2/2017, con un rinnovato quadro della dibattuta derogabilità del divieto di guerra sancita dall'art. 11 Cost. in virtù della seconda parte della stessa disposizione.

⁹⁶ V. I. CARACCILO, U. MONTUORO (a cura di), *Ricostruzione della pace, giustizia e tutela dei diritti umani*, Torino, 2021. In particolare v. il contributo di M. BLOCK, *Introduzione. Il ruolo della giustizia penale nazionale ed internazionale nella prospettiva del peacebuilding. Riparto di giurisdizione e ipotesi di conflitto*, XI ss.

⁹⁷ D.lgs. 15 maggio 2010 n. 66, cit.

⁹⁸ V. A. GARGANI (a cura di), *Il diritto penale militare tra passato e futuro. Tradizione, profili politico-criminali e prospettive di riforma dei codici penali militari*, Torino, 2010, nonché i due volumi *Missioni militari di peace keeping e cooperazione in materia penale* e la collettanea *Difesa comune europea e spazio giudiziario penale*, editi, rispettivamente nel 2004 e nel 2005, per il Consiglio della Magistratura Militare, entrambi a cura di S. Manacorda.

⁹⁹ In quegli anni sono state comunque emanate norme importanti, come quelle che stabiliscono fattispecie penali a difesa dei beni culturali da aggressioni compiute nel corso di un conflitto armato o di missioni internazionali (l. 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).

¹⁰⁰ V. S. RIONDATO, *Missioni militari internazionali italiane c.d. di pace all'estero. Novità giuspenalistiche nella legge di riforma 21 luglio 2016, N. 145*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2017. In realtà la maggior parte delle disposizioni della legge si occupa dello stato giuridico ed economico del personale, di finanziamento delle missioni e di profili amministrativi.

¹⁰¹ E dalla sua legge di conversione 4 dicembre 2017, n. 172.

¹⁰² Secondo quanto disposto dall'art. 78 della Costituzione «Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari», per l'art. 87, nono comma (Il Presidente della Repubblica) «ha il comando delle Forze armate, presiede il Consiglio supremo di difesa costituito secondo la legge, dichiara lo stato di guerra deliberato dalle Camere». L'art. 1 della legge 145/2016 dispone, ai commi 1 e 2: «1. Al di fuori dei casi di cui agli articoli 78 e 87, nono comma, della Costituzione, la partecipazione delle Forze armate, delle Forze di polizia ad ordinamento militare o civile e dei corpi civili di pace a missioni internazionali istituite nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) o di altre organizzazioni internazionali cui l'Italia appartiene o comunque istituite in conformità al diritto internazionale, comprese le operazioni militari e le missioni civili di polizia e per lo Stato di diritto dell'Unione europea, nonché a missioni finalizzate ad eccezionali interventi umanitari, è consentita, in conformità a quanto disposto dalla presente legge, a condizione che avvenga nel rispetto dei principi di cui all'articolo 11 della Costituzione, del diritto internazionale generale, del diritto internazionale dei diritti umani, del diritto internazionale umanitario e del diritto penale internazionale. 2. Rientra nell'ambito di applicazione della presente legge l'invio di personale e di assetti, civili e militari, fuori del territorio nazionale, che avvenga secondo i termini della legalità internazionale, delle disposizioni e delle finalità costituzionali, in ottemperanza agli obblighi di alleanze o ad accordi internazionali o intergovernativi, o per eccezionali interventi umanitari».

¹⁰³ Art. 19, disposizioni in materia penale l. 145/2016. L'art. 19, Disposizioni in materia penale, stabilisce al primo comma, che «Al personale che partecipa alle missioni internazionali, nonché al personale inviato in supporto alle medesime missioni si applica il codice penale militare di pace. La competenza è del tribunale militare di Roma»; e, al secondo, che «È fatta salva la facoltà del Governo di deliberare l'applicazione delle norme del Codice penale militare di guerra». Sulla delicatezza dell'introduzione di eventuali eccezioni cfr. S. RIONDATO, *Missioni militari*, cit., 11. Alla legge 145/2016 è dedicato il *Filangieri Quaderno 2017, Missioni militari all'estero e principi costituzionali*, Napoli, 2017. V. in particolare M. DE PAOLIS, *Sull'applicazione dei codici penali militari di guerra e di pace nelle operazioni militari all'estero*, 125 ss.

Più attinente al tema specifico del riparto è invece l'adeguamento alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, avvenuto qualche anno prima, con legge n. 237/2012¹⁰⁴. Si tratta di un adeguamento molto parziale, in cui si stabiliscono le regole di cooperazione giudiziaria con la CPI e l'esecuzione interna dei suoi provvedimenti. Un accenno al riparto di giurisdizione è però presente all'art. 23 che, di base, rimanda alle regole vigenti in materia, con alcune integrazioni funzionali¹⁰⁵.

Il riferimento al complesso normativo attinente alle missioni all'estero e alla legge di adeguamento limitatamente alla cooperazione con la CPI è funzionale al tema fin qui sviluppato anche perché di recente, nel corso della elaborazione del Progetto di Codice dei crimini internazionali, l'opzione di attribuire la cognizione dei crimini internazionali al giudice militare è stata motivata anche in ragione della coerenza di tale scelta sia con la disciplina istituita per le violazioni commesse dalle nostre Forze armate nel corso di tali missioni, sia con la legge di parziale adeguamento allo Statuto di Roma. Anche se la tesi è fragilizzata dal fatto che comunque nel 2016-17 si stava operando in un contesto e con presupposti che non offrivano una reale occasione di riaprire il discorso su un diverso riparto di giurisdizione, e, per quel che riguarda la legge del 2012, il rimando veloce allo stato della legislazione era scontato, in assenza di un adeguamento comprensivo anche delle norme di diritto penale sostanziale e processuale. Senza elaborare un apparato normativo completo che rivisitasse la materia, la soluzione era quasi obbligata.

5. Il riparto della giurisdizione nel Progetto per un Codice dei crimini internazionali

I profili attinenti al riparto della giurisdizione sono ritornati al centro dell'attenzione¹⁰⁶ per la necessità di dare esecuzione nella sua interezza allo Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale¹⁰⁷, firmato¹⁰⁸ e ratificato¹⁰⁹ dall'Italia, ma, come appena ricordato, mai effettivamente trasposto nell'ordinamento interno in tutta la sua portata.

A 24 anni dalla firma, un nuovo impulso alla elaborazione di una normativa interna in tema di crimini internazionali è stato fornito, nel 2022, dall'intervento russo in Ucraina. Il coinvolgimento dell'Italia aveva reso non solo politicamente opportuno ma anche giuridicamente urgente un adeguamento completo dell'ordinamento italiano allo Statuto. D'altronde, a differenza della maggior

¹⁰⁴ Legge 20 dicembre 2012, n. 237, Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, pubblicato in GU n. 6, 8 gennaio 2013.

¹⁰⁵ «Art. 23, Disposizioni in materia di giurisdizione: 1. Per i fini di cui alla presente legge si applicano le disposizioni vigenti in materia di riparto tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione penale militare. 2. Per i fatti rientranti nella giurisdizione penale militare, le funzioni degli uffici giudiziari previste dalla presente legge sono esercitate dai corrispondenti uffici giudiziari militari. 3. Limitatamente ai fatti di cui al comma 2, le funzioni attribuite dalla presente legge al Ministro della giustizia sono esercitate d'intesa con il Ministro della difesa. Resta salva la competenza esclusiva del Ministero della difesa per quanto attiene all'ordinamento penitenziario militare».

¹⁰⁶ V. però anche le due commissioni istituite presso il Ministero della Difesa, l'una la Commissione di studio e approfondimento per la riforma del Codice penale militare e l'altra il Gruppo di studio per allineare l'ordinamento giudiziario militare alla riforma di quello ordinario. V. L. BAIADA, *Questioni aperte sui Tribunali militari*, in *ilterzogiornale.it*, 1° novembre 2022 e Id., *Quali giudici della Repubblica per i crimini internazionali?* in *ilponterivista.com*, 18 giugno 2023.

¹⁰⁷ *Rome Statute of the International Criminal Court*, adottato il 17 luglio 1998. Il testo dello Statuto, in italiano e in inglese, è riportato nella legge 12 luglio 1999, n. 232, Ratifica ed esecuzione dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, con atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998. Delega al Governo per l'attuazione dello Statuto medesimo. (GU Serie Generale n.167 del 19-07-1999 - Suppl. Ordinario n. 135). Lo Statuto, a livello internazionale, è entrato in vigore il 1° luglio 2002, al raggiungimento della sessantesima ratifica, come stabilito dall'articolo 126. Il 26 gennaio 2022 l'Italia ha depositato presso le Nazioni Unite lo strumento di ratifica, firmato dal Presidente della Repubblica il 22 dicembre 2021, degli emendamenti allo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottati a Kampala il 10 e l'11 giugno 2010, sul crimine di aggressione e sui crimini di guerra.

¹⁰⁸ Lo Statuto è stato firmato a Roma il 17 luglio del 1998 da 72 Paesi, tra cui l'Italia.

¹⁰⁹ Legge 12 luglio 1999, n. 232, cit., entrata in vigore il 20 luglio 1999.

parte degli altri Paesi¹¹⁰, i crimini internazionali non sono contemplati né da un capo della Parte speciale del Codice penale né da una legge *ad hoc*. È pur vero che, secondo l'opinione di alcuni, questo inserimento non sarebbe necessario né si configurerebbe un'inadempienza dello Stato per non aver provveduto a immettere una disciplina specifica: vuoi perché esisterebbero già fattispecie corrispondenti, vuoi perché lo Statuto non richiede di dare esecutività allo strumento internazionale¹¹¹. Questa posizione, radicalmente avversa a un mutamento dello *status quo*, non prende tuttavia in considerazione il fatto che non è tecnicamente possibile affermare la presenza nel sistema interno di fattispecie equivalenti, nella assoluta assenza sia della previsione di alcuni crimini all'interno dell'ordinamento (come i crimini contro l'umanità, l'aggressione o l'*apartheid*), sia degli "elementi di contesto", propri dello Statuto, che fanno, ad esempio, di un omicidio un crimine internazionale proprio perché compiuto in particolari situazioni, e che incidono sull'entità delle sanzioni. Né viene considerato che l'attuale assetto giuridico non pone al riparo l'Italia dall'avocazione da parte della CPI di un procedimento riguardante un crimine internazionale, vista l'esistenza in Statuto della clausola di complementarità (art. 17)¹¹². La giurisdizione della Corte non ha infatti carattere primario, ma si radica laddove la CPI ritenga che lo Stato non abbia manifestato la volontà o la capacità di avviare le indagini e celebrare il processo: sarebbe certamente così qualora lo Stato non sia normativamente "attrezzato", non abbia cioè uno strumentario penale adeguato a instaurare un giudizio nei confronti del possibile autore di un crimine internazionale. E, ancora una volta, le fattispecie previste dalle nostre leggi non sono attualmente in grado di attrarre, se non in alcuni casi e prescindendo dal contesto, le fattispecie concrete sussumibili nei crimini internazionali descritti dallo Statuto¹¹³. Dunque, una debolezza di sistema innegabilmente esiste¹¹⁴.

Per colmare questa lacuna, il 22 marzo 2022 la Ministra della Giustizia Marta Cartabia dava mandato a un gruppo di esperti di elaborare un Progetto di codice dei crimini internazionali¹¹⁵, con

¹¹⁰ Sul punto, E. FRONZA, C. MELONI, *The Draft Italian Code of International Crimes*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2022, 2 ss.; A. VALLINI, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1, 2023, 93.

¹¹¹ V. in materia, sull'assenza della necessità di un adeguamento e per una critica delle scelte compiute dalla Commissione, Andrea Cruciani, *Il progetto per un codice di crimini internazionali alla lente dei principi di complementarità e ne bis in idem dello Statuto della CPI*, in *Questione Giustizia*, 2 marzo 2023, reperibile on line al sito <https://www.questionegiustizia.it/autore/andrea-cruciani>.

¹¹² L'articolo 17 dello Statuto, «Questioni relative alla procedibilità», stabilisce che la Corte dichiara improcedibile il caso se sullo stesso sono in corso di svolgimento indagini o provvedimenti penali condotti da uno Stato che ha su di esso giurisdizione, a meno che tale Stato non intenda iniziare le indagini ovvero non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento. Sul punto v. E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, 4ª ed., Torino, 2020, 27 ss. e, per la giurisprudenza della CPI, R. S. AITALA, *Diritto internazionale penale*, Milano, 2021, 280.

¹¹³ In tema v. anche C. MELONI, L. PARISI, *L'impatto delle prime condanne in Germania per crimini di guerra e contro l'umanità commessi in Siria: qualche riflessione critica sull'applicazione domestica del diritto penale internazionale*, in *Sistema penale*, vol. 5, 2023, 66 e s.

¹¹⁴ Sulla necessità di un intervento legislativo v. anche, con estrema chiarezza, il par. 1 della *Relazione illustrativa* del 13 marzo 2013 all'articolato presentato dal Gruppo di lavoro per l'elaborazione di una definitiva proposta legislativa del Codice dei crimini internazionali, costituito con decreto ministeriale 10 gennaio 2023 presso l'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia. V. però anche la posizione di M. CRIPPA, *L'approvazione di un codice dei crimini internazionali "dimezzato". Le ragioni di un (dis)atteso intervento normativo*, in *Questione giustizia*, 21 marzo 2023; L. BAIADA, *Quali giudici?* cit. Sul fatto che l'Italia sia «ben lungi dal soddisfare le esigenze sottese al principio di complementarità», v. A. VALLINI, *Il codice rotto*, cit., 104 s., che ricorda le difficoltà allo stato attuale di una cooperazione internazionale sul piano delle indagini, esemplificate dalla raccolta di prove che avrebbe dovuto effettuare la Procura di Bari da profughi ucraini arrivati in Puglia.

¹¹⁵ «Teoricamente l'adattamento avrebbe potuto seguire due strade. Una prima avrebbe portato a inserire una serie di disposizioni che provvedessero ad attuare lo Statuto all'interno del Codice penale. Una opzione prescelta da numerosi Paesi, molti dei quali a noi vicini, come ad esempio la Francia. Si sarebbe potuta cogliere l'occasione per procedere alla creazione di un Titolo specifico, in cui immettere anche altri reati che non rientrano nello Statuto, ma che derivano comunque da obblighi internazionalmente contratti da parte dello Stato e che sono stati inseriti nell'ordinamento in ordine sparso. Una riforma organica, quindi, all'interno del Codice, nel rispetto della riserva di codice di cui all'art. 3 bis c.p. Ma probabilmente sarebbe stato un lavoro troppo lungo e complesso, e comunque ingestibile in soli due mesi.

l'obiettivo di realizzare un completo adeguamento dell'ordinamento italiano allo Statuto. La Commissione Palazzo-Pocar, dal nome dei professori che l'hanno presieduta¹¹⁶, iniziava subito i suoi lavori. Sei Sottocommissioni, collegate con i Presidenti e informalmente tra loro, procedendo secondo linee guida concordate in una prima seduta plenaria, hanno restituito e discusso al *plenum* i risultati raggiunti al loro interno, affidando poi ai Presidenti le singole bozze armonizzate – sia nell'articolato sia nella relazione – per la redazione di un testo finale uniformante. Il 31 maggio dello stesso anno i Presidenti trasmettevano alla Ministra l'articolato, corredato da una Relazione di accompagnamento¹¹⁷, che sintetizza e ripercorre le ragioni delle scelte operate¹¹⁸.

Uno dei punti più dibattuti del Progetto ha riguardato la giurisdizione. Non per quanto riguarda il tema relativo all'individuazione della legge applicabile ai crimini internazionali, su cui si è chiuso rapidamente e all'unanimità, anche se la proposta si discosta leggermente dalle attuali soluzioni codicistiche¹¹⁹. Né per quel che attiene all'individuazione della competenza a conoscere dei crimini internazionali: non il Tribunale, bensì la Corte d'Assise per le sue caratteristiche peculiari¹²⁰ e Il

Un'altra via, che era già nel mandato della Commissione, consisteva nell'approntare un Codice dei crimini internazionali, sul modello tedesco, che adeguasse l'ordinamento allo Statuto, organizzando un corpus normativo omogeneo in cui fossero ricomprese, oltre alle fattispecie di reato, anche disposizioni di parte generale che richiedessero una puntualizzazione, *ratione materiae*, rispetto al sistema codicistico. L'autonomia del Codice dei crimini internazionali, contenendo disposizioni ...inserite in leggi che modificano in modo organico la materia, risulta rispettosa anch'essa dell'art. 3 bis c.p. Lo strumento codicistico è evidentemente risultato più agile, più mirato, più omogeneo, più di impatto, anche in considerazione del forte valore simbolico di cui esso si fa portatore nell'attuale momento storico». Così M. DEL TUFO, *Crimini di guerra e prospettive di riforma*, in *Rassegna della Giustizia militare*, 2, 2022, 52 ss.

¹¹⁶ La Commissione è stata istituita presso il Gabinetto della Ministra della Giustizia con d.m. 22 marzo 2022.

¹¹⁷ Il testo è consultabile on line.

¹¹⁸ Compito primario della Commissione è stato quello di strutturare una normativa organica di precetti e sanzioni, ma anche di elaborare norme a carattere più generale, che permettano all'Italia di disporre di strumenti completi ed efficaci per instaurare il giudizio e portarlo a termine. Il Progetto di Codice non rappresenta però un sottosistema penale eccentrico, ma propone un insieme di disposizioni il più armonico possibile rispetto alla normativa vigente, sensibile allo Statuto, al diritto internazionale, al diritto comparato, rigorosamente orientato alla Costituzione, attento all'utilizzo di una terminologia giuridica nota agli operatori, elaborato nella consapevolezza dei Progetti che lo hanno preceduto (ad es. il Progetto Conforti, frutto dei lavori della Commissione Conforti per l'attuazione dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, istituita con D.lg. 27 giugno 2002; la proposta Kessler, *Norme per l'adattamento dell'ordinamento interno allo Statuto della Corte penale internazionale*, del maggio 2002; i Progetti Iovene e Pianetta; il Progetto Cariplo, *International Crimes, Italian Law Making Policy, and Prospective Legislation*, presieduto da Fausto Pocar).

¹¹⁹ Secondo il Progetto di Codice, se il fatto è stato commesso in Italia da un cittadino o da uno straniero, si applicherà il principio di territorialità e si giudicherà secondo la legge italiana. Per i crimini internazionali commessi all'estero dal cittadino vale la stessa regola, per il principio di personalità. In base al principio di difesa sarà punito secondo la legge italiana anche lo straniero che abbia commesso all'estero un crimine internazionale ai danni dello Stato italiano o di un cittadino italiano. Laddove, ancorché in concorso con un cittadino italiano, lo straniero abbia commesso all'estero un crimine internazionale non ai danni dello Stato o di un cittadino italiano, la sua punibilità secondo la legge italiana sarà condizionata dalla presenza sul territorio. Si potrebbe obiettare: dal momento che l'applicazione delle attuali regole del Codice penale in materia darebbe luogo all'attivazione del principio di universalità, tanto più tale soluzione dovrebbe valere in presenza di un crimine internazionale e nessuna ipotesi dovrebbe sfuggire alla regola della procedibilità assoluta e incondizionata. Tuttavia, a ben guardare, la proposta della Commissione rafforza la tenuta e l'effettività dell'ordinamento e deroga al regime ordinario solo in un punto, richiedendo la presenza dello straniero sul territorio. Rinunciando a una scelta simbolica, viene privilegiato un reale funzionamento del sistema, non potendo il Pubblico Ministero perseguire *tout court*, e senza troppe prospettive di successo, il fatto commesso dallo straniero all'estero non contro lo Stato italiano o un suo cittadino e iniziare l'azione penale, come avrebbe altrimenti dovuto fare, anche *in absentia*, ai sensi dell'art. 112 Cost. Va segnalata anche, salvo che per il crimine di aggressione, l'abolizione della condizione di procedibilità della richiesta del Ministro della Giustizia, prevista agli artt. 8, 9, 10 c.p.

¹²⁰ Secondo la *Relazione della Commissione Crimini internazionali*, cit., par. 4.2, la Corte di Assise va preferita al Tribunale in base alle peculiarità che le sono proprie e in ragione di una maggiore capacità di accogliere i carichi processuali. Essa presenta una collegialità più vasta e ritrova al suo interno una componente popolare che meglio rispecchia la rappresentatività democratica. La sua scelta è inoltre sistematicamente coerente per aver tradizionalmente competenza sui fatti dal disvalore più grave, e cioè sui reati "di sangue". Essa gestisce procedimenti tecnicamente meno complessi ma che necessitano di spazi anche organizzativi sufficienti per approfondire la complessità dei fatti trattati e dà maggiori garanzie per il rispetto dei tempi processuali. In considerazione della loro natura e della loro specificità, si è ritenuto opportuno affidare alla competenza della Corte di Assise anche i crimini internazionali con pene di non elevata severità. Si è ritenuto inoltre di riconoscere la competenza della Corte di Assise di Roma per i crimini internazionali commessi all'estero, con una scelta che risponde a evidenti ragioni politiche e, *lato sensu*, simboliche.

Tribunale per i minorenni in tutti i casi in cui sia coinvolto un minore¹²¹. Né, infine, per l'attribuzione parzialmente accentrata a livello distrettuale delle funzioni del Pubblico Ministero¹²².

La totale concordanza di opinioni è venuta meno rispetto all'individuazione della giurisdizione interna competente. Quale dovrà essere l'Autorità giudiziaria preposta a conoscere dei crimini internazionali? Il giudice ordinario? Il giudice militare? Entrambi? La portata dei crimini internazionali non richiederebbe, per il disvalore dei fatti e per la natura composita dei crimini, una valutazione unitaria del caso? Oppure è più opportuno differenziare in base allo *status* dell'autore?

Pur nella consapevolezza delle caratteristiche di autonomia, laicità e indipendenza caratterizzanti oggi l'ordinamento militare, che offre alla sua magistratura garanzie sostanzialmente omologhe a quelle di ogni altra autorità giudiziaria nel nostro Paese, e nella evidenza del patrimonio di competenze specifiche, della rapidità del processo e della particolare "capienza" dei Tribunali militari rispetto a un possibile afflusso di procedimenti per crimini internazionali, parte della Commissione ha ritenuto più funzionale non attribuire la giurisdizione a quello che a livello internazionale avrebbe potuto essere – erroneamente – percepito come un "Tribunale speciale", intendendo la locuzione in un'accezione negativa, segnata da pregiudizi circa l'obiettività della valutazione¹²³. È stata così elaborata una proposta che media tra la scelta di concentrare tutto nelle mani del giudice ordinario e quella di dare più ampio spazio alla giurisdizione militare. Tuttavia la Sottocommissione Giurisdizione non è riuscita a far convergere le posizioni dei suoi componenti su una soluzione unitaria, e ha stimato più corretto presentare tre distinte proposte, ciascuna espressa in articolati alternativi, lasciando la scelta al decisore politico. In sintesi le proposte sono:

1. *Attribuire la giurisdizione al giudice ordinario su tutti i crimini internazionali*¹²⁴. Le motivazioni: il legislatore, alla luce dell'art. 103, comma 3 Cost., ha il potere – confermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale¹²⁵ – di qualificare un reato come ordinario o militare. Dal momento che i crimini internazionali costituiscono fatti gravissimi, lesivi dei diritti fondamentali dell'individuo e dei valori fondanti la Comunità internazionale¹²⁶, il

¹²¹ Nella *Relazione*, loc. ult. cit., si specifica che la sola deroga alla competenza della Corte di Assise è stata apportata per il caso di crimini imputabili a minorenni, mantenendo fermo quanto disposto dal decreto del Presidente della Repubblica del 22 settembre 1988 n. 448 per i reati commessi dai minori di diciotto anni e riconoscendo, anche in questo caso, la competenza del Tribunale dei minorenni di Roma per i crimini commessi all'estero. V. anche la sentenza della Corte cost. 22 febbraio – 3 marzo 1989, n. 78, par. 5: L'attribuzione al giudice penale militare in tempo di pace della giurisdizione in ordine ai reati commessi da militari minori degli anni diciotto deve, dunque, dichiararsi illegittima in quanto violativa sia dell'art. 3, primo comma, sia dell'art. 31, secondo comma, Cost. La discriminazione che, affidando la cognizione di tutti i reati commessi dai minori degli anni diciotto, anche se militari, al tribunale per i minorenni, viene a crearsi, in ordine agli stessi reati, tra i militari (alcuni, maggiorenni, sottoposti alla giurisdizione dei tribunali militari ed altri, minorenni, assegnati alla giurisdizione del tribunale per i minorenni) è razionalmente giustificata dalla necessità d'assicurare l'eguaglianza di tutti i minori in relazione al tribunale per i minorenni, ritenuto, come si è detto, dalla Costituzione preminente nei confronti dei tribunali militari.

¹²² *Relazione*, loc. ult. cit.: La Commissione ha poi discusso se le funzioni dell'ufficio del Pubblico Ministero nel caso di crimini internazionali commessi in Italia dovessero rimanere decentrate o piuttosto accentrate presso l'ufficio di Roma, fermo restando naturalmente l'accentramento nel caso di crimini commessi all'estero dato la competenza a conoscere di tali crimini della Corte di Assise di Roma. La discussione ha rivelato l'opportunità di un parziale accentramento a livello distrettuale, sul modello di quanto già previsto nell'ordinamento italiano dall'art. 51 comma 3-bis per alcuni reati, quali le associazioni di tipo mafioso di cui all'art. 416 bis c.p.

¹²³ Sul *bias* esistente in materia v. G. DE VERGOTTINI, *Attualità della giustizia militare e Costituzione*, in *federalismi.it*, 11 agosto 2021, 5.

¹²⁴ Questo il testo dell'articolato relativo alla *Proposta 1*: «Art. 4 (Competenza) 1. Per i crimini previsti dal presente Codice è competente la corte di assise. Il tribunale per i minorenni è competente per i crimini commessi dai minori degli anni diciotto. 2. Per i crimini commessi all'estero sono competenti la Corte di Assise di Roma e il Tribunale per i minorenni di Roma. 3. Le funzioni dell'ufficio del Pubblico Ministero sono attribuite all'ufficio del Pubblico Ministero presso di tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente. Art. 5 (Connessione di reati) Se un crimine previsto dal presente Codice è connesso, ai sensi dell'art. 12 del Codice di procedura penale, o è collegato, ai sensi dell'art. 371, comma 2, lettera b, dello stesso Codice, con un altro reato di competenza di un diverso giudice, ordinario o militare, la competenza per tutti i reati è del giudice ordinario competente per il crimine previsto dal presente codice».

¹²⁵ Sul punto, v. *Relazione*, cit., par. 4.3.

¹²⁶ Si potrebbe forse dire che la gravità del crimine internazionale, allo stesso modo in cui conduce alla "depoliticizzazione" dei delitti politici, dovrebbe legittimamente portare a una "demilitarizzazione" dei delitti militari.

loro disvalore oggettivo è tale da prevalere anche sullo *status* dei soggetti coinvolti. Inoltre, affidare la giurisdizione a un'unica autorità giudiziaria è scelta rispettosa dell'ordinamento internazionale che considera i crimini internazionali in maniera unitaria e assicura l'attuazione di principi imprescindibili, come l'uniformità di trattamento. Il trasferimento dei crimini di guerra al Codice dei crimini internazionali fugge tutti i dubbi di presunti trattamenti di favore e crea un *corpus* normativo coeso che ben si adatta a essere applicato da una sola magistratura: quella ordinaria¹²⁷. Eventuali problemi di connessione restano regolati dagli articoli 12 e 13 c.p.p.¹²⁸.

2. *Conservare la giurisdizione militare per tutti i crimini internazionali previsti dal Codice se commessi da militari*¹²⁹. Le motivazioni: viene rispettata la “specialità” dello *status* di militare riconosciuta dall'art. 103, comma 3, Cost. Dal momento che tale disposizione costituisce disciplina organica e permanente della materia, conservare la giurisdizione alla magistratura militare evita la ritenuta necessità di una modifica costituzionale. Impedisce inoltre il verificarsi di un'aporia e di una diseconomia di sistema, che si realizzerebbe laddove i reati più gravi che un militare possa commettere (ad es. i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità) fossero sottratti alla giurisdizione *ad hoc* che l'ordinamento ha già istituito per occuparsene, esplicitamente legittimata dalla Costituzione e ribadita dalla Corte costituzionale¹³⁰. E se al giudice ordinario mancano le competenze adeguate e i mezzi per comprendere le dinamiche sottese ai fatti in giudizio e per garantire la speditezza del processo, tali strumenti sono invece propri del giudice militare che, possedendo una formazione specifica, nel contempo gode della medesima indipendenza e autonomia del giudice ordinario. La l. 237/2012, di parziale adeguamento allo Statuto, conserva inoltre la ripartizione tra giurisdizione ordinaria e militare, a testimonianza della praticabilità della linea sostenuta dalla proposta.
3. *Attribuire al giudice ordinario la giurisdizione sui crimini internazionali e al giudice militare la giurisdizione sui crimini di guerra previsti al titolo II, capo 3 del Progetto di Codice, se commessi da appartenenti alle Forze armate italiane*¹³¹. La motivazione:

¹²⁷ Su questa linea v. L. BAIADA, *I crimini internazionali*, cit.

¹²⁸ Cfr. sulla ragionevolezza della scelta del legislatore nel configurare l'art. 13, comma 2, c.p.p. alla luce del dettato dell'art. 103, comma 3, Cost., le ordinanze della Corte cost., ordinanza 14-23 dicembre 1998 n. 441 e ordinanza 4 - 22 giugno 2001, n. 204. Ma v. anche Cass, Sez. Un., del 25.10.2005, n. 5135, Maldera, cit., e Cass. Pen, sez. I, 23 febbraio 2017, n. 14289, su cui, tra gli altri, cfr. A. CONTI, *La giurisdizione militare: ipotesi di connessione e principio della perpetuatio iurisdictionis. Riflessioni a margine di una sentenza della Corte di Cassazione*, in *Rassegna della Giustizia militare*, 2017, 4. In generale, per una ricostruzione del problema della connessione, e per un'ampia disamina storica sul riparto della giurisdizione, v. Cass. Sez. Un., 9 marzo 2022, n. 08193. Cfr. ancora M. BLOCK, *Commento all'art. 103*, cit. Per problemi fondamentali relativi alla delimitazione della giurisdizione tra militare e ordinaria in tempo di pace qualora uno stesso fatto sia contemplato da più norme (comuni e militari), v. G. CARLIZZI, *Gli incerti confini tra giurisdizione militare e giurisdizione ordinaria*, in *Archivio penale*, 2023, n. 2.

¹²⁹ Il testo della *Proposta* 2: «Art. 4 (Giurisdizione e competenza) 1. Per i crimini previsti dal presente Codice è competente la corte di assise. Il tribunale per i minorenni è competente per i crimini commessi dai minori degli anni diciotto. 2. Per i crimini commessi all'estero sono competenti la Corte di Assise di Roma e il Tribunale per i minorenni di Roma. 3. Le funzioni dell'ufficio del Pubblico Ministero sono attribuite all'ufficio del Pubblico Ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente. 4. Se i crimini sono commessi da appartenenti alle Forze Armate italiane, è competente l'autorità giudiziaria militare e, se commessi all'estero, è competente il tribunale militare di Roma. Si applicano le disposizioni del libro primo del Codice penale militare di pace. Art. 5 (Connessione di reati) Se un crimine previsto dal presente codice di competenza del giudice ordinario è connesso, ai sensi dell'articolo 12 del Codice di procedura penale, o è collegato, ai sensi dell'articolo 371, comma 2, lettera b, dello stesso codice, con un crimine previsto dal presente Codice di competenza del giudice militare o comunque con un reato di competenza di altro giudice, ordinario o militare, la competenza per tutti i reati è del giudice ordinario competente per il crimine previsto dal presente Codice».

¹³⁰ In merito Corte cost. 9 luglio 1959, n. 48. G. DE VERGOTTINI, *Attualità della giustizia militare e Costituzione*, cit., 4, aveva già sottolineato come, anche alla luce delle sentenze della Corte costituzionale 2 febbraio 1978, n. 16, parr. 6 e 9 febbraio 1981, n. 25, sembrerebbe inammissibile superare la specialità tramite legge ordinaria.

¹³¹ «Art. 4 (Giurisdizione e competenza) 1. Per i crimini previsti dal presente Codice è competente la corte di assise. Il tribunale per i minorenni è competente per i crimini commessi dai minori degli anni diciotto. 2. Per i crimini commessi all'estero sono competenti la Corte di Assise di Roma e il Tribunale per i minorenni di Roma. 3. Le funzioni dell'ufficio

Adeguare la materia ai tradizionali criteri di giurisdizione e competenza vigenti nel sistema. Muoversi nella logica di valorizzare la formazione di ciascun giudice per poter valutare al meglio i comportamenti dei giudicandi e le dinamiche dei fatti. Gli autori non appartenenti alle Forze armate rispondono dinanzi alla Corte d'Assise, che ha composizione mista, con giudici popolari in grado di esprimere la sensibilità della Comunità di fronte a gravi reati di sangue; gli autori minorenni, come indicato tra l'altro anche dalla Corte costituzionale¹³², rispondono dinanzi al Tribunale dei Minorenni, i cui membri possiedono una formazione specifica e dedicata; gli autori appartenenti alle Forze armate italiane, se responsabili di crimini di guerra, rispondono conseguentemente dinanzi al Tribunale militare, in grado di apprezzare il particolare disvalore del fatto. L'attribuzione di giurisdizione e competenza a magistrature egualmente indipendenti e imparziali, basata sulla combinazione tra specializzazione dei giudici, peculiarità soggettive dei giudicandi e specificità dei fatti commessi, persegue una migliore efficienza della giustizia ed esprime una visione duttile e realistica del problema¹³³.

Il Progetto di Codice, a un passo dall'approvazione, è stato travolto dalla sfiducia votata al governo Draghi, nel luglio del 2022, e dai successivi esiti elettorali. Il nuovo governo, e il suo Ministro della Giustizia, Carlo Nordio¹³⁴, hanno affidato il compito di rivedere il Progetto a un gruppo di lavoro istituito presso l'Ufficio legislativo, presieduto da Antonio Mura e composto dai presidenti della Commissione istituita dalla Ministra Cartabia, Francesco Palazzo e Fausto Pocar, nonché da un ristretto numero di esperti, di cui la quasi totalità aveva partecipato alla precedente Commissione¹³⁵.

del Pubblico Ministero sono attribuite all'ufficio del Pubblico Ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente. 4. Per i crimini di guerra previsti al Titolo II, Capo III commessi da appartenenti alle Forze Armate italiane è competente l'autorità giudiziaria militare e, se commessi all'estero, è competente il tribunale militare di Roma. 5. Nei casi di connessione di procedimenti per crimini di guerra di competenza del giudice militare e per crimini di guerra o crimini contro l'umanità o crimini di genocidio di competenza del giudice ordinario, è competente per tutti il giudice ordinario. Art. 4 A (Norma di coordinamento) 1. Le disposizioni del presente titolo si applicano anche quando è prevista l'applicazione del Codice penale militare di guerra». Per la connessione di reati l'art. 5 della Proposta 3 è formulato negli stessi termini utilizzati per la *Proposta 2*: «Art. 5 (Connessione di reati) Se un crimine previsto dal presente codice di competenza del giudice ordinario è connesso, ai sensi dell'articolo 12 del Codice di procedura penale, o è collegato, ai sensi dell'articolo 371, comma 2, lettera b, dello stesso Codice, con un crimine previsto dal presente Codice di competenza del giudice militare o comunque con un reato di competenza di altro giudice, ordinario o militare, la competenza per tutti i reati è del giudice ordinario competente per il crimine previsto dal presente Codice».

¹³² Con sentenza 22 febbraio-3 marzo 1989, n. 78, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 263 del Codice penale militare di pace e 9 del Regio decreto legge 20 luglio 1934, n. 1404, Istituzione e funzionamento del tribunale per i minorenni, convertito in legge 27 maggio 1935, n. 835, Conversione in legge, con modificazioni, del Regio decreto-legge 20 luglio 1934, n. 1404, riguardante l'istituzione e il funzionamento del tribunale per i minorenni, nella parte in cui sottraggono al tribunale per i minorenni la cognizione dei reati militari commessi dai minori degli anni diciotto appartenenti alle forze armate. Le motivazioni sono fornite al par. 5 della sentenza, nel rispetto della necessità di assicurare l'eguaglianza di tutti i minori in relazione al tribunale per i minorenni, ritenuto, come si è detto, dalla Costituzione preminente nei confronti dei tribunali militari.

¹³³ Per una diversa proposta, intesa a «mantenere l'attuale giurisdizione, estendendo le norme del tempo di guerra anche alle ipotesi di conflitto armato», v. G. CASALENA, *La giurisdizione penale militare*, cit., 31, che ritiene altrimenti soppressa di fatto la giurisdizione militare senza revisione costituzionale, perché con legge ordinaria si arriverebbe a sottrarre al giudice militare tutte le attuali competenze, anche in virtù della regola della connessione che comporterebbe in sostanza l'attribuzione dell'intero contenzioso in materia al giudice ordinario.

¹³⁴ Il Ministro stesso, nel vertice del G7 tenutosi a Berlino il 28 e il 29 novembre 2022 sul tema della guerra in Ucraina, a chi gli chiedeva notizie sul Codice dei crimini internazionali, rispondeva: «stiamo lavorando alacremente al Ministero, siamo in dirittura d'arrivo». In realtà, il Consiglio dei ministri del 16 marzo 2023, ha mortificato «la proposta di un Codice dei crimini internazionali» (così A. VALLINI, *Il codice a pezzi*, cit., 92 e ss.), smembrandola, e ha deciso di far confluire in un disegno di legge la parte generale e quella inerente ai crimini di guerra e di aggressione, destinando sorprendentemente a ulteriore riflessione le sezioni dedicate ai crimini contro l'umanità e al genocidio.

¹³⁵ Con Antonio Mura, hanno partecipato anche alla Commissione del 2023 Rosario Aitala, giudice della Corte penale internazionale; Maurizio Block, Procuratore generale militare presso la Corte suprema di cassazione; Salvatore Luongo, capo dell'Ufficio legislativo del Ministero della difesa; Pasquale Velotti, vice capo del servizio per gli affari giuridici del contenzioso diplomatico e dei trattati del Ministero degli Affari esteri e cooperazione internazionale. Come consigliere diplomatico del Ministero della giustizia ne ha fatto inoltre parte Augusto Massari.

Ferme restando le scelte su cui la Commissione Palazzo-Pocar aveva presentato una versione condivisa¹³⁶, il Gruppo di lavoro ha trovato rapidamente un accordo in tema di riparto della giurisdizione, e ha accettato, in termini lievemente modificati, la terza proposta. Il Progetto stabilisce pertanto che a conoscere dei crimini internazionali sia la giurisdizione ordinaria, con una deroga importante in favore della giurisdizione militare che è chiamata a giudicare i crimini di guerra previsti al titolo II, capo III del Codice, sempre che siano commessi da appartenenti alle Forze armate italiane o da soggetti a questi equiparati dalla legge¹³⁷. In tale prospettiva, il Gruppo di lavoro ritiene rispettata sia la natura “militare” dei crimini di guerra – reati militari per eccellenza – sia la particolare qualifica dell’autore¹³⁸. È esplicitata l’attribuzione della giurisdizione stabilita dalla legge per i tribunali militari in presenza di una deliberazione dello stato di guerra, secondo i dettami dell’art. 103, comma 3, Cost.¹³⁹.

A prescindere dal destino che attende il Progetto di Codice dei crimini internazionali, non è con esso che troverà un punto di svolta la questione del riparto di giurisdizione tra magistratura ordinaria e militare.

La materia è complessa e vive di tutto quello che ha sedimentato nella sua lunga storia, spesso fatta anche di diffidenze, pregiudizi e incomprensioni; di sovrapposizioni di esigenze, di intersecarsi di principi. In un mutato contesto geopolitico che vede nel mondo un sempre maggior ricorso alle forze armate di ciascun Paese, soprattutto all’interno di interventi internazionali coordinati, le sfide attuali esigono una profonda riflessione d’insieme, da operare con strumenti moderni, democratici e adeguati.

¹³⁶ Questa la formulazione del Gruppo di lavoro: «Articolo 4 (Giurisdizione e competenza dell’autorità giudiziaria ordinaria) 1. Salvo quanto previsto dall’articolo 5, comma 1, per i crimini previsti dal presente Codice è competente la corte di assise. 2. Quando il crimine è commesso interamente all’estero e in ogni caso in cui il crimine di aggressione è commesso in danno dello Stato italiano, è competente la corte di assise di Roma. 3. Nelle indagini e nei procedimenti di primo grado le funzioni di pubblico ministero sono attribuite alla procura della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente e le funzioni di giudice per le indagini preliminari e di giudice per l’udienza preliminare sono esercitate da magistrati del medesimo tribunale. 4. Resta ferma la competenza del tribunale per i minorenni per i crimini commessi dai minori degli anni diciotto. Se il crimine è commesso all’estero, è competente il tribunale per i minorenni di Roma».

¹³⁷ «Articolo 5 (Giurisdizione e competenza dell’autorità giudiziaria militare) 1. Quando i crimini di guerra previsti al Titolo II, Capo III, del presente Codice sono commessi da appartenenti alle Forze armate italiane o da soggetti considerati tali dalla legge, la giurisdizione è esercitata dall’autorità giudiziaria militare. Nel caso di connessione con altri crimini previsti dal presente Codice, la giurisdizione è esercitata dall’autorità giudiziaria ordinaria. 2. Nei casi di cui al primo periodo del comma 1, quando il crimine è commesso interamente all’estero, è competente il tribunale militare di Roma. 3. Resta ferma la giurisdizione stabilita dalla legge per i tribunali militari in caso di deliberazione dello stato di guerra».

¹³⁸ V. Corte cost. 23 ottobre 1992, n. 429. La sentenza dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 263 del Codice penale militare di pace, nella parte in cui assoggetta alla giurisdizione militare le persone alle quali è applicabile la legge penale militare, anziché i soli militari in servizio alle armi o considerati tali dalla legge al momento del commesso reato.

¹³⁹ Articolo 5, comma 3 dell’articolato del 2023.

Il concetto di complementarità nella prospettiva del giudice nazionale

Mariateresa Poli¹, Maria Chiara Gatani²

Abstract: Il capitolo dal titolo “Il concetto di complementarità nella prospettiva del giudice nazionale” tratta la tematica relativa al principio di complementarità, dal punto di vista internazionalistico e domestico, oltretutto la risposta dell’ordinamento italiano alle sfide presentatesi a seguito della ratifica del Trattato di Roma. Il principio di complementarità, disciplinato all’articolo 17 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, regola i rapporti fra quest’ultima e gli ordinamenti nazionali degli Stati che hanno ratificato il Trattato di Roma. In forza del principio di complementarità gli Stati rimangono i primi e potenzialmente gli unici titolari dell’esercizio dell’azione penale per i crimini devoluti alla giurisdizione della Corte, la quale appare autorizzata ad intervenire, tramite attrazione a sé della giurisdizione sui medesimi reati, solo nel caso in cui l’organo giudiziario domestico originariamente competente, non appaia in grado di far fronte a tale compito e fallisca nel perseguimento dei fini di giustizia ai quali è chiamato. È auspicabile che la conseguenza primaria di un siffatto sistema di regolazione degli spazi di giurisdizione sia la responsabilizzazione degli ordinamenti giuridici nazionali, verso un esercizio più corretto e ragionevole dei fini di giustizia che gli stessi sono chiamati a perseguire. In relazione ai riflessi che il principio di complementarità ha avuto sull’ordinamento italiano, la dottrina si è focalizzata sulla determinazione degli sforzi che il legislatore avrebbe dovuto compiere per adeguarsi al nuovo sistema introdotto con lo Statuto, in modo tale da rendere coerenti le disposizioni interne, sia di diritto sostanziale sia di diritto processuale, con quelle in esso contenute e limitare al minimo i casi sottratti alla giurisdizione delle corti penali domestiche.

Abstract: The chapter titled “Il concetto di complementarità nella prospettiva del giudice nazionale” analyzes the topic related to the principle of complementarity, from an international and domestic perspective, besides the response which the Italian legal system has been able to give to the challenge presented by the ratification of the Rome Statute.

The principle of complementarity, disciplined by Article 17 of the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), governs relations between the latter and the national legislation of the States which have ratified the Treaty of Rome. In accordance with the principle of complementarity, States remain the main and potentially the sole holders of the criminal prosecution power for criminal offenses devolved to the jurisdiction of the ICC. The ICC appears to be authorized to intervene, through attraction to itself of the jurisdiction over such crimes, only when the domestic judicial body, originally responsible for it, fails to pursue the purposes of justice to which it is called. Optimistically, the primary consequence of such a system, designed to shape the areas of jurisdiction, would be an improved level of accountability of national legislators, to obtain a more proper and reasonable performance of the judicial tasks domestic courts are called to fulfill. About the effects that the principle of complementarity has had on the Italian criminal justice system, the reflection has focused on the efforts that have been or should have been made by the Italian legislators, to comply with the new system introduced by the Statute, so as to make domestic provisions, as reflected in substantive and procedural law, coherent with the ones outlined by the Statute and to minimize the occurrence of court cases removed from the jurisdiction of domestic criminal courts.

¹ Magistrato militare presso la Corte militare di Appello di Roma. È autrice dei paragrafi 4 e 5.

² Laureata in giurisprudenza *cum laude* in Giustizia costituzionale e praticante avvocato. È autrice dei paragrafi 1, 2 e 3.

Sommario: 1. Premessa – 2. Il principio di complementarità: definizione – 2.1. I precedenti storici – 3. La nascita della Corte penale internazionale – 3.1. L'esempio dei Tribunali *ad hoc* – 3.2. Lo Statuto e la complementarità. L'Ufficio del Procuratore - 3.3. La giurisdizione della Corte penale internazionale – 4. La complementarità e i riflessi nell'ordinamento italiano – 4.1. Lo stato di avanzamento dei lavori di adeguamento in Italia – 4.2. L'ambito di operatività del principio di complementarità e la giurisdizione penale militare di guerra: brevi cenni – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Il principio di complementarità previsto dallo Statuto della Corte penale internazionale regola, ad oggi, i rapporti fra quest'ultima e gli ordinamenti nazionali che, a cavallo fra la fine del XX e l'inizio del XXI secolo hanno preso parte al procedimento di stesura dello stesso e, successivamente, hanno ratificato il Trattato di Roma.

Il principio di complementarità si caratterizza come un principio bivalente. Da alcuni è considerato come in grado di influenzare positivamente gli ordinamenti degli Stati parte del Trattato, che saranno spronati a porre in essere tutte le modifiche necessarie al fine di garantire una tutela piena ai cittadini vittime dei crimini più atroci ed efferati. Da altri, al contrario, lo stesso principio è visto come strumento di appropriazione da parte della Corte penale internazionale della giurisdizione su questioni di particolare rilevanza, tale da tradursi in esercizio indebito di influenza sugli Stati.

Tralasciando i dibattiti dal carattere prettamente politico che circondano la Corte e l'utilizzo che la stessa ha fatto del principio di complementarità negli ultimi due decenni, questo approfondimento vuole focalizzare l'attenzione sulla definizione del citato principio a partire dal dato testuale offerto dallo Statuto, per descrivere i modi, i tempi e le ulteriori esigenze di adeguamento dell'ordinamento italiano sotto la spinta ricca di significati del principio di complementarità.

2. Il principio di complementarità: definizione

Il problema relativo alla definizione del principio di complementarità sorge in quanto, a partire dalla nascita della Corte penale internazionale, ci si è domandati come dovesse essere regolato il riparto di giurisdizioni fra corti penali statali e la ormai unica Corte penale internazionale. Ciò in quanto, in base alla più elementare definizione di questo principio, desumibile direttamente dallo Statuto che regola il funzionamento della Corte ed in particolar modo dall'articolo 17 dello stesso, permane in capo allo Stato parte la possibilità di reclamare a sé la giurisdizione sui crimini contro l'umanità, di genocidio, di guerra e di aggressione, formalmente devoluti alla giurisdizione della Corte.

In forza del principio di complementarità, gli Stati rimangono i primi e potenzialmente gli unici titolari dell'esercizio dell'azione penale per i crimini suddetti e, dal canto suo, la Corte penale internazionale è autorizzata ad intervenire, attraendo a sé la giurisdizione sui medesimi, solo nel caso in cui l'organo giudiziario domestico originariamente competente, ovvero il sistema statale nella sua universalità, non appaia in grado di far fronte a tale compito, fallisca nel perseguimento dei fini di giustizia ai quali è chiamato. Sono corollari, dunque, del principio di complementarità, il principio dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione penale: ciò in quanto, nel ragionamento di coloro che hanno contribuito alla formulazione dello Statuto della Corte penale internazionale, rimane pur sempre lo Stato il soggetto con la maggiore facilità di accesso alle prove ovvero alle risorse necessarie per perseguire crimini efferati che hanno avuto luogo sul suo territorio ovvero sono stati perpetrati da suoi cittadini.

Al principio di complementarità, dunque, sembra essere devoluto il compito di regolare i rapporti fra la Corte penale internazionale e le corti domestiche e determinare i rispettivi spazi di giurisdizione. Al contempo, tuttavia, è possibile ascrivere al medesimo principio anche un ruolo più complesso, di responsabilizzazione degli ordinamenti giuridici statali: questi ultimi difatti appaiono chiamati ad esercitare, con l'unico scopo di perseguire fini di giustizia, in maniera genuina, corretta

e ragionevole l'azione penale, ivi compresa l'eventualità di rinunciare quando non in grado di perseguire al meglio suddette finalità.

2.1. I precedenti storici

Decenni prima che la complementarità regolasse i rapporti fra ordinamento giuridico nazionale ed internazionale, essa aveva contribuito a moderare quelli fra le giurisdizioni nazionali degli Stati usciti sconfitti dalle due Guerre Mondiali e le corti create appositamente da parte degli Stati vincitori per giudicare crimini di guerra compiuti dai primi; ovviamente si tratta della Corte nata dalla firma del trattato di Versailles nel 1919 e di quello di Londra del 1945, che notoriamente diede vita alla Corte di Norimberga.

Questi ultimi due esempi certamente costituiscono – se non altro per la risonanza e gli effetti che la loro creazione e lo sviluppo della loro giurisprudenza ebbero sull'evoluzione stessa del diritto internazionale pattizio – i due più illustri antecedenti della Corte penale internazionale.

Per quanto riguarda il Trattato di Versailles³, la cui anima venne fortemente ed aspramente criticata da parte degli storici e dei commentatori di epoche sia contemporanee sia successive⁴, c'è da dire che per quanto fallimentare nell'obiettivo che i suoi redattori avevano prefissato per lo stesso – ergo instaurare una pace giusta e duratura – per quel che interessa in questa sede c'è da dire che, dal momento in cui la Germania riconosceva agli Alleati il diritto di giudicare i propri cittadini ed a collaborare al fine di fornire tutte le informazioni necessarie per il perseguimento e successivo accertamento della loro responsabilità, esso costituisce un importante prototipo per il trattato di Roma. Ciò in quanto, nella realtà dei fatti, non tutti i soggetti che gli Alleati richiesero fossero sottoposti ad estradizione al fine di essere giudicati dalla Corte, videro questa sorte avverarsi: molti di essi rimasero in Germania e lì vennero processati da Corti tedesche.

L'articolo 228 del Trattato, tuttavia, poneva una clausola particolare, che di per sé, merita attenzione: essa predisponesse che, nel caso in cui gli Alleati avessero ritenuto che i processi a carico di cittadini tedeschi macchiatisi di crimini di guerra, tenuti su territorio tedesco, non fossero stati condotti in maniera regolare, gli Alleati avrebbero potuto scegliere di non riconoscerne il risultato e dunque riservarsi di processarli nuovamente, stavolta dinanzi al Tribunale appositamente costituito dalla lettera del Trattato. In ciò risiedeva la giurisdizione complementare di quest'ultimo, quantomeno con riguardo a coloro che non erano stati sottoposti ad estradizione forzata.

Ancora, con gli Accordi di Londra del 1945 venne Istituito il Tribunale di Norimberga, nel quale presero forma le idee secondo le quali chi si era macchiato durante la Seconda Guerra Mondiale dei crimini più efferati dovesse essere giudicato da quest'ultimo, mentre per i reati meno gravi la giurisdizione sarebbe appartenuta alle corti nazionali. La *ratio* sottostante a questa scelta risiedeva proprio nella rilevanza internazionale e nelle tragiche ripercussioni di alcuni di questi crimini, che trascendevano con facilità i confini dei territori di ciascuno stato nel quale erano stati compiuti ovvero di cui il *reo* possedeva la cittadinanza.

La complementarità in questo caso assumeva perciò sfumature diverse, ma lo scopo della stessa era quello di incoraggiare la collaborazione fra le corti nazionali e quelle sovranazionali e non privare le prime della propria giurisdizione; anzi muoversi insieme, verso il raggiungimento del fine ultimo di giustizia per le vittime di suddetti reati.

³ Per cui cfr. *ex multis* S. MARKS, *Mistakes and Myths: The Allies, Germany, and the Versailles Treaty, 1918–1921*, in *The Journal of Modern History*, 2013, vol. 85, III, 632.

⁴ Per un'interessante analisi della "cattiva" reputazione del trattato di Versailles e per ulteriori spunti di riflessione, cfr. C. A. CLINE, *British Historians and the Treaty of Versailles*, in *Albion: A Quarterly Journal Concerned with British Studies*, 1988, Vol. 20, I, 43; ovvero, C. A. CAMPBELL, *Economic Errors of the Treaty of Versailles*, in *The Southwestern Social Science Quarterly*, 1942, vol. 23, II, 160. Per quanto riguarda autorevole critica contemporanea, è sufficiente rimandare agli scritti in materia di J. M. KEYNES, *The Economic Consequences of the Peace*, San Diego, 1920.

3. La nascita della Corte penale internazionale

L'idea di un sistema di giustizia penale internazionale permanente prese forma in contemporanea con la nascita e lo sviluppo, nel secondo dopo-guerra, del movimento internazionale per la salvaguardia dei diritti umani. Già nel 1948, difatti, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite diede istruzioni alla Commissione del diritto internazionale⁵, un organo delle Nazioni Unite sussidiario, permanente e tutt'oggi operante, istituito a sua volta dall'Assemblea generale nel 1947, di esplorare tale ipotesi. Tuttavia, fu solo al termine della Guerra Fredda nel 1992 che l'Assemblea Generale rinnovò la sua richiesta nei confronti della Commissione.

Si dovette attendere il 1998 affinché gli sforzi della Commissione potessero condurre alla conferenza di Stati tenutasi a Roma nell'estate di quello stesso anno, durante la quale venne finalmente adottato lo Statuto della Corte penale internazionale, entrato in vigore tuttavia solo quasi quattro anni dopo, nel 2002.

Ad oggi i paesi che aderiscono allo Statuto di Roma sono più di 120, suddivisi in macroregioni, fra i quali si trovano anche numerosi paesi NATO. Fra i più illustri assenti figurano, ad ogni modo, gli Stati Uniti d'America, la Turchia, la Cina, l'India e la Russia. Fra i Paesi ratificanti, invece, si trovano anche l'Afghanistan, la Repubblica Democratica del Congo e l'Uganda.

Quel che è possibile dire, in breve, a proposito della Corte penale internazionale sicuramente riguarda il suo essersi affermato come primo organismo giurisdizionale permanente avente lo scopo primario di perseguire reati quali il genocidio, i crimini contro l'umanità, le aggressioni a minoranze e, da ultimo, i crimini di guerra sulla base di un consenso unanime all'attribuzione di tale giurisdizione proveniente universalmente – questo sicuramente sarebbe l'obiettivo – da parte di ogni nazione del globo.

3.1. L'esempio dei Tribunali *ad hoc*

Si è parlato degli importanti precedenti costituiti dagli organi aventi giurisdizione complementare al pari della Corte penale internazionale e sorte a seguito di trattati internazionali ovvero convenzioni, come il trattato di Versailles e di Londra. Ad ogni modo, a partire dagli anni 90 del XX secolo, dunque quasi un decennio prima dell'istituzione della Corte, diversi sono stati i casi in cui corti penali internazionali, nate normalmente in contesti regionali ovvero continentali, sono state istituite con finalità e mandati circoscritti al perseguimento di determinati crimini di rilevanza internazionale; basti pensare al Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia⁶, che si configurava come una corte penale istituita *ad hoc* da parte delle Nazioni Unite, col fine ultimo di perseguire i crimini di guerra perpetrati durante il conflitto nei Balcani risalente agli anni Novanta del secolo scorso. Il Tribunale ha terminato il suo mandato nel 2017, dopo aver modificato in maniera irreversibile il panorama della legislazione internazionale in materia di diritti umani, contribuito a fornire alle vittime di tali atroci crimini l'opportunità di dar voce agli orrori di cui erano stati testimoni e di cui avevano loro malgrado fatto esperienza, oltreché assicurare che gli autori venissero identificati e ritenuti responsabili.

⁵ La Commissione del diritto internazionale è un organo sussidiario permanente e tutt'oggi operante delle Nazioni Unite, istituito dall'Assemblea generale nel 1947, con una risoluzione datata 21 novembre n. 174, con la quale ne venne approvato anche lo Statuto. L'organo in questione riveste un ruolo alquanto rilevante in seno all'Organizzazione, in quanto se è vero che solo la concreta partecipazione e successiva ratifica da parte dei Governi nazionali può dare vita ad un *corpus* di leggi di diritto internazionale, d'altro canto l'apporto sulla ricerca e raccolta di iniziative e proposte svolto da parte della Commissione si è rivelato un tassello fondamentale per lo sviluppo di una compiuta ed efficace disciplina internazionalistica. L'attività della Commissione, si legge nell'articolo 15 dello Statuto, consultabile al sito <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf>, che la regola, è in generale volta alla predisposizione di «draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States».

⁶ Le informazioni relative alla storia, al funzionamento ed ai risultati conquistati da parte del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia sono reperibili online.

Numerosi sono gli altri esempi di questo genere, fra i quali è possibile citare il Tribunale penale internazionale per il Ruanda, creato nel 1994 da parte del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, questa volta con lo scopo primario di perseguire i responsabili di uno dei genocidi più sanguinosi della storia moderna, posto in essere entro i confini del paese ai danni dei popoli dei *Tutsi* e degli *Hutu* moderati, che portò secondo i report di *Human Rights Watch* all'uccisione di almeno 500.000 persone – anche se stime recenti portano il numero delle vittime a quasi 1.000.000 di persone – nell'arco di un periodo di circa 100 giorni, dall'aprile al luglio del 1994⁷.

L'apporto che queste ed altre esperienze pregresse diedero alla nascita ed allo sviluppo dell'idea stessa di un sistema permanente di giustizia penale fu notevole e non può essere ignorato: innanzitutto si desiderava ovviare a quelli che si erano rivelati essere gli ingenti costi di instaurazione e gestione di un tribunale speciale, creato *ad hoc* per la gestione di questioni seppur estremamente gravi, pur sempre circoscritte nel tempo e nello spazio; allo stesso tempo l'aumento del numero di casi, nonché la loro crescente complessità ed importanza, aveva reso l'intervento di questo genere di organismi sempre più necessario e contestualmente aveva incrementato l'urgenza che lo stesso avvenisse nel più breve tempo possibile.

A questo si sommò la diffusa consapevolezza che, seppure i tribunali e le corti penali internazionali operanti sino a quel momento avevano tratto la propria legittimazione da una formale investitura proveniente dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, affinché venisse ad esistenza una corte permanente, che potesse esercitare pienamente ed efficacemente la propria giurisdizione, tutto quello che era venuto in precedenza non appariva essere sufficiente. Era di certo necessario che il nuovo organismo traesse la propria forza da un apposito trattato, redatto e successivamente ratificato dal più ampio numero di Stati possibili, in modo tale che gli stessi formalmente acconsentissero a quest'ultimo di svolgere funzioni di indagine e successivamente di messa in stato di accusa di soggetti cittadini degli Stati stessi.

3.2. Lo Statuto e la complementarità. L'Ufficio del Procuratore

Dunque, dall'analisi delle passate esperienze di giurisdizione penale internazionale nonché dall'impegno di numerosi capi di Stato e di governo, illustri esponenti della dottrina ed, in generale, dell'intera Comunità internazionale, dove ciascun attore presentava una forte e radicata comunanza di intenti con tutti gli altri, vide la luce tardi, come si è già detto, a cavallo fra la fine del XX e l'inizio del XXI secolo, lo Statuto di Roma, che a sua volta diede vita alla Corte penale internazionale.

È necessario rivolgere l'attenzione ad una rapida analisi del funzionamento della Corte penale internazionale attraverso lo Statuto, in modo tale da riuscire a collocare meglio, nel sistema dallo stesso delineato, il principio che si intende approfondire, vale a dire il principio di complementarità ed i suoi riflessi in ambito nazionale.

Il primo aspetto che necessita di essere sottolineato è il ruolo particolarmente delicato svolto da parte dell'Ufficio del Procuratore. Intorno a questo tema, e nello specifico attorno alla figura del Procuratore Capo, si sono susseguiti nel corso dei decenni numerosi dibattiti che, da soli, meriterebbero un'autonoma e completa trattazione⁸. Ad ogni modo, per quel che interessa in questa sede basti sapere che, in conformità con quanto disposto dallo Statuto, il Procuratore si presenta come organo di vertice della pubblica accusa ed è il centro d'imputazione di ogni responsabilità connessa all'esercizio dei rispettivi poteri. Egli gode, tra l'altro, di un ampio grado di discrezionalità nella scelta relativa all'apertura o meno di indagini a carico di soggetti determinati, oltreché nella scelta del capo d'imputazione⁹.

⁷ Per ulteriori e più dettagliate informazioni sul genocidio del Ruanda, cfr. H. M. HINTJENS, *Explaining the 1994 Genocide in Rwanda*, in *The Journal of Modern African Studies*, 1999, Vol. 37, n. 2, 241.

⁸ *Ex multis*, cfr. J. FLINT, A. DE WAAL, *Case closed: A Prosecutor Without Borders*, in *World Affairs*, Sage Publications Inc., 2009, Vol. 37, IV, 23; V. ARNOULD, *A Court in Crisis?: The ICC IN Africa, and Beyond*, Bruxelles, 2017; S. ZAPPALA', *Il procuratore della Corte penale internazionale: luci e ombre*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, vol. 82, I, 39.

⁹ L'art. 42 dello Statuto della Corte penale internazionale prevede che il Procuratore opera ed agisce indipendentemente come organo distinto e separato rispetto alla Corte. La persona del Procuratore dirige l'Ufficio e detiene piena autorità

Di conseguenza, perché una questione giunga all'attenzione della Corte è necessario che il Procuratore eserciti l'azione penale. Ad ogni modo, una stessa questione può essere portata all'attenzione del Procuratore alternativamente ad opera di uno Stato parte¹⁰, ovvero del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, in forza di quanto previsto dalla Carta delle Nazioni Unite al capitolo VII e, da ultimo, per volontà indipendente e discrezionale dello stesso Procuratore, al quale giunga notizia di una situazione nella quale uno o più crimini di competenza della Corte appaiano essere stati commessi, una volta ottenuta l'approvazione da parte della Camera preliminare¹¹.

Quest'ultimo aspetto merita un'attenzione particolare, poiché di non trascurabile rilevanza: numerose erano stati difatti, durante i lavori di stesura dello Statuto, le critiche ed i dubbi avanzati dagli Stati in relazione all'opportunità o meno di concedere al Procuratore autonomo potere di iniziativa penale; si disse che l'influenza politica sullo stesso sarebbe stata inarrestabile ed avrebbe minato la terzietà e l'indipendenza dell'organo nelle sue funzioni requisitorie. Fu per questo che si avanzò l'ipotesi, poi avallata, di introdurre il filtro dell'autorizzazione a procedere da parte della Camera preliminare, in modo tale da ridurre notevolmente il rischio di abusi di potere da parte del Procuratore ovvero di iniziative guidate da interessi privato o di parte.

Addirittura, per rendere ancor più garantista il sistema che ci si accingeva ad adottare, al Procuratore venne imposto l'obbligo di comunicare alla Camera preliminare anche la sua eventuale volontà di non procedere. In quel caso la Camera sarà libera di riesaminare la questione su richiesta di uno più Stati o del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite¹².

Ciò detto, è possibile evidenziare chiaramente la connessione fra i poteri del Procuratore e il controverso principio di complementarità: nella sua indipendenza e discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, il primo resta pur sempre vincolato – e lo si evince chiaramente dal testo dell'art. 17 dello Statuto, che elenca le questioni relative alla procedibilità di una qualsiasi questione sollevata dinanzi alla Corte – al rispetto del secondo.

Ai fini della procedibilità di una questione, dunque, gli accertamenti preliminari che l'Ufficio della Procura è tenuto a compiere riguardano: l'esistenza o meno di indagini in corso di svolgimento ovvero di provvedimenti penali a carico dei medesimi soggetti attenzionati dall'Ufficio, da parte di uno Stato che abbia sugli stessi giurisdizione; che la stessa questione non sia stata oggetto in passato di indagini condotte da uno Stato che su di essa ha giurisdizione e tale Stato abbia successivamente deciso di non procedere; che il soggetto ovvero i soggetti ritenuti autori dei crimini di competenza della Corte non siano già stati giudicati in precedenza per la stessa condotta.

Ciò che preclude l'intervento del Procuratore e, di conseguenza, della Corte penale internazionale è l'intervento pregresso di un'autorità giurisdizionale statale sulla medesima questione ovvero la sua incapacità a svolgere correttamente le indagini al fine di assicurare che gli eventuali autori di crimini ricadenti entro la giurisdizione della Corte – genocidi, crimini contro l'umanità e crimini di guerra – siano assicurati alla giustizia e non rimangano impuniti.

Questo tipo di “indagine preliminare” non si presenta priva di difficoltà. Difatti uno Stato, a ben vedere, potrebbe aver esercitato la propria giurisdizione, con l'intento di perseguire gli autori dei reati ricadenti anche nella giurisdizione della Corte penale internazionale¹³, ma potrebbe averlo fatto senza una reale intenzione di portare a termine il procedimento nel migliore dei modi; potrebbe altresì verificarsi l'ipotesi che l'autorità giurisdizionale statale competente si sia rifiutata di procedere non a seguito di una concreta ponderazione degli elementi in suo possesso, tale da farla propendere per

sull'amministrazione, sul personale, sulle risorse. Egli viene eletto, alla pari dei giudici, dall'Assemblea degli Stati Parti, a scrutinio segreto e a maggioranza assoluta. Allo stesso modo sono eletti i Viceprocuratori, sulla base di una lista, con tre candidati per ogni posto da ricoprire, presentata dal Procuratore. Il mandato, non rinnovabile, durerà, normalmente, nove anni. Per ulteriori informazioni cfr. <https://www.icc-cpi.int/about/otp>.

¹⁰ Art. 13 dello Statuto della Corte penale internazionale.

¹¹ Art. 15 dello Statuto della Corte penale internazionale.

¹² Art. 53 dello Statuto della Corte penale internazionale.

¹³ Di cui all'art. 5 dello Statuto della Corte che, si ricorda, sancisce che: «(l)a competenza della Corte è limitata ai crimini più gravi, motivo di allarme per l'intera comunità internazionale. La Corte ha competenze, in forza del presente Statuto, per i crimini seguenti: a) crimine di genocidio; b) crimini contro l'umanità; c) crimini di guerra; d) crimine di aggressione.».

questa scelta, bensì per un mero rifiuto di procedere dovuto a ragioni di carattere politico o a valutazioni di opportunità estranee alla realtà giudiziaria ovvero per una sua incapacità ingenerata di perseguire tali reati.

Un ulteriore obbligo al quale il Procuratore è tenuto ad adempiere, a seguito dello svolgimento di tutte le considerazioni appena menzionate, riguarda il dovere di informare gli Stati, una volta ottenuta quella che si potrebbe definire autorizzazione a procedere da parte della Camera preliminare, che normalmente potrebbero o avrebbero potuto esercitare giurisdizione sulla questione in esame. È questo, tra l'altro, uno dei principali corollari del principio di complementarità: stante la complementarità dell'azione penale esercitabile da parte della Corte penale internazionale, gli Stati debbono sempre essere messi in condizione di comunicare la propria volontà di voler procedere col perseguimento di reati rientranti nella sua giurisdizione, sia che ciò sia avvenuto preliminarmente rispetto alla manifestazione di volontà presentata da parte del Procuratore di esercizio dell'azione penale medesima, sia che ciò avvenga in un secondo momento, vale a dire una volta essere venuti a conoscenza della *notitia criminis* da parte, eventualmente, anche dello stesso Ufficio del Procuratore.

3.3. La giurisdizione della Corte penale internazionale

A partire dunque dall'analisi del sistema appena delineato è possibile affermare che la Corte penale internazionale non si configura come un organismo con giurisdizione universale¹⁴, in grado di perseguire tutti i crimini di cui all'articolo 5 dello Statuto che la regola. Ulteriori limitazioni imposte riguardano anche la nazionalità dei soggetti perpetranti i reati di cui sopra, i quali debbono, ai fini dell'ammissibilità del caso dinanzi alla Corte, essere di nazionalità di uno degli Stati parte del Trattato di Roma ovvero il crimine deve essere stato commesso sul territorio di uno degli Stati parte, con tutte le diatribe relative all'individuazione del *locus criminis* che questa affermazione solleva, ma che da sole meriterebbero un'autonoma e distinta trattazione.

Durante le negoziazioni che precedettero la stesura del Trattato di Roma, dunque, i rappresentanti dei vari Stati insistettero molto al fine di predisporre ed attuare una procedura che permettesse allo Stato parte di esercitare la propria giurisdizione penale e di farsi carico della fase delicata delle indagini, oltreché dell'eventuale e successivo processo a carico degli imputati. Se inizialmente venne avanzata l'ipotesi di decidere circa l'ammissibilità o meno di una questione dinanzi alla Corte attraverso un giudizio di ammissibilità *ad hoc* per ciascuna di esse, successivamente si optò per la predisposizione di un sistema di bilanciamento dei poteri della Corte, del Procuratore e degli Stati prefissato, che trovò spazio per l'appunto nel testo non solo dell'articolo 17 dello Statuto ma anche dell'articolo 19, rubricato "Questioni pregiudiziali sulla competenza della Corte e la procedibilità del caso" e contenente al suo interno la disciplina della pronuncia d'ufficio della Corte sulla procedibilità del caso in base ai principi di cui all'articolo 17 e sulla legittimazione soggettiva a sollevare questioni pregiudiziali di legittimità, accordata in base al testo, a: «a) l'imputato o colui nei confronti del quale è stato emesso ai sensi dell'articolo 58 un mandato d'arresto o di comparizione; b) lo Stato che ha giurisdizione riguardo al crimine in esame, per via del fatto che su tale caso sta conducendo o ha già condotto indagini o procedimenti penali; o c) Lo Stato del quale sia richiesta, ai sensi dell'articolo 12, l'accettazione della competenza¹⁵».

Un elemento che non può essere trascurato e che anzi emerge chiaramente dal combinato disposto degli articoli sopracitati – e che tra l'altro è stato oggetto di pesanti critiche provenienti dalla dottrina di molti Paesi¹⁶ – riguarda la possibilità per gli Stati non firmatari dello Statuto di avvantaggiarsi di suddetta procedura: la Corte penale internazionale potrà esercitare l'azione penale a carico di uno o più cittadini di questi Stati, perseguendoli dunque per le atrocità commesse,

¹⁴ Cfr., per quanto riguarda l'utilizzo di questa specifica terminologia, A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2013, 338.

¹⁵ Art. 19 dello Statuto della Corte penale internazionale.

¹⁶ Fra cui, *ex multis*, J.T. HOLMES, *Issues of Admissibility and Jurisdiction*, Ch.18.1 Complementarity: National Courts versus the ICC, in A. CASSESE-P. GAETA (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford, 2002.

ogniquale volta lo Stato in questione non sia in grado ovvero non abbia intenzione di farlo volontariamente, a patto che vi sia una connessione fra il *locus commissi delicti* ed almeno uno degli Stati parte.

A sua volta, la procedura preliminare all'inizio dell'esercizio della giurisdizione della Corte penale internazionale, che si svolge molto prima rispetto al momento nel quale, dinanzi alla Corte stessa i soggetti di cui all'articolo 19 possano sollevare la questione di inammissibilità dinanzi ai suoi giudici e che vede come attori principali essenzialmente il Procuratore e la Camera preliminare, offre a ciascuno Stato la possibilità in ogni momento di riappropriarsi della propria giurisdizione e dunque procedere autonomamente al perseguimento dei crimini *ex* articolo 5.

La Corte è quindi un organo di giurisdizione penale del tutto complementare agli organi statali. Essa acquista giurisdizione solo gli Stati parte non opereranno con imparzialità nella repressione dei crimini contemplati dallo Statuto. Come già detto, poi, perché la Corte permanente possa esercitare le proprie prerogative, lo Stato di appartenenza dell'imputato o quello in cui è stata commessa l'azione ovvero l'omissione devono aver accettato il potere di decidere, o ad inizio, ratificando nei termini stabiliti la convenzione, o successivamente alla sua entrata in vigore: tuttavia sono sempre possibili, da parte degli Stati, accettazioni *ad hoc* in relazione a specifici episodi suscettibili nelle fattispecie di competenza della Corte (art. 12). La giurisdizione della Corte si sostituirà solo a quelle giurisdizioni statali che non vogliano o siano incapaci di reprimere i crimini e che dunque garantiscano l'impunità ai criminali. Inoltre la Corte si sostituirà a queste giurisdizioni solo per la repressione dei *delicta iuris gentium* più gravi, i c.d. *core crimes*: gli atti di genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e quando saranno definiti, gli atti di aggressione, così come definiti agli articoli 6, 7, 8 dello Statuto, commessi successivamente all'entrata in vigore di quest'ultimo. Vale a dire che la Corte sarà chiamata ad operare unicamente nell'ipotesi di un *vulnus* determinato dalla non repressione, il vuoto costituito dall'impunità. Considerato quanto sopra rimane il dubbio su come alcuni Stati siano ancora oggi restii a ratificare lo Statuto, essendo chiaro che nessuno Stato deve temere l'usurpazione da parte della Corte delle prerogative sovrane. Al sesto punto del preambolo dello Statuto è scritto che è dovere di ciascuno Stato esercitare la propria giurisdizione. L'intervento della Corte sarà legittimo solo nel caso in cui, per reprimere reati che toccano la coscienza di tutti, lo Stato abbia un sistema interno carente ed inidoneo a soddisfare e tutelare la collettività internazionale nel suo complesso. Dal testo dello Statuto si evince che lo scopo dell'istituita Corte permanente è ad ampio spettro. Esso tende sia a soddisfare e tutelare gli interessi dei singoli Stati che a garantire e preservare le ragioni dei componenti la comunità internazionale. Se è interesse immediato della Corte quello di preservare e rispettare la sovranità dello Stato, si può sostenere che, attraverso la primazia riconosciuta alla giurisdizione domestica, la giurisdizione della Corte penale amplifica la giurisdizione nazionale, piuttosto che minarla. Solo secondariamente, se lo strumento nazionale non riesce a raggiungere lo scopo di colpire gli autori di tremendi crimini, la Corte espande i propri strumenti, nell'interesse della comunità internazionale, per reprimere crimini internazionali, contro l'umanità, di guerra e attuare la prevenzione speciale sui singoli criminali e la prevenzione generale, a che nessuno si macchi in futuro di atrocità quali quelle previste all'art. 5 dello Statuto¹⁷.

4. La complementarità e i riflessi nell'ordinamento italiano

Dall'analisi dell'accezione di complementarità, per come la si ricava dalla lettura dello Statuto della Corte penale internazionale, emergono alcuni rilevanti aspetti di riflesso per l'ordinamento interno e che meritano, seppur brevemente, di essere esaminati.

In primo luogo, un cenno deve essere fatto ai contrasti che si verificarono fra la Commissione di diritto internazionale e le delegazioni dei vari Stati che presero parte alla stesura del Trattato: tali

¹⁷ Cfr., *ex multis*, M. POLITI, G. NESI (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a challenge to impunity*, Farnham, 2001; O. TRIFFTERER, *The preventive and the repressive function of the International Criminal Court*, in M. POLITI, G. NESI (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a challenge to impunity*, Ashgate, 2001; M. BENZING, *The complementary regime of the international criminal justice between State sovereignty and the fight against impunity*, in *Max Planck Yearbook of UN law*, vol. 7, 2003.

contrasti si concentrarono perlopiù sulla scelta di una terminologia adeguata nel testo dello Statuto, che permettesse, per quanto più possibile, di circoscrivere o meglio determinare l'area di intervento della Corte. Fu per questo motivo – e lo si evince dalla comparazione fra la bozza ed il testo finale del Trattato – che si optò per la sostituzione dei termini *unavailable* ed *effective* con *unwilling* e *unable*, con riferimento ai casi nei quali la Corte penale internazionale avrebbe potuto esercitare la propria giurisdizione. Ciò significa che essa sarebbe potuta intervenire non nei casi in cui la giurisdizione statale o, più genericamente, lo Stato altrimenti competente si fosse dimostrato “non disponibile” o “inefficiente”, ma solo quando quest'ultimo avesse mancato di dimostrare la volontà (*will*) ovvero la capacità (*ability*) di intervenire.

In secondo luogo, bisogna segnalare l'importanza e la gravità sottesa alla posizione riservata all'esplicito riferimento alla “complementarità”, ad oggi contenuto difatti nel testo dell'articolo 1 dello Statuto. Anche quest'ultima non fu una scelta casuale: ciò in quanto coloro che lavorarono all'epoca alla stesura del testo stesso dello Statuto si dimostrarono evidentemente consapevoli del fatto che solo il principio di complementarità avrebbe potuto guidare e rendere effettivo l'esercizio della giurisdizione penale da parte della Corte penale internazionale¹⁸.

Ebbene, una volta messi in luce i punti nodali relativi al dibattito prettamente internazionalistico che ha circondato il principio di complementarità sin dagli albori del trattato di Roma e, se si vuole, persino prima della sua entrata in vigore, è possibile procedere all'analisi di quelli che sono stati i dibattiti domestici, dunque interni all'ordinamento italiano, che hanno contraddistinto il dialogo in materia negli ultimi due decenni.

Da principio, ciò che immediatamente è stato messo in luce da autorevole dottrina¹⁹ è che gli ordinamenti nazionali, ivi compreso quello italiano, avrebbero dovuto adeguarsi al nuovo sistema introdotto dallo Statuto di Roma, in modo tale da rendere coerenti le disposizioni interne, sia di diritto sostanziale sia di diritto processuale, con quelle in esso contenute. Ciò in modo tale da evitare che, soprattutto per quanto riguarda il giudizio relativo all'*ability* a portare avanti un giudizio a carico di soggetti incriminati per uno dei reati di cui all'articolo 5 dello Statuto, l'ordinamento statale potesse essere considerato carente.

Ovviamente, un'affermazione di questo tipo genera ulteriori, rilevanti domande, fra cui: fino a che punto ovvero secondo quali parametri un ordinamento domestico può realmente essere considerato come “*unable*”, incapace, di perseguire suddetti reati, stante le profonde diversità dal punto di vista procedurale, delle teorie della responsabilità, di accesso ai meccanismi ed agli strumenti di difesa e via dicendo, che persistono in tutti gli Stati parte?

Tralasciando quest'ultimo aspetto, una delle sfide che si sono presentate ad ogni ordinamento nazionale come diretta conseguenza dell'applicazione del principio di complementarità è stata, dunque, quella dell'adeguamento. Un adeguamento funzionale non solo a scongiurare l'eventualità che la questione venisse attratta nella sfera giurisdizionale della Corte penale internazionale, mettendo in luce l'inadeguatezza della giurisdizione domestica, ma anche ad evitare che tale sottrazione avvenisse *contra ius*, indebitamente, generando il rischio concreto del doppio giudicato, di cui pure si farà a breve un accenno.

Prima dell'adeguamento formale, tuttavia, uno strumento sicuramente utile ma soprattutto di immediato utilizzo a disposizione per gli operatori del diritto è sempre stata l'interpretazione conforme: un'interpretazione coerente alla disciplina statutaria potrebbe rivelarsi utile, in attesa di un (prossimo si auspica) concreto adeguamento degli ordinamenti nazionali. Tra l'altro, giova sempre ricordarlo, il dovere di una interpretazione «in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo» è quanto formalmente previsto nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ratificata dall'Italia con legge del 12 febbraio 1974, n. 112. Sicuramente però la stessa interpretazione conforme mostra i propri limiti

¹⁸ Cfr. O. TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden, Baden, 1999.

¹⁹ Cfr. R. DICKER, H. DUFFY, *National Courts and the ICC*, in *The Brown Journal of World Affairs*, 1999, vol. 6, I, 53 ma anche F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011.

intrinseci nel caso – per altro abbastanza frequente – in cui uno dei crimini di competenza della Corte non venga considerato penalmente perseguibile dall'ordinamento domestico, per difetto di definizione o introduzione *a priori* nell'ordinamento penale sostanziale.

Di conseguenza, la via maestra rimane l'adeguamento. Una prima questione si è posta in merito all'esistenza o meno di un obbligo di adeguamento in capo agli ordinamenti nazionali, discendente direttamente dal principio di complementarità. Tale questione è stata risolta in senso negativo dalla dottrina²⁰, che non ha evidenziato alcun obbligo di adattamento alle previsioni dello Statuto. Ha sollevato alcuni dubbi la lettera dell'articolo 88 dello Statuto, che sancisce che: «(g)li Stati parti si adoperano per predisporre nel loro ordinamento nazionale, procedure appropriate per realizzare tutte le forme di cooperazione indicate nel presente capitolo». Ad ogni modo la dottrina non sembra aver ritenuto sufficiente il disposto dell'articolo 88 e lo ha considerato come strettamente attinente alla sola cooperazione internazionale fra corti.

Ciononostante, non mancano anche voci contrarie²¹, che individuano altresì nella natura stessa dello Statuto e delle norme in esso contenute la necessità e, di conseguenza, l'obbligo di adeguamento a carico degli Stati che vi hanno preso parte. La chiarezza delle disposizioni dello Statuto impedirebbe, tra l'altro, non solo un obbligo positivo in capo al legislatore nazionale, ma anche uno negativo consistente nella impossibilità di deviare dalla strada tracciata dalle disposizioni dello Statuto stesso, introducendo negli ordinamenti nazionali, per esempio, autonome definizioni o concezioni dei crimini di cui all'articolo 5. D'altra parte, alla identificazione dell'adattamento quale obbligo derivante dalla puntuale applicazione del principio di complementarità, è necessario sottolinearlo, si frappone l'assenza di reali sanzioni – se non si considera tale l'attrazione del caso nella giurisdizione della Corte penale internazionale – per gli Stati che, concretamente, non abbiano adempiuto all'obbligo stesso.

A questo punto è possibile spostare nuovamente il discorso sull'ordinamento italiano e sull'approccio che quest'ultimo ha avuto nei confronti dello Statuto della Corte e degli obblighi, od oneri, che dir si voglia, in esso contenuti. A partire dal combinato disposto dei commi secondo e terzo dell'articolo 25 della Costituzione, è possibile affermare quanto segue: viene assicurato al Parlamento il monopolio nella determinazione delle condotte penalmente rilevanti, in modo tale da scongiurare l'ipotesi che l'illegittimo utilizzo del potere sanzionatorio determini una lesione dei diritti fondamentali dell'individuo. Si tratta, naturalmente, del principio di legalità in materia penale riassunto nel brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Dall'obbligo di tutelare i diritti umani fondamentali discende, secondo le più classiche teorie internazionalistiche, l'obbligo di perseguire gli autori di quei crimini che, più di tutti, ledono tali diritti. Come se non bastasse, suddetto obbligo è ricavabile persino dalla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo, dai trattati internazionali che l'Italia ha ratificato e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale²² che, in forza del combinato disposto degli articoli 10 e 117 della Costituzione, debbono essere considerati vincolanti per ogni operatore del diritto.

L'auspicio, dunque, da sempre si è rivelato essere quello dell'adozione di una normativa che modificasse sia la disciplina sostanziale che quella procedurale dell'ordinamento italiano, possibilmente per tramite di un *corpus* unitario di norme, in modo tale da facilitare non solo il raccordo e la cooperazione fra la Corte penale internazionale e le corti penali domestiche, ma anche e soprattutto limitare al minimo i casi ammessi dinanzi alla prima e di conseguenza sottratti alla giurisdizione delle seconde: ciò non in forza di quello che potrebbe apparire come un duello fra corti ai fini dell'aggiudicazione della giurisdizione, ma al contrario del tentativo di perseguire il fine ultimo di offrire la migliore tutela possibile ai diritti fondamentali che si assumono violati.

²⁰ *Ex multis*, A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002.

²¹ F. LATTANZI, *La Corte penale internazionale è ormai una realtà*, in G. CARLIZZI-G. DELLA MORTE, S. LAURENTI, A. MARCHESI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Napoli, 2003.

²² Cfr. le cd. sentenze gemelle della Corte costituzionale del 22 ottobre 2007, n. 348 e n. 349 in materia di limiti ed effetti dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

4.1. Lo stato di avanzamento dei lavori di adeguamento in Italia

Il primo vero passo compiuto dall'Italia in materia di adeguamento è avvenuto nel 2012, con l'entrata in vigore della legge del 20 dicembre 2012, n. 237 recante *Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale* e pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 6 dell'8 gennaio 2013. Tralasciando il *gap* di ben 14 anni che separa la firma del Trattato di Roma dall'adozione di una prima legge in materia di adeguamento da parte del legislatore italiano, non può che meravigliare anche la chiara insufficienza delle disposizioni contenute in essa. Si tratta, difatti, di un intervento legislativo che tocca solo ed esclusivamente l'ambito del diritto processuale penale e non quello del diritto sostanziale che, pure, necessiterebbe di importanti adeguamenti.

La legge ha di fatto toccato il tema della cooperazione giudiziaria degli operatori italiani con la Corte penale internazionale e quello dell'esecuzione interna dei provvedimenti della Corte stessa, ivi comprese le sentenze di condanna²³. Per quanto riguarda il primo aspetto, brevemente basti dire in questa sede che il Ministro della giustizia si presenta come organo competente per i rapporti con la Corte, eventualmente d'intesa con gli altri Ministri interessati: riceve le richieste, vi dà seguito e presenta alla Corte atti e richieste. Per quanto riguarda a loro volta le richieste formulate dalla Corte all'Italia, queste vengono trasmesse al Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma ed il giudice competente è la Corte d'appello di Roma.

Prima della pubblicazione della citata legge n. 237/2012, erano stati effettuati altri tentativi di adeguamento. Benché l'Italia sia stato il quarto Stato a ratificare lo Statuto della Corte penale internazionale, prima tra le nazioni europee, il 19 luglio 1999, non altrettanto tempestiva può dirsi essere stata con riferimento alle norme di adeguamento interno. Sinora è seguita, infatti, solo una serie di progetti di implementazione dello Statuto, tuttora pendenti presso il Parlamento italiano spesso mal visti per la loro eccessiva genericità da parte del potere legislativo. Si fa riferimento al d.l. del 27 giugno 2002 che ha stabilito un comitato di esperti, denominato '*Commissione Conforti - per l'attuazione dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale*' (Progetto Conforti), formato da due sottogruppi, l'uno impegnato nella stesura delle norme sostanziali, l'altro sugli aspetti procedurali della cooperazione con la Corte penale internazionale; pur tuttavia, nonostante i lodevoli risultati raggiunti essi non sono stati trasposti dal legislatore italiano. Lo stesso si è osservato nei confronti della proposta n. 2724 (*Norme per l'adattamento dell'ordinamento interno allo Statuto della Corte penale internazionale*) presentata nel maggio del 2002 dalla commissione presieduta dal Professor B. Kessler, e dei progetti Iovene e Pianetta che ne ripresero i contenuti. Ultimo da un punto di vista cronologico (prima del lavoro portato a termine dalla Commissione istituita presso il Gabinetto della Ministra della giustizia Cartabia, con d. m. 22 marzo 2022, per elaborare un progetto di Codice dei Crimini internazionali), il progetto finanziato dalla Fondazione Cariplo *International Crimes, Italian Law Making Policy, and Prospective Legislation* (Progetto Cariplo) e presieduto dall'(ex) giudice del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, Professor F. Pocar, oggi professore emerito di diritto internazionale presso l'Università di Milano, esso può dirsi costituisca il più avanzato risultato nella proposta di incriminazione delle offese costituenti crimini internazionali all'interno dell'ordinamento italiano. Il secondo mandato di arresto spiccato nei confronti di *O. H. al-Bashir* nel luglio del 2010 determinò un ulteriore dibattito da cui scaturirono mozioni parlamentari circa gli obblighi di cooperazione con la Corte penale internazionale, da cui seguì l'emanazione della legge citata n. 237/2012 concernente gli aspetti procedurali di tale collaborazione. La legge disciplina in particolare da un lato la cooperazione giudiziaria tra la Corte penale internazionale e l'apparato amministrativo e giudiziario italiano, e dall'altro l'esecuzione di sentenze e sanzioni nel nostro ordinamento. Ai fini della presente trattazione è, tuttavia, bene ricordare come la mancanza di previsioni di diritto sostanziale in materia abbia determinato, durante l'ultima lettura della legge al Senato, lo stralcio del requisito della contestuale previsione dell'offesa nell'ordinamento italiano ai fini del riconoscimento e della conseguente esecuzione di una sentenza.

²³ Cfr. C. MELONI, *Il lento adeguamento dell'Italia allo Statuto della Corte penale internazionale: pubblicata la legge sulla cooperazione giudiziaria con la Corte e sull'esecuzione dei suoi provvedimenti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

Dall'analisi dei progetti citati, si evince come l'interprete abbia cercato, seppur invano sinora, di adeguare non solo la disciplina processuale ma anche quella penale sostanziale sia nella sua parte generale sia nella sua parte speciale. Entrambe – per quanto questo possa destare meraviglia – presentano difatti numerose lacune dal punto di vista della predisposizione di autonome figure di reato che possano incontrare e soddisfare gli standard imposti dallo Statuto.

Per quanto riguarda la parte generale del Codice penale, dall'analisi dei principi generali dello Statuto si evince chiaramente che le difformità con il libro I del Codice penale non sono così nette né, tantomeno, insormontabili. Fra le più rilevanti differenze figura, tuttavia, quanto enunciato dall'articolo 26 dello Statuto, che prevede ad es. un limite minimo d'età per l'imputabilità pari ai diciotto anni, mentre in Italia l'articolo 97 del codice penale prevede che il soggetto minore di anni quattordici non sia imputabile; così come per il minore di anni diciotto imputabile ma per il quale la pena è diminuita, oltre alle ulteriori previsioni di favore di cui all'articolo 98 del codice penale. Identico adeguamento verrebbe a sorgere nell'ambito delle cause di esclusione della responsabilità, cause di esclusione della colpevolezza e cause di giustificazione: si tratterebbe, dunque, di operare una rilettura dell'elemento soggettivo e, più in generale, dell'elemento della colpevolezza per le fattispecie di reato rilevanti su un piano internazionale. Tali standard sono tra l'altro chiaramente esplicitati dallo Statuto, che all'articolo 6, ad es., descrive il genocidio quale condotta posta in essere con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, «*a national, ethnical, racial or religious group*» e riporta alcuni esempi quali l'uccisione di membri di questo gruppo, il provocare ai danni dei suoi membri traumi fisici o psichici gravi, la sottoposizione deliberata a condizioni di vita che, inevitabilmente, conducono alla sua distruzione, l'imposizione di misure intese a prevenire le nuove nascite ovvero il trasferimento forzato di bambini e dunque la loro sottrazione ai nuclei familiari originali.

Lo Statuto compie lo stesso discorso definitorio ed esemplificativo per i crimini contro l'umanità all'articolo 7, per i crimini di guerra all'articolo 8²⁴ e per i crimini di aggressione all'articolo 8 bis²⁵. Ciò che caratterizza le fattispecie di cui agli articoli predetti è il cd. “elemento di contesto”²⁶, utile sia a definire la dimensione e la rilevanza internazionale di suddette figure di reato sia ad inquadrare meglio l'elemento soggettivo che colpisce la condotta e le circostanze di reato.

Da ultimo, un accenno merita il tema del *ne bis in idem*, che appare come fortemente influenzato dal discorso relativo alla complementarità ed a quello dell'adattamento. Il motivo sotteso a questa intersezione risiede non solo nell'esplicito riferimento che lo Statuto fa al primo, quando all'articolo 17 sancisce che debbano essere considerati improcedibili quei casi in cui la persona interessata sia stata già giudicata per la medesima condotta, ma anche il riferimento all'inammissibilità degli stessi casi *ex* articolo 20 dello Statuto. La differenza fra quanto disposto nell'articolo 17 e nell'articolo 20 riguarda il momento nel quale il caso giunge a conoscenza della Corte penale internazionale: se nell'ordinamento domestico il caso si trova ancora nella sua fase preliminare, di indagine ovvero addirittura di investigazione, lo Statuto ne decreta l'improcedibilità; se il caso invece è già stato portato a termine, allora scatta l'ipotesi di inammissibilità dello stesso prevista dall'articolo 20.

Entrambe le due ipotesi, ad ogni modo, sollevano alcuni interrogativi proprio in relazione al rispetto puntuale del principio di complementarità: cosa accadrebbe se un caso concluso nell'ordinamento domestico, fosse stato portato avanti da quest'ultimo senza il rispetto dei criteri di imparzialità, indipendenza, correttezza e giustizia previsti dallo Statuto? In questo caso spetterà

²⁴ Si ricorda che l'articolo 8 dello Statuto della CPI fu oggetto di emendamenti per tramite della risoluzione RC/Res.5 dell'11 giugno 2011, che introdusse il numero XIII e XV alla lettera e del paragrafo 2 dell'articolo. A seguito della riforma, dunque, integrano la fattispecie del crimine di guerra l'ordine di dislocamento di popolazioni per ragioni legate ad un conflitto, a meno che la sicurezza dei civili coinvolti o ragioni imperative di carattere militare non lo richiedano e l'utilizzo di proiettili «*which expand or flatten easily in the human body*», da intendersi come tali quella specifica categoria di proiettili che presentano una corazza dura ma non interamente avvolgente il nucleo, ovvero che ha subito un'incisione.

²⁵ Anche l'articolo 8-bis è frutto di un emendamento ad opera della risoluzione RC/Res.6 dell'11 giugno 2010.

²⁶ M. CRIPPA, *Sulla (perdurante?) necessità di un adeguamento della legislazione interna in materia di crimini internazionali ai sensi dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

all'organo requirente, vale a dire il Procuratore, dimostrare le circostanze di cui sopra, in modo tale da permettere che il caso venga ammesso dinanzi alla Corte.

Un ulteriore problema, che si ricollega al difetto di adeguamento di cui sopra, riguarda quei casi nei quali il giudice nazionale abbia sì processato il soggetto in maniera terza ed imparziale, nel rispetto dei principi generali dello Statuto, ma l'abbia fatto imputando allo stesso un titolo di reato diverso, non puntualmente corrispondente a quelli plurimi previsti dagli artt. 5 e ss. dello Statuto. In questo caso l'ipotesi che appare più plausibile a partire dall'analisi del dato letterale dell'articolo 20, che vieta agli Stati di processare un soggetto assolto o condannato per uno dei reati di cui all'articolo 5, è che il diverso titolo di reato giustifichi l'eventuale esercizio di una nuova azione penale nei confronti del medesimo soggetto.

4.2. L'ambito di operatività del principio di complementarità e la giurisdizione penale militare di guerra: brevi cenni

La giurisdizione militare non è scevra dalla influenza del principio di complementarità di cui allo Statuto di Roma.

La giurisdizione della Corte penale internazionale come sancito dall'articolo 1 risulta *complementary to national criminal jurisdictions*, presupponendo che, pertanto, essa si applichi a tutte le giurisdizioni penali esistenti nello Stato parte. E' il caso, in Italia, della giurisdizione penale ordinaria e penale militare. In base allo Statuto (articoli 1, 5, 8, 17) la Corte ha giurisdizione anche sui crimini di guerra più efferati commessi nell'ambito dei conflitti internazionali. D'altro canto, come noto, l'art. 103, comma 3, Cost. assegna ai Tribunali militari in tempo di guerra la giurisdizione stabilita dalla legge e, in tempo di pace, la giurisdizione solo per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate²⁷.

Il riparto appare già di per sé chiaro, facendo riferimento - in senso negativo - a ciò di cui la Corte non può occuparsi: vanno esclusi tutti quei crimini di guerra che per loro natura, gravità, intensità non siano considerabili *the most serious crimes of international concern, of sufficient gravity to justify further action by the Court*, in quanto non commessi come parte di un piano o di un disegno politico o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala; si tratta di ipotesi in cui, appunto, eserciteranno la propria giurisdizione i Tribunali militari nazionali anche nel caso in cui lo Stato risulti riluttante o incapace di svolgere realmente le proprie indagini o di esercitare la relativa azione penale. Resta insoluto, però, il criterio di utilizzo del fattore discrezionale rimesso alla Corte penale internazionale, riguardante il concetto di gravità sufficiente ai fini dell'attribuzione di giurisdizione, in base al quale solo la Corte ha il potere di stabilire se un determinato crimine di guerra sia tanto grave da necessitare del suo intervento nel caso di impossibilità o inerzia dello Stato parte. Il conflitto è pertanto risolto in seno allo stesso Organo cui la giurisdizione è eventualmente affidata. E' chiaro che l'ipotesi estrema (casi di gravi crimini per i quali lo Stato italiano sia *unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution*) in linea teorica non dovrebbero porsi essendo la giurisdizione militare, cui è attribuita la competenza per crimini commessi da personale militare italiano in Italia o all'estero, una giurisdizione dotata di tutte le garanzie costituzionali, applicante il codice di rito in vigore per tutti gli altri reati, formata da magistrati militari tratti per concorso e dotati di indipendenza e terzietà, oltre che assoluta imparzialità. Potranno, al più, porsi problemi di durata ragionevole del processo dinanzi ai quali però, non sarebbe giustificato un travaso di giurisdizione a favore della Corte, quando lo Stato interrogato riesca a fornire spiegazioni del ritardo o delle lungaggini, peraltro spesso dovute al sistema di garanzie che contraddistingue il processo penale italiano. In casi del genere, peraltro, la Corte - nell'ambito della competenza domestica volta a dirimere questioni di giurisdizione legate a ritardo - dovrà tener conto delle

²⁷ Cfr., *ex multis*, sul principio di complementarità in riferimento alla giurisdizione sui crimini di guerra, A. CRUCIANI, *Il principio di complementarità della giurisdizione della Corte Penale Internazionale e la giurisdizione militare sui crimini di guerra*, in *Rivista di Diritto e Procedura Penale Militare*, 2005, par. 10; sulla legislazione penale di guerra e dei conflitti armati v. D. BRUNELLI, G. MAZZI, *Diritto penale militare*, IV ed., Milano, 2007.

giustificazioni addotte dallo Stato e dalla durata media dei procedimenti accertata nell'ambito della prassi interna, non potendo disconoscere alla stessa valenza risolutiva a favore dello Stato stesso. Lo Stato italiano, infine, è da considerarsi sempre in grado di svolgere un processo penale dinanzi ai Tribunali militari, organizzati su tutto il territorio della nazione secondo regole ordinamentali scritte e riconosciute a livello centrale, attraverso organi periferici (Tribunali militari e Corte militare di appello) perfettamente rispondenti agli Enti della giustizia ordinaria, composti da giudici togati e giudici appartenenti alle Forze armate estratti a sorte, indipendenti e terzi rispetto all'imputato. Al contempo presso gli Uffici requirenti i pubblici ministeri guidati da Procuratori e vigilati dal Procuratore generale militare di Appello hanno piena capacità investigativa, di coordinamento delle Forze di Polizia giudiziari e di rappresentanza dell'accusa nel processo dinanzi agli Uffici giudicanti. Come avviene per i reati del codice penale militare di pace, altrettanto può dirsi che possa avvenire per i crimini di guerra commessi da militari italiani in Italia o all'estero: la giurisdizione è efficacemente esercitata in ambito domestico.

5. Conclusioni

È chiaro, dunque, che le sfide che il principio di complementarità pone al legislatore italiano siano molteplici e di non trascurabile complessità. Ciononostante, quest'ultimo dovrebbe coglierle con entusiasmo, in quanto lo scopo dello Statuto di Roma e dei principi in esso contenuto appare chiaramente essere quello di voler non solo garantire il più ampio grado di tutela a coloro che, loro malgrado, sono vittime dei crimini più efferati, ma anche di permettere al livello di giurisdizione più vicino alle vittime, vale a dire quello domestico e statale, di occuparsi di tali questioni e di farlo sotto l'egida di una Corte penale internazionale pronta ad intervenire solo nel caso di gravi mancanze da parte dello Stato. In questi termini il principio di complementarità si mostra gemello del principio di sussidiarietà che parimenti, in ambito legislativo, permette alle istituzioni di muoversi in ogni momento nella direzione più favorevole al cittadino ed alle esigenze di tutela e salvaguardia della sua sfera giuridica soggettiva.

Il patteggiamento nella procedura penale internazionale, da Norimberga all'Aia. Origini, interpretazioni giurisprudenziali e problematiche processuali nazionali

*Giovanni Chiarini*¹

Abstract: L'istituto del patteggiamento per crimini internazionali è tra i più significativi per quanto riguarda l'evoluzione della procedura penale internazionale, da Norimberga all'Aia. Muovendo da una sostanziale negazione del patteggiamento avanti i Tribunali Militari Internazionali di Norimberga e Tokyo, la giustizia negoziata viene poi ad essere utilizzata su larga scala nei Tribunali ad hoc delle Nazioni Unite per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda, dai quali discendono importanti elaborazioni giurisprudenziali. Successivamente, la disciplina del patteggiamento si evolve ulteriormente nello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale. Quest'ultima non rappresenta un mero intermezzo tra le esperienze dei Tribunali Militari Internazionali e quelli *ad hoc* delle Nazioni Unite o un semplice "compromesso storico" a metà strada tra le esperienze giuridiche anglosassoni e quelle continentali, ma ambisce a superare la tradizionale dicotomia ed a proporre una propria "identità normativa", in grado di bilanciare le esigenze del giusto processo, di celerità ed efficienza del procedimento, nonché di tutela dei diritti delle vittime e dell'imputato. Il presente contributo, nel ripercorrere la storia del patteggiamento per crimini internazionali da Norimberga all'Aia, ricostruisce l'evoluzione dell'istituto e la sua potenziale (in)compatibilità con la disciplina italiana dell'applicazione della pena su richiesta delle parti.

Abstract: *Negotiated justice is one of the most significant paradigms that shows the evolution of international criminal procedure, from Nuremberg to The Hague. Whilst plea-bargaining was essentially denied before both Nuremberg and Tokyo Trials, negotiated justice was broader introduced at the so-called Ad Hoc Tribunals for former Yugoslavia and Rwanda, wherein related plea-bargaining case-law were developed, then resulting into an autonomous special procedure in the Rome Statute of the International Criminal Court. Indeed, in the ICC the discipline on negotiated justice, named as "proceedings on an admission of guilt", cannot be considered as a mere compromise in-between the Anglo-Saxon and European legal traditions. On the contrary, negotiated justice in the International Criminal Court statutory law acquires a unique normative identity, where several principles of criminal procedure, such as victims' rights, fair trial, lengthiness of the proceedings and defendants' rights as well are protected by this ICC special procedure. After having analyzed the origin and history of negotiated justice from Nuremberg and Tokyo to the Hague, this article focuses on a normative-jurisprudential approach on the evolution of plea-bargaining in the international criminal tribunals, and the main issues regarding that might arise from its applicability in the Italian criminal jurisdiction.*

Sommario: 1. Introduzione. I Tribunali Militari Internazionali: la negazione de facto del patteggiamento, ma con un primo segno di evoluzione (da Norimberga a Tokyo). – 2. I Tribunali *Ad Hoc* delle Nazioni Unite: l'affermazione giurisprudenziale del patteggiamento come strumento fondamentale nella procedura penale internazionale. – 2.1. Il patteggiamento "tradizionale" ed i criteri di accertamento della validità della dichiarazione di ammissione di colpevolezza. – 2.2. I patteggiamenti "speciali": il patteggiamento in caso di modifica del capo d'imputazione ed il patteggiamento in caso di oltraggio al tribunale. – 3. La Corte penale Internazionale ed i "*proceedings on an admission of guilt*" nello Statuto di Roma: l'affermazione di una nuova "identità normativa" del patteggiamento nella procedura penale internazionale. – 3.1. Cenni storici sul patteggiamento nella CPI: un compromesso culturale tra tradizione

¹ Lecturer (tenure-track / Asst. Prof.) in International Criminal Law all'Università di Huddersfield (UK), International Fellow del National Institute of Military Justice (Washington DC), avvocato ammesso all'albo degli Assistants-to-Counsel della Corte Penale Internazionale.

giuridica anglosassone e continentale. – 3.2. L'analisi normativa: tra Statuto di Roma, *rules of procedure and evidence, regulations of the office of the prosecutor*. – 3.3. Lo sviluppo giurisprudenziale delle procedure in caso di ammissione di colpevolezza nella CPI: una natura ibrida tra patteggiamento e rito abbreviato? – 3.4. Le recenti linee guida della procura della CPI e gli otto “fattori rilevanti” per l'accettazione del patteggiamento da parte del pubblico ministero. – 4. Conclusioni: le “procedure in caso di ammissione di colpevolezza” come simbolo della “processualizzazione” della giustizia penale internazionale e la potenziale (in)compatibilità dell'attuale normativa italiana in caso di patteggiamento per crimini di guerra.

1. Introduzione. I Tribunali Militari Internazionali: la negazione *de facto* del patteggiamento, ma con un primo segno di evoluzione (da Norimberga a Tokyo)

L'introduzione del patteggiamento² nella procedura penale internazionale è piuttosto recente, mentre l'istituto è estraneo alle prime manifestazioni processuali della giustizia penale internazionale, ossia l'*International Military Tribunal* (“IMT”) e l'*International Military Tribunal for the Far East* (“IMTFE”). Né il primo – meglio conosciuto come tribunale di Norimberga o, più correttamente, come Tribunale Militare Internazionale³ – né il secondo – comunemente definito come tribunale di Tokyo o, coerentemente con la traduzione della definizione ufficiale, come Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente⁴ – riconoscevano la possibilità, per l'imputato, di accedere a riti premiali che avrebbero comportato sconti di pena.

Lo statuto del tribunale di Norimberga⁵, contenuto nel Patto di Londra dell'8 agosto 1945⁶, all'art. 24⁷ lett. a) e b) – norma che dettava le tappe attraverso le quali si sarebbe snodato il processo – specificava, *in primis*, che il tribunale, dopo aver letto i capi d'imputazione in sede di prima udienza,

² Con tutte le cautele legate ad una traduzione necessariamente approssimativa, nel prosieguo *guilty plea* sarà indicato anche come “dichiarazione di ammissione di colpevolezza” o “dichiarazione di colpevolezza”; *plea bargaining* e *plea agreement* come “patteggiamento”; il documento sottoscritto da accusa e difesa verrà indicato come “accordo sulla pena” o “negoziato”. Per quanto riguarda la Corte penale internazionale, l'utilizzo, nello Statuto di Roma, dell'espressione “procedure in caso di ammissione di colpevolezza” (*proceedings on an admission of guilt*) ha ragioni precise, sulle quali ci si soffermerà nei paragrafi 4 e seguenti.

³ Di seguito utilizzeremo entrambe le definizioni in lingua italiana (“tribunale di Norimberga” o “Tribunale Militare Internazionale”) per riferirci all'IMT.

⁴ Ugualmente, di seguito utilizzeremo entrambe le definizioni in lingua italiana (“tribunale di Tokyo” o “Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente”) per riferirci all'IMTFE.

⁵ I termini “statuto di Norimberga” o “statuto dell'IMT” verranno utilizzati alternativamente per riferirsi alla *Charter of the International Military Tribunal* contenuta nel Patto di Londra del 1945, citato nella nota a seguito.

⁶ *Agreement by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, London, August 08, 1945, in United Nations – Treaty Series, Vol. 82, No. 251, 279-300, reperibile online.*

⁷ *Charter of the International Military Tribunal, Article 24:*

The proceedings at the Trial shall take the following course:

(a) *The Indictment shall be read in court.*

(b) *The Tribunal shall ask each Defendant whether he pleads “guilty” or “not guilty”.*

(c) *The Prosecution shall make an opening statement.*

(d) *The Tribunal shall ask the Prosecution and the Defence what evidence (if any) they wish to submit to the Tribunal, and the Tribunal shall rule upon the admissibility of any such evidence.*

(e) *The witnesses for the Prosecution shall be examined and after that the witnesses for the Defence. Thereafter such rebutting evidence as may be held by the Tribunal to be admissible shall be called by either the Prosecution or the Defence.*

(f) *The Tribunal may put any question to any witness and to any Defendant, at any time.*

(g) *The Prosecution and the Defence shall interrogate and may cross-examine any witnesses and any Defendant who gives testimony.*

(h) *The Defence shall address the court.*

(i) *The Prosecution shall address the court.*

(j) *Each Defendant may make a statement to the Tribunal.*

avrebbe dovuto domandare espressamente ad ogni imputato se si fosse dichiarato colpevole (“*guilty*”) oppure non colpevole (“*not guilty*”).

Similmente, nello statuto del tribunale di Tokyo, adottato in data 19 gennaio 1947 con “proclama speciale”⁸ del Comandante Supremo delle Forze Alleate⁹, Douglas MacArthur, il patteggiamento come rito premiale venne escluso. L’art. 13, lett. a)¹⁰, dedicato all’ammissibilità delle prove, concedeva all’imputato la possibilità di presentare dichiarazioni spontanee, non negando la possibilità di confessione, anche solo parziale. L’art. 15, lett. b), dedicato invece allo svolgimento del dibattimento, replicava in sostanza quanto stabilito per lo statuto di Norimberga, ossia che il tribunale, dopo aver letto i capi d’imputazione in sede di prima udienza, avrebbe dovuto domandare espressamente ad ogni imputato se si fosse dichiarato colpevole o meno. Entrambe le norme, peraltro, venivano inserite nella sezione IV riservata ai poteri del tribunale ed allo svolgimento del processo (“*Powers of Tribunal and conducts of trial*”), e non nella sezione III dedicata al giusto processo (“*fair trial for accused*”).

L’assenza di ogni previsione normativa, sostanziale e processuale, dedicata alle conseguenze della dichiarazione di ammissione di colpevolezza, negava *de facto* la possibilità per l’imputato di patteggiare la pena, non potendo questi conoscere né il corso del procedimento a seguito di tale ammissione, né le conseguenze in termini di *sentencing* ovvero di determinazione della pena.

In ogni caso nessuno degli imputati, né a Norimberga¹¹ né a Tokyo¹², si dichiarò colpevole, né risultano dai verbali di entrambi i processi richieste di patteggiamento sulla pena (*sentence bargaining*) o di patteggiamento sui capi d’imputazione (*charge bargaining*)¹³, anche se alcuni Autori hanno fatto notare come, seppur in limitati casi, accordi precedenti all’inizio del procedimento, e relativi alla scelta degli imputati verso i quali esercitare l’azione penale, sarebbero stati effettuati, così comportando una sorta di giustizia negoziata extraprocessuale – ed irrituale – nella forma del

(k) *The Tribunal shall deliver judgement and pronounce sentence.*

⁸ Il termine “proclama speciale” deriva dalla traduzione del termine “*special proclamation*” (con riferimento alla “*Special proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo January 19, 1946*” citata nella nota a seguito)

⁹ *Special proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo January 19, 1946*; charter dated January 19, 1946; amended charter dated April 26, 1946. Tribunal established January 19, 1946 in United Nations – Treaties and Other International Acts Series 1589, 20-32, reperibile online.

¹⁰ Charter of the International Military Tribunal for the Far East, Article 13. Evidence.

a) Admissibility. The Tribunal shall not be bound by technical rules of evidence. It shall adopt and apply to the greatest possible extent expeditious and non-technical procedure, and shall admit any evidence which it deems to have probative value. All purported admissions or statements of the accused are admissible.

b) Relevance. The Tribunal may require to be informed of the nature of any evidence before it is offered in order to rule upon the relevance.

c) Specific Evidence Admissible. In particular, and without limiting in any way the scope of the foregoing general rules, the following evidence may be admitted:

(1) A document, regardless of its security classification and without proof of its issuance or signature, which appears to the Tribunal to have been signed or issued by any officer, department, agency or member of the armed forces of any government.

(2) A report which appears to the Tribunal to have been signed or issued by the International Red Cross or a member thereof, or by a doctor of medicine or any medical service personnel, or by an investigator or intelligence officer, or by any other person who appears to the Tribunal to have personal knowledge of the matters contained in the report.

(3) An affidavit, deposition or other signed statement.

(4) A diary, letter or other document, including sworn or unsworn statements which appear to the Tribunal to contain information relating to the charge.

(5) A copy of a document or other secondary evidence of its contents, if the original is not immediately available.

d) Judicial Notice. The Tribunal shall neither require proof, of facts of common knowledge, nor of the authenticity of official government documents and reports of any nation nor of the proceedings, records, and findings of military or other agencies of any of the United Nations.

cosiddetto *Nolle Prosequi*¹⁴, con esclusione dalla lista degli imputati di soggetti potenzialmente perseguibili per crimini internazionali, come avvenne per il capitano delle SS Guido Zimmer¹⁵.

L'impianto normativo a fondamento di questi tribunali e la mancata previsione di riti alternativi non deve tuttavia sorprendere. Il contesto, l'entità, ed il numero di crimini e di vittime, nonché l'assenza di precedenti esperienze processuali internazionali, unite al fallimento dell'idea di giustizia penale internazionale dopo la Prima Guerra Mondiale, con il mancato processo al *Kaiser*¹⁶, hanno sicuramente influenzato anche le previsioni processuali dell'IMT e dell'IMTFE. Dalle norme relative alla costituzione di queste Corti, ossia dall'art. 1 di entrambi gli statuti di Norimberga e Tokyo, si percepisce un'esigenza di giustizia celere, che sarebbe stata assicurata da tribunali creati allo scopo di garantire un "*just and prompt trial and punishment*"¹⁷, ossia di giudicare e punire in modo adatto e senza ritardo i grandi criminali di guerra ("*major war criminals*") dei paesi europei dell'Asse (per quanto riguarda Norimberga) e dell'Estremo Oriente (relativamente a Tokyo), ma senza sconti di pena. Emblematiche, sul punto, furono le parole di Robert H. Jackson, Procuratore Capo per gli Stati Uniti nel processo di Norimberga, pronunciate nel celebre *opening statement* del 21 novembre 1945¹⁸, all'apertura del dibattimento, con cui si rivolgeva direttamente ai giudici del tribunale:

«Nessuna carità può nascondere il fatto che le forze rappresentate da questi imputati, le forze che trarrebbero vantaggio e si rallegrerebbero della loro assoluzione, sono le forze più oscure e sinistre della società: dittatura e oppressione, malevolenza e passione, militarismo e illegalità. (...) I loro atti hanno inondato il mondo di sangue e riportato la civiltà indietro di un secolo. Hanno sottoposto i loro vicini europei a ogni oltraggio e tortura, ogni spoliazione e privazione che l'insolenza, la crudeltà e l'avidità potevano infliggere. (...) Hanno fomentato odi e incitato alla violenza domestica in tutti i continenti. (...) Questo processo rappresenta lo sforzo disperato dell'umanità di applicare la disciplina del diritto agli uomini di Stato che hanno utilizzato i loro poteri per attaccare le fondamenta della pace mondiale (...). La civiltà si chiede se il diritto sia così in ritardo da risultare del tutto indifeso

e) Records, Exhibits and Documents. The transcript of the proceedings, and exhibits and documents submitted to the Tribunal, will be filed with the General Secretary of the Tribunal and will constitute part of the Record.

¹¹ Per un approfondimento, in generale, su Norimberga, tra le tante fonti si veda: C. TOMUSCHAT, *The Legacy of Nuremberg*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, 830-844; Y. BEIGBEDER, *Judging War Criminals. The Politics of International Justice*, MacMillan Press LTD, 1999; L. GROSS, *The Punishment of War Criminals: The Nuremberg Trial (First Part)*, *Netherlands International Law Review*, vol. 2, no.4, 1955, 356-374; H. KRAUS, *The Nuremberg Trial of the Major War Criminals: Reflections after Seventeen Years*, in *DePaul Law Review*, vol.13, no.2, 1964, 233-147; US Department of State, *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials*, London, 1945, Publication no. 3080, International Organization and Conference Series II, 1949; T. TAYLOR, *The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir*, New York, 1992.

¹² Per un approfondimento, in generale, su Tokyo, si segnalano: N. BOISTER, R. CRYER, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, Oxford, 2008; Z. WANHONG, *From Nuremberg to Tokyo: Some Reflections on the Tokyo Trial (on the Sixtieth Anniversary of the Nuremberg Trials)*, in *Cardozo Law Review*, vol.27, no.4, 2006, 1673-1692; K. SELLARS, *Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo*, in *European Journal of International Law*, vol.21, no.4, 2010, 1085-1102; Y. TANAKA, T. MCCORMACK, G. SIMPSON (a cura di), *Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Leiden, 2010.

¹³ Come sostenuto da J.I. TURNER, T. WEIGEND, *Negotiated Justice*, in G. SLUITER, H. FRIMAN, S. LINTON, S. ZAPPALÀ, S. VASILIEV (a cura di), *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, Oxford, 2013, 1375-1413.

Per quanto concerne il c.d. *charge bargaining*, è stato osservato da altri Autori di come questo istituto, seppur diffuso nei Paesi a tradizione di *common law*, perda di efficacia quando si tratta di crimini internazionali, poiché tali reati sono comprendono un'ampia gamma di fattispecie. Testualmente, N.A. COMBS, *Procuring Guilty Pleas for International Crimes: The Limited Influence of Sentence Discounts*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 59, n.1, 69, 151, in part. 76: «Charge bargaining is not as effective when it comes to international crimes, however, because those crimes are broadly defined and encompass a wide range of behavior».

¹⁴ Uno dei più importanti esempi, a noi conosciuti, fu quello del capitano delle SS Guido Zimmer. Come osservato da M. SALTER, M. EASTWOOD, *Negotiating Nolle Prosequi at Nuremberg*, in *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, 2005, 649-665, in part. 649: «(...) in connection with war crimes committed in the Second World War, there were negotiations between the Allies and persons who could have potentially been charged with war crimes. The case of Captain Guido Zimmer is exemplary in this respect. He could have been accused of war crimes and tried by a competent tribunal: instead, since he cooperated with the Allies (in particular with US intelligence), the decision not to prosecute him was taken».

nell'affrontare crimini di questa portata e da parte di criminali di questo calibro. (...) Si aspetta che la vostra azione giuridica metta le forze del diritto internazionale, i suoi precetti, i suoi divieti e, soprattutto, le sue sanzioni, dalla parte della pace (...)»¹⁹.

In un tale contesto, mosso non solo dall'idea di “inaugurare un'era di responsabilità per i crimini internazionali”²⁰ e dalla speranza di “istituzionalizzazione di una risposta giudiziaria alle atrocità commesse da chiunque ed in qualunque parte nel mondo”²¹, ma dalla esigenza di conservazione della memoria storica tramite la celebrazione di un dibattito pubblico²² le cui trascrizioni avrebbero evitato futuri pericolosi revisionismi²³, il patteggiamento – seppur considerato come uno strumento produttivo di “effetti di massimizzazione della punizione”²⁴ – sarebbe risultato incompatibile con gli statuti dei tribunali militari internazionali.

Tuttavia, anche se non strettamente legato all'istituto del patteggiamento, un primo segno di evoluzione della procedura penale internazionale può rinvenirsi nello statuto di Tokyo, con la possibilità per il difensore dell'imputato – dopo lettura dei capi d'imputazione da parte del tribunale e dopo la dichiarazione di ammissione di colpevolezza o non colpevolezza – di presentare un “*concise opening statement*” come previsto dall'art. 15, lett. c), così aprendo alla possibilità di rendere dichiarazioni. Tale diritto non era previsto, invece, nello statuto del tribunale di Norimberga. È quindi interessante leggere il verbale della dichiarazione di apertura del dibattito, nella seconda sessione del 21 novembre 1945²⁵, in cui il tribunale negava espressamente agli imputati ogni diritto di intervento proprio perché non risultante dal dettato normativo. Segnatamente, all'apertura del processo il Presidente del tribunale, il britannico Lord Justice Geoffrey Lawrence, evidenziava l'impossibilità per gli imputati di rendere dichiarazioni in quella fase. Mentre procedeva alle domande relative alla facoltà di dichiararsi colpevole o non colpevole – dirette ad ogni imputato –, rimproverava Hermann Wilhelm Goering, rigettando la sua richiesta di rilasciare dichiarazioni.

Si veda anche R. BREITMAN, *Analysis of the Name File of Guido Zimmer*, in *Record Group 263: Records of the Central Intelligence Agency, Records of the Directorate of Operations*; più in generale, C. SIMPSON, *The Splendid Blond Beast: Money, Law and Genocide in the Twentieth Century*, New York, 1995.

¹⁵ Sempre M. SALTER, M. EASTWOOD, *Negotiating Nolle Prosequi at Nuremberg*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 664-665, osservano di come la presente problematica non sia meramente storica, ma incida sulla stessa legalità del procedimento penale portando a forme di “patteggiamento” irrituale e extraprocessuale che comportano immunità parziale o totale. Testualmente: «The complex issues and dilemmas raised by the Zimmer case are not merely historical. Indeed, the cooperation of intelligence agencies in providing uniquely valuable forms of intelligence, whilst, at the same time, subverting the legal process through the creation of immunity agreements either outside the legal process or through plea-bargaining, is likely to continue well into the future. It is possible that, in decades to come, declassified documentation will reveal how, for example, the CIA had been involved in brokering agreements under which those closely associated with a major political leader responsible for genocide were willing to provide vital evidence in return for full or partial legal immunity. If this proves to be the case, then the risk is that researchers would remain incapable of formulating appropriate questions to address this topic because they have not previously studied the factors and dynamics that can motivate this controversial practice».

¹⁶ Sul fallito processo al Kaiser, si veda, in primis, la recente opera del Professor W.A. SCHABAS, *The Trial of the Kaiser*, Oxford, 2018. Anche Z. BOHRER, *The (Failed) Attempt to Try the Kaiser and the Long (Forgotten) History of International Criminal Law: Thoughts Following The Trial of the Kaiser by William A Schabas*, in *Israel Law Review*, vol. 53, n. 1, 2020, 159-186.

¹⁷ Charter of the International Military Tribunal, Article 1.

In pursuance of the Agreement signed on the 8th August, 1945, by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics, there shall be established an International Military Tribunal (hereinafter called “the Tribunal”) for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals of the European Axis.

¹⁸ Si veda, *Opening Statement before the International Military Tribunal, November 21, 1945*, in *Second Day, Wednesday, 11/21/1945, Part 04, Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Volume II. Proceedings: 11/14/1945-11/30/1945. (Official text in the English language)* Nuremberg: IMT, 1947, 98-102.

L'introduzione del procuratore Jackson – estratta dal suo discorso originale, della lunghezza complessiva di quasi 25.000 parole – merita di essere qui parzialmente riportato, almeno in lingua originale:

«May it please Your Honors: The privilege of opening the first trial in history for crimes against the peace of the world imposes a grave responsibility. The wrongs which we seek to condemn and punish have been so calculated, so malignant, and so devastating, that civilization cannot tolerate their being ignored, because it cannot survive their being repeated. That four great nations, flushed with victory and stung with injury stay the hand of vengeance and voluntarily submit

Goering venne di fatto interrotto dal Presidente non appena provò a palesare l'intenzione di rilasciare dichiarazioni in risposta alla domanda di dichiararsi colpevole o non colpevole – posta a ciascuno degli imputati –, nel seguente ed emblematico modo:

«GOERING: Prima di rispondere alla domanda del Tribunale, se sono colpevole o meno...

PRESIDENTE: Ho informato la Corte che gli imputati non avevano il diritto di rendere una dichiarazione. Deve dichiararsi colpevole o non colpevole.

GOERING: Mi dichiaro non colpevole nel senso dell'atto d'accusa²⁶.

(...)

(A questo punto l'imputato Goering si alzò in piedi sul banco degli imputati e tentò di rivolgersi al Tribunale).

PRESIDENTE: Attualmente lei non ha il diritto di rivolgersi al Tribunale se non attraverso il suo difensore».

La disciplina del patteggiamento è però destinata a cambiare radicalmente nella successiva esperienza della procedura penale internazionale, con la creazione dei cosiddetti "tribunali ad hoc" delle Nazioni Unite per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda, come vedremo nei successivi paragrafi.

2. I Tribunali *Ad Hoc* delle Nazioni Unite: l'affermazione giurisprudenziale del patteggiamento come strumento fondamentale nella procedura penale internazionale

Dopo quasi 50 anni dalla costituzione dei tribunali di Norimberga e Tokyo, sulla scena della procedura penale internazionale si sono imposti i cosiddetti "tribunali ad hoc" delle Nazioni Unite, considerati come i primi moderni tribunali penali internazionali²⁷. L'uno per l'ex Jugoslavia, definito "*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*" ("ICTY"²⁸), creato con Risoluzione 827²⁹ del Consiglio di Sicurezza ONU nel 1993³⁰; l'altro per il Ruanda, definito "*International Criminal Tribunal for Rwanda*" ("ICTR"), creato con Risoluzione 955³¹ del Consiglio di Sicurezza ONU nel 1994³².

their captive enemies to the judgment of the law is one of the most significant tributes that Power has ever paid to Reason. This Tribunal, while it is novel and experimental, is not the product of abstract speculations nor is it created to vindicate legalistic theories. This inquest represents the practical effort of four of the most mighty of nations, with the support of 17 more, to utilize international law to meet the greatest menace of our times-aggressive war. The common sense of mankind demands that law shall not stop with the punishment of petty crimes by little people. It must also reach men who possess themselves of great power and make deliberate and concerted use of it to set in motion evils which leave no home in the world untouched. It is a cause of that magnitude that the United Nations will lay before Your Honors.

In the prisoners' dock sit twenty-odd broken men. Reproached by the humiliation of those they have led almost as bitterly as by the desolation of those they have attacked, their personal capacity for evil is forever past. It is hard now to perceive in these men as captives the power by which as Nazi leaders they once dominated much of the world and terrified most of it. Merely as individuals their fate is of little consequence to the world.

(...) In justice to the nations and the men associated in this prosecution, I must remind you of certain difficulties which may leave their mark on this case. Never before in legal history has an effort been made to bring within the scope of a single litigation the developments of a decade, covering a whole continent, and involving a score of nations, countless individuals, and innumerable events. Despite the magnitude of the task, the world has demanded immediate action.

(...) When I say that we do not ask for convictions unless we prove crime, I do not mean mere technical or incidental transgression of international conventions. We charge guilt on planned and intended conduct that involves moral as well as legal wrong. And we do not mean conduct that is a natural and human, even if illegal, cutting of corners, such as many of us might well have committed had we been in the defendants' positions. It is not because they yielded to the normal frailties of human beings that we accuse them. It is their abnormal and inhuman conduct which brings them to this bar».

¹⁹ *Ibidem*: «No charity can disguise the fact that the forces which these defendants represent, the forces that would advantage and delight in their acquittal, are the darkest and most sinister forces in society-dictatorship and oppression, malevolence and passion, militarism and lawlessness. By their fruits we best know them. Their acts have bathed the world in blood and set civilization back a century. They have subjected their European neighbors to every outrage and torture, every spoliation and deprivation that insolence, cruelty, and greed could inflict. (...) They have stirred hatreds and incited domestic violence on every continent. (...). This trial represents mankind's desperate effort to apply the discipline of the law to statesmen who have used their powers of state to attack the foundations of the world's peace and to commit aggressions against the rights of their neighbors (...). Civilization asks whether law is so laggard as to be utterly helpless to deal with crimes of this magnitude by criminals of this order of importance. It does not expect that you can make war

Infine, dal 2010, sempre il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, con Risoluzione 1996³³, ha istituito il cosiddetto “*International Residual Mechanism for Criminal Tribunals*” (“IRMCT”), organismo dotato di autonoma personalità giuridica e creato anzitutto per motivi di efficienza e risparmio, come compromesso raggiunto dagli Stati membri dell’ONU tra considerazioni finanziarie e politiche a breve termine da un lato e, dall’altro, come garanzia di un giusto processo penale internazionale, in quanto le funzioni dell’ICTY e dell’ICTR non si sarebbero potute trasferire a livello di giurisdizione domestica³⁴. Il “meccanismo residuale”, di fatto operante dal 2012³⁵, ha assorbito gli ultimi casi pendenti di entrambi i tribunali ad hoc (di cui rispecchia gli statuti)³⁶, chiusi rispettivamente nel 2015 (per l’ex Jugoslavia) e nel 2017 (per il Ruanda), esercitandone il loro mandato e mantenendo entrambe le sedi (all’Aia, per l’ex Jugoslavia; ad Arusha, in Tanzania, per il Ruanda), al punto che è stato sostenuto che il Meccanismo in realtà non sia niente altro che i due tribunali *ad hoc* sotto diverso nome³⁷, a salvaguardia dell’integrità dei procedimenti e dell’eredità stessa di entrambi i tribunali³⁸.

Analogamente ai tribunali militari internazionali suoi predecessori, gli statuti di entrambi i tribunali delle Nazioni Unite non prevedevano inizialmente una disciplina per il patteggiamento. Le proposte statunitensi, in sede di compilazione delle cosiddette *Rules of Procedure and Evidence* – fonte giuridica in gran parte assimilabile ad un codice di procedura penale³⁹, contenente norme processuali extrastatutarie e facilmente emendabili –, di introdurre previsioni normative che avrebbero permesso il patteggiamento come strumento di negoziazione per la raccolta di prove necessarie per accusare gli imputati considerati più importanti, venne subito rigettata. Lo stesso Antonio Cassese, poi nominato presidente dell’ICTY, dichiarò testualmente:

«(...) dobbiamo sempre tenere presente che questo Tribunale non è un tribunale penale domestico, ma ha il compito di processare le persone accusate dei reati più gravi possibili. Le persone che appariranno di fronte al tribunale saranno accusate di genocidio, tortura, omicidio, stupro, distruzioni, persecuzioni e altri atti disumani. Dopo debita riflessione, abbiamo deciso che nessuno dovrebbe essere immune dal perseguimento per crimini come questi (...)»⁴⁰.

impossible. It does expect that your juridical action will put the forces of international law, its precepts, its prohibitions and, most of all, its sanctions, on the side of peace, so that men and women of good will, in all countries, may have ‘leave to live by no man’s leave, underneath the law’».

²⁰ Come è stato osservato da N.A. COMBS, *Copping a Plea to Genocide: the Plea Bargaining of International Crimes*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151 n. 1, 2002, 2-153, a 155. Testualmente: «The Nuremberg and Tokyo trials were supposed to usher in an era of accountability for international crimes».

Similmente, B.D. BELTZER, *War Crimes: The Nuremberg Trial and the Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Valparaiso University Law Review*, vol. 30, n. 3, 1996, 895-912, a 904, osserva che Norimberga era anche l’idea di creare un precedente diretto a prevenire, scoraggiare e punire il crimine di aggressione in futuro: «Nuremberg, especially in its condemnation of aggressive war, focused not only on the offenses of these defendants but also on establishing a precedent designed to punish and to deter aggression in the future».

²¹ Sostiene M.P. SCHARF, in *Balkan Justice: The Story Behind the First International War Crimes Trial Since Nuremberg*, Carolina Academic Press, a xiii: «There was hope that the legacy of Nuremberg would be the institutionalization of a judicial response to atrocities committed by anyone, anywhere around the globe».

²² Come osservato da M.P. SCHARF, in *Trading Justice for Efficiency Plea-Bargaining and International Tribunals*, in *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, 2, 2004, 1070-1081, in part. 1078: «The chief prosecutor of Nuremberg, US Supreme Court Justice Robert Jackson, underscored the logic of this proposition when he reported to President Truman that one of the most important legacies of the Nuremberg trials following World War II was that they documented Nazi atrocities ‘with such authenticity and in such detail that there can be no responsible denial of these crimes in the future and no tradition of martyrdom of the Nazi leaders can arise among informed people».

²³ *Ibidem*. Sempre Scharf ha sostenuto che nonostante negli ultimi tempi si sia assistito all’emergere di movimenti per negare che l’Olocausto sia realmente esistito, il verbale del processo di Norimberga è servito da efficace contrasto al revisionismo. Testualmente, a p. 1078 della sopracitata opera, Scharf sostiene: «Indeed, in recent times, there has been a movement to deny that the Holocaust actually happened but the trial record from Nuremberg has served as an effective counter to such fantastic revisionism».

Sul punto si rimanda anche a B.D. BELTZER, *War Crimes: The Nuremberg Trial and the Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Valparaiso University Law Review*, vol. 30, n. 3, 1996, 895-912, in part. 902, il quale sostiene che «The evidence of the Holocaust was so strong in 1945 that I doubt that anyone then foresaw the so-called Auschwitz lie-the

Pertanto, sia gli statuti dei tribunali *ad hoc*, sia le *Rules of Procedure and Evidence*, ammettevano inizialmente la sola possibilità di presentare un *guilty plea* ossia una dichiarazione di ammissione di colpevolezza senza prevederne la procedura né codificarne le conseguenze. Tuttavia, il formarsi della prima giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*, unito alle successive modifiche delle stesse *Rules of Procedure and Evidence*, aprirono la strada ad un importante utilizzo del patteggiamento⁴¹, con la previsione di una disciplina in gran parte elaborata sulla *case law* del tribunale per l'ex Jugoslavia.

In altre parole, i giudici del tribunale dell'ex Jugoslavia, agli albori della sua costituzione negli anni '90, optavano per un fermo rigetto del patteggiamento – in quanto sarebbe stato incompatibile con lo scopo e lo spirito stesso della giustizia penale internazionale –, mentre solo poco più di sette anni dopo invertirono decisamente la rotta, iniziando a considerarlo ammissibile nonché, in un certo senso, necessario⁴², pur rigettando ogni forma di “patteggiamento” inteso come immunità di fatto derivante da un *nolle prosequi*⁴³, come invece faceva intendere l'iniziale proposta americana⁴⁴.

Tale cambio di rotta, o “dietrofront” come definito da parte della dottrina⁴⁵, avvenne anche a seguito del cambio di presidenza dell'ICTY, nel 1998, con la sostituzione di Antonio Cassese con la giudice Gabrielle Kirk McDonald degli Stati Uniti, ossia con il passaggio – anche culturale – di presidenza da un giurista di *Civil Law* ad una giurista di *Common Law* (quest'ultima con esperienza, peraltro, come giudice federale in uno Stato, il Texas, in cui l'utilizzo del patteggiamento raggiungeva vette del 95%⁴⁶), ovvero da una diversa visione dello stesso processo penale, concepito, generalmente, come uno strumento di ricerca della verità nei sistemi di *Civil Law* mentre considerato più simile ad una controversia tra il pubblico ministero e l'imputato nei sistemi di *Common Law*⁴⁷, particolarmente negli Stati Uniti⁴⁸.

Inoltre, al cambio di presidenza vi erano pochi casi ancora pendenti, mentre al contrario, nella presidenza successiva iniziavano ad accumularsi casi in fase di custodia cautelare, e la scarsità (o quantomeno insufficienza) di risorse umane ed economiche per far fronte a tutti i procedimenti

recent denials that the Holocaust actually happened. The trial record surely serves as a corrective of such fantastic revisionism».

²⁴ Come osservato da S.W. HOWE, *The Value of Plea Bargaining*, in *Oklahoma Law Review*, vol. 58, n. 4, 2005, 599-636, spec. 605: «Plea bargains bring about an enormous punishment-maximizing effect».

²⁵ I seguenti verbali sono reperibili all'interno della serie *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg. 14 November 1945 – 1 October 1946* Vol. II, edita dall'IMT, Norimberga, 96-98: November 21, 1945.

THE PRESIDENT: I will now call upon the defendants to plead guilty or not guilty to the charges against them. They will proceed in turn to a point in the dock opposite to the microphone.

Hermann Wilhelm Goering.

HERMANN WILHELM GOERING: Before I answer the question of the Tribunal whether or not I am guilty . . .

THE PRESIDENT: I informed the Court that defendants were not entitled to make a statement. You must plead guilty or not guilty.

GOERING: I declare myself in the sense of the Indictment not guilty.

THE PRESIDENT: Rudolf Hess.

RUDOLF HESS: No.

THE PRESIDENT: That will be entered as a plea of not guilty. (Laughter.)

THE PRESIDENT: If there is any disturbance in court, those who make it will have to leave the court.

THE PRESIDENT: Joachim von Ribbentrop.

JOACHIM VON RIBBENTROP: I declare myself in the sense of the Indictment not guilty.

THE PRESIDENT: Wilhelm Keitel.

WILHELM KEITEL: I declare myself not guilty.

THE PRESIDENT: In the absence of Ernst Kaltenbrunner, the Trial will proceed against him, but he will have an opportunity of pleading when he is sufficiently well to be brought back into court.

THE PRESIDENT: Alfred Rosenberg.

ALFRED ROSENBERG: I declare myself in the sense of the Indictment not guilty.

ASH: PRESIDENT: Hans Frank.

HANS FRANK: I declare myself not guilty.

THE PRESIDENT: Wilhelm Frick.

WILHELM FRICK: Not guilty.

THE PRESIDENT: Julius Streicher.

JULIUS STREICHER: Not guilty.

costituì un ulteriore elemento per considerare favorevolmente il patteggiamento, come un istituto ammissibile anche nella procedura penale internazionale⁴⁹. Difatti, tra il 2001 e il 2003, l’ICTY approvò 12 patteggiamenti, pari al 40% dei casi allora pendenti⁵⁰.

Va in ogni caso evidenziato che, anche durante la presidenza di Antonio Cassese, si assistette all’utilizzo del patteggiamento, e lo stesso Cassese dichiarò, in sede di *separate and dissenting opinion*, che il patteggiamento avrebbe accorciato i tempi del processo, comportando un risparmio di tempo, di oneri finanziari e assistenziali (compresi il trasporto di testimoni e vittime all’Aia, l’assistenza di interpreti, l’interpretazione simultanea, ecc.). Per Cassese il patteggiamento avrebbe altresì evitato il calvario psicologico che i testimoni o le vittime avrebbero subito in sede di esame e controesame e permesso all’imputato di espiare le proprie colpe e sanare la propria coscienza, evitando l’esposizione pubblica al processo e le conseguenze negative per la sua posizione sociale e la vita della sua famiglia e dei suoi parenti, oltre alla possibilità di vedersi ridotta la pena. Egli osservò inoltre che in nessun modo questa “scorciatoia processuale” avrebbe dovuto ledere i diritti dell’imputato o, più in generale, risultare lesiva del principio generale dell’equo processo⁵¹.

Si può quindi affermare che con i tribunali *ad hoc*, nonostante alcune resistenze – come quella espressa dal giudice tedesco dell’ICTY Wolfgang Schomburg nella sua celebre *dissenting opinion* emessa nel caso *Deronjić*, in cui considerava il patteggiamento come una forma di “*amnistia/impunità parziale da parte del procuratore*”⁵² – l’istituto del patteggiamento si è imposto come strumento fondamentale nella procedura penale internazionale, “pragmatico”⁵³ e largamente utilizzato dagli imputati, considerato che su un totale di 161 imputati per l’ICTY⁵⁴ e di 93 per l’ICTR⁵⁵ – complessivamente pari a 254 imputati –, 30 di essi optarono per una giustizia negoziata, di cui rispettivamente 21⁵⁶ davanti al tribunale per l’ex Jugoslavia e 9⁵⁷ dinnanzi a quello per il Ruanda.

Il primo caso che inaugurò l’utilizzo del patteggiamento a livello internazionale è datato 31 maggio 1996 e riguarda l’imputato Dražen Erdemović⁵⁸, dinnanzi all’ICTY. Per quanto concerne l’ICTR, il primo caso è del 1998, e concerne l’imputato Jean Kambanda⁵⁹.

THE PRESIDENT: Walter Funk.

WALTER FUNK: I declare myself not guilty.

THE PRESIDENT: Hjalmar Schacht.

HJALMAR SCHACHT: I am not guilty in any respect.

THE PRESIDENT: Karl Doenitz.

KARL DÄ-NITZ: Not guilty.

THE PRESIDENT: Erich Raeder.

ERICH RAEDER: I declare myself not guilty.

THE PRESIDENT: Baldur von Schirach.

BALDUR VON SCHIRACH: I declare myself in the sense of the Indictment not guilty.

THE PRESIDENT: Fritz Sauckel.

FRITZ SAUCKEL: I declare myself in the sense of the Indictment, before God and the world and particularly before my people, not guilty.

THE PRESIDENT: Alfred Jodl.

ALFRED JODL: Not guilty. For what I have done or had to do, I have a pure conscience before God, before history and my people.

THE PRESIDENT: Franz von Papen.

FRANZ VON PAPEN: I declare myself in no way guilty.

THE PRESIDENT: Arthur Seyss-Inquart.

ARTHUR SEYSS-INQUART: I declare myself not guilty.

THE PRESIDENT: Albert Speer.

ALBERT SPEER: Not guilty.

THE PRESIDENT: Constantin von Neurath.

CONSTANTIN VON NEURATH: I answer the question in the negative.

THE PRESIDENT: Hans Fritzsche.

HANS FRITZSCHE: As regards this Indictment, not guilty.

(At this point Defendant Goering stood up in the prisoner's dock and attempted to address the Tribunal.)

THE PRESIDENT: You are not entitled to address the Tribunal except through your counsel, at the present time.

Di seguito analizzeremo sia le fonti normative sia i principi giurisprudenziali elaborati da entrambi i tribunali *ad hoc*.

Come vedremo, sono due le tipologie di patteggiamento emergenti dall'analisi normativa delle fonti dei tribunali ONU.

2.1. Il patteggiamento “tradizionale” ed i criteri di accertamento della validità della dichiarazione di ammissione di colpevolezza

Il patteggiamento “tradizionale” è la più importante forma di giustizia negoziata nei tribunali *ad hoc*. Esso si fonda sulla possibilità di dichiararsi colpevole o non colpevole, sancita dall'art. 20 comma 3⁶⁰ dello statuto dell'ICTY e dall'art. 19 comma 3⁶¹ per lo statuto dell'ICTR. Entrambe le norme, dedicate all'inizio del dibattimento ed allo svolgimento del processo (sulla falsariga delle disposizioni di Norimberga di cui all'art. 24 e di Tokyo di cui all'art. 15), sanciscono che il tribunale, in sede di prima udienza – dopo aver letto i capi d'imputazione ed accertato che i diritti dell'imputato siano rispettati e che abbia compreso l'atto d'accusa –, deve istruire l'imputato sulla possibilità di presentare un *plea* e così accedere al procedimento per il patteggiamento.

Come precedentemente osservato, sono le *Rules of Procedure and Evidence* ad entrare nel dettaglio della disciplina.

L'art. 62, lett. a), n. 3) RPE-ICTY⁶², contenuto nella sezione III relativa alla fase preliminare, stabilisce che l'imputato, entro trenta giorni dall'udienza preliminare, è chiamato davanti al tribunale a dichiararsi colpevole o non colpevole per ogni capo d'imputazione, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento. Inoltre, è evidenziata la facoltà, per l'imputato, di presentare immediatamente – già in sede di udienza preliminare – una dichiarazione di ammissione di colpevolezza o non colpevolezza anche relativamente a singoli capi d'imputazione.

La stessa disciplina, di fatto, è prevista dall'art. 62, lett. a), n. 4) e n. 5) RPE-ICTR⁶³ per quanto riguarda il tribunale per il Ruanda.

THE PRESIDENT: I will now call upon the Chief Prosecutor for the United States of America.

MR. JUSTICE JACKSON: May it please Your Honors: (...)

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Come osservato da M. STERIO, M. P. SCHARF, *The Legacy of Ad Hoc Tribunals in International Criminal Law. Assessing the ICTY's and the ICTR's Most Significant Legal Accomplishments*, Cambridge, 2019, 1.

²⁸ Di seguito, utilizzeremo indistintamente i termini di “ICTY”, o “tribunale per l'ex Jugoslavia” per riferirci all’*“International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”*; “ICTR” o “tribunale per il Ruanda” per riferirci all’*“International Criminal Tribunal for Rwanda”*, e “tribunali ad hoc” o “tribunali delle Nazioni Unite” per riferirci ad entrambi, ivi compreso l’*“International Residual Mechanism for Criminal Tribunals”*, che definiremo anche “IRMCT” o, più semplicemente “meccanismo residuale” o “meccanismo”.

²⁹ Security Council Resolution 827, UN SCOR, 48th Sess., 3217th mtg., UN Doc. S/RES/827 (May 25, 1993)

³⁰ Per un approfondimento generale dell'ICTY: V. MORRIS-M. P. SCHARF, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis*, Irvington-on-Hudson, NY, 1995; R. KERR, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: An Exercise in Law, Politics and Diplomacy*, Oxford, 2004; J. HAGAN, *Justice in the Balkans: Prosecuting War Crimes in the Hague Tribunal*, Chicago, 2003; W. SCHABAS, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge, 2006.

³¹ Security Council Resolution 955, UN SCOR, 48th Sess., 3453th mtg., UN Doc. S/RES/955 (November 08, 1994)

³² Per un'introduzione sull'ICTR: A-M. DE BROUWER, A. SMEULERS, *The Elgar Companion to the International Criminal Tribunal for Rwanda*, Cheltenham, 2016; N. ELTRINGHAM, *Genocide Never Sleeps: Living Law at the International Criminal Tribunal for Rwanda*, Cambridge, 2019; T. CRUVELLIER, *Court of Remorse: Inside the International Criminal Tribunal for Rwanda*, Madison, 2010; A. DIENG, *Capacity-Building Efforts of the ICTR: A Different Kind of Legacy*, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, n. 9, 2011, 403-422.

³³ Security Council Resolution 1966, UN SCOR, 48th Sess., 6463th mtg., UN Doc. S/RES/1966 (December 22, 2010).

³⁴ Sul punto, G. ACQUAVIVA, *Was a Residual Mechanism for International Criminal Tribunals Really Necessary?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, 789-796, 789: «The compromise reached by UN member states also strikes an interesting balance between, on the one hand, short-term financial and policy considerations and, on the other, the requirements of due process, acknowledging that ICTY and ICTY functions cannot simply be transferred to national authorities so easily».

L'art. 62, lett. a), n. 6) RPE-ICTY⁶⁴ specifica che se la dichiarazione di ammissione di colpevolezza avviene in sede di udienza preliminare, il giudice è tenuto a trasmettere il fascicolo al tribunale affinché avvii il rito del patteggiamento previsto all'art. 62 bis RPE-ICTY. Ugualmente è stabilito, per quanto riguarda il tribunale per il Ruanda, dalla lett. a), n. 5) dell'art. 62 RPE-ICTR⁶⁵.

Le norme principali relative a questa procedura sono gli artt. 62 bis e 62 ter per quanto riguarda le *Rules of Procedure and Evidence* del tribunale per l'ex Jugoslavia.

L'art. 62 bis, intitolato "*Guilty Pleas*", detta i requisiti essenziali che il tribunale deve accertare affinché la dichiarazione di ammissione di colpevolezza possa ritenersi valida e, così, legittimare la conseguente procedura di patteggiamento.

I predetti requisiti, elencati a livello normativo, sono in realtà il risultato dell'elaborazione giurisprudenziale dei tribunali *ad hoc*, la cui pietra miliare è da rinvenirsi anzitutto nella *joint separate opinion* dei giudici Lal Chand Vohrah e Gabrielle Kirk McDonald della Corte d'Appello dell'ICTY, emanata nel procedimento *Erdemović*⁶⁶. Tali requisiti, definiti come "presupposti minimi" ("*minimum pre-conditions*"), sono quattro⁶⁷:

1) la volontarietà della dichiarazione di ammissione di colpevolezza, espressa da un imputato mentalmente in grado di comprenderne il senso e capace di partecipare al processo, nonché l'assenza di minacce, incentivi, promesse⁶⁸ o pressioni⁶⁹;

2) la volontarietà della scelta, che deve essere "informata", ossia derivare da una comprensione della natura delle accuse a suo carico e della differenza tra i vari capi d'imputazione in caso di due o più accuse alternative, nonché dalla consapevolezza delle conseguenze del dichiararsi colpevole dell'una piuttosto che dell'altra⁷⁰;

3) la non equivocità, da intendersi come l'assenza di situazioni in cui l'imputato si dichiara colpevole ma persiste nel voler dare una spiegazione o giustificazione delle sue azioni che equivale al voler esercitare il proprio diritto di difesa in sede dibattimentale⁷¹;

⁶⁵ Per un approfondimento sull'IRMCT, si vedano Y. MCDERMOTT, *Fairness before the Mechanism for the International Criminal Tribunals, Questions of International Law*, Zoom-in 40, 2017, 39-55; C. DENIS, *Critical Overview of the 'Residual Functions' of the Mechanism and its Date of Commencement (including Transitional Arrangements)*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, 819-837; T. W. PITTMAN, *The Road to the Establishment of the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals. From Completion to Continuation*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 797-817.

⁶⁶ Come osservato da G. MCINTYRE, *The International Residual Mechanism and the Legacy of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, in *Göttingen Journal of International Law*, 3, 2011, 982: «The Residual Mechanism's Statute mirrors the Statute of the Tribunals, the only real variance being that it also elevates Judge made rules or practices of the Tribunals to its Statute and includes minor variations aimed at securing the efficiency of the Mechanism».

⁶⁷ *Ibidem*. L'Autrice ha sostenuto, testualmente: «From a realist perspective, the Residual Mechanism is no more than the Tribunals' under a different name».

⁶⁸ Così G. MCINTYRE, *The International Residual Mechanism and the Legacy of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, cit., 983: «Thus, the Security Council has furnished the Residual Mechanism with the means of safeguarding the integrity of its proceedings as a judicial institution, and, by extension, the legacy of both Tribunals».

⁶⁹ Come osservato anche da M. CAIANIELLO, *Ammissione della Prova e Contraddittorio nelle Giurisdizioni Penali Internazionali*, Torino, 2008, 10, nota 15, con riferimento alle *Rules of Procedure and Evidence* dei tribunali ad hoc: «(...) ormai, dopo quasi tre lustri dalla loro prima redazione, tendono ad avvicinarsi ad una sorta di codice di procedura penale».

⁷⁰ Statement by the President (of the ICTY) Made at a Briefing to Members of Diplomatic Missions, IT/29, 11 February 1994, reprinted in V. MORRIS, M.P. SCHARF, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis*, cit., 649-652.

Di seguito si riporta il testo originale in lingua inglese: «(...) we always have to keep in mind that this Tribunal is not a municipal criminal court but one that is charged with the task of trying persons accused of the gravest possible of all crimes. The persons appearing before us will be charged with genocide, torture, murder, sexual assault, wanton destruction, persecution and other inhumane acts. After due reflection, we have decided that no one should be immune from prosecution for crimes such as these, no matter how useful their testimony may otherwise be».

⁷¹ Patteggiamento che ha giocato un ruolo significativo, poi, in entrambi i tribunali ad hoc, come sostenuto anche da R. HENHAM, M. DRUMBL, *Plea Bargaining at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Criminal Law Forum*, n. 16, 2005, 53.

4) l'esistenza di una base fattuale sufficiente e la non discrepanza tra questa ed i capi d'imputazione, nonché l'assenza di contestazione da parte dell'imputato degli elementi fattuali a supporto dei capi d'imputazione sui quali si è dichiarato colpevole (circostanza desumibile dall'assenza di qualsiasi disaccordo⁷² tra accusa e difesa o da "independent indicia")⁷³; corollario di questo criterio è la regola secondo la quale il patteggiamento non può basarsi su un mero accordo tra pubblico accusatore e imputato senza adeguate prove a sostegno delle accuse in esso contenute⁷⁴.

Una volta accertati tutti i requisiti, il tribunale può emettere un "finding of guilt" conferendo valore giudiziale alla dichiarazione di ammissione di colpevolezza, e incaricare il Registrar (il Cancelliere) della fissazione di una data per la successiva udienza.

L'art. 62, lett. b) delle *Rules of Procedure and Evidence* del tribunale per il Ruanda ricalca quasi testualmente la stessa disciplina, seppur con lievi differenze terminologiche⁷⁵.

Il successivo art. 62 ter RPE-ICTY⁷⁶ (che trova il suo omologo nell'art. 62 bis RPE-ICTR⁷⁷) prevede ulteriori regole per la "Plea Agreement Procedure", ovvero per questa procedura di patteggiamento "tradizionale".

Entrambe le norme, adottate per l'ICTY nel 2001 e per l'ICTR nel 2003, specificano che, dopo la dichiarazione di ammissione di colpevolezza dell'imputato, parziale o totale, pubblico ministero e difesa possono patteggiare la pena (o un range di pena, ovvero una forbice edittale) oppure patteggiare una modifica dei capi d'imputazione.

In ogni caso, il tribunale non è vincolato da nessuno dei precedenti accordi e le parti non rinunciano al diritto d'appello⁷⁸ se il giudice fuoriesce dalle pene concordate.

Si prenda ad esempio il primo caso di patteggiamento (*Erdemović*): l'imputato impugnava la sentenza di primo grado con cui era stato condannato alla pena di 10 anni⁷⁹. La dichiarazione di ammissione di colpevolezza che egli aveva reso in primo grado veniva annullata dalla Corte d'Appello dell'ICTY poiché la scelta non sarebbe stata adeguatamente informata, in quanto

⁷² Come osservato da M.P. SCHARF, *Trading Justice for Efficiency Plea-Bargaining and International Tribunals*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 2, 2004, 1073: «While the judges of the ICTY initially determined that plea-bargaining would be incompatible with the unique purpose of the international war crimes Tribunals, seven years later they reversed course and began to aggressively pursue plea-bargains».

⁷³ Sul *nolle prosequi* a Norimberga, si veda il già richiamato saggio di M. SALTER, M. EASTWOOD, *Negotiating Nolle Prosequi at Nuremberg*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 3, 2005, 649-665.

⁷⁴ In questo senso, J. I. TURNER, *Plea Bargaining*, in L. CARTER, F. POCAR (a cura di), *International Criminal Procedure. The Interface of Civil Law and Common Law Legal Systems*, Cheltenham, 2013, 41: «The drafters of the ICTY Rules of Procedure expressly rejected a proposal to allow offers of immunity to suspects who provide substantial cooperation to the prosecution».

⁷⁵ M. P. SCHARF, *Trading Justice for Efficiency Plea-Bargaining and International Tribunals*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 2, 2004, 1073: « (...) this about-face occurred shortly after Judge Gabrielle Kirk McDonald of the United States replaced Antonio Cassese as President of the Tribunal».

⁷⁶ *Ibidem*, 1073-1074: «Unlike Judge Cassese, Judge McDonald had been a federal judge in a country where 95 percent of criminal cases are decided by plea-bargains».

⁷⁷ Come osservato da K. MCCLEERY, *Guilty Pleas and Plea Bargaining at the Ad Hoc Tribunals. Lessons from Civil Law Systems*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 14, 2016: «Guilty pleas and plea bargaining are grounded in the common law, and particularly American, approaches to criminal justice, and their concepts were unknown in many civil law jurisdictions until recent decades. Unlike civil law systems, which conceive criminal proceedings as a search for truth, common law systems conceptualize criminal law as an adversarial dispute between the prosecutor, representing the state, and the defendant. Hence, a case may be disposed of through the negotiation of a mutually agreeable resolution».

⁷⁸ Sostiene Y. MA, *Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, Italy: A Comparative Perspective*, in *International Criminal Justice Review*, vol. 12, 2002, 25: «Today, 90% of American criminal cases are disposed of via guilty pleas».

Sulla storia del *plea bargaining* in America, G. FISHER, *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*, Stanford, 2003.

Sulla discrezionalità del procuratore nel Sistema statunitense, e sulle sue criticità, W.T. PIZZI, *Understanding Prosecutorial Discretion in the United States: The Limits of Comparative Criminal Procedure as an Instrument of Reform*, in *Ohio State Law Journal*, vol. 54, 1993, 1325-1373.

Sulla "americanizzazione" del *plea bargaining* ed il trapianto giuridico negli altri sistemi, M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 45, 2004, 64: «The debate about Americanization of law is, to a great extent, a debate about legal cultures. In other words, it is a debate about how law is understood, thought of, and

l’imputato, nel dichiararsi colpevole di crimini contro l’umanità (e non di crimini di guerra) avrebbe accettato conseguenze più gravi, in termini di pena, di quelle volute, e quindi non avrebbe compreso la differenza tra le due fattispecie. Una volta annullata con rinvio la sentenza di primo grado – che si basava su una dichiarazione di ammissione colpevolezza affetta da nullità – *Erdemović* si dichiarò colpevole di crimini di guerra, ottenendo una riduzione della pena da 10 a 5 anni⁸⁰.

In altre parole, come osservato in vari casi anche dalla giurisprudenza⁸¹, la dichiarazione di ammissione di colpevolezza può essere valutata come una circostanza attenuante⁸², di “peso significativo”⁸³, “fattore primario” da considerarsi positivamente nella determinazione della pena⁸⁴.

L’art. 100 delle *Rules of Procedure and Evidence*, sia per l’ICTY⁸⁵ sia per l’ICTR⁸⁶, specifica la disciplina relativa alla determinazione della pena, lasciando ampio margine di discrezionalità ai giudici, non essendoci indicazioni, a livello normativo, sulle forbici edittali delle pene⁸⁷, con il solo divieto di applicare la pena di morte (a differenza di Norimberga e Tokyo), potendosi così potenzialmente applicare l’ergastolo anche in sede di patteggiamento⁸⁸. Le pene emesse dal tribunale per il Ruanda risultano più severe di quelle emesse dal tribunale per l’ex Jugoslavia, anche per il maggior utilizzo del patteggiamento relativo ai crimini di genocidio dinnanzi all’ICTR⁸⁹.

In ogni caso, considerata la non vincolatività dell’accordo, le norme implicitamente consentono al tribunale di condannare o meno un imputato sulla base del patteggiamento, legittimando tuttavia le parti a produrre, in caso di condanna, “ogni informazione rilevante” (“*any relevant information*”) a sostegno del calcolo della pena ritenuto adeguato (l’adeguatezza sarebbe da intendersi, in questo caso, come aderente alla pena patteggiata), ivi compresi elementi relativi alle circostanze di cui all’art. 101 di entrambe⁹⁰ le RPE-ICTY ed RPE-ICTR⁹¹, in cui la “sostanziale cooperazione” col pubblico ministero può costituire circostanza attenuante⁹² ai sensi della lett. b), n. 2) della predetta norma.

Per quanto riguarda le persone offese, né questo patteggiamento “tradizionale”, né gli altri due tipi di patteggiamento che vedremo, conferiscono loro la possibilità di costituirsi parti civili, limitandone la partecipazione al procedimento alla mera – ed eventuale – qualità di testimoni⁹³.

practiced in different jurisdictions, as well as about how certain conceptions of legal phenomena that prevail in the United States may overcome other conceptions».

Più in generale, sul cosiddetto “trapianto giuridico”, M. DAMAŠKA, *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, n. 4, 1997, p. 839: «In criminal procedure, a few lessons have already been learned about problems that arise when factfinding arrangements from one family are incorporated into the institutional milieu of the other».

⁴⁹ Sul punto, ad esempio, J. A. COOK III, *Plea Bargaining at the Hague*, in *Yale Journal of International Law*, vol. 30, 2005, 473-503, sostiene che l’utilizzo del patteggiamento come mezzo per accelerare la definizione dei procedimenti fu indirettamente alimentata anche dalla presidenza americana che, costituente 1/4 del finanziamento del tribunale. Testualmente, 475: «In fact, over the course of the Tribunal's first ten years, only eight cases through May 2003 had been resolved through negotiated dispositions. However, in response to increasing external pressure to expedite its adjudication process from both the U.N. Security Council (which has insisted that no new indictments issue after 2004 and that all trials conclude in 2008) and the George W. Bush administration (which supplies approximately one-quarter of the Tribunal's funding), the practice of plea bargaining has become a staple of ICTY activity».

Similmente, in senso critico, J.N. CLARK, *Plea Bargaining at the ICTY: Guilty Pleas and Reconciliation*, in *The European Journal of International Law*, vol. 20, n. 2, 2009, 433: «The ICTY has justified its use of plea bargains on two main grounds – that they save the Tribunal time and resources and that they facilitate reconciliation».

⁵⁰ *Ibidem*: «Moreover, there were just a few cases pending while Judge Cassese was President of the ICTY; in contrast, by the time Judge McDonald took over, the Tribunal found itself with far more defendants in its custody than it could handle with its scarce resources. In response, between 2001 and 2003, the Tribunal approved 12 plea-bargains, clearing 40 per cent of the cases from promises by the prosecutor to recommend a lenient sentence in exchange for a guilty its crowded docket».

⁵¹ *Prosecutor v. Džan Erdemović, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese*, Appeals Chamber, 07 October 1997, par. 8-9:

8. «It is apparent from the whole spirit of the Statute and the Rules that, by providing for a guilty plea, the draftsmen intended to enable the accused (as well as the Prosecutor) to avoid a possible lengthy trial with all the attendant difficulties. These difficulties – it bears stressing – are all the more notable in international proceedings. Here, it often proves extremely arduous and time-consuming to collect evidence. In addition, it is imperative for the relevant officials of an international court to fulfil the essential but laborious task of protecting victims and witnesses. Furthermore, international criminal

2.2. I patteggiamenti “speciali”: il patteggiamento in caso di modifica del capo d'imputazione ed il patteggiamento in caso di oltraggio al tribunale

Come anticipato, oltre al patteggiamento “tradizionale”, sono previsti due ulteriori tipologie di patteggiamento, c.d. “speciale”: quello in caso di modifica del capo (o dei capi) d'imputazione e quello in caso di oltraggio al tribunale.

Per quanto riguarda il primo, l'art. 50, lett. b) delle *Rules of Procedure and Evidence* sia dell'ICTY⁹⁴ sia dell'ICTR⁹⁵ estendono la possibilità di presentare una dichiarazione di ammissione di colpevolezza in caso di modifica unilaterale, da parte del pubblico ministero, di uno o più capi d'imputazione (“*amendment of the indictment*”), rimettendo l'imputato in termini per accedere al patteggiamento in una nuova udienza, nel caso fosse già comparso in udienza preliminare e non avesse esercitato tale scelta alla luce delle accuse precedenti alla modifica.

Relativamente al secondo, la norma di riferimento è l'art. 77 delle *Rules of Procedure and Evidence* dell'ICTY e dell'ICTR. La norma elenca una serie di ipotesi costituenti la fattispecie di oltraggio al tribunale⁹⁶ (“*contempt of the tribunal*”) – applicabile non solo agli imputati, ma anche, ad esempio, ai testimoni (come nel caso *Kabashi*⁹⁷, testimone che si rifiutò di rispondere all'esame e controesame) e ai difensori –, detta la relativa, particolare procedura⁹⁸, prevede la specifica pena (più lieve nel tribunale per il Ruanda⁹⁹). In tale contesto, viene prevista la possibilità di presentare una dichiarazione di ammissione di colpevolezza, seppur in modo differente innanzi i due tribunali¹⁰⁰.

Nonostante in entrambi i patteggiamenti speciali si applichino, *mutatis mutandis*, le regole previste per il patteggiamento tradizionale, in quello in caso di oltraggio al tribunale per l'ex Jugoslavia è prevista una importante differenza, ossia il termine di 10 giorni¹⁰¹ per presentare la dichiarazione di ammissione di colpevolezza, invece dei 30 giorni¹⁰² previsti dalla *Rule* 62, lett. a), n. 3) per il patteggiamento tradizionale.

proceedings are expensive, on account of the need to provide a host of facilities to the various parties concerned (simultaneous interpretation into various languages; provision of transcripts for the proceedings, again in various languages; transportation of victims and witnesses from far-away countries; provision of various forms of assistance to them during trial, etc.). Thus, by pleading guilty, the accused undoubtedly contributes to public advantage. At the same time, the accused may find his pleading guilty beneficial to his own condition. Firstly, it may help him to salve his conscience and atone for his wrongdoing. Secondly, he will avoid the indignity and the possible demoralisation of undergoing a trial, as well as the psychological ordeal he would have to go through during examination and cross-examination of witnesses (and possibly also of himself as a witness); he will also eschew the public exposure that may ensue from trial, and the adverse consequences for his social position and the life of his family and relatives. Thirdly, the accused may expect that the court will recognise his cooperative attitude by reducing the sentence it would have imposed had there not been a plea of guilty: in other words, the accused may hope that the court will be more lenient in recognition of his admission of guilt.

9. This procedural “short-cut” must not, however, be allowed to curtail the rights of the accused or, more generally, prove detrimental to the general principle of fair trial. This is barred by Article 20, paragraph 1, of the Statute, whereby: The Trial Chamber shall ensure that a trial is fair and expeditious and that proceedings are conducted in accordance with the rules of procedure and evidence, with full respect for the rights of the accused and due regard for the protection of victims and witnesses.

In other words, under the Statute the demands for expeditiousness and efficiency must not turn out to be prejudicial to, nor to have an adverse bearing upon, the requirements of justice. Attention should be drawn in particular to the provisions of Article 21, notably to paragraphs 2, 3 and 4(g). These provisions lay down fundamental rights of the accused which constitute absolute minimum guarantees. If the accused, by pleading guilty, decides to waive his right to a trial, this waiver may only be admitted under very stringent conditions».

In questo senso, successivamente, anche *Prosecutor v. Bralo*, Sentencing Judgement, Trial Chamber, 07 December 2005, par. 64: «The entering of a guilty plea prior to trial, to charges of the seriousness of those contained in the Indictment, is a significant step for an accused person to take. Substantial human and practical benefits flow from a plea of guilty, particularly one tendered at an early stage in the proceedings. Victims and witnesses who have already suffered enormous psychological and physical harm are not required to travel to the Hague to recount their experiences in court, and potentially re-live their trauma. In addition, scarce legal, judicial and financial resources that would otherwise be expended in preparing for and conducting a lengthy and expensive trial may be redeployed in the interests of securing the wider objectives of the Tribunal».

⁹² *Prosecutor v. Deronjić*, Case No. IT-02-61-S, Sentencing Judgement, Dissenting Opinion of Judge Schomburg, ICTY Mar. 30, 2004, par. 11: «I accept that, in order to break up a circle of silence among perpetrators, some promises can be

Da ultimo, nel caso in cui il condannato per oltraggio al tribunale sia un difensore, viene previsto il potere, per i giudici, di emanare come sanzione accessoria quella della decadenza dall’esercizio dinnanzi all’ICTY o all’ICTR¹⁰³, oltre alla possibilità di qualificare tale condotta come “*misconduct of counsel*” e segnalarla così ai competenti organi disciplinari, come l’Ordine degli Avvocati in cui il difensore è iscritto a livello nazionale¹⁰⁴.

3. La Corte Penale Internazionale ed i “*Proceedings on an Admission of Guilt*” nello Statuto di Roma: l’affermazione di una nuova “identità normativa” del patteggiamento nella procedura penale internazionale

A seguito della “risoluzione F”¹⁰⁵ che ha istituito la *Preparatory Commission*¹⁰⁶, dopo i lavori dell’*Ad Hoc Committee* creato nel 1994¹⁰⁷ per riesaminare le principali questioni derivanti dal progetto di statuto di un tribunale penale internazionale preparato dalla *International Law Commission*¹⁰⁸, nel 1998 viene adottato lo Statuto di Roma e così creata la Corte penale internazionale, formalmente operante dal 1° luglio 2002¹⁰⁹.

Da questo momento il patteggiamento acquisisce un pieno riconoscimento statutario, che afferma una nuova “identità normativa” di questo istituto processuale all’interno della procedura penale internazionale, derivante da un “compromesso storico” tra differenti culture giuridiche e da una interpretazione giurisprudenziale particolarmente estensiva.

La norma di riferimento è l’art. 65 dello Statuto di Roma, denominato “procedure in caso di ammissione di colpevolezza” (“*Proceedings on an Admission of Guilt*”).

made by the Prosecutor vis à vis credible and reliable perpetrators. However, these promises shall, proprio motu, be disclosed to the bench by the Prosecutor.

a) Promises, furthermore, cannot result in de facto granting partial amnesty/impunity by the Prosecutor, particularly not in an institution established to avoid impunity.

b) Amnesty can only be granted after an appropriate sentence has been determined

c) A limited amnesty or early release, if at all, can only be granted by those to whom this power is or will be vested, based on a sentenced person's entire post-crime conduct, or in order to restore peace».

Il giudice Schomburg si riferiva in particolare agli accordi tra pm ed imputato preliminari al patteggiamento, contenute in un documento intitolato “*Understanding of the Parties*”, sfociando in “promesse” del pm non previste a livello normativo e non prodotte al tribunale, pur costituendo, di fatto, la base del patteggiamento stesso. Come osservato al par. 12: «There is no legal basis in the statute or the Rules for the Prosecutor to promise in the beginning of each statement that information provided by the Accused would never be used against him. Such promise has been made in this case by the Prosecutor, formulated in the “Understanding of the Parties”, paragraph 7 of which states: “The Prosecutor agrees that anything said by Mr. Deronji during the interview will not be used as evidence in legal proceedings against him before the Tribunal.” This “Understanding of the Parties”, for unknown reasons, did not form part of the Plea Agreement presented to this Trial Chamber, even though this should have been the case according to the Prosecutor’s own statement. I believe that this promise has also been a prerequisite for the Accused’s guilty plea, contrary to the submissions given by the Prosecutor».

In tal senso anche J. I. TURNER, *Plea Bargaining and International Criminal Justice*, in *The University of the Pacific Law Review*, Vol. 48, SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper n. 347, 2017, 229: «in a dissenting opinion, ICTY Judge Schomburg compared charge bargains to de facto granting partial amnesty/impunity by the Prosecutor and criticized them as conflicting with the Tribunals’ mission to avoid impunity, to establish the truth, and to promote peace and reconciliation».

⁵³ In senso critico, N. H. B. JØRGENSEN, *The Genocide Acquittal in the Sikirica Case Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Coming of Age of the Guilty Plea*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, p. 407: «it may be stated tentatively that the guilty plea has come of age, which represents a triumph of pragmatism».

⁵⁴ Per il conteggio dei casi, e per il loro approfondimento, si rimanda direttamente alla sezione “Cases” del sito ufficiale dell’ICTY.

⁵⁵ Per quanto riguarda il conteggio dei casi dinnanzi all’ICTR e per un loro approfondimento, invece, si rimanda al sito dell’IRMCT.

⁵⁶ Precisamente, per i 21 imputati che hanno scelto di patteggiare nell’ICTY, si veda: Babić Plea Agreement, 22 January 2004; Banović Plea Agreement, 2 June 2003; Bralo Plea Agreement, 18 July 2005; Češić Plea Agreement, 8 October 2003; Deronjić Plea Agreement, 29 September 2003; Sikirica et al. SJ, 13 November 2001, par. 15, 26-31 (concerning Damir Došen), par. 12-13, 32-37 (concerning Dragan Kolundžija), par. 15, 18-25 (concerning Duško Sikirica); Jokić

3.1. Cenni storici sul patteggiamento nella CPI: un compromesso culturale tra tradizione giuridica anglosassone e continentale

L'attuale art. 65 dello Statuto di Roma è il risultato di un intenso, ma proficuo, dibattito tra i delegati degli Stati membri di Canada ed Argentina, frutto di un incontro tra differenti culture giuridiche: di *Common Law*, o a trazione anglosassone, la prima; di *Civil Law*, o di derivazione romano-continentale, la seconda.

L'analisi storica¹¹⁰ risulta essenziale per comprendere quella che abbiamo definito come nuova "identità normativa" del patteggiamento nella procedura penale internazionale.

La norma originaria, sulla quale si è concentrato il dibattito che ha portato alla formulazione dell'attuale art. 65 dello Statuto di Roma, era l'art. 38, comma 1, lett. d) del progetto di Statuto della *International Law Commission* del 1994, dedicato alle funzioni ed ai poteri della *Trial Chamber*. Tale norma prevedeva laconicamente che, all'inizio del dibattimento, il tribunale dovesse avvisare gli imputati della possibilità di dichiararsi colpevoli o non colpevoli¹¹¹.

Tale disposizione venne riformulata nel 1995 dall'*Ad Hoc Committee* che, incaricato di valutare il progetto e di proporre le più opportune modifiche anche in relazione all'art. 38, ne sottolineava diverse criticità, a cominciare dalla stessa opportunità di prevedere istituti di giustizia negoziata per i reati soggetti alla giurisdizione della CPI¹¹².

Un anno dopo, nel 1996, era il *Preparatory Committee* a richiamare l'attenzione sulla necessità di colmare il divario tra i diversi sistemi di *common law* e *civil law*¹¹³ attraverso la ricerca di "denominatori comuni"¹¹⁴ ad entrambi. In tale cornice, si suggeriva l'istituzione di una fase processuale "contratta" successivamente all'accordo sulla pena, al fine di consentire la valutazione da parte del giudice, almeno sommariamente, di una ragionevole base probatoria a sostegno dell'accusa, e di permettere all'imputato di comprendere la natura e le conseguenze della propria dichiarazione di colpevolezza. Tale rito avrebbe permesso al giudice di valutare meglio la volontarietà

SJ, 18 March 2004, parr. 5, 7-14; Jelisić Trial Judgment (TJ), 14 December 1999, par. 11; Mrda SJ, 31 March 2004, par. 4; Nikolić SJ, 18 December 2003, par. 35; Nikolić Joint Motion for Consideration of Amended Plea Agreement between Momir Nikolić and the Office of the Prosecutor, 7 May 2003, Annex A; Obrenović Plea Agreement, 20 May 2003; Playšić Plea Agreement, 30 September 2002; Rajić Plea Agreement, 25 October 2005; Simić SJ, 17 October 2002, parr. 9-16; Todorović SJ, 31 July 2001, parr. 5, 7-17; Zelenović Joint Motion for Consideration of Plea Agreement between Dragan Zelenović and the Office of the Prosecutor Pursuant to Rule 62 Ter, 14 December 2006, Annex A;

⁵⁷ Per quanto riguarda i 9 imputati che hanno potuto per il patteggiamento dinnanzi all'ICTR: Bagaragaza SJ, 17 November 2009, parr. 8, 10-11, 14-16; Bisengimana TJ, 13 April 2006, parr. 12, 19-25; Kambanda TJ, 4 September 1998, parr. 3-7; Nzabirinda SJ, 23 February 2007, parr. 7-14; Rugambarara SJ, 16 November 2007, parr. 4-9; Ruggiu TJ, 11 April 2000, parr. 7, 10; Rutaganira TJ, 14 March 2005, parr. 27-30; Serugendo TJ, 12 June 2006, parr. 2-11; Serushago SJ, 5 February 1999, parr. 4-9; GAA TJ, 4 December 2007, parr. 2-4.

⁵⁸ Si veda, Erdemović Sentencing Judgment (SJ), 29 November 1996, par. 3 (con riferimento al guilty plea di Dražen Erdemović datato 31 maggio 1996).

In questo caso Cassese emanò l'opinione separata e dissenziente precedentemente richiamata.

⁵⁹ Si rimanda a *The Prosecutor v. Jean Kambanda*, 04 September 1998, § 5-8 (con riferimento al guilty plea di Jean Kambanda datato 01 maggio 1998).

⁶⁰ ICTY Statute. Article 20: Commencement and conduct of trial proceedings.

(...)

3. The Trial Chamber shall read the indictment, satisfy itself that the rights of the accused are respected, confirm that the accused understands the indictment, and instruct the accused to enter a plea. The Trial Chamber shall then set the date for trial.

⁶¹ ICTR Statute. Article 19: Commencement and Conduct of Trial Proceedings.

(...)

3. The Trial Chamber shall read the indictment, satisfy itself that the rights of the accused are respected, confirm that the accused understands the indictment, and instruct the accused to enter a plea. The Trial Chamber shall then set the date for trial.

⁶² Rule 62 RPE-ICTY. Initial Appearance of Accused. (Adopted 11 Feb 1994, amended 12 July 2007).

(A) Upon transfer of an accused to the seat of the Tribunal, the President shall forthwith assign the case to a Trial Chamber. The accused shall be brought before that Trial Chamber or a Judge thereof without delay, and shall be formally charged. The Trial Chamber or the Judge shall:

(i) satisfy itself, himself or herself that the right of the accused to counsel is respected; (Amended 17 Nov 1999)

e l’assenza di coercizioni della dichiarazione, e si sarebbe potuto assicurare il diritto dell’imputato di confermarla davanti al giudice o di ritrattarla e chiedere la prosecuzione del dibattimento senza che ciò potesse avere ripercussioni negative sull’accertamento della responsabilità¹¹⁵. In tal modo il Comitato si apriva all’idea di prevedere reati patteggiabili e allo stesso tempo evidenziava la necessità di un controllo giurisdizionale della Corte sugli accordi. Il progetto si inseriva nella riflessione volta a promuovere una giustizia sollecita e ad evitare la vittimizzazione secondaria delle persone offese che sarebbero state chiamate a testimoniare in dibattimento.

Fu il *working paper* argentino¹¹⁶ inviato il 13 agosto 1996 al *Preparatory Committee* ad evidenziare espressamente e di nuovo la necessità di una soluzione intermedia tra i due sistemi di *common law* e *civil law* nell’elaborazione di una particolare procedura sommaria o abbreviata (“*summary procedure*”). Sempre in tale documento venne evidenziato come la terminologia di *guilty plea* sarebbe stata estranea a gran parte degli ordinamenti basati sul modello europeo-continentale, e come in certi Stati di *civil law* il trapianto¹¹⁷ del patteggiamento di tipo anglosassone sarebbe risultato incompatibile con l’ordinamento interno.

Sulla base di questo *working paper* venne elaborata una proposta congiunta argentina-canadese¹¹⁸, inviata il 20 agosto 1996 proprio al *Preparatory Committee*, che aprì la strada ad una nuova terminologia: *admission of guilt* invece di *guilty plea*. L’espressione, non direttamente riconducibile né ai sistemi di *civil law* né ai sistemi di *common law*, veniva scelta come una soluzione intermedia per provare a fondere due tradizioni profondamenti differenti¹¹⁹.

In tale proposta si avanzò l’idea di inserire un art. 38-bis, rubricato “Procedimento abbreviato in caso di ammissione di colpevolezza” (*Abbreviated proceedings on an admission of guilt*)¹²⁰.

(ii) read or have the indictment read to the accused in a language the accused understands, and satisfy itself, himself or herself that the accused understands the indictment;

(Amended 12 Nov 1997, amended 17 Nov 1999, amended 24 June 2003)

(iii) inform the accused that, within thirty days of the initial appearance, he or she will be called upon to enter a plea of guilty or not guilty on each count but that, should the accused so request, he or she may immediately enter a plea of guilty or not guilty on one or more count; (Amended 4 Dec 1998).

(...)

⁶³ Rule 62 RPE-ICTR: Initial Appearance of Accused and Plea. (RPE-ICTR last amended version, 13 May 2015).

(A) Upon his transfer to the Tribunal, the accused shall be brought before a Trial Chamber or a Judge thereof without delay, and shall be formally charged. The Trial Chamber or the Judge shall:

(i) Satisfy itself or himself that the right of the accused to counsel is respected;

(ii) Read or have the indictment read to the accused in a language he understands, and satisfy itself or himself that the accused understands the indictment;

(iii) Call upon the accused to enter a plea of guilty or not guilty on each count; should the accused fail to do so, enter a plea of not guilty on his behalf;

(iv) In case of a plea of not guilty, instruct the Registrar to set a date for trial;

(v) In case of a plea of guilty:

(a) if before a Judge, refer the plea to the Trial Chamber so that it may act in accordance with Rule 62 (B); or

(b) if before a Trial Chamber, act in accordance with Rule 62 (B).

(...)

⁶⁴ Rule 62 RPE-ICTY. Initial Appearance of Accused. (Adopted 11 Feb 1994, amended 12 July 2007).

(...)

In base a tale norma che, salvo poche modifiche, sarebbe poi stata quella contenuta nel testo definitivo, di fronte ad un imputato che ammetta la propria colpevolezza, la *Trial Chamber* dovrebbe verificare: 1) se egli abbia compreso natura e conseguenze di tale ammissione; 2) l'assenza di coercizione e dunque la volontarietà di tale ammissione; 3) che i reati oggetto della confessione siano supportati da una ragionevole base probatoria. Solo il giudice che abbia valutato in modo positivo tutti questi elementi può condannare l'imputato. La corte che non sia convinta o ritenga carente il compendio probatorio e la veridicità e la comprensione dell'ammissione, può ordinare che il processo prosegua secondo le procedure ordinarie e ritenere l'ammissione *tamquam non esset*. La corte che ritiene valida l'ammissione ma ritiene carente il supporto probatorio, o che ritiene che sia necessario un supplemento di istruttoria nell'interesse della giustizia, può ordinare al procuratore prove aggiuntive, comprese le testimonianze.

Nella successiva proposta finale del *Preparatory Committee*, del 14 agosto 1997¹²¹, il contenuto della proposta argentino-canadese venne sostanzialmente riprodotto, e venne aggiunto un 5° comma all'art. 38bis relativo alla non vincolatività dell'accordo. Alla base di quest'ultima scelta, vi fu soprattutto il timore che successivamente al *guilty plea* si aprisse la strada ad un *plea bargaining* vincolante per la Corte¹²².

Da qui, la formulazione dell'art. 65 dello Statuto di Roma, che difatti non prevede un patteggiamento vincolante per i giudici, e la cui natura giuridica – come sancito nella prima sentenza relativa al caso *Al Mahdi*, primo (e ad oggi unico) caso di patteggiamento nella storia della CPI –, rappresenta una vera e propria “terza via” (“*third avenue*”)¹²³ tra la tradizionale dicotomia di *Common Law* e *Civil Law*, ed acquisisce, potremmo dire, una propria identità normativa. Evocherebbero i caratteri della cultura giuridica anglosassone la tempistica e la natura della dichiarazione di ammissione di colpevolezza (*guilty plea*) di cui all'art. 64 par. 8 lett. a), presupposto del patteggiamento (*plea bargaining*) di cui all'art. 65; sarebbe improntata a visioni tipiche della tradizione continentale-europea la necessità di corroborare ed accertare giudizialmente le

(vi) in case of a plea of guilty:

(a) if before the Trial Chamber, act in accordance with

Rule 62 bis, or (Amended 17 Nov 1999)

(b) if before a Judge, refer the plea to the Trial Chamber

so that it may act in accordance with Rule 62 bis; (Amended 17 Nov 1999)

(...)

⁶⁵ Rule 62 RPE-ICTR: Initial Appearance of Accused and Plea. (RPE-ICTR last amended version, 13 May 2015).

(A) (...)

(v) In case of a plea of guilty:

(a) if before a Judge, refer the plea to the Trial Chamber so that it may act in accordance with Rule 62 (B);

(...)

⁶⁶ *Prosecutor v. Dazan Erdemović, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah*, Appeals Chamber, 07 October 1997, par. 8: “(...) In our view, the minimum pre-conditions are as follows:

(a) The guilty plea must be voluntary. It must be made by an accused who is mentally fit to understand the consequences of pleading guilty and who is not affected by any threats, inducements or promises.

(b) The guilty plea must be informed, that is, the accused must understand the nature of the charges against him and the consequences of pleading guilty to them. The accused must know to what he is pleading guilty;

(c) The guilty plea must not be equivocal. It must not be accompanied by words amounting to a defence contradicting an admission of criminal responsibility».

⁶⁷ Rule 62 bis RPE-ICTY. Guilty Pleas. (Adopted 12 Nov 1997).

If an accused pleads guilty in accordance with Rule 62 (vi), or requests to change his or her plea to guilty and the Trial Chamber is satisfied that:

(i) the guilty plea has been made voluntarily;

(ii) the guilty plea is informed; (Amended 17 Nov 1999)

(iii) the guilty plea is not equivocal; and

(iv) there is a sufficient factual basis for the crime and the accused's participation in it, either on the basis of independent indicia or on lack of any material disagreement between the parties about the facts of the case, the Trial Chamber may enter a finding of guilt and instruct the Registrar to set a date for the sentencing hearing. (Amended 10 July 1998, amended 4 Dec 1998).

⁶⁸ *Prosecutor v. Dazan Erdemović, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah*, Appeals Chamber, 07 October 1997, par. 10: «Voluntariness involves two elements. Firstly, an accused person must have been mentally

dichiarazioni confessorie, oltre all'accettazione di un sindacato giudiziale discrezionale e penetrante¹²⁴ sulla determinazione della pena richiesta dalle parti¹²⁵.

Per usare le parole di altri Autori, nella prospettiva di *Common Law* di stampo statunitense – ed in certi tratti nel processo penale inglese¹²⁶ –, il P.M. assume il ruolo di “dominatore” del *plea bargaining*¹²⁷, con a disposizione “un arsenale di norme”¹²⁸, ed il patteggiamento potrebbe essere considerato come una sorta di “tregua furtiva” al posto di “un nobile scontro per la verità” che rappresenterebbe invece il processo¹²⁹, processo considerato come strumento per la “ricerca della verità”, strumento ritenuto irrinunciabile nei sistemi di *Civil Law* o comunque rinunciabile solo in relazione a determinate e non eccessive pene¹³⁰.

3.2. L'analisi normativa: tra Statuto di Roma, *Rules of Procedure and Evidence*, *Regulations of the Office of the Prosecutor*

A seguito del dibattito storico e della redazione dello Statuto di Roma, in modo non dissimile dai tribunali *ad hoc* e dai tribunali militari internazionali, anche nella Corte penale internazionale viene data all'imputato la possibilità, ai sensi dell'articolo 64, par. 8, lett. a) dello Statuto – norma dedicata alle funzioni e poteri del tribunale – di presentare la propria dichiarazione di colpevolezza (*guilty plea*) prima della dichiarazione di apertura del dibattimento¹³¹.

Una volta che l'imputato si è dichiarato colpevole, l'art. 65, comma 1 dello Statuto di Roma, pone l'accento sul dovere, per i giudici, di accertare vari requisiti¹³², ovvero se:

competent to understand the consequences of his actions when pleading guilty. (...) Secondly, the plea must not have been the result of any threat or inducement other than the expectation of receiving credit for a guilty plea by way of some reduction of sentence. (...)».

⁶⁹ Di assenza di “pressioni” parla l'ICTR, *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Case no.: ICTR 97-23-S, Judgment and Sentence, 04 September 1998, Trial Chamber, par. 6: «The Chamber, nevertheless, sought to verify the validity of the guilty plea. To this end, the Chamber asked the accused: (i) if his guilty plea was entered voluntarily, in other words, if he did so freely and knowingly, without pressure, threats, or promises; (ii) if he clearly understood the charges against him as well as the consequences of his guilty plea; and (iii) if his guilty plea was unequivocal, in other words, if he was aware that the said plea could not be refuted by any line of defence».

⁷⁰ *Prosecutor v. Džan Erdemović*, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, Appeals Chamber, 07 October 1997, par. 14: «In respect of the present case, an informed plea would require that the Appellant understand: (a) the nature of the charges against him and the consequences of pleading guilty generally; and (b) the nature and distinction between the alternative charges and the consequences of pleading guilty to one rather than the other».

Ancora, a par. 27: «We, therefore, hold that the Appellant's plea was not the result of an informed choice. He understood neither the nature of the charges nor the distinction between the two alternative charges and the consequences of pleading guilty to one rather than the other. It thus follows that the Appellant must be afforded an opportunity to plead to the charges with full knowledge of these matters».

⁷¹ *Prosecutor v. Džan Erdemović*, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, Appeals Chamber, 07 October 1997, par. 28: «The requirement that a plea must be unequivocal is essential to uphold the presumption of innocence and to provide protection to an accused against forfeiture of the right to a trial where the accused appears to have a defence which he may not realise. This requirement imposes upon the court in a situation where the accused pleads guilty but persists with an explanation of his actions which in law amounts to a defence, to reject the plea and have the defence tested at trial. The courts in common law jurisdictions all over the world, except in the United States, have consistently declared that a guilty plea must be unequivocal».

Ancora, a par. 31: «Whether a plea of guilty is equivocal must depend on a consideration, in limine, of the question whether the plea was accompanied or qualified by words describing facts which establish a defence in law. The Appellant pleaded guilty but claimed that he acted under duress. It follows therefore that we must now examine whether duress can constitute a complete defence to the killing of innocent persons».

⁷² Come evidenziato anche in *ICTY Manual on Developed Practices*, UNICRI Publisher, 2009, par. 72: «Plea agreements involve accord between the Prosecutor and the Defence to the effect that the accused will plead guilty to one or more counts in an indictment. In exchange, the Prosecutor agrees to amend the indictment pursuant to the plea, submit that a specific sentence or sentencing range is appropriate and/or not oppose a request by the accused for a particular sentence or sentencing range. Judges are not involved in plea negotiations between the parties. As a result, when plea negotiations between the parties fail, the discussions remain confidential between them and cannot be referred to in the trial process».

⁷³ Gli “*independent indicia*” sono da considerarsi, a parere dell'Autore, circostanze implicite incompatibili con la dichiarazione di ammissione di colpevolezza.

Per l'elaborazione giurisprudenziale, per l'ICTY, si veda anche *Prosecutor v. Miroslav Deronjić*, Appeals Chamber, 20 July 2005, parr. 17-18: «The Trial Chamber made it clear that the agreed Factual Basis is to be treated as mere support

1) l'imputato comprenda la natura e le conseguenze della dichiarazione di ammissione di colpevolezza;

2) l'ammissione sia volontaria, nonché effettuata dopo essersi adeguatamente consultato con il proprio difensore;

3) la colpevolezza sia avvalorata da una base fattuale sufficiente a sostenere i capi d'imputazione formulati dal pubblico ministero e sui quali l'imputato si è dichiarato colpevole, base fattuale che può essere valutata alla luce del materiale probatorio presentato dal P.M. e da ogni altra prova a supporto delle accuse, ivi comprese le deposizioni di persone informate sui fatti e testimoni, purché introdotta con il consenso dell'imputato.

Inoltre, almeno in linea di principio, il pubblico ministero ha il dovere di portare all'attenzione del tribunale ogni informazione credibile ed ogni prova che indichi che l'ammissione di colpevolezza non sia stata informata, volontaria o supportata da una base fattuale sufficiente, come recita l'art. 62 delle *Regulations of the Office of the Prosecutor*¹³³.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, delle *Rules of Procedure and Evidence*¹³⁴, il tribunale può, ai fini dell'accertamento dei sopracitati requisiti e per accertare la capacità di partecipare al processo, disporre una visita medica, psichiatrica o psicologica dell'imputato, anche con l'ausilio di più consulenti tecnici, alle condizioni previste nell'art. 113 delle *Rules of Procedure and Evidence*¹³⁵.

Secondo i commi 2, 3 e 4 dell'art. 65 dello Statuto di Roma, il tribunale, una volta compiuto l'accertamento dei requisiti per la validità della dichiarazione di ammissione di colpevolezza, ha tre opzioni:

1) considerare nulla la dichiarazione di ammissione di colpevolezza per assenza di uno o più requisiti di validità, disponendo la prosecuzione del giudizio con il rito ordinario, e trasmettendo il procedimento ad un'altra *Trial Chamber* (ossia al tribunale di primo grado ma in diversa composizione¹³⁶);

2) richiedere al pubblico ministero una integrazione probatoria, necessaria per una più completa comprensione dei fatti a supporto dei capi d'imputazione, qualora sia necessaria

for the guilty plea specifically in the case where it is discrepant with the Indictment, such that the Indictment shall be regarded as controlling».

⁷⁴ Sul punto, per quanto riguarda l'ICTR, si rimanda a *Prosecutor v. Ntakirutimana*, Decision on the Prosecutor's motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 26 November 2001, par. 26. Si veda anche J. I. TURNER, *Plea Bargaining*, in L. CARTER, F. POCAR (a cura di), *International Criminal Procedure. The Interface of Civil Law and Common Law Legal Systems*, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 52, la quale richiama che: «In practice, trial chambers have usually conducted an independent inquiry into the facts and have required that evidence other than the parties' agreement support the guilty plea».

⁷⁵ Rule 62 RPE-ICTR: Initial Appearance of Accused and Plea. (RPE-ICTR last amended version, 13 May 2015).

(...)

(B) If an accused pleads guilty in accordance with Rule 62 (A)(v), or requests to change his plea to guilty, the Trial Chamber shall satisfy itself that the guilty plea:

(i) is made freely and voluntarily;

(ii) is an informed plea;

(iii) is unequivocal; and

(iv) is based on sufficient facts for the crime and accused's participation in it, either on the basis of objective indicia or of lack of any material disagreement between the parties about the facts of the case.

Thereafter the Trial Chamber may enter a finding of guilt and instruct the Registrar to set a date for the sentencing hearing.

⁷⁶ Rule 62 ter RPE-ICTY. Plea Agreement Procedure. (Adopted 13 Dec 2001).

(A) The Prosecutor and the defence may agree that, upon the accused entering a plea of guilty to the indictment or to one or more counts of the indictment, the Prosecutor shall do one or more of the following before the Trial Chamber:

(i) apply to amend the indictment accordingly; (ii) submit that a specific sentence or sentencing range is appropriate;

(iii) not oppose a request by the accused for a particular sentence or sentencing range.

(B) The Trial Chamber shall not be bound by any agreement specified in paragraph (A).

(C) If a plea agreement has been reached by the parties, the Trial Chamber shall require the disclosure of the agreement in open session or, on a showing of good cause, in closed session, at the time the accused pleads guilty in accordance with Rule 62 (vi), or requests to change his or her plea to guilty.

⁷⁷ Rule 62 bis RPE-ICTR: Plea Agreement Procedure (RPE-ICTR last amended version, 13 May 2015).

(A) The Prosecutor and the Defence may agree that, upon the accused entering a plea of guilty to the indictment or to one or more counts of the indictment, the Prosecutor shall do one or more of the following before the Trial Chamber:

(i) apply to amend the indictment accordingly; (ii) submit that a specific sentence or sentencing range is appropriate;

nell'interesse della giustizia (*"interests of justice"*)¹³⁷ ed in particolare nell'interesse delle persone offese, nonché richiedere alla difesa di presentare eventuali osservazioni ai sensi dell'art. 139, comma 1, delle *Rules of Procedure and Evidence*¹³⁸;

3) ritenere sussistenti tutti i requisiti di validità e, quindi, legittima la dichiarazione di ammissione di colpevolezza sulla base degli elementi probatori allegati dal pubblico ministero (inizialmente o a seguito di integrazione), e così condannare l'imputato per i reati sui quali si è dichiarato colpevole.

In ogni caso, ai sensi del comma 5 dell'art. 65 dello Statuto di Roma, ogni accordo o tra accusa e difesa, e quindi ogni patteggiamento, sia sulla pena sia sui capi d'imputazione (o sulla loro modifica) non è vincolante per i giudici.

Inoltre, l'art. 136 delle *Rules of Procedure and Evidence*¹³⁹ prevede un'eccezione all'obbligo generale di processare congiuntamente gli imputati, disponendo che, nel caso in cui un imputato abbia presentato un *guilty plea*, possa essere giudicato previa separazione della sua posizione da quella degli altri imputati non patteggianti.

Infine, ai sensi dell'art. 139, comma 2, delle *Rules of Procedure and Evidence*¹⁴⁰, i giudici non sono esenti dall'obbligo di motivazione della sentenza in caso di condanna emessa nell'ambito della procedura di ammissione di colpevolezza di cui all'art. 65 dello Statuto e dunque la sentenza non può ridursi ad una mera vidimazione dell'accordo tra accusa e difesa.

3.3. Lo sviluppo giurisprudenziale delle procedure in caso di ammissione di colpevolezza nella CPI: una natura ibrida tra patteggiamento e rito abbreviato

La procedura per il patteggiamento viene poi ulteriormente elaborata dai giudici della Corte penale internazionale, che nel caso *Al Mahdi* hanno dato una interpretazione estensiva della norma di cui all'art. 65 dello Statuto di Roma, conferendo al patteggiamento ulteriori ed importanti peculiarità, ed attribuendo a tali *proceedings* una natura giuridica che oscilla – in un'ottica italiana – tra rito

(iii) not oppose a request by the accused for a particular sentence or sentencing range.

(B) The Trial Chamber shall not be bound by any agreement specified in paragraph (A).

(C) If a plea agreement has been reached by the parties, the Trial Chamber shall require the disclosure of the agreement in open session or, on a showing of good cause, in closed session, at the time the accused pleads guilty in accordance with Rule 62 (A) (v), or requests to change his or her plea to guilty.

⁷⁸ Sul punto, *Nikolić Joint Motion for Consideration of Amended Plea Agreement between Momir Nikolić and the Office of the Prosecutor*, 7 May 2003, Annex A, par. 14-15.

⁷⁹ *Erdemović Sentencing Judgment* (SJ), 29 November 1996, par. 3 (con riferimento al guilty plea di Dražen Erdemović datato 31 maggio 1996). Si veda anche A. TIEGER, M. SHIN, *Plea Agreements in the ICTY. Purpose, Effects and Propriety*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 667.

⁸⁰ *Prosecutor v. Erdemović*, IT-96-22-Tbis Sentencing Judgment, Trial Chamber, 05 March 1998, par. 24.

⁸¹ In *Prosecutor v. Todorović* (Case No. IT-95-9/1), Sentencing Judgment, 31 July 2001, par. 80, si è sostenuto che la dichiarazione di ammissione di colpevolezza dovrebbe, in linea di principio, dar luogo ad una riduzione della pena che altrimenti l'imputato avrebbe ricevuto. Con riferimento al *guilty plea*, «(...) should, in principle, give rise to a reduction in the sentence that the accused would otherwise have received».

⁸² Sul punto, S.M. SAYERS, *Defence Perspectives on Sentencing Practice in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 16, 2003, 768, che sostiene di come anche la tempistica della dichiarazione di ammissione di colpevolezza può incidere sulla determinazione della pena: «The timing of a guilty plea is also significant in terms of its status as a mitigating factor. Belated pleas of guilty, deferred until the middle of the prosecution's case, or made during the accused's own case-in-chief, will generally be entitled to less credit than a plea made at much earlier stage».

Sull'assenza di coerenza della giurisprudenza dell'ICTY relativamente alla considerazione della dichiarazione di ammissione di colpevolezza come circostanza attenuante, e sul problema del cumulo tra diverse circostanze attenuanti (in particolare di quelle della sostanziale cooperazione con l'accusa, del rimorso dimostrato dall'imputato e del loro assorbimento all'interno dell'attenuante del *guilty plea*), R. HENHAM, M. DRUMBL, *Plea Bargaining at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Criminal Law Forum*, 16, 2005, 60: «The jurisprudence evidences a paucity of clear principles as to how pleading guilty intersects with other mitigating factors, leading to the phenomenon of what we identify as a praxis of cumulative mitigation. More specifically, once an offender plea bargains, does that automatically entitle the offender to a broader number of additional mitigating discounts because that offender then also can claim acceptance of responsibility, substantial cooperation with prosecution, remorse, and voluntary surrender? The jurisprudence is somewhat fragmented».

abbreviato¹⁴¹ ed applicazione della pena su richiesta delle parti¹⁴², considerato che sulla base dell'accordo sulla pena tra accusa e difesa viene comunque celebrato un dibattimento, ma quest'ultimo avviene in una modalità più celere e non riconducibile alle forme ordinarie.

Senza entrare nei dettagli del caso *Al Mahdi*, è importante qui riassumerne le fasi processuali più importanti. Nelle more dell'udienza preliminare, le parti sottoscrivevano il documento contenente il negoziato, ovvero sia l'accordo sulla conferma delle accuse contenute nei capi d'imputazione ("*agreement regarding the confirmation of the charge*"), sia l'ammissione di colpevolezza ("*admission of guilt*")¹⁴³. Nell'accordo, *Al Mahdi* veniva avvisato che per i reati da lui commessi sarebbe stata prevista una pena fino a 30 anni di reclusione e che, nel decidere il trattamento sanzionatorio¹⁴⁴, sarebbero state prese in considerazione sia la gravità del reato sia la situazione personale del condannato, oltre alle eventuali circostanze attenuanti e/o aggravanti, oltre alla possibilità di infliggere la pena pecuniaria dell'ammenda (non superiore al 75% del valore dei beni mobili e immobili in possesso dell'imputato) e di confiscare eventuali proventi derivanti direttamente o indirettamente dal reato¹⁴⁵.

La pena patteggiata veniva poi stabilita in una forbice edittale dai 9 agli 11 anni, con la possibilità di detrarre il presofferto subito per la detenzione in custodia cautelare¹⁴⁶. Quale elemento dell'accordo, entrambe le parti rinunciavano all'appello della futura sentenza del tribunale, rinuncia condizionata al rispetto della pena indicata dalle parti entro il minimo (nove anni) ed il massimo (undici anni)¹⁴⁷.

Inoltre, il pubblico ministero si obbligava a sostenere un'eventuale richiesta di "revisione" della pena finale, ai sensi degli artt. 110 dello Statuto e 223 delle *Rules of Procedure and Evidence*, purché dopo aver scontato almeno 2/3 della pena complessiva¹⁴⁸.

Entrambe le parti si riservavano la facoltà, prevista dall'art. 67 dello Statuto di Roma, di produrre ulteriori prove nonché di presentare memorie o osservazioni sin dall'udienza preliminare¹⁴⁹, e si concordava la rinuncia ad alcuni diritti – sempre elencati all'art. 67 –, quali il diritto dell'imputato di rimanere in silenzio e quello delle parti di impugnare eventuali ordinanze della *Pre Trial Chamber* relative a questioni preliminari o di giurisdizione¹⁵⁰.

⁸³ *Prosecutor v. Plavšić* (Case No. IT-00-39&40/1), Sentencing Judgment, 27 February 2003, par. 81: «The Trial Chamber will accordingly give significant weight to the plea of guilty by the accused, as well as her accompanying expressed remorse and positive impact on the reconciliatory process, as a mitigating factor».

⁸⁴ *Prosecutor v. Sikirica et al.* (Case No. IT-95-8-T), Sentencing Judgment, 13 November 2001, par. 148: «The Trial Chamber considers that the primary factor to be considered in mitigation of Sikirica's sentence is his decision to enter a guilty plea (...)».

In senso differente, in *Prosecutor v. Deronjic* (Case No. IT-02-61-S), Judgment, 30 March 2004, par. 135, si è sostenuta la possibilità di analisi dei motivi che hanno portato l'imputato a tale scelta processuale, con valutazione negativa in caso di dichiarazioni basate esclusivamente su una negoziazione "*do ut des*". Testualmente: «As opposed to a pure guilty plea (Rule 62 bis of the Rules), a plea agreement (Rule 62 ter of the Rules), while having its own merits as an incentive to plead guilty, has two negative side effects. First, the admitted facts are limited to those in the agreement, which might not always reflect the entire available factual and legal basis. Second, it may be thought that an accused is confessing only because of the principle "*do ut des*" (give and take). Therefore, the reason why an accused entered a plea of guilty needs to be analysed: were charges withdrawn, or was a sentence recommendation given?»

⁸⁵ Rule 100 RPE-ICTY. Sentencing Procedure on a Guilty Plea (Adopted 11 Feb 1994, amended 10 July 1998)

(A) If the Trial Chamber convicts the accused on a guilty plea, the Prosecutor and the defence may submit any relevant information that may assist the Trial

Chamber in determining an appropriate sentence. (Amended 25 June 1996, amended 5 July 1996)

(B) The sentence shall be pronounced in a judgement in public and in the presence of the convicted person, subject to Rule 102 (B).

⁸⁶ Rule 100 RPE-ICTR: Sentencing Procedure on a Guilty Plea. (RPE-ICTR last amended version, 13 May 2015).

(A) If the Trial Chamber convicts the accused on a guilty plea, the Prosecutor and the Defence may submit any relevant information that may assist the Trial Chamber in determining an appropriate sentence.

(B) The sentence shall be pronounced in a judgement in public and in the presence of the convicted person, subject to Sub-Rule 102 (B).

⁸⁷ P. CHIFFLET, G. BOAS, *Sentencing Coherence In International Criminal Law: The Cases Of Biljana Plavšić And Miroslav Bralo*, in *Criminal Law Forum*, 2012, 138: «Unlike most domestic jurisdictions, none of the international criminal tribunals has sentencing scales or tariffs that set out maximum (or possibly even minimum) penalties for the specific crimes within its jurisdiction. Given the rejection by the ad hoc Tribunals of the proposition that there is any hierarchy as between the crime categories of genocide, crimes against humanity and war crimes (...)».

Il documento specificava, infine, la possibilità di proseguire il giudizio nelle forme ordinarie previste all’art. 65 (4) (b) dello Statuto o ai sensi dell’art. 65, in caso di rigetto del patteggiamento da parte del tribunale, previa trasmissione del procedimento al tribunale in diversa composizione.

A seguito dell’udienza preliminare di “*confirmation of the charges before the trial*”¹⁵¹, svoltasi dinnanzi alla *Pre-Trial Chamber I* in composizione collegiale¹⁵² (e la cui “anomalia”, normativamente prevista, è la presenza, nel collegio, del giudice che emana l’ordine di arresto¹⁵³), venivano convalidate¹⁵⁴ le accuse.

L’imputato veniva così rinviato a giudizio¹⁵⁵ dinnanzi alla *Trial Chamber VIII* che decideva di fissare, nonostante il proposto patteggiamento, lo svolgimento di tre udienze, dal 22 al 24 agosto 2016, anche alla presenza delle persone offese¹⁵⁶. Veniva così celebrato un dibattimento “minore”, in cui il pubblico ministero, con il consenso della difesa¹⁵⁷, conduceva l’istruttoria a carico, con l’assunzione di testimoni, controesaminati dalle controparti, e producendo prove documentali alla Corte. Le parti rassegnavano infine le proprie conclusioni, incentrate soprattutto sui criteri di determinazione della pena, e la Corte, in successiva udienza, condannava l’imputato alla pena di 9 anni di reclusione¹⁵⁸. Successivamente alla sentenza di condanna, veniva emanato anche un ordine di riparazione¹⁵⁹ (“*reparations order*”)¹⁶⁰.

3.4. Le recenti linee guida della Procura della CPI e gli otto “fattori rilevanti” per l’accettazione del patteggiamento da parte del pubblico ministero

Oltre alla interpretazione giurisprudenziale appena vista, che consente lo svolgimento di sia pure circoscritte udienze dibattimentali in seno alla procedura di cui all’art. 65 dello Statuto di Roma, a fine 2020 l’*Office of The Prosecutor* ha pubblicato una circolare contenente delle speciali linee guida (“*Guidelines Agreements Regarding Admission of Guilt*”)¹⁶¹, particolarmente rilevanti per il pubblico ministero.

Per la giurisprudenza, *Prosecutor v. Trbic* (Decision on Referral of Case Under Rule 11 bis with Confidential Annex), IT-05-88/1-PT (27 April 2007), par. 19; *Prosecutor v. Kunarac, Kovac, and Vukovic* (Judgment), IT-96-23 and IT-96-23/1-A (12 June 2002), par. 171; *Prosecutor v. Tadic* (Judgment in Sentencing Appeals), IT-94-1-A and IT-94-1-Abis (26 January 2000), par. 69; *Prosecutor v. Rutaganda* (Judgment), ICTR-96-3-A (26 May 2003), par. 590.

Più in generale, si vedano G. BOAS, J. L. BISCHOFF-N. L. REID, *Elements of Crimes Under International Law*, Cambridge, 2008; A. M. DANNER, *Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing*, in *Virginia Law Review*, vol. 87, 2001, 415; M. BAGARIC, J. MORSS, *International Sentencing Law: In Search of a Justification and Coherent Framework*, in *International Criminal Law Review*, vol. 6, 2006, 191-255.; S. D’ASCOLI, *Sentencing in International Criminal Law: The UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Bloomsbury Publishing, 2001; W.A. SCHABAS, *Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 7, 1997, 461-517.

⁸⁸ Sui criteri che giustificano la pena dell’ergastolo nella giurisprudenza dell’ICTY, si vedano, ad esempio: *Prosecutor v. Gacumbitsi* (Appeal Judgment), ICTR-2001-64-A (7 July 2006), parr. 204–206 (che ha annullato la condanna a 30 anni della Trial Chamber ed emesso l’ergastolo); *Prosecutor v. Kamuhanda* (Appeal Judgment), ICTR-99-54A-A (19 September 2005), par. 126 (confermando l’ergastolo in primo grado) *Prosecutor v. Popovic et al.* (Judgment), IT-05-88 (10 June 2010) (condannando all’ergastolo due su otto imputati); *Prosecutor v. Lukic and Lukic* (Judgment), IT-IT-98-32/1-T (20 July 2009); *Prosecutor v. Galic* (Judgment), IT-98-28-A (30 November 2006), 191 (che ha annullato la condanna in primo grado a 20 anni ed emesso ergastolo in appello).

Per la giurisprudenza dell’ICTR: *Prosecutor v. Kambanda* (Judgment and Sentence), Case No. ICTR-97-23-S (4 September 1998); *Prosecutor v. Musema* (Judgment and Sentence), Case No. ICTR-96-13-T (27 January 2000); *Prosecutor v. Niyitegeka* (Trial Judgment), Case No. ICTR-96-14-T (16 May 2003).

⁸⁹ Sul punto, P. CHIFFLET-G. BOAS, *Sentencing Coherence in International Criminal Law: The Cases of Biljana Plavsic And Miroslav Bralo*, in *Criminal Law Forum*, 2012, 154-155: «In reality, the sentencing story differs across international criminal tribunals. The ICTY has had a patchwork of sentences that might be said to reflect a lenient approach to sentencing. Meanwhile, the ICTR, at least where genocide convictions are entered, has been more consistently harsh. Robert Sloane has noted that, of the 27 persons convicted and sentenced by the ICTR as of April 2007, “12 had been sentenced to life imprisonment; two to a term of 35 years; five to 25 years; two to 15 years; two to 6 years; and the others to terms of 7, 10, 12, 27 and 45 years, respectively”. That is, over 40%, of those sentenced received life imprisonment; 70 % were sentenced to 25 years or more; and over 77 % to 15 years or more. By contrast, as of November 2006, the ICTY had sentenced 15 convicted persons to less than 10 years; 19 to sentences between 10 to 19 years; and 12 to sentences of 20 years or greater. The divergence in sentencing, at least between the ICTR and ICTY, is at least in part

Queste linee guida, in sintesi, nell'evidenziare che il patteggiamento è ormai diventato una "caratteristica consolidata della giustizia penale internazionale"¹⁶², contengono otto "fattori rilevanti" ("*relevant factors*")¹⁶³ che il P.M. deve tenere in considerazione prima di accettare un accordo con la difesa per l'attivazione delle procedure in caso di ammissione di colpevolezza e durante tutta la negoziazione. Questi otto fattori sono:

- 1) La conformità con lo Statuto di Roma¹⁶⁴: il pubblico ministero dovrebbe concludere un patteggiamento solo dopo aver debitamente considerato la sua conformità e compatibilità con lo Statuto di Roma e con gli obiettivi della Procura della CPI;
- 2) L'accettazione di responsabilità e l'assenza di circostanze incompatibili con la dichiarazione di ammissione di colpevolezza¹⁶⁵: il P.M. non deve concludere alcun accordo in cui l'imputato contesti i fatti essenziali su cui si basa la sua colpevolezza, ed è tenuto a richiedere all'imputato un resoconto completo e veritiero della propria condotta rilevante per i reati addebitati nei capi d'imputazione;
- 3) Le modalità ed i tempi della formulazione dei capi d'imputazione¹⁶⁶: secondo le linee guida, il patteggiamento non deve avvenire in fase d'indagine ma solamente all'interno del processo e precisamente dal momento in cui le accuse sono state confermate in udienza preliminare e vagliate da un giudice. Inoltre, in sede di formulazione dei capi d'imputazione, il pubblico ministero dovrebbe prestare particolare cautela prima di patteggiare la pena o la modifica delle imputazioni relative a reati a danno di soggetti minorenni o che coinvolgono bambini, reati sessuali o *gender-based*, reati contro il patrimonio culturale, religioso, storico o altri edifici e beni protetti, nonché reati contro il personale impiegato in missioni umanitarie o di *peacekeeping*;
- 4) La valutazione della cooperazione dell'imputato come elemento fondamentale per la determinazione della pena¹⁶⁷: la cooperazione dell'imputato, anche relativamente ad altre indagini o

explicable by the higher percentage of defendants pleading guilty to genocide before the ICTR, an underutilization of plea bargaining, as well as other factors».

Per le citate osservazioni, R.D. SLOANE, *Sentencing for the "Crime of Crimes": The Evolving "Common Law" of Sentencing of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2007, 716.

Contrariamente, il giudice Theodor Meron osservava in sede di *dissenting opinion* nel caso Galić, che tale divergenza in sede di determinazione della pena sarebbe derivante da un concetto di individualizzazione della pena utilizzato dall'ICTY. Precisamente, come riportato da P. CHIFFLET, G. BOAS, *Sentencing Coherence in International Criminal Law: The Cases Of Biljana Plavsic And Miroslav Bralo*, in *Criminal Law Forum*, 2012, 135-159, a p. 155, in *Galić Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Meron* (n. 77), par. 9, il giudice Meron osservava che tale divergenza sarebbe «partly in consequence of the ICTY's emphasis on individualized sentencing».

Si veda anche S.M. SAYERS, *Defence Perspectives on Sentencing Practice in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 16, 2003, p. 752, che parla di "interessante anomalia" tra le differenze di pena emesse: «An interesting anomaly exists between the ICTY, and its sister tribunal, the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), as to sentencing practice and history».

⁹⁰ Qualora le norme siano sostanzialmente identiche, riporteremo in nota solo la norma dell'ICTY.

⁹¹ Rule 101 RPE-ICTY. Penalties. (Adopted 11 Feb 1994, amended 30 Jan 1995, amended 10 July 1998, amended 1 Dec 2000, amended 13 Dec 2000).

(A) A convicted person may be sentenced to imprisonment for a term up to and including the remainder of the convicted person's life. (Amended 12 Nov 1997).

(B) In determining the sentence, the Trial Chamber shall take into account the factors mentioned in Article 24, paragraph 2, of the Statute, as well as such factors as:

(i) any aggravating circumstances;

(ii) any mitigating circumstances including the substantial cooperation with the Prosecutor by the convicted person before or after conviction;

(iii) the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia;

(iv) the extent to which any penalty imposed by a court of any State on the convicted person for the same act has already been served, as referred to in Article 10, paragraph 3, of the Statute. (Amended 30 Jan 1995, amended 10 July 1998)

⁹² *Ibidem*: "(ii) any mitigating circumstances including the substantial cooperation with the Prosecutor by the convicted person before or after conviction;"

⁹³ Sull'analisi delle "*victim-related concerns*" relativamente all'utilizzo del patteggiamento nell'ICTY, si veda A. TIEGER, M. SHIN, *Plea Agreements in the ICTY. Purpose, Effects and Propriety*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, 666-679.

Con riferimento al patteggiamento di reati sessuali nell'ICTY, A.B. HOUGE, *Imageries of Self: Guilty Plea Statements in Sexual Violence Cases at the ICTY*, in *International Criminal Justice Review*, 2020, 1-18.

procedimenti o la sua testimonianza come imputato in procedimenti connessi e/o collegati, costituisce un elemento essenziale per il P.M. nella determinazione della pena in sede di patteggiamento, e gli imputati che collaboreranno con la Procura nella misura delle loro possibilità dovranno ricevere il massimo beneficio in termini di raccomandazioni del P.M. al tribunale sull’adeguatezza della pena patteggiata («e molto probabilmente in termini di considerazione del tribunale in udienza», specificano le linee guida);

5) Gli altri criteri generali di determinazione della pena¹⁶⁸: anche se, in linea di principio, il P.M. è libero di trattare la pena con l’imputato, egli deve tener conto delle norme previste per la determinazione della pena di cui all’art. 78 dello Statuto di Roma¹⁶⁹ e dall’art. 145 delle *Rules of Procedure and Evidence*¹⁷⁰, e deve soppesare ogni circostanza attenuante e/o aggravante al fine di determinare una pena – o una forbice edittale di pena – che rifletta adeguatamente la colpevolezza complessiva dell’imputato, tenendo conto della gravità del reato e del contributo dell’imputato alla commissione del reato, nonché la sua eventuale collaborazione con la Procura e con il tribunale e valutando la stessa dichiarazione di ammissione di colpevolezza come circostanza attenuante;

6) L’esistenza di una base fattuale sufficiente a sostegno dei capi d’imputazione patteggiati¹⁷¹: similmente ai principi già elaborati dalla giurisprudenza dei tribunali ad hoc, e considerato che il patteggiamento, evitando la celebrazione del dibattimento, comporta una drastica diminuzione nella produzione di documentazione ufficiale (verbali delle udienze, testimonianze e risultanze dell’esame e del controesame dei testimoni, delle vittime e dello stesso imputato), l’esistenza di una base fattuale e probatoria sufficiente a cristallizzare la veridicità delle accuse mosse all’imputato si pone come elemento fondamentale nella valutazione della procura;

7) L’impatto sulle vittime e sui testimoni vulnerabili¹⁷²: siccome le testimonianze relative a crimini internazionali sono esperienze traumatiche, che comportano spesso l’emissione di misure a tutela della sicurezza delle vittime, ivi compreso il trasferimento dai luoghi o Paesi di residenza, il

¹⁶⁸ Rule 50 RPE-ICTY. Amendment of the Indictment. (Adopted 11 Feb 1994).

(...)

(B) If the amended indictment includes new charges and the accused has already appeared before a Trial Chamber in accordance with Rule 62, a further appearance shall be held as soon as practicable to enable the accused to enter a plea on the new charges. (Amended 18 Jan 1996).

(...)

¹⁶⁹ Identica alla lett. b) della Rule 50 RPE-ICTY è la lett. b) della Rule 50 RPE-ICTR.

¹⁷⁰ Rule 77 RPE-ICTY. Contempt of the Tribunal. (Adopted 11 Feb 1994, amended 30 Jan 1995, amended 25 July 1997, amended 12 Nov 1997, amended 13 Dec 2001).

(A) The Tribunal in the exercise of its inherent power may hold in contempt those who knowingly and willfully interfere with its administration of justice, including any person who

(i) being a witness before a Chamber, contumaciously refuses or fails to answer a question;

(ii) discloses information relating to those proceedings in knowing violation of an order of a Chamber; (Amended 4 Dec 1998)

(iii) without just excuse fails to comply with an order to attend before or produce documents before a Chamber;

(iv) threatens, intimidates, causes any injury or offers a bribe to, or otherwise interferes with, a witness who is giving, has given, or is about to give evidence in proceedings before a Chamber, or a potential witness; or

(Amended 4 Dec 1998, amended 13 Dec 2001)

(v) threatens, intimidates, offers a bribe to, or otherwise seeks to coerce any other person, with the intention of preventing that other person from complying with an obligation under an order of a Judge or Chamber.

(Amended 4 Dec 1998, amended 13 Dec 2001)

(...)

Similmente, la Rule 77 RPE-ICTR.

¹⁷¹ Shefqet Kabashi, testimone nel procedimento *Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimag*, Case No. IT-04-84, T. 10939-10941, 20 November 2007, accusato di oltraggio al tribunale a seguito del rifiuto di rispondere e di rendere testimonianza, presenta una dichiarazione di ammissione di colpevolezza e venne condannato a 2 mesi a seguito del guilty plea emesso sensi della Rule 77 RPE-ICTY, in *Prosecutor v. Shefqet Kabashi*, Case No. IT-04-84-R77.1, Judgment, 16 September 2011.

¹⁷² Rule 77 RPE-ICTY.

(...)

C) When a Chamber has reason to believe that a person may be in contempt of the Tribunal, it may:

(i) direct the Prosecutor to investigate the matter with a view to the preparation and submission of an indictment for contempt;

P.M. deve tenere in considerazione la possibilità di patteggiare evitando, per quanto possibile, di presentare come prove a sostegno dei capi d'imputazione la testimonianza diretta di vittime o testimoni vulnerabili, tenendo conto degli interessi delle vittime stesse e delle loro opinioni, preoccupazioni o osservazioni eventualmente presentate ai sensi dell'art. 68 comma 3 dello Statuto di Roma¹⁷³, anche previa consultazione dei loro avvocati.

8) L'efficienza e la valutazione comparata delle risorse disponibili¹⁷⁴: nel decidere se concludere un patteggiamento o meno, la Procura deve tenere conto delle risorse disponibili (quali il tempo, le risorse economiche ed umane della CPI) che verrebbero utilizzate qualora si decidesse di procedere con il rito ordinario. Nella considerazione delle risorse disponibili, la Procura deve effettuare una valutazione comparata di compatibilità non solo con le altre indagini e procedimenti in corso, ma anche considerando più in generale gli effetti che la definizione di quel determinato procedimento attraverso il patteggiamento (ossia del risparmio di risorse) avrebbe nei confronti dello sviluppo della giustizia penale internazionale¹⁷⁵.

4. Conclusioni: le “procedure in caso di ammissione di colpevolezza” come simbolo della “processualizzazione” della giustizia penale internazionale e la potenziale (in)compatibilità dell'attuale normativa italiana in caso di patteggiamento per crimini di guerra

Muovendo da una negazione *de facto* nei tribunali militari internazionali di Norimberga e Tokyo, il patteggiamento è emerso a piccoli passi con la costituzione dei tribunali *ad hoc*, in particolare tramite le interpretazioni giurisprudenziali dei giudici del tribunale per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda, affermandosi come strumento processuale principalmente ispirato a principi di efficienza e di ragionevole durata del processo e, in un certo senso, ad un'ottica di giustizia transizionale¹⁷⁶. Questo utilizzo su larga scala del patteggiamento – lo ricordiamo, riguardante rispettivamente 21 imputati¹⁷⁷ davanti all'ICTY e 9 imputati¹⁷⁸ dinnanzi all'ICTR –, ha però posto

(ii) where the Prosecutor, in the view of the Chamber, has a conflict of interest with respect to the relevant conduct, direct the Registrar to appoint an *amicus curiae* to investigate the matter and report back to the Chamber as to whether there are sufficient grounds for instigating contempt proceedings; or

(iii) initiate proceedings itself.

(Amended 12 Nov 1997, amended 10 July 1998, amended 4 Dec 1998, amended 13 Dec 2001)

(D) If the Chamber considers that there are sufficient grounds to proceed against a person for contempt, the Chamber may:

(i) in circumstances described in paragraph (C)(i), direct the Prosecutor to prosecute the matter; or

(ii) in circumstances described in paragraph (C)(ii) or (iii), issue an order in lieu of an indictment and either direct *amicus curiae* to prosecute the matter or prosecute the matter itself.

(Amended 13 Dec 2001).

Similmente, la *Rule 77 RPE-ICTR*.

⁹⁹ *Rule 77 RPE-ICTY*.

G) The maximum penalty that may be imposed on a person found to be in contempt of the Tribunal shall be a term of imprisonment not exceeding seven years, or a fine not exceeding 100,000 Euros, or both. (Amended 4 Dec 1998, amended 1 Dec 2000, amended 13 Dec 2000, amended 13 Dec 2001. Similmente, la *Rule 77 RPE-ICTR*, che prevede però un Massimo edittale di cinque anni in luogo dei sette anni previsti dalle *Rules* dell'ICTY ed una sanzione di massimo 10.000 euro in luogo di 100.000 euro previsti per il tribunale per l'ex Jugoslavia.

¹⁰⁰ *Rule 77 RPE-ICTY*.

(...)

(E) The rules of procedure and evidence in Parts Four to Eight shall apply *mutatis mutandis* to proceedings under this Rule. The time limit for entering a plea pursuant to Rule 62(A), disclosure pursuant to Rule 66(A)(i), or filing of preliminary motions pursuant to Rule 72(A) shall each not exceed ten days. (Amended 13 Dec 2001, amended 22 July 2009).

Diversamente, le *Rules* dell'ICTR non prevedono esplicitamente la possibilità di presentare una dichiarazione di ammissione di colpevolezza. Testualmente, l'art. 77 lett. e) RPE-ICTR: “(E) *The Rules of Procedure and Evidence in Parts Four to Eight shall apply mutatis mutandis to proceedings under this Rule.*” Tuttavia, l'applicazione *mutatis*

problematiche di giustizia sostanziale in termini di proporzionalità del trattamento sanzionatorio relativo a crimini internazionali, giudicato in certi casi troppo *pro reo*. Inoltre, l’esclusione delle vittime dall’intera procedura è stata considerata come ingiustificata soprattutto in relazione a crimini internazionali che offendono intere comunità, popoli, religioni e culture, oltre che individui. A parere di chi scrive, l’esperienza dei tribunali *ad hoc* è stata – ed è tuttora – fondamentale nel panorama della giustizia penale internazionale. È in questi tribunali e nella loro *law in action* che il patteggiamento si è sviluppato, tramite l’elaborazione dei principi giurisprudenziali di validità della dichiarazione di ammissione di colpevolezza e per mezzo di quell’incessante dialogo giudiziale contenuto nelle *dissenting, separate e concurring opinions* che caratterizza la procedura penale internazionale e contribuisce ad una sua costante evoluzione. Con il superamento del “tabù” e dello scetticismo nell’utilizzo del patteggiamento per crimini internazionali¹⁷⁹, in quanto esso comporterebbe una “diluizione del messaggio morale che i tribunali internazionali mirano ad inviare”¹⁸⁰, con riguardo a violazioni talmente gravi, il cui accertamento sarebbe “da non sacrificare sull’altare della convenienza” per mezzo di questo rito¹⁸¹, i tribunali *ad hoc* hanno compiuto, forse inconsapevolmente, un grande passo in avanti verso quella che potremmo definire come una sempre più marcata “processualizzazione” della giustizia penale internazionale, sempre più tecnica, sempre meno intrisa di caratteri etici e morali, anche se questi ne fanno ancora ed indissolubilmente parte¹⁸². Quanto elaborato dai tribunali *ad hoc* è sfociato, per quanto riguarda il patteggiamento, in una vera e propria istituzionalizzazione dell’istituto nella Corte penale internazionale, il cui Statuto di Roma ha previsto una procedura speciale, più dettagliata, e con possibilità di intervento delle vittime, quest’ultime sempre più coinvolte come parti attive nella giustizia penale internazionale. Inoltre, non va sottovalutato l’approccio di *restorative justice* del patteggiamento nella CPI, che si riflette nella possibilità di emanare un *reparations order* successivo alla sentenza per ristorare il danno alla comunità e contenente elementi di giustizia riparativa¹⁸³.

L’evoluzione del patteggiamento, istituto che comunque andrebbe utilizzato *cum grano salis* nella procedura penale internazionale¹⁸⁴, è tuttora in corso. Anche nella CPI si è assistito – nel primo,

mutandis delle regole precedenti (comprehensive di quelle relative al patteggiamento tradizionale) è da considerarsi un rinvio che ammette implicitamente la possibilità di presentare un *guilty plea* e così accedere al patteggiamento.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Rule 62. Initial Appearance of Accused. (Adopted 11 Feb 1994, amended 12 July 2007).

A) (...)

(iii) inform the accused that, within thirty days of the initial appearance, he or she will be called upon to enter a plea of guilty or not guilty on each count but that, should the accused so request, he or she may immediately enter a plea of guilty or not guilty on one or more count; (Amended 4 Dec 1998)

(...)

¹⁰³ Rule 77 RPE-ICTY.

(...)

(I) If a counsel is found guilty of contempt of the Tribunal pursuant to this Rule, the Chamber making such finding may also determine that counsel is no longer eligible to represent a suspect or accused before the Tribunal or that such conduct amounts to misconduct of counsel pursuant to Rule 46, or both. (Amended 13 Dec 2001)

Ugualmente, la Rule 77 lett. I) per l’ICTR.

¹⁰⁴ Rule 46 RPE-ICTY. Misconduct of Counsel.

(A) If a Judge or a Chamber finds that the conduct of a counsel is offensive, abusive or otherwise obstructs the proper conduct of the proceedings, or that a counsel is negligent or otherwise fails to meet the standard of professional competence and ethics in the performance of his duties, the Chamber may, after giving counsel due warning:

(i) refuse audience to that counsel; and/or

(ii) determine, after giving counsel an opportunity to be heard, that counsel is no longer eligible to represent a suspect or an accused before the Tribunal pursuant to Rule 44 and 45.

(Amended 12 Nov 1997, amended 13 Dec 2001, amended 28 July 2004).

(B) A Judge or a Chamber may also, with the approval of the President, communicate any misconduct of counsel to the professional body regulating the conduct of counsel in the counsel’s State of admission or, if a university professor of law and not otherwise admitted to the profession, to the governing body of that counsel’s University. (Amended 12 Nov 1997, amended 28 July 2004).

(...)

Rule 46 RPE-ICTR. Misconduct of Counsel.

e ad oggi unico caso di patteggiamento –, ad una ulteriore interpretazione estensiva da parte dei giudici, i quali, pur in presenza di un accordo, hanno ordinato la celebrazione di udienze dibattimentali non solo nella ricerca della verità processuale e dell'accertamento penetrante sulla validità della dichiarazione di ammissione di colpevolezza resa dall'imputato, ma anche per un maggior coinvolgimento delle vittime, per contribuire alla formazione di una documentazione storica ed ufficiale circa i crimini internazionali commessi e, non da ultimo, per analizzare appieno la congruità della pena patteggiata dalla difesa e dall'imputato con il pubblico ministero.

Rimane da chiedersi, quantomeno in questa sede, se la disciplina (o le discipline) del patteggiamento per crimini internazionali, alla luce delle esperienze analizzate (e della assenza di ogni previsione normativa relativa ai limiti edittali di pena), sia compatibile con l'ordinamento italiano nel caso di patteggiamento per crimini di guerra. Come noto, il nostro ordinamento è infatti caratterizzato da un forte limite in termini di forbice edittale della pena patteggiabile, posto dall'art. 444 c.p.p., fissato a 2 anni per quanto riguarda il patteggiamento cosiddetto “tradizionale” ed a 5 anni per quello definito “allargato”¹⁸⁵, con esclusione, inoltre, della possibilità di accedere al rito allargato per coloro i quali siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'articolo 99, quarto comma c.p., nonché per una serie di reati ritenuti ostativi¹⁸⁶. Analogo ragionamento si può compiere con riguardo al procedimento penale militare, considerato il rinvio operato dall'art. 261 del codice penale militare di pace al c.p.p. ordinario, le cui disposizioni, ai sensi di detta norma, vanno osservate anche nei procedimenti davanti ai tribunali militari (salvo che la legge disponga altrimenti)¹⁸⁷.

A parere di chi scrive, la disciplina dell'applicazione della pena richiesta dalle parti di cui agli artt. 444 e seguenti del codice di procedura penale italiano – e così il rinvio operato dall'art. 261 del codice penale militare di pace – appare inidonea a fronteggiare eventuali richieste di patteggiamento

(A) A Chamber may, after a warning, impose sanctions against a counsel if, in its opinion, his conduct remains offensive or abusive, obstructs the proceedings, or is otherwise contrary to the interests of justice. This provision is applicable mutatis mutandis to Counsel for the prosecution.

(B) A Judge or a Chamber may also, with the approval of the President, communicate any misconduct of counsel to the professional body regulating the conduct of counsel in his State of admission or, if a professor and not otherwise admitted to the profession, to the governing body of his University.

(...)

¹⁰⁵ Per le diverse sessioni dell'Assemblea Generale ONU, dalla 52° alla 57°, si vedano: UNGA Resolutions 52/160, 53/105, 54/105, 55/155, 56/85 e 57/23.

¹⁰⁶ Si vedano, C. BYRON, D. TURNS, C. WARBRICK, D. MCGOLDRICK, *The Preparatory Commission for the International Criminal Court*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, n. 2, 2001, p. 420; P. KIRSCH, V. OOSTERVELD, *The Preparatory Commission For the International Criminal Court*, in *Fordham International Law Journal*, 25, 3, 2001, p. 563; R. DICKER, *Issues Facing the International Criminal Court's Preparatory Commission*, in *Cornell International Law Journal*, vol. 32, n. 3, 1999, p. 471.

Per un commento al progetto finale dello Statuto, si rimanda all'opera curata da F. LATTANZI, *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Napoli, 1998.

¹⁰⁷ UNGA Resolution 49/53, A/RES/49/53, 17 February 1995. Anche, *General Assembly of the United Nations, Report of the International Criminal Court, Background*.

¹⁰⁸ La International Law Commission (“ILC”) – ossia il successore del Comitato per lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione, istituito dalla risoluzione 94 (I) – è una creazione delle Nazioni Unite in virtù della risoluzione 174 (II) dell'Assemblea generale del 21 novembre 1948. Ha tenuto la sua prima sessione a New York nel 1949. La Commissione è stata istituita come organo sussidiario dell'Assemblea Generale, in particolare connessa con il suo Sesto Comitato. L'obiettivo primario della Commissione, come indicato nell'articolo 1, comma 1, del suo statuto, è quello di “promuovere il progressivo sviluppo del diritto internazionale e la sua codificazione”, e assumere il mandato dell'Assemblea ai sensi dell'articolo 13, comma 1 lett. a) della Carta delle Nazioni Unite, per “avviare studi e formulare raccomandazioni allo scopo di (...) incoraggiare il progressivo sviluppo del diritto internazionale e la sua codificazione”. Dalla sua istituzione, più di 70 anni fa, il numero degli Stati nel mondo è quasi triplicato e recentemente è stato osservato che “oggi la Commissione deve affrontare numerose sfide diverse da quelle che esistevano all'epoca in cui è stata istituita”. Poco dopo la sua istituzione nel 1949, l'ILC fu incaricata di preparare la bozza del cosiddetto “Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità”. Infatti, nella Risoluzione 95(I) patrocinata dagli Stati Uniti, le Nazioni Unite hanno incaricato l'ILC di: (a) formulare i principi di diritto internazionale riconosciuti nello Statuto del Tribunale di Norimberga e nelle sue sentenze; e (b) preparare un progetto di codice dei reati contro la pace e la sicurezza dell'umanità. L'importanza di Norimberga era ben chiara anche nelle parole del Presidente Truman, ove nella lettera al magistrato Francis Beverley Biddle – giudice statunitense dell'International Military Tribunal di Norimberga – scriveva che il codice mirava a

per crimini di guerra (ed a maggior ragione per gli altri crimini internazionali), oltre a comportare disparità di trattamento nei confronti di imputati che potrebbero attivare dinnanzi alla Corte penale internazionale le procedure in caso di ammissione di colpevolezza di cui all’art. 65 dello Statuto di Roma proponendo una pena potenzialmente senza limiti massimi, mentre si ritroverebbero – illogicamente – a non poter attivare questo rito in sede nazionale italiana, con evidente – ed ingiustificata – disparità di trattamento, oltre che con possibili ricadute sul principio di complementarità¹⁸⁸ che riveste l’intera struttura e spirito dello Statuto di Roma e della CPI stessa.

riaffermare “i principi della Carta di Norimberga, nell’ambito di una codificazione generale dei reati contro la pace e sicurezza dell’umanità”.

Si vedano, sulla ILC, tra i tanti: S. SUCHARITKUL, *The Role of the International Law Commission in the Decade of International Law*, in *Leiden Journal of International Law*, n. 3, 1990; L. T. LEE, *The International Law Commission Re-examined*, in *The American Journal of International Law*, n. 3, 1965, 545; D. AZARIA, *The Working Methods of the International Law Commission: Adherence to Methodology, Commentaries and Decision-Making*, in UNITED NATIONS (a cura di), *Seventy Years of the International Law Commission. Drawing a Balance for the Future*, Leiden,

2020, 172; B. FERENCZ, *The Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind*, in *The American Journal of International Law*, vol. 75, n. 3, 1981, 674; A. CASSESE, *Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal General Assembly resolution 95 (I)*, UN Audiovisual Library of International Law, 2009.

¹⁰⁹ Di seguito, ogni articolo riportato, se non è specificata la fonte, farà riferimento allo Statuto di Roma, approvato il 17 luglio 1998 ed in vigore dal 1° luglio 2002. La traduzione dello Statuto si può trovare al seguente link della Gazzetta Ufficiale: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1999/07/19/099G0308/sg> (GU Serie Generale n. 167 del 19-7-1999 - Suppl. Ordinario n. 135).

Per un approfondimento del percorso storico sull'elaborazione dello Statuto di Roma, si veda C. BASSIOUNI (a cura di), *The Legislative History of the International Criminal Court: An article-by-article evolution of the Statute from 1994-1998*, New York, 2005, nonché G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Organi, competenza, reati, processo*, Milano, 2006, 20-24.

¹¹⁰ L'analisi storica di seguito riportata nel presente paragrafo è estratta in gran parte, seppur con alcune modifiche e integrazioni, da G. CHIARINI, *Le procedure in caso di ammissione di colpevolezza nella Corte penale internazionale: una "terza via" tra Common Law e Civil Law*, in *Rivista Cassazione Penale - Panorama Internazionale*, 2020, 4748-4751. Per una proposta di riforma relativa al patteggiamento nello Statuto di Roma, si veda invece G. CHIARINI, *Negotiated Justice in the ICC: Following the Al Mahdi case, a Proposal to Enforce the Rights of the Accused*, in *Global Justice Journal*, 2, 2021.

¹¹¹ «(...) at the commencement of the trial, the Trial Chamber shall: (...) d) allow the accused to enter a plea of guilty or not guilty». In *UN Document: A/49/10*. Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, 2 May - 22 July 1994, Official Records of the General Assembly, Forty-ninth session, Supplement No. 10. Extract from the *Yearbook of the International Law Commission*, 1994, vol. II (2), 54.

¹¹² Come evidenziato ai par. 169 e 170 del report dell'*Ad Hoc Committee*, in UN Document: A/50/22. Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court General Assembly Official Records · Fiftieth Session Supplement No. 22 (A/50/22), parr. 169-170: «169. A number of delegations reiterated in the context of this provision their view that the draft was not explicit enough on procedures and that more details should be provided, possibly through the rules of the court».

«170. With reference to paragraph 1 (d), the notion of "plea of guilty or not guilty" gave rise to criticisms. The view was expressed by some delegations that the effect of a guilty plea would need to be spelled out in view of the differences between civil-law and common-law systems. The remark was made that, in view of the gravity of the crimes within the jurisdiction of the court, it would be inappropriate to permit plea bargaining».

¹¹³ Relativamente al citato divario tra i due sistemi, si rimanda a quanto sostenuto in *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Judgment and Sentence, 27 September 2016, par. 23, ossia che «civil and common law systems diverge, traditionally speaking, on the role played by admissions of guilt. This reflects deeper traditional differences in understanding on the nature of criminal procedure».

Ugualmente, in R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON, E. WILMSHURST, *An introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2007, 384-385 che «Common law and civil law systems take very different approaches when the accused confesses the crimes charged. The law of the ICTY and ICTR, on the one hand, and the ICC, on the other, reflect these differences».

¹¹⁴ In UN Document: A/51/22. Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. Volume I (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996). General Assembly Official Records. Fifty-first Session Supplement No.22 (A/51/22), par. 263, è evidenziato che: «(...) attention was drawn to the need to bridge the gap between different legal systems (...), with emphasis being placed on finding the common denominators in different legal systems».

¹¹⁵ *Ibidem*, par. 263: «it was further suggested that the trial chamber should determine whether the accused fully understood the nature and consequences of admission of guilt, whether the admission was made voluntarily without coercion or undue influence and whether the admission was supported by the facts contained in the indictment and a summary of the evidence presented by the prosecution before deciding whether to request additional evidence, to conduct an expedited proceeding or to proceed with the trial. It was stated that the Court must have the power to satisfy itself before taking a decision».

¹¹⁶ Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. 12-30 August 1996, Distr. LIMITED, A/AC.249/L.6, 13 August 1996. Working paper submitted by Argentina, p. 8, note on Rule 74. Veniva anche osservato che: «The original version of this rule established the possibility that the accused could plead guilty to the facts in the indictment, which would have the effect of sending the proceedings directly to the sentencing phase under Rule 118. Thus, the Trial Chamber would have asked the accused, after the reading of each count, if he pleaded guilty or not guilty to the count. The "guilty plea", however, is not an institution that is accepted by legal systems based on the European-Continental model; for some countries, such a regulation could, in addition, be unacceptable by reason of limitations in their domestic law. An intermediate solution was sought through the "summary procedure" described in Rule 145, which is a well-known institution in the European- Continental sphere and which partially fulfils a function similar to the "guilty plea", basically by the savings in time and effort it represents. One important difference, at any rate, is that the accused is not ordered to plead guilty or not guilty to the counts in the indictment, but is called on to make any statement he or she

considers appropriate after the indictment is read; only if, on this occasion, the accused admits that the facts described in the indictment are true can there be recourse to the summary procedure».

¹¹⁷ Per l’uso del termine nell’ambito della circolazione degli istituti nel diritto processuale penale comparato, si veda M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 45, 2004, 5, proprio a proposito del patteggiamento sostiene testualmente: «the transformations that plea bargaining (...) may undergo when transferred from one system to the other».

¹¹⁸ Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. 12-30 August 1996, A/AC.249/WP.16, 20 August 1996. Proposal submitted by Argentina and Canada for Articles 38, 38 bis, 41 and 43, 1-2

¹¹⁹ *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Judgment and Sentence, 27 September 2016, par. 24: «This proposal intended to serve as an intermediate solution that blended traditional common and civil law concepts».

¹²⁰ Questo è l’art. 38 bis, rubricato «*Abbreviated proceedings on an admission of guilt*», contenuto in Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. 12-30 August 1996, A/AC.249/WP.16, 20 August 1996. Proposal submitted by Argentina and Canada for Articles 38, 38 bis, 41 and 43, 1-2:

«1. Where the accused makes an admission of guilt under article 38, paragraph 1 (d), the Trial Chamber shall determine whether:(a) the accused appreciates the nature and consequences of the admission of guilt and whether the admission is voluntarily made; and (b) the admission of guilt is firmly supported by the facts of the case that are contained in:i) the indictment and in any supplementary materials presented by the Prosecutor, and which the accused admits, and ii) any other evidence [...].

2. Where the Trial Chamber is satisfied that the matters referred to in paragraph 1 are established, the Trial Chamber shall consider the admission of guilt as an admission of all the essential facts that are required to prove the crime to which the admission of guilt relates, and may convict the accused of that crime.

3. Where the Trial Chamber is not satisfied that the matters referred to in paragraph 1 are established, the Trial Chamber shall order that the trial be continued under the ordinary trial procedures provided by this Statute, and shall consider the admission of guilt not to have been made.

4. Where the Trial Chamber is of the opinion that a more complete presentation of the facts of the case is otherwise required in the interests of justice, the Trial Chamber may request that the Prosecutor present additional evidence, including the testimony of witnesses, or may order that the trial be continued under the ordinary trial procedures provided by this Statute and, in the latter situation, shall consider the admission of guilt not to have been made».

¹²¹ Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. 4-15 August 1997. Distr. LIMITED, A/AC.249/1997/L.8/Rev.1, 14 August 1997. Decision taken by the Preparatory Committee at its Session held from 4 to 15 August 1997, 32-33

¹²² *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Judgment and Sentence, 27 September 2016, par. 25: «*The biggest change in the provision following these 1996 proposals is the introduction of what was to become Article 65(5) of the Statute. This was adopted to ease the concerns of those delegations which wanted to ensure that the admission of guilt procedures did not open the way to the introduction of plea bargaining. This is a different issue to that of ‘guilty pleas’ generally, as it is possible to have an admission of guilt in the absence of any agreement between the parties. Article 65(5) explicitly makes such inter-partes discussions non-binding on the Trial Chamber, a notion acceptable to plea bargaining advocates and sceptics alike.*

Di tentativo di «separare il guilty plea dal plea bargaining» scrive invece V. FANCHIOTTI, in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Organi, competenza, reati, processo*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1214.

¹²³ *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Judgment and Sentence, 27 September 2016, par. 27: «the solution reflected in the final Article 65 of the Statute follows a ‘third avenue’ between the traditional common law and civil law approaches».

¹²⁴ Di “controllo penetrante” scrive, più in generale, M. CAIANIELLO, in *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 17, secondo il quale «può essere il caso di osservare, allargando la prospettiva rispetto al solo dibattimento, come l’organo giudicante della Corte penale internazionale eserciti un controllo penetrante con rilevanti poteri d’ufficio su tutto il procedimento probatorio, tanto in sede di conferma della imputazione, quanto al momento della ammissione nel trial».

¹²⁵ *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Judgment and Sentence, 27 September 2016, par. 27: «Pursuant to Articles 64(8)(a) and 65 of the Statute, an accused is afforded an opportunity to make an admission of guilt at the commencement of the trial, a procedure which looks not dissimilar to the traditional common law ‘guilty plea’. Article 65(5) of the Statute also implicitly authorises discussions corresponding to plea agreements in common law legal systems. However, Article 65 also requires the Chamber to conclude that the admission is ‘supported by the facts of the case’, specifically requiring it to consider both the admission of guilt ‘together with any additional evidence presented’. This is more analogous to a summary or abbreviated procedure traditionally associated with civil law systems».

¹²⁶ Come esempio di sintesi di tradizioni giuridiche differenti e con riferimenti alla *common law*, evidenzia M. DELMAS - MARTY, *Procedure penali d’Europa*, ed. italiana a cura di M. CHIAVARIO, II ed., 2001, 254-255, relativamente al processo penale inglese (sia nei giudizi davanti alla *Magistrates’ Court* competente a giudicare le *summary offences*, sia davanti alla *Crown Court*) che la dichiarazione di colpevolezza modifica il ruolo delle parti in quanto «non ha luogo alcuna discussione sulla prova e la colpevolezza dell’accusato è automaticamente acquisita». L’Autrice sottolinea la

possibilità da parte del giudice di rigettare la dichiarazione di colpevolezza in caso di *equivocal plea*, ovvero quando non ritiene che l'accusato abbia compreso la natura ed il senso di tale dichiarazione, oppure in caso di *involuntary plea*, ossia qualora la dichiarazione sia stata la conseguenza di un'interferenza o di una pressione del pubblico ministero (o del giudice stesso). Il giudice può infine procedere alla *Newton hearing* (una specie di rito abbreviato senza giuria) qualora non ritenga sufficiente il compendio probatorio legittimante una sentenza di condanna.

¹²⁷ V. FANCHIOTTI, *Origine e sviluppo della "giustizia contrattata" nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, p. 59, dove, con riferimento all'ordinamento nordamericano, definisce il Procuratore come il «*dominus del plea bargaining*».

¹²⁸ V. FANCHIOTTI, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, in *questa rivista.*, 1998, dove a p. 317 sostiene che in USA i Procuratori «nella fenomenologia del *plea bargaining* hanno a disposizione un arsenale di norme», nonché all'articolo *Profili privatistici della giustizia penale statunitense*, in *Giur. it.*, 1992.

¹²⁹ G. FISHER, *Plea Bargaining's Triumph*, in *The Yale Law Journal*, 2000, p. 859 il quale sostiene che «there is no glory in plea bargaining. In place of a noble clash for truth, plea bargaining gives us a skulking truce. Opposing lawyers shrink from battle, and the jury's empty box signals the system's disappointment. But though its victory merits no fanfare, plea bargaining has triumphed. Bloodlessly and clandestinely, it has swept across the penal landscape and driven our vanquished jury into small pockets of resistance. Plea bargaining may be, as some chroniclers claim, the invading barbarian. But it has won all the same».

¹³⁰ Si pensi all'esperienza italiana, ed al potere del giudice di rigettare il patteggiamento ai sensi dell'art. 444, comma 2, c.p.p. qualora non ritenga congrua la pena, o agli istituti dell'*Absprachen* tedesco o della *conformidad* spagnola, per il cui approfondimento si rimanda all'opera di S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*. Milano, 2005.

Di «successi alterni» della giustizia negoziata con riferimento ai sistemi europei scrive V. FANCHIOTTI, in *Il patteggiamento "allargato" nella prospettiva comparata: dal sistema statunitense ai modelli europei e sovranazionali*, in F. PERONI (a cura di), *Patteggiamento allargato e giustizia penale*, Torino, 2004, 133 ss.

¹³¹ Article 64 RS. Functions and powers of the Trial Chamber.

(...)

8. (a) At the commencement of the trial, the Trial Chamber shall have read to the accused the charges previously confirmed by the Pre-Trial Chamber. The Trial Chamber shall satisfy itself that the accused understands the nature of the charges. It shall afford him or her the opportunity to make an admission of guilt in accordance with article 65 or to plead not guilty.

(...)

¹³² Art. 65 RS. Proceedings on an Admission of Guilt.

1. Where the accused makes an admission of guilt pursuant to article 64, paragraph 8 (a), the Trial Chamber shall determine whether:

- (a) The accused understands the nature and consequences of the admission of guilt;
- (b) The admission is voluntarily made by the accused after sufficient consultation with defence counsel; and
- (c) The admission of guilt is supported by the facts of the case that are contained in:
 - (i) The charges brought by the Prosecutor and admitted by the accused;
 - (ii) Any materials presented by the Prosecutor which supplement the charges and which the accused accepts; and
 - (iii) Any other evidence, such as the testimony of witnesses, presented by the Prosecutor or the accused.

(...)

¹³³ Le *Regulations of the Office of the Prosecutor* sono un codice relativo alle norme che regolano l'azione della Procura in tutte le fasi procedurali.

L'art. 62 di queste Regulations, nominato «Assessment of Admission of Guilt» è dedicato al patteggiamento, e recita, testualmente:

1. The Office shall make its own assessment of any admission of guilt by an accused, pursuant to article 64, paragraph 8 (a), and article 65. The Office shall consider whether the admission of guilt is informed and voluntary, pursuant to article 65, paragraphs 1 (a) and (b), and whether it is supported by the facts pleaded, pursuant to article 65, paragraph 1 (c) (i). The Office shall bring to the attention of the Trial Chamber any credible information or evidence indicating that the admission of guilt was not informed, voluntary or supported by the facts pleaded.

2. The Office shall also consider what evidence and materials, if any, to present pursuant to article 65, paragraphs 1 (c) (ii) and (iii) in order to provide or supplement the facts that support the admission of guilt.

¹³⁴ Rule 135 RPE-ICC. Medical examination of the accused.

1. The Trial Chamber may, for the purpose of discharging its obligations under article 64, paragraph 8 (a), or for any other reasons, or at the request of a party, order a medical, psychiatric or psychological examination of the accused, under the conditions set forth in rule 113.

2. The Trial Chamber shall place its reasons for any such order on the record.

3. The Trial Chamber shall appoint one or more experts from the list of experts approved by the Registrar, or an expert approved by the Trial Chamber at the request of a party.

4. Where the Trial Chamber is satisfied that the accused is unfit to stand trial, it shall order that the trial be adjourned.

(...)

¹³⁵ Rule 113 RPE-ICC. Collection of information regarding the state of health of the person concerned.

1. The Pre-Trial Chamber may, on its own initiative or at the request of the Prosecutor, the person concerned or his or her counsel, order that a person having the rights in article 55, paragraph 2, be given a medical, psychological or psychiatric examination. In making its determination, the Pre-Trial Chamber shall consider the nature and purpose of the examination and whether the person consents to the examination.

2. The Pre-Trial Chamber shall appoint one or more experts from the list of experts approved by the Registrar, or an expert approved by the Pre-Trial Chamber at the request of a party.

¹³⁶ Il rinvio al tribunale in diversa composizione (previsto nei due differenti casi di cui ai commi 3° e 4° lett. b) dell’art. 65, secondo parte della dottrina, non è obbligatorio. Come è stato osservato (v. J.I. TURNER, nel suo contributo in M. KLAMBERG (a cura di), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Brussels, 2017, 479), tali disposizioni si limitano a consentire – ma non a imporre – il trasferimento del procedimento a una *Trial Chamber* diversa poiché i giudici possono comunque rimanere imparziali anche dopo aver sentito l’ammissione di colpevolezza di un imputato. Cfr. anche F. GUARIGLIA, G. HOCHMAYR, *Article 65*, in O. TRIFFERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, 2° ed., Heidelberg, 2008, 1219-32.

¹³⁷ Quella degli *interests of justice* è una clausola elastica che il pubblico ministero può invocare – in negativo – se è convinto che un’indagine o un procedimento penale non sia negli interessi della giustizia, e così avviare il procedimento all’archiviazione, previo controllo della *Pre Trial Chamber*. Al contrario, se il Procuratore vuole indagare o esercitare l’azione penale, non ha bisogno di stabilire che un’indagine o un procedimento penale siano nell’interesse della giustizia, essendo sufficiente dichiarare che tale interesse non venga leso o pregiudicato.

Si rimanda a titolo esemplificativo all’ordinanza della Pre-Trial Chamber III, *Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire”*, parr. 207-212.

Sul punto, si veda anche V. FANCHIOTTI, in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Organi, competenza, reati, processo*, Milano, 2006, 1219, sostiene che «è del tutto evidente come una scelta del genere sia connotata da un amplissimo margine di discrezionalità e che l’apprezzamento degli ‘interessi della giustizia’ rappresenti un criterio inevitabilmente più politico che tecnico-giuridico: ne è conferma il fatto che si sia avvertito il bisogno di completarlo attraverso il riferimento, ben più concreto, alle vittime».

In ogni caso, vista l’assenza di chiarezza all’interno delle norme statutarie, appaiono fondamentali, a parere di chi scrive, le determinazioni contenute nel documento *Policy Paper on the Interests of Justice* del settembre 2007, redatto dall’OTP

¹³⁸ Rule 139 RPE-ICC. Decision on admission of guilt.

1. After having proceeded in accordance with article 65, paragraph 1, the Trial Chamber, in order to decide whether to proceed in accordance with article 65, paragraph 4, may invite the views of the Prosecutor and the defence.

(...)

¹³⁹ Rule 136 RPE-ICC. Joint and separate trials.

1. Persons accused jointly shall be tried together unless the Trial Chamber, on its own motion or at the request of the Prosecutor or the defence, orders that separate trials are necessary, in order to avoid serious prejudice to the accused, to protect the interests of justice or because a person jointly accused has made an admission of guilt and can be proceeded against in accordance with article 65, paragraph 2.

2. In joint trials, each accused shall be accorded the same rights as if such accused were being tried separately.

¹⁴⁰ Rule 139 RPE-ICC. Decision on admission of guilt.

(...)

2. The Trial Chamber shall then make its decision on the admission of guilt and shall give reasons for this decision, which shall be placed on the record.

¹⁴¹ Di cui agli art. 438-443 c.p.p.

¹⁴² Di cui agli art. 444-448 c.p.p.

¹⁴³ Come si può leggere nel come si può leggere nel «*Dépôt de l’Accord sur l’aveu de culpabilité de M. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*» datato 25 febbraio 2016, ICC-01/12-01/15-78-Conf-Exp, e contenente l’accordo sottoscritto il 18 febbraio 2016, documento n. ICC-01/12-01/15-78-Anx1-Red2 19-08-2016 1/34 NM T.

Precedentemente, dopo essere stato trasferito al centro di detenzione dell’Aia, il 30 settembre veniva convocato dinanzi alla *Pre-Trial Chamber I* in composizione monocratica per la prima udienza di comparizione. In questa fase, come previsto dall’art. 60, comma 1°, dello Statuto e dall’art. 121, comma 1°, delle *Rules of Procedure and Evidence* il giudice procedeva all’interrogatorio, dopo averlo informato delle imputazioni a suo carico e dei suoi diritti ai sensi dell’art. 67 dello Statuto. Il procedimento era quindi rinviato alla data del 18 gennaio 2016 (poi fissata per motivi organizzativi al 1° marzo 2016) per l’udienza preliminare.

¹⁴⁴ Per una ricostruzione storica del sistema sanzionatorio nel sistema dei reati oggetto della giurisdizione della Corte penale internazionale, si veda W.A. SCHABAS, *Penalties*, in F. LATTANZI, *op. cit.*, 273-279.

Sulla funzione della pena, si rimanda a L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2009, dove a pp. 38-39 parla di ‘natura ‘anfibia’ dello Statuto di Roma, «sospeso tra la prospettiva garantista della tradizione penalistica e la tendenza ‘deformalizzatrice’ che sovente caratterizza il diritto internazionale», e (...) «le discrasie che ne discendono (...) sembrano il frutto di una predominanza della mentalità internazionalista su quella penalista. » L’Autore, inoltre, a p. 192 osserva che con riguardo alla giustizia internazionale il paradigma retributivo è stato considerato, fino ad oggi, tendenzialmente dominante, e le giustificazioni addotte a suo supporto sarebbero quella

della «necessità di una risposta seria da parte del mondo civilizzato alle enormi violazioni del diritto umanitario internazionale quale conseguenza logica del diritto morale di infliggere pene retributive ai responsabili di enormi violazioni dei diritti umani, dell'esigenza di sradicare la cultura dell'impunità e oggi anche di garantire una tutela giurisdizionale della comunità internazionale».

Su quest'ultimo punto, G. VASSALLI, in *La giustizia penale internazionale*, Studi, Giuffrè, Milano, 1995, osserva a p. 5 che «tra gli scopi della pena dominava, sia pure accanto all'idea di una giusta retribuzione, quello della prevenzione generale: cioè che processi e pene dovessero aver luogo perché atrocità del genere non dovessero più ripetersi, da parte di chicchessia, nel futuro».

¹⁴⁵ L'art. 77 c. 2 prevede che alla pena della reclusione la Corte può aggiungere: a) un'ammenda (*fine*) fissata secondo i criteri previsti dalle *Rules*; b) la confisca di profitti, beni ed averi ricavati direttamente o indirettamente dal crimine, fatti salvi i diritti di terzi in buona fede.

È l'art. 146 delle *Rules* a dettare la disciplina, prevedendola come residuale e facoltativa, da infliggere solamente quando la Corte ritiene insufficiente la sola pena della reclusione. Per quanto riguarda il *quantum*, la Corte è tenuta a considerare la capacità finanziaria della persona condannata, inclusi eventuali ordini di confisca ai sensi dell'articolo 77, par. 2 lett. b), nonché eventuali ordini di riparazione ai sensi dell'articolo 75. La Corte deve tenere conto, oltre ai fattori di cui all'articolo 145 già dettati per la valutazione dell'entità della pena detentiva, se e in che misura il reato sia stato motivato da guadagno economico personale. La Corte ha notevole discrezionalità in quanto il requisito richiesto dalla norma è quello della «adeguatezza» dell'importo, ed il limite posto è il non superamento del 75% del valore dei beni mobili e immobili detenuti dall'imputato, nonché la possibile confisca di eventuali proventi derivanti direttamente o indirettamente dal reato, pur fatti salvi i diritti di terzi in buona fede. Inoltre, è prevista la deduzione, dall'importo dell'ammenda, di una somma appropriata che soddisferebbe le normali esigenze finanziarie della persona condannata e dei suoi familiari, e la possibilità di rateizzarla o di prevedere un sistema di rateazione giornaliero, per i cui dettagli si rimanda alla lettura della norma qui sintetizzata. Va infine evidenziato che, come previsto dai commi 5°, 6°, 7°, il mancato pagamento dell'ammenda può portare all'emanazione, in conformità dell'art. 109, delle misure previste dagli artt. 217 a 222 e, in caso di inefficacia di esse, ad una proroga della pena detentiva per un periodo non superiore a un quarto della pena totale, fino ad un massimo di 5 anni, purché il periodo di reclusione totale non superi i 30 anni. Tale proroga non è applicabile in caso di condanna all'ergastolo.

¹⁴⁶ Come si legge al par. 19 dell'accordo ICC-01/12-01/15-78-Anx1-Red2 19-08-2016 1/34 NM T.: «*In exchange for Ahmad Al Faqi Al Mahdi's admission of guilt, the Prosecutor agrees to the: a) The Prosecutor will recommend to the Trial Chamber a sentence within the range of nine to eleven (9-11) years of imprisonment, and recommend that Ahmad Al Faqi Al Mahdi be given credit for the time he has served in the custody of the Court. b) The Prosecutor will not appeal any sentence imposed by the Trial Chamber within the range set forth at paragraph 19(a) above.*».

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ Il citato art. 110 prevede la possibilità, in sede esecutiva, di riesame della pena inflitta nella sentenza di condanna, con possibilità di riduzione purché sia soddisfatto almeno uno dei requisiti di cui al seguente 4° comma: a) la collaborazione tempestiva e costante del condannato nella precedente fase delle indagini; b) la collaborazione del condannato nel consentire l'esecuzione delle sentenze e delle ordinanze della Corte, anche in altri procedimenti connessi, in particolare per l'individuazione di beni economicamente aggredibili che possono essere utilizzati a vantaggio delle vittime; c) altri fattori che evidenzino un cambiamento chiaro e significativo del condannato, sufficiente a giustificare la riduzione della pena. La competenza in questo caso è della Corte di Appello (Appeals Chamber) e l'art. 223 delle *Rules* specifica quali sono i criteri da valutare in questa sede esecutiva, ossia: la condotta della persona condannata durante la detenzione, purché sia dimostrativa di un'autentica dissociazione dal suo crimine; la prospettiva della risocializzazione e l'avvenuta rieducazione della persona condannata; qualsiasi azione significativa intrapresa dalla persona condannata a beneficio delle vittime; circostanze individuali della persona condannata, compreso un peggioramento dello stato di salute fisica o mentale o un'età avanzata. La Corte deve inoltre accertare che l'eventuale liberazione anticipata della persona condannata non dia luogo a una significativa instabilità sociale e che non provochi impatto negativo sulle vittime e sulle loro famiglie.

¹⁴⁹ Come specificato al par. 14 dell'Accordo ICC-01/12-01/15-78-Anx1-Red2 19-08-2016 1/34 NM T.: «*this agreement does not in any way limit the parties ability to offer admissible evidence or make submissions to the Trial Chamber regarding the factors referred to in paragraph 12 above or the determination of an appropriate sentence, so long as such evidence and submissions are not inconsistent with this Agreement and the Agreed Factual Basis.*».

¹⁵⁰ Al par. 21 del sopracitato accordo è riportato che: «*By making an admission of guilt, Mr. Al Mahdi was advised that he gives up, in whole or in part, the opportunity to exercise the following rights:*

- (a) *The right to plead not guilty and to require the Prosecutor to independently prove the charge against him beyond reasonable doubt at a full trial;*
- (b) *The right not to confess guilt and to remain silent, without such silence being consideration in the determination of guilt or innocence;*
- (c) *The right to raise defences and grounds for excluding criminal responsibility, and to present admissible evidence at full trial (without prejudice to his right to make submissions and present admissible evidence under article 65 or with regard to sentencing);*
- (d) *The right to examine, or to have examined, the witnesses against him at a full trial and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him (without prejudice to his right*

to examine any witness that may be called to testify, and his right to call witnesses and to have them examined on his behalf, at any proceedings under article 65 or with regard to sentencing); and

(e) The right to appeal a conviction, confirmation of the charge against him, or any pre-trial ruling regarding admissibility or jurisdiction, or to appeal a sentence within the range set forth at paragraph 19(a) above (without prejudice to his right to appeal pre-trial or trial rulings regarding sentencing procedure and any sentence imposed in excess of the range set forth at paragraph 19(a) above)).

¹⁵¹ Ai sensi dell’art. 61, comma 7 dello Statuto di Roma, rubricato *Confirmation of the charges before trial*, la camera preliminare accerta se esistono prove sufficienti che forniscano motivi per ritenere che la persona abbia commesso ciascuno dei reati di cui è accusata. La norma inserisce un particolare “processo di convalida” preliminare dei capi d’imputazione particolare nel panorama internazionale. Come evidenziato nella pubblicazione del “War Crimes Research Office” edito della American University Washington College of Law, dal titolo *The Confirmation of Charges Process at the International Criminal Court: A Critical Assessment and Recommendations for Change*, 2015, 1: «Article 61 of the Rome Statute establishing the International Criminal Court (ICC) creates a process unique among international criminal bodies: the confirmation of charges process».

¹⁵² La *Pre-Trial Chamber I* in composizione collegiale era composta dai giudici: Joyce Aluoch, Cuno Jakob Tarfusser e Péter Kovács. La decisione, depositata in data 24 marzo 2016, è la seguente: ICC-01/12-01/15-84-Red 24-03-2016 3/27 NM PT.

¹⁵³ Per l’ordine di arresto, emanato dalla Pre-Trial Chamber I in composizione monocratica nella persona del giudice Cuno Jakob Tarfusser, datato 18 settembre 2015, si veda “*Mandat d’arrêt à l’encontre d’Ahmad Al Faqi Al Mahdi*”, ICC-01/12-01/15-1-Red 28-09-2015 1/10 RH PT

¹⁵⁴ La traduzione dello Statuto riporta il termine “convalidare”. Tuttavia il testo in lingua inglese utilizza quello di “confirmation” e sempre di «capi d’accusa precedentemente confermati dalla Camera predibattimentale» delle accuse scrive V. FANCHIOTTI, in G. LATTANZI-V. MONETTI (a cura di), *op. cit.*, 1211.

¹⁵⁵ Nel caso che si va esaminando i giudici hanno ritenuto che tutti i requisiti fossero sussistenti ed hanno emanato la sentenza di rinvio a giudizio in data 24 marzo 2016, nel rispetto dei 60 giorni dalla conclusione dell’udienza, come previsto dall’art. 53 delle *Regulations of the Court*.

¹⁵⁶ Erano otto le vittime presenti, rappresentate dal *Legal Representatives of the Victims* nella persona di Maître Mayombo Kassongo, oltre alla presenza dell’*Office of Public Counsel for Victims*.

¹⁵⁷ Specificava a riguardo il pubblico ministero (p. 41 del verbale d’udienza del 22 agosto 2016) che «*these elements are authentic and have been accepted by the Defence and which are solid proof corroborating the plea of guilt entered by the accused*».

¹⁵⁸ *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Judgment and Sentence, 27 September 2016, parr. 110-111: «Lastly, noting that none of the parties or participants requests the imposition of a fine or order of forfeiture under Article 77(2) of the Statute and Rules 146 and 147 of the Rules, the Chamber finds that imprisonment is a sufficient penalty. Pursuant to Article 78(2) of the Statute, Mr Al Mahdi is entitled to have deducted from his sentence the time he has spent in detention in accordance with an order of this Court, namely since his arrest pursuant to the warrant of arrest issued on 18 September 2015». La Corte irrogava la pena minima della forbice edittale proposta poiché non individuava nessuna circostanza aggravante, ma riconosceva cinque circostanze attenuanti, tra cui :1) l’ammissione di colpa; 2) la sua cooperazione con l’accusa; 3) il rimorso e l’empatia che ha espresso per le vittime; 4) la sua iniziale riluttanza a commettere il crimine e le misure prese per limitare il danno causato; 5) il buon comportamento nel centro di detenzione in attesa del giudizio nonostante la sua difficile situazione familiare.

¹⁵⁹ Il cosiddetto *reparations order*, disciplinato dall’art. 75 dello Statuto, prevede la possibilità, sia su richiesta di parte sia d’ufficio, di emanare nei confronti del condannato un’ordinanza (successiva alla sentenza) contenente un ordine di risarcimento o di restituzione a favore delle vittime, con possibilità, eventuale, di attingere anche dal fondo di garanzia (*trust fund*) di cui agli artt. 79 dello Statuto e 98 delle *Rules*.

Nel caso di specie è stato riconosciuto un risarcimento pari a 2,7 milioni di euro, oltre alla misura accessoria della diffusione, sul sito della CPI, del video di scuse di Al Mahdi, tradotto nelle lingue principali parlate a Timbuctu, e la possibilità, su richiesta delle vittime, di riceverne una copia cartacea nella propria madrelingua. Viene anche dettagliata, almeno in linea di principio, la destinazione del risarcimento, da utilizzare per assistere economicamente coloro i cui mezzi di sussistenza dipendevano esclusivamente dagli edifici protetti e per le riparazioni della comunità di Timbuctu. Sono anche previsti, nell’ordinanza, programmi educativi al fine di sensibilizzare la comunità locale e di promuovere il patrimonio culturale della zona, oltre ad un sistema di microcredito per aiutare la popolazione a generare reddito. Infine, sono ordinate anche misure simboliche, come una cerimonia commemorativa per dare riconoscimento pubblico al danno morale subito dalla comunità di Timbuctu ed ai parenti dei defunti le cui tombe sono state rovinare o distrutte.

¹⁶⁰ Per un approfondimento si rimanda al documento della ICC del 17 agosto 2017, *Al Mahdi case: ICC Trial Chamber VIII issues reparations order*, ICC-01/12-01/15-236 17-08-2017 1/61 NM T. Per l’appello dell’ordine di riparazione e la successiva sentenza di secondo grado (relativa esclusivamente al *reparations order* stesso) emanata l’8 marzo 2018, si rimanda alla decisione ICC-01/12-01/15-259-Red2 09-03-2018 1/47 NM A.

L’ordine di riparazione è stato poi impugnato in data 21 settembre 2017 dal legale rappresentante delle vittime (*Legal Representative of Victims*), legittimato a proporre appello ai sensi dell’art. 82 comma 4° dello Statuto, nel termine di 30 giorni previsto dall’art. 150 delle *Rules*. Nell’appello si deducevano principalmente motivi attinenti sia all’entità del risarcimento sia all’esigenza di riservatezza delle vittime in sede di liquidazione della somma ristorativa da parte del *trust*

fund. La Corte di appello accoglieva solamente quest'ultima doglianza e riformava parzialmente l'ordinanza come previsto dall'art. 153 delle *Rules*.

¹⁶¹ ICC OTP, Guidelines for Agreements Regarding Admission of Guilt, October 2020.

¹⁶² ICC OTP, Guidelines for Agreements Regarding Admission of Guilt, October 2020, par. 2: «More generally, however, guilty pleas and plea agreements have become an established feature of international criminal justice».

¹⁶³ ICC OTP, Guidelines for Agreements Regarding Admission of Guilt, October 2020, par. 17: «Because agreements regarding admission of guilt touch upon core issues such as the charges, the accused's guilt, and the sentencing recommendations of the parties, it is critical that the Prosecutor carefully weigh all relevant factors before deciding to enter into such an agreement and also in assessing the particular terms to include. Every case must be approached individually and assessed in light of all relevant circumstances».

¹⁶⁴ *Ibidem*, par. 18: «Consistency with the Rome Statute. Fundamentally, the Prosecutor shall enter into an agreement regarding admission of guilt only if he or she determines after due deliberation, and consideration of all relevant factors and circumstances, that the agreement is consistent with the purpose and requirements of the Rome Statute and the goals of the Office of the Prosecutor».

¹⁶⁵ *Ibidem*, par. 19: «Acceptance of responsibility. (...) when an accused person accepts responsibility, and especially when he or she admits in detail the facts upon which his or her guilt is based, it is more difficult for others, including future generations, to contest those facts. Consequently, the Prosecutor shall not enter into any agreement in which the accused disputes the essential facts establishing his or her guilt, namely, the facts underlying the elements of the charged crimes and the applicable modes of liability. The Prosecutor should insist, as a condition of every agreement regarding admission of guilt, that the accused person provide the Prosecutor with a full and truthful account of his or her own conduct relevant to the charged crimes».

¹⁶⁶ *Ibidem*, par. 20: «Charges. Although agreements regarding the admission of guilt may be reached at any time, under articles 64(8)(a) and 65, an admission of guilt itself can be made no earlier than the beginning of trial. At that point, the Pre-Trial Chamber will have confirmed the charges, having already found, pursuant to article 61, substantial grounds to believe that the accused person committed the charged crimes. Consequently, the Prosecutor should ordinarily insist as part of any agreement that the accused admit guilt with respect to all confirmed charges. (...) The Prosecutor should exercise particular caution before agreeing to seek the withdrawal or amendment of charges which have been traditionally under-prosecuted, such as crimes against or affecting children, sexual and gender-based crimes, attacks against cultural, religious, historical and other protected objects, as well as attacks against humanitarian and peacekeeping personnel».

¹⁶⁷ *Ibidem*, par. 21: «Cooperation. An admission of guilt can be an opportunity for an accused person to provide critical information relevant to other investigations or prosecutions. For example, a number of accused who pled guilty at the ad hoc tribunals agreed, as part of their plea agreements, to testify on behalf of the Prosecution in other trials. Wherever appropriate, the Prosecutor should require, as a condition of any agreement, that the accused agree to assist in other investigations and prosecutions by providing all relevant and requested information to investigators and also by agreeing to testify truthfully, fully and accurately at any relevant trial. However, there may be instances where it is appropriate and in the interests of justice to proceed with an agreement regarding admission of guilt that does not include the accused's cooperation in other cases. It should be understood, in any event, that only those accused who cooperate with the Prosecution to the full extent they are able will receive the maximum benefit (in terms of recommendations by the Prosecutor and, most likely, in terms of consideration from the Trial Chamber) at the time of sentencing».

¹⁶⁸ *Ibidem*, par. 22: «Sentence. The Prosecutor may agree to recommend, or not to oppose, a specific sentence or a sentence within a particular range. The Prosecutor shall bear in mind the factors identified in article 78 of the Statute and rule 145 of the Rules of Procedure and Evidence, including aggravating and mitigating circumstances. In particular, the Prosecutor shall ensure that any sentencing recommendation by the Prosecution properly reflects the gravity of the crime and the accused's role therein. At the same time, rule 145(2)(a)(ii) expressly recognises an accused's cooperation with the Court as a mitigating factor, and acceptance of responsibility is generally viewed as a factor warranting some reduction in sentence. The Prosecutor shall balance all relevant circumstances to recommend a sentence—or a sentencing range—that reflects the overall culpability of the accused».

¹⁶⁹ Art. 78 RS. Determination of the sentence.

1. In determining the sentence, the Court shall, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, take into account such factors as the gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person.

2. In imposing a sentence of imprisonment, the Court shall deduct the time, if any, previously spent in detention in accordance with an order of the Court. The Court may deduct any time otherwise spent in detention in connection with conduct underlying the crime.

3. When a person has been convicted of more than one crime, the Court shall pronounce a sentence for each crime and a joint sentence specifying the total period of imprisonment. This period shall be no less than the highest individual sentence pronounced and shall not exceed 30 years imprisonment or a sentence of life imprisonment in conformity with article 77, paragraph 1 (b)

¹⁷⁰ Rule 145. Determination of sentence.

(...) the Court shall take into account, as appropriate:

(a) Mitigating circumstances such as:

(i) The circumstances falling short of constituting grounds for exclusion of criminal responsibility, such as substantially diminished mental capacity or duress;

- (ii) The convicted person's conduct after the act, including any efforts by the person to compensate the victims and any cooperation with the Court;
- (b) As aggravating circumstances:
 - (i) Any relevant prior criminal convictions for crimes under the jurisdiction of the Court or of a similar nature;
 - (ii) Abuse of power or official capacity;
 - (iii) Commission of the crime where the victim is particularly defenceless;
 - (iv) Commission of the crime with particular cruelty or where there were multiple victims;
 - (v) Commission of the crime for any motive involving discrimination on any of the grounds referred to in article 21, paragraph 3;
 - (vi) Other circumstances which, although not enumerated above, by virtue of their nature are similar to those mentioned.

(...)
¹⁷¹ ICC OTP, Guidelines for Agreements Regarding Admission of Guilt, October 2020, par. 23: «Factual basis. Admissions of guilt will ordinarily shorten trial proceedings. While this has many advantages, it may also result in less fully developed records in some cases. (...) The Prosecutor should seek to ensure that all agreements contain a detailed and thorough statement of the facts underlying the admission of guilt. Such facts should address all the essential facts required for a conviction. In no circumstances should the Prosecutor agree to withhold from the Trial Chamber any fact material to the determination of the accused's criminal responsibility or of an appropriate sentence».

¹⁷² *Ibidem*, parr. 25-26:

25: «Impact on victims and witnesses. An admission of guilt will ordinarily eliminate or reduce the need for victims and witnesses to testify at trial, which can be a traumatic experience. Witnesses who might require intrusive security measures or even relocation as a result of their testimony can also be spared this significant disruption to their lives. In most cases, therefore, the Prosecutor should consider developing the record of the case through mechanisms such as an agreed statement of facts and one or more of the article 65(1)(c)(ii) and (iii) mechanisms discussed above without the need for viva voce testimony from vulnerable witnesses.

26: In reaching an admission of guilt agreement, the Prosecutor shall take into account the interests of the victims, 13 as well as their expressed views and concerns.¹⁴ Further, the Prosecutor should consult, to the extent feasible, with their legal representatives».

¹⁷³ Article 68 RS. Protection of the victims and witnesses and their participation in the proceedings.

(...)

3. Where the personal interests of the victims are affected, the Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court and in a manner which is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial. Such views and concerns may be presented by the legal representatives of the victims where the Court considers it appropriate, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

(...)

¹⁷⁴ ICC OTP, Guidelines for Agreements Regarding Admission of Guilt, October 2020, par. 27: «*Efficiency. Admissions of guilt can allow significant resources (such as time, money, personnel or court space) that would have been used for trial and appeal to be devoted to other important investigations and prosecutions and thus advance the course of international justice. The freeing of resources for other cases can lead to greater accountability, both through a greater number of prosecutions and also prosecutions against those most responsible for crimes. A greater number of investigations and prosecutions can also further develop the historical record. The Prosecutor may therefore consider the efficient use of resources as one factor, although never the dominant factor, in favour of entering into an agreement regarding admission of guilt, particularly where the agreement will eliminate the need for a lengthy trial. The timeliness of an agreement may also be considered in formulating a sentencing recommendation, with earlier agreements ordinarily warranting greater consideration*».

¹⁷⁵ In questo senso anche la stessa CPI, in *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Judgment and Sentence, 27 September 2016, par. 28: «accused admitting guilt pursuant to an agreement to testify in subsequent trials can contribute to the search for the truth as insider witnesses in cases against others. Perhaps most importantly, the speed at which cases can be resolved following admissions of guilt saves the Court both time and resources, which can be otherwise spent advancing the course of international justice on other fronts».

¹⁷⁶ J. N. CLARK, *Plea Bargaining at the ICTY: Guilty Pleas and Reconciliation*, in *The European Journal of International Law*, vol. 20, n. 2, 2009, 420: «This contention that guilty pleas facilitate reconciliation should be viewed in the context of a broader debate in the transitional justice literature regarding the relationship between retributive justice and peace/reconciliation. For supporters of international war crimes tribunals, there is a positive link between criminal trials and reconciliation».

¹⁷⁷ Si veda, nota 55.

¹⁷⁸ Si rimanda a nota 56.

¹⁷⁹ Si veda, ad esempio, quanto osservato da R. HENHAM, *The Ethics of Plea Bargaining In International Criminal Trials*, in *Liverpool Law Review*, vol. 26, 2005, 210: «(...) trial justice should be conceived in terms of a synergy between ideology and outcomes. International criminal trials should be seen as transformative structures whose primary function is to provide the means of reconciling the ideology and the morality of punishment for victims and post-conflict societies. This model conceives of guilty pleas and plea agreements as lacking in moral legitimacy in the context of trial justice

because they do not serve rationalisations for punishment which resonate with the needs of victims and victim communities. It may be argued that enhancing the speed of punishment, saving court time and expense, absolving the need for victim/witness testimony, encouraging cooperation with the authorities and the further identification of suspects are all beneficial consequences of plea bargains. However, none of these rationalisations are concerned with supporting an ideological purpose for international penalty which has moral legitimacy in the eyes of all the significant players in international trial process».

¹⁸⁰ J. I. TURNER, *Plea Bargaining*, cit., 56: «plea bargaining remains more controversial and less common at the international than at the national level. Several reasons account for the scepticism toward plea bargaining in international criminal courts. First, the granting of concessions to defendants accused of international crimes is perceived as unseemly given the heinousness and large scale of the crimes in question. Plea bargaining is seen to dilute the moral message that international courts aim to send – that the international community is outraged and will bring to justice those responsible for the crimes committed. Second, plea bargaining is viewed as interfering with the goal of uncovering the truth about international crimes. Finally, plea bargaining is said to disrespect victims' interest in a public trial and in a sentence proportionate to the defendant's blameworthiness».

Sul punto si veda anche A. CASSESE, *Address of Antonio Cassese*, in *The President of The International Tribunal addresses The United Nations' General Assembly*, 4 novembre 1997, il quale sosteneva: «Over the next four years, the Hague Tribunal will continue to strive, with unshakeable resolve, to render justice in spite of the numerous problems which hamper our effectiveness. (...) You have launched a stupendous enterprise, the importance of which probably will only be fully understood and appreciated in the next millennium. You have put an end to the culture of impunity, to the possibility of historical "amnesia" and have ruled out the immoral practice of passing laws granting amnesty to all culprits. You have determined that victims have a basic right to see their persecutors brought to justice. This is an enterprise to tame the savage heart of man and to make more gentle life on this planet - an enterprise worthy of a renewed United Nations and worthy of bearing fruit. I ask you to ensure that this extraordinary exercise in international morality and law be fully supported and yield lasting results. I beg you to continue to heed the cries of the victims of barbarity and allow this pioneering dispensation of international justice to become the hallmark of the new international community».

¹⁸¹ S. VASILIEV, *International criminal trials: A normative theory*, PhD thesis, University of Amsterdam, April 25, 2014, Chapter XII, 884: «The rule-of-law impact and normative symbolism of such proceedings are arguments in favour of not dispensing with trials altogether, whenever the proceedings reach that stage. The prosecution's evidentiary presentations-public, transparent and complete to the extent possible-are in the interests of international justice. For the victims it is important that the factual and legal truth not be sacrificed on the altar of expediency. Plea-bargaining may lead to significantly truncated charges and sentences disproportionate to the actual level of culpability of the defendant». L'Autore, inoltre, evidenzia a p. 884 che tali benefici "accessori" (quali appunto la celerità del procedimento ed il favorire la riconciliazione e la pace durante il periodo di transizione) non sarebbero abbastanza forti da portare ad una rinuncia del dibattimento: «However these incidental benefits are not strong enough to embrace the prospect of avoiding contested trials in international criminal law».

¹⁸² Nello stesso Preambolo dello Statuto di Roma è sancito che «tutti i popoli sono uniti da stretti vincoli e che le loro culture formano un patrimonio da tutti condiviso, un delicato mosaico che rischia in ogni momento di essere distrutto», o che «nel corso di questo secolo, milioni di bambini, donne e uomini sono stati vittime di atrocità inimmaginabili che turbano profondamente la coscienza dell'umanità», o ancora, che la CPI è istituita nell'interesse delle generazioni presenti e future. Anche da ciò si comprende che non si potrebbe accettare un modello di giustizia negoziata totalmente rimessa alla disponibilità parti. Tuttavia, tramite un penetrante controllo dei giudici, che possono rifiutare l'accordo ovvero accettarlo previo svolgimento delle udienze dibattimentali ed alla presenza delle vittime anche al fine di assicurare una pena congrua rispetto ai fatti contestati ed accertati, il patteggiamento appare assolutamente compatibile con la procedura penale internazionale.

¹⁸³ Per un approfondimento si rimanda al documento della ICC del 17 agosto 2017, *Al Mahdi case: ICC Trial Chamber VIII issues reparations order*, ICC-01/12-01/15-236 17-08-2017 1/61 NM T.

Oltre a riconoscere un risarcimento pari a 2,7 milioni di euro, venivano emanate varie misure di giustizia riparativa nell'ordine di riparazione, quali: la misura accessoria della diffusione, sul sito della CPI, del video di scuse di Al Mahdi, tradotto nelle lingue principali parlate a Timbuctu, e la possibilità, su richiesta delle vittime, di riceverne una copia cartacea nella propria madrelingua; la destinazione del risarcimento, da utilizzare per assistere economicamente coloro i cui mezzi di sussistenza dipendevano esclusivamente dagli edifici protetti e per le riparazioni della comunità di Timbuctu; la previsione di programmi educativi al fine di sensibilizzare la comunità locale e di promuovere il patrimonio culturale della zona; la creazione di un sistema di microcredito per aiutare la popolazione a generare reddito; misure simboliche, come una cerimonia commemorativa per dare riconoscimento pubblico al danno morale subito dalla comunità di Timbuctu ed ai parenti dei defunti le cui tombe sono state rovinare o distrutte.

¹⁸⁴ Per una riflessione in generale, si veda M. DAMAŠKA, *Negotiated Justice in International Criminal Courts*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, 1018-1039, il quale sostiene che nella giustizia penale internazionale sarebbe auspicabile ricorrere al patteggiamento solo quando assolutamente necessario, privilegiando lo svolgimento del processo. A 1039: «whatever model seems most appropriate, the architects of the international criminal process would be well advised to follow the motto: as many trials as possible, as much bargaining as necessary».

¹⁸⁵ Art. 444 c.p.p. Applicazione della pena su richiesta.

1. L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria.

¹⁸⁶ Ibidem, al comma 1-bis: Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600 bis, 600 ter, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600 quater, secondo comma, 600 quater 1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600 quinquies, nonché 609 bis, 609 ter, 609 quater e 609 octies del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'articolo 99, quarto comma, del codice penale, qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria.

¹⁸⁷ Art. 261 Codice penale militare di pace - Applicazione delle disposizioni del codice di procedura penale.

Salvo che la legge disponga diversamente, le disposizioni del codice di procedura penale si osservano anche per i procedimenti davanti ai tribunali militari, sostituiti: 1) al tribunale e al procuratore della Repubblica, rispettivamente, il tribunale militare e il procuratore militare della Repubblica; 2) al segretario, il cancelliere.

¹⁸⁸ Il principio di complementarità è contenuto nello stesso Preambolo dello Statuto di Roma nonché nell'art. 1 e riveste l'intera struttura della CPI. Esso è unico nel panorama della giustizia penale internazionale (ed è il principio opposto a quello della *primacy*, cioè della primazia, sulla base del quale operavano i tribunali *ad hoc*). In rispetto della complementarità (in sintesi) la Procura deve procedere ad una verifica dell'esistenza di procedimenti nazionali in relazione ai casi presi in considerazione dalla CPI in sede di *preliminary examination*. Laddove esistano già indagini o qualora sia già stata esercitata l'azione penale da parte delle giurisdizioni nazionali, l'OTP ne valuterà la loro autenticità e genuinità. Sul principio di complementarità si segnalano, tra i tanti, F. POCAR, M. MAYSTRE, *The Principle of Complementarity: A Means Towards a More Pragmatic Enforcement of the Goal Pursued by Universal Jurisdiction?*, in M. BERGSMO (a cura di), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, Oslo, 2010, 247-301; G.S. GORDON, *Complementarity and Alternative Justice*, in *Oregon Law Review*, vol. 88, 2009, 101-182; C. STAHN, *Taking complementarity seriously*, in C. STAHN, M. EL ZEIDY (a cura di), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge, 2011, 233-282.; K.J. HELLER, *A Sentence-Based Theory of Complementarity*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 53, n. 1, 2012, 86-132; C. STAHN, *Complementarity: a Tale of Two Notions*, in *Criminal Law Forum*, 2007, 113, il quale osserva a p. 89 che «The articulation of the principle of complementarity itself marks one of the greatest achievements of the Rome Statute». Come riferimento monografico, si rimanda all'opera di J.K. KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford, 2008, che a p. 3 sostiene: «complementarity is one of the three fundamental cornerstones of the ICC, alongside its permanent nature and its jurisdiction over the most serious crimes of international concern». In lingua italiana, F. LATTANZI, *La complementarità*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *op. cit.*, 179-208.

Alcuni aspetti relativi al perseguimento dei crimini internazionali commessi in Ucraina

Paolo Bargiacchi¹

Abstract: Con riguardo ai crimini internazionali commessi in Ucraina, in primo luogo l'articolo si focalizza sull'azione della Corte penale internazionale e, rimarcando il ruolo fondamentale dell'Unione europea, in particolare attraverso Eurojust, nel supportare le indagini del Procuratore della Corte e delle altre giurisdizioni procedenti, evidenzia come tale intensa cooperazione, anche basata su nuovi strumenti (come l'*International Centre for the Prosecution of the Crime of Aggression against Ukraine* e la banca dati CISED), prospetti un rinnovato modello di "polizia giudiziaria" internazionale che potrebbe innescare un virtuoso effetto imitativo anche fuori dal contesto europeo. In riferimento al crimine di aggressione, sul quale la Corte penale non ha giurisdizione nella situazione ucraina, vengono poi esaminate le principali opzioni considerate dalla coalizione degli Stati *United for Justice* per creare un tribunale *ad hoc*. Al riguardo si evidenzia che qualunque futuro tribunale che non sia istituito sulla base di un trattato stipulato dall'ONU su sollecitazione dell'Assemblea generale, al di là del modello prescelto (internazionale o ibrido), non avrebbe la legittimazione necessaria per rappresentare, dal punto di vista politico e giuridico, la pretesa punitiva della Comunità internazionale nel suo complesso.

Abstract: *The Article deals with the on-going investigations of the International Criminal Court into the alleged core international crimes in Ukraine falling within its jurisdiction. The support of the European Union, in particular through Eurojust, to the investigations by the Office of the Prosecutor and other jurisdictions is highlighted and it is further noted how such enhanced cooperation, also benefitting from new means such as the Core International Crimes Evidence Database (CISED) and the International Centre for the Prosecution of the Crime of Aggression against Ukraine, offers a renewed framework for international judicial cooperation which could also be implemented outside Europe. The Article then focuses on the crime of aggression over which the International Criminal Court has no jurisdiction in the situation in Ukraine. Main options for establishing an ad hoc tribunal put forward by the United for Justice coalition of States are discussed and it is argued that any future tribunal, regardless of its international or hybrid character, could legitimately represent the will of the international community as a whole only if established by a treaty signed by the United Nations upon request of the General Assembly.*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La Corte penale internazionale: istituzione, ostilità politiche e complementarità. – 2.1. *Segue:* giurisdizione, *trigger mechanisms* e obblighi di cooperazione degli Stati. – 3. L'accettazione della giurisdizione della Corte penale da parte dell'Ucraina. – 4. L'avvio delle indagini sulla situazione in Ucraina da parte del Procuratore della Corte penale. – 5. L'esclusione del crimine di aggressione dalla giurisdizione della Corte penale nella situazione in Ucraina. – 6. La cooperazione tra Eurojust e la Corte penale sui crimini commessi in Ucraina: verso un rinnovato modello di "polizia giudiziaria" internazionale. – 7. Soluzioni alternative alla Corte penale per il perseguimento del crimine di aggressione: un tribunale istituito da un trattato tra l'ONU e l'Ucraina oppure tra gli Stati *United for Justice* e l'Ucraina? – 7.1. *Segue:* un tribunale internazionale oppure una corte ibrida incardinata nel sistema giudiziario ucraino? – 8. Brevi cenni sul diniego dell'immunità personale dinanzi a un tribunale per il crimine di aggressione. – 9. Luci e ombre sul perseguimento dei crimini internazionali commessi in Ucraina.

¹ Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Enna "Kore".

1. Introduzione

Nel conflitto armato internazionale innescato dall'invasione russa dell'Ucraina vengono commessi crimini internazionali sui quali il Procuratore della Corte penale internazionale e alcune giurisdizioni nazionali, anche con il contributo di Eurojust, stanno indagando e procedendo. La giurisdizione della Corte nella situazione ucraina si estende però ai soli crimini di guerra, contro l'umanità e di genocidio e non anche al crimine di aggressione. Al riguardo, dunque, l'Ucraina e alcuni Stati riuniti nella coalizione *United for Justice*, insieme a organizzazioni come l'UE e il Consiglio d'Europa, stanno esplorando soluzioni alternative per perseguire i presunti responsabili anche di questo crimine. Il saggio esamina alcuni aspetti relativi al perseguimento dei crimini commessi in Ucraina sul piano del diritto internazionale, inclusa l'articolata e innovativa cooperazione tra Eurojust e la Corte penale, e le principali soluzioni proposte per perseguire il crimine di aggressione. Preliminarmente si esamineranno alcuni tratti generali del sistema della Corte penale internazionale per comprenderne meglio l'operatività nella situazione ucraina.

2. La Corte penale internazionale: istituzione, ostilità politiche e complementarità

Lo Statuto della Corte penale internazionale fu adottato e aperto alla firma il 17 luglio 1998 al termine della Conferenza intergovernativa tenutasi a Roma ed entrò in vigore il 1° luglio 2002 per i primi sessanta Stati, tra cui l'Italia, che avevano già manifestato il consenso a vincolarsi².

Istituita per garantire un foro permanente di giustizia che a differenza di altre precedenti istanze (come i tribunali militari internazionali di Norimberga e Tokyo e i tribunali penali internazionali per la ex Jugoslavia e il Ruanda) non incappasse, come i primi due, nella critica di rappresentare la giustizia del vincitore e, come gli altri due, nei dubbi sul fondamento di legittimità, sin dall'inizio però la Corte penale non ebbe vita facile.

Alcuni Stati – in prevalenza quelli più attivi militarmente e/o con un rispetto dei diritti umani non conforme agli standard internazionali contemporanei – temevano, allora come oggi, l'uso politicamente strumentale della Corte da parte del Procuratore e degli Stati. Questi timori spiegano, ad es., il tentativo degli Stati Uniti di inserire nello Statuto l'esenzione permanente dalla giurisdizione per i propri cittadini, le ventuno astensioni e i sette voti contrari (Stati Uniti, India, Cina, Israele, Turchia, Sri Lanka e Filippine) all'adozione dello Statuto, avvenuta con 120 voti favorevoli, e una serie di condotte ostili verso la Corte di Israele, Russia, Stati Uniti e alcuni Stati africani (mancata cooperazione, sanzioni, revoca della firma dello Statuto per poter compiere atti pregiudizievoli all'oggetto e allo scopo dello stesso, etc.), quasi sempre in risposta all'avvio da parte del Procuratore di esami preliminari e indagini relativi a situazioni che a vario titolo li coinvolgono³.

² Al 10 maggio 2023 sono parte allo Statuto 123 Stati (il totale degli Stati firmatari è 137). Gli Stati che hanno sottoscritto lo Statuto ma non hanno ancora manifestato il consenso a vincolarsi sono Algeria, Angola, Armenia, Bahamas, Bahrein, Camerun, Egitto, Emirati Arabi Uniti, Eritrea, Giamaica, Guinea-Bissau, Haiti, Iran, Isole Salomone, Kuwait, Kirgizstan, Marocco, Monaco, Mozambico, Oman, São Tomé e Príncipe, Siria, Thailandia, Ucraina, Uzbekistan, Yemen e Zimbabwe. Il Burundi e le Filippine hanno denunciato lo Statuto mentre altri Stati (Arabia Saudita, Cina, Corea del Nord, Cuba, India, Iraq, Myanmar, Pakistan, Turchia, etc.) non lo hanno neanche sottoscritto.

³ L'art. 18 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 dispone che uno Stato dopo aver firmato un trattato debba «astenersi dal compiere atti suscettibili di privar[lo] del suo oggetto o del suo scopo» a meno che non manifesti «la propria intenzione di non divenire parte al trattato». In tempi e per ragioni diverse Stati Uniti (maggio 2002), Israele (agosto 2002), Sudan (agosto 2008) e Russia (novembre 2016) hanno manifestato tale intenzione privando di effetti la precedente firma sullo Statuto (*unsigned*). Ciò consentì, ad es., agli Stati Uniti di adottare ad agosto 2002 l'*American Servicemembers' Protection Act* (ancora in vigore) che vieta la cooperazione con la Corte, fatte salve le eccezioni previste dal *Dodd Amendment*, e prevede misure di boicottaggio e sanzione nei confronti della stessa qualora indagherà su cittadini statunitensi. Sui difficili rapporti tra la Corte e alcuni Stati, si veda il nostro *La Corte penale internazionale: singolarità giuridiche ed ostilità politiche*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, vol. 65/2020, 48-71. Sui rapporti tra Stati Uniti e Corte, cfr. A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, III ed., Milano, 2019, 549-554 (e bibliografia ivi citata). In generale, cfr. K. AMBOS (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*, IV ed., Munich-Baden Baden-Oxford, 2022; C. JALLOH, I. BANTEKAS (eds.), *The International Criminal Court and Africa*, Oxford, 2017; W. SCHABAS (ed.), *The International Criminal Court: A*

Il tratto distintivo del sistema è la complementarità che regola il rapporto tra la giurisdizione della Corte e quelle nazionali competenti. A differenza della primazia che disciplinava il concorso giurisdizionale in altri tribunali penali internazionali, la complementarità attribuisce la giurisdizione alla Corte solo in via sussidiaria qualora la giurisdizione nazionale non possa o non voglia esercitare l'azione penale (sia, cioè, *unable or unwilling*). L'obiettivo della complementarità è duplice: rimettere agli Stati il diritto/dovere di agire e indurli, dato l'obbligo di adattare il diritto interno allo Statuto, a modificare gli ordinamenti penali così da garantire la diffusa e uniforme conformità dei sistemi nazionali ai più elevati standard del diritto internazionale penale. Il diniego delle immunità funzionali e personali degli *State officials*, previsto dall'art. 27 dello Statuto⁴, costituisce una chiave di volta di questa strategia funzionale a sviluppare i sistemi nazionali di diritto penale in conformità degli obblighi internazionali.

2.1. *Segue: giurisdizione, trigger mechanisms e obblighi di cooperazione degli Stati*

La Corte penale ha giurisdizione sul crimine di genocidio (art. 6), sui crimini contro l'umanità (art. 7), sui crimini di guerra (art. 8) e sul crimine di aggressione (art. 8 *bis*)⁵. La giurisdizione è automatica per gli Stati parte ma uno Stato terzo, come accaduto proprio con l'Ucraina, può accettarla *ad hoc*. I meccanismi di attivazione (*trigger mechanisms*) della giurisdizione sono indicati dall'art. 13: il Procuratore può avviare le indagini *motu proprio* (art. 15), su segnalazione (*referral*) di uno Stato parte (art. 14) o del Consiglio di sicurezza (art. 13, lett. *b*). Nelle situazioni previste dagli artt. 15 e 13, lett. *b*, vanno rimarcate due peculiarità procedurali.

In primo luogo, il Procuratore che intenda avviare *motu proprio* le indagini deve ottenere l'autorizzazione della Camera preliminare (*Pre-Trial Chamber*) che decide sulla base degli elementi di supporto raccolti. Si tratta di un filtro alle iniziative del Procuratore che non sussiste qualora il *referral* sia effettuato da uno Stato parte o dal Consiglio di sicurezza (in tali casi il Procuratore decide autonomamente se e quando avviare le indagini) e che è stato ritenuto indicativo, al pari di quanto disposto dall'art. 16⁶, della volontà di alcuni Stati di monitorare l'operato del Procuratore per evitare la politicizzazione del suo operato⁷.

In secondo luogo, quando la Corte è attivata dal Consiglio di sicurezza qualunque situazione, incluse quelle relative a Stati non parte, può essere oggetto di indagini. A oggi le uniche due situazioni segnalate dal Consiglio hanno riguardato proprio due Stati terzi allo Statuto (Libia e Sudan)⁸. Si tratta

Commentary on the Rome Statute, II ed., Oxford, 2016; C. STAHN (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, 2015.

⁴ Art. 27 (*Irrilevanza della qualifica ufficiale*): «1. Il presente Statuto si applica a tutti in modo uguale senza qualsivoglia distinzione basata sulla qualifica ufficiale. In modo particolare la qualifica ufficiale di Capo di Stato o di governo, di membro di un governo o di un parlamento, di rappresentante eletto o di agente di uno Stato non esonera in alcun caso una persona dalla sua responsabilità penale per quanto concerne il presente Statuto e non costituisce in quanto tale motivo di riduzione della pena. 2. Le immunità o regole di procedura speciale eventualmente inerenti alla qualifica ufficiale di una persona in forza del diritto interno o del diritto internazionale non vietano alla Corte di esercitare la sua competenza nei confronti di questa persona».

⁵ La Corte ha giurisdizione anche sui reati contro l'amministrazione della giustizia previsti dall'art. 70 dello Statuto e puniti con pene detentive non superiori a cinque anni e/o con ammende. Tra questi rientrano, ad es., la falsa testimonianza, la subornazione di testimoni e la presentazione di elementi di prova falsificati o che le parti sanno essere falsi.

⁶ L'art. 16 attribuisce al Consiglio di sicurezza il *deferral power*, cioè il potere di chiedere alla Corte, con una risoluzione adottata ai sensi del capitolo VII della Carta, di sospendere o non iniziare per dodici mesi una indagine o un procedimento (la richiesta è rinnovabile).

⁷ Qualora il Procuratore intenda indagare sul crimine di aggressione di propria iniziativa o su *referral* di uno Stato parte dovrà invece verificare preliminarmente se il Consiglio di sicurezza abbia già constatato l'esistenza di un atto di aggressione (art. 15 *bis*, par. 6). Se il Consiglio entro sei mesi effettua la constatazione, il Procuratore può avviare l'indagine (art. 15 *bis*, par. 7). In caso contrario, il Procuratore deve chiedere l'autorizzazione alla Camera preliminare fatto salvo il *deferral power* del Consiglio (art. 15 *bis*, par. 8).

⁸ Il Consiglio di sicurezza dispose il *referral* della situazione in Libia, a partire dal 15 febbraio 2011, con la risoluzione 1970 (2011) del 26 febbraio 2011 (il Procuratore avviò le indagini a marzo ed emise i primi mandati di arresto, tra cui quello per il Colonnello Gheddafi, a maggio) e il *referral* della situazione in Darfur, a partire dal 1° luglio 2002, con la risoluzione 1593 (2005) del 31 marzo 2005 (il Procuratore avviò le indagini a giugno ed emise il primo mandato di arresto).

di una previsione significativa dato che comporta la non applicazione del principio di inefficacia dei trattati per gli Stati terzi che restano dunque assoggettati alla giurisdizione della Corte. Si ritiene che in tal caso i poteri attribuiti dalla Carta ONU al Consiglio in materia di pace e sicurezza internazionale prevalgano sull'ambito soggettivo di applicazione dello Statuto. In sostanza, si ripropone la tesi, già richiamata per legittimare i tribunali penali internazionali per la ex Jugoslavia e il Ruanda, secondo cui l'esercizio della giustizia penale internazionale (qui mediante l'attivazione del Procuratore della Corte e non l'istituzione di un tribunale *ad hoc*) è uno strumento a disposizione del Consiglio per ristabilire la pace e la sicurezza ai sensi del capitolo VII della Carta e, in particolare, dell'art. 41⁹.

Va poi evidenziato un altro tratto distintivo del sistema della Corte che è la diretta e inevitabile conseguenza della struttura anorganica e paritaria della Comunità internazionale: la mancanza di un apparato di polizia giudiziaria preposto a esercitare tale funzione quale articolazione organica della Procura della Corte. A tale mancanza supplisce la facoltà per la Procura di «chiedere la cooperazione di qualsiasi Stato o organizzazione o accordo intergovernativi in conformità alle loro competenze o al loro rispettivo mandato», anche concludendo le necessarie intese o accordi per facilitarla (art. 54, par. 3, lett. *c-d*), e soprattutto l'esatto e integrale adempimento degli Stati parte (e degli Stati terzi che abbiano accettato la giurisdizione della Corte) degli obblighi di cooperazione sanciti dalla Parte IX dello Statuto (artt. 86-102) tra cui, ad es., quello di «cooperare pienamente con la Corte nelle inchieste ed azioni giudiziarie che la stessa svolge per reati di sua competenza» (art. 86) e di «predispone nel loro ordinamento nazionale, procedure appropriate per realizzare tutte le forme di cooperazione indicate» (art. 88), come avvenuto in Italia con la legge 237/2012¹⁰.

Efficienza e capacità della Procura riposano quindi in modo decisivo sulla cooperazione degli Stati non solo per la più importante richiesta di cooperazione, l'arresto e la consegna di una persona ricercata (art. 89), ma anche per ogni altra (identificazione di persone, raccolta di elementi di prova, interrogatori, perquisizioni e confische, protezione di vittime e testimoni, etc.). Il funzionamento di un sistema così impostato dipende essenzialmente da due variabili: il mancato, o ritardato o non adeguato, adattamento del diritto interno agli obblighi internazionali di cooperazione e la disponibilità dello Stato richiesto a cooperare in buona fede con la Procura, soprattutto quando le autorità nazionali siano chiamate a indagare sui propri funzionari (come nel caso del Kenya quando furono indagati e rinviati a giudizio il Presidente e il Vicepresidente) o consegnare persone che non intendono trasferire (come avvenne, fino alla revoca del mandato di arresto nel luglio 2021, per Simone Gbagbo, moglie dell'ex Presidente della Costa d'Avorio). Tali variabili, insieme a molte altre, possono decisamente inficiare l'azione della Procura anche perché le misure previste dallo Statuto nei confronti degli Stati inadempienti (deferimento all'Assemblea degli Stati parte e/o al Consiglio di sicurezza) non hanno

nel 2007; i mandati di arresto nei confronti dell'allora Capo di Stato Omar al-Bashir vennero emessi a marzo 2009 e luglio 2010).

⁹ Sul fondamento di legittimità dei tribunali penali internazionali istituiti dal Consiglio di sicurezza, si veda nella dottrina italiana (anche per tesi diverse da quella indicata nel testo), G. ARANGIO-RUIZ, *The Establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Territory of Yugoslavia and the Doctrine of Implied Powers of the United Nations*, in F. LATTANZI-E. SCISO (a cura di), *Dai Tribunali penali internazionali ad hoc a una Corte permanente*, Napoli, 1996; A. BERNARDINI, *Il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia: considerazioni giuridiche*, in *Diritti dell'uomo*, fasc. I, 1993, 15 ss.; G. CARELLA, *Il Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia*, in P. PICONE (a cura di), *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi erga omnes*, Padova, 1997, 517 ss.; L. CONDORELLI, *Legalità, legittimità, sfera di competenza dei tribunali penali ad hoc creati dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite*, in F. LATTANZI-E. SCISO (a cura di), *op. cit.*, 47 ss.; M. C. VITUCCI, *Il Tribunale ad hoc per la ex Jugoslavia e il consenso degli Stati*, Milano, 1998. Si noti la tesi secondo cui il fondamento di legittimità dei due Tribunali, non essendo questi «una semplice misura di ristabilimento della pace [ma] una 'sanzione' irrogata dall'ONU per reagire agli illeciti *erga omnes* commessi» dai responsabili, non si ritroverebbe nella Carta ma nel diritto internazionale generale permeato da fenomeni di «verticalizzazione normativa» legati alla correlazione tra Comunità internazionale, valori fondamentali e obblighi *erga omnes*. Così P. PICONE, *Sul fondamento giuridico del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia*, in ID., *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes»*, III ed., Napoli, 2013, 295, 321.

¹⁰ Legge 20 dicembre 2012, n. 237 (*Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale*), in G.U.R.I. n. 6, 8 gennaio 2013.

finora prodotto risultati significativi, in particolare per la mancata adozione di misure da parte del Consiglio¹¹.

Vi è poi la posizione degli Stati terzi allo Statuto che, non essendo obbligati a cooperare, possono essere solo «invitati (...) a prestare assistenza (...) sulla base di un'intesa *ad hoc* o di un accordo concluso (...) o su ogni altra base appropriata» come ad es. una risoluzione del Consiglio di sicurezza (art. 87, par. 5). Finora gli Stati terzi hanno mostrato poca disponibilità ad accogliere gli inviti della Corte (nessuno Stato arrestò ad es. il Presidente del Sudan, ricercato dalla Procura, mentre si trovava sul proprio territorio) e lo stesso Consiglio, per l'ostilità di Cina, Russia e Stati Uniti verso la Corte, ha sempre circoscritto l'obbligo di cooperazione per gli Stati terzi non accogliendo la tesi secondo cui le risoluzioni obbligherebbero automaticamente tutti gli Stati dell'ONU. Quando il Consiglio effettuò il *referral* delle situazioni in Libia e in Darfur, infatti, «esortò» tutti gli Stati a cooperare con la Corte ma «decise», obbligandoli in base al capitolo VII della Carta, che solo Libia e Sudan avrebbero dovuto farlo.

3. L'accettazione della giurisdizione della Corte penale da parte dell'Ucraina

Pur avendo firmato lo Statuto il 20 gennaio 2000, l'Ucraina non ha ancora manifestato il consenso a vincolarsi e non è dunque uno Stato parte. L'incompatibilità costituzionale del principio di complementarità, rilevata nel 2001 dalla Corte costituzionale ucraina come il maggiore ostacolo alla ratifica, sembra superata dall'emendamento dell'art. 124 della Costituzione, in vigore dal 30 giugno 2019, ma l'iter legislativo per la ratifica dello Statuto non è ancora concluso¹².

Oltre a ratificare lo Statuto è poi necessario adattare il diritto penale ucraino affinché l'ordinamento sia *able and willing* nell'esercitare l'azione penale sui crimini internazionali. Per i profili sostanziali il Parlamento ucraino (*Verkhovna Rada*) ha adottato il 20 maggio 2021 il disegno di legge n. 2689 che però non è ancora stato firmato e promulgato dal Presidente¹³. Per i profili procedurali, invece, la legge di cooperazione, adottata dalla *Rada* il 3 maggio 2022 e in vigore dal 20 maggio, ha introdotto nel codice di procedura penale una *Section IX* che solleva però alcuni dubbi circa la portata effettiva dell'obbligo di cooperazione. La nota introduttiva della legge la rende infatti applicabile solo ai responsabili del crimine di aggressione e non invece, come prevede lo Statuto, di qualunque crimine commesso in territorio ucraino¹⁴.

Fermo restando che ampiezza e contenuto della cooperazione tra Stato e Corte è determinata dallo Statuto (l'art. 12, par. 3, non ammette ritardi o eccezioni alla piena cooperazione prevista dalla Parte IX), l'adattamento del sistema ucraino non appare adeguato e solleva dubbi circa l'effettiva indipendenza e imparzialità dell'apparato giudiziario nell'indagare e perseguire tutti i crimini internazionali commessi in Ucraina da chiunque, inclusi i cittadini ucraini.

¹¹ La maggior parte delle situazioni di non-cooperazione accertate dalle Camere preliminari e deferite all'Assemblea o al Consiglio riguardarono il mancato arresto da parte di alcuni Stati dell'allora Presidente sudanese in occasione di visite ufficiali. Dinanzi ai deferimenti del Sudan nel 2015 per il mancato arresto del proprio Presidente e della Libia nel 2014 per la mancata consegna di Saif Al-Islam Gheddafi alla Corte, il Consiglio di sicurezza non adottò misure.

¹² La Corte, adita dal Presidente ucraino, rilevò l'incompatibilità nella sentenza 11 luglio 2001, caso 1-35/2001. Cfr. I. MARCHUK, *Ukraine and the International Criminal Court: Implications of the Ad Hoc Jurisdiction Acceptance and Beyond*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 49, 2016, 326-333.

¹³ *Parliamentarians for Global Action* ha spesso sollecitato il Presidente Zelenskyi a firmare e promulgare, come legge n. 1164-IX, il disegno n. 2689 (*On amendments to certain legislative acts on the Enforcement of International Criminal and Humanitarian Law*). Le informazioni sulla ratifica dello Statuto e sull'adattamento del sistema ucraino sono reperibili online su pgaction.org/ilhr/rome-statute/ukraine.html.

¹⁴ «This section applies exclusively to cooperation with the International Criminal Court, in order to extend its jurisdiction to persons (citizens of Ukraine, foreign nationals and stateless persons) who at the time of the commission of the crime falling under the jurisdiction of the International Criminal Court were subject to and/or acted with the aim of carrying out armed aggression against Ukraine, and/or on the basis of decisions (orders, directives, etc.) of officials, military command, or public authorities of the Russian Federation or another State that carried out aggression or facilitated its implementation against Ukraine». La traduzione della nota introduttiva è in K. AMBOS, *Ukrainian Prosecution of ICC Statute Crimes: Fair, Independent and Impartial?*, in www.ejiltalk.org, 10 June 2022.

Non essendo uno Stato parte, l'Ucraina ha accettato due volte la giurisdizione della Corte con la dichiarazione *ad hoc* prevista dall'art. 12, par. 3¹⁵. La prima dichiarazione, depositata il 17 aprile 2014, riconosceva la giurisdizione sui presunti crimini contro l'umanità commessi tra il 21 novembre 2013 e il 22 febbraio 2014 durante i tumulti di piazza iniziati dopo la decisione dell'allora Presidente Yanukovich di sospendere la firma degli accordi con l'UE¹⁶. La seconda dichiarazione, depositata l'8 settembre 2015, estese *sine die* il lasso temporale di giurisdizione così da ricomprendervi anche i presunti crimini di guerra e contro l'umanità commessi dopo il 22 febbraio 2014 e, in particolare, in Crimea e Donbass¹⁷.

Ricevuta la prima dichiarazione la Procura della Corte penale avviò l'esame preliminare sui c.d. *Maidan events* ma a novembre 2015 concluse che, pur sussistendo alcuni elementi dei crimini contro l'umanità (attacchi violenti contro la popolazione civile in attuazione di una *state policy*), non si riscontrava anche il requisito, costitutivo di questi crimini, del carattere diffuso (*widespread*) o sistematico (*systematic*) di tali attacchi¹⁸. Il deposito della seconda dichiarazione consentì poi al Procuratore di continuare l'esame preliminare dei nuovi crimini segnalati senza doverne avviare uno nuovo. Gli eventi richiamati nella seconda dichiarazione furono infatti considerati la continuazione della situazione già segnalata nella prima dichiarazione piuttosto che una situazione *ex novo* in ragione dell'esistenza di un «sufficient nexus» tra la situazione già esistente e i nuovi crimini¹⁹.

Con riguardo alla seconda dichiarazione va evidenziato che, come la prima, fu firmata dal Presidente della *Rada*. Quando fu adottata la prima, però, il Presidente Yanukovich aveva lasciato il Paese e la *Rada* aveva autorizzato il proprio Presidente ad agire come Capo di Stato *ex officio* (la dichiarazione fu infatti firmata nell'esercizio dei relativi poteri). Quando fu adottata la seconda dichiarazione, invece, il Capo di Stato, Petro Poroshenko, cui l'art. 106 della Costituzione attribuisce i poteri di politica estera e rappresentanza nelle relazioni internazionali, era regolarmente in carica ma la firma apposta sulla dichiarazione fu ugualmente quella del Presidente della *Rada*. Senza entrare nel merito di chi, secondo la Costituzione ucraina, abbia titolo per accettare la giurisdizione della Corte penale, resta comunque l'atipicità di una accettazione avvenuta con un atto non del Capo dello Stato ma del Presidente della *Rada*.

4. L'avvio delle indagini sulla situazione in Ucraina da parte del Procuratore della Corte penale

L'esame preliminare del Procuratore sulla situazione in Ucraina si concluse a dicembre 2020. La Procura considerò che in Crimea e in Donbass vi fosse una *reasonable basis* per ritenere che le parti belligeranti avessero commesso crimini di guerra e contro l'umanità di sufficiente gravità ai sensi dell'art. 53²⁰ e che gli eventuali *cases*, legati all'individuazione di presunti responsabili,

¹⁵ La dichiarazione *ad hoc*, se lo prevede, può estendere la giurisdizione della Corte anche ai crimini commessi prima dell'entrata in vigore dello Statuto per lo Stato che ne divenga poi parte o del deposito della dichiarazione per lo Stato che resti terzo. In ogni caso la giurisdizione non può retroagire oltre il 1° luglio 2002, data di entrata in vigore dello Statuto (art. 11, par. 1). Qualora uno Stato divenga parte in un momento successivo, e non attribuisca effetti retroattivi alla dichiarazione *ad hoc*, la Corte ha giurisdizione solo sui crimini commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto per quello Stato (art. 11, par. 2).

¹⁶ *Declaration of Verkhovna Rada of Ukraine to the ICC on the recognition of the jurisdiction of the ICC by Ukraine over crimes against humanity, committed by senior officials of the state, which led to extremely grave consequences and mass murder of Ukrainian nationals during peaceful protests within the period 21 November 2013-22 February 2014*, No. 790-VII, 25 February 2014.

¹⁷ *Declaration of Verkhovna Rada of Ukraine to the ICC on the recognition of the jurisdiction of the ICC by Ukraine over crimes against humanity and war crimes committed by senior officials of the Russian Federation and leaders of the Russian Federation and leaders of terrorist organizations 'DNR' [Repubblica popolare di Donetsk] and 'LNR' [Repubblica popolare di Lugansk], which led to extremely grave consequences and mass murder of Ukrainian nationals*, No. 145-VIII, 4 February 2015.

¹⁸ International Criminal Court (Office of the Prosecutor), *Report on Preliminary Examination Activities (2015)*, 12 November 2015, parr. 89-101.

¹⁹ La Procura ritenne che gli eventi in Crimea e Donbass fossero strettamente correlati agli eventi politici dei mesi precedenti (la crisi che aveva avuto il suo epicentro a piazza Maidan) seppur da questi distinti dal punto di vista geografico-temporale e per gravità (*ivi*, parr. 106-108).

²⁰ Il requisito della gravità rileva sotto un duplice profilo. Prima di avviare le indagini la gravità è considerata dal Procuratore, insieme agli interessi delle vittime, per valutare se l'apertura delle indagini sia utile agli *interests of justice*

sarebbero stati ammissibili dinanzi alla Corte in base all'art. 17, par. 3, poiché a quella data le competenti autorità russe e ucraine apparivano talvolta inattive (*inactive*) e i sistemi giudiziari erano talvolta indisponibili (*unavailable*) per l'incapacità, in particolare delle autorità ucraine nelle regioni controllate dalla Russia, «to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise their inability to carry out their proceedings»²¹.

Sulla base dell'esame preliminare il Procuratore distinse i crimini commessi nel corso delle ostilità, quelli commessi in Crimea e quelli commessi durante le detenzioni. Nonostante ciò, però, il Procuratore decise per diverse ragioni di non avviare subito le indagini e preferì attendere la nomina del nuovo Procuratore per definire le questioni strategiche e le priorità operative²².

A febbraio 2022, però, il precipitare della situazione in Ucraina con l'inizio del conflitto armato spinse il nuovo Procuratore ad annunciare già il 28 febbraio l'intenzione di chiedere alla Camera preliminare della Corte l'autorizzazione ad avviare le indagini²³. Non essendo parte allo Statuto, l'accettazione ucraina della giurisdizione non produceva infatti l'effetto previsto dall'art. 13, lett. *a* (riservato ai soli Stati parte) di esonerare il Procuratore dalla necessità di essere autorizzato dalla Camera preliminare. In altre parole, quando la giurisdizione è accettata da uno Stato terzo l'esercizio dell'azione penale segue il regime procedurale previsto dall'art. 13, lett. *c* (iniziativa *motu proprio* del Procuratore) e non quello dell'art. 13, lett. *a o b* (*referral* di uno Stato parte o del Consiglio di sicurezza).

La necessità di chiedere l'autorizzazione avrebbe però assorbito tempo e risorse preziose della Procura a scapito dell'esigenza, fattasi impellente con l'inizio del conflitto, di procedere il prima possibile alla ricerca e raccolta delle prove. Consapevole di queste difficoltà e della volontà di numerosi Stati di agire rapidamente, nella stessa comunicazione del 28 febbraio il Procuratore auspicava, quale «alternative route (...) that could further expedite matters», il *referral* della situazione in Ucraina ad opera di uno Stato parte così da poter avviare immediatamente le indagini senza dover attendere l'autorizzazione dalla Camera preliminare²⁴. L'auspicio del Procuratore fu subito raccolto dalla Lituania che già il giorno successivo depositò il proprio *referral* in qualità di Stato parte. Il 2 marzo, poi, un gruppo di altri 38 Stati parte (tra cui l'Italia) depositò un secondo *referral* collettivo cui si associarono in seguito anche Montenegro, Cile, Giappone e Macedonia del Nord (per un totale di 43 Stati)²⁵.

Un *referral* collettivo per situazioni relative ad altri Stati non è una novità nella prassi della Corte²⁶: già nel 2018 sei Stati parte (Argentina, Canada, Cile, Colombia, Paraguay e Peru) avevano segnalato la possibile commissione in Venezuela dal 2014 in poi di crimini contro l'umanità (indagini poi avviate nel 2021). La peculiarità del *referral* collettivo sull'Ucraina sta però nel cospicuo numero di Stati a conferma non solo della gravità della situazione e della volontà di velocizzare l'attività della

(art. 53, par. 1, lett. *c*). Dopo la conclusione delle indagini la gravità è considerata dal Procuratore, insieme ad altri elementi (interessi delle vittime, età e condizioni di salute dell'imputato, etc.), per valutare se la celebrazione del processo sia *in the interests of justice* (art. 53, par. 2, lett. *c*).

²¹ International Criminal Court (Office of the Prosecutor), *Report on Preliminary Examination Activities 2020*, 14 December 2020, §§ 282-283. Il virgolettato nel testo, tratto dal Report, riprende pedissequamente l'ultima frase dell'art. 17, par. 3, dello Statuto.

²² Il nuovo Procuratore, eletto dall'Assemblea degli Stati parte il 12 febbraio e in carica dal 16 giugno 2021, è il britannico Karim Khan che ha sostituito la gambiana Fatou Bensouda. Le ragioni che avevano indotto il precedente Procuratore a non aprire le indagini riguardavano «the operational capacity of the Office to roll out new investigations, the fact that several preliminary examinations have reached or are approaching the same stage, as well as operational challenges brought on by the COVID-19 pandemic» (*ivi*, par. 289).

²³ Con un memorandum del 1° marzo il Procuratore informò la Presidenza della Corte del *referral* della Lituania. Con decisione del 2 marzo la Presidenza assegnò la situazione in Ucraina alla seconda Camera preliminare.

²⁴ International Criminal Court (Office of the Prosecutor), *Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the situation in Ukraine: "I have decided to proceed with opening an investigation"*, 28 February 2022 (reperibile online).

²⁵ Il *referral* fu effettuato da Albania, Australia, Austria, Belgio, Bulgaria, Canada, Colombia, Costa Rica, Croazia, Cipro, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Germania, Grecia, Islanda, Irlanda, Italia, Lettonia, Liechtenstein, Lussemburgo, Malta, Nuova Zelanda, Norvegia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera e Ungheria.

²⁶ Gli altri *referrals* di Stati parte nel corso degli anni (Uganda, Repubblica Democratica del Congo, Repubblica Centrafricana, Mali, Palestina, Comore, Gabon e Venezuela nella situazione *Venezuela II*) furono sempre individuali e riferiti a situazioni in essere sui loro territori (*self-referral*).

Procura ma, più in generale e anche fuori dal perimetro operativo della Corte penale, dell'intenzione di molti Stati di agire collettivamente dinanzi alle giurisdizioni internazionali a sostegno dell'Ucraina (si vedano, ad es., i numerosi interventi *ad adiuvandum* del ricorso ucraino contro la Russia dinanzi alla Corte internazionale di giustizia)²⁷.

5. L'esclusione del crimine di aggressione dalla giurisdizione della Corte penale nella situazione in Ucraina

Le indagini in corso della Corte penale possono riguardare solo i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità e il crimine di genocidio e finora hanno determinato l'emissione il 17 marzo 2023 di due mandati di arresto a carico del Presidente Vladimir Putin e del *Commissioner for Children's Rights* presso l'Ufficio di Presidenza, Maria Lvova-Belova, per i crimini di guerra di *deportation* e *transfer* in Russia di minori ucraini.

Il crimine di aggressione, pur previsto dallo Statuto²⁸, segue invece un regime giurisdizionale diverso e più restrittivo rispetto agli altri crimini e non è perseguibile nella situazione ucraina sebbene *prima facie* gli elementi sostanziali del crimini sussistano.

Le operazioni militari russe in e contro l'Ucraina integrano alcuni degli «atti di aggressione» indicati dall'art. 8 *bis*, par. 2, dello Statuto – ripresi dall'elenco contenuto nella risoluzione 3314 (XXIX) del 14 dicembre 1974 dell'Assemblea generale sulla definizione di aggressione – a cominciare da quello indicato nella lettera *a*, ossia «l'invasione o l'attacco da parte di forze armate di uno Stato del territorio di un altro Stato o qualunque occupazione militare, anche temporanea, che risulti da detta invasione o attacco o qualunque annessione, mediante l'uso della forza, del territorio di un altro Stato o di parte dello stesso».

Anche ai fini della responsabilità penale individuale sono *prima facie* integrati i requisiti del «crimine di aggressione» indicati dall'art. 8 *bis*, par. 1, per ciò che riguarda «la pianificazione, la preparazione, l'inizio o l'esecuzione, da parte di una persona in grado di esercitare effettivamente il controllo o di dirigere l'azione politica o militare di uno Stato» di un atto di aggressione e il costituire tale atto «una manifesta violazione della Carta (...) per carattere, gravità e portata». Nel diritto internazionale, infatti, la responsabilità penale individuale si configura *a latere* della responsabilità internazionale dello Stato solo se l'atto di aggressione sia particolarmente grave. In tal senso si interpreta la risoluzione 3314 (XXIX) dell'Assemblea generale il cui art. 5 specifica che «a war of aggression [intesa come condotta sistematica e su vasta scala] is a crime against international peace», cioè costituisce un crimine individuale, mentre un atto di aggressione meno grave «gives rise to international responsibility», ossia costituisce solamente un illecito dello Stato.

Nello stesso senso si pronuncia sia l'art. 8 *bis*, par. 1, dello Statuto laddove richiede, per l'insorgere della responsabilità individuale, che la condotta statale consista per carattere, gravità e portata in una «manifesta» violazione della Carta ONU, sia l'art. 28M dello Statuto della futura *African Court of Justice and Human Rights* che prevede che la condotta aggressiva dello Stato o di una «organization, whether connected to the State or not», consista per carattere, gravità e portata in una «manifesta» violazione della Carta ONU e dell'Atto costitutivo dell'Unione africana.

²⁷ Il ricorso ucraino, depositato il 27 febbraio 2022, riguarda l'interpretazione, l'applicazione e l'esecuzione della Convenzione ONU sul Genocidio del 1948 che sarebbe stata violata dalla Russia per aver «falsely claimed that acts of genocide have occurred in the Luhansk and Donetsk oblasts of Ukraine, and on that basis recognized the so-called 'Donetsk People's Republic' and 'Luhansk People's Republic', and then declared and implemented a 'special military operation' against Ukraine» (International Court of Justice, *Ukraine institutes proceedings against the Russian Federation and requests the Court to indicate provisional measures*, Press Release No. 2022/4, 27 February 2022). Trentatré Stati sono intervenuti a sostegno dell'Ucraina (in ordine di intervento: Lettonia, Lituania, Nuova Zelanda, Regno Unito, Germania, Stati Uniti, Svezia, Romania, Francia, Polonia, Italia, Danimarca, Irlanda, Finlandia, Estonia, Spagna, Australia, Portogallo, Austria, Lussemburgo, Grecia, Croazia, Repubblica Ceca, Bulgaria, Malta, Norvegia, Belgio, Canada e Paesi Bassi congiuntamente, Slovacchia, Slovenia, Cipro e Liechtenstein).

²⁸ Pur richiamato nello Statuto sin dal 1998 il crimine di aggressione fu definito dall'Assemblea degli Stati parte tenutasi a Kampala solo nel 2010. Modificato lo Statuto dai c.d. emendamenti di Kampala, la giurisdizione della Corte divenne poi operativa dal 17 luglio 2018.

Nonostante ricorrano *prima facie* i requisiti sostanziali del crimine di aggressione, non vi sono però le condizioni affinché la Corte possa procedere nella situazione ucraina.

In primo luogo, il regime giurisdizionale stabilito dagli Stati parte per questo crimine è più restrittivo rispetto a quello previsto per gli altri crimini dello Statuto. In base all'art. 12, par. 2, la giurisdizione sui crimini di guerra e contro l'umanità e sul genocidio sussiste se il crimine è commesso da chiunque (inclusi i cittadini di uno Stato terzo) sul territorio di uno Stato parte (o di uno terzo che, come l'Ucraina, abbia accettato la giurisdizione) oppure se il crimine viene commesso ovunque (anche nel territorio di uno Stato terzo) dal cittadino di uno Stato parte (o terzo che abbia accettato la giurisdizione). Per il crimine di aggressione invece la giurisdizione va sempre esclusa sugli Stati terzi in base all'art. 15 *bis*, par. 5²⁹, mentre sugli Stati parte sussiste solo se tutti gli Stati coinvolti, ossia l'aggressore e l'agredito, abbiano ratificato o accettato gli emendamenti di Kampala (a oggi 45 Stati, tra cui l'Italia, su 123)³⁰. Non essendo la Russia uno Stato parte la Corte non ha quindi giurisdizione sul crimine di aggressione.

In secondo luogo, la giurisdizione della Corte potrebbe essere attivata da una risoluzione del Consiglio di sicurezza che segnali la situazione proprio con riguardo al crimine di aggressione. In tal caso, come detto, non sarebbe di ostacolo il fatto che lo Stato coinvolto non sia parte allo Statuto agendo il Consiglio ai sensi del capitolo VII della Carta. Questa possibilità è però utopica: l'adozione della risoluzione richiederebbe infatti il voto favorevole o l'astensione anche della Russia che, pur parte in causa, avrebbe ugualmente il diritto di partecipare al voto. In altre parole, la Russia non dovrebbe porre il veto al proprio deferimento alla Corte penale da parte del Consiglio di sicurezza.

6. La cooperazione tra Eurojust e la Corte penale sui crimini commessi in Ucraina: verso un rinnovato modello di “polizia giudiziaria” internazionale

Le indagini del Procuratore della Corte penale sui crimini internazionali in Ucraina, e in particolare sui crimini di guerra (a febbraio 2023 il Procuratore generale ucraino aveva già ricevuto oltre 65.000 segnalazioni), sono complesse e onerose dato che la raccolta e la conservazione delle prove avviene in contesti volatili e pericolosi e i crimini coinvolgono spesso numerose vittime e testimoni producendo una massiccia quantità di dati e informazioni da catalogare, analizzare e scambiare tra le giurisdizioni procedenti³¹.

A tal riguardo, dunque, da maggio 2022 è operativa in Ucraina una squadra della Corte penale (formata da investigatori, esperti forensi, personale di supporto, etc.), quasi tutti distaccati dai Paesi Bassi, che coadiuva le autorità ucraine nelle indagini e raccoglie testimonianze, prove, informazioni e materiale digitale e forense per le proprie. Altresì rilevante è stata la costituzione di una squadra investigativa comune (SIC Ucraina) tra Ucraina, Lituania, Polonia, Estonia, Lettonia, Slovacchia e Romania che, con il supporto operativo, finanziario e informativo di Eurojust e la partecipazione di

²⁹ Art. 15 *bis*, par. 5: «In respect of a State that is not a party to this Statute, the Court shall not exercise its jurisdiction over the crime of aggression when committed by that State's nationals or on its territory». Anche l'entrata in vigore degli emendamenti sul crimine di aggressione (si applicano solo agli Stati che li ratifichino) segue un regime diverso da quello applicabile agli altri crimini (entrano in vigore per tutti gli Stati parte raggiunta la soglia dei 7/8 delle ratifiche).

³⁰ Gli Stati che a oggi hanno accettato o ratificato gli emendamenti sono: Andorra, Argentina, Austria, Belgio, Bolivia, Botswana, Cile, Costa Rica, Croazia, Cipro, Ecuador, El Salvador, Estonia, Finlandia, Georgia, Germania, Guyana, Islanda, Irlanda, Italia, Lettonia, Liechtenstein, Lituania, Lussemburgo, Macedonia del Nord, Malta, Mongolia, Niger, Paesi Bassi, Palestina, Panama, Paraguay, Peru, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Samoa, San Marino, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Trinidad e Tobago, Uruguay. L'Italia ha ratificato gli emendamenti con la legge 10 novembre 2021, n. 202, e sul piano degli obblighi internazionali questi sono in vigore dal 10 novembre 2022. Una parte della dottrina e alcuni Stati interpretano diversamente il combinato disposto dello Statuto, degli emendamenti di Kampala e della risoluzione ICC-ASP/16/Res.5 del 2017 di attivazione della giurisdizione sull'aggressione. Ferma restando l'esclusione della giurisdizione sugli Stati terzi, essa sussisterebbe sugli Stati parte anche se uno solo tra aggressore e agredito abbia ratificato gli emendamenti di Kampala. Sul punto, per tutti, si veda F. LATTANZI, *Un tribunale speciale per i crimini commessi dai “Russi” in Ucraina?*, in *formiche.net*, 20 febbraio 2023.

³¹ Oltre alle indagini della Corte e dell'Ucraina, anche in altri Stati (Romania, Lettonia, Svezia, Polonia, Canada, etc.) sono in corso procedimenti (quasi tutti) per crimini di guerra. Gli Stati Uniti, dal canto loro, hanno modificato la legislazione sui crimini di guerra così da poter perseguire i criminali presenti sul proprio territorio anche se il crimine non è stato commesso negli Stati Uniti o in danno di cittadini statunitensi all'estero.

Eurojust, indaga sui crimini di guerra e, da aprile 2023, anche sul crimine di genocidio³². Per la prima volta, inoltre, anche la Procura della Corte penale internazionale partecipa alla SIC Ucraina.

Il ruolo di Eurojust non è però circoscritto alla pur preziosa attività di supporto della SIC Ucraina. La complessità e la gravità della situazione hanno infatti determinato le Istituzioni dell'UE a potenziare i poteri di sostegno, coordinamento e cooperazione attribuiti a Eurojust dal regolamento (UE) 2018/1727. Con procedura d'urgenza è stata così ampliata la funzione operativa di sostegno alle azioni di contrasto «anche preservando, analizzando e conservando le prove relative [ai crimini di guerra, contro l'umanità e di genocidio] e ai reati connessi e consentendo lo scambio di tali prove o mettendole in altro modo a disposizione diretta delle autorità nazionali competenti e delle autorità giudiziarie internazionali, in particolare la Corte penale internazionale»³³.

Le modifiche del regolamento Eurojust hanno riguardato anche l'archivio automatizzato dell'Agenzia. È stato quindi costituito, in parallelo al sistema già esistente di gestione dei fascicoli, un nuovo sistema automatico di gestione e conservazione dei dati sugli autori e le vittime dei crimini internazionali. La nuova banca dati, denominata CISED (*Core International Crimes Evidence Database*) e operativa dal 23 febbraio 2023³⁴, conserva anche registrazioni audio e video, fotografie e immagini satellitari e grazie a nuove specifiche tecnico-informatiche che superano l'obsolescenza dell'esistente *case management system* consente di indicizzare eventi e dati secondo parametri di tempo e luogo così migliorando l'analisi operativa e, in generale, aumentando qualità, rapidità ed efficienza di indagini e azioni penali.

Infine, Eurojust ospita anche l'ICPA (*International Centre for the Prosecution of the Crime of Aggression*), operativo da luglio 2023, che supporta la SIC Ucraina, garantisce l'allineamento tra le indagini sul crimine di aggressione e quelle sugli altri crimini internazionali e preserva le prove in vista dei futuri processi³⁵. Al di là del riferimento specifico al crimine di aggressione, l'intenzione dell'UE è di rendere l'ICPA una sorta di “cabina di regia” per la gestione delle indagini e delle prove per tutti i crimini commessi in Ucraina e, in futuro, anche per qualunque crimine internazionale oggetto di indagine da parte degli Stati membri dell'UE con il supporto di Eurojust.

Il complessivo quadro tratteggia per il futuro nuove sinergie tra la Corte penale e l'UE tramite i suoi Stati membri e le Agenzie operanti nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. La sponda preziosa che l'UE offre alla Corte nelle indagini sull'Ucraina attraverso una cooperazione articolata e potenziata da nuovi strumenti e strutture, da un canto, contribuisce a mitigare l'inevitabile debolezza che affligge la Corte in quanto istanza giurisdizionale di una Comunità internazionale anorganica e paritaria e, dall'altro, prospetta per il futuro un «modello di riferimento per esercitare la giustizia sui crimini di ogni specie e a qualunque latitudine offrendo un porto sicuro alle pretese punitive della Corte penale e delle giurisdizioni nazionali competenti (...) e consolida meccanismi di cooperazione che, messi a sistema e recepiti anche al di fuori del sistema europeo, faciliteranno (...) il consolidamento strutturale, la procedimentalizzazione e la digitalizzazione dell'esercizio internazionale delle funzioni di polizia giudiziaria in materia di crimini internazionali»³⁶.

³² Eurojust, *The joint investigation team garners further support for the ICPA and agrees to investigate genocide crimes in Ukraine*, Press release, 14 April 2023, reperibile online. La decisione fu presa durante il 17° *working meeting* della SIC Ucraina. Il mese precedente gli Stati partecipanti avevano anche concluso un memorandum d'intesa con il Dipartimento di Giustizia statunitense per rafforzare il coordinamento e lo scambio informativo tra le diverse autorità procedenti. Il Dipartimento statunitense ha inoltre concluso alcune intese bilaterali con l'Ufficio del Procuratore generale ucraino per fornire formazione e assistenza su casi specifici e sviluppare un «secure electronic case management and analysis system».

³³ Così l'art. 4, par. 1, lett. j, del regolamento 2018/1727 emendato a maggio 2022. I crimini internazionali richiamati già rientravano tra le forme gravi di criminalità che, se transnazionali, ricadono nella competenza di Eurojust.

³⁴ La banca dati CISED è alimentata dagli Stati membri e dagli Stati terzi che abbiano distaccato un magistrato di collegamento presso Eurojust (a oggi sono 10 tra cui Ucraina, Regno Unito e Stati Uniti).

³⁵ Ad aprile 2023 il Dipartimento di Giustizia statunitense ha comunicato il distacco di un proprio procuratore presso l'ICPA.

³⁶ P. BARGIACCHI, *Guerra e giustizia in Ucraina: l'Occidente, gli “altri” e tre elefanti nella stanza*, in *DPCE online*, n. 1, 2023, VII.

7. Soluzioni alternative alla Corte penale per il perseguimento del crimine di aggressione: un tribunale istituito da un trattato tra l'ONU e l'Ucraina oppure tra gli Stati *United for Justice* e l'Ucraina?

L'assenza di giurisdizione della Corte penale sul crimine di aggressione, la complessità anche politica di emendare lo Statuto per equiparare il regime procedurale dell'aggressione a quello degli altri crimini (ponendo così fine all'esclusione assoluta di cui gli Stati terzi beneficiano) e la ritrosia di alcuni Stati a considerare la Corte come il foro più idoneo a perseguire questo crimine, inducono da diversi mesi la coalizione degli Stati *United for Justice*³⁷ a esplorare soluzioni alternative, nonostante l'aperta contrarietà del Procuratore della Corte³⁸, al fine di perseguire i presunti responsabili dell'aggressione russa.

Un tribunale penale internazionale istituito dal Consiglio di sicurezza sulla falsariga dei Tribunali per la ex Jugoslavia e per il Ruanda creati dalle risoluzioni 827 (1993) e 955 (1994) tradurrebbe la pretesa punitiva della Comunità internazionale *as a whole* e garantirebbe indipendenza, imparzialità e rispetto dei più elevati standard internazionali in materia di *fair trial*. Questa opzione è però utopica: l'adozione della risoluzione istitutiva richiederebbe il voto favorevole o l'astensione della Russia che, pur parte in causa, avrebbe ugualmente il diritto di partecipare al voto e non dovrebbe porre il veto.

Il potere dell'Assemblea generale di istituire direttamente un tribunale penale sembra invece da escludersi. Sebbene la Carta le attribuisca una serie di poteri e funzioni riguardanti «qualsiasi questione od argomento che rientri nei fini» dell'ONU (art. 10), manca una disposizione specifica equivalente all'art. 41 e, in ogni caso, l'Assemblea non ha il potere, come il Consiglio, di obbligare gli Stati a eseguire le misure deliberate potendo solo «fare raccomandazioni» (art. 10). Tutto ciò non impedisce però all'Assemblea di concorrere a diverso titolo nella creazione di un tribunale internazionale per il crimine di aggressione³⁹.

I poteri generali conferiti dalla Carta costituiscono un fondamento sufficiente per essere parte attiva in un eventuale processo istitutivo, tanto più essendo già stata convocata in sessione speciale di emergenza sull'Ucraina dal Consiglio di sicurezza con la risoluzione 2623 (2022) del 27 febbraio 2022⁴⁰.

³⁷ Gli Stati più impegnati a promuovere l'*accountability* russa per i crimini internazionali, e in particolare per il crimine di aggressione, hanno così denominato la loro coalizione. Ad aprile 2023 il Ministro degli Affari esteri ucraino, Dmytro Kuleba, ha dato il benvenuto al Costa Rica quale 34° Stato della coalizione. Il Ministro ha poi riferito che l'*Online Summit of the Leaders of the Member States of the Coalition (Core Group) on the Creation of a Special Tribunal on the Crime of Aggression Against Ukraine*, tenutosi il 9 maggio 2023, ha visto 37 partecipanti tra Stati e organizzazioni internazionali. Gli Stati *United for Justice* appartengono quasi tutti ai gruppi regionali *Eastern European* e *Western European and other States* dell'Assemblea generale.

³⁸ Alla Conferenza di Londra del 20 marzo 2023 che ha riunito i Ministri della Giustizia di diversi Stati per supportare, anche finanziariamente, le indagini della Corte penale, il Procuratore ha invitato gli Stati parte a colmare le lacune dello Statuto che gli impediscono di procedere piuttosto che ricercare soluzioni fuori dal sistema della Corte. Già in precedenza il Procuratore aveva evidenziato che lo Statuto «has provisions for aggression. I think it's not beyond the wit of states to look at ways of dealing with gaps that are said to exist» (Reuters, *War crimes Prosecutor: ICC should prosecute aggression, can try heads of state*, 5 December 2022).

³⁹ Cfr. D. JINKS, *Does the U.N. General Assembly have the authority to establish an International Criminal Tribunal of Syria?*, in *justsecurity.org*, 22 May 2014; L. JOHNSON, *United Nations Response Options to Russia's Aggression: Opportunities and Rabbit Holes*, in *justsecurity.org*, 1 March 2022; O. HATHAWAY, M. MILLS, H. ZIMMERMAN, *The Legal Authority to Create a Special Tribunal to Try the Crime of Aggression Upon the Request of the UN General Assembly*, in *justsecurity.org*, 5 May 2023; J. TRAHAN, *U.N. General Assembly Should Recommend Creation of Crime of Aggression Tribunal for Ukraine: Nuremberg Is Not the Model*, in *justsecurity.org*, 7 March 2022; ID., *Revisiting the History of the Crime of Aggression in Light of Russia's Invasion of Ukraine*, in 26 *ASIL Insights* 2, 19 April 2022.

⁴⁰ La convocazione è avvenuta in base alla risoluzione 377-V dell'Assemblea generale del 3 novembre 1950 (*Uniting for Peace*). In quella occasione l'Assemblea, dinanzi allo stallone del Consiglio di sicurezza nella crisi coreana, stabilì che in simili casi avrebbe potuto rivolgere agli Stati appropriate raccomandazioni sull'adozione di misure collettive, incluso l'invito a usare la forza. La risoluzione *Uniting for Peace* può essere invocata dall'Assemblea o dal Consiglio. Le ultime convocazioni del Consiglio risalivano al 1980 (conflitto russo-afghano) e al 1982 (situazione in Siria e Israele). La risoluzione 2623 (2022) fu approvata con undici voti favorevoli, il voto contrario della Russia e tre astensioni (Cina, India, Emirati Arabi Uniti). Trattandosi di una risoluzione su una questione considerata procedurale non si applica l'art. 27, par. 3, della Carta e dunque i Membri permanenti non hanno il diritto di veto.

Come avvenuto per la creazione delle *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* (ECCC), l'Assemblea potrebbe raccomandare al Segretario generale di negoziare con l'Ucraina un trattato istitutivo di un meccanismo giurisdizionale per il crimine di aggressione⁴¹. La risoluzione andrebbe adottata a maggioranza dei due terzi degli Stati presenti e votanti (129) trattandosi di una «questione importante» ai sensi dell'art. 18, par. 2, della Carta (in passato, però, l'Assemblea ha deciso questioni di indubbia rilevanza anche a maggioranza semplice pari a 97) e sarebbe il punto di partenza di un processo costitutivo espressione della volontà punitiva dell'intera Comunità internazionale⁴². Come già per le ECCC, l'Assemblea approvarebbe poi la bozza del trattato tra l'ONU e l'Ucraina al termine dei negoziati consentendone così la successiva stipulazione⁴³.

Il concorso dell'Assemblea nella creazione del tribunale garantirebbe quella adeguata legittimazione rappresentativa della pretesa punitiva della Comunità internazionale *as a whole* che qui chiameremo *internazionalità sistemica* nella misura in cui «traduce in termini teorico-generalisti l'assetto strutturale e il modo di essere della Comunità contemporanea, costituisce il parametro decisivo per valutare le modalità di esercizio della giustizia penale nel correlato *international discourse* e influisce sulla credibilità ed effettività del conseguimento degli obiettivi di fare giustizia e garantire la pace⁴⁴».

L'importanza dell'internazionalità sistemica quale condizione essenziale di legittimazione giuridica e politica dei tribunali penali, internazionali o ibridi che siano, è confermata da diversi indizi. Il Consiglio di sicurezza ha sempre rivendicato il fatto che i propri tribunali erano legittimati in quanto espressione della volontà punitiva di tutti gli Stati dell'ONU e anche l'Assemblea generale nella risoluzione ES-11/6 del 23 febbraio 2023 ha rimarcato che l'*accountability* per i crimini internazionali in Ucraina va comunque garantita «through appropriate, fair and independent investigations and prosecutions at the national and international level», così correlando credibilità, indipendenza e imparzialità dei meccanismi di *accountability* alla loro internazionalità sistemica. In tale ottica, anche la Commissione europea e l'Ucraina hanno evidenziato l'esigenza di coinvolgere l'Assemblea nella creazione del tribunale speciale sul crimine di aggressione. Nel presentare a novembre 2022, su richiesta del Consiglio europeo, le opzioni al riguardo (un tribunale speciale internazionale e indipendente o una corte specializzata incardinata nel sistema giudiziario ucraino con giudici internazionali), la Commissione europea ha infatti rimarcato come in entrambe le ipotesi sia comunque essenziale lo «strong backing» dell'ONU attraverso l'Assemblea⁴⁵.

Dal canto suo, l'Ucraina chiede che nella risoluzione dell'Assemblea generale di avvio del processo di costituzione del tribunale vi sia un espresso riferimento a un «international mechanism [e non a un] simple mechanism of responsibility for committing the crime of aggression⁴⁶».

Nonostante ciò, il coinvolgimento dell'Assemblea generale a oggi non è certo.

In primo luogo, alcuni Stati *United for Justice* sembrano restii a fissare il precedente di un tribunale che giudichi la legittimità dell'uso della forza creato con il concorso decisivo di un organo

⁴¹ Dinanzi ai crimini internazionali commessi dai Khmer rossi dal 1975 al 1979 nell'allora *Democratic Kampuchea*, l'Assemblea adottò alcune risoluzioni (la 52/135 del 12 dicembre 1997; la 55/95 del 4 dicembre 2000; la 56/169 del 19 dicembre 2001) indirizzate al Segretario generale per raccomandare l'avvio dei negoziati tra l'ONU e la Cambogia. Sospesi i negoziati per la riluttanza della Cambogia a modificare nel senso richiesto dall'ONU la legge del 2001 istitutiva delle ECCC, il Segretario generale, prima di riprenderli dopo che la Cambogia si era resa disponibile a modificarla, chiese all'Assemblea o al Consiglio un «clear mandate» (Secretary-General, Press Release, 10 August 2002, SG/SM/8341). Con la risoluzione 57/228 A del 18 dicembre 2002, l'Assemblea raccomandò la ripresa dei negoziati.

⁴² «Creating the court through an agreement between Ukraine and the UN on the recommendation of the UN General Assembly would ensure that the new court is on firm international legal ground and safeguard the court's legitimacy» (A. KOMAROV, O. HATHAWAY, *The Best Path for Accountability for the Crime of Aggression under Ukrainian and International Law*, in *justsecurity.org*, 11 April 2022, 3).

⁴³ Il testo adottato al termine dei negoziati fu sottoposto dal Segretario generale all'Assemblea per l'approvazione avvenuta con la risoluzione 57/228 B del 13 maggio 2003. L'*Agreement between the UN and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodian law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea* fu poi firmato dalla Cambogia e dall'ONU a Phnom Penh il 6 giugno 2003.

⁴⁴ P. BARGIACCHI, *Guerra e giustizia in Ucraina*, cit., XII.

⁴⁵ European Commission, *Ukraine: Commission presents options to make sure that Russia pays for its crime*, Press release IP/22/7311, 30 November 2022.

⁴⁶ A. SMYRNOV (*Deputy Head of the Presidential Office*), intervista al *Kyiv Post*, 16 marzo 2023 (reperibile online).

plenario in cui gli Stati del *Global South* hanno la maggioranza. Per alcuni Stati l'eventuale creazione in futuro di altri tribunali chiamati a sindacare le operazioni militari degli Stati e perseguirne gli organi di vertice, negandogli anche l'immunità personale, costituirebbe un pericolo da non correre⁴⁷.

In secondo luogo, il rischio di non avere in Assemblea la maggioranza, anche semplice, per adottare la risoluzione istitutiva è concreto e, nonostante gli sforzi diplomatici in atto e qualche previsione ottimistica⁴⁸, non è scontato che l'ampia maggioranza che si è formata sulle risoluzioni di condanna della Russia per la violazione di principi e regole internazionali ampiamente condivisi si materializzi anche laddove l'Assemblea fosse chiamata a decidere su una questione così delicata e foriera di conseguenze⁴⁹. La più esigua maggioranza che ha adottato le risoluzioni più "operative" sulla questione ucraina (sospensione della Russia dallo *Human Rights Council* ad aprile 2022 e riparazione dei danni derivanti dall'aggressione a novembre 2022) sembra indicativa di tale rischio che, se concretizzato, diventerebbe un boomerang politico per gli Stati proponenti⁵⁰.

I pericoli e i rischi appena indicati inducono dunque gli Stati *United for Justice*, ma non anche l'Ucraina, a ricercare soluzioni esterne al sistema ONU – un tribunale speciale internazionale (lo *Special Tribunal for the Crime of Aggression* nel linguaggio della Commissione europea) o una corte integrata nel sistema giudiziario ucraino (è stato proposto il nome di *Extraordinary Ukrainian Chamber for Aggression*) – fondate su un trattato tra l'Ucraina e l'UE o il Consiglio d'Europa⁵¹ oppure tra l'Ucraina e gli Stati *United for Justice*.

Nel primo caso un modello di riferimento potrebbe essere quello delle EAC, *Extraordinary African Chambers*, incardinate dal 2013 al 2017 nell'apparato giudiziario senegalese per perseguire i crimini internazionali commessi in Ciad durante la presidenza di Hissène Habré. Il Senegal, dove Habré si era rifugiato dopo la destituzione nel 1990, concluse nel 2012 il trattato istitutivo delle EAC con l'Unione africana in risposta alla forte pressione internazionale che gli chiedeva di processare o estradare Habré⁵². Nel secondo caso, in linea di principio, il modello di riferimento sarebbe quello del Tribunale militare internazionale di Norimberga creato dall'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945

⁴⁷ C. MCDOUGAL, *Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine is the Best Available Option: A Reply to Kevin Jon Heller and Other Critics*, in *opiniojurist.org*, 15 March 2022. Anche l'ex Segretario generale Ban Ki-moon ha notato come alcuni Stati, «including those that publicly champion and defend the rules-based international order, may have reservations about the General Assembly playing this kind of leadership role on accountability», alludendo al timore di creare un precedente incontrollabile per futuri casi simili (*The Path to an International Tribunal on Aggression in Ukraine Must Go Through the UN General Assembly*, in *passblue.com*, 23 April 2023).

⁴⁸ Secondo il Rappresentante permanente dell'Estonia all'ONU la difficoltà di ottenere la maggioranza sarebbe «mere speculation without a meaningful attempt to prove the contrary» dato che «in private conversations and during our briefings for the wider U.N. membership, there has been no straightforward rejection of the idea of an international Tribunal. To the contrary, when it comes to accountability to preserve the current legal order with the U.N. and Charter at its core, countries have been rather united and supportive. The initial reluctance to deal with impunity in Ukraine seems to be receding as our hesitation would only fuel the ongoing aggression» (R. TAMMSAAR, *An International Special Tribunal is the Only Viable Path to a Just and Lasting Peace in Ukraine*, in *justsecurity.org*, 9 May 2023). Anche Ban Ki-moon ha evidenziato come il «momentum for such a tribunal is building, with more states joining the core group that is working on accountability for Russia's aggression» (v. nota 47).

⁴⁹ La risoluzione ES-11/1 del 2 marzo 2022 (condanna dell'aggressione) fu adottata con 141 voti favorevoli, 5 contrari (Bielorussia, Corea del Nord, Eritrea, Russia e Siria), 35 astenuti e 12 non votanti. La risoluzione ES-11/2 del 24 marzo 2022 (richiesta di garanzie umanitarie) fu adottata con 140 voti favorevoli, 5 contrari, 38 astenuti e 10 non votanti. La risoluzione ES-11/4 del 12 ottobre 2022 (riaffermazione dell'integrità territoriale ucraina a difesa dei principi della Carta e condanna dei referendum a Luhansk e Donetsk) fu adottata con 143 voti favorevoli, 5 contrari, 35 astenuti e 10 non votanti. La risoluzione ES-11/6 del 23 febbraio 2023 (richiesta di una pace onnicomprensiva, giusta e duratura) fu adottata con 141 voti favorevoli, 7 voti contrari (Bielorussia, Corea del Nord, Eritrea, Mali, Nicaragua, Russia e Siria), 32 astenuti e 13 non votanti.

⁵⁰ La risoluzione ES-11/3 del 7 aprile 2022 fu adottata con 93 voti favorevoli, 24 contrari, 58 astenuti e 18 non votanti. La risoluzione ES-11/5 del 14 novembre 2022 fu adottata con 94 voti favorevoli, 14 contrari, 73 astenuti e 12 non votanti.

⁵¹ Per K.J. HELLER il Consiglio d'Europa sarebbe l'organizzazione internazionale più idonea per la creazione della *Extraordinary Ukrainian Chamber for Aggression* (*The Best Option: An Extraordinary Ukrainian Chamber for Aggression*, in *opiniojurist.org*, 16 March 2022). Sulla creazione di un «European-regional hybrid tribunal», v. anche Global Accountability Network, *Considerations for the Setting up of The Special Tribunal for Ukraine on the Crime of Aggression*, July 2022, 6-7 (reperibile online).

(la cui stessa internazionalità, tra l'altro, una parte della dottrina mette, a nostro avviso correttamente, in discussione)⁵³.

L'istituzione di un tribunale esterno al sistema ONU eviterebbe il rischio di non raggiungere la maggioranza in Assemblea generale e la difficoltà di fronteggiare le prevedibili pressioni russe per ostacolarne o ritardarne la costituzione e il funzionamento. La dimensione di un simile tribunale sarebbe però prettamente occidentale dato che quasi tutti gli Stati *United for Justice* hanno quella matrice e che le organizzazioni più coinvolte sono l'UE e il Consiglio d'Europa.

In termini giuridici, un tribunale così caratterizzato e creato da 30-40 Stati occidentali non avrebbe un adeguato grado di internazionalità sistemica perché non esprimerebbe la pretesa punitiva della Comunità internazionale nel suo complesso. In termini politici, verrebbe poi considerato, a torto o a ragione, uno strumento della volontà punitiva dei soli Stati e organizzazioni che lo supportano⁵⁴. Sarebbe dunque difficile «affirm the legitimacy of an international tribunal solely on the basis of an agreement between States, at least if universality and representativeness of the international community are recognised as decisive criteria⁵⁵».

Si è anche evidenziato il rischio che un precedente del genere nell'attuale situazione internazionale possa innescare un disgregante effetto imitativo⁵⁶, facendo anche della giustizia penale internazionale uno strumento politico di scontro tra gli Stati, ed è stata rimarcata la selettività di un tribunale istituito con il beneplacito di Regno Unito e Stati Uniti, che invasero l'Iraq nel 2003, o di altri Stati che, nel definire la giurisdizione della Corte penale sul crimine di aggressione, hanno voluto limitarla nei confronti degli Stati parte ed escluderla del tutto nei confronti di quelli terzi⁵⁷.

7.1. *Segue: un tribunale internazionale oppure una corte ibrida incardinata nel sistema giudiziario ucraino?*

⁵² La maggior pressione fu esercitata dal Belgio che convenne il Senegal dinanzi alla Corte internazionale di giustizia per l'accertamento dell'obbligo di estradare o processare Habré in base alla Convenzione contro la tortura del 1984. Dopo la sentenza della Corte del 2012 che accolse il ricorso belga, il Senegal concluse l'accordo con l'Unione africana. Il tribunale, finanziato da molti *donors* internazionali e stranieri, ebbe giurisdizione anche sui crimini di genocidio, di guerra e contro l'umanità. Giudici e procuratori furono senegalesi, a eccezione dei Presidenti delle Camere dibattimentali e d'appello aventi altre nazionalità africane, e vennero nominati dal Presidente della Commissione dell'Unione africana su proposta del Ministro della Giustizia del Senegal. Il processo ad Habré (il più importante tra quelli celebrati a carico di funzionari e ufficiali del suo governo) si concluse nel 2017 con la condanna in appello all'ergastolo per crimini contro l'umanità e tortura. Hissène Habré morì poi in carcere nell'agosto 2021.

⁵³ La tesi secondo cui i Tribunali di Norimberga e Tokyo non furono "internazionali" è di R. QUADRI (*Diritto internazionale pubblico*, V ed., Napoli, 1968, 421-422). Più recentemente in senso conforme si veda U. LEANZA-I. CARACCILOLO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parte generale*, IV ed., Torino, 2022, 470 («La loro natura è piuttosto equiparabile a quella di tribunali statali, data la circostanza che in Germania ed in Giappone, al termine del secondo conflitto mondiale, la suprema autorità era detenuta da Stati che avevano concordato di esercitare in comune una competenza loro derivante dall'eguale condizione di Potenze vincitrici della guerra») e A. SINAGRA-P. BARGIACCHI, *op. cit.*, 508-510.

⁵⁴ Gli Stati eserciterebbero congiuntamente l'azione «by pooling their universal jurisdiction over the crime of aggression» (S. VASILIEV, *Aggression against Ukraine: Avenues for Accountability for Core Crimes*, in *ejiltalk.org*, 3 March 2022).

⁵⁵ O. CORTEN, V. KOUTROULIS, *Tribunal for the crime of aggression against Ukraine – a legal assessment*, In-Depth Analysis requested by the DROI Subcommittee (European Parliament), December 2022, 36 (reperibile online).

⁵⁶ «While the initiative has been useful to spark discussion, setting modern precedent for a handful of states to create a tribunal denominated as “international” – much as it could be appealing in the current situation – sets a poor precedent. It is selective justice (...) Next time Russia, Belarus and other states might design such tribunal. Such selective (if expeditious) attempts at justice or evidence-gathering should be rejected for ones that carry more multilateral support» (J. TRAHAN, *U.N. General Assembly*, cit., 3).

⁵⁷ «The US and the UK (...) invaded Iraq with massive military force, overthrew its government, and occupied its territory. And it did so based on a series of knowing and intentional lies about Iraq being involved in 9/11 and possessing weapons of mass destruction. That invasion was unlawful and criminal (...) Yet not a single American or British leader has ever been prosecuted for aggression. Nor did the war in Iraq lead to high-profile calls for creating a Special Tribunal for the Punishment of the Crime of Aggression Against Iraq (...) A Special Tribunal [for Ukraine] created and run by the same states that invaded Iraq would not be legitimate. The hands of those states – particularly the UK and US, but also other states involved in the invasion itself such as Australia and Spain – are simply too unclean. It would also be a travesty if

Nonostante tali criticità e fermo restando che alcuni Stati, come l'Ucraina e il Liechtenstein⁵⁸, continuano a ricercare lo *strong backing* dell'ONU, gli altri Stati della coalizione *United for Justice* sembrano ormai orientarsi verso la costituzione di un meccanismo giurisdizionale esterno al sistema ONU fondato su un trattato tra loro e l'Ucraina secondo il modello del Tribunale di Norimberga la cui evocazione, tra l'altro, garantisce un forte impatto retorico-mediatico sugli utenti del mainstream globale e facilita l'assimilazione tra le due situazioni a tutto vantaggio dell'*international discourse* occidentale sulla giustizia penale in Ucraina.

Va comunque rimarcato che l'Ucraina, anche senza l'appoggio dell'ONU, non intenderebbe prescindere dalla creazione di un tribunale speciale internazionale, invece che ibrido, per la maggiore legittimazione di cui godrebbe. Come sottolineato più volte dal *Deputy Head* del Presidente Zelensky (e come ribadito dallo stesso Presidente nella sua visita alla Corte penale del 4 maggio 2023), infatti, la sentenza deve essere emessa da un tribunale internazionale che rappresenti il «civilized world» mentre una corte ibrida nel sistema giudiziario ucraino trasmetterebbe l'errata percezione di decidere su un «mere conflict between two countries»⁵⁹.

Dello stesso avviso non sono però alcuni importanti Stati della coalizione *United for Justice*, come Regno Unito, Germania e Stati Uniti, che si orientano per una *internationalized national court*, cioè un tribunale ibrido incardinato nel sistema ucraino. Anche il G7 di aprile 2023 ha supportato la creazione di un «internationalized tribunal based in Ukraine's judicial system»⁶⁰.

La divergenza tra gli Stati che preferiscono il modello ibrido e l'Ucraina è di grande significato anche perché la preferenza per il modello ibrido sarebbe dovuta al fatto che questi Stati sono «scettici» sul modello internazionale a causa del timore, riferito dal *Deputy Head* ucraino nell'intervista al *Kyiv Post* citata in nota 46, di stabilire un pericoloso precedente che potrebbe essere invocato in futuro per le loro operazioni militari.

Gli Stati Uniti supportano espressamente un «internationalized tribunal rooted in Ukraine's judicial system, but that also includes international elements in the form of substantive law, personnel, information sources, and structure». La sede potrebbe essere a L'Aja così da rinforzare «Ukraine's desired European orientation, lend gravitas to the initiative, and enable international involvement, including through Eurojust»⁶¹. Anche il Regno Unito ha preso le distanze dalla richiesta ucraina di un tribunale internazionale e suggerisce una «specialised court integrated into Ukraine's national justice system with international elements» e sostenuta da «sufficient international support» che, lavorando in parallelo rispetto alle indagini della Corte penale sugli altri crimini, ne integri l'operato senza indebolirlo⁶². Dal canto suo, il Ministro degli Affari esteri tedesco, in un discorso tenuto a

the Special Tribunal was created by the same states that were responsible for neutering the crime of aggression at the ICC» (K.J. HELLER, *Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine Is a Bad Idea*, in *opiniojuris.org*, 7 March 2022, 5). Da settembre 2021 Heller è lo *Special Adviser on International Criminal Law Discourse* del Procuratore della Corte penale internazionale.

⁵⁸ In occasione dell'*Online Summit* del 9 maggio 2023 (v. nota 37), il Primo Ministro del Liechtenstein ha riconosciuto che «setting up an international tribunal will not be easy [e che ciò] requires building a broad support base – also with States who are not present here today», restando comunque fiducioso perché «as we have seen on several occasions now in the UN General Assembly, an overwhelming majority of States want to live in a world ruled by law and not by mighty» (Statement by H.E. Dr. Daniel Risch, Prime Minister of the Principality of Liechtenstein, 9 May 2023, reperibile online).

⁵⁹ A. SMYRNOV, intervista al *Kyiv Post*, cit.. Già a novembre 2022, dopo una riunione del *Working group on the creation of a special international tribunal on the crime of aggression against Ukraine* (composto da deputati della Rada, membri del governo e dal Procuratore generale ucraino), il *Deputy Head* aveva rimarcato come la giurisdizione del futuro tribunale speciale dovesse essere riconosciuta «by as many countries as possible» per renderlo «an internationally recognized and maximally legitimate legal instrument» (President of Ukraine Volodymyr Zelenskyy, official website, *Andriy Smirnov held a meeting of the working group on the creation of a special international tribunal on the crime of aggression*, 1 November 2022).

⁶⁰ G7 Japan 2023 Foreign Ministers' Communiqué, sec. II, par. 1, 3.

⁶¹ US Department of State, *Statement by Beth Van Schaack – Ambassador-at-Large for Global Criminal Justice*, 27 March 2023.

⁶² Negli ultimi mesi in questi termini si sono espressi il *Foreign Secretary* e il Primo Ministro, il quale alla Conferenza di Londra (v. nota 38), pur comprendendo «the importance of [a special international tribunal] to the people of Ukraine», ha però evidenziato che «it is a much more complicated question to deal with», giustificando così la preferenza per un tribunale ibrido.

gennaio 2023 a L'Aja per il centenario della *Academy of International Law*, ha individuato quale opzione migliore quella di una corte ibrida che derivi «its jurisdiction from Ukrainian criminal law» e sia integrata da elementi internazionali (giudici e procuratori designati da organi internazionali, norme sostanziali e processuali, sede all'estero, supporto finanziario straniero e internazionale, etc.) per rafforzarne imparzialità e legittimazione⁶³.

Il dibattito tra gli Stati *United for Justice* sull'opzione migliore è ancora in divenire ma sembra ormai prevalere, nonostante l'opposizione dell'Ucraina, la preferenza per un tribunale ibrido piuttosto che internazionale. A causa della eterogeneità di modelli e soluzioni adottate nella prassi da Versailles in poi, qualificare un tribunale come ibrido o internazionale non è agevole e spesso la classificazione e il grado di ibridazione o internazionalizzazione della singola istanza (che dipende di volta in volta da numerose circostanze di fatto e di diritto)⁶⁴ diventano oggetto di valutazioni divergenti in dottrina. Neanche la diffusa distinzione tra tribunali «truly international» e ibridi, cioè quelli il cui «apparato istituzionale e/o il cui diritto applicabile si sostanziano in un insieme di elementi in parte a carattere interno ed in parte a carattere internazionale»⁶⁵, dipana sempre ogni incertezza⁶⁶.

Senza dubbio, come evidenzia l'Ucraina, un tribunale speciale internazionale avrebbe una più solida legittimazione rispetto a uno incardinato nel proprio sistema nazionale. Il punto dirimente per il diritto internazionale sta però nel grado di internazionalità sistemica del tribunale che non dipende dal modello adottato, internazionale o ibrido⁶⁷, ma dall'essere o meno il tribunale l'espressione effettiva della volontà punitiva di una Comunità internazionale *as a whole* che ha giuridicizzato tra i propri valori fondamentali la repressione dei crimini internazionali e ha consolidato alcune categorie (*jus cogens*, obblighi *erga omnes*, responsabilità penale personale) a protezione di quel valore.

A nostro avviso, qualunque meccanismo esterno al sistema ONU e privo di un chiaro, espresso e ampio supporto dell'Assemblea generale, internazionale o ibrido che poi sia, non avrà mai quella internazionalità sistemica necessaria a rappresentare la coscienza giuridica dell'intera Comunità internazionale. Se il perseguimento del crimine di aggressione, come ribadito dal Consiglio europeo speciale di febbraio 2023, è una questione «of concern to the international community as a whole», è allora necessario che il tribunale esprima effettivamente questa dimensione comunitaria. Un tribunale voluto e creato da 30-40 Stati, quasi tutti di matrice occidentale, non potrebbe dirsi rappresentativo dell'intera Comunità internazionale per quanto gli Stati *United for Justice* pensino o pretendano di parlare anche per tutti gli altri.

8. Brevi cenni sul diniego dell'immunità personale dinanzi a un tribunale per il crimine di aggressione

Nel valutare l'opzione migliore per costituire un tribunale sul crimine di aggressione va anche considerata la questione dell'immunità personale di cui beneficiano, in base al diritto internazionale consuetudinario, i Capi di Stato, i Capi di Governo e i Ministri degli Affari esteri (la c.d. *troika*).

Se tale immunità possa essere negata da un tribunale internazionale è questione complessa la cui risoluzione non è ancora chiara e uniforme nella prassi dato che emergono dinamiche e

⁶³ *Strengthening International Law in Times of Crisis*, Speech by Federal Foreign Minister Annalena Baerbock in The Hague, 16 January 2023, 9 (reperibile online).

⁶⁴ Cfr. B. NASCIMBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in S.M. CARBONE *et al.*, *Istituzioni di diritto internazionale*, VI ed., Torino, 2021, 431.

⁶⁵ U. LEANZA, I. CARACCILO, *op. cit.*, 472.

⁶⁶ La *Special Court for Sierra Leone* era considerata un tribunale ibrido perché istituita da un trattato tra ONU e Sierra Leone e competente anche su alcuni reati previsti dal Codice penale sierraleonese. La stessa Corte, però, si definì un tribunale «truly international» perché, seppur non creata da una risoluzione del Consiglio di sicurezza, esprimeva comunque «the will of the international community» dato che il Segretario generale aveva negoziato l'accordo su mandato del Consiglio che aveva avviato il processo istitutivo con la risoluzione 1315 (2000). La Corte eseguiva dunque un «international mandate» ed era parte integrante della «machinery of international justice» (SCSL Appeals Chamber, *Prosecutor v. Taylor*, Decision on immunity from jurisdiction, 31 May 2004, parr. 38-39).

⁶⁷ Le ECCC sono un tribunale ibrido ma la loro internazionalità sistemica, derivante *inter alia* dall'essere state istituite da un trattato stipulato tra l'ONU e la Cambogia, non è in discussione.

interpretazioni divergenti come dimostrato, ad esempio, dal mancato arresto, ad opera di Stati parte e terzi allo Statuto della Corte penale, dell'allora Presidente sudanese al-Bashir⁶⁸.

Il fatto che la giurisprudenza e gli Statuti dei tribunali internazionali da Norimberga in poi abbiano sempre negato le immunità agli indagati e imputati per crimini internazionali potrebbe indurre a ritenere, dinanzi a una prassi comunque esigua e di non facile lettura⁶⁹, che un tribunale creato da un trattato concluso dall'ONU su raccomandazione dell'Assemblea generale possa negare legittimamente l'immunità personale perché dotato di adeguata internazionalità sistemica e quindi rappresentativo della pretesa punitiva della Comunità internazionale *as a whole* nei confronti di chiunque commetta crimini internazionali (proprio in questo senso, ad es., si è espresso un recente *Joint Statement* di tredici Stati)⁷⁰.

Qualora però nel caso ucraino non si materializzasse lo *strong backing* dell'Assemblea generale e l'ONU non fosse parte al trattato istitutivo, il punto dirimente diventerebbe se anche un tribunale privo di adeguata internazionalità sistemica, come sarebbe quello internazionale o ibrido creato dalla coalizione *United for Justice*, possa disconoscere l'immunità personale.

La risposta sembra essere negativa, come del resto anche riconosciuto nell'ambiente degli *United for Justice*⁷¹, perché non si vede come un simile tribunale possa legittimamente disconoscere l'immunità della troika russa quando la stessa Corte penale, della cui solida internazionalità sistemica non si può certo dubitare, ha incontrato, a torto o a ragione, considerevoli difficoltà. Un tribunale internazionale creato sul modello di quello di Norimberga o una corte nazionale internazionalizzata «rappresenterebbero più che altro l'esercizio in comune di pretese giurisdizionali nazionali *in nome*

⁶⁸ Sul mancato arresto del Presidente al-Bashir e, in generale, sull'immunità personale davanti ai tribunali internazionali e nazionali, anche con riguardo all'immunità del Presidente Putin dal mandato di arresto della Corte penale, si veda il nostro *Guerra e giustizia in Ucraina*, cit., in particolare XIX-XXI; A. CORACINI, J. TRAHAN, *The Case for Creating a Special Tribunal to Prosecute the Crime of Aggression Committed Against Ukraine (Part VI): On the Non-Applicability of Personal Immunities*, in *justsecurity.org*, 8 November 2022; K.J. HELLER, *The Jordan Appeal Supports a Hybrid Tribunal Denying Personal Immunity*, in *opiniojuris.org*, 6 February 2023; R. TAMMSAAR, *op. cit.*; J. TRAHAN, *U.N. General Assembly*, cit.. Sulle immunità personali e funzionali degli *State officials* dalla giurisdizione penale straniera, cfr. International Law Commission, *Report on the work of the seventy-third session (2022)*, Text of the draft articles on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction adopted by the Commission on first reading, A/77/10, August 2022, 188-286.

⁶⁹ La prassi è, a nostro avviso, esigua e problematica perché da Norimberga in poi i tribunali hanno quasi sempre proceduto nei confronti di individui che non avevano più l'immunità personale perché cessati dalla carica. Gli unici casi pertinenti sono quelli di Charles Taylor dinanzi alla *Special Court for Sierra Leone*, di Slobodan Milosevic dinanzi al Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia (entrambi però furono consegnati ai tribunali e processati dopo che erano cessati dalla carica) e dei tre mandati di arresto della Corte penale nei confronti dei Capi di Stato del Sudan (mai arrestato), della Libia (ucciso mentre ancora ricercato) e della Russia. Nella vicenda al-Bashir gli Stati, anche quelli vincolati dallo Statuto, non eseguirono il mandato di arresto sostenendo che un Capo di Stato in carica continuava a beneficiare delle immunità riconosciute dal diritto internazionale consuetudinario anche se ricercato per crimini internazionali. Inoltre, tenuto conto che il Sudan, come la Russia, era uno Stato terzo, l'art. 27 dello Statuto (che sancisce l'irrelevanza di ogni *official capacity*) fu interpretato come applicabile solo verticalmente in uno Stato parte (cioè solo agli *State officials* di quello Stato) e non anche orizzontalmente agli *State officials* di altri Stati parte o terzi. Sebbene le Camere preliminari abbiano sempre respinto tali interpretazioni, la vicenda al-Bashir e la probabilità che simili questioni si ripropongano per la richiesta di arresto del Presidente Putin suggeriscono cautela prima di ritenere che un tribunale penale internazionale possa senza dubbio disconoscere l'immunità personale di un Capo di Stato in carica.

(usurato o meritato) della Comunità internazionale piuttosto che l'esercizio di una giurisdizione *truly international da parte* di quella Comunità»⁷².

9. Luci e ombre sul perseguimento dei crimini internazionali commessi in Ucraina

Il perseguimento dei crimini internazionali commessi in Ucraina mostra luci e ombre.

Le luci sono rappresentate dall'attività della Corte penale internazionale sui crimini di competenza e dall'intensa cooperazione che si sta sviluppando tra la Corte e le giurisdizioni nazionali procedenti con il supporto decisivo di Eurojust e dell'UE. Una cooperazione sinergica che rafforza l'operato e l'efficienza della Corte in Ucraina e che prospetta un rinnovato modello di "polizia giudiziaria" internazionale che potrebbe innescare un virtuoso effetto imitativo anche in altri contesti di integrazione regionale così da istituire progressivamente una fitta rete globale di cooperazione intergovernativa e multilivello che determini un reale salto di qualità nella conduzione di indagini e azioni penali sui crimini internazionali ed eviti che le inefficienze dell'attuale sistema di cooperazione giudiziaria inficino l'esercizio della giustizia penale internazionale e aumentino il rischio di impunità dei responsabili⁷³.

Le ombre sono rappresentate dalle complessità politiche e giuridiche legate al perseguimento del crimine di aggressione. L'operatività imbrigliata della Corte penale voluta a Kampala nel 2010 da certi Stati (alcuni in prima fila oggi nella coalizione *United for Justice*) ha prodotto una situazione scabrosa che paralizza l'unica istanza giurisdizionale a elevata internazionalità sistemica e costringe a ricercare soluzioni alternative che, oltre a disperdere risorse vitali per le indagini della Corte, rischiano di non avere adeguata legittimazione sul piano giuridico e politico internazionale.

Allo stato attuale la strategia migliore, o meno peggiore, sembra quella delineata dalla Germania che consiste nell'istituire subito un tribunale *ad hoc* per il crimine di aggressione e nel riformare il prima possibile lo Statuto della Corte equiparando il regime procedurale sull'aggressione a quello di tutti gli altri crimini. Ulteriori scabrosità emergono però a questo punto.

Potenti nemici storici della Corte penale (come Stati Uniti e Israele) e anche alcuni Stati parte (i silenzi francesi e britannici sulla riforma sono indicativi) non desiderano un regime giurisdizionale unico e vedono nell'aggressione russa più una violazione estemporanea commessa da un *rogue State* da affrontare con strumenti *ad hoc* che un *alert* generale sulla crescente violenza armata nelle relazioni internazionali che rende necessario liberare quanto prima la Corte dalle strettoie procedurali volute dai suoi creatori.

⁷⁰ «An international tribunal, before which the immunities granted by international law to the most senior leadership of a state do not apply, is best placed (...) We therefore call on the international community to actively engage in discussions on the establishment of such a tribunal, in particular through decisions of the UN General Assembly» (*Joint Statement by Albania, Belgium, Costa Rica, Czech Republic, Estonia, Guatemala, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Marshall Islands, North-Macedonia and Poland on the accountability for the crime of aggression committed on the territory of Ukraine*, 17 April 2023).

⁷¹ Nel discorso a L'Aja, il Ministro degli Affari esteri tedesco ha ammesso che una corte ibrida incardinata nel sistema giudiziario ucraino «would not be able to prosecute the troika» per l'immunità personale di cui continuerebbe a beneficiare (*Strengthening International Law*, cit., 10). Alla presentazione del documento della Commissione europea (v. nota 45), poi, i funzionari dell'UE hanno evidenziato come sia «essential [per il futuro tribunale quale che sia il modello prescelto] to have international backing and to have the involvement of the UN in order to be able to overcome the principle of immunity» (Reuters, *EU seeks tribunal to probe possible Russian war crimes in Ukraine*, 30 November 2022). Anche l'ex Segretario Ban Ki-moon ha notato che, rispetto a un tribunale speciale internazionale creato su raccomandazione dell'Assemblea, «the main alternative being put forward — a hybrid Ukrainian/internationalized model based on Ukrainian law — risks being unable to overcome immunities» e che dunque gli Stati «around the world should unite behind its efforts to work towards the General Assembly-recommended international model» (v. nota 47).

⁷² P. BARGIACCHI, *Guerra e giustizia in Ucraina*, cit., XXI.

⁷³ Nella direzione di un ulteriore rafforzamento della cooperazione internazionale in materia di crimini internazionali vanno anche la Convenzione di Lubiana-L'Aja, adottata a maggio 2023 (*Ljubljana-The Hague Convention on International Cooperation in the Investigation and Prosecution of the Crime of Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes and Other International Crimes*), e il tentativo di concludere una Convenzione ONU sui crimini contro l'umanità sulla base dei *Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity* adottati dalla *International Law Commission* nel 2019 (v. *Yearbook of the International Law Commission*, 2019, vol. II, Part Two, 24-111).

Il Ministro degli Affari esteri tedesco si è detto consapevole che «many of our partners, of our closest friends, too, take a critical view» sulla riforma dello Statuto, lasciando intendere che la maggioranza che mancò a Kampala nel 2010 per equiparare l'aggressione agli altri crimini non è detto che si formi oggi solo perché la Russia ha aggredito l'Ucraina⁷⁴. La gravità di questa affermazione fa il paio con la gravità di quelle del *Deputy Head* del Presidente ucraino e dell'ex Segretario generale Ban Ki-moon che ammettono lo «scetticismo» e le «reservations» di alcuni Stati occidentali, inclusi quelli facenti parte della coalizione *United for Justice* che «publicly champion and defend the rules-based international order», nei confronti di un tribunale internazionale raccomandato dall'Assemblea generale e istituito da un trattato concluso dall'ONU per il timore di creare un precedente che in futuro potrebbe applicarsi anche alle loro operazioni militari in e contro altri Stati sovrani⁷⁵.

Tutto ciò conduce a una ultima riflessione.

L'attivismo giudiziario per i crimini internazionali commessi in Ucraina è stato finora di prevalente matrice occidentale⁷⁶. Con riguardo al crimine di aggressione, se questo attivismo sfociasse nella mancata riforma dello Statuto della Corte e nella pretermissione dell'Assemblea generale e questa «montagna» di attivismo producesse il «topolino» di un tribunale ibrido creato da un ristretto gruppo di Stati occidentali secondo il modello di Norimberga (a torto o a ragione un simbolo della giustizia dei vincitori) sarebbe difficile convincere tutti gli altri Stati che lo spettro di un *double standard*, già evocato in varie sedi⁷⁷, sia solo una illusione e non la realtà di una sete di giustizia per l'Ucraina geopoliticamente connotata perché più avvertita dall'Occidente che dall'intera Comunità internazionale.

Date queste coordinate gli Stati *United for Justice* si trovano dinanzi a un bivio dove una strada conduce a un tribunale saldamente ancorato al sistema ONU e alla riforma dello Statuto per consentire in futuro alla Corte penale di perseguire qualunque aggressore e l'altra strada invece arriva, a qualunque costo, a un tribunale, ibrido o internazionale, voluto e creato solo da una componente, rappresentativa ma non maggioritaria, della Comunità internazionale.

Imboccare la prima strada significherebbe de-occidentalizzare la *quest for justice* in Ucraina, sgombrare il campo dalle altrui percezioni malevole e innescare un benefico processo sistemico di sviluppo della giustizia penale internazionale mettendo al centro dell'azione i sistemi dell'ONU e della Corte penale, le sole architetture istituzionali di pace, giustizia e sicurezza che, rappresentando credibilmente la Comunità internazionale, sono in grado di rafforzare la tutela dei valori fondamentali delle relazioni contemporanee. In un tragico paradosso, dunque, dalla catastrofe della guerra il sistema internazionale di giustizia e cooperazione ne uscirebbe più articolato e rafforzato.

Imboccare la seconda strada, evitando le forche caudine del voto in Assemblea generale e prendendo la scorciatoia del tribunale creato dai soli Stati *United for Justice*, significherebbe pagare ancora una volta il prezzo di ritrosie, calcoli egoistici e ostilità, affermare una giustizia percepita, a torto o a ragione, come divisiva e a senso unico e non dimostrare una volta per tutte che in futuro qualunque crimine, criminale e Stato saranno uguali davanti al diritto internazionale e che alla prossima Bucha, Falluja o Kunduz l'unica differenza consisterà nella nazionalità delle vittime e nella geolocalizzazione delle scene dei crimini e non anche nella nazionalità dei criminali di turno.

⁷⁴ *Strengthening International Law*, cit., 11.

⁷⁵ Per le richiamate dichiarazioni, v. rispettivamente le note 46 e 47.

⁷⁶ Trentanove dei quarantatré Stati che hanno effettuato il rinvio collettivo alla Corte penale per la situazione ucraina sono occidentali così come tutti i trentatré intervenienti nel procedimento promosso dall'Ucraina contro la Russia dinanzi alla Corte internazionale di giustizia. Quanto agli Stati *United for Justice*, tranne Costa Rica, Guatemala e Isole Marshall sono tutti occidentali.

⁷⁷ «The Western approach to the Russian aggression is by no means universally accepted» e la pretesa di difendere «a rules-based order (...) fails to fully convince given the inconsistencies in the West's approach to international criminal law» (K. AMBOS, *Ukraine and the Double Standard of the West*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 20, 2022, 875-892). Anche il Ministro degli Affari esteri tedesco ha condiviso il «concern» di chi teme che l'Occidente «only care about this war because it is in Europe» e che un tribunale sull'aggressione sarebbe solo «another special solution for European issues», così rimarcando l'importanza «to bring partners on board with this process in particular from other regions of the world» (*Strengthening International Law*, cit., 9).

L'adeguata internazionalità sistemica di un futuro tribunale per il crimine di aggressione non è solo lo spartiacque giuridico e politico tra una giustizia da parte dell'intera Comunità internazionale e una giustizia di una parte sola della stessa ma segna anche il punto di non ritorno tra un futuro di crescita e rafforzamento dell'ordinamento internazionale e un futuro di muri ancora più alti, di divisioni ancora più profonde e di violenza bellica ancora più diffusa.