

# Il diritto penale internazionale: nascita ed evoluzione \*

---

Matteo Costi \*\* – Emanuela Fronza

**Sommario:** 1. Il diritto penale internazionale: nozione. – 2. La genesi dei crimini internazionali. – 3. La seconda guerra mondiale come momento di cesura. – 3.1. Il diritto di Ginevra e le altre Convenzioni internazionali. – 3.2. I Tribunali Militari Internazionali: la criminalizzazione. – 4. I Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda. – 4.1. L'apporto della giurisprudenza dell'ICTY e dell'ICTR all'evoluzione del diritto penale internazionale. – 5. I Tribunali misti. – 6. La Corte Penale Internazionale. – 7. La giustizia di transizione. – 8. Il diritto e la giustizia penale internazionale come paradigmi della complessità. – 8.1. La natura ibrida – 8.2. Un universo normativo a struttura aperta. – 8.3. Un diritto plurale. – 8.3.1. La fase di codificazione. – 8.3.2. La fase di interpretazione. – 8.4. Rilievi conclusivi.

## 1. Il diritto penale internazionale: nozione

Il diritto penale internazionale ha ad oggetto i **crimini internazionali**, tradizionalmente individuati nel *genocidio*, nei *crimini contro l'umanità*, nei *crimini di guerra* e nei *crimini contro la pace*<sup>1</sup>. Si tratta di reati di particolare gravità, connotati dal carattere massivo e dalla pluralità di vittime e di agenti, che ledono, dunque, beni giuridici universali. Tali caratteristiche si ritrovano anche nel Preambolo dello Statuto della Corte Penale Internazionale secondo cui, proprio “riconoscendo che i crimini di tale gravità minacciano la pace, la sicurezza, il benessere del mon-

---

\* Questo capitolo è stato aggiornato con la collaborazione di Luigi Prospero, Dottore di ricerca in “Ordine internazionale e diritti umani”, Università Sapienza di Roma, già Associate Legal Officer presso l'ICTY e di Isabella Spano, dottoranda presso la Faculty of Law, Mc Gill University, Canada.

\*\* Le opinioni qui espresse sono da attribuire esclusivamente all'Autore e non riflettono necessariamente quelle della Procura presso la Corte Penale Internazionale o della Corte Penale Internazionale nel suo complesso.

<sup>1</sup> Su tale nozione, nei manuali italiani di diritto penale sostanziale, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G. GATTA (2020), 183-188; D. PULITANÒ (2019), 555-560; F. MANTOVANI (2019), 879-931-944; F. PALAZZO, (2018), 182-192, G. DE FRANCESCO (2018), 181-187.

do” e “affermando che i delitti più gravi che riguardano la comunità internazionale non possono rimanere impuniti”, gli Stati parte hanno convenuto di istituire la Corte Penale Internazionale (*International Criminal Court – ICC*) con funzioni permanenti.

Ciascun crimine internazionale non si limita a sanzionare una singola condotta criminosa, ma ricomprende una **moltitudine di possibili condotte**, accomunate da un **elemento di contesto**. Tali incriminazioni sono quindi costruite secondo una tecnica di normazione differente rispetto ai reati comuni: accanto alle singole condotte criminose – che sono di varia natura, poiché ricomprendono tanto offese contro la persona, quanto offese contro il patrimonio – viene previsto un elemento comune (il c.d. elemento di contesto, *contextual element*, *chapeau* o *Gesamtat*). Per i crimini contro l’umanità, ad esempio, è necessario provare che i singoli comportamenti criminali (deportazione, tortura, ecc.) siano stati commessi nell’ambito di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile. Ancora: i crimini di guerra devono essere stati posti in essere in connessione con un conflitto armato.

L’elemento di contesto svolge dunque una **funzione selettiva** in un duplice senso. Esso permette anzitutto di distinguere i crimini internazionali dai delitti comuni. Ad esempio, l’omicidio quale crimine contro l’umanità si distingue dall’omicidio comune in quanto commesso nell’ambito di un esteso o sistematico attacco contro la popolazione civile. In secondo luogo, l’elemento di contesto consente di distinguere le varie ipotesi di crimine internazionale. Ad esempio, una condotta di stupro può costituire, a seconda del contesto in cui viene commessa, un crimine di guerra (se realizzata in connessione a un conflitto armato) ovvero un crimine contro l’umanità (se è, invece, parte di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile). In altri casi, invece, l’elemento di contesto rende penalmente perseguibili fatti che negli ordinamenti nazionali non sono necessariamente previsti come reati. Ad esempio la *policy* di dichiarare aboliti, sospesi od improcedibili in giudizio diritti ed azioni dei cittadini della nazione nemica può costituire un crimine di guerra se commesso durante un conflitto armato ma non un delitto comune.

La gravità di queste condotte, il loro carattere macro-offensivo e plurisoggettivo<sup>2</sup>, nonché il dato che spesso gli autori dei crimini rivestono posizioni apicali, hanno evidenti ripercussioni sul regime giuridico. Come si vedrà, tali caratteristiche alterano il quadro di intervento del diritto penale, giustificando deroghe ai principi generali. Si pensi all’imprescrittibilità dei crimini (art. 29 ICC St), alla irrilevanza di qualsivoglia immunità (art. 27 ICC St) o alla previsione, in taluni testi, del criterio di giurisdizione universale.

Nei prossimi paragrafi si ripercorreranno le tappe fondamentali che hanno portato al nascere e al progredire di questa branca del diritto: dalle prime regole sulla

---

<sup>2</sup> Seppure non si tratti di reati a concorso necessario, come si dirà di seguito si possono considerare reati a concorso tendenzialmente necessario data la pluralità di agenti che di norma agiscono in concorso tra loro nella realizzazione del reato.

condotta della guerra ai Tribunali Militari Internazionali e alle Convenzioni di Ginevra del secondo dopoguerra fino ad oggi con i Tribunali *ad hoc* e la Corte Penale Internazionale permanente.

## 2. La genesi dei crimini internazionali

I crimini di guerra costituiscono il **nucleo originario** dei crimini internazionali. L'evoluzione di tali figure criminose segna quindi, in modo incisivo, la nascita e la successiva evoluzione del diritto penale internazionale.

L'esigenza di regolamentare il fenomeno della guerra ha radici storiche profonde. Già nelle civiltà antiche, sia occidentali che orientali, si rinvenivano tracce di regole volte ad evitare abusi nella condotta della guerra. Successivamente, la necessità di proteggere la persona umana da violenze ingiustificate rispondeva agli ideali liberali ed umanitari dei filosofi illuministi. In particolare, secondo Rousseau, la guerra era da considerarsi legittima solo come mezzo di difesa dall'attacco di un aggressore (principio, tra l'altro, molto vicino a quello che oggi informa la Carta delle Nazioni Unite). Ne *Il contratto sociale*, il filosofo francese affermava che la guerra non costituisce un rapporto tra persona e persona, ma tra Stato e Stato, in cui gli individui sono solo accidentalmente nemici, non in quanto uomini né in quanto cittadini, ma solo come soldati; non come membri del loro Paese, ma come difensori di quest'ultimo. Si promuoveva così l'idea per cui, seppure la guerra legittimi l'uso della violenza, anche in simile tragica circostanza i contendenti devono rispettare alcune "regole del gioco".

Tuttavia, è soprattutto a partire dalla **seconda metà del XIX secolo**, con il progredire dell'"arte" della guerra e la nascita del soldato di professione, che si affermano usi e regole relative al comportamento delle truppe. Nasceva così il **diritto internazionale umanitario** (o, secondo l'espressione inglese, *International Humanitarian Law*), ovvero quell'insieme di strumenti normativi – di origine consuetudinaria o convenzionale – che disciplinano i conflitti armati, prevedendo delle restrizioni rispetto ai metodi e ai mezzi di guerra, così proteggendo le persone e taluni beni da forme di violenza ingiustificate. L'obiettivo era porre sotto controllo gli Stati, sia attraverso il vaglio delle condotte e delle politiche militari dei governi nazionali, sia consentendo in alcuni casi ai singoli cittadini di denunciare l'inefficienza del proprio Stato presso organismi internazionali. L'antico principio che impediva ogni intromissione dall'esterno nelle politiche degli Stati veniva dunque superato. Tuttavia, queste procedure servivano ad accertare e sanzionare le violazioni commesse da istituzioni governative, escludendo, invece, la responsabilità personale degli individui alla guida di tali istituzioni. Tali disposizioni, pur indicando condotte vietate analoghe agli odierni crimini di guerra, erano però sprovviste di un meccanismo per affermare la responsabilità penale individuale.

La svolta in materia di codificazione dei crimini di guerra avviene con l'ado-

zione delle **Convenzioni de L'Aia del 1899 e 1907**. Tuttavia, è solamente alla fine della prima guerra mondiale che il problema dell'effettiva repressione dei crimini di guerra si pone all'ordine del giorno. In base al **Trattato di Versailles** del 1919, infatti, il *Kaiser* Guglielmo II avrebbe dovuto essere processato da un tribunale speciale formato da cinque giudici – uno per ogni Paese vincitore – “per un supremo crimine contro la moralità internazionale e la santità dei trattati”, consistente nell'aver scatenato una guerra di aggressione. Sebbene il governo tedesco avesse riconosciuto il diritto delle stesse potenze a giudicare i propri cittadini “accusati di avere commesso atti in violazione delle leggi e degli usi di guerra”, non fu tuttavia possibile applicare tali disposizioni. Da un lato, Guglielmo II si rifugiò nei Paesi Bassi, che si rifiutarono di concedere l'estradizione. Dall'altro, gli stessi Alleati rinunciarono all'estradizione dei cittadini tedeschi accusati di avere commesso dei crimini, lasciando così alla Germania il compito di giudicarli<sup>3</sup>. A fronte di una lista iniziale inviata al governo tedesco contenente i nomi di oltre 800 persone da giudicare, soltanto dodici di queste vennero condannate per violazioni del diritto internazionale umanitario in quelli conosciuti come i *processi di Lipsia*. Maggior fortuna ebbero, invece, almeno in una prima fase, i *processi di Istanbul*, in cui circa 200 imputati, inclusi ufficiali di alto rango, vennero giudicati per la deportazione e le atrocità compiute contro gli armeni<sup>4</sup>.

Nonostante i limiti di questi procedimenti, essi hanno rappresentato una tappa significativa poiché affermano, almeno in linea di principio, che per alcune gravi violazioni delle regole di condotta bellica alla responsabilità internazionale degli Stati deve affiancarsi quella penale degli individui.

### 3. La seconda guerra mondiale come momento di cesura

La gravità dei crimini commessi durante il secondo conflitto mondiale segna un momento di cesura per il diritto penale internazionale. Da un lato, proprio nel secondo dopoguerra si assiste alla proliferazione di **Convenzioni** volte a sistematizzare il diritto umanitario e a tutelare i diritti fondamentali dei soggetti deboli coinvolti nei conflitti armati; esse rappresentano il punto più avanzato di un lungo processo iniziato nei secoli precedenti con l'adozione di regole e consuetudini di guerra. Dall'altro, vengono istituiti i **Tribunali Militari Internazionali** (*International Military Tribunals* – IMT) di Norimberga e di Tokyo. Questi Tribunali sanciscono per la prima volta la responsabilità penale individuale per crimini internazionali e

<sup>3</sup> Sulla storia del tentativo di istituire un processo contro Guglielmo II, si veda W.A. SCHABAS (2018).

<sup>4</sup> Sui processi di Lipsia e Istanbul, v. i saggi in M. BERGSMO-W.L. CHEAH-P. YI (2014), vol. I, 171-406. A proposito della storia della repressione sul piano statale dei crimini internazionali (e in particolare dei crimini di guerra), si vedano i saggi in K.J. HELLER-G. SIMPSON (2013). Sul tema della giustizia internazionale e il genocidio armeno, si veda A. DEMIRDJIAN (2015).

rappresentano il primo passo di un processo più ampio, proseguito con l'istituzione dei Tribunali *ad hoc* e della Corte Penale Internazionale, di cui tratteremo nelle pagine successive.

### 3.1. Il diritto di Ginevra e le altre Convenzioni internazionali

Nell'analisi dell'evoluzione storica del diritto penale internazionale occorre menzionare l'insieme di Convenzioni internazionali volte a sistematizzare e promuovere il diritto umanitario e la protezione dell'individuo. Tale sforzo è continuato per tutto il '900 fino ai giorni nostri. *In primis* vanno ricordate le quattro **Convenzioni di Ginevra del 1949** (e i due protocolli addizionali del 1977) volte a regolamentare la condotta bellica e tutelare i soggetti più vulnerabili in tempo di guerra. Sotto il profilo penalistico, le Convenzioni di Ginevra prevedono l'obbligo per i singoli Stati di introdurre fattispecie criminose che consentano di punire i responsabili di "gravi infrazioni" (*grave breaches*) delle Convenzioni stesse. Oltre alle Convenzioni di Ginevra si ricordano la Convenzione internazionale per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 1948, quella sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e contro l'umanità del 1968, quella sul crimine di apartheid del 1973. E ancora si pensi alla Convenzione contro la discriminazione razziale del 1975, alla Convenzione contro la tortura del 1984 e, infine, alla Convenzione sulla sparizione forzata del 2006.

Con riferimento a tali disposizioni internazionali va sottolineato che **il precetto non è accompagnato da alcuna sanzione**. La funzione fondamentale di tali previsioni, infatti, è l'affermazione di principi, regole e diritti fondamentali, lasciando però agli Stati che decidano di ratificare tali convenzioni il compito di implementare un sistema sanzionatorio a livello interno.

Il diritto penale internazionale nasce dunque dalla parte speciale<sup>5</sup> ed è attraverso questa – come si è detto – che si sviluppa un primo nucleo originario. Solo successivamente verranno elaborate disposizioni di parte generale, norme sulle sanzioni e meccanismi processuali a livello internazionale.

### 3.2. I Tribunali Militari Internazionali: la criminalizzazione

Il rifiuto delle atrocità commesse e la volontà di sancire un insieme di valori condivisi spinsero le potenze alleate ad adottare norme e strumenti di garanzia tesi alla promozione e salvaguardia di questi ultimi. È in tale contesto e in questo processo che va inquadrata l'istituzione dei due Tribunali Militari Internazionali da parte delle potenze vincitrici. Il 7 ottobre 1942 la Società delle Nazioni annunciò la creazione di un'apposita commissione per indagare sui crimini di guerra commessi

---

<sup>5</sup> Anche topograficamente nello Statuto dell'ICC le definizioni dei crimini precedono la parte generale.

dai nazisti; quest'ultima, tuttavia, venne istituita solo nell'ottobre 1943. Con la dichiarazione di Mosca del 30 ottobre 1943, tre potenze alleate (Regno Unito, Stati Uniti ed Unione Sovietica) decisero che i criminali di guerra nazisti dovevano essere giudicati nei Paesi ove i crimini erano stati commessi, ma anche che “*the major criminals, whose offences have no particular geographical localization*” sarebbero stati giudicati “*by the joint decision of the Governments of the Allies*”<sup>6</sup>. Il **Tribunale Militare di Norimberga** venne creato con l'Accordo di Londra del 1945 (c.d. Carta di Londra).

Diverse, invece, furono le modalità istitutive del **Tribunale di Tokyo**, il quale fu creato per effetto di una decisione (datata 19 gennaio 1946) del Comandante Supremo delle Potenze Alleate, generale MacArthur (c.d. Carta del Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente).

Questi due Tribunali Internazionali hanno avuto un ruolo fondamentale nello sviluppo del diritto penale internazionale. I rispettivi Statuti traducono, infatti, per la prima volta fenomeni tradizionalmente considerati storici o politici in fattispecie penali. Le violazioni di precetti comportamentali cristallizzati nel diritto internazionale, e in quello internazionale umanitario in particolare, vengono qualificate come **crimini internazionali** (segnatamente come crimini contro la pace, crimini di guerra e crimini contro l'umanità). Introducendo, dunque, forme di **responsabilità penale individuale**, non già statale, si affermano alcuni **principi cardine** per il diritto e la giustizia penale internazionale, tra i quali:

- a) la responsabilità penale individuale non è esclusa per il solo fatto che la legge nazionale non ne preveda la punibilità;
- b) l'aver agito come Capo di Stato o funzionario pubblico non costituisce, per l'autore di crimini internazionali, circostanza esimente o attenuante;
- c) l'aver agito in esecuzione di ordini del Governo o di un superiore non costituisce esimente;
- d) ogni persona accusata di un crimine internazionale ha diritto ad un processo equo.

Nonostante i due Tribunali Militari Internazionali segnino una tappa fondamentale nella genesi ed evoluzione del diritto penale internazionale, occorre ricordare talune criticità che li hanno contraddistinti.

Oltre ad essere Tribunali *speciali*, competenti esclusivamente per i crimini commessi durante la seconda guerra mondiale, questi vennero creati *ex post facto*. Essi furono dunque chiamati a sanzionare comportamenti che, all'epoca in cui erano stati commessi, non erano univocamente previsti come crimini internazionali, in potenziale contrasto con il principio della irretroattività della legge penale. Tale ul-

---

<sup>6</sup> La “Declaration regarding Italy” allegata alla dichiarazione di Mosca aveva inizialmente incluso i criminali italiani (“Fascist chiefs and army generals”) tra quelli di cui si dovesse provvedere all'arresto e alla consegna alla giustizia (internazionale).

tima caratteristica, assieme al fatto che vennero istituiti dalle potenze uscite vincitrici dal secondo conflitto mondiale, è da molti considerata ragione sufficiente per contestare la legittimità stessa di tali meccanismi. Nel suo *Dissentient Judgment*, il giudice indiano Radhabinod Pal – l'unico tra gli undici giudici nominati in rappresentanza delle nazioni vincitrici a non sottoscrivere la sentenza emessa a Tokyo – aveva per primo denunciato che l'esercizio della giurisdizione penale sui nemici da parte dei vincitori suonasse come una vendetta piuttosto che un atto di giustizia laddove i vincitori si rifiutassero di consegnare i propri cittadini alla giustizia, nel caso in cui anche questi ultimi fossero sospettati di aver commesso crimini nel corso del conflitto. Negli anni successivi, la dottrina avrebbe coniato il concetto di "giustizia dei vincitori" allo scopo di descrivere tutti quei processi intentati *ex post facto* contro la parte sconfitta<sup>7</sup>.

#### 4. I Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda

All'inizio degli anni '90 i conflitti nella ex Jugoslavia e in Ruanda ebbero, l'uno per la collocazione geografica nel cuore dell'Europa e l'altro per le immani proporzioni della tragedia, un forte impatto sull'opinione pubblica. Tali circostanze, insieme alla volontà di porre rimedio al fallimento nell'opera di prevenzione delle atrocità commesse, portarono il **Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite** ad istituire, con due distinte **Risoluzioni**, due Tribunali penali internazionali *ad hoc*: il Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* – ICTY)<sup>8</sup> e il Tribunale penale internazionale per il Ruanda (*International Criminal Tribunal for Rwanda* – ICTR)<sup>9</sup>.

In un contesto geopolitico segnato dalla fine della guerra fredda, erano numerosi i fattori che contribuirono alla creazione prima, ed alla rapida evoluzione poi, di questi meccanismi di risposta ai crimini internazionali. In primo luogo, sotto la spinta dell'opinione pubblica e di segmenti organizzati della società civile (in particolare le organizzazioni non governative), si affermava l'idea che l'agire dei governi potesse essere controllato non solo dagli strumenti costituzionali (e quindi nazionali) di limitazione della sovranità, ma anche da meccanismi internazionali. La nascita di un nuovo sistema penale di questo tipo poteva soddisfare questa esigenza. Governanti responsabili di crimini atroci non sarebbero più stati solo *politicamente* responsabili, ma anche *penalmente*.

In secondo luogo, si riteneva che la tutela dei diritti fondamentali necessitasse di

---

<sup>7</sup> A questo proposito, si veda D. ZOLO (2006).

<sup>8</sup> L'ICTY è stato istituito con la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite 25 maggio 1993, n. 827.

<sup>9</sup> L'ICTR è stato creato con la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite 8 novembre 1994, n. 955.

un salto qualitativo. Nei decenni successivi alla fine della seconda guerra mondiale, e conclusasi l'esperienza dei Tribunali Militari Internazionali, non si era riusciti ad istituire nessun efficace strumento di applicazione delle disposizioni riguardanti i crimini internazionali. Ai diritti dichiarati (in una logica strettamente positivista) bisognava sostituire dei diritti giurisdizionalmente protetti.

Non possiamo qui soffermarci sulle problematiche inerenti all'istituzione dell'ICTY e dell'ICTR. Va tuttavia segnalato che il fondamento giuridico per l'istituzione di questi Tribunali è stato il cap. VII della Carta delle Nazioni Unite, secondo cui, accertata l'esistenza di una minaccia alla pace, di una violazione della pace o di un atto di aggressione, il Consiglio di Sicurezza raccomanda o decide quali misure prendere conformemente agli artt. 41 e 42. A differenza dei Tribunali Militari di Norimberga e Tokyo, tali giurisdizioni sono state perciò create attraverso un'iniziativa delle Nazioni Unite, e non delle sole potenze vincitrici del conflitto.

Tuttavia più di una voce ha messo in dubbio che tra i poteri riconosciuti al Consiglio di Sicurezza dal cap. VII della Carta delle Nazioni Unite vi fosse anche quello di istituire organi giurisdizionali, come i due Tribunali *ad hoc*. Tale questione è stata superata dalla giurisprudenza dei due Tribunali, che hanno riconosciuto come valida l'azione creatrice del Consiglio di Sicurezza. La stessa problematica non si è invece ripresentata per la Corte Penale Internazionale, poiché quest'ultima è stata creata con un **accordo multilaterale** tra gli Stati.

Gli Statuti dell'ICTY e dell'ICTR stabiliscono la competenza a giudicare sui crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra commessi rispettivamente nel territorio della ex Jugoslavia a partire dal 1991 e nel territorio ruandese e nei territori vicini dal 1° gennaio 1994 al 31 dicembre 1994. La disciplina processuale è contenuta nei rispettivi Regolamenti di procedura e prova adottati dagli stessi giudici e da questi modificati e corretti nel corso degli anni.

Questi organismi giudiziari presentano talune continuità rispetto ai Tribunali Militari Internazionali, ma anche alcune discontinuità, inaugurando così **una nuova fase** del diritto penale internazionale<sup>10</sup>. Come i Tribunali di Norimberga e Tokyo, anche questi Tribunali *ad hoc* devono accertare la *responsabilità penale individuale* in relazione a condotte qualificabili come crimini internazionali; anch'essi, inoltre, hanno natura *speciale*, e sono stati istituiti *dopo* la commissione dei fatti di loro competenza. Tuttavia, e a differenza dei Tribunali Militari Internazionali, queste giurisdizioni dispongono di un insieme, sebbene scarso, di regole e principi, consolidatisi dopo la fine della seconda guerra mondiale, e a cui gli Statuti istitutivi dell'ICTY e dell'ICTR rinviano. Pertanto, l'ICTY e l'ICTR non hanno introdotto *ex novo* una definizione delle *figure delittuose* da applicarsi retroattivamente, ma hanno riconosciuto la propria competenza sulle *ipotesi criminose preesistenti* alla loro istituzione ed *esistenti* al tempo in cui i crimini furono commessi. Le disposizioni contenute negli Statuti di

---

<sup>10</sup> In riferimento a questa fase parlano di "Renaissance" del diritto penale internazionale che si riteneva lettera morta, G. WERLE-F. JESSBERGER (2020), 145.

tali Tribunali sono quindi **norme di competenza** e non invece di *definizione delle fattispecie incriminatrici*. Si pensi ad esempio all'art. 2 ICTY St che rinvia alle Convenzioni di Ginevra per individuare i crimini di guerra: “*The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949 [...]*”.

#### 4.1. L'apporto della giurisprudenza dell'ICTY e dell'ICTR all'evoluzione del diritto penale internazionale

L'attività dei due Tribunali *ad hoc* è stata molto significativa per l'elaborazione di disposizioni di parte generale e speciale, da un lato, e di una procedura penale internazionale, dall'altro. Limitandoci ai profili di diritto penale sostanziale, il contributo di questi organismi è stato rilevante sotto un duplice profilo: in primo luogo essi hanno fornito un **apporto interpretativo** del contenuto di disposizioni che *non erano mai state applicate in un contesto internazionale*.

Esemplificativo di tale contributo è il crimine di genocidio. Questa fattispecie, definita nella Convenzione del 9 dicembre 1948, è stata per la prima volta applicata a livello internazionale dall'ICTR il 2 settembre 1998 nel caso *Akayesu*. I giudici in quell'occasione hanno dovuto precisare gli elementi costitutivi del crimine suddetto per applicarli al caso concreto.

In secondo luogo, i Tribunali hanno fornito un **apporto creativo**, introducendo istituti e categorie di diritto penale, assenti nell'impianto normativo del diritto penale internazionale fino ad allora esistente. Nella maggior parte dei processi dinanzi a tali giurisdizioni, infatti, sebbene esistesse una norma di parte speciale (una condotta descritta da norme preesistenti) mancava la struttura portante relativa ai principi e alle categorie penalistiche, ovvero la **parte generale**. I giudici hanno dunque partecipato al momento *costituente* di questa disciplina, dando un contributo essenziale sia in relazione ai *contenuti*, sia in relazione ai *metodi*.

Paradigmatico al riguardo è il caso *Erdemović*, di cui si dirà in seguito, svoltosi davanti all'ICTY. Arrestato nel 1996 e accusato di crimini contro l'umanità e crimini di guerra, *Erdemović* ammise la propria colpevolezza (*pleaded guilty*) riguardo l'uccisione di un numero compreso tra i 10 e i 100 musulmani di Bosnia nel luglio 1995 affermando tra l'altro di aver agito in stato di necessità (*duress*) per ordine dei propri superiori. Venne condannato il 5 marzo 1998 a cinque anni di reclusione per crimini di guerra. La questione centrale decisa dalla Camera d'Appello fu se la *duress* operasse come causa di giustificazione per crimini di tale gravità. La maggioranza dei giudici diede risposta negativa, affermando che potesse rilevare solo come circostanza attenuante in sede di determinazione della pena. Tuttavia, le opinioni dissenzienti – *in primis* quella redatta dal giudice Antonio Cassese – hanno affermato che a date condizioni la *duress* poteva valere anche come causa di giustificazione. I giudici erano comunque concordi sul fatto che né il diritto internazionale consuetudinario, né i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili offrivano risposte al quesito. L'ICTY

ha dunque dovuto interpretare un *istituto penalistico privo di disciplina a livello internazionale* ed un metodo per *individuare la norma applicabile*.

ICTY e ICTR hanno esaurito la loro funzione e sono stati formalmente “chiusi” rispettivamente il 31 dicembre del 2015 e del 2017. Nel corso di 23 anni di attività, l’ICTY ha messo in stato di accusa 161 individui – 90 dei quali sono stati condannati al termine del processo –, prodotto circa 2,5 milioni di pagine di trascrizioni, ed è stato finanziato per una cifra complessiva di oltre 2,2 miliardi di dollari<sup>11</sup>. Quanto all’ICTR, ha messo in stato di accusa 93 individui (62 dei quali condannati) ed ha potuto contare su un budget totale di poco inferiore ai 2 miliardi di dollari<sup>12</sup>.

Anche la fase della chiusura di un organismo giurisdizionale rappresenta una novità se non un *unicum*: si crea un sistema giudiziario poi destinato a scomparire<sup>13</sup>. Per fare fronte a questa situazione peculiare è stato creato un meccanismo residuale (*Mechanism for International Criminal Tribunals – MICT*). Istituito nel 2010 con la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza 1966<sup>14</sup>, e ribattezzato più tardi *International Residual Mechanism for Criminal Tribunals*, il MICT ha competenza sui procedimenti dell’ICTY e dell’ICTR ancora pendenti in appello o in fase di rinvio, sull’esecuzione delle pene nonché sulle possibili istanze di revisione.

## 5. I Tribunali misti

Alla fine degli anni '90, parallelamente all’esperienza dell’ICTY e dell’ICTR, è iniziato un processo – tuttora in corso – di creazione di nuovi meccanismi giurisdizionali *ad hoc* per la persecuzione di crimini internazionali: i cosiddetti **Tribunali misti**<sup>15</sup>. Rientrano in tale tipologia la Corte Speciale per la Sierra Leone (*Special Court for Sierra Leone – SCSL*<sup>16</sup>), la Corte Speciale di Timor Est (*Special Panel for Serious Crimes – SPSC*<sup>17</sup>), le Camere straordinarie delle Corti in Cambogia per la persecuzione dei crimini commessi durante il periodo della Kampuchea Democratica (*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia – ECCC*<sup>18</sup>), e le Camere straordinarie africane in Senegal (*The Extraordinary African Chambers*) che

<sup>11</sup> Cfr. <https://www.icty.org/en/content/infographic-icty-facts-figures> e <https://www.icty.org/en/documents/annual-reports>.

<sup>12</sup> Cfr. <https://unictr.irmct.org/en/cases/key-figures-cases> e <https://www.un.org/ga/acabq/documents/all/611?order=title&sort=asc>.

<sup>13</sup> Cfr. S. CANNATA-M. COSTI (2007). Si veda altresì, W.W. BURKE WHITE (2008), *The Domestic Influence of International Criminal Tribunals*, 273 ss.; M. BOHLANDER (2003), *Last Exit Bosnia*, 59 ss.; M. BOHLANDER (2004); L.A. BARRIA-S.D. ROPER (2008), 317 ss.

<sup>14</sup> S/res/1966/2010.

<sup>15</sup> W.W. BURKE WHITE (2002), 1.

<sup>16</sup> Cfr. <http://www.sc-sl.org/>.

<sup>17</sup> Cfr. <http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/ET.htm>.

<sup>18</sup> Cfr. <http://www.eccc.gov.kh/>.

nel 2016 hanno condannato l'ex dittatore ciadiano Hissène Habré<sup>19</sup>.

Questi Tribunali speciali vengono comunemente definiti **misti** (o ibridi, ovvero, nella felice definizione inglese, *Internationalised Domestic Tribunals*) sia perché composti da **personale** in parte locale e in parte internazionale, sia perché generalmente istituiti con un **atto** di diritto interno, attuativo di accordi bilaterali con le Nazioni Unite. Si distinguono dunque dall'ICTY e dall'ICTR che – come detto – furono creati unilateralmente dalle Nazioni Unite e, come tali, erano svincolati – sia per la composizione sia per la legittimazione normativa – dal paese su cui avevano giurisdizione.

Per quanto riguarda la composizione del collegio, si pensi alla SCSL, dove sia la procura che i giudici sono in parte esperti internazionali della materia e in parte procuratori e giudici locali. In relazione all'atto istitutivo, può citarsi, ad esempio, la "*Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers*" (con cui sono state istituite le ECCC), adottata nel 2001 dal Parlamento cambogiano a seguito di lunghe trattative con le Nazioni Unite.

Al di là del carattere straordinario e misto, ciascuna di queste corti speciali ha composizione, regole processuali e sostanziali peculiari. Mentre l'ICTY e l'ICTR erano sostanzialmente omogenei (pur con qualche significativa differenza), i tribunali misti possono essere molto diversi tra loro.

La loro creazione – e proliferazione – si deve alla convinzione che garantiscano una maggiore **vicinanza e responsabilizzazione** delle istituzioni locali. Inoltre sarebbero in grado di assicurare una maggiore partecipazione delle vittime, così evitando le critiche, spesso mosse ad altri Tribunali *ad hoc*, ma anche alla ICC, di essere giurisdizioni troppo distanti non solo dai luoghi, ma anche dalle persone che hanno subito tali gravi violazioni. Infine, tali meccanismi rispetterebbero maggiormente la cultura del luogo e la sovranità dello Stato, pur con un apporto internazionale. Tuttavia, occorre interrogarsi circa la capacità di tali giurisdizioni di assicurare un processo **equo ed imparziale** anche nei confronti di personalità ancora influenti nel Paese d'origine. L'ICTY e l'ICTR, da questo punto di vista, in quanto organismi esterni alle dinamiche complesse che hanno segnato il conflitto, hanno potuto garantire maggiore imparzialità.

A conclusione di questa breve panoramica, va precisato che la classificazione dei tribunali come "misti" ha uno scopo meramente didattico, e che alcune istituzioni, pur avendo caratteristiche analoghe, sono nate in realtà come "costole" dei sistemi giurisdizionali statali. È il caso della *War Crimes Chamber of State Court of Bosnia and Herzegovina*: pur essendo parte integrante del sistema giudiziario bosniaco, tale sezione speciale per i crimini di guerra impiega esperti internazionali tra i giudici e i procuratori<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. <http://www.chambresafricaines.org/>.

<sup>20</sup> Così si è espresso anche l'ICTY nel caso *Stanković*. Nella decisione sul trasferimento del pro-

Un discorso analogo si può fare per le *Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office*, istituite sull'onda lunga della pubblicazione del c.d. *Marty Report* da parte del Consiglio d'Europa e competenti a giudicare i crimini eventualmente commessi da membri dell'Esercito di Liberazione del Kosovo (*Ushtria Çlirimtare e Kosovës – UÇK*) ai danni di minoranze etniche (e di quella serba in particolare) e dei kosovo-albanesi accusati di collaborare con i serbi<sup>21</sup>. Il tribunale è succeduto alla *Special Investigative Task Force* (SITF), istituita dall'Unione Europea nel 2011 allo scopo di indagare su quei crimini<sup>22</sup>. Istituite con una legge del Parlamento del Kosovo nel 2015<sup>23</sup>, le *Specialist Chambers* hanno sede a L'Aia e sono costituite esclusivamente da giudici e procuratori internazionali sotto l'ègida dell'Unione Europea. Ciò nondimeno, come la *War Crimes Chamber* in Bosnia, sono formalmente parte integrante del sistema giudiziario del Kosovo e sono tenute ad applicare il diritto interno e quello internazionale<sup>24</sup>.

Nell'ambito del processo di proliferazione di meccanismi per giudicare le gravi violazioni dei diritti umani va menzionato il **Tribunale Speciale per il Libano** (*Special Tribunal for Lebanon – STL*)<sup>25</sup>, con sede a L'Aia. Lo STL è stato istituito con un accordo siglato nel 2006 tra le Nazioni Unite e la Repubblica Libanese, entrato in vigore con la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 1757/2007. La singolarità della procedura adottata si spiega col fatto che, a causa

---

cesso dall'ICTY alla *War Crimes Chamber*, i giudici hanno rigettato la tesi della difesa, secondo la quale il trasferimento non sarebbe possibile data la natura internazionale e non nazionale di tale organismo, argomentando che quest'ultimo è stato adottato autonomamente e in base alla normativa dalla Bosnia-Erzegovina. ICTY, *Radovan Stanković*, IT-96-23/2-PT, *Decision on referral of case under Rule 11-bis*, 17 maggio 2005, par. 26.

<sup>21</sup> Secondo le accuse, i civili serbi sono stati sequestrati, uccisi ed espulsi mentre chiese e cimiteri venivano rasi al suolo. I monasteri ortodossi serbi in Kosovo sono tutt'ora protetti dal contingente NATO ancora presente nel Paese. Sui crimini commessi in Kosovo ai danni della minoranza serba si veda il Rapporto dell'OSCE "Human Rights in Kosovo: As Seen, As Told. Volume II, 14 June – 31 October 1999", <http://www.osce.org/kosovo/17781>. Il rapporto intitolato "Inhuman treatment of people and illicit trafficking in human organs in Kosovo", pubblicato dal Consiglio d'Europa nel dicembre 2010 (e che avrebbe preso il nome del *Rapporteur*, il politico svizzero Dick Marty), ha approfondito le denunce relative non soltanto agli attacchi contro la minoranza serba, ma anche a crimini commessi contro quei civili kosovo-albanesi sospettati di collaborare con i serbi. Cfr. [http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20101218\\_ajdoc462010provamended.pdf](http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20101218_ajdoc462010provamended.pdf).

<sup>22</sup> Cfr. <http://sitf.eu/index.php/en/>.

<sup>23</sup> Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office (contenente lo statuto delle Specialist Chambers), approvata il 3 agosto 2015. Cfr. <https://www.scp-ks.org/en/documents/law-specialist-chambers-and-specialist-prosecutors-office>. Cfr. il sito di questa giurisdizione che ora, per la prima volta dalla sua creazione, ha emesso un mandato di arresto nei confronti di Salih Mustafa, cfr. <https://www.scp-ks.org/en/specialist-prosecutors-office-arrests-salih-mustafa>.

<sup>24</sup> Artt. 12-15 Statute of the Specialist Chambers. Cfr. *The Specialist Chambers of Kosovo: Domestic trials or the first Incursion by the European Union into international Criminal justice? Symposium*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 14, Oxford University Press, 2016; M. COSTI, *L'Unione europea come nuovo attore nella giustizia penale internazionale*, in WENIN-FORNASARI, FRONZA (2015).

<sup>25</sup> Cfr. <http://www.stl-tsl.org/>.

dello stallo politico interno alla Repubblica Libanese, il Parlamento non ha ratificato l'accordo siglato nel 2006. Per questo il Consiglio di Sicurezza ha "aggirato" la mancata ratifica agendo ai sensi del cap. VII della Carta delle Nazioni Unite. Lo STL, che ha il mandato di perseguire i responsabili dell'omicidio del primo ministro libanese Rafik Hariri – nonché i crimini ad esso connessi –, deve applicare il *diritto penale comune* e non il diritto internazionale. I reati su cui ha giurisdizione, infatti, non sono crimini internazionali, ma delitti comuni di terrorismo. Pur essendo affine ai tribunali misti per il suo carattere internazionale (il suo primo Presidente fu Antonio Cassese, già Presidente dell'ICTY) lo STL non ha competenza su crimini internazionali, anche se la definizione di terrorismo adottata dalla *Appeals Chamber*<sup>26</sup> è stata ricavata dal diritto internazionale.

## 6. La Corte Penale Internazionale

Il quadro tracciato mostra che il diritto penale internazionale non è il risultato di un processo storico lineare, ma di un percorso realizzatosi gradualmente, con un'accelerazione nel corso degli ultimi trent'anni. L'adozione, la firma e poi la ratifica dello Statuto della Corte Penale Internazionale permanente (e il relativo processo di adattamento a livello interno) rappresentano una tappa fondamentale nell'evoluzione del diritto penale internazionale.

Lo Statuto è stato approvato il **17 luglio 1998** a Roma (da cui l'espressione "Statuto di Roma"), al termine di una Conferenza diplomatica tenutasi dal 15 giugno al 17 luglio, a cui hanno partecipato 120 Stati. Attualmente questo costituisce il documento principale del diritto penale internazionale<sup>27</sup>.

Già dalla fine degli anni '40, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite diede mandato alla Commissione sul Diritto Internazionale di esaminare la possibilità di istituire una Corte Penale Internazionale permanente. I primi progetti furono presentati nel 1951 e nel 1953; tali tentativi, tuttavia, non ebbero successo poiché l'Assemblea Generale, nel 1954, collegò il destino di tali progetti (come avvenne per il "*Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*") al problema di definire il crimine di aggressione.

Il clima politico negli anni della guerra fredda rese impossibile qualsiasi progresso. Solo dopo la fine di quella fase storica l'idea di creare una Corte Penale Internazionale ha suscitato maggiore attenzione. L'Assemblea Generale nel novembre del 1992 richiese alla Commissione sul Diritto Internazionale di stendere un progetto di statuto, che però non venne giudicato soddisfacente. Di qui la decisione dell'Assemblea Generale di istituire un Comitato *ad hoc* "per esaminare le principali questioni concettuali ed amministrative derivanti dalla bozza di statuto". Nel 1995,

---

<sup>26</sup> Cfr. i parr. 61-62 di STL, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, STL-11-01/I, Appeals Chamber, 16 febbraio 2011.

<sup>27</sup> Così G. WERLE-F. JESSBERGER (2020), 83.

L'Assemblea Generale, con la Risoluzione 50/46, istituì una Commissione Preparatoria con il mandato di “preparare il testo unificato e ampiamente condiviso di una convenzione per una Corte Penale Internazionale visto come primo passo per l'esame da parte di una conferenza di plenipotenziari”. Infine, il 16 dicembre 1996, l'Assemblea Generale deliberò, con la risoluzione n. 51/207, la conferenza diplomatica con l'obiettivo di “ultimare ed adottare una convenzione per l'istituzione di una Corte Penale Internazionale”. Il 3 aprile 1998 il Comitato terminò i propri lavori e inviò alla Conferenza il proprio Rapporto sull'attività svolta contenente, in allegato, il progetto di Statuto.

Lo Statuto è **entrato in vigore il 1° luglio 2002** dopo il deposito, presso il Segretariato generale delle Nazioni Unite, della **sessantesima** ratifica<sup>28</sup>. L'ICC ha sede a L'Aia.

A differenza di quanto è avvenuto per l'istituzione dell'ICTY e dell'ICTR, l'ICC è stata dunque creata con un *trattato multilaterale*. Questo dato, molto significativo, evidenzia la base consensuale delle norme statutarie, frutto di un compromesso raggiunto da un'Assemblea di Stati appartenenti a tradizioni giuridiche e culturali diverse.

Inoltre, mentre i meccanismi fin qui descritti sono stati istituiti per operare per un lasso di tempo limitato (necessario a giudicare esclusivamente quei crimini commessi in un dato periodo ed in una determinata area geografica), l'ICC **ha carattere permanente** (art. 1 ICC St). Essa costituisce dunque un organo a giurisdizione *ordinaria*: potrà giudicare i crimini internazionali (genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimine di aggressione – art. 5 ICC St) commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto nei territori o da cittadini degli Stati parte (art. 4, comma 2, ICC St; art. 12 ICC St). Sebbene la competenza non sia dunque universale, lo Statuto crea un sistema di **giustizia penale a vocazione universale**. I crimini di competenza dell'ICC offendono, infatti, beni di valore universale la cui tutela rappresenta un interesse comune degli Stati. Ciò fonda la pretesa di creare un diritto penale fuori dallo Stato e senza un territorio determinato: un sistema globale. Gli Stati che volontariamente aderiscono al sistema dell'ICC, tramite la firma e la ratifica del trattato, accettano una limitazione di sovranità nell'esercizio della giurisdizione penale. Anche questo ambito mostra il superamento della visione del diritto penale quale diritto esclusivamente statale.

A differenza dei Tribunali *ad hoc*, l'ICC ha natura **complementare**. Infatti, mentre i Tribunali *ad hoc* si ponevano in posizione di primazia rispetto ai tribunali nazionali, la Corte può intervenire solo nel caso in cui lo Stato non abbia la volontà o la capacità di perseguire i crimini per cui essa stessa è competente.

---

<sup>28</sup> L'art. 126(1) ICC St dispone infatti che “il presente Statuto entra in vigore il primo giorno del mese dopo il sessantesimo giorno successivo alla data di deposito del sessantesimo strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione presso il Segretario Generale delle Nazioni Unite”. Attualmente gli Stati che hanno ratificato lo Statuto sono 123. Cfr. per maggiori dettagli il sito ufficiale dell'ICC: <http://www.icc-cpi.int>, nonché il sito: <http://www.un.org/law/icc/>.

Con lo Statuto di Roma si compie un significativo passo in avanti anche nel processo di **codificazione** del diritto penale internazionale. Da un lato, infatti, gli artt. 6, 7, 8 ed 8 *bis* ICC St, unitamente all'art. 9 ICC St, relativo ai c.d. "Elementi dei crimini", contengono una elencazione dettagliata delle condotte costitutive dei crimini internazionali. Dall'altro, si assiste alla positivizzazione della parte generale del diritto penale internazionale<sup>29</sup>. Lo Statuto dell'ICC, infatti, (a differenza degli Statuti degli IMT e dei Tribunali *ad hoc*, che prevedevano solamente una norma sulla responsabilità penale individuale) contiene una parte intitolata "Principi generali di diritto penale" (Parte III). Oltre ai principi del *nullum crimen e nulla poena sine lege* (rispettivamente agli artt. 22 e 23 ICC St), viene sancito il principio di **non retroattività** della legge penale (art. 24 ICC St). Anche per ciò che concerne le **sanzioni** lo Statuto detta una disciplina sia rispetto alle pene applicabili (reclusione, ergastolo, ammenda e confisca, *ex art. 77 ICC St*) sia rispetto ai criteri per la loro determinazione (art. 78 ICC St).

Inoltre per la prima volta si prevede la possibilità per le **vittime** di partecipare al processo e di ottenere la riparazione del danno subito in caso di condanna dell'imputato.

## 7. La giustizia di transizione

Tutti i meccanismi menzionati (IMT, Tribunali *ad hoc*, Tribunali misti e ICC), intervenendo in contesti postbellici, postdittatoriali o di frattura sociale, si inseriscono, senza esaurirla, nell'alveo della cosiddetta **giustizia di transizione** (o *Transitional Justice* secondo l'espressione inglese)<sup>30</sup>.

La giustizia penale internazionale e la giustizia di transizione, benché universi differenti, possono in taluni contesti coincidere e persino sovrapporsi<sup>31</sup>, ma tendenzialmente la prima sarà ricompresa nella seconda.

La persecuzione penale dei crimini internazionali è infatti solo una delle possibili opzioni attraverso cui una società può fare i conti con il proprio passato<sup>32</sup>. La giustizia di transizione è più ampia della giustizia penale internazionale sia con riferimento all'oggetto – che può ricomprendere anche violazioni gravi non qualificabili come crimini internazionali, così come forme di responsabilità collettiva e non, dunque, soltanto individuale –, sia con riferimento ai meccanismi utilizzabili.

<sup>29</sup> K. AMBOS (2006), *Remarks on the General Part*, 667 ss.

<sup>30</sup> Sulle differenti definizioni di giustizia di transizione e sulla sua evoluzione, anche per ulteriori rimandi bibliografici, cfr. P. CAROLI (2020), *Il potere*, 20 e ss.; E. FRONZA (2016); G. FORNASARI (2015). Sulla esperienza italiana di transizione dal fascismo alla democrazia, cfr. P. CAROLI (2020), *Il potere*; S. SEMINARA (2014); M. DONINI (2009); G. VASSALLI-G. SABATINI (1947); e M. FRANZINELLI (2006).

<sup>31</sup> Cfr. J. SARKIN (2019), 12.

<sup>32</sup> Così G. WERLE-F. JESSBERGER (2020), 130.