



SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE TULLIO ASCARELLI

SEZIONE “SISTEMI PUNITIVI E GARANZIE COSTITUZIONALI”  
(XXVI CICLO)

## La Corte Penale Internazionale e il deficit di possibile protezione

Marina Sélos Ferreira  
*Dottoranda*

---

Firma

Prof. Mario Trapani  
*Docente/Guida*  
*Coordinatore*

---

Firma

Roma, aprile 2015

# La Corte Penale Internazionale e il deficit di possibile protezione

Marina Sélos Ferreira  
*Dottoranda*

Roma, aprile 2015

A Ana Julia

## RIASSUNTO

Lo sviluppo della giurisdizione penale internazionale dallo Statuto di Roma e l'impianto della Corte Penale Internazionale apre un nuovo ciclo nel Diritto Internazionale e nei diritti umani, ma richiede sforzi nel Diritto Costituzionale e nel Diritto Penale per abbinare i progressi internazionali con la fase di sviluppo dell'ordine giuridico nazionale.

Italia e Brasile hanno registrato nelle loro Costituzioni principi e valori di Diritto Penale - come la legalità, tassatività, retroattività, prescrittibilità, immunità e possibilità di clemenza – che sfidano la scienza giuridica a costruire soluzioni ai problemi, teorici e pratici, che si presentano nell'operazione di questa nuova giurisdizione internazionale necessariamente impegnata con i diritti umani nel suo complesso.

## RESUMO

O desenvolvimento da jurisdição penal internacional a partir do Estatuto de Roma e da instalação da Corte Penal Internacional abre um novo ciclo no Direito Internacional e nos Direitos Humanos, mas exige esforços no Direito Constitucional e no Direito Penal para compatibilizar os avanços internacionais com o estágio de desenvolvimento da ordem jurídica nacional.

Itália e Brasil registram nas suas Constituições princípios e valores de Direito Penal – como legalidade, taxatividade, irretroatividade, prescritibilidade, imunidades e possibilidades de clemência – que desafiam a ciência jurídica a construir soluções para os problemas, teóricos e práticos, que se apresentam no funcionamento dessa nova jurisdição internacional necessariamente comprometida com os direitos humanos como um todo.

## ABSTRACT

The development of the international criminal jurisdiction after the Rome Statute and the inauguration of the International Criminal Court opens a new cycle in international law and human rights. Nevertheless, it requires strong efforts in constitutional law and criminal law to match international advances to the stage of development of national law.

Italy and Brazil have in their constitutions values and principles of criminal law – such as legality, non-retroactivity of the *lex gravior*, statutory limitations, possibilities of amnesty, etc. – defying legal science to build solutions to problems, theoretical and practical, that may appear in the operation of this new international jurisdiction that must be committed to human rights as a whole.



## SUMARIO

Introduzione .....	4
<b>1 DAI TRIBUNALI AD HOC ALLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE .....</b>	<b>6</b>
1.1 Contesto storico delle Corti Penali Internazionali: breve panoramica dei tentativi e delle esperienze vissute fino alla creazione della Corte Penale Internazionale .....	6
1.1.1 Antecedenti più remoti.....	6
1.1.2 I Tribunali militari internazionali di Norimberga e di Tokyo.....	8
1.1.3 Antecedenti più recenti .....	18
1.1.4 Lo Statuto di Roma .....	25
1.1.5 Il multilateralismo del trattato di Roma.....	26
1.1.6 La pluralità del consenso .....	27
1.1.7 Le diverse fasi di sviluppo del diritto penale nazionale e dei diritti umani	29
1.1.8 La ratifica come un modo di promuovere il progresso giuridico .....	29
1.2 Corte Penale Internazionale: caratteristiche e principi fondamentali .....	30
1.2.1 La giurisdizione della Corte Penale Internazionale .....	30
1.2.2 L'indipendenza della Corte Penale Internazionale e il suo rapporto con il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.....	34
1.2.3 Giurisdizione e complementarità .....	39
1.2.4 Irretroattività .....	42
1.2.5 Singole responsabilità e irrilevanza delle funzioni .....	42
1.3 Conciliazione necessaria tra lo Statuto di Roma e il diritto nazionale.....	43
1.3.1 Status giuridico dello Statuto di Roma nell'ordinamento interno brasiliano e italiano .....	43
1.3.2 Norme di attuazione per la cooperazione con la Corte Penale Internazionale	50
1.3.3 L'incompatibilità tra Statuto di Roma e alcuni standard pre-esistenti.....	51
<b>2 IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELLO STATUTO DI ROMA E L'EVENTUALE INCOMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO NAZIONALE.....</b>	<b>53</b>
2.1 Lo Statuto di Roma e il principio di legalità come riserva di legge.....	66
2.1.1 I trattati internazionali e il principio di legalità come riserva di legge .....	69
2.1.2 L'articolo 21 dello Statuto di Roma .....	83
2.2 Lo Statuto di Roma e il principio di legalità come tassatività.....	90
2.2.1 Principio di tassatività delle fattispecie nello Statuto di Roma .....	98
2.2.2 Il principio di determinatezza delle pene nello Statuto di Roma.....	105
2.3 Lo Statuto di Roma e il principio di legalità come divieto di analogia.....	113
2.3.1 Il divieto di analogia nello Statuto di Roma. ....	115



2.4	Lo Statuto di Roma e il principio di legalità come irretroattività della legge penale incriminatrice.....	118
2.4.1	L'irretroattività nello Statuto di Roma.....	123
3	L'IMPRESCRITTIBILITÀ DEI REATI E DELLE PENE NELLO STATUTO DI ROMA E L'EVENTUALE INCOMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO NAZIONALE	129
3.1	Prescrizione penale: alcuni fondamenti .....	129
3.2	Imprescrittibilità: alcuni fondamenti.....	139
3.2.1	L'evoluzione storica dell'imprescrittibilità dei crimini più gravi in ambito internazionale .....	142
3.2.2	Alcuni fondamenti specifici invocati per giustificare l'imprescrittibilità di certi crimini internazionali .....	150
3.3	Imprescrittibilità nello Statuto di Roma.....	153
3.3.1	Imprescrittibilità: consuetudine internazionale?.....	154
3.3.2	Imprescrittibilità nell'ambito nazionale: obbligatorietà?.....	155
3.3.3	in)compatibilità tra imprescrittibilità nello Statuto di Roma e il diritto italiano e brasiliano.....	160
4	LA CONSEGNA E L'ERGASTOLO NELLO STATUTO DI ROMA E L'EVENTUALE INCOMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO NAZIONALE .....	164
4.1	Consegna alla Corte Penale Internazionale.....	164
4.1.1	Estradizione .....	168
4.1.2	Alcune fondamenti per la negativa di estradizione dei propri nazionali	170
4.1.3	Estradizione nella Costituzione brasiliana: divieto di modifica?.....	172
4.1.4	Estradizione, reati politici e di opinioni.....	174
4.1.5	Consegna vs. Estradizione: artificialità della differenziazione?.....	180
4.1.6	Complementarietà come superamento dell'incompatibilità.....	185
4.2	L'ergastolo .....	186
4.2.1	L'ergastolo nella Costituzione brasiliana: Divieto di modifica .....	188
4.2.2	Eccezionalità della pena e la sua possibilità di revisione .....	190
4.2.3	Giurisdizione universale come superazione dell'incompatibilità.....	194
5	L'IRRILEVANZA DELLE NORME SULLE IMMUNITÀ, LE MISURE DI CLEMENZE E L'EVENTUALE INCOMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO NAZIONALE .....	199
5.1	Immunità sull'otica del Diritto Internazionale.....	201
5.1.1	Crimini internazionali e l'immunità decorrenti dal Diritto Internazionale	208
5.2	Immunità previste nel Diritto Interno .....	217
5.2.1	Statuto di Roma: obbligo di eliminare le immunità del diritto nazionale?	218
5.3	I provvedimenti di clemenza.....	228
5.3.1	“Neopunitivismo” .....	229
5.3.2	Lo Statuto di Roma e i provvedimenti di clemenza.....	234

6	SOLUZIONI GENERALI PER CONCILIARE LO STATUTO DI ROMA E IL DIRITTO INTERNO: RIDUCENDO IL RISCHIO DI PASSI INDIETRO SUI DIRITTI E SULLE GARANZIE RICONOSCIUTE A LIVELLO NAZIONALE .....	239
6.1	Teoria dualista .....	240
6.2	Teoria monista con prevalenza del diritto internazionale .....	245
6.3	Teoria monista con prevalenza del diritto interno.....	247
6.3.1	Interpretazione adeguatrice .....	249
6.3.2	Riforma Costituzionale e potere costituente .....	250
6.4	Prevalenza della norma più favorevole all'essere umano .....	253
6.5	Prevalenza della norma più favorevole alle vittime .....	258
6.6	Sovranità contemporanea e diritti umani .....	260
6.7	Principio di complementarità .....	268
6.8	Giurisdizione Universale.....	270
6.9	Sovranazionalità.....	272
6.10	Diritto penale di eccezione .....	274
6.11	Stato di eccezione costituzionale .....	285
7	Conclusioni.....	295
8	bibliografia .....	305

## INTRODUZIONE

Questo lavoro si occupa della Corte Penale Internazionale e dei problemi del suo rapporto con il diritto italiano e il diritto brasiliano. Brasile e Italia sono Stati parte del Trattato di Roma, e pertanto attori in questo importante momento della storia del mondo, dei diritti umani e del diritto.

La nascita, all'alba del ventunesimo secolo, di una giurisdizione penale internazionale per gravi violazioni dei diritti umani potrebbe significare tanto un nuovo piano di tutela di tali diritti quanto una nuova opportunità di sottomissione e di oppressione dei diritti umani al potere Statale, pure internazionale.

L'efficienza di tale giurisdizione, pertanto, non deve essere considerata sotto gli stessi aspetti con cui si apprezza il funzionamento dei sistemi nazionali di giustizia penale. Le possibili protezioni che la nuova giurisdizione deve offrire non possono essere di tale forza e onnipresenza che incidano negativamente riguardo ai valori per cui è stata progettata. La giurisdizione penale internazionale, quindi, non deve essere così forte diventando un attentato contro i diritti umani e neanche così fragile che non li protegga.

La creazione di una Corte Penale Internazionale ha messo le relazioni internazionali, i diritti umani e il pensiero giuridico nella complessa situazione di non permettersi di perdere un'opportunità unica, ma anche di non consentire il sacrificio di istituti, principi e valori giuridici che hanno fatto strada fino alla fase attuale della civiltà. Tutti sono in questo momento chiamati al perseguimento di questo delicato punto di equilibrio, che permette un grande futuro senza abbandonare i successi del passato, per costruire una giurisdizione penale internazionale tanto potente quanto carente e tanto efficiente quanto debole.

Il compito non è semplice e i giuristi non possono farne a meno. Le soluzioni più semplici offerte dagli studiosi ai problemi che sorgono in questa costruzione dimostrano più la complessità del quadro che la genialità degli autori. La complicazione dei problemi che si presentano richiede umiltà, serenità e pazienza di pensatori contemporanei per costruire un mosaico possibile che dia viabilità all'insieme.

Su questo tema ci siamo lanciati in questa indagine, cercando di capire le impasse - reali o presunti - che sorgono tra l'istituzione della Corte Penale Internazionale e i valori costituzionali di diritto penale che Brasile e Italia sposano.

Pertanto, partendo da una raccolta storica di precedenti esperienze di giurisdizione penale relative alle gravi violazioni dei diritti umani in ambito internazionale (Capitolo I), sono stati eletti per esame i seguenti punti di attrito tra lo Statuto di Roma e le Costituzioni del Brasile e Italia: Principio di Legalità (Capitolo II); Prescrizione (Capitolo III), L'extradizione di nazionali ed Ergastolo (capitolo IV); Immunità, amnistia, indulto e grazia (Capitolo V). Ogni capitolo ha esaminato le aree di tensione e sono state verificate le soluzioni disponibili per ognuno. Infine, nell'ultimo capitolo (VI) sono state analizzate le soluzioni generali che pretendono armonizzare lo Statuto e le Costituzioni nel suo complesso.

Il lavoro richiede l'intersezione di diversi ambiti giuridici - come il diritto internazionale, diritto costituzionale e il diritto penale - diverse esperienze giuridiche - Brasile e Italia - e anche i campi di relazioni più polarizzate come i sistemi dei diritti umani e sistemi penali.

Per soddisfare il pensiero di tutte queste aree sono state fatte scelte metodologiche, come la scelta della giurisprudenza delle Corti Costituzionali, interpreti dei limiti del diritto positivo costituzionale. Allo stesso modo per i documenti internazionali e storici sono state fatte trascrizioni dei brani selezionati e informati i *link* dove sono disponibili nell'integra. Trattandosi di un lavoro binazionale, abbiamo scelto di dedicare brani per spiegare ai lettori stranieri le regole e gli istituti, forse troppo importanti, e poi conosciuti dai lettori nazionali.

Infine, il lavoro cerca di scappare dalla facile tentazione di adottare un atteggiamento teorico la cui intransigenza impedisce la costruzione di un impegno verso la preservazione – e il futuro – degli sforzi della civiltà riguardo al diritto penale e ai diritti umani.

# CAPITOLO I

## 1 DAI TRIBUNALI AD HOC ALLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

### 1.1 Contesto storico delle Corti Penali Internazionali: breve panoramica dei tentativi e delle esperienze vissute fino alla creazione della Corte Penale Internazionale

#### 1.1.1 Antecedenti più remoti

La creazione della Corte Penale Internazionale e la sua implementazione non sono lavoro di una giornata, ma il risultato di un lungo processo di maturazione di un'idea nella comunità internazionale.

Prima dell'effettiva creazione e implementazione del Tribunale Penale Internazionale, nel 2002, con la partecipazione di 60 Stati allo Statuto di Roma (1998), si discuteva nella scena internazionale la rilevanza, e la necessità, dell'istituzione di una giustizia penale internazionale<sup>1</sup>, tramite la creazione di una Corte con giurisdizione permanente e universale<sup>2</sup>.

Infatti, soprattutto nel Novecento, quando accadono grandi attentati alla dignità umana, emergono i primi tentativi di stabilire un tribunale penale internazionale, con giurisdizione universale, per promuovere la responsabilità di coloro coinvolti, in particolare di quelli che, nella sfera domestica, sarebbero ritenuti immuni da eventuali sanzioni, soprattutto i capi di Stato.

---

<sup>1</sup> Salvatore Zappalà, *La giustizia penale internazionale* (Il Mulino, 2005). p.7:

“La giustizia penale internazionale è costituita dal complesso di regole ed istituzioni che disciplinano e organizzano la punizione degli individui responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale (*crimini di guerra o contro l'umanità, genocidio, aggressione*).” In p. 7.

Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Tribunal penal internacional e o direito brasileiro*, 2a ed (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009). p. 20:

“Giustizia Penale Internazionale nel senso di apparato giuridico e insieme di norme istituiti dal Diritto Internazionale, incentrato alla persecuzione e alla repressione dei crimini perpetrati contro il Diritto Internazionale, la cui legalità è prevista nelle norme o principi dell'ordinamento giuridico internazionale e la cui gravità è di tale ordine e di tale dimensione, a causa dell'orrore e della barbarie che determinano o dalla vastità del pericolo che provocano nel mondo, che fa interessare a tutta la società degli Stati in concomitanza.”

V. Daniel R. Pastor, *El poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma* (Atelier Libros Jurídicos, 2006). p. 28-35. Cfr. Giuliano Vassalli, *La giustizia internazionale penale: studi* (Giuffrè, 1995).

<sup>2</sup> Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. p. 17

Tuttavia, anche prima delle due guerre mondiali, c'erano già movimenti nel tentativo di istituire tribunali penali internazionali.

In realtà, la proposta forse più remota d'istituzione di tribunali penali internazionali risale al 1474, quando, a Bretsach, in Germania, è stato istituito un tribunale penale per giudicare Pietro di Hagenbach, per aver acconsentito alle sue truppe di violentare e uccidere centinaia di civili, con successivi saccheggi.<sup>3</sup>

Alcuni secoli più tardi, nel 1872, lo svizzero Gustav Moynier ha suggerito l'istituzione di un tribunale penale internazionale per punire i casi di violazioni del diritto umanitario allora nascente (Convenzione di Vienna del 1864)<sup>4</sup>. Secondo la proposta di Gustav Moynier, fondatore della Croce Rossa Internazionale, il Tribunale sarebbe automaticamente attivato in caso di guerra fra due Stati. Dietro questa idea c'era la nozione che gli Stati belligeranti non sarebbero in grado di giudicare, con imparzialità, i casi presentati. Ecco perché, nella proposta, il Tribunale sarebbe composto da cinque giudici, tra cui due nominati dai belligeranti e tre nominati da Stati neutrali. Anche se il progetto non è stato confermato e implementato, è considerato la prima bozza di un meccanismo internazionale per far rispettare la normativa umanitaria.<sup>5</sup>

Dopo alcuni decenni, alla fine della Prima Guerra mondiale, per opera delle potenze vincitrici nella Conferenza di Pace di Parigi (1919), viene riproposta la creazione di un tribunale internazionale<sup>6</sup>. Era, quindi, istituita una commissione di inchiesta sulle responsabilità degli autori della guerra e sull'applicazione delle sanzioni. Questa commissione aveva poteri investigativi relativi ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità commessi da militari tedeschi e turchi nel corso del conflitto, tra di loro il Kaiser Guglielmo II<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Gregory S. Gordon, *The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law* (Rochester, NY: Social Science Research Network, 16 de fevereiro de 2012).

<sup>4</sup> William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (Cambridge University Press, 2011). Pastor, *El poder penal internacional*. p. 37.

<sup>5</sup> Christopher Keith Hall, "The First Proposal for a Permanent International Criminal Court", *International Review of the Red Cross* 322 (1998).

<sup>6</sup> Trattato di Versailles (1919)

PART VII. PENALTIES.

ARTICLE 227.

The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties.

A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan.

In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed.

The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial.

<sup>7</sup> M. Cherif Bassiouni, "From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court", *Harvard Human Rights Journal* 10 (1997): 11–43. p. 15ss

Tuttavia non sono avvenute le fasi processuali. Il tribunale *ad hoc* non è mai stato istituito, per mancanza di volontà politica degli Stati Alleati. Infatti, il Governo di Olanda, dove l'imperatore Guglielmo si era rifugiato, non l'ha mai consegnato, poiché si trattava di diritto penale retroattivo<sup>8</sup>, nonostante si credesse nell'importanza della creazione del diritto penale internazionale.<sup>9</sup>

La Società Internazionale, anche se disposta a presentare i criminali di guerra a un giusto e regolare processo in vista della loro responsabilità, ha risentito l'assenza di un organismo internazionale con poteri per questo<sup>10</sup>.

Anni dopo, nel 1937, la Lega delle Nazioni ha ancora provato a creare un tribunale penale internazionale. La Convenzione non è stata mai ratificata da nessun paese. Ancora una volta un tentativo fallito<sup>11</sup>. Nella società Internazionale non c'era un organismo internazionale dotato di *ius puniendi* per raggiungere i responsabili di quei crimini che riguardano tutta l'umanità e vanificano la dignità insita in ogni essere umano.

### 1.1.2 I Tribunali militari internazionali di Norimberga e di Tokyo

Soltanto con un'altra guerra, di proporzioni enormi, l'idea di istituire un tribunale internazionale con *ius puniendi* di piano globale ha ripreso fiato.

In effetti, il livello di devastazione e distruzione durante la seconda guerra mondiale è stato un definitivo segno di mancanza di rispetto e di rottura della dignità delle persone umane. Ciò ha dato luogo alla ripresa delle discussioni sulla necessità, più che urgente, di essere creata un'istanza criminale internazionale per perseguire e punire i responsabili.

In effetti, gli orrori della guerra hanno servito a infondere, nella società in generale, la preoccupazione riguardante la tutela efficace dei diritti umani. La recente

<sup>8</sup> Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*. Ibidem. p. 3

<sup>9</sup> Come risposta alla richiesta di estradizione, il governo olandese ha dichiarato:

“Si en el futuro la Liga de las Naciones estableciere una jurisdicción internacional, que estuviera facultada, em caso de una guerra, para administrar justicia sobre los hechos previamente caracterizados y sancionados como crímenes en un Estatuto, entonces Holanda se unirá a este nuevo orden de cosas”.

Cfr. Nota di risposta del governo olandese alla richiesta di estrazione del Kaiser formulata dagli Alleati il 21 gennaio 1920. In Grewe (editor), *Historiae Iuris Gentium*, tomo 3/2 (1992), n. 95. Apud. Gerhard Werle, *Tratado de derecho penal internacional*, 2a ed (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011). p.41

<sup>10</sup> Salvatore Zappalà:

“... contrariamente a quanto previsto, i processi per i crimini di guerra non vennero poi effettivamente svolti davanti a tribunal militare delle potenze alleate, ma furono lasciati alla giurisdizione della Corte suprema di Lipsia (1921), davanti alla quale, in verità, fu condannato un numero molto esiguo di persone (su circa 900 presunti responsabili di crimini di guerra inizialmente selezionati dagli Alleati, soltanto 12 vennero poi effettivamente sottoposti al giudizio della Corte: di questi 6 furono assolti e 6 riconosciuti colpevoli.” In Zappalà, *La giustizia penale internazionale*. p. 10.

<sup>11</sup> Alexandre Kotzias Peixoto, “O Estabelecimento do Tribunal Penal Internacional - Notas sobre alguns dos principais temas das negociações.”, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* 113/118 (1998). p. 175

guerra ha dimostrato la vulnerabilità di tutto il mondo a proposito delle atrocità già commesse, così come l'assenza di un'architettura internazionale per la tutela dei diritti umani. Comincia allora, uno sforzo di riordinamento dei rapporti internazionali per creare le più solide barriere contro la barbarie.<sup>12</sup>

Un'altra eredità, anch'essa connessa alla Seconda Guerra Mondiale, è la nascita, per così dire, della giurisdizione penale internazionale, attraverso l'istituzione di due Tribunali militari speciali: Tribunale Internazionale Militare di Norimberga e Tribunale Internazionale Militare per l'Estremo Oriente (c.d. Tribunale di Tokio)<sup>13</sup>.

In realtà, prima della fine della guerra era già in discussione come punire (e processare) i responsabili delle atrocità commesse. Nel 1943, Stati Uniti, Regno Unito e Unione Sovietica, attraverso la Dichiarazione di Mosca, hanno denunciato i massacri commessi dai nazisti e segnalato che i grandi criminali cui reati trascendessero specifici contesti geografici sarebbero stati puniti<sup>14</sup> dagli alleati in decisione congiunta, mentre i criminali di guerra cui reati avessero posizione geografica definita, dovrebbero essere processati nel paese dove gli atti fossero stati commessi<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Michel Ignatieff chiama questo periodo di "juridical revolution" Michael Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry* (Princeton University Press, 2011). P 5 ss.

<sup>13</sup> Si menziona ancora a titolo di esempio, la Convenzione sulla Prevenzione e Repressione del Crimine di Genocidio del 1948, che prevedeva l'istituzione in tempi rapidi di un tribunale internazionale (mai istituito), il quale avrebbe avuto competenza esclusiva per gli Stati che ne accettavano la giurisdizione, nel processare gli accusati.

<sup>14</sup> Secondo proposte di Stalin, appoggiate per un determinato tempo dal Primo Ministro britannico stesso, Winston Churchill, l'idea sarebbe quella di eseguire sommariamente tutti i titolari di alte cariche del nazionale-socialismo. Si pensava anche di, una volta identificati i principali capi del nazismo, metterli in qualche piazza pubblica o in un magazzino ferroviari e così eliminarli. ( Jaime Malamud Goti, *Los dilemas morales de la justicia internacional* (Buenos Aires: Miño y Dávila Editores, 2003 p.153. apud Pastor, *El poder penal internacional*. p. 39-40). Si temeva che un processo contro questi individui si trasformasse in una tribuna da cui i gerarchi nazisti avrebbero potuto continuare la loro propaganda, riversando sui vincitori una serie di accuse. Gli Stati Uniti, dall'altra parte, si presentavano contrari all'esecuzione sommaria, desiderando garantire ai capitedeschi un processo con tutte le garanzie. (Zappalà, *La giustizia penale internazionale*. p.49)

<sup>15</sup> The Moscow Conference, October 1943

At the time of granting of any armistice to any government which may be set up in Germany, those German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of free governments which will be erected therein. Lists will be compiled in all possible detail from all these countries having regard especially to invaded parts of the Soviet Union, to Poland and Czechoslovakia, to Yugoslavia and Greece including Crete and other islands, to Norway, Denmark, Netherlands, Belgium, Luxembourg, France and Italy.

Thus, Germans who take part in wholesale shooting of Polish officers or in the execution of French, Dutch, Belgian or Norwegian hostages of Cretan peasants, or who have shared in slaughters inflicted on the people of Poland or in territories of the Soviet Union which are now being swept clear of the enemy, will know they will be brought back to the scene of their crimes and judged on the spot by the peoples whom they have outraged.

Let those who have hitherto not imbrued their hands with innocent blood beware lest they join the ranks of the guilty, for most assuredly the three Allied powers will pursue them to the uttermost ends of the earth and will deliver them to their accusers in order that justice may be done.

The above declaration is without prejudice to the case of German criminals whose offenses have no particular geographical localization and who will be punished by joint decision of the government of the Allies.

<http://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp>



E, infatti, non appena finita la guerra, nell'accordo di Londra dell'8 agosto 1945, è stato creato il Tribunale Internazionale Militare dei Grandi Criminali di Guerra, la rinomata Corte di Norimberga, formata da quattro paesi vincitori (Francia, Stati Uniti d'America, Gran Bretagna e l'ex Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche), che agirebbero nell'interesse della comunità internazionale di perseguire e giudicare i "principali criminali di guerra" dell'asse europeo, accusati di collaborazione diretta con il regime nazista.

L'accordo di Londra (che conteneva anche lo statuto del Tribunale di Norimberga) trattava di reati che sarebbero giudicati come reati internazionali in quella Corte. Questi reati, in teoria, erano già considerati comportamenti illeciti secondo il diritto internazionale prima della Seconda Guerra Mondiale. Nell'articolo 6 dello statuto del Tribunale<sup>16</sup> c'erano tre ipotesi penali: reati contro la pace, reati di guerra e reati contro l'umanità, questi ultimi soltanto quando connessi alle altre due categorie.

Si sosteneva che i crimini di guerra che coinvolgevano condotte come l'assassinio di popolazioni civili, il maltrattamento dei prigionieri di guerra, saccheggio di proprietà, distruzione indiscriminata delle città, troverebbero ispirazione nella Convenzione dell'Aja sulla Condotta delle Ostilità (1907) e nella Convenzione di Ginevra sul trattamento dei prigionieri di guerra (1929), avendo lo statuto della Corte di Norimberga soltanto aggiunto sanzioni penali a questi crimini e alle violazioni

---

<sup>16</sup> Statuto di Norimberga

Articolo 6.

Il Tribunale istituito in base all'Accordo menzionato nel precedente articolo 1 per il giudizio e la punizione dei grandi criminali di guerra dei paesi europei dell'Asse sarà competente a giudicare e punire tutti coloro che, agendo per conto dei Paesi Europei dell'Asse, avranno commesso sia individualmente, sia quali membri di una organizzazione, uno dei delitti seguenti.

Gli atti sotto menzionati, o uno qualunque di essi, costituiscono crimini sottoposti alla giurisdizione del Tribunale e comportano una responsabilità individuale:

a) Crimini contro la pace: vale a dire la progettazione, la preparazione, lo scatenamento e la continuazione di una guerra d'aggressione, o d'una guerra in violazione di trattati, assicurazioni o accordi internazionali, ovvero la partecipazione a un piano concertato o a un complotto per commettere una delle precedenti azioni;

b) Crimini di guerra: vale a dire la violazione delle leggi e degli usi di guerra. Queste violazioni includono, senza esserne limitate, l'assassinio; il maltrattamento o la deportazione per lavori forzati, o per qualsiasi altro scopo, delle popolazioni civili dei territori occupati o che vi si trovano; l'assassinio o il maltrattamento di prigionieri di guerra o di naufraghi; l'esecuzione di ostaggi; il saccheggio di beni pubblici o privati; la distruzione ingiustificata di città e di villaggi, ovvero le devastazioni non giustificate da esigenze d'ordine militare;

c) Crimini contro l'umanità: vale a dire l'assassinio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e qualsiasi altro atto inumano commesso ai danni di una qualsiasi popolazione civile, prima e durante la guerra, ovvero le persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi, quando tali atti o persecuzioni - abbiano costituito o meno una violazione del diritto interno del Paese dove sono state perpetrate - siano state commesse nell'esecuzione di uno dei crimini rientranti nella competenza del Tribunale, o in connessione con uno di siffatti crimini.

I dirigenti, gli organizzatori, gli istigatori o i complici che abbiano preso parte alla elaborazione o all'esecuzione di un piano concertato o di un'intesa criminosa per commettere uno qualunque dei crimini sopra definiti, sono responsabili di tutti gli atti compiuti da parte di qualsiasi persona in esecuzione di tale piano.

preesistenti del diritto internazionale.

Il Patto Briand-Kellogg del 1928 per la Rinuncia alla Guerra<sup>17</sup>, secondo il quale si condannava il ricorso alla guerra per risolvere le controversie internazionali, è stato utilizzato come fonte d'ispirazione per i crimini contro la pace nello Statuto del Tribunale di Norimberga<sup>18</sup>. Quindi, sono stati criminalizzati gli atti di pianificare, avviare o eseguire una guerra di aggressione. Dopo, il diritto penale internazionale ha definito queste condotte come crimini di aggressione.

Infine, i crimini contro l'umanità, nello Statuto del Tribunale di Norimberga, coprivano tra gli altri atti inumani, l'omicidio, lo sterminio, la riduzione alla schiavitù, la deportazione commessi contro qualsiasi popolazione civile, prima o durante la guerra, e la persecuzione per ragioni politiche, razziali e religiose. Per il Tribunale di Norimberga questi crimini dovrebbero essere collegati al contesto della guerra<sup>19</sup>, collegati, quindi, a un crimine contro la pace o a un crimine di guerra<sup>20</sup>.

Già il Tribunale Militare Internazionale di Tokyo (Tribunale di Tokyo) è stato creato dopo l'adozione da parte del Comandante Supremo delle Forze Alleate nell'Estremo Oriente, nel gennaio del 1946, della Carta del Tribunale militare Internazionale per l'Estremo Oriente<sup>21</sup>.

Si è visto, quindi, che, a differenza del Tribunale di Norimberga, che nasce dalla volontà di quattro Stati vincitori, il Tribunale di Tokyo non deriva da un accordo internazionale.

Tuttavia, come il Tribunale di Norimberga, il Tribunale di Tokyo è stato istituito per giudicare i crimini di guerra, contro la pace e i crimini contro l'umanità perpetrati dalle antiche autorità politiche e dai militari del Giappone Imperiale. Sarebbe composto da quattro alleati del Tribunale di Norimberga (Francia, Stati Uniti, Gran Bretagna e l'ex Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche) e dai giudici provenienti dall'Australia, Canada, Cina, Filippine, India, Nuova Zelanda e dai Paesi Bassi. Ci sono stati giudicati, tra altri, il caso del bombardamento della base americana a Pearl Harbour, il 7 dicembre 1941, e i susseguenti a Manila e a Hong Kong.<sup>22</sup>

Norimberga e Tokyo hanno rotto con la comprensione tradizionale di che sono

---

<sup>17</sup> la Germania era tra gli stati che avevano ratificato il Pacto Briand-Kellogg

<sup>18</sup> Zappalà, *La giustizia penale internazionale*. p. 50.

<sup>19</sup> Tuttavia, con o passare il tempo, la necessità di collegamenti tra i crimini contro l'umanità e conflitti armati scompare poco a poco, perché questi crimini sono contro beni trascendenti che non possono essere danneggiati nemmeno con autorizzazione statale. Ibidem. p. 31.

<sup>20</sup> Ibidem. p. 28ss.

<sup>21</sup> <http://web.archive.org/web/19990222030537/http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imtfech.htm>

<sup>22</sup> Antonio Cassese et al., *Cassese's International Criminal Law* (Oxford University Press, 2013). p. 257

sempre gli Stati che dovrebbero essere ritenuti responsabili. In realtà, fino alla creazione di tali tribunali, secondo i trattati e la consuetudine internazionali, soltanto gli Stati potrebbero violare il Diritto Internazionale. Gli statuti di Norimberga e di Tokyo, di forma inedita, hanno espressamente previsto la responsabilità individuale dei soggetti coinvolti, anche se “leaders” militari e politici di alto rango.

Così, a causa dell'unico fatto di aver dichiarato la responsabilità penale internazionale di individui, i Tribunali di Norimberga e di Tokyo sono una sorta di spartiacque nello sviluppo del Diritto Internazionale Penale. Inoltre, hanno rotto il monopolio nazionale della giurisdizione sui crimini internazionali; hanno stabilito nuove categorie di crimini internazionali; hanno prodotto regole scritte di non immunità e irrilevanza dell'ubbidienza gerarchica.<sup>23</sup>

Inoltre, lo Statuto di Norimberga ha anche innovato quando ha stabilito, con rigore, la responsabilità dei Capi di Stato o dei dipendenti dirigenti di dipartimenti governativi. La posizione ufficiale degli accusati, o il fatto di aver agito su ordine dei loro governi o dei loro superiori, non li liberava o attenuava la responsabilità. Questo è un altro miglioramento sulla responsabilità individuale sorgente nell'ambito internazionale<sup>24</sup>.

La giurisdizione di questi due Tribunali era limitata a perseguire e punire dei grandi criminali di guerra i cui delitti non hanno localizzazione geografica precisa, lasciando gli altri alla competenza dei giudici interni.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Ibidem. p. 258.

<sup>24</sup> Lo Statuto di Tokyo, diversamente, non ha toccato la responsabilità dell'Imperatore del Giappone: “Contemporaneamente, sebbene il tennô, interpretando le sue funzioni sacerdotali di intercessione per la nazione, si fosse presentato a MacArthur come unico responsabile degli eventi bellici, cercando di far cadere su di sé e non sul paese la punizione degli Alleati (*‘Io vengo davanti a Lei, generale MacArthur, per offrire me stesso al giudizio delle Potenze che Lei rappresenta, come colui che porta l'esclusiva responsabilità per ogni decisione politica e militare adottata e per ogni azione compiuta dal mio popolo nella condotta della guerra’*), lo SCAP [Comando Supremo delle Potenze Alleate] giudicò che in quel momento i servizi del Sovrano fossero così utili da non permettere di intraprendere azioni contro di lui, e iniziò una campagna di distanziamento del tennô dalla guerra. La discussione pubblica circa le responsabilità di guerra dell'Imperatore divenne quasi un tabù, ed egli non fu neppure convocato al Tribunale Militare Internazionale dell'Estremo Oriente che avrebbe dovuto giudicare i criminali di classe A che avevano portato il Giappone alla guerra. All'Imperatore Hirohito fu quindi garantita la totale immunità, né si pretese che abdicasse. Questa non assunzione di responsabilità da parte del Sovrano viene ritenuta da molti la causa della mancata assunzione di responsabilità nei confronti della guerra e dei suoi crimini da parte di una buona percentuale di giapponesi, che hanno maturato piuttosto un senso di vittimizzazione.” In Daniela De Palma, “Il Sistema Imperiale Contemporaneo”, *Il Giappone* 30 (2004).

<sup>25</sup> Patto di Londra

Preambolo

Considerando che la Dichiarazione di Mosca del 30 ottobre 1943 sulle atrocità tedesche nell'Europa occupata ha specificato che gli ufficiali e i soldati tedeschi, nonché i membri del partito nazista responsabili di atrocità e di delitti, e che abbiano preso volontariamente parte alla esecuzioni di tali atrocità e delitti, saranno inviati nei paesi dove i loro abominevoli delitti sono stati perpetrati, affinché essi possano essere giudicati e puniti conformemente alle leggi di tali paesi liberati e dei liberi governi che vi saranno stati stabiliti;

Considerando che la suddetta dichiarazione era stata fatta con riserva per quanto riguarda il caso dei grandi criminali, i cui delitti non hanno localizzazione geografica precisa, e che saranno puniti per comune decisione dei governi alleati;

...

Non ci sono dubbi poiché questi Tribunali hanno avuto il merito di elaborare principi e concetti fondamentali che durano fino ad oggi. Sono frutti perenni, infatti, di questi Tribunali: la responsabilità penale individuale per le più gravi violazioni del diritto umanitario; l'irrilevanza della funzione del governo sviluppata dagli imputati; e la definizione, per la prima volta in un testo ufficiale, di crimini contro l'umanità.<sup>26</sup>

Nonostante i meriti di cui sopra, le critiche a questi tribunali non sono poche e sono tutt'altro che infondate.

Infatti, la prima critica a loro indirizzata riguarda il modo come questi tribunali sono stati introdotti e imposti ai vinti. Per la Germania, il Tribunale di Norimberga, stabilito da un accordo tra gli Stati vincitori. Per il Giappone, il Tribunale di Tokyo, creato da una decisione unilaterale del Comandante Supremo delle Forze Alleate nell'Estremo Oriente durante la guerra.

Inoltre, dal principio è stato messo in chiaro che la cittadinanza sarebbe stata utilizzata come criterio per la selezione degli accusati. Cioè, la giurisdizione penale sarebbe esercitata soltanto a proposito d'individui delle potenze nemiche. Infatti, lo Statuto del Tribunale di Norimberga ha indicato espressamente l'intenzione di perseguire e giudicare “i grandi criminali di guerra dei paesi europei dell'Asse”.

La nazionalità ha anche influenzato la composizione della Corte, i cui giudici e rappresentanti del Pubblico Ministero erano cittadini delle potenze vincitrici. Erano vincitori e giudici, da un lato, e vinti e accusati dall'altro. La polarizzazione era ancora più evidente, dunque, per eventuali crimini di guerra commessi dagli alleati che non venivano considerati. Non c'è stato pronunciamento giudiziario, quindi, sulle bombe atomiche a Hiroshima e Nagasaki, o sui bombardamenti sulle città italiane e tedesche<sup>27</sup>.

Così, dinanzi all'unilateralità e alla parzialità dei giudici e dei rappresentanti del Pubblico Ministero, giacché provenivano solo dalle Nazioni vincenti, non c'è voluto

---

Articolo I.

Dopo consultazioni con il Consiglio di Controllo in Germania, sarà istituito un Tribunale Militare Internazionale per giudicare i criminali di guerra i cui delitti non abbiano localizzazione geografica precisa, siano essi accusati a titolo individuale, o in quanto membri di organizzazioni o di gruppi, oppure per entrambi questi titoli.

[http://unipd-centrodirittiumani.it/strumenti\\_internazionali/Patto-di-Londra-e-Statuto-del-Tribunale-internazionale-militare-di-Norimberga-1945/170](http://unipd-centrodirittiumani.it/strumenti_internazionali/Patto-di-Londra-e-Statuto-del-Tribunale-internazionale-militare-di-Norimberga-1945/170)

<sup>26</sup> Werle, *Tratado de derecho penal internacional*. p.44 ss

<sup>27</sup> Cfr. Zappalà, *La giustizia penale internazionale*. p. 51 ss; Pastor, *El poder penal internacional*. 42s. 9. Danilo Zolo, *La giustizia dei vincitori: da Norimberga a Baghdad* (Laterza, 2006). p. 150 ss. David Luban, “The Legacies of Nuremberg”, in *Perspectives on the Nuremberg Trial*, org. Guénaël Mettraux, 1st ed (Oxford University Press, 2008), 638 672. p. 659

molto tempo perché questi tribunali fossero criticati<sup>28</sup> da molti<sup>29</sup>, come espressione di una giustizia imposta dai vincitori sui vinti.<sup>30</sup>

Oltre alla casuistica e alla polarizzazione che, indubbiamente, hanno contaminato i tribunali *ad hoc*, questi sono stati anche criticati per presunta violazione al divieto di retroattività della legge penale.

In realtà, le condotte considerate criminali sono state commesse prima dell'istituzione dei Tribunali Militari, quindi, prima della tipificazione dei delitti nella Carta di Norimberga. Ossia, la definizione di condotte e sanzioni non è stata previa ma posteriore. La sfida era di cercare di conciliare il principio d'irretroattività della legge penale, con la necessità di evitare l'impunità diffusa.

Prima dell'inizio del processo, il 19 novembre 1945, tutti gli avvocati di difesa dei nazisti accusati a Norimberga, rappresentati dall'avvocato tedesco Sthamer, hanno contestato le accuse in base al principio *nulla poena sine lege* e in base alla legge *ex post facto*.

Lasciando da parte che, in quell'epoca, il diritto tedesco e sovietico non

---

<sup>28</sup> Come esempio della discussione all'epoca, si veda Montgomery Belgion, *Epitaph on Nuremberg: A Letter Intended to Have Been Sent to a Friend Temporarily Abroad* (Falcon Press, 1946). Dall'altra parte, Arthur Goodhart, "The Legality of the Nuremberg Trials", in *Perspectives on the Nuremberg Trial*, org. Guénaël Mettraux (Oxford University Press, 2008), 626–38.

<sup>29</sup> Hans Kelsen:

"Circa la questione del tipo di tribunale che deve essere autorizzato a giudicare i criminali di guerra – nazionale o internazionale – non sembra dubbio che una Corte internazionale sia molto più adatta per questo compito di una Corte nazionale, civile o militare. Solo una Corte prevista da un trattato internazionale, dal quale siano parti contraenti non solo gli Stati vincitori, ma anche quelli sconfitti, non si imbatte con le difficoltà con cui dovrebbe misurarsi una Corte nazionale: giacché un trattato che conferisca la giurisdizione sui criminali di guerra ad una Corte internazionale può stabilire una responsabilità individuale per i crimini di guerra che hanno il carattere di atti di Stato. Il trattato può anche escludere l'esimente dell'ordine superiore, se ciò sembri necessario per lo sviluppo della giustizia internazionale. Solo una Corte internazionale – internazionale rispetto non solo alla sua base giuridica, ma anche alla sua composizione – può essere al di sopra di ogni sospetto di parzialità al riguardo."

Hans Kelsen, *La pace attraverso il diritto* (Giappichelli, 1990), p. 141/142.

Lettera del Promotore Nordamericano al Presidente degli Stati Uniti descrive le contraddizioni del Tribunale di Nuremberg:

"the prosecutors do not have our idea as to how a trial should be conducted in fairness and dignity.... I know of nothing the United States can do except to stand by our principles and let others explain their own apparent inconsistencies"

[http://www.trumanlibrary.org/whistlestop/study\\_collections/nuremberg/documents/index.php?pagenumber=4&documentid=7-2&documentdate=1945-10-12&studycollectionid=nuremberg&groupid=](http://www.trumanlibrary.org/whistlestop/study_collections/nuremberg/documents/index.php?pagenumber=4&documentid=7-2&documentdate=1945-10-12&studycollectionid=nuremberg&groupid=)

<sup>30</sup> Così si è pronunciato il Giudice Radhabinod Pal – messo in minoranza insieme al francese Henri Bernard e l'olandese Bert Roling – riguardo il processo del Tribunale di Tokyo:

"any trial such as that just conducted by the International Military Tribunal for the Far East is merely the judgment of the victor upon the vanquished". A/CN.4/5 p. 86

[http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_5.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_5.pdf)

Così si è pronunciato il Giudice Iona Nikitchenko, prima dell'inizio dei processi di Nuremberg, apud Telford Taylor, "The Nuremberg Trials", in *Perspectives on the Nuremberg Trial*, org. Guénaël Mettraux, 1st ed (Oxford University Press, 2008), 372–407. p. 382:

We are dealing here with the chief war criminals who have already been convicted and whose conviction has been already announced by both the Moscow and Crimea declarations by the heads of the governments...

The fact that the Nazi leaders are criminals has already been established. The task of the Tribunal is only to determine the measure of guilt of each particular person and mete out the necessary punishment -- the sentences.

conoscevano la regola dell'irretroattività della legge penale più grave, la possibilità di esercizio della giurisdizione penale è stata sostenuta, tra gli altri argomenti, dalla previsione di elementi sufficienti nel diritto internazionale, come le Convenzioni dell'Aia, di Ginevra e il Patto Briand-Kellogg<sup>31</sup>.

Quest'argomento ha dimostrato di essere più adatto ai crimini di guerra e ai crimini contro la pace. Tuttavia, per gli innovativi crimini contro l'umanità sono stati necessari più sforzi argomentativi. Pertanto, è stato creato il legame tra i crimini contro l'umanità e il contesto di guerra, rendendo possibile la punizione soltanto dei crimini contro l'umanità con diretta connessione temporale ai crimini di guerra.

Come conseguenza, tutte le azioni che corrispondevano alla fattispecie di crimini contro l'umanità commessi prima della guerra (come lo sterminio degli ebrei, accaduto prima dello scoppio della guerra) sono rimaste di là della portata del Tribunale di Norimberga.

Così, nonostante si tratti di tribunali istituiti *post factum*, per dare responsabilità ai crimini con tipicità definita anche *post factum*, si è cercato, anche se in minima parte o di forma attenuata, di rispettare la garanzia di non retroattività della legge penale incriminatrice.

Il Tribunale di Norimberga ha condannato a morte la metà degli imputati<sup>32</sup>, tra questi Martin Bormann, in contumacia (*in absentia*). Importante citare che il concetto di processo equo adottato negli anni Novanta dai nuovi tribunali penali internazionali non

---

<sup>31</sup>Nuremberg Judgement. Chapter: The Law of the Charter.

But it is argued that the Pact does not expressly enact that such wars are crimes, or set up courts to try those who make such wars. To that extent the same is true with regard to the laws of war contained in the Hague Convention. The Hague Convention of 1907 prohibited resort to certain methods of waging war. These included the inhumane treatment of prisoners, the employment of poisoned weapons, the improper use of flags of truce, and similar matters. Many of these prohibitions had been enforced long before the date of the Convention; but since 1907 they have certainly been crimes, punishable as offences against the laws of war; yet the Hague Convention nowhere designates such practices as criminal, nor is any sentence prescribed, nor any mention made of a court to try and punish offenders. For many years past, however, military tribunals have tried and punished individuals guilty of violating the rules of land warfare laid down by this Convention. In the opinion of the Tribunal, those who wage aggressive war are doing that which is equally illegal, and of much greater moment than a breach of one of the rules of the Hague Convention. In interpreting the words of the Pact, it must be remembered that international law is not the product of an international legislature, and that such international agreements as the Pact have to deal with general principles of law, and not with administrative matters of procedure. The law of war is to be found not only in treaties, but in the customs and practices of states which gradually obtained universal recognition, and from the general principles of justice applied by jurists and practiced by military courts. This law is not static, but by continual adaptation follows the needs of a changing world. Indeed, in many cases treaties do no more than express and define for more accurate reference the principles of law already existing. A/CN.4/5 p. 44ss

[http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_5.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_5.pdf)

<sup>32</sup> Daniel R. Pastor:

“Ciertamente uno puede reconocer el resultado justo de las reacciones surgidas de la sentencia de Núremberg, pero difícilmente puede decirse que se trató de un ejercicio de poder punitivo controlado de modo irreprochable por el derecho como para que deba reconocerse en él una aplicación legítima de violencia pública. De esto, en verdade, no hay nada. Núremberg fue, antes bien, fuerza pura sin adecuación jurídico-penal.” In Pastor, *El poder penal internacional*. p. 43.

permette né la pena di morte, né il processo *in absentia*<sup>33</sup>.

L'11 dicembre 1946, nella prima Assemblea Generale, le Nazioni Unite hanno approvato una risoluzione<sup>34</sup> in cui prende atto la Carta di Londra e la costituzione dei Tribunali di Norimberga e di Tokyo, confermando i principi di diritto internazionale riconosciuti dalla Carta di Norimberga e le decisioni della Corte di Norimberga. Nella stessa seduta, hanno approvato una risoluzione sul genocidio<sup>35</sup>, affermando che si trattava di un crimine di diritto internazionale e che per esso, qualsiasi individuo, anche i funzionari del governo potrebbero essere puniti. La risoluzione esorta i paesi ad adottare una legislazione per la punizione rapida e la prevenzione del crimine di genocidio, e impegna l'ONU di promuovere una convenzione internazionale in materia.

L'anno successivo, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha deciso di istituire una Commissione di Diritto Internazionale<sup>36</sup> e affidare ad essa lo sviluppo dei principi di Norimberga e la redazione di un progetto di Codice di Crimini contro la Pace e la Sicurezza dell'Umanità<sup>37</sup>.

Il lavoro del comitato ha coinvolto diversi passaggi<sup>38</sup>. Nel 1950, questi principi sono stati adottati dalla Commissione di Diritto Internazionale<sup>39</sup>, facendo notare, in primo

---

<sup>33</sup> Vittorio Fanchiotti, "Il Giudizio", in *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, org. Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti (Giuffrè Editore, 2006), 1151–1260. p. 1157

<sup>34</sup> A/RES/95(I)

The General Assembly,

Recognizes the obligation laid upon it by Article 13, paragraph 1, sub-paragraph a, of the Charter, to initiate studies and make recommendations for the purpose of encouraging the progressive development of international law and its codification;

Takes note of the Agreement for the establishment of an International Military Tribunal for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis signed in London on 8 August 1945, and of the Charter annexed thereto, and of the fact that similar principles have been adopted in the Charter of the International Military Tribunal for the trial of the major war criminals in the Far East, proclaimed at Tokyo on 19 January 1946;

Therefore,

Affirms the principles of international law recognized by the Charter of the Nurnberg Tribunal and the judgment of the Tribunal;

Directs the Committee on the codification of international law established by the resolution of the General Assembly of 11 December 1946, /1 to treat as a matter of primary importance plans for the formulation, in the context of a general codification of offences against the peace and security of mankind, of an International Criminal Code, of the principles recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal.

<http://www.un-documents.net/a1r95.htm>

<sup>35</sup> A/RES/96(I)

[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/96\(I\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/96(I))

<sup>36</sup> A/RES/174(II)

[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/174\(II\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/174(II))

<sup>37</sup> A/RES/177(II)

[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/177\(II\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/177(II))

<sup>38</sup> In particolare l'adozione di più di una risoluzione A/RES/488(V) stimolando così la International Law Commission a produrre progetto di codice di offesa contro la pace e la sicurezza umana, tenendo conto le osservazioni prodotte dagli Stati-membri.

[http://legal.un.org/ilc/guide/7\\_1.htm](http://legal.un.org/ilc/guide/7_1.htm)

<sup>39</sup> Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal (1950)

[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7\\_1\\_1950.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf)

piano, la responsabilità individuale di chi commette un atto che costituisce un crimine di Diritto Internazionale (principio I). Elencando le categorie di reati (principio VI), la Commissione di Diritto Internazionale ha inoltre stabilito l'idea di che né il ruolo svolto da parte del trasgressore (principio II) né l'obbedienza a ordini superiori (principio IV) esime l'individuo delle responsabilità di fronte al Diritto Internazionale, anche se la legislazione nazionale non ha criminalizzato il comportamento (principio II).

In parallelo, il lavoro delle Nazioni Unite aveva già prodotto nel 1948, la Convenzione per la Prevenzione e la Repressione del Crimine di Genocidio<sup>40</sup>. La convenzione, oltre a prevedere che il crimine di genocidio potrebbe essere perpetrato sia in tempo di pace sia di guerra, ha indicato che i responsabili potrebbero essere processati dai tribunali statali in cui è stato commesso l'atto o da un tribunale penale internazionale competente, a proposito delle parti contraenti che abbiano riconosciuto la loro giurisdizione (articolo VI).

Nella stessa risoluzione che adotta la convenzione contro il genocidio, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha chiesto alla Commissione di Diritto Internazionale che esaminasse “la convenienza e la possibilità” di creare un tribunale competente per giudicare le persone accusate di genocidio o altri crimini previsti da convenzioni internazionali<sup>41</sup>, considerando anche la possibilità di creare una sezione all'interno della Corte Internazionale di Giustizia.

Come risposta, la Commissione del Diritto Internazionale ha prodotto due studi fatti da consulenti speciali designati<sup>42</sup> e ha concluso, per maggioranza, che l'istituzione della sezione era auspicabile e possibile, ma ha indicato maggiori difficoltà se volesse diventare una camera all'interno della Corte Internazionale di Giustizia<sup>43</sup> per

---

<sup>40</sup> A/RES/260(III)

<http://www.un-documents.net/cppcg.htm>

<sup>41</sup> Study by the International Law Commission of the Question of an International Criminal Tribunal

“The General Assembly,

Considering that the discussion of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide has raised the question of the desirability of having persons charged with genocide tried by a competent international tribunal,

Considering that, in the course of development of the international community, there will be an increasing need of an international judicial organ for the trial of certain crimes under international law,

Invites the International Law Commission to study the desirability and possibility of establishing an international judicial organ for the trial of persons charged with genocide or other crimes over which jurisdiction will be conferred upon that organ by international conventions;

Requests the International Law Commission, in carrying out this task, to pay attention to the possibility of establishing an International Court of Justice. A/RES/260(III)

<http://www.un-documents.net/cppcg.htm>

<sup>42</sup> Emil Sandstrom. A/CN.4/20

[http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_20.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_20.pdf)

Ricardo J. Alfaro. A/CN.4/15

[http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_15.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_15.pdf)

<sup>43</sup> A/CN.4/34 . Report of the International Law Commission on its Second Session, 5 June to 29 July 1950, Official Records of the General Assembly, Fifth session, Supplement No.12 (A/1316)



giudicare questi crimini.

Pertanto, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha istituito<sup>44</sup>, con delibera del 12 dicembre 1950, un comitato per preparare il progetto di statuto di una Corte Penale Internazionale. Finito il lavoro della commissione e presentato il progetto all'esame dei membri delle Nazioni Unite, la complessità dell'argomento e le tensioni geopolitiche negli anni della Guerra Fredda hanno impedito l'avanzamento dell'idea, data la mancanza di consenso tra le maggiori potenze del mondo, su una questione così delicata, per quanto riguarda la sovranità statale<sup>45</sup>.

Così, nel 1954, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha deciso di rinviare la discussione del tema della giurisdizione penale internazionale fino a che fossero trattate le questioni riguardanti alla definizione di crimine di aggressione e al progetto di Codice di Crimini contro la Pace e la Sicurezza dell'Umanità<sup>46</sup>. In realtà, la maggior parte degli Stati riteneva che fosse necessario, prima, stabilire la legge sostantiva per dopo creare un tribunale per applicarla.

Ma neanche la definizione dei crimini ha avanzato molto, raggiungendo una definizione dell'atto di aggressione (non il reato) solo nel 1974<sup>47</sup>.

Come si può vedere, nonostante gli sforzi iniziali delle Nazioni Unite, lo slancio politico si è presto sbiadito, non avendo, durante la guerra fredda, sviluppi concreti relativi al progetto di una Corte Penale Internazionale.

### 1.1.3 Antecedenti più recenti

È stato soltanto nel 1990, con la caduta del muro di Berlino e con i processi di democratizzazione in diversi paesi, che la possibilità di criminalizzazione delle violazioni dei diritti umani in una giurisdizione penale internazionale recupera il suo spazio nell'agenda internazionale. Si apre un ciclo che Michael Ignatieff<sup>48</sup> denomina di "enforcement revolution", in cui riappaiono le condizioni perché il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite possa affrontare la questione.

---

[http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_34.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_34.pdf)

<sup>44</sup> A/RES/489(V)

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/060/87/IMG/NR006087.pdf?OpenElement>  
<http://www.un.org/documents/ga/res/5/ares5.htm>

<sup>45</sup> Bassiouni, "From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years". p.52.

<sup>46</sup> A/RES/898(IX), del 14/12/1954

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/096/33/IMG/NR009633.pdf?OpenElement>  
 A/RES/1187 (XII), del 11/12/1957  
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/119/70/IMG/NR011970.pdf?OpenElement>

<sup>47</sup> A/RES/3314 (XXIX), del 14/12/1974

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>

<sup>48</sup> Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*. p. 12.

Infatti, in quell'epoca sono scoppiati violenti conflitti armati, come nell'ex-Jugoslavia e in Ruanda. E in questo contesto è venuto sulla scena, come protagonista, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

In realtà, dal 1991, il conflitto armato in Jugoslavia figurava all'ordine del giorno del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, che adottava una serie di misure volte a contenere le ostilità<sup>49</sup>. Nel 1992, con lo scoppio del conflitto in Bosnia e data la gravità della situazione umanitaria, il Consiglio di Sicurezza ha deciso di assegnare la responsabilità individuale per chi commettesse gravi violazioni del diritto umanitario internazionale ed esigere delle parti in conflitto l'immediata cessazione delle violazioni<sup>50</sup>.

L'avvertimento del Consiglio di Sicurezza, però, non ha avuto risposta dagli interessati, che hanno seguito la pratica della "pulizia etnica" e altre violazioni diffuse del diritto umanitario internazionale. Per questo è stata stabilita già nel 1992, una Commissione di Esperti per esaminare le prove e presentare le conclusioni sulle violazioni<sup>51</sup>.

Dall'indagine delle prove raccolte dal Comitato di Esperti, il Consiglio di Sicurezza ha segnalato per l'istituzione di un tribunale internazionale. In realtà, con la risoluzione 808 (1993), adottata all'unanimità, il Consiglio di Sicurezza ha caratterizzato la situazione come una minaccia per la pace e la sicurezza internazionale, essendo disponibile a risolvere i crimini e processare i responsabili. Pertanto, ha chiesto al Segretario Generale delle Nazioni Unite che presentasse una raccomandazione sulla procedura da adottare<sup>52</sup>.

L'adozione della Risoluzione 808 del Consiglio di Sicurezza ha suscitato un ampio dibattito all'interno delle Nazioni Unite<sup>53</sup>. In effetti, i suggerimenti e le osservazioni sono stati presentati da paesi, organizzazioni e individui sul modo migliore di procedere. Il Brasile, per esempio, ha difeso la negoziazione di un trattato per istituire

---

<sup>49</sup> Antonio de Aguiar Patriota, *O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva* (Instituto Rio Branco, 1998). p. 82-108

<sup>50</sup> S/RES/771 (1992), del 13/8/1992.

[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/771\(1992\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/771(1992))

<sup>51</sup> S/RES/780 (1992), del 6/10/1992.

[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/780\(1992\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/780(1992))

<sup>52</sup> S/RES/808 (1993), del 22/02/1993

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/098/21/IMG/N9309821.pdf?OpenElement>

<sup>53</sup> S/PV.3175 (22/02/1993)

Madeleine Albright, rappresentante degli Stati Uniti al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite:

There is an echo in this chamber today. The Nuremberg principles have been reaffirmed. We have preserved the long-neglected compact made by the community of civilized nations 48 years ago in San Francisco to create the United Nations and enforce the Nuremberg principles. The lesson that we are all accountable to international law may have finally taken hold in our collective memory. This will be no victor's justice. The only victor that will prevail in this endeavour is the truth.

<http://digitalcase.case.edu:9000/fedora/get/ksl:mps17-provrecord100000000/mps17-provrecord100000000.pdf>

un tribunale penale internazionale<sup>54</sup>. L'Italia ha formato una commissione di giuristi, sotto la presidenza del Professor Giovanni Conso, e ha presentato alle Nazioni Unite un progetto completo di statuto per il Tribunale per i crimini di guerra e contro l'umanità commessi dall'ex Jugoslavia<sup>55</sup>.

Il Segretario Generale delle Nazioni Unite, alla fine, ha indicato che, in condizioni normali, sarebbe preferibile creare una corte penale attraverso la conclusione di un trattato, ma che, date le circostanze e l'urgenza della situazione, potrebbe il Consiglio di Sicurezza stesso creare il tribunale<sup>56</sup>.

In occasione dell'approvazione della relazione del Segretario Generale delle Nazioni Unite, il Consiglio di Sicurezza ha deciso di istituire, con voto unanime, il Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia, al fine di perseguire i responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, il genocidio e i crimini contro l'umanità, commessi dal 1991<sup>57</sup>. È stata la prima volta che il Consiglio di Sicurezza ha creato un organo sussidiario di natura giudiziaria e l'ha fatto, secondo quanto stabilito nella Risoluzione n° 827, del 1993, sulla base del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, sottolineando che la misura contribuirebbe al restauro e al mantenimento della pace.

Allo stesso modo, nel 1994, adesso dinanzi alla guerra civile combattuta in Ruanda tra hutus e tuts, e che ha ucciso circa 800.000 persone, il Consiglio di Sicurezza ha istituito una nuova Corte Penale. L'iniziativa è stata degli Stati Uniti e dalla Nuova Zelanda, tramite l'adozione di una soluzione analoga all'imposta nel caso dell'ex-Jugoslavia: l'istituzione del Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda<sup>58</sup>, al fine di perseguire i responsabili del genocidio e altre gravi violazioni del diritto umanitario internazionale, commessi in quel paese dal 1° gennaio 1994.

<sup>54</sup> A/47/922 – S/25540 (06/04/1993)

[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=a%2F47%2F922&Submit=Search&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a%2F47%2F922&Submit=Search&Lang=E)

<sup>55</sup> S/25300 (17/02/93)

[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=s%2F25300&Submit=Search&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=s%2F25300&Submit=Search&Lang=E)

<sup>56</sup> S/25704 (03/05/1993)

“22. In the light of the disadvantages of the treaty approach in this particular case and of the need indicated in resolution 808 (1992) for an effective and expeditious implementation of the decision to establish an international tribunal, the Secretary-General believes that the International Tribunal should be established by a decision of the Security Council on the basis of Chapter VII of the Charter of the United Nations. Such a decision would constitute a measure to maintain or restore international peace and security, following the requisite determination of the existence of a threat to the peace, breach of the peace or act of aggression.

23. This approach would have the advantage of being expeditious and of being immediately effective as all States would be under a binding obligation to take whatever action is required to carry out a decision taken as an enforcement measure under Chapter VII”

[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=s%2F25704&Submit=Search&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=s%2F25704&Submit=Search&Lang=E)

<sup>57</sup> S/RES/827 (1993), del 25/5/1993.

[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=s%2Fres%2F827+%281993%29&Submit=Search&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=s%2Fres%2F827+%281993%29&Submit=Search&Lang=E)

<sup>58</sup> S/RES/955 (1994), del 08/11/1994

[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=s%2Fres%2F955+%281994%29&Submit=Search&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=s%2Fres%2F955+%281994%29&Submit=Search&Lang=E)

Come si è verificato durante la creazione del Tribunale Penale per l'ex-Jugoslavia, la risoluzione del Consiglio di Sicurezza che ha creato il Tribunale per il Ruanda ha anche fatto ricorso al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Vengono considerate le gravi e diffuse violazioni al diritto umanitario internazionale come una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale; ritiene il Consiglio che il perseguimento dei responsabili è un contributo alla riconciliazione nazionale, il ripristino e il mantenimento della pace.

Entrambi i tribunali, come previsto dagli Statuti, avrebbero una competenza concorrente. In questo modo, i reati potrebbero essere giudicati sia dai Tribunali internazionali, così come dai Tribunali nazionali, con primazia riconosciuta ai primi. In altre parole, la Corte internazionale potrebbe portare alla sua giurisdizione un caso che fosse sotto l'esame di un giudice nazionale<sup>59</sup>.

La compatibilità tra la giurisdizione internazionale e la nazionale in questi Corti, in parte osservava il principio del *ne bis in idem*. Un crimine già esaminato dalla Corte internazionale non poteva essere nuovamente giudicato da un giudice nazionale. D'altra parte, un caso giudicato da un giudice nazionale potrebbe essere riesaminato dal Tribunale internazionale quando evidenziato che la giurisdizione nazionale non era stata imparziale o indipendente, o lo avesse trattato come un reato comune, o avesse agito al fine di contrastare la competenza internazionale<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Statuto del Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda (1994)

Articolo 8 Giurisdizione concorrenti

1. Il Tribunale internazionale per il Ruanda ed i tribunali nazionali hanno giurisdizione concorrente a perseguire le persone responsabili di violazioni gravi del diritto internazionale umanitario compiute nel territorio del Ruanda ed i cittadini ruandesi responsabili di tali violazioni commesse nel territorio degli Stati vicini tra il 1° gennaio ed il 31 dicembre 1994.

2. Il Tribunale internazionale per il Ruanda ha il primato sui tribunali nazionali di tutti gli Stati. In ogni stadio del processo, esso può chiedere ufficialmente ai tribunali nazionali di astenersi dall'esercizio della giurisdizione a favore di quella del Tribunale internazionale in conformità del presente Statuto e del regolamento di procedura e istruzione probatoria del Tribunale internazionale per il Ruanda.

[http://unipd-centrodirittiumani.it/strumenti\\_internazionali/Statuto-del-Tribunale-penale-internazionale-per-il-Ruanda-1994/177](http://unipd-centrodirittiumani.it/strumenti_internazionali/Statuto-del-Tribunale-penale-internazionale-per-il-Ruanda-1994/177)

Statuto del Tribunale Internazionale per il perseguimento delle persone responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio dell'ex Jugoslavia dal 1991 (1993)

Articolo 9 Giurisdizione concorrenti

1. Il Tribunale internazionale e le corti nazionali hanno giurisdizione concorrente per giudicare le persone accusate di gravi violazioni al diritto internazionale umanitario commesse nel territorio dell'ex Jugoslavia dal 1 gennaio 1991.

2. La giurisdizione del Tribunale internazionale prevale su quella dei tribunali nazionali. Ad ogni fase de procedimento, il Tribunale internazionale può richiedere formalmente ai tribunali nazionali di deferire il caso alla sua giurisdizione, secondo le norme del presente Statuto e del Regolamento di procedura dello stesso Tribunale internazionale.

[http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/93\\_02\\_185.pdf](http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/93_02_185.pdf)

<sup>60</sup> Statuto del Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda (1994)

Articolo 9 Ne bis in idem

1. Nessuno può essere giudicato da un tribunale nazionale per atti costituenti gravi violazioni del diritto internazionale umanitario ai sensi del presente Statuto se è già stato giudicato per i medesimi atti dal Tribunale internazionale per il Ruanda.

Inoltre, questi tribunali hanno rafforzato la teoria della responsabilità penale internazionale degli individui. Infatti, non hanno riconosciuto le immunità giurisdizionali per i crimini definiti dal diritto internazionale né hanno riconosciuto gli ordini superiori come escludenti di responsabilità internazionale. Hanno continuato, così, sulla strada aperta dai Tribunali di Norimberga e di Tokyo.

Per quanto riguarda i Tribunali Internazionali che sono susseguiti alla Seconda Guerra Mondiale, i tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda hanno rappresentato una svolta. Non erano più i vincitori di un conflitto armato che giudicavano i crimini commessi dagli sconfitti. Ora i tribunali rappresentavano l'ONU. Inoltre, questi tribunali non si destinavano agli sconfitti, ma a tutti coloro che avevano commesso i crimini previsti nei loro statuti, indipendentemente dal lato in cui figuravano nei conflitti.

In ogni caso, questi Tribunali, come i loro predecessori, sono stati criticati.

In un primo momento, è stato questionato, ancora una volta, il fatto che i processi dovrebbero realizzarsi davanti i tribunali *ad hoc* e *post facto*, nonostante l'intesa già stabilita dalla coscienza collettiva globale relativa a quelli che commettono atti di barbarie, che violano la dignità umana, che devono essere puniti a livello internazionale. Inoltre, non erano tribunali stabiliti dai trattati internazionali multilaterali, ma dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, la cui base giuridica è stata solo l'ampio e vago capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite riguardante le "minacce alla pace, violazione della pace e atti di aggressione".

---

2. Chiunque sia stato giudicato da un tribunale nazionale per atti costituenti gravi violazioni del diritto internazionale umanitario può essere successivamente giudicato dal Tribunale internazionale per il Ruanda solo se:

a) l'atto per il quale è stato processato era qualificato come un crimine ordinario; o  
b) il procedimento non è stato imparziale od indipendente, il processo avanti al tribunale nazionale mirava a sottrarre l'accusato alla propria responsabilità penale internazionale, o l'azione penale non è stata esercitata diligentemente.

3. Nel decidere la pena da infliggere ad una persona condannata per un crimine previsto dal presente Statuto, il Tribunale internazionale per il Ruanda tiene conto della misura in cui questa persona ha già scontato eventuali pene a lui inflitte da un tribunale nazionale per il medesimo fatto.

[http://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti\\_internazionali/Statuto-del-Tribunale-penale-internazionale-per-il-Ruanda-1994/177](http://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Statuto-del-Tribunale-penale-internazionale-per-il-Ruanda-1994/177)

Statuto del Tribunale Internazionale per il perseguimento delle persone responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio dell' ex Jugoslavia dal 1991 (1993)

Articolo 10 Ne bis in idem

1. Nessuno potrà essere processato davanti ad un tribunale nazionale per atti che costituiscono grave violazione del diritto internazionale umanitario secondo il presente Statuto per i quali sia già stato processato da Tribunale internazionale.

2. Una persona che sia stata giudicata da un tribunale nazionale per atti che grave violazione del diritto internazionale potrà essere successivamente giudicata dal Tribunale internazionale soltanto se: a) l'atto per il quale la persona è stata giudicata è stato considerato quale reato comune; ovvero b) il procedimento posto in essere dalla corte nazionale non è stato né imparziale né indipendente, essendo finalizzato a sottrarre l'accusato dalla sua responsabilità penale internazionale o se il caso non è stato giudicato con adeguata diligenza.

3. Nel determinare la pena da imporre alla persona dichiarata colpevole di un crimine secondo il presente Statuto, il Tribunale internazionale terrà conto della quantità di pena che la persona che sia già stata condannata per lo stesso fatto da un tribunale nazionale abbia già scontato.

[http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/93\\_02\\_185.pdf](http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/93_02_185.pdf)

Ugualmente messa in dubbio è stata l'autorità del Consiglio di sicurezza<sup>61</sup> per creare un tribunale penale internazionale. La Carta dell'ONU, l'articolo 41, autorizza il Consiglio di Sicurezza ad adottare misure non implicanti l'uso della forza armata ed una serie di possibili misure<sup>62</sup>, avendo dubbi se queste misure servono a contenere la creazione di tribunali.

Come membro non permanente del Consiglio di Sicurezza nel biennio 1993-1994, il Brasile, ad esempio, pur avendo votato a favore della creazione di due tribunali *ad hoc*, ha dichiarato, in entrambe le occasioni, che i poteri del Consiglio di Sicurezza, esercitati per conto dei membri dell'ONU, ai sensi dell'articolo 24 (1) della Carta, dovrebbero sempre basarsi su specifiche disposizioni dell'atto costitutivo dell'Organizzazione (e non sul Capitolo VII, in termini generali) e che l'istituzione dei tribunali era dovuta alle circostanze gravi ed eccezionali sperimentate in quell'epoca<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Pietro Gargiulo, "The controversial relationship between the International criminal court and the Security Council", *Essays on the Rome Statute of the International criminal court-volume I*, 1999, 67–103. p. 79ss. Cassese et al., *Cassese's International Criminal Law*. p. 260. Pastor, *El poder penal internacional*. p.45 ss. Celso D. de Albuquerque Mello, *Curso de direito internacional público*, 15. ed., rev. e aum. --, vol. 1 (Rio de Janeiro: Renovar, 2004), p. 978.

<sup>62</sup> Articolo 41

Il Consiglio di Sicurezza può decidere quali misure, non implicanti l'impiego della forza armata, debbano essere adottate per dare effetto alle sue decisioni, e può invitare i membri delle Nazioni Unite ad applicare tali misure. Queste possono comprendere un'interruzione totale o parziale delle relazioni economiche e delle comunicazioni ferroviarie, marittime, aeree, postali, telegrafiche, radio ed altre, e la rottura delle relazioni diplomatiche.

<sup>63</sup> L'Ambasciatore brasiliano presso le Nazioni Unite, quando dall'apprezzamento della creazione del Tribunale Penale per la ex-Yugoslavia -- S/PV.3217 (25/05/1993) – così si è pronunciato nel Consiglio di Sicurezza:

Sometimes exceptionally grave circumstances may demand exceptional action on the part of the United Nations (...)

Given the legal difficulties involved (...) it was only the consideration of the unique (...) circumstances in the former Yugoslavia that determined the vote we cast on the resolution (...). Our positive vote is to be understood as a political expression of our condemnation of the crimes committed (...). We would certainly have preferred that an initiative bearing such far-reaching political and legal implications had received a much deeper examination (...). The option of establishing the Tribunal exclusively through a resolution of the Security Council, which we did not favor, leaves unresolved a number of serious legal issues relating to the powers and competences attributed to the Council by the Charter.

[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S%2FPV.3217&Submit=Search&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S%2FPV.3217&Submit=Search&Lang=E)

L'Ambasciatore brasiliano presso le Nazioni Unite, quando dall'analisi della creazione del Tribunale Penale Ruanda -- S/PV.3453 (08/09/1994) – si è pronunciato in questo modo nel Consiglio di Sicurezza:

As we stated in the case of the Tribunal for the former Yugoslavia, Brazil is not convinced that the competence to establish and/or to exercise an international criminal jurisdiction is among the constitutional powers of the Security Council; or that the option of resorting to a resolution of the Security Council is the most appropriate method for such a purpose.

The authority of the Security Council is not selfconstituted. It originates from the delegation of powers conferred upon it by the whole membership of the Organization under Article 24 (1) of the Charter. For that very reason, the Council's powers and responsibilities under the Charter should be strictly construed, and cannot be created, recreated or reinterpreted by decisions of the Council itself.

(...)

Exceptional ad hoc initiatives by the Council may not be the best way to promote the consistent, balanced and effective application of international humanitarian law or to create an environment conducive to the enhancement of the rule of law in international public order. The Security Council's responsibilities lie not in the judicial or institution-building field, but in the maintenance of international peace and security. Therefore, the invocation of Chapter VII of the Charter for the purpose of establishing an international tribunal goes, in our view, beyond the competence of the Council as clearly defined in the Charter.

[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S%2FPV.3453&Submit=Search&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S%2FPV.3453&Submit=Search&Lang=E)

La questione della legittimità della creazione del Tribunale per l'ex-Jugoslavia è stata sottomessa alla Camera d'Appello del Tribunale, nel corso del processo contro Dusko Tadic<sup>64</sup>. Il Tribunale ha risposto che la legittimità sarebbe fondata sull'articolo 41 della Carta dell'ONU, affermando che le misure elencate potrebbero essere di due categorie, quelle che richiedono l'intervento degli Stati (citate nell'articolo 41), e quelle che possono essere attivate direttamente dal Consiglio, come la creazione di organi con funzioni giurisdizionali.

Non ci sono dubbi che l'istituzione di tribunali internazionali *ad hoc*, tramite le risoluzioni del Consiglio di sicurezza, supera il problema della parzialità e sospetti di eventuali giudizi espressi dagli Stati partecipanti della guerra. Tuttavia questo modello faceva con che i tribunali diventassero organi sussidiari del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, un organo politico che, per le decisioni, richiede non più di nove voti, su quindici membri, inclusi i cinque permanenti con diritto di veto<sup>65</sup>.

Inoltre, per consentire la creazione di tribunali con decisione del Consiglio di Sicurezza può succedere, in un caso concreto, che si metta in dubbio l'imparzialità del Consiglio. Dispiacendo politicamente uno dei titolari del posto permanente e a causa del potere di veto, un Tribunale non può essere creato per situazioni simili.

Un'altra critica fatta a questi tribunali, anche questa già formulata contro i Tribunali Militari del Secondo Post-Guerra, come si è visto, consisteva nella violazione a una delle più comuni norme del diritto penale, in base alle quali il giudice, così come la legge, deve essere preconstituito prima della commissione del reato<sup>66</sup>, e non *ex post facto*<sup>67</sup> o *post hoc*<sup>68</sup>.

Le critiche ai Tribunali, come quelle fatte a Norimberga e a Tokyo, non hanno soppiantato l'emergenza della situazione vissuta, a causa delle atrocità e orrori commessi

---

<sup>64</sup> Prosecutor Vs. Dusko Tadic. Appeals Chamber Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction. Sentence Chapter II: II. Unlawful establishment of the International Tribunal.

<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>

<sup>65</sup> Lo Statuto delle Nazioni Unite (1945), Articolo 27, comma 3.

<sup>66</sup> Precisamente in ragione di questa critica, alcuni Paesi, tra cui il Brasile, quando approvarono l'istituzione di tribunali *ad hoc*, espressamente hanno manifestato il desiderio di creazione, per mezzo di un trattato internazionale, di una corte penale internazionale permanente, indipendente e imparziale, competente per il processo e giudizio di crimini commessi dopo la sua entrata in vigore nel piano internazionale.

<sup>67</sup> Vito Monetti e Gualtiero Michelini, "L'Istituzione della Corte Penale Internazionale e i suoi precedenti. La struttura della corte", in *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, org. Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti (Giuffrè Editore, 2006), 3-48.

<sup>68</sup> Emma Bonino, European Commissioner of Humanitarian Affairs, sobre a preparação da conferência de Roma e os tribunais criados pela ONU:

But I am painfully aware of the difficulties those Tribunals have faced, and especially of the risks involved in a further proliferation of "special" courts. The trouble with those jurisdictions is that they are not only "ad hoc", but also "post hoc": they are only set up when they are set up long after the crimes have taken place.

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-98-93\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-98-93_en.htm)

nei territori dell'ex Jugoslavia e del Ruanda. Nel discutere la legittimità delle Corti *post facto*, tradizionalmente l'urgenza continuava a soppiantare la legge<sup>69</sup>.

Le decisioni del Consiglio di Sicurezza, nonostante fossero controverse, sono state prese come risposta al clamore della comunità internazionale contro le atrocità commesse in Bosnia e in Ruanda. C'è stata la pressione dell'opinione pubblica sui Governi, costretti a mostrare alle loro società che non stavano tralasciando le atrocità e, ancora, la necessità di adottare misure concrete al fine di prevenire le morti. Inoltre, l'Organizzazione delle Nazioni Unite aveva bisogno di mostrarsi come un ente attuante, diligente e in grado di superare l'inerzia dei suoi membri<sup>70</sup>.

Il quadro, poi, spiega l'urgenza di creare, in carattere permanente e imparziale, una Corte penale al fine di processare e giudicare gli imputati della pratica di crimini che indignano la coscienza dell'umanità e che costituiscono violazioni del proprio Diritto Internazionale Pubblico. La soluzione dei Tribunali *ad hoc*, creati dal Consiglio di Sicurezza Nazionale, si è dimostrata davvero precaria a proposito di un problema assai grave.

#### **1.1.4 Lo Statuto di Roma**

Gli Stati, spinti dall'attuazione dei tribunali *ad hoc* e convinti dai possibili vantaggi di stabilire un'istituzione in basi permanenti, tramite un trattato internazionale che non si limitasse a un contesto geografico o a situazioni specifiche, hanno approvato nel luglio 1998, il testo dello Statuto di Roma.

Infatti, tra il 15 giugno e il 17 luglio 1998, è avvenuta, a Roma, la Conferenza di Plenipotenziari delle Nazioni Unite, per stabilire un Tribunale Penale Internazionale permanente e indipendente. Alla fine della Conferenza, erano favorevoli all'approvazione dello Statuto di Roma 120 Stati, soltanto 7 voti contrari (Cina, Stati Uniti, Yemen, Iraq, Israele, Libia e Qatar) e 21 astensioni.

Posteriormente, dinanzi alla ripercussione negativa internazionale causata dai voti contrari, Israele e gli Stati Uniti firmarono lo Statuto di Roma, il 31 dicembre 2000. Ma le ratifiche da parte di questi Stati sono rimaste pregiudicate, per non dire inviabili, a causa degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 e le conseguenti operazioni di guerra in Afghanistan e in Palestina. Per questa ragione, il 06 maggio e il 28 agosto 2002,

---

<sup>69</sup> Luigi Cornacchia, *Funzione della pena nello statuto della Corte Penale Internazionale* (Giuffrè Editore, 2009). p. 23 ss

<sup>70</sup> Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*. p. 42ss. Elio Cardoso, *Tribunal penal internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil* (Fundação Alexandre de Gusmão, 2012). p.30 s.



gli Stati Uniti e Israele, rispettivamente, hanno notificato formalmente il Segretario-Generale delle Nazioni Unite di che non volevano far parte del rispettivo trattato<sup>71</sup>.

L'11 aprile 2002, sono state raggiunte le 60 ratifiche richieste per l'entrata in vigore dello Statuto di Roma, avvenuta il 1° luglio 2002.

Conforme allo Statuto di Roma, la Corte Penale Internazionale è competente per giudicare individui accusati delle più gravi violazioni al diritto internazionale umanitario, quali crimini di genocidio, crimini di guerra, e i cosiddetti crimini contro l'umanità. Lo Statuto ha anche previsto la figura dei "crimini di aggressione". Questi crimini sono stati definiti soltanto nell'11 giugno 2010, tramite una Risoluzione<sup>72</sup> adottata dalla Conferenza di Revisione dello Statuto di Roma. La Risoluzione entrerà in vigore nel 2017, fino a quando gli Stati potranno ritirarsi della giurisdizione della Corte Penale Internazionale a proposito dei crimini di aggressione<sup>73</sup>.

Sono considerati avanzi nella concezione della Corte Penale Internazionale: il suo carattere permanente; la sua anteriorità, a proposito dei fatti giudicati; e una maggior distanza del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

Infatti, la Corte Penale Internazionale è diversa da tutte le altre esperienze dei tribunali internazionali. Diversamente dalla Corte Internazionale di Giustizia, possiede giurisdizione sulle persone. Diversamente dai Tribunali penali *ad hoc* che l'hanno preceduto, non è un tribunale *post facto*, ristretto a situazioni specifiche nel tempo e nello spazio.

### 1.1.5 Il multilateralismo del trattato di Roma

Lo Statuto di Roma è stato approvato da 120 paesi, nel 1998. In quattro anni ha raggiunto la meta di sessanta ratificazioni. Presentemente sono già 123 gli Stati che hanno ratificato lo Statuto<sup>74</sup>.

Però, non hanno ratificato lo Statuto di Roma: Israele, India, Cina, Russia e gli Stati Uniti, i tre ultimi con seggio permanente nel Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

---

<sup>71</sup> Andrea Crescenzi, "Gli Stati Uniti e gli accordi di esenzione dalla giurisdizione della Corte penale internazionale", in *Corte penale internazionale: aspetti di giurisdizione e funzionamento nella prassi iniziale*, org. Ornella Ferrajolo, vol. 8 (Giuffrè Editore, 2007), 147–69. p.154.

<sup>72</sup> Resolution RC/Res.6

[http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf)

<sup>73</sup> Statuto di Roma. Articolo 121.

<sup>74</sup> 123 paesi sono Stati parte dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale. Su di essi, 34 sono gli Stati africani, 19 sono in Asia - Pacifico, 18 sono dall'Europa dell'Est, 27 provengono da America Latina e dei Caraibi, e 25 sono da Stati europei occidentali et altri.

[http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx)

La nascita della Corte Penale Internazionale non ha gli stessi deficit di legittimità dei suoi antecessori. Non è un'esperienza impositiva o parziale, come i Tribunali militari del secondo dopo guerra, dove litigavano vincitori contro sconfitti. Non nasce neanche sul segno di pressioni politiche ed emergenziali come i Tribunali per l'ex-Jugoslavia o per il Ruanda. È frutto dell'incontro delle volontà di una grande parte, anche se non della totalità della comunità internazionale.

### **1.1.6 La pluralità del consenso**

La Corte Penale Internazionale nasce con la pretesa di essere universale. Non è stata concepita per aree geografiche specifiche, come gli organi *ad hoc* creati dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Non delimita la giurisdizione agli sconfitti, in un determinato confronto, come i Tribunali di Norimberga e Tokio.

La norma penale internazionale dovrebbe essere applicata in tutti i paesi di forma generale, senza distinzioni, perché la legge penale deve essere uguale per tutti. La Corte Penale Internazionale, responsabile dell'analisi di supposte violazioni a questa norma penale internazionale, dovrebbe inquadrarsi all'interno della categoria delle organizzazioni internazionali di vocazione universale propensa a congregare la generalità degli Stati sovrani<sup>75</sup>.

Però, affinché si raggiungesse la giurisdizione universale pretesa dalla Corte Penale Internazionale, era necessario raggiungere la ratificazione universale dello Statuto di Roma. La legittimità cercata dalla Conferenza di Plenipotenziari delle Nazioni Unite per la creazione della Corte Penale Internazionale ha richiesto, per questo, un dialogo tra gli Stati, tra le diverse culture, con concessioni mutue.

Nelle trattative sono state formulate proposte per raggiungere il maggior consenso possibile. Per diminuire la resistenza delle potenze mondiali, si è pensato di stabilire un meccanismo facoltativo per attivare la giurisdizione dell'ente internazionale sui crimini contro l'umanità e i crimini di guerra. In questo modo, sarebbe necessaria una dichiarazione di accettazione della giurisdizione per questi crimini, come la proposta fatta dall' International Law Commission<sup>76</sup>. Tuttavia, conforme a questa proposta, l'esercizio della giurisdizione della Corte Penale Internazionale sarebbe automatico per il crimine di genocidio.

---

<sup>75</sup> José Francisco Rezek, *Direito internacional público: curso elementar*, 13a ed., rev., aum. e atual. -- (São Paulo: Saraiva, 2011). p. 186

<sup>76</sup> Paesi come Cina, Stati Uniti, India e Russia hanno dimostrato preferenza per un meccanismo opt-in per questi crimini. William Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford University Press, 2010). p. 282ss

L'adozione di questo sistema di doppio assenso avrebbe stimolato la ratifica universale della futura Corte. Però, questa scelta potrebbe creare un tribunale poco effettivo.

Alla fine questa proposta è stata rifiutata e la maggioranza degli Stati ha scelto di stabilire la giurisdizione automatica per tutti i crimini soggetti alla giurisdizione della Corte Penale Internazionale<sup>77</sup>.

È stato oggetto di discussione e trattative anche i requisiti per l'esercizio della giurisdizione dalla Corte Penale Internazionale, nei casi azionati da uno Stato membro o dalla Procura.

La Germania, ad esempio, proponeva l'adozione del principio della giurisdizione universale, secondo la quale la Corte Penale Internazionale potrebbe processare e giudicare i responsabili dei crimini di trascendenza internazionale, senza nessuna precondizione<sup>78</sup>.

Gli Stati Uniti, assecondati, soprattutto dalla Cina, a loro volta, proponevano la necessità, in tutti i casi, dell'approvazione dello Stato di cittadinanza dell'individuo accusato. Così, miravano a escludere la possibilità della Corte Penale Internazionale di esercitare la giurisdizione sui nazionali di Stati non ratificanti<sup>79</sup>.

Ambedue le proposte sono state rifiutate, prevalendo l'idea di che, in caso di azionamento dallo Stato-membro o dalla Procura, basterà che lo Stato, in cui territorio il crimine sia stato commesso, abbia ratificato lo Statuto di Roma, o lo Stato di cittadinanza dell'accusato abbia aderito allo Statuto.

Alla fine, la proposta per lo Statuto di Roma è stata approvata, in blocco (ossia, il testo generale è stato sottomesso alla votazione, per evitare la riapertura di discussione su punti già discussi), da 120 paesi, con 7 voti contrari e 21 astensioni.

Nonostante non sia stato possibile giungere al consenso, la maggioranza assoluta degli Stati partecipanti della Conferenza di Roma ha deciso di adottare lo Statuto per la creazione della Corte Penale Internazionale. A favore c'erano i profitti concernenti l'approvazione dell'istituzione di un organo permanente, indipendente, complementare alla giurisdizione nazionale, con vocazione universale, o almeno, non limitato a situazioni

---

<sup>77</sup> Annalisa Ciampi, "I presupposti per l'esercizio della giurisdizione", in *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, org. Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti (Giuffrè Editore, 2006), 113–22. p. 113ss

<sup>78</sup> Elizabeth Wilmschurst, "Jurisdiction of the Court", in *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute : Issues, Negotiations and Results*, org. Roy S. K. Lee (Martinus Nijhoff Publishers, 1999), 127–42. p. 132ss

<sup>79</sup> A/CONF.183/13 (vol.II) p. 123ss.

particolari. È stato considerato un avanzo rilevante, anche se alcune questioni delicate non hanno raggiunto la soluzione migliore. È stato l'accordo possibile, dinanzi a diverse realtà degli Stati che ne volevano far parte.

### **1.1.7 Le diverse fasi di sviluppo del diritto penale nazionale e dei diritti umani**

Poiché lo Statuto di Roma rappresenta il consenso possibile tra i vari Stati membri delle Nazioni Unite, è innegabile l'impossibilità che esso coinvolga, con fedeltà, tutti i sistemi giuridici nazionali.

Questo avviene perché ogni Stato ha le sue regole, le sue garanzie e i suoi sistemi giuridici che riflettono la sua cultura. Inoltre, lo sviluppo planetario di una cultura di diritti umani incontra paesi in varie fasi di affermazione, riconoscimento, garanzia ed espansione.

Così, se da un lato, lo Statuto di Roma rappresenta un progresso innegabile nel panorama internazionale per la tutela dei diritti umani, nello scenario domestico l'analisi non è così semplice.

In effetti, per alcuni stati, lo Statuto di Roma, rispetto al suo ordinamento interno, rappresenta un nuovo paradigma da seguire, sia dal sistema accusatorio, sia dall'indipendenza del Pubblico Ministero, sia dall'importanza data al diritto di difesa, sia dalla dignità nelle sanzioni ivi previste.

Per altri Stati, tuttavia, lo Statuto di Roma può rappresentare un grave e pericoloso retrocesso se quello che è stato previsto a livello internazionale viene replicato a livello nazionale.

### **1.1.8 La ratifica come un modo di promuovere il progresso giuridico**

Nonostante il divario tra l'ordine giuridico penale internazionale e gli ordini giuridici penali nazionali, lo Statuto di Roma, e la sua crescente ratifica, sono visti come un miglioramento giuridico per la tutela dei Diritti Umani.

Infatti, dopo l'adozione del testo da parte di 120 Stati, in occasione della Conferenza di Roma, c'erano due strade da seguire da parte degli Stati: (i) procedere alle riforme necessarie, tra cui costituzionali, per, in seguito, ratificare lo Statuto di Roma; (ii) o ratificare lo Statuto, senza successive discussioni sulla compatibilità del testo con l'ordine nazionale, utilizzando il tempo fino all'effettiva attuazione della Corte Penale

Internazionale per adattare il quadro normativo interno<sup>80</sup>.

Il primo modo sembra più responsabile, poiché uno Stato soltanto deve assumere obblighi a livello internazionale quando si ha la sicurezza che sia in grado di soddisfarle. La seconda consiste in un forte messaggio politico, di che lo Stato vuole l'istituzione della Corte Penale Internazionale, immediatamente.

L'Italia, innegabilmente ha adottato la seconda delle scelte, depositando lo strumento di ratifica, il 26 luglio 1999. È stato, infine, il quarto paese a ratificare lo Statuto dopo il Senegal (02/02/1999), Trinidad e Tobago (06/04/1999) e San Marino (13/05/1999)<sup>81</sup>. L'analisi quanto alla compatibilità, pertanto, è rimasta per un secondo momento.

Il Brasile, dal canto suo, non è riuscito a discutere pienamente lo Statuto di Roma per superare le incompatibilità prima della ratifica. Però, non ha neanche inviato alcun messaggio riguardante l'immediata realizzazione della Corte Penale Internazionale: ha depositato lo strumento di ratifica solo il 20 giugno 2002, quando avevano già raggiunto sessanta ratifiche, necessarie all'attuazione della Corte Penale Internazionale.

## **1.2 Corte Penale Internazionale: caratteristiche e principi fondamentali**

L'insieme di regole contenute nello Statuto di Roma, il suo Regolamento di Procedura e di Prova<sup>82</sup> e il documento “Elementi Costitutivi dei Crimini”<sup>83</sup> è un primo abbozzo ufficiale di una codificazione del diritto penale internazionale. Questa produzione normativa contiene gli elementi essenziali di un sistema penale e di procedura penale, con principi, definizioni rigide di competenza, descrizione dei reati punibili, norme di procedura e di ricerca della verità processuale, e delle pene.

Lo Statuto di Roma ha coniato per l'istituzione della Corte Penale Internazionale lo stato dell'arte del Diritto Internazionale Penale.

### **1.2.1 La giurisdizione della Corte Penale Internazionale**

Come concordato dagli Stati nello Statuto di Roma, la Corte Penale

---

<sup>80</sup> Paolo Benvenuti, “Italy, Implementation of the ICC Statute in National Legislation, Constitutional Aspects”, in *The Rome Statute and Domestic Legal Orders: General Aspects and Constitutional Issues*, org. Flavia Lattanzi e Claus Kreß, vol. v. 1 (Editrice il Sirente, 2000), 123–37. p. 125.

<sup>81</sup>[http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/Pages/states%20parties%20\\_%20chronological%20list.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/states%20parties%20_%20chronological%20list.aspx).

<sup>82</sup> Rules of Procedure and Evidence

[http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Publications/Compendium/RulesOfProcedureEvidence-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/RulesOfProcedureEvidence-ENG.pdf)

<sup>83</sup>Elements of Crime

[http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-ENG.pdf)

Internazionale ha giurisdizione sui crimini di trascendenza internazionale considerati più gravi, cioè, il genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e di aggressione.

Infatti, la Corte Penale Internazionale è competente a giudicare quelli cui s'imputa qualsiasi dei reati previsti nello Statuto e che sono "motivo di allarme per l'intera comunità internazionale"<sup>84</sup>.

Fino alla Conferenza di Roma, c'erano proposte di includere altri reati nella lista di attribuzioni del Tribunale Penale Internazionale, come il traffico di droghe e il terrorismo<sup>85</sup>, ma alla fine si è concluso che la competenza del Tribunale dovrebbe essere limitata alle quattro categorie indicate, denominate "core crimes"<sup>86</sup>.

Lo Statuto di Roma ha anche definito e classificato le categorie di crimini<sup>87</sup> soggetti alla giurisdizione della Corte Penale Internazionale, avendo come base i trattati e altre fonti del Diritto Internazionale. Non è stato possibile definire il crimine di aggressione, che non ha trovato consenso in quell'opportunità.

La definizione di genocidio adottata nello Statuto di Roma<sup>88</sup> viene dalla Convenzione per la Prevenzione e la Repressione del Crimine di genocidio.

Per quanto riguarda i crimini contro l'umanità, sono stati formulati diversi enunciati descrittivi di condotte proscritte. Per qualificarsi come crimini contro l'umanità, devono essere praticati nell'ambito di un attacco generalizzato o sistematico, sia in tempo di pace o in situazioni di conflitto armato, internazionale o no<sup>89</sup>.

---

<sup>84</sup> Statuto di Roma

Articolo 5

Crimini di competenza della Corte

1. La competenza della Corte é 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.

2. La Corte eserciterà il proprio potere giurisdizionale sul crimine di aggressione successivamente all'adozione, in conformità agli articoli 121 e 123, della disposizione che definirà tale crimine e stabilirà le condizioni alle quali la Corte potrà esercitare il proprio potere giurisdizionale su tale crimine. Tale norma dovrà essere compatibile con le disposizioni in materia della Carta delle Nazioni Unite.

<sup>85</sup> Sulla risoluzione della Conferenza di Roma con la raccomandazione di inclusione nella revisione dello Statuto i crimini di terrorismo e i crimini relativi agli stupefacenti v. A/CONF.183/C.1/L.74/Add.14

[http://legal.un.org/diplomaticconferences/icc-1998/docs/english/vol2/a\\_conf\\_183\\_sr9.pdf](http://legal.un.org/diplomaticconferences/icc-1998/docs/english/vol2/a_conf_183_sr9.pdf)

<sup>86</sup> Emanuela Fronza, "Introduzione alla parte speciale dello Statuto", in *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, org. Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti (Giuffrè Editore, 2006), 545–58. p.551

<sup>87</sup> V. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*. p. 127ss. Cfr. Annalisa Ciampi, "La Competenza della Corte", in *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, org. Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti (Giuffrè Editore, 2006), 77–111. p. 90ss

<sup>88</sup> Andreama Esposito, Gianluca Gentile, e Maria Teresa Trapasso, "I Crimini contro l'umanità", in *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, org. Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti (Giuffrè Editore, 2006), 599–756. p. 619. Ciampi, "La Competenza della Corte". p. 80

<sup>89</sup> Statuto di Roma

Articolo 7

Crimini contro l'umanità

Per quanto riguarda i crimini di guerra<sup>90</sup>, la cui classificazione è basata sulle Convenzioni di Ginevra del 1949, possono essere sottomessi alla Corte Penale Internazionale quando “commessi all’interno di un piano o di un disegno politico, o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala”<sup>91</sup>. Si è anche ammessa la possibilità di crimini di guerra commessi non solo nei conflitti armati internazionali, così

---

1. Ai fini del presente Statuto, per crimine contro l'umanità s'intende uno degli atti di seguito elencati, se commesso nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell'attacco:

- a) Omicidio;
- b) Sterminio;
- c) Riduzione in schiavitù;
- d) Deportazione o trasferimento forzato della popolazione;
- e) Imprigionamento o altre gravi forme di privazione della libertà personale in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale;
- f) Tortura;
- g) Stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata e altre forme di violenza sessuale di analoga gravità;
- h) Persecuzione contro un gruppo o una collettività dotati di propria identità, ispirata da ragioni di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso o di genere sessuale ai sensi del paragrafo 3, o da altre ragioni universalmente riconosciute come non permissibili ai sensi del diritto internazionale, collegate ad atti preveduti dalle disposizioni del presente paragrafo o a crimini di competenza della Corte;
- i) Sparizione forzata delle persone;
- j) Apartheid;
- k) Altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale.

2. Agli effetti del paragrafo 1:

- a) Si intende per «attacco diretto contro popolazioni civili» condotte che implicano la reiterata commissione di taluno degli atti preveduti al paragrafo 1 contro popolazioni civili, in attuazione o in esecuzione del disegno politico di uno Stato o di una organizzazione, diretto a realizzare l'attacco;
  - b) per «sterminio» s'intende, in modo particolare, il sottoporre intenzionalmente le persone a condizioni di vita dirette a cagionare la distruzione di parte della popolazione, quali impedire l'accesso al vitto ed alle medicine;
  - c) per «riduzione in schiavitù» s'intende l'esercizio su una persona di uno o dell'insieme dei poteri inerenti al diritto di proprietà, anche nel corso del traffico di persone, in particolare di donne e bambini a fini di sfruttamento sessuale;
  - d) per «deportazione o trasferimento forzato della popolazione» s'intende la rimozione delle persone, per mezzo di espulsione o con altri mezzi coercitivi, dalla regione nella quale le stesse si trovano legittimamente, in assenza di ragione previste dal diritto internazionale che lo consentano;
  - e) per «tortura» s'intende l'infliggere intenzionalmente gravi dolori o sofferenze, fisiche o mentali, ad una persona di cui si abbia la custodia o il controllo; in tale termine non rientrano i dolori o le sofferenze derivanti esclusivamente da sanzioni legittime, che siano inscindibilmente connessi a tali sanzioni o dalle stesse incidentalmente occasionati;
  - f) per «gravidanza forzata» s'intende la detenzione illegale di una donna resa gravida con la forza, nell'intento di modificare la composizione etnica di una popolazione o di commettere altre gravi violazioni del diritto internazionale. La presente definizione non può essere in alcun modo interpretata in maniera tale da pregiudicare l'applicazione delle normative nazionali in materia di interruzione della gravidanza;
  - g) per «persecuzione» s'intende la intenzionale e grave privazione dei diritti fondamentali . in violazione del diritto internazionale, per ragioni connesse all'identità del gruppo o della collettività;
  - h) per «apartheid» s'intendono gli atti inumani di carattere analogo a quelli indicati nelle disposizioni del paragrafo 1, commessi nel contesto di un regime istituzionalizzato di oppressione sistematica e di dominazione da parte di un gruppo razziale su altro o altri gruppi razziale, ed al fine di perpetuare tale regime;
  - i) per «sparizione forzata delle persone» s'intende l'arresto, la detenzione o il rapimento delle persone da parte o con l'autorizzazione, il supporto o l'acquiescenza di uno Stato o organizzazione politica, che in seguito rifiutino di riconoscere la privazione della libertà o di dare informazioni sulla sorte di tali persone o sul luogo ove le stesse si trovano, nell'intento di sottrarle alla protezione della legge per un prolungato periodo di tempo.
3. Agli effetti del presente Statuto con il termine «genere sessuale » si fa riferimento ai due sessi, maschile e femminile, nel contesto sociale. Tale termine non implica alcun altro significato di quello sopra menzionato

<sup>90</sup> Articolo 8

(...)

2. Agli effetti dello Statuto, si intende per «crimini di guerra»:

- a) gravi violazioni della Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949, vale a dire uno dei seguenti atti posti in essere contro persone o beni protetti dalle norme delle Convenzioni di Ginevra:

<sup>91</sup> Articolo 8, comma 1

come nelle guerre civili, e pertanto si è incorporato allo Statuto di Roma una serie di norme applicabili ai disordini interni<sup>92</sup>.

Per quanto riguarda il crimine di aggressione, come anticipato, non è stato possibile raggiungere un consenso alla Conferenza di Roma, quanto alla sua definizione, che evocava la definizione effettuata nel 1974 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite<sup>93</sup>, nella Risoluzione 3314, ma che alcuni paesi volevano che si limitasse soltanto alle guerre di aggressione.

Ma, per molti paesi<sup>94</sup>, la sola esclusione della giurisdizione della Corte Penale Internazionale del crimine di aggressione, che figurava nella Carta di Norimberga sotto il titolo di crimini contro la pace, rappresenterebbe un retrocesso inammissibile<sup>95</sup>.

Quindi, la soluzione trovata è stata quella di includere l'aggressione tra i reati soggetti alla giurisdizione della Corte Penale Internazionale, ma condizionare l'azione del Tribunale alla futura definizione del reato. Così, si è formato un Gruppo Speciale di Lavoro sul Crimine di Aggressione (SWGCA)<sup>96</sup>, che ha promosso studi per consentire un consenso. Questo consenso ha basato la Conferenza di Revisione dello Statuto di Roma, tenutasi a Kampala nel 2010, che ha approvato la Risoluzione 6 sul crimine di aggressione<sup>97</sup>.

La natura dei crimini affidati alla Corte Penale Internazionale costituisce un profilo speciale per questa Corte, molto diverso, per esempio, se trattassi di reati ambientali<sup>98</sup> o traffico di stupefacenti con ripercussione globale. Vi è quindi un chiaro legame tra la vocazione dell'istituzione e le questioni che si riferiscono ai diritti umani. La Corte è stata istituita per affrontare in primo luogo i casi di violazioni veramente gravi

<sup>92</sup> Articolo 8, comma 2, f):

Il capoverso e) del paragrafo 2 si applica ai conflitti armati non di carattere internazionale e pertanto non si applica alle situazioni di tensione e di disordine interne, quali sommosse o atti di violenza isolati e sporadici ed altri atti analoghi. Si applica ai conflitti armati che si verificano nel territorio di uno Stato ove si svolga un prolungato conflitto armato tra le forze armate governative e gruppi armati organizzati, o tra tali gruppi

<sup>93</sup> A/RES/3314 (XXXIX)

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>

<sup>94</sup> Muhammad Aziz Shukri, "Individual Responsibility for the Crime of Aggression", in *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, org. Professor Roberto Bellelli (Ashgate Publishing, Ltd., 2013), 519–45. p. 534ss

<sup>95</sup> Monetti e Michelini, "L'Istituzione della Corte Penale Internazionale e i suoi precedenti. La struttura della corte". p.9ss. Claus Kreß, "The Crime of Aggression before the First Review of the ICC Statute", in *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, org. Professor Roberto Bellelli (Ashgate Publishing, Ltd., 2013), 579–87. p.580

<sup>96</sup> Per un racconto di tutti i lavori di gruppo speciale di lavoro v. *The Princeton Process on the Crime of Aggression: Materials of the Special Working Group on the Crime of Aggression, 2003-2009* (Lynne Rienner Publishers, 2009).

<sup>97</sup> Resolution ICC-ASP/8/Res.6

[http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/ICC-ASP-8-Res.6-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ICC-ASP-8-Res.6-ENG.pdf)

<sup>98</sup> v. ICE Coalition, per la creazione di una Corte Internazionale per l'Ambiente, e anche un progetto di statuto per la corte ambientale internazionale.

<http://icecoalition.com/wp-content/uploads/2012/09/Draft-Constitution1.pdf>



e sistematiche dei diritti umani e del diritto umanitario.

Inoltre, i crimini che possono essere giudicati dalla Corte Penale Internazionale tendono ad essere commessi in relazione all'esercizio di belligeranza o di violenza politica. I responsabili, comunemente, saranno i funzionari del governo o i "leaders" di gruppi non statali con il potere politico. Ecco perché è stata prevista la regola legata alla carica o funzione svolta dall'imputato che non esonera una persona dalla sua responsabilità penale, né osta la Corte di esercitare la sua giurisdizione a causa dell'immunità normalmente sfruttata da queste autorità in ambito domestico<sup>99</sup>.

### **1.2.2 L'indipendenza della Corte Penale Internazionale e il suo rapporto con il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite**

Come organo giurisdizionale, oltre al suo carattere permanente, l'indipendenza della Corte Penale Internazionale sembrava anche essenziale quando dell'accordo riguardante lo Statuto di Roma.

Infatti, come noto, la giurisdizione della Corte Penale Internazionale sarebbe esercitata sui crimini su larga scala, spesso sponsorizzati dagli Stati stessi, coinvolgendo, nella maggior parte dei casi, i conflitti armati. Questioni politiche, quindi, permeano la loro area di competenza. Per questo motivo era essenziale che la Corte Penale Internazionale fosse il più indipendente possibile al loro proposito.

Consapevole di questo, nel corso del dibattito, una delle preoccupazioni degli Stati era proteggere la Corte Penale Internazionale dall'influenza di attori politici o almeno ridurre al minimo questa influenza. Così si è esclusa la possibilità del Tribunale di essere un organo sussidiario delle Nazioni Unite o appartenente a quel sistema<sup>100</sup>.

La convergenza di principi tra le due istituzioni, tuttavia, ha portato gli Stati ad affermare un rapporto stretto e solido di cooperazione della Corte Penale

---

<sup>99</sup> Articolo 27

Irrelevanza 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 detto o di agente di uno Stato non esonera in alcun caso una persona dalla sua responsabilità penale per quanto concessa 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.

<sup>100</sup> Concepción Escobar Hernandez e Juan Antonio Yañez-Barnuevo, "The International Criminal Court and the United Nations: A Complex and Vital Relationship", in *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, per Flavia Lattanzi e William Schabas, vol. II (Editrice il Sirente, 1999), 41–68.

Internazionale con le Nazioni Unite, anche attraverso accordi<sup>101</sup>.

L'indipendenza della Corte Penale Internazionale si è anche espressa tramite l'indipendenza del Procuratore presso la Corte<sup>102</sup>. Il Procuratore ha, da solo, la prerogativa di attivare la competenza del Tribunale. Infatti, l'attuazione del Procuratore costituisce uno dei tre modi<sup>103</sup>, accanto al Consiglio di Sicurezza e dello Stato firmatario dello Statuto di Roma, di mettere in moto la giurisdizione della Corte Penale Internazionale e permettere l'esame di situazioni specifiche. In realtà, gli Stati partecipanti alla conferenza sono stati convinti di attribuire poteri alla Procura per attivare la giurisdizione del Tribunale Penale Internazionale, per massimizzare le possibilità del Tribunale avere l'indipendenza desiderata, nonostante i meccanismi che devono essere forniti per frenare eventuali abusi.

Lo Statuto di Roma, però, non ha avuto altrettanto successo per quanto riguarda le norme sulla relazione della Corte Penale Internazionale e il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

In effetti, uno dei punti più sensibili delle trattative sullo Statuto di Roma è stata la correlazione tra la Corte Penale Internazionale e il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

Alcune rappresentanze, come l'India, si sono dimostrate contrarie all'inserimento di dispositivi sul Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nel proprio Statuto di Roma, al fine di evitare indebita politicizzazione della Corte. Tuttavia, alla fine ha prevalso un approccio più pragmatico, che ha favorito non solo la normativa, nel proprio Statuto di Roma, del rapporto tra i due organi, come identificava aspetti positivi di questo rapporto. Si precisa altresì che lo stabilimento della Corte Penale Internazionale potrebbe impedire la creazione di nuovi organi giudiziari dal Consiglio di Sicurezza.

L'indipendenza desiderata tra la giurisdizione internazionale penale e il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite è molto lodevole, ma non ha il potere di

---

<sup>101</sup> Nel 2004, è stato firmato un accordo tra la Corte Penale internazionale e le Nazioni Unite, al fine di definire le linee di cooperazione tra le due organizzazioni (Risoluzione 58/318, del 13/9/2014). A/RES/58/318 (LVIII)

[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/58/318](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/58/318)

<sup>102</sup> Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*. p. 176 ss

<sup>103</sup> Articolo 13

Condizioni di procedibilità

La Corte può esercitare il proprio potere giurisdizionale su uno dei crimini di cui all'articolo 5, secondo le disposizioni del presente Statuto, se:

a) uno Stato Parte, in conformità dell'articolo 14, segnala al Procuratore una situazione nella quale uno o più di tali crimini appaiono essere stati commessi;  
 b) il Consiglio di Sicurezza, nell'ambito delle azioni previste dal capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, segnala al Procuratore una situazione nella quale uno o più di tali crimini appaiono essere stati commessi; oppure  
 c) il Procuratore ha aperto un'indagine su uno o più di tali crimini, in forza dell'articolo 15

allontanare le reciproche implicazioni per il funzionamento degli organi giudiziari e politici nei conflitti internazionali. Il Consiglio di Sicurezza valuta i conflitti interni ed internazionali, dove possono effettivamente accadere violazioni criminali dei diritti umani. D'altra parte, la Corte Penale Internazionale quando fa delle indagini e muove azioni penali, può influire sui processi politici per ristabilire la pace.

Così, secondo la maggior parte degli Stati, era necessario regolare i rapporti tra le due istituzioni, in modo che il primato del Consiglio di Sicurezza nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionale fosse mantenuto, proteggendo la Corte Penale Internazionale dell'influenza politica diretta e palese da parte del Consiglio di Sicurezza.

In questo senso, si è attribuito al Consiglio di Sicurezza il potere di influenzare l'agenda delle attività della Corte Penale Internazionale. Così, il Consiglio può sottomettere i temi al Tribunale (referral)<sup>104</sup> e può anche sospendere temporaneamente la considerazione della situazione specifica (deferral).<sup>105</sup>

Come già anticipato, uno dei (tre) modi per innescare l'azione del Corte Penale Internazionale è l'assegnazione dal Consiglio di Sicurezza al Procuratore di una situazione nella quale uno o più crimini sembrano essere stati commessi.

Per impedire l'uso politico indebito della Corte Penale Internazionale da parte del Consiglio di Sicurezza, la possibilità di provocazione della Giurisdizione Penale Internazionale non è ampia. Questo perché lo Statuto di Roma, saggiamente ha citato il capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Pertanto, il Consiglio di Sicurezza può sottomettere un caso alla Corte Penale Internazionale solo se i crimini, in tesi avvenuti, costituiscono una minaccia alla pace, violazione della pace o un atto di aggressione.

Il riferimento al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite - la stessa che ha fondato i tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e il Ruanda - ha altri effetti importanti. Il Consiglio di Sicurezza può inviare un caso alla Corte Penale Internazionale senza l'acquiescenza dello Stato in cui si sono verificate le violazioni, per quanto, secondo la Carta dell'ONU, i membri delle Nazioni Unite hanno l'obbligo di accettare e di eseguire le decisioni del Consiglio di Sicurezza. Inoltre, e per le stesse ragioni, un cittadino di un paese che non ha ratificato lo Statuto di Roma può essere giudicato dalla Corte Penale Internazionale, tramite una richiesta del Consiglio di Sicurezza.

---

<sup>104</sup> Articolo 13

<sup>105</sup> Articolo 16

Sospensione delle indagini o dell'esercizio dell'azione penale

Nessuna indagine e nessun procedimento penale possono essere iniziati o proseguiti ai sensi del presente Statuto per il periodo di dodici mesi successivo alla data in cui il Consiglio di Sicurezza, con risoluzione adottata ai sensi del Capitolo VIII della Carta delle Nazioni Unite, ne abbia fatto richiesta alla Corte; tale richiesta può essere rinnovata dal Consiglio con le stesse modalità.

Pertanto, dal rapporto tra la Corte Penale Internazionale e il Consiglio di Sicurezza può, infatti, decorrere un'espansione universalista della giurisdizione penale internazionale. Così, questa forma di attivazione della Corte Penale Internazionale aumenta il suo ambito di giurisdizione per, in teoria, tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite.

L'altra forma di relazione del Consiglio di Sicurezza con la Corte Penale Internazionale è il potere di sospensione delle indagini o dell'esercizio dell'azione penale (deferral).

In realtà, come previsto nello Statuto di Roma, articolo 16, qualsiasi indagine o procedimento penale potrà essere avviato o proseguito se richiesto dal Consiglio di Sicurezza, tramite una risoluzione adottata in conformità al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. L'indagine o procedimento, quindi, saranno sospesi per un periodo di dodici mesi dalla data della richiesta, potendo essere rinnovato dal Consiglio, nelle stesse condizioni.

È certo, quindi, che le regole stabilite per “referral” e “deferral” cercano di rappresentare il punto di equilibrio in mezzo al delicato rapporto tra il perseguimento della giustizia e il mantenimento della pace. Infatti, il “referral” rende evidente il ruolo che la giustizia, in particolare nella lotta contro l'impunità, tende a giocare per mantenere o ristabilire la pace. L'idea che pace e giustizia sono obiettivi che si rafforzano a vicenda è stato ripreso in Kampala, durante la revisione del trattato, quando ha espresso che "non si può avere una pace duratura senza giustizia" e che "la pace e la giustizia sono requisiti complementari".<sup>106</sup>

D'altra parte, con il “deferral”, si suggerisce che l'obiettivo di mantenere o ristabilire la pace deve precedere, in talune situazioni, la ricerca della giustizia. In effetti, l'articolo 16 dello Statuto di Roma<sup>107</sup> parte dal presupposto che le indagini o procedimenti giudiziari potrebbero, in alcuni casi, mettere a rischio gli sforzi per raggiungere la pace o la propria dinamica di un processo di pace. Questo perché, alla fine, una sentenza della Corte Penale Internazionale, che non è negoziabile, potrebbe entrare in rotta di collisione con altri obiettivi in materia di mantenimento della pace, dipendendo dal momento che è stata emessa.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> RC/Decl.1 Kampala Declaration (01/06/2010)

[http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Decl.1-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Decl.1-ENG.pdf)

<sup>107</sup>v. nota 105 supra

<sup>108</sup> Il mondo si fonda su tre pilastri : sulla verità , sulla giustizia [ , ] e sulla pace .” Rabban Simeon ben Gamaliel , ( Abot 1 , 18 ). Apud M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2nd ed (Leiden ; Boston: Martinus Nijhoff, 2012). p. cxxxiv

In questo scenario di riconoscimento mutuo delle importanze di ogni istituzione, ed evitandosi le sovrapposizioni di una sull'altra, è che gli Stati hanno stabilito che: (i) l'invio non implica automaticamente l'istituzione d'indagini e di procedimenti giudiziari, perché la Corte Penale Internazionale esaminerebbe l'ammissibilità della richiesta; e (ii) il rinvio non è un atto definitivo.

Ma anche questa soluzione trovata dagli Stati è stata e continua soggetta alle critiche. Né potrebbe essere altrimenti, perché è innegabile che siano stati attribuiti anche poteri forti al Consiglio di Sicurezza, provocando uno squilibrio nelle relazioni internazionali, in particolare a causa dell'esistenza di membri con seggi permanenti nel citato Consiglio, con potere di veto sulle risoluzioni.

Si spiega.

Il Consiglio di sicurezza ha, tra i cinque Membri con seggio permanente, gli Stati Uniti, la Russia e la Cina, paesi che non sono firmatari dello Statuto di Roma. Anche se non riconoscono la giurisdizione della Corte Penale Internazionale, possono, attraverso le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza portare casi in tribunale. D'altra parte, hanno condizioni, con il suo potere di veto, di impedire che casi riguardanti i loro cittadini siano inviati dal Consiglio di Sicurezza alla Corte Penale Internazionale.

L'India, attenta a questa incoerenza, già alla fine della Conferenza di Roma, ha presentato un emendamento per rimuovere i riferimenti al Consiglio di Sicurezza nello Statuto di Roma, indicando che non accettava una formula che vincolasse non membri alla giurisdizione del Tribunale Penale Internazionale, attraverso il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Il delegato indiano, Mr. Dilip Lahiri<sup>109</sup>, spiegando il suo voto, ha sostenuto che:

“some members of the [Security] Council do not plan to accede to the ICC [and] will not accept the obligations imposed by the Statute, but want the privilege to refer cases to it. This is [...] unacceptable. [...] The power to bind non-States Parties to any international treaty is not a power given to the Council by the [UN] Charter [...]. The Rome Statute will [...] give non-State Parties working through the Council, the power to bind other non-State Parties.”<sup>110</sup>

L'emendamento indiano, però, non è mai stato esaminato in base al merito, mantenendo tutte le regole di rapporto fino ad allora progettate e costruite dagli Stati.

---

<sup>109</sup> A/CONF.183/C.1/SR.42 (17/07/1998) . p. 360

[http://legal.un.org/diplomaticconferences/icc-1998/docs/english/vol2/a\\_conf\\_183\\_c1\\_sr42.pdf#page=2](http://legal.un.org/diplomaticconferences/icc-1998/docs/english/vol2/a_conf_183_c1_sr42.pdf#page=2)

<sup>110</sup> Mr. Dilip Lahiri, 9<sup>th</sup> Plenary Meeting 17/07/1988 Apud William Driscoll, Joseph p. Zompetti, e Suzette Zompetti, *The International Criminal Court: Global Politics and the Quest for Justice* (IDEA, 2004). p.44

### 1.2.3 Giurisdizione e complementarità

La Corte Penale Internazionale, con il suo fondamento pattizio, non ha raggiunto l'universalità desiderata.

Infatti, la sua giurisdizione raggiunge i cittadini di uno Stato parte della Convenzione che sono considerati presunti colpevoli o che hanno commesso atti illegali nel territorio di uno Stato parte. Per estendere queste ipotesi, solo una risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, che può quasi universalizzare la giurisdizione.

La giurisdizione penale internazionale dello Statuto di Roma, oltre ad avere questa "universalità condizionale" è caratterizzata anche per il suo carattere complementare (o sussidiario) alla giurisdizione penale nazionale.<sup>111</sup>

Questa è un'altra innovazione dello Statuto di Roma: la giustapposizione tra la giurisdizione nazionale e internazionale non è stata fatta, come nei tribunali anteriori, dell'ex Jugoslavia e del Ruanda, con il primato del Tribunale Internazionale. La Corte Penale Internazionale attua in maniera complementare e sussidiaria ai sistemi giudiziari degli Stati. La Corte Penale Internazionale entrerà in gioco nel caso in cui le procedure nazionali non siano disponibili o siano inefficaci.

Il primato della Corte Penale Internazionale accade nei casi di reati contro la Corte stessa, chiamati crimini contro l'amministrazione della giustizia, di cui all'articolo 70 dello Statuto di Roma (previsti nell'art. 70 dello Statuto)<sup>112</sup>. Anche in queste ipotesi, la Corte Penale Internazionale può chiedere ai Tribunali nazionali di analizzare i casi<sup>113</sup>,

---

<sup>111</sup> Cassese et al., *Cassese's International Criminal Law*. p. 296ss. Flavia Lattanzi, "Il principio di complementarità", in *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, org. Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti (Giuffrè Editore, 2006), 179–214. Jann K. Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (Oxford University Press, 2008). p. 57.

<sup>112</sup> Articolo 70

Reati contro l'amministrazione della giustizia

1. La Corte eserciterà la propria giurisdizione sui seguenti reati commessi ai danni della amministrazione della giustizia se sono perpetrati intenzionalmente:

- (a) fornire falsa testimonianza malgrado l'obbligo assunto di dire la verità in applicazione dell'articolo 69, paragrafo 1;
- (b) presentare dementi di prova che le parti conoscono essere falsi o falsificati;
- (c) subornare testimoni ostacolare o intralciare la libera presenza o testimonianza di un teste, attuare misure di ritorsione nei confronti di un teste per la sua testimonianza, o distruggere o falsificare elementi di prova o intralciare la raccolta di tali elementi;
- (d) ostacolare, intimidire o corrompere un funzionario della Corte allo scopo di obbligarlo o persuaderlo a non ottemperare, o ad ottemperare impropriamente ai suoi obblighi;
- (e) attuare misure di ritorsione nei confronti di un funzionario della Corte per il dovere espletato da questi o da un altro funzionario;
- (f) sollecitare o accettare retribuzioni illecite in qualità di funzionario o agente della Corte, in relazione alle proprie mansioni ufficiali.

<sup>113</sup> Articolo 70

(....)

4. (a) Gli Stati Parte estendono le norme del loro diritto penale che sanzionano i reati contro l'intensità dei propri procedimenti investigativi e giudiziari ai reati contro l'amministrazione della giustizia indicati nel presente Articolo commessi nel proprio territorio o da loro cittadini;

sempre che considerato pertinente.

Questo è stato il disegno, che, alla fine viene approvato. Finalizzato ad evitare la sovrapposizione tra l'organizzazione internazionale e i sistemi nazionali, stabilisce, soprattutto, un ordine di preferenza tra le istanze, senza trascurare la tutela dei diritti umani.

Infatti, in virtù del principio di complementarità, la Corte Penale Internazionale non avrà la prerogativa di esercitare la sua giurisdizione sui crimini contro l'umanità, quando i sistemi nazionali sono in grado e disposti a farlo. Con una tale politica, lo Statuto di Roma incoraggia gli Stati perché i suoi tribunali esercitino la propria giurisdizione in modo soddisfacente.

Tuttavia, la Corte Penale Internazionale potrà intervenire, una volta trovata l'incapacità o la non volontà di agire da parte della giurisdizione nazionale.

Per valutare l'incapacità di perseguire e giudicare, la Corte Penale Internazionale dovrà considerare, per esempio, le difficoltà incontrate dallo Stato per far comparire l'accusato, raccogliere le prove o concludere il processo. Per caratterizzare la mancanza di volontà di agire, la Corte dovrà osservare se la decisione nazionale è stata presa con l'intento di eludere qualcuno delle proprie responsabilità; o se c'è stato un ritardo ingiustificato nei processi nazionali, incompatibile con l'intento di portare qualcuno all'azione della giustizia; o se vi è evidenza di mancanza d'indipendenza o d'imparzialità dell'organo nazionale.

Per contrastare la complementarità, lo Statuto di Roma ha previsto la possibilità dello Stato parte interessato sulla questione in oggetto, di contestare la competenza della Corte Penale Internazionale, anche se la decisione finale è, ovviamente, della stessa Corte.<sup>114</sup>

---

(b) su richiesta della Corte, ogni qualvolta lo riterrà opportuno lo Stato Parte sottoporrà il caso alle sue autorità competenti ai fini del procedimento. Dette autorità competenti tratteranno tali casi con diligenza e mobileranno risorse sufficienti perché si possano svolgere con efficienza

<sup>114</sup> Articolo 18 Decisione preliminare in ordine alla procedibilità

Quando alla Corte è stata segnalata una situazione ai sensi dell'articolo 13, capoverso a) ed il Procuratore ha determinato che vi sono elementi che giustificano l'inizio delle indagini ovvero quanto il Procuratore inizia le indagini sulla base degli articoli 13 lettera c) e 15, lo stesso procuratore ne dà notizia a tutti gli Stati Parte ed a quegli Stati che, in considerazione delle informazioni disponibili, sarebbero ordinariamente forniti di giurisdizione sui crimini in oggetto. Il Procuratore può informare a stati Stati in via riservata, e, se lo ritiene necessario per la protezione delle persone, per prevenire la distruzione delle prove o per impedire che le persone si rendano latitanti, può limitare l'ampiezza delle informazioni fornite agli Stati.

Entro un mese dalla ricezione di tale notizia, lo Stato può informare la Corte del fatto che sta conducendo o che ha condotto indagini su propri cittadini o su altri soggetti rientranti nella propria giurisdizione in relazione ad atti criminali che possono essere costitutivi dei crimini indicati nell'articolo 5 e che sono in rapporto con le informazioni notificate agli Stati. Su richiesta di tale Stato, il Procuratore sospende le proprie indagini in favore di quelle condotte dallo Stato, a meno che la Camera Preliminare, su richiesta del Procuratore, non decida di autorizzare le indagini.

La sospensione delle indagini del Procuratore in favore di quelle condotte dallo Stato può essere riesaminata dal Procuratore stesso trascorsi sei mesi dalla data della sua adozione, o in qualunque momento, qualora si

Infatti, la Procura, dopo essere a conoscenza del caso, deve notificare preventivamente gli Stati parte, così come informare le misure che la Corte sta prendendo<sup>115</sup>. Come risposta, lo Stato può fornire informazioni alla Corte Penale Internazionale sulle misure che sono state adottate sulla materia.<sup>116</sup>

Date queste informazioni, se la Procura decide che deve passare il caso allo Stato, quest'ultimo sarà tenuto a rispondere alle richieste e fornire i dati senza indugio. In caso contrario, se la Procura considera che debba procedere con l'indagine, dovrà chiedere l'autorizzazione da parte della Corte Penale Internazionale, potendo lo Stato parte questionare anche presso la Camera d'Appello della Corte la giurisdizione del Tribunale e l'ammissibilità del caso.<sup>117</sup>

La complementarità stabilita nello Statuto di Roma è un ragionevole punto di equilibrio tra la sovranità nazionali e la protezione internazionale dei diritti umani.

Ecco perché è stato previsto nello Statuto di Roma il primato del sistema giudiziario nazionale. Egli è l'istanza ovvia per garantire l'applicazione delle leggi, stabilite per gli abitanti di in un certo territorio, imponendo sanzioni adeguate attraverso processi che forniscono garanzie all'imputato. È della giurisdizione nazionale l'obbligo primario di promuovere e garantire il rispetto dei diritti umani.

Allo stesso tempo, la Corte Penale Internazionale rappresenta un'istanza di tutela e garanzia, in caso di fallimento o malfunzionamento del sistema giudiziario nazionale. La Corte Penale Internazionale è, quindi, l'ultima risorsa nel caso in cui le istituzioni nazionali non possano o non vogliano intervenire.<sup>118</sup>

---

sia verificato un rilevante mutamento delle circostanze per motivi attinenti al rifiuto o all'incapacità dello Stato di condurre le indagini.

Lo Stato interessato o il Procuratore possono proporre impugnazione avanti la Camera d'appello contro la decisione adottata dalla Camera Preliminare in conformità - dell'articolo 82 paragrafo 2. L'appello può essere trattato con procedura d'urgenza.

Quando ha sospeso le indagini come previsto ai paragrafo 2, il Procuratore può richiedere che lo Stato interessato lo informi periodicamente dei progressi delle proprie indagini e di ogni procedimento penale che ne sia derivato. Lo Stato Parte risponde a tali richieste senza indebito ritardo.

Durante l'attesa di una decisione della Camera Preliminare o in qualsiasi momento quando le indagini sono sospese ai sensi del presente articolo, il Procuratore può, eccezionalmente richiedere alla Camera Preliminare l'autorizzazione a compiere gli atti di indagine necessari allo scopo di preservare le prove, qualora si presenti una opportunità irripetibile di raccogliere importanti d'elementi di prova o sussista un rilevante rischio che tali elementi di prova possano successivamente non essere disponibili.

Lo Stato che ha proposto impugnazione ai sensi del presente articolo contro una decisione della Camera Preliminare, può eccepire l'improcedibilità del caso ai sensi dell'articolo 19, sulla base di ulteriori fatti significativi o di un rilevante mutamento delle circostanze.

<sup>115</sup>Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*. p. 179

<sup>116</sup>Ibidem. p. 261ss

<sup>117</sup> Statuto di Roma, Art. 18.4. (v. Nota 114).

<sup>118</sup> Umberto Leanza, "The Rome Conference on the Establishment of Na International Criminal Court: A Fundamental Step in the Strengthening of International Criminal Law", in *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, per Flavia Lattanzi e William Schabas, vol. I (Editrice il Sirente, 1999), 7-20.



### 1.2.4 Irretroattività

Lo Statuto di Roma si è superato, ancora, quando ha previsto espressamente l'irretroattività della norma penale incriminatrice. Inoltre si prese cura di non consentire che la Corte Penale Internazionale fosse un Tribunale *post facto*.

Infatti, a differenza di quanto avvenuto nei Tribunali speciali creati alla fine della Seconda Guerra Mondiale e per l'ex Jugoslavia e il Ruanda, lo Statuto di Roma, articolo 11<sup>119</sup>, annuncia che la Corte avrà solo la giurisdizione sui crimini commessi dopo l'entrata in vigore dello statuto stesso. Cioè, la Corte Penale Internazionale osserva una giurisdizione *ratione temporis* e non si pronuncia sui fatti anteriori a luglio 2002.

Inoltre, per gli Stati che possono diventare parte dello Statuto di Roma, la giurisdizione, per quanto riguarda loro, si verifica solo riguardo a eventi successivi all'adesione. Però lo Stato può richiedere la non applicazione di questa regola ai propri cittadini (art. 11.2).

Forse in modo ridondante, e per non lasciar alcun dubbio, l'articolo 24 dello Statuto di Roma<sup>120</sup> prevede l'irretroattività *ratione personae*. Comportamenti anteriori all'entrata in vigore dello Statuto, non sono soggetti a responsabilità in base alle sue regole.

La retroattività del diritto più favorevole, tuttavia, è assicurata nello Statuto di Roma (art. 24.2.). Così, lo Statuto segnala una prevedibile possibilità di evoluzione del Diritto Penale Internazionale, con regole più favorevoli di quelle in corso.

### 1.2.5 Singole responsabilità e irrilevanza delle funzioni

Lo Statuto di Roma si è occupato, sulla scia dei tribunali internazionali che lo hanno preceduto, di prevedere la responsabilità individuale e l'irrilevanza della posizione o della funzione eventualmente esercitata dall'imputato.

In effetti, l'articolo 27 dello Statuto prevede espressamente che tutte le

---

<sup>119</sup> Articolo 11

Competenza *ratione temporis*

La Corte ha competenza solo sui crimini di sua competenza, commessi dopo l'entrata in vigore del presente Statuto.

Quando uno Stato diviene Parte al presente Statuto successivamente alla sua entrata in vigore, la Corte può esercitare il proprio potere giurisdizionale solo sui crimini commessi dopo l'entrata in vigore del presente Statuto nei confronti di tale Stato, a meno che lo Stato stesso abbia reso una dichiarazione ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 3.

<sup>120</sup> Articolo 24

Non retroattività *ratione personae*

Nessuno è penalmente responsabile in forza del presente Statuto per un comportamento precedente all'entrata in vigore dello Statuto.

Se il diritto applicabile ad un caso è modificato prima della sentenza definitiva, alla persona che è oggetto d'inchiesta, di un procedimento giudiziario o di una condanna sarà applicato il diritto più favorevole.

persone, indipendentemente da qualsiasi distinzione basata sulla qualifica ufficiale, siano soggetti alle norme ivi previste.

Non bastasse la regola generale, lo Statuto è stato anche esplicito nel dichiarare che la qualifica ufficiale di Capo di Stato o di Governo, di membro di un Governo o di un Parlamento, di rappresentante detto o di agente di uno Stato, non deve in alcun caso esonerare una persona dalla sua responsabilità penale, né costituirà motivo di per sé di riduzione della pena<sup>121</sup>. Allo stesso modo, le immunità oppure le regole di procedura speciale eventualmente inerenti alla qualifica ufficiale di una persona, non possono essere invocate per escludere la giurisdizione della Corte Penale Internazionale<sup>122</sup>.

### **1.3 Conciliazione necessaria tra lo Statuto di Roma e il diritto nazionale**

#### **1.3.1 Status giuridico dello Statuto di Roma nell'ordinamento interno brasiliano e italiano**

Ogni Stato, nell'esercizio della sua sovranità, imposta la regola e lo *status* con cui le norme del diritto internazionale sono incorporate nel diritto nazionale interno.

Non c'è uniformità su quest'argomento nel Diritto Comparato. Tuttavia, l'inserimento di norme internazionali nel diritto interno ha effetti onerosi sulla compatibilità delle norme giuridiche e la portata degli effetti, in questo caso, del Diritto Penale Internazionale sul Diritto Penale in vigore in ciascun paese.

In Brasile e in Italia le norme giuridiche internazionali hanno rapporto con le norme giuridiche nazionali in modi diversi, come vedremo in seguito.

In Brasile, si ritiene che i trattati internazionali, una volta ratificati, avrebbero preso lo stesso piano e lo stesso grado di efficacia in cui si trovano le leggi interne.

In realtà, e nonostante tutte le critiche che possano essere sollevate<sup>123</sup>, questa

---

<sup>121</sup> Articolo 27

Irrelevanza 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 detto o di agente di uno Stato non esonera in alcun caso una persona dalla sua responsabilità penale per quanto concessa il presente Statuto e non costituisce in quanto tale motivo di riduzione della pena.

<sup>122</sup> Articolo 27

Irrelevanza della qualifica ufficiale

(...)

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.

<sup>123</sup> Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Curso de direito internacional público* (Editore Revista dos Tribunais, 2014). p. 400 ss. Mirtô Fraga, *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira* (Editore Forense, 2006). p. 83 ss

è la posizione già consolidata e risolta dalla Corte Suprema brasiliana<sup>124</sup>, da più di venti anni<sup>125</sup>, la quale ammette che un trattato, una volta formalizzato, abbia la forza di legge interna, potendo, quindi, abrogare disposizioni in contrario o perdere l'efficacia dinanzi a una legge successiva. È il cosiddetto *treaty override* (revoca del trattato, esplicitamente o tacitamente per legge successiva incompatibile).

Quest'analisi ha subito cambiamenti negli ultimi dieci anni per fornire un trattamento diverso ai trattati sui diritti umani.

Così i trattati internazionali ordinari, una volta incorporati, possono essere revocati da una legge successiva. Già i trattati sui diritti umani, come recentemente affermato dalla Corte Suprema brasiliana, hanno un posto speciale nel sistema giuridico, la sovralegalità. In questo modo essi sviluppano un'efficacia inibitoria con relazione ai diplomi normativi che, anche infra-costituzionali, sono collidenti<sup>126</sup>. Infatti, la sovralegalità di questi trattati internazionali sui diritti umani fa sì che la legislazione infra-costituzionale diventi inapplicabile, sia anteriore o posteriore all'atto di ratifica del trattato.

Si parla, dunque, di un sindacato di convenzionalità<sup>127</sup>, simile al controllo

---

<sup>124</sup> Supremo Tribunal Federal

<sup>125</sup> Fino al 1977, la Corte Suprema ha inteso che in caso di conflitto tra un trattato e una legge nazionale, dovrebbe prevalere il trattato. Tuttavia, nella Sentenza RE 80 004 / SE, nel 1977 la Corte Suprema ha deciso che in caso di conflitto tra un trattato e una legge nazionale deve prevalere la più recente delle norme, applicando la regola *lex posterior derogat priori*.

<sup>126</sup> Supremo Tribunale Federale. HC n. 88240. Relator Min. Ellen Gracie . 07/10/2008,

DIRITTO PROCESSUALE. HABEAS CORPUS. PRIGIONE CIVILE DEL DEPOSITARIO INFEDELE. PATTO DI SÃO JOSÉ DELLA COSTA RICA. CAMBIAMENTO DI ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA DEL STF. CONCESSIONE DEL ORDINE.

1. La materia in giudizio in questo habeas corpus coinvolge la tematica dell' (in)ammissibilità della prigione civile del depositario infedele nell'ordinamento giuridico brasiliano nel periodo posteriore all'ingresso del Patto di San José da Costa Rica nel diritto nazionale.

...

3. C'è il carattere speciale del Patto Internazionale dei Diritti Civili Politici (art. 11) e della Convenzione Americana sui Diritti Umani - Patto di San José da Costa Rica (art. 7°, 7), ratificati, senza riserva, dal Brasile, nel 1992. **A questi diplomi internazionali sui diritti umani viene riservato il posto specifico nell'ordinamento giuridico, trovandosi sotto la Costituzione, però sopra la legislazione interna. Lo status normativo dei trattati internazionali di diritti umani sottoscritti dal Brasile, fa diventare inapplicabile la legislazione infracostituzionale, sia la legge anteriore o posteriore all'atto della ratificazione.**

4. Attualmente l'unica ipotesi di prigionia civile, nel Diritto brasiliano, è quella del debitore di alimenti. L'art. 5°, §2°, della Carta Magna, espressamente ha stabilito che i diritti e garanzie espressi nel caput dello stesso dispositivo non escludono altri derivati dal regime dei principi più adottati, o dei trattati internazionali nei quali la Repubblica Federativa del Brasile faccia parte. Il Patto di San José da Costa Rica, inteso come un trattato internazionale in materia di diritti umani, espressamente, solo ammette, nella sua scia, la possibilità di prigionia civile del debitore di alimenti e, come conseguenza, non ammette più la possibilità di prigionia civile del depositario infedele.

5. Habeas corpus concesso.

<sup>127</sup> Ramos, André de Carvalho, "Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos", *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo* 104 (janeiro de 2009): 241-86. Rothenburgo, Walter Claudius, "Controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade. O caso brasileiro da lei de anistia", in *Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos*, por Pagliarini, Alexandre Coutinho e Dimoulis, Dimitri (Livreria Jurídica On Line, Editora Forum, [s.d.]), 333ss. Ramos, André de Carvalho, "O impacto da Convenção Americana de

effettuato nel diritto italiano ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione Italiana.

Infine, con l'Emendamento Costituzionale n. 45/2004, è diventato possibile che i trattati internazionali che si occupano di diritti umani siano incorporati nel sistema giuridico brasiliano con *status* equivalente a un emendamento costituzionale, bastando essere approvato dal quorum speciale per gli emendamenti costituzionali<sup>128</sup>.

Lo Statuto di Roma, la cui ratifica è avvenuta poco prima dell'Emendamento Costituzionale n. 45/2004, gode, infine, minimamente<sup>129</sup>, di uno status di legge straordinaria, dovendo essere compatibile, quindi, con il testo costituzionale.

L'integrazione dello Statuto di Roma al diritto brasiliano ha obbedito tutte le norme costituzionali in vigore al momento della ratifica dei trattati. Ma, oltre a questo, si deve verificare se il contenuto dello Statuto di Roma è compatibile con il contenuto della Costituzione brasiliana.

La questione diventa ancora più rilevante quando si osserva che in Brasile le leggi e i trattati possono essere soggetti a sindacato di legittimità costituzionale direttamente nella Corte Costituzionale, senza la necessità di un caso specifico in cui sia necessaria l'applicazione della norma.

Come lo Statuto di Roma non accetta la ratifica con riserve, una dichiarazione d'incostituzionalità di alcune disposizioni della Corte Costituzionale brasiliana avrebbe l'effetto interno di una riserva e sarebbe, a livello internazionale, un'affronta al patto.

Nella Costituzione italiana, gli articoli 10, 11 ed il novellato articolo 117 portano alcune norme di apertura del diritto internazionale.

In effetti, l'articolo 10, prescrive l'adeguamento automatico dell'ordinamento giuridico italiano al diritto internazionale generalmente riconosciuto, conferendogli rango costituzionale.

Secondo la Corte Costituzionale, “la disposizione dell'art. 10 si riferisce alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e non ai singoli impegni assunti nel campo internazionale dallo Stato”<sup>130</sup>. E, per “norme del diritto internazionale generalmente riconosciute” si intendono le norme consuetudinarie<sup>131</sup>.

---

Direitos Humanos na relação do Direito Internacional e o Direito Interno — Boletim Científico ESMPU”, *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União* 4 (setembro de 2002): 51–71.

<sup>128</sup> Entro il 2014, l'unico trattato internazionale che gode di uno status di emendamento costituzionale è la Convenzione ONU per i diritti delle persone con disabilità e il suo Protocollo Opzionale, del 2007, promulgata nel 2009.

<sup>129</sup> Se considerato un trattato sui diritti umani.

<sup>130</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 32/1960. In tal senso, cf. Corte Costituzionale Sentenze nn. 104/1969, 48/1979, 188/1980, 153/1987, 323/1989, 146/1996, 288/1997, 224/2005, 284/2007 e 348/2007.

<sup>131</sup> Sentenza n. 323/1989:

“... poiche' dall'ambito di operativita' di tale articolo [art. 10] sono escluse le norme internazionali pattizie, ancorche' generali, che assumono nell'ordinamento la medesima posizione della legge ordinaria che ha dato

L'adattamento automatico porta con sé il fatto di essere immediato (perché si compie nel momento stesso in cui si forma una consuetudine), completo (perché provvede ad introdurre nell'ordinamento italiano tutte le variazioni necessarie per conformarlo alla norma consuetudinaria), continuo (perché ogni vicenda, modificativa o estintiva, della consuetudine internazionale comporta una variazione nell'ordinamento interno)<sup>132</sup>.

Queste norme internazionali consuetudinarie avrebbero anche il potere di conformare e derogare alle disposizioni contenute nella propria Carta Costituzionale. Infatti "l'ordinamento italiano si è adeguato, ancor prima dell'entrata in vigore della Costituzione, alla norma di diritto internazionale, generalmente riconosciuta"<sup>133</sup>.

Però, a proposito delle "norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, ... il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 della Costituzione non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione"<sup>134</sup>.

In questo modo, l'adattamento automatico della Costituzione alle norme consuetudinarie trova limite nei cosiddetti principi supremi, ossia, quei precetti che "non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali" e che hanno "una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale"<sup>135</sup>.

È importante rilevare che nonostante la recente innovazione portata dalla sentenza 349 del 2007 nella quale la Corte ha esteso l'ambito di operatività dell'art. 10, primo comma, della Costituzione, al fine di considerare inserite le "norme contenute in accordi internazionali, che (...) riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale"<sup>136</sup>, non sembra essere sufficiente per ammettere che lo Statuto di Roma

---

loro esecuzione, e che possono, quindi, essere abrogate o modificate da leggi successive. S. nn. 153/1987; 96/1982; 188/1980; 48/1979; 104/1969; 32/1960. Emerge in modo inequivocabile dai lavori dell'Assemblea costituente - e dottrina e giurisprudenza sono concordi - che l'art. 10, primo comma, della Costituzione prevede l'adattamento automatico del nostro ordinamento esclusivamente alle "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute", intendendosi per tali le norme consuetudinarie."

<sup>132</sup> *Ex plurimis* Riccardo Monaco e Carlo Curti Gialdino, *Manuale di diritto internazionale pubblico: parte generale* (UTET giuridica, 2009), p. 345ss

<sup>133</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 48/1979.

<sup>134</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 48/1979.

<sup>135</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 1146/1988.

<sup>136</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 349/2007:

"In generale, la giurisprudenza di questa Corte, nell'interpretare le disposizioni della Costituzione che fanno riferimento a norme e ad obblighi internazionali - per quanto qui interessa, gli artt. 7, 10 ed 11 Cost. - ha costantemente affermato che l'art. 10, primo comma, Cost., il quale sancisce l'adeguamento automatico dell'ordinamento interno alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, concerne esclusivamente i principi generali e le norme di carattere consuetudinario (per tutte, sentenze n. 73/2001, n. 15/1996, n. 168/1994), mentre non comprende le norme contenute in accordi internazionali che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale."

sia protetto dall'art. 10, primo comma, Costituzione.

In realtà, pur essendo possibile affermare che lo Statuto di Roma ha codificato alcune norme consuetudinarie del diritto internazionale (come il principio dell'irrelevanza della carica occupata, come già indicato in precedenti tribunali penali internazionali) non sembra vera l'affermazione che tutte le sue disposizioni sarebbero mere riproduzioni di principi generali dell'ordinamento internazionale (si consideri ad esempio, l'imprescrittibilità dei crimini internazionali, la cui accettazione, a livello internazionale, era tutt'altro che unanime).

L'articolo 11 della Costituzione Italiana, a sua volta, consente all'Italia, in condizioni di parità con gli altri Stati, limitare la propria sovranità a vantaggio di un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra gli Stati.

Infatti, "il costituente ... Ha inteso con l'art. 11 definire l'apertura dell'Italia alle più impegnative forme di collaborazione e organizzazione internazionale: ed a tale scopo ha formalmente autorizzato l'accettazione, in via convenzionale, a condizioni di parità con gli altri Stati e per le finalità ivi precisate, delle necessarie 'limitazioni di sovranità'<sup>137</sup>.

Questo dispositivo, originariamente pensato per l'adesione d'Italia alle Nazioni Unite<sup>138</sup>, è stato utilizzato per fornire legittimità costituzionale all'espansione dell'ordinamento comunitario. Questo perché la formula dell'art. 11 "legittima le limitazioni dei poteri dello Stato in ordine all'esercizio delle funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale, quali si rendevano necessarie per la istituzione di una Comunità tra gli Stati europei, ossia di una nuova organizzazione interstatuale, di tipo sovranazionale, a carattere permanente, con personalità giuridica e capacità di rappresentanza internazionale."<sup>139</sup>

Proprio per questo (come avviene a proposito dell'articolo 10), si presume che le disposizioni emanate da questi organi sovranazionali potrebbero introdurre deroghe anche al disegno costituzionale interno. Queste deroghe, però, trovano limiti nei principi fondamentali del sistema costituzionale italiano e nei diritti inalienabili della persona umana<sup>140</sup>. Infatti, per forza dell'art. 11 della Costituzione, "l'ordinamento statale non si apre incondizionatamente alla normativa comunitaria, giacché in ogni caso vige il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti

---

<sup>137</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 183/1973.

<sup>138</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 183/1973.

<sup>139</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 183/1973

<sup>140</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 399/1987. In tal senso, v. anche Corte Costituzionale Sentenze nn. 187/1977, 98/1965, 170/1984, 232/1989, 168/1991, 115/1993; e Ordinanza n. 454/2006

inalienabili della persona umana, con conseguente sindacabilità, sotto tale profilo, della legge di esecuzione del Trattato.”<sup>141</sup>

Inoltre, il giudice è autorizzato a garantire la piena efficacia del diritto comunitario<sup>142</sup>, potendo disapplicare qualsiasi disposizione contrastante nella legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la rimozione della norma interna legislativa o qualsiasi altra procedura costituzionale<sup>143</sup>.

Così, avendo in mente gli obiettivi della Corte Penale Internazionale, di carattere permanente e costituita dalla volontà degli Stati, si potrebbe immaginare che il sistema giurisdizionale creato dallo Statuto di Roma sarebbe inserito nell’ambito dell’operatività dell’articolo 11 della Costituzione.

Inoltre, quando ha aderito allo Statuto di Roma, l’Italia (come tutti gli altri Stati che hanno proceduto allo stesso modo) ha acquisito poteri decisionali e di rappresentanza all’interno della nuova organizzazione, nell’Assemblea degli Stati, la quale, tra altre incombenze, decide sull’adozione e modifica del Regolamento di Procedura e di Prova e degli “Elementi Costitutivi dei Crimini”<sup>144</sup>, elegge i giudici, il procuratore e il suo gruppo di lavoro<sup>145</sup>, e ancora può determinare la composizione del tribunale.

Si deve avere in mente, però, che la Consulta ha rifiutato la qualifica di “ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni” alle “norme della CEDU, le quali, pur rivestendo grande rilevanza, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell’ordinamento interno”<sup>146</sup>. Infatti, la Convenzione EDU “non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale (...) da cui derivano ‘obblighi’ per gli Stati contraenti, ma non l’incorporazione dell’ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, da cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per

<sup>141</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 168/1991

<sup>142</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 168/1991:

“Può aggiungersi che tale principio, desumibile dal Trattato istitutivo della Comunità europea (per il tramite della sua legge di esecuzione), è coerente con l’art. 11 Cost. che riconosce la possibilità di limitazioni alla sovranità statale, quale può qualificarsi l’effetto di “non applicazione” della legge nazionale (piuttosto che di “disapplicazione” che evoca vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione proprio dell’autonomia dei due ordinamenti); peraltro l’ordinamento statale non si apre incondizionatamente alla normazione comunitaria giacché in ogni caso vige il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana, con conseguente sindacabilità, sotto tale profilo, della legge di esecuzione del Trattato (v. anche in tal senso la Sentenza n. 232/1989).”

<sup>143</sup> Corte Costituzionale, Sentenze nn. 106/1977, 168/1991 e 389/1989.

<sup>144</sup> V. Statuto di Roma, articolo 51 e articolo 9, rispettivamente.

<sup>145</sup> V. Statuto di Roma, articolo 36, sesto comma, lettera a; e articolo 42, quarto comma, rispettivamente

<sup>146</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 348/2007. Posizione ribadita nella Sentenza n. 349/2007.

tutte le autorità interne degli Stati membri”<sup>147</sup>.

E conclude a Corte Costituzionale, “ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme e qualora ciò non sia possibile, ovvero qualora dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale ‘interposta’, proporre la relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell’art. 117, primo comma, della Costituzione”<sup>148</sup>

Dinanzi a ciò, forse il metodo più sicuro sia affermare che lo Statuto di Roma deva essere all’interno della copertura offerta dal novellato art. 117, primo comma, della Costituzione, il quale afferma che la potestà legislativa è esercitata nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Così, se una legge va contro un Trattato, ci sarà una questione di legittimità costituzionale, che dovrà essere risolta nell’ipotesi di un caso concreto, dalla Corte Costituzionale italiana.

Prima del 2001, quando è avvenuto il cambiamento del testo costituzionale con la Legge Costituzionale n. 3, si intendeva che le norme internazionali, quando non incorporate secondo gli articoli 10 e 11 della Costituzione, acquisivano il rango del provvedimento normativo di attuazione, abitualmente la legge ordinaria, essendo, allora, potenzialmente modificabili da altri atti di stesso livello gerarchico.

Con il cambiamento costituzionale, i trattati internazionali, nonostante non avessero lo status di norma costituzionale, passano a essere qualificati come norma interposta, in certo modo superiore alle altre norme infra-costituzionali. Infatti, “[c]on l’art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata ‘norma interposta’; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione.”<sup>149</sup>

Si deve tener presente, però, “l’esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione”<sup>150</sup>. In questo modo “in occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e

<sup>147</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 348/2007.

<sup>148</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 349/2007.

<sup>149</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 349/2007.

<sup>150</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 348/2007.



la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta.”<sup>151</sup>. E, nel caso in cui il trattato internazionale sia in contrasto con una norma costituzionale, la Corte dovrà dichiarare “l’inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall’ordinamento giuridico italiano”.<sup>152</sup>

Infatti, dinanzi al nuovo quadro normativo, resta valido quanto affermato dalla Corte Costituzionale, nella sentenza 73/2001 (Caso Baraldini), nella quale aveva dichiarato che “sottoponendo a controllo di costituzionalità la legge di esecuzione del trattato, è possibile valutare la conformità alla Costituzione di quest’ultimo (ad esempio, sentenze nn. 183 del 1994; 446 del 1990; 20 del 1966) e addivenire eventualmente alla dichiarazione d’incostituzionalità della legge di esecuzione, qualora essa immetta, e nella parte in cui immette, nell’ordinamento norme incompatibili con la Costituzione (sentenze nn. 128 del 1987; 210 del 1986).”<sup>153</sup>

Così, proprio come nel sistema giuridico brasiliano, lo Statuto di Roma deve essere pienamente compatibile, non solo a proposito dei principi supremi, ma a tutte le disposizioni della Costituzione italiana.

La differenza, però, è che in Italia, soltanto dinanzi a un caso concreto la questione può essere portata all’analisi della Corte Costituzionale, mentre in Brasile, dove c’è un sindacato astratto e concentrato di legittimità costituzionale delle leggi, può la Suprema Corte, essere attivata anche per discutere la materia in tesi.

In questo modo, dalla ratifica dello Statuto di Roma, conviene analizzare quali sono le conseguenze derivate da questi comandi costituzionali, quando le norme del diritto internazionale sono incompatibili o non considerano i diritti e garanzie previste nella Costituzione.

### **1.3.2 Norme di attuazione per la cooperazione con la Corte Penale Internazionale**

Conforme all’articolo 88 dello Statuto di Roma, gli Stati parte si adoperano per predisporre nel loro ordinamento nazionale procedure appropriate per realizzare tutte le forme di cooperazione con la Corte Penale Internazionale.

Succede che, in Brasile, nonostante lo Statuto di Roma già faccia formalmente parte del suo ordinamento giuridico da settembre 2002, fino a questa data, nulla è stato fatto in relazione all’articolo di cui sopra.

In realtà, solo nel 2008, il Presidente della Repubblica ha inviato al Congresso

---

<sup>151</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 348/2007.

<sup>152</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 348/2007.

<sup>153</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 73/2001

Nazionale, attraverso il Messaggio n° 700 del 17/09/2008, il Progetto di Legge n. 4038/2008 che "dispone sui crimini di genocidio, definisce i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e crimini contro l'amministrazione della giustizia della Corte Penale Internazionale, che stabilisce norme procedurali specifiche, dispone sulla cooperazione con il Tribunale Penale Internazionale, e altre misure", fino ad oggi non analizzato dalla Camera Legislativa.

L'Italia, tredici anni dopo la ratifica dello Statuto, ha edito la legge per l'adeguamento alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte Penale Internazionale: Legge 20 dicembre 2012, n. 237.

### **1.3.3 L'incompatibilità tra Statuto di Roma e alcuni standard preesistenti**

La Corte Penale Internazionale rappresenta un importante passo in avanti, nello scenario internazionale penale, per la tutela e la salvaguardia dei diritti umani, sia dal punto di vista della vittima, sia dal punto di vista dell'autore del reato.

Infatti, prima della Seconda Guerra Mondiale, i responsabili di gravi violazioni dei diritti umani non erano nemmeno accusati nello scenario internazionale. Esisteva una vera e propria irresponsabilità degli agenti dello Stato riguardo agli atti compiuti in nome dei loro Stati. Né internamente, né internazionalmente, gli autori erano puniti.

Dopo la Seconda Guerra Mondiale, l'ordinamento giuridico internazionale ha iniziato a preoccuparsi di questi crimini che rimanevano coperti dal manto dell'impunità. Le reazioni sono state troppo impegnate riguardo alla necessità di rispondere alle aggressioni e hanno prodotto Tribunali di vincitori contro i vinti, in un primo momento, e, alla fine del secolo scorso, hanno creato Tribunali specifici e ristretti, con innegabile carica politica (ex-Jugoslavia e Ruanda).

La tutela dei diritti umani da parte di tribunali internazionali, in questo modo, si è dimostrata molto più forte nel produrre sanzioni contro i trasgressori, che nel rispettare gli standard minimi di garanzie, individuali e sistemiche, contro gli imputati nei contenziosi internazionali.

Giacché la certezza delle punizioni si è affermata nell'ordine giuridico penale internazionale, la tutela dei diritti umani da parte della giurisdizione penale internazionale si è evoluta, riguardo alla qualità di prestazione giurisdizionale nel diritto penale internazionale.

La Corte Penale Internazionale rappresenta, quindi, nello scenario attuale, non solo il culmine dell'evoluzione della risposta internazionale ai crimini contro l'umanità in

senso lato, come la situazione attuale della tutela, anche a livello internazionale, di garanzie minime degli accusati di crimini di tale gravità.

L'obiettivo di questo lavoro, però, non è esaltare le qualità del Tribunale Penale Internazionale, come spesso avviene, ma intraprendere un'analisi critica dell'adeguatezza dei progressi compiuti. Si cerca, infine, di verificare se i principi e i postulati dello Statuto di Roma, come sono stati formulati, anche se indiscussi, violano gli standard minimi di protezione degli imputati, già raggiunti negli ordinamenti giuridici di Italia e Brasile.

Lo Statuto di Roma non accetta riserve, ma non si può nascondere l'esistenza di contraddizioni - che possono essere apparenti o transitorie - tra lo strumento internazionale e le garanzie già raggiunte in molti sistemi giuridici, in punti troppo sensibili relative all'evoluzione della legge punitiva.

In questo studio, quindi, ci indirizzeremo sulla prestazione della giurisdizione penale internazionale nello Statuto di Roma, sui valori cristallizzati (i) il principio di legalità (articoli 22 al 24 e 77 all'80 dello Statuto di Roma); (ii) l'imprescrittibilità (articolo 29 dello Statuto); (iii) la consegna di nazionali e l'ergastolo (articoli 58 e 77 dello Statuto); e, infine, iv) le inosservanze delle immunità e prerogative previste dal diritto interno (articolo 27 dello Statuto).

Come si è visto, non sono poche le domande che sorgono. Inoltre, molti dei valori e principi coinvolti corrispondono alle garanzie dei cittadini, affermate nei trattati internazionali e nelle costituzioni nazionali. L'evoluzione, quindi, del sistema penale internazionale manca di analisi necessaria delle regole dello Statuto di Roma, affinché il corretto funzionamento della Corte Penale Internazionale non sia ostacolato dal problema di compatibilità con i diritti e le garanzie già raggiunti dal diritto penale nell'ordine giuridico interno.

## CAPITOLO II

### 2 IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELLO STATUTO DI ROMA E L'EVENTUALE INCOMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO NAZIONALE

Una delle prime critiche contro lo Statuto di Roma e, di conseguenza, alla istituzione stessa e al funzionamento della Corte Penale Internazionale riguarda il pieno rispetto del principio di legalità, come inteso dai paesi che seguono il Civil Law<sup>1</sup>.

Infatti, già 800 anni fa si affermava nella Magna Carta:

*39. Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre<sup>2</sup>.*

Secondo la concezione attuale, il principio di legalità è un'esigenza di tipo politico-garantista, tipico della cultura liberale, al fine di proteggere l'individuo da un uso arbitrario della potestà punitiva<sup>3</sup>.

Le sanzioni applicate nella sfera penale, di solito, comprimono o addirittura annichilano i beni del più alto rango. La libertà individuale arriva al limite costrittivo di un ergastolo. Per i sistemi penali che accettano la pena di morte, anche la vita – l'esistenza del soggetto stesso – è eliminabile dalla legge penale.

La forza sanzionante del Diritto Penale, di conseguenza e per prudenza,

---

<sup>1</sup> Anche se compreso con sfumature diverse, Jeremy Bentham aveva già descritto il principio *nullum crimen sine lege* come la garanzia che nessuno può essere perseguito per un reato che non sia previsto come tale in un determinato paese, pena la violazione della libertà garantita dal contratto sociale e protetta dal diritto penale. Anche la Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1798, nel caso *Calder v. Bull* ha detto che qualsiasi legge che criminalizza un fatto dopo il suo avvenimento è una pratica illegale. In Lincoln, Jennifer, "Nullum Crimen Sine Lege in International Criminal Tribunal Jurisprudence. The problem of the residual category of crime", [s.d.], p. 137.

<sup>2</sup> 39. Nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, multato, messo fuori legge, esiliato o molestato in alcun modo, né noi useremo la forza nei suoi confronti o demanderemo di farlo ad altre persone, se non per giudizio legale dei suoi pari e per la legge del regno.

<sup>3</sup> Ex plurimis Mauro Catenacci, *Legalità e tipicità del reato nello statuto della Corte penale internazionale* (A. Giuffrè, 2003). p. 99.

dovrebbe essere gestita come *ultima ratio* tra le possibili risposte alla cattiva condotta<sup>4</sup>. Inoltre, la loro esistenza stessa è coinvolta da meccanismi di precauzione, di natura formale, destinati a metterla lontano dalla facile e semplice gestione da coloro che hanno il potere<sup>5</sup>.

In questo contesto si pone il principio di legalità (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), che svolge proprio questa funzione. Pertanto, esprime il divieto di punire un qualsiasi fatto che, al momento della sua commissione, non sia espressamente previsto come reato dalla legge e con pene che non siano espressamente stabilite dalla legge<sup>6</sup>.

Da questo principio, nell'evoluzione del Diritto Penale, deriva dunque una nozione formale del crimine<sup>7</sup>, che deve essere ritenuto tale soltanto se previsto dalla

---

<sup>4</sup> Corte Costituzionale Sentenza 487, de 1989

D'altra parte, il sistema penale delineato dalla Costituzione tende ancor oggi, come meglio si chiarirà in seguito, a ridurre la quantità delle norme penali, e, così, a concentrare queste ultime nella sola tutela, necessaria (*ultima ratio*) di pochi beni, significativi od almeno "importanti", per l'ordinato vivere sociale.  
(...)

...attuale inflazione della normazione penale. Quest'ultima che, come s'evince dalla Costituzione e come si sottolineerà oltre, dovrebbe esser ridotta al minimo indispensabile al raggiungimento (attraverso l'incriminazione di gravi modalità di lesione di beni costituzionalmente significativi od almeno socialmente rilevanti) delle elementari condizioni del vivere democratico, è divenuta "ipertrofica". Se gran parte della materia contravvenzionale fosse, attraverso razionali, ben programmati interventi legislativi, "trasposta" dal diritto penale al diritto amministrativo, i problemi in discussione verrebbero in nuce risolti od almeno notevolmente semplificati.

Corte Costituzionale, Sentenza 282, del 1990

La verità è che alla garanzia, della quale l'art. 25, secondo comma, Cost. è pregnante espressione, non è estraneo il tentativo di riduzione degli illeciti penali secondo il principio vigente, che considera il sistema penale quale estrema ratio di tutela dei beni giuridici.

Corte Costituzionale, Sentenza 364, del 1988

Il principio di "riconoscibilità" dei contenuti delle norme penali, implicato dagli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., rinvia, ad es., alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la estrema ratio di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di "rilievo costituzionale" e tali da esser percepite anche in funzione di norme "extra-penali", di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare.

<sup>5</sup> Ex plurimis Catenacci, *Legalità e tipicità del reato nello statuto della Corte penale internazionale*. p. 100-101.

<sup>6</sup> Ferrando Mantovani, *Diritto penale: parte generale* (CEDAM, 2013). p. 3; Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, 5. ed. 8.tiragem. -- (São Paulo: Saraiva, 2000). p. 21

<sup>7</sup> A differenza della nozione formale del crimine, c'è la legalità sostanziale (o materiale), nel senso che al fine di costituire un reato, si dovrebbe ritenere i fatti socialmente pericolosi, anche se non espressamente previsti dalla legge. Così, secondo questa comprensione, sono punibili le azioni socialmente pericolose anche se non espressamente criminalizzate dalla legge e viceversa, non sono punibili le azioni espressamente criminalizzate dalla legge se non socialmente pericolose. Mentre la legalità formale risulta collegata alla esigenza della certezza, la legalità sostanziale è legata alla esigenza di giustizia. Nel periodo tra le due guerre, la legalità formale viene criticata e la legalità sostanziale guadagna spazio, in particolare nella Russia Sovietica e nella Germania nazionalsocialista. Infatti, in Russia, si fa riferimento alla coscienza rivoluzionaria del giudice l'atto di stabilire gli atti criminali, che si conclude con il Codice Penale del 1922, che si basa sulla concezione materiale del reato, che comprende tutto il comportamento pericoloso per l'ordinamento socialista e che impone al giudice, come corollario logico, poter utilizzare l'analogia per punire azioni socialmente pericolose in assenza di una norma incriminatrice. Questa comprensione è durata fino agli anni '50, quando viene recuperato il principio di legalità e viene vietato l'uso dell'analogia e la retroattività del diritto penale, mantenendo il valore pratico della nozione materiale di reato solo in favore del convenuto.

legge. Ne consegue quindi che non sarà azione penalmente punibile quelle non espressamente previste come reato dalla legge, anche se antisociali. Allo stesso modo sono punibili azioni previste come reato dalla legge, anche se socialmente non sono pericolose o dannose<sup>8</sup>.

Sono indicati come corollari del principio di legalità: (i) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; (ii) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; (iii) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; (iv) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. L'idea di *lex praevia* esprime il divieto di edizione di leggi retroattive che fondamentino o aggravino la punibilità per un determinato reato. Il termine *lex scripta* evoca il divieto della fondamentazione o aggravamento della punibilità dalla applicazione di altre fonti come usi o giurisprudenza. La nozione di *lex stricta* riporta al divieto alla fondamentazione o all'aggravamento della punibilità per analogia (analogia in *malam partem*). Già il termine *lex certa* esplicita il divieto di edizione di fattispecie penali indeterminate<sup>9</sup>.

In sintesi, si può affermare che il principio di legalità si articola in quattro sotto-principi, vale a dire: (i) la riserva di legge, (ii) il divieto di analogia, (iii) la tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie e (iv) l'irretroattività della legge penale<sup>10</sup>. Questi quattro sotto-principi si rivolgono a piani diversi: fonti del diritto penale (i e ii); formulazione delle norme penali (iii); e validità temporale delle norme penali (iv).

Così il principio di legalità porta al Diritto Penale due importanti attributi di garanzia: legittimità e certezza.

Il principio di legalità svolge una funzione di legittimazione in quanto, richiedendo una norma proveniente dal Parlamento riguardo alla materia penale,

---

Già in Germania, con una parziale riforma della legislazione, il Codice Penale liberale del 1871 si è trasformato in un codice totalitario, essendo sostituito nel 1935, il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* da una nuova formula secondo la quale verrà punito non soltanto quello che commette un'azione dichiarata espressamente punibile dalla legge, ma quello che merita la punizione secondo il pensiero fondamentale di una legge penale e secondo lo sono i sentimenti del popolo. Le analogie *in bonam e in malam partem* sono espressamente considerate come il mezzo per raggiungere una punizione. Con la caduta del regime nazionalsocialista, subito la Commissione alleata di controllo, nel 1946, abroga la norma in questione, tornando al testo originale. Nonostante il principio di legalità sostanziale è stato utilizzato in regimi totalitari, il fatto è che una tale concezione del reato tende a garantire una difesa sociale più efficiente, e si deve sempre tenere in mente che Stati di lunga tradizione democratica, come i paesi scandinavi e la stessa Inghilterra, non prevedono espressamente il divieto di uso dell'analogia. D'altra parte, ci sono nella storia Stati autoritari addetti al principio di legalità formale, come la Spagna franchista e Portogallo salazariano. Quindi ciò che conta non è la proclamazione o meno del principio, ma la finalità garantista o autoritaria che attraverso di esso si vuole raggiungere. Mantovani, *Diritto penale*. p. 7-10.

<sup>8</sup> Ibidem. p. 4.

<sup>9</sup> Toledo, *Principios básicos de derecho penal*. p. 22.

<sup>10</sup> Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, *Diritto penale: Parte generale* (Zanichelli, 2014). p. 50.

s'impedisce che una minoranza imponga, tirannicamente, la loro politica criminale sulla società. Vi è quindi una *ratio* democratica nel principio di legalità.

Allo stesso tempo, il principio di legalità serve a dare notorietà e sicurezza riguardo quello che sarà oggetto di sanzione penale. L'esigenza di una legge per definire un reato costringe la potestà punitiva solo nei casi espressamente previsti dal legislatore. Il margine di dubbio riguardo alla riprovabilità penale di un comportamento è preclusa dalla azione del Potere Legislativo. Vi è quindi una *ratio* di certezza nel principio di legalità<sup>11</sup>.

Il principio di legalità penale, mentre protezione del cittadino di fronte al potere punitivo dello Stato, è rivolto sia allo Stato-legislatore sia allo Stato-giudice. Il primo deve essere tecnico, razionale, obiettivo, preciso, esatto e attento nella definizione dei reati. Il secondo non esercita la giurisdizione penale fuori dai binari definiti dalla legge.

Nella Costituzione brasiliana, il principio di legalità è espressamente elencato tra i diritti e le garanzie fondamentali, nell'articolo 5°, commi XXXIX e XL, che recita come segue:

“XXXIX – non c'è reato senza una legge precedente a definirlo, né una pena senza una precedente istituzione legale”  
 “XL – la legge penale non retroagirà, se non per beneficiare il convenuto.”

Solitamente si afferma, quindi, che da un singolo enunciato (il contenuto nel comma XXXIX), può estrarre oltre al principio della riserva legale, i principi di tassatività (come esigenza di definizione del reato e della determinazione della pena) e di autorità (obbligo di essere la legge incriminatrice e la pena previste in precedenza alla pratica della condotta<sup>12</sup>), avendo nel comma XL, il principio di retroattività della legge penale più favorevole.

Nel sistema italiano, il principio di legalità possiede anche fondamento costituzionale, in questo caso l'articolo 25 della Costituzione Italiana:

“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.”

Secondo si ritiene, il suddetto articolo 25 della Costituzione prevede non solo

<sup>11</sup> Catenacci, *Legalità e tipicità del reato nello statuto della Corte penale internazionale*. p. 103.

<sup>12</sup> Leonardo Luiz de Figueiredo Costa, *Limites constitucionais do direito penal* (Lumen Juris, 2007).

il principio di irretroattività, ma anzitutto il principio della riserva di legge e di tassatività<sup>13</sup>. Il principio di legalità stabilito dall'art. 25 implica, quindi, una stretta riserva di legge, che postula la specificazione del fatto previsto come reato e l'indicazione della pena<sup>14</sup>.

Le norme costituzionali in materia penale, oltre a garantire ai destinatari della legge penale la sicurezza di non essere puniti per comportamenti penalmente irrilevanti, svelano la funzione di orientamento culturale e di determinazione psicologica. “Non è, infatti, senza significato che il principio di legalità, inteso come ‘riserva di legge statale’ sia espressamente costituzionalizzato, in sede penale, dall’art. 25, secondo comma, della Costituzione: trattandosi dell’applicazione delle più gravi sanzioni giuridiche, la Costituzione intende particolarmente garantire i soggetti attraverso la *praevia lex scripta*. I principi di tassatività e d’irretroattività delle norme penali incriminatrici, nell’aggiungere altri contenuti al sistema delle fonti delle norme penali, evidenziano che il legislatore costituzionale intende garantire i cittadini, attraverso la ‘possibilità’ di conoscenza delle stesse norme, la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d’azione.”<sup>15</sup>

Lo *status* costituzionale del principio di legalità non è soltanto un’ampliamento di questa garanzia, ma una conseguenza della definizione costituzionale del principio della separazione di poteri. Dà tuttavia luogo alla costituzionalizzazione del Diritto Penale e le sue molteplici implicazioni.<sup>16</sup>

Quindi si può dire che la Costituzione italiana, come quella brasiliana, accoglie una concezione di reato sostanziale-formale: non meramente formale, e non del tutto sostanziale. Il reato è quello che è definito dalla legge, in conformità con la Costituzione, compreso sia gli aspetti formali sia i valori costituzionali. Nelle parole di Ferrando Mantovani<sup>17</sup>:

“Per la costituzione italiana è reato il fatto previsto come tale dalla legge, retroattivamente, in forma tassativa, materialmente estrinsecantesi nel mondo esteriore, offensivo di valori costituzionalmente significativi, causalmente e psicologicamente attribuibile al soggetto, sanzionato con pena proporzionata, astrattamente, innanzitutto alla rilevanza del valore tutelato e, concretamente, anche alla personalità dell’agente, umanizzata e tesa alla rieducazione del

<sup>13</sup> La Corte Costituzionale ordinarmente utilizza i termini “tassatività” e “determinatezza” come sinonimi, salvo casi eccezionali in cui ne fa distinzioni per motivi di precisione. V. Sentenza n. 247, del 1989; e Sentenza n. 96, del 1981.

<sup>14</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 79/1982.

<sup>15</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 364/1988

<sup>16</sup> V.g. Franco Bricola, *Teoria generale del reato. Estratto dal «Novissimo digesto italiano»* (UTET, 1974).

<sup>17</sup> Mantovani, *Diritto penale*. p.21 ss



condannato; siempreché la pena sia necessaria per l'inadeguatezza delle sanzioni extra-penali a tutelare tali valori."

Nel caso italiano, c'è anche da ricordare la Convenzione Europea dei Diritti Umani del 1950 e la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, del 2000, le quali conferiscono un più grande spessore al principio di legalità<sup>18</sup>:

Convenzione Europea dei Diritti Umani:

"Art. 7 – Nulla poena sine lege

1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili."

Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea:

"Art. 49 - Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene

1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima.

2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni.

3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato."

Questa fundamentazione più che legale alla definizione dei reati apre il campo penale a nuovi giudizi di controllo e convalida della legislazione penale. Si presentano quindi al dibattito sia Corti Costituzionali sia Corti Internazionali a rivedere la possibilità di riprovazione penale di condotte.

Nel caso del Brasile, la Corte Costituzionale accetta che per la caratterizzazione del reato sia necessario, oltre alla corrispondenza formale alla fattispecie penale, un'analisi materialmente valutativa delle circostanze del caso concreto, nel senso di verificare la presenza di eventuale lesione grave, contundente e penalmente rilevante dal bene giuridico protetto, pena l'applicazione del principio di irrilevanza<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> C'è da notare che la Convenzione Americana sui Diritti Umani, del 1969, non ha accolto il principio di legalità nel suo modo più flessibilizzato, perché non ha accettato la definizione di reati dai principi generali riconosciuti dalla comunità delle nazioni o dalle nazioni civilizzate:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

<sup>19</sup> Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale Brasiliana,

Nel caso italiano è importante richiamare alla mente la vicenda del reato d'immigrazione clandestina, istituito con la Legge 94 del 2 luglio 2009, quando la Corte Costituzionale italiana già aveva riprovato la discriminazione agli immigrati clandestini riguardo l'accesso a misure alternative alla detenzione<sup>20</sup>, affermando che “il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato (...), di per sé, non è univocamente sintomatica (...) di una particolare pericolosità sociale”.

A proposito della nuova legge (del 2009), la Corte Costituzionale è stata chiamata a riferirsi e non ha accettato l'aggravante della clandestinità (Sentenza 249/2010) o l'inottemperanza ad un secondo ordine di allontanamento impartito dal Questore (Sentenza 359/2010) ma ha ritenuto che il reato di clandestinità è stato una scelta possibile per il legislatore (Sentenza 250/2010).

Tuttavia, nella revisione della sentenza italiana di condanna nel caso dell'algerino Hassen El Dridi, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>21</sup> ha affermato l'incompatibilità della sanzione penale italiana con la Direttiva 2008/115/CE.

Così, il governo italiano ha ricevuto, nel 28 Aprile 2014, una delega del Parlamento<sup>22</sup> per abrogare il reato. Ma mentre non esercitata la delega e non attuata la

---

MAXIME: HABEAS CORPUS. PENALE. TENTATIVO DI FURTO. RECLAMO DI INCIDENZA DEL PRINCIPIO DI INSIGNIFICANZA: INFATTIBILITÀ. VIOLAZIONE DI DOMICILIO. REITERAZIONE. HABEAS CORPUS NEGATO

**1. La tipicità penale non può essere percepita come il banale esercizio di adattamento del fatto concreto alla norma astratta. Oltre alla corrispondenza formale alla configurazione di tipicità è necessaria un'analisi materialmente valutativa delle circostanze del caso concreto, al fine di verificare la presenza di un'eventuale lesione grave, contundente e penalmente rilevante del bene giuridico tutelato.**

**2. Il principio dell'irrelevanza riduce la portata di divieto apparente della tipicità legale e di conseguenza rende il fatto atipico in ambito penale, anche se c'è pregiudizio ad un bene giuridicamente tutelato dalla norma penale.**

3. Per l'incidenza del principio d'insignificanza, devono essere rivelati il valore dell'oggetto del reato e gli aspetti oggettivi del fatto - come la minima offensività di condotta dell'agente, l'assenza di pericolosità sociale dell'azione, il basso livello di disapprovabilità del comportamento e l'inespressività della lesione giuridica causata.

4. Nel caso in questione, in cui il reato è stato commesso con l'invasione del domicilio della vittima, non c'è da ignorare l'alto grado di disapprovabilità del comportamento del paziente.

5. La recidività, nonostante sia criterio soggettivo, si riferisce a criterio oggettivo e dovrebbe essere esclusa della regola per l'analisi del principio di insignificanza, in quanto non è soggetta ad interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali o ad analisi discrezionali. Il criminale recidivo presenta un comportamento riprovevole, e la condotta deve essere ritenuta materialmente tipica.

6. Ordine negato.

(HC 97772, Relatore: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primo Gruppo, giudicato in 03/11/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-02 PP-00320 RT v. 99, n. 892, 2010, p. 539-546 LEXSTF v. 31, n. 372, 2009, p. 484-496)

<sup>20</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 78/2007.

<sup>21</sup> Corte di Giustizia UE, sez. I, sentenza 28.04.2011 n° C-61/11

<sup>22</sup> Legge 67/2004. Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio:

Art. 2

Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria

(...)

3. La riforma della disciplina sanzionatoria nelle fattispecie di cui al presente comma é ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi:

*abolitio criminis*, la Corte di Cassazione ha affermato nel 29 Ottobre 2014, che ancora esiste il reato di immigrazione illegale in Italia<sup>23</sup>.

L'importanza del principio di legalità non è passato inosservato alla Conferenza di Roma, in modo che lo Statuto di Roma<sup>24</sup> si è preso cura di prevederlo espressamente negli articoli 22 a 24.

Infatti, lo Statuto di Roma, su cui si fonda la Corte Penale Internazionale, è stato progettato propriamente per favorire un definitivo guadagno di stabilità alla giurisdizione internazionale, rappresentando il principio di legalità una delle sue caratteristiche più importanti. Basta guardare l'inversione fatta, posizionando la parte speciale prima di quella generale, a indicare in primo luogo gli esatti confini della materia

---

(...)

b) abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall'articolo 10-bis del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n.286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia;

<sup>23</sup> Corte di Cassazione, Sentenza 29 ottobre 2014, n. 44977:

1. Il ricorso è fondato. Questa Corte ha già affrontato la questione dell'ingresso illegale dello straniero nel territorio dello Stato e con la sentenza citata dal Procuratore Generale dell'Aquila ha affermato che "la fattispecie contravvenzionale prevista dall'art. 10 bis del decreto legislativo numero 286 del 1998, che punisce l'ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, non viola la cosiddetta Direttiva Europea rimpatri (Direttiva Commissione CEE 16 dicembre 2008 n. 115), non comportando alcun intralcio alla finalità primaria perseguita dalla Direttiva predetta di agevolare e assecondare l'uscita dal territorio nazionale degli stranieri extracomunitari privi di vario titolo di permanenza e non è in contrasto con l'art. 7, par. 1 della medesima, che, nel porre un termine compreso tra i 6 e i 30 giorni per la partenza volontaria del cittadino di paese terzo, non per questo trasforma da irregolare a regolare la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato". La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata con la sentenza 6/12/2012, caso sulla compatibilità con la Direttiva Europea Rimpatri di alcune norme del testo unico in materia di immigrazione, ma il reato in questione non è stato oggetto di sindacato dal momento che la direttiva citata non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare come reato e lo punisca con sanzione penale. Va aggiunto che per l'abrogazione di questo reato il Parlamento nazionale con la Legge n. 67 del 2014 ha conferito al governo una delega, che non è stata ancora esercitata, per cui va da sé che fino all'emanazione dei decreti delegati le fattispecie oggetto di depenalizzazione non potranno essere considerate violazioni amministrative.

<sup>24</sup> Statuto di Roma

Articolo 22

Nullum crimen sine lege

1. Una persona è penalmente responsabile in forza del presente Statuto solo se la sua condotta, nel momento in cui viene realizzata, costituisce un crimine di competenza della Corte.
2. La definizione dei crimini è interpretata tassativamente e non può essere estesa per analogia. Nel dubbio, deve essere interpretata a favore della persona che è oggetto di un'inchiesta, di azioni giudiziarie o di una condanna.
3. Il presente articolo non impedisce che un comportamento sia qualificato come crimine secondo il diritto internazionale, indipendentemente dal presente Statuto.

Articolo 23

Nulla poena sine lege

Una persona che è stata condannata dalla Corte può essere punita solo in conformità alle disposizioni del presente Statuto.

Article 24

Non-retroactivity ratione personae

1. Nessuno è penalmente responsabile in forza del presente Statuto per un comportamento, precedente all'entrata in vigore dello Statuto.
- Se il diritto applicabile ad un caso è modificato prima della sentenza definitiva, alla persona che è oggetto d'inchiesta, di un procedimento giudiziario o di una condanna sarà applicato il diritto più favorevole.

punibile, per solo dopo portare i principi generali<sup>25</sup>.

Si tratta quindi di grande innovazione, dal momento che finora, tale principio veniva ancora interpretato e applicato, sia dalla dottrina, sia dalla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e Ruanda, sotto forte influenza dei sistemi del *common law*, in un senso quindi più ampio ed elastico. Si consideri, ad esempio, la descrizione delle fattispecie incriminatrici in fonti consuetudinarie citate da clausole di rinvio negli Statuti dei Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e Ruanda<sup>26</sup>.

Infatti, fino all'elaborazione dello Statuto di Roma, si è discusso nel contesto internazionalista, la necessità di descrivere, nel dettaglio, le fattispecie penali internazionali, variando tra l'esigenza di certezza (e quindi di una norma rigorosa per descrivere in dettaglio le fattispecie penali) e la ricerca della giustizia (che sarebbe meglio eseguita attraverso i principi astratti, di cui si potesse ricavare la natura criminale dei fatti)<sup>27</sup>.

Ha prevalso, in quel primo momento, l'idea che l'atrocità dei crimini di massa giustificerebbe il rifiuto, nello scenario internazionale, del principio di legalità come garanzia del singolo contro l'uso arbitrario della potestà punitiva. Si riteneva quindi che la riduzione del lavoro dei giudici internazionali ad una semplice applicazione di quanto è espressamente e inequivocabilmente contenuto nel diritto scritto, oltre a favorire l'impunità, potrebbe anche avere un effetto 'deresponsabilizzante' nei confronti della giurisprudenza perché ostacola la valutazione, nel caso concreto, delle esigenze della giustizia, in nome della fedeltà alla legge scritta<sup>28</sup>.

Così, negli anni precedenti alla Conferenza Diplomatica di Roma, il principio di legalità nell'ambito del diritto penale internazionale è stato per lo più letto in una forma più plastica. A questo punto, per esempio, c'era anche la cura a fare una distinzione tra il principio di legalità e la tipicità del reato<sup>29</sup>. Si riteneva pertanto che la tipicità, nel senso attribuito dalla dogmatica penalistica degli Stati di tradizione democratico-liberale, non

---

<sup>25</sup> Massimiliano Masucci, "Garanzie di legalità nel Diritto Penale Internazionale", in *Diritto penale internazionale*, org. Enrico Mezzetti, 2° ed, vol. I - Casi e Materiali (Torino: Giappichelli, 2010), 1-18. MASUCCI, Massimiliano. "Garanzie di legalità nel diritto penale internazionale" p. 11.

<sup>26</sup> V. gli artt. 5, lett. i) e 3 lett. i) rispettivamente dello Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia e dello Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda dove c'è la vaga locuzione "altri atti disumani" nell'elencazione dei crimini contro l'umanità di competenza delle Corti.

<sup>27</sup> Catenacci, *Legalità e tipicità del reato nello statuto della Corte penale internazionale*. p. 55.

<sup>28</sup> Mauro Catenacci, "Il principio di legalità ed il sistema delle fonti nello Statuto della Corte Penale Internazionale", in *Diritto penale internazionale*, org. Enrico Mezzetti, 2° ed, vol. II - Studi (Torino: Giappichelli, 2010), 3-17. p. 4-5.

<sup>29</sup> Catenacci, *Legalità e tipicità del reato nello statuto della Corte penale internazionale*. p. 66.

rappresenterebbe un corollario necessario e indispensabile del principio di legalità.

Infatti, nei tempi dei processi di Norimberga, con l'interazione tra norme di diversi livelli, si riteneva che i comportamenti effettuati allo scopo di distruzione di massa, sterminio, riduzione alla condizione di schiavo etc. non avrebbero bisogno di un'esplicita previsione incriminante nelle fonti internazionali, poiché già previsti, anche se in forme diverse, dai codici penali nazionali<sup>30</sup>.

Infatti, le previsioni normative di diritto interno già avrebbero soddisfatto le garanzie necessarie che derivano sia dalla tipicità sia dal principio *nullum crimen sine lege*. Pertanto, dal momento che venissero puniti soggetti che consapevolmente violarono norme incriminatrici, prodotte dagli Stati e in vigore al momento della pratica dei fatti, non ci sarebbe alcun bisogno di una norma incriminatrice di fonte internazionale che descrivesse i reati e prevedesse delle pene. Infatti, queste norme statali sarebbero espressione dei “principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”, e quindi accolte anche dal diritto internazionale<sup>31</sup>.

Si è ritenuto infine che i crimini contro la pace, di guerra e contro l'umanità contenuti nello Statuto di Londra, erano già previsti prima del processo di Norimberga (sia nelle legislazioni nazionali, sia nei principi generali del diritto)<sup>32</sup>.

Forse anche a causa dell'insufficienza delle argomentazioni spesso presentate in difesa del pieno rispetto del principio di legalità da parte della Corte di Norimberga (e Tokyo), si è intensificato l'argomento secondo cui si richiederebbe una reinterpretazione del principio di legalità alle caratteristiche del diritto internazionale. In questo modo le ragioni morali, le ragioni di utilità internazionale e l'accettazione di costumi come fonti del Diritto Internazionale diventano le basi per l'idea che il principio di legalità nell'ambito internazionale si presenta in un colore diverso rispetto al principio di legalità a livello nazionale.

---

<sup>30</sup> Ibidem. p. 61.

<sup>31</sup> Ibidem. p. 62/63. In senso opposto e in modo critico, afferma Gil Gil che il fatto che certi comportamenti sono vietati nelle legislazioni di vari ordinamenti giuridici non implica che hanno una natura di principi generali del diritto, ma indica solo l'esistenza di un diritto comune. In Alicia Gil Gil, *Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio* (Madrid: Tecnos, 1999). p. 71.

<sup>32</sup> In disaccordo con tale ragionamento, Gil Gil sostiene che il principio di legalità richiede necessariamente la fissazione di una legge previa a determinare il comportamento vietato e la sanzione applicabile. E fino al 1945, non vi era alcuna legislazione in tal senso. Anche la legislazione riguardante le regolazioni di conflitti armati esistente prima di Norimberga era composta principalmente da regole che si limitavano a disciplinare il comportamento dei combattenti e a stabilire competenza per giudicare il nemico secondo i principi di territorialità, di personalità passiva o di protezione di interessi. Le sanzioni penali erano assenti, e la responsabilità individuale penale era attribuzione esclusiva della giurisdizione nazionale. Gil Gil, *Derecho penal internacional*. P, 67ss

Quindi per essere considerato un reato a livello internazionale, è necessario che il fatto sia contrario alla morale, che l'autore, al momento della pratica criminale, abbia avuto coscienza della pratica ingiusta e che il fatto sia di tale gravità che la semplice possibilità di rimanere impunito sia insopportabile<sup>33</sup>.

Come complemento, si affermava che il principio di legalità, che non sarebbe valido nel Diritto Internazionale, avrebbe carattere eccezionale nei sistemi giuridici interni e che la responsabilità penale individuale rappresenta un grado di giustizia superiore all'irretroattività penale<sup>34</sup>.

Così, quando la sicurezza giuridica fosse più minacciata dall'osservazione rigorosa del principio di legalità che dalla sua non osservazione, essendo l'impunità più minacciosa all'autorità dell'ordinamento giuridico di fronte alla coscienza generale, sarebbe giustificato l'abbandono del principio di legalità<sup>35</sup>.

Riguardo la tipicità, si sosteneva che la sua ragione d'essere non ci fosse nel principio *nullum crimen sine lege*, ma nel principio della divisione dei Poteri dello Stato, negli Stati di tradizione politica liberale. In questo modo, l'imposizione di descrizioni legali astratte impedirebbe al giudice di sostituire il Parlamento nell'individuare i fatti meritevoli di pena e nella scelta delle sanzioni, giacché, secondo l'ideologia della tradizione illuministico-liberale, il Parlamento è l'unico legittimato ad incidere sulla libertà individuale<sup>36</sup>.

La trasposizione di questo ragionamento al Diritto Internazionale produrrebbe giustificazioni per quanto è avvenuto a Norimberga e Tokyo.

Infatti, siccome non c'è un Parlamento internazionale produttore di norme nelle stesse basi politiche liberali, non c'entrerebbe la funzione della tipicità come garanzie per quanto riguarda la separazione dei poteri<sup>37</sup>.

Altresì, il *nullum crimen sine lege* non avrebbe a livello internazionale, di conseguenza, il significato di un divieto del diritto non-positivo come fonte del diritto

---

<sup>33</sup> Lange, Richard, "Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit", *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1948. *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1948. Apud. Gil Gil, *Derecho penal internacional*. p. 69

<sup>34</sup> Kelsen, Hans, "Will the judgement in the Nuremberg Trial constitute a Precedent in International Law?", *International Law Quarterly*, Summer de 1947. apud. Gil Gil, *Derecho penal internacional*. p. 67

<sup>35</sup> Lange, Richard, "Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit". *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1948. Apud. Gil Gil, *Derecho penal internacional*. p. 69.

<sup>36</sup> Catenacci, *Legalità e tipicità del reato nello statuto della Corte penale internazionale*. p. 63/64.

<sup>37</sup> *Ibidem*. p. 64.

internazionale penale; il suo effetto nel diritto internazionale penale sarebbe quello di evitare che la giurisdizione fosse esercitata senza fondamento nelle norme preesistenti al fatto ed individuabili su base almeno consuetudinaria.

Insomma, il principio *nullum crimen sine lege* di carattere universale in quanto depositario di un'inalienabile funzione di garanzia dell'individuo davanti al potere arbitrario, si rivolge a garantire l'irretroattività della norma su cui si basa l'incriminazione. Tuttavia il principio di necessaria tipicità della fattispecie sarebbe di matrice statale e finalizzato a garantire il primato della volontà popolare espressa dal Parlamento. Così, per il Diritto Internazionale Penale, sarebbe sufficiente il principio di legalità-irretroattività, poiché consente al giudice di applicare soltanto le norme preesistenti alla pratica del fatto, anche se provenienti da un atteggiamento generalizzato di disapprovazione e condanna da parte del mondo civile<sup>38</sup>.

Nonostante tutti gli argomenti menzionati, il fatto è che in quel momento storico, in cui c'era l'impossibilità reale di giudicare i sospetti sotto il manto della legalità, si è deciso di non consentire l'impunità per i reati commessi.

Ma il fatto è che, forse ancora influenzati dalla storia, la separazione tra legalità e tipicità è stata una tendenza durante i lavori preliminari allo Statuto della Corte Penale Internazionale. C'era una preoccupazione, dimostrata in particolare dai rappresentanti della *common law*, riguardo il rischio di un formalismo eccessivo derivante dall'applicazione del principio di legalità-tipicità. Questo formalismo potrebbe allontanare la Corte dai valori di equità e giustizia sociale, che inevitabilmente accompagnano la materia dei crimini internazionali<sup>39</sup>.

Il timore riguardo l'incorporazione del principio di legalità nel suo massimo spessore ha portato alcune delegazioni a suggerire uno Statuto flessibile e conciso. Essi hanno sostenuto che una redazione completa e dettagliata delle fattispecie penali, potrebbe non solo minare la coesistenza di sistemi giuridici diversi, ma soprattutto "imbrigliare eccessivamente la futura giurisprudenza della Corte"<sup>40</sup>.

Tuttavia, nel momento della conclusione e approvazione dello Statuto di Roma, è stato accolto un concetto "chiuso" della legalità, legato ad una formale previsione di fonti, di contenuto e di limiti della responsabilità per i crimini internazionali,

---

<sup>38</sup> Ibidem. p. 64/65.

<sup>39</sup> Ibidem. p. 68.

<sup>40</sup> Ibidem. p. 69.

nonostante altre ipotesi discusse nei lavori preparatori, in favore della costruzione di un sistema aperto in cui sia riconosciuta rilevanza pari a fonti quali la consuetudine o l'analogia, *legis o iuris*<sup>41</sup>.

Così lo Statuto di Roma ha stabilito il principio di legalità nel suo doppio carattere, di garanzia e certezza, più in linea quindi ai paesi di *civil law*, che rappresenta almeno una significativa svolta<sup>42</sup> nell'ordinamento internazionale, data la comprensione che da oltre cinquant'anni ha dominato la scena internazionale sul tema.

In questo senso, lo Statuto di Roma si è preso cura di definire le fattispecie penali su cui potrà incidere la giurisdizione della Corte Penale Internazionale, adottando quindi il principio di legalità collegato alla tipicità, che può anche rappresentare una garanzia per la sovranità degli Stati contro un'eccessiva interferenza dei giudici internazionali.

Infatti, la definizione di un *numerus clausus* de fattispecie perseguibili come crimini internazionali determina l'ambito in cui la Corte può esercitare in modo legittimo la propria giurisdizione e, quindi, richiedere agli Stati aderenti il rispetto degli obblighi assunti o addirittura imporre la rinuncia al potere sovrano dello Stato di giudicare ed eventualmente punire<sup>43</sup>.

Così con la predeterminazione delle *fattispecie* penali, gli Stati sono in grado di sapere, in anticipo, la "porzione" di sovranità che devono trasferire alla Corte e opporsi a questa, ogni volta superati i limiti assegnatili<sup>44</sup>.

Anche se questa funzione del principio di legalità a livello internazionale non compaia espressamente nei lavori preparatori, non c'è dubbio che questo principio alla fine limita i poteri d'ingerenza della Corte Penale Internazionale negli affari interni degli Stati, che è in pieno accordo con il principio di sussidiarietà della giurisdizione della Corte, il cui rappresenta forse meglio la volontà dei partecipanti alla Conferenza di Roma riguardo l'equilibrio tra gli interessi per l'istituzione di una corte internazionale senza trascurare la protezione della sovranità statale<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Massimiliano Masucci, "Definizione del crimine e principio di chiarezza nello Statuto della Corte Penale Internazionale", in *Diritto penale internazionale*, org. Enrico Mezzetti, 2° ed, vol. II - Studi (Torino: Giappichelli, 2010), 19–32. P 23.

<sup>42</sup> Catenacci, *Legalità e tipicità del reato nello statuto della Corte penale internazionale*. p. 71

<sup>43</sup> Ibidem. p. 159.

<sup>44</sup> Andreana Esposito, "Il principio di legalità", in *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, org. Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti (Giuffrè Editore, 2006), 219–68. p. 257.

<sup>45</sup> Catenacci, *Legalità e tipicità del reato nello statuto della Corte penale internazionale*. p. 161/162



La legalità, in particolare nel rapporto con la tipicità, nel diritto penale internazionale si presta, quindi, a dare certezza e sicurezza allo Stato firmatario del Trattato sui contenuti specifici di ciò che è stato affidato alla Corte Internazionale, e, ad essa, la chiarezza dei limiti del mandato che la diventa legittima. Nel diritto penale internazionale quindi la legalità compie il ruolo di certezza e legittimità che la caratterizzano anche nel diritto penale nazionale, solo con le peculiarità proprie della Società delle Nazioni.

Fatta questa breve introduzione, si va all'analisi del principio di legalità nei diversi aspetti, come delineato dallo Statuto di Roma.

## 2.1 Lo Statuto di Roma e il principio di legalità come riserva di legge

Nel diritto continentale europeo ed in altri paesi del *civil law*, il principio di legalità penale implica l'obbligo di determinare i crimini e le loro pene solo attraverso la legge emanata dal Potere Legislativo. Questo principio esprime il divieto di punire un certo fatto in assenza di una legge preesistente che lo qualifichi come un reato<sup>46</sup>.

Così, davanti alla pluralità di fonti, formali e sostanziali, il principio di riserva di legge ha voluto riservare il monopolio normativo penale al Potere Legislativo: *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali scripta*. Sono esclusi dalle fonti di diritto penale quelle non scritte e quelle scritte diversamente dalla legge (o anche, in Italia, ad esempio, dagli atti aventi forza di legge)<sup>47</sup>.

Resta inteso, pertanto, che la procedura legislativa è lo strumento più appropriato per salvaguardare la libertà personale, in quanto si presume che l'organo rappresentativo della volontà popolare farà riferimento alla coercizione penale solo in vista della tutela degli interessi più importanti della collettività, oltre a consentire la tutela dei diritti delle minoranze e delle forze politiche dell'opposizione<sup>48</sup>.

Inoltre, il monopolio della criminalizzazione in mano al Potere Legislativo serve anche a prevenire qualsiasi arbitrio di altri poteri: il Potere Giudiziario, respingendo

---

<sup>46</sup> Fiandaca e Musco, *Diritto penale*. p. 51.

<sup>47</sup> V. Corte Costituzionale, Sentenze nn. 26/1966; 113/1972; e 282/1990. Corte Costituzionale, Sentenza n. 152/1985:

Il fatto poi che la deroga al codice penale sia stata sostanzialmente disposta con atto avente forza di legge esclude altresì il contrasto con l'art. 25, comma secondo, Cost., il quale peraltro pone una garanzia a tutela della libertà del cittadino, e non del potere punitivo dello Stato, per cui è ad esso estraneo il problema della ammissibilità di casi di impunità previsti da atti diversi dalla legge formale.

<sup>48</sup> Fiandaca e Musco, *Diritto penale*. p. 51.

le fonti sostanziali e subordinando il giudice alla legge; e il Potere Esecutivo, escludendo le fonti formali extra-legislative.

Così, la legge è la fonte generalmente abilitata dalle Costituzioni per disciplinare la materia penale, in quanto proveniente da un organo rappresentativo del popolo (Legislativo), attraverso una procedura pubblica e trasparente in cui la dialettica maggioranza-opposizione dovrebbe esprimersi pienamente<sup>49</sup>.

Riguardo al concetto di legge, ciascun ordinamento giuridico la comprende in modo più o meno restrittivo da consentire (o meno) trattare la materia penale attraverso atti equivalenti<sup>50</sup>.

In Italia, il principio in questione può essere estratto dall'articolo 25 della Costituzione, secondo il quale "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". Tuttavia, la stessa Corte Costituzionale riconosce che "la ratio profonda che le ispira, così la reale comprensione, in specie, del principio di riserva di legge penale va principalmente ricavata dal fondamento politico-ideologico, sistematico e teleologico dello stesso principio piuttosto che dalle dichiarazioni costituzionali, necessarie e solenni ma non sempre tecnicamente precise, che lo enunciano"<sup>51</sup>.

Inoltre, ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione, lo Stato ha competenza legislativa esclusiva in diritto penale e civile, di cui si deduce essere costituzionalmente illegittime sia le norme penali create da leggi regionali<sup>52</sup>, sia quelle che abrogano le norme

---

<sup>49</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 487/1989:

"Come la dottrina penalistica successiva all'avvento della Costituzione, nel ricercare la ratio della riserva di legge penale, ha tenuto a sottolineare, in modo particolare, il procedimento di formazione della legge, aperto al confronto tra maggioranza e minoranza, adeguato a tutelare i diritti dell'opposizione nel sindacare le scelte di criminalizzazione adottate dalla maggioranza, la dottrina penal-illuministica individuò il fondamento del principio di riserva di legge penale nel fatto che il soggetto-Parlamento, l'organo produttore della legge, vede riunito, attraverso i suoi rappresentanti, tutto il popolo sovrano: e questo non può legiferare "contro sé stesso"

<sup>50</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n.134/2003:

"la giurisprudenza di questa Corte ha sempre ammesso (cfr. sentenze n. 26 del 1966; n. 113 del 1972; n. 282 del 1990), il ricorso alla delegazione legislativa per l'introduzione di nuove norme penali, sulla base della equiparazione fra legge ed atti aventi forza di legge ai fini del rispetto della riserva di legge di cui all'art. 25 della Costituzione - dall'art. 76 della Costituzione discendono, da una parte, il vincolo della legge delegata ai criteri direttivi della delega (vincolo il cui rispetto non è qui messo in discussione, nella specie, dal giudice), nonché, dall'altra parte, a quo l'obbligo, a carico del legislatore delegante, di definire l'oggetto della delega e di indicarne i principi e criteri direttivi, senza lasciare il Governo delegato libero di effettuare qualsiasi scelta, ma anche senza doverne vincolare tutte le scelte concrete, restando invece affidate queste ultime, nei limiti dei criteri direttivi, proprio al delegato;"

<sup>51</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 487/1989.

<sup>52</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n.104/1957, ha ritenuto la Regione Sicilia competente a presidiare con sanzioni penali la propria legge elettorale:

La Corte è pertanto d'avviso che sia giustificato e risponda ad una razionale interpretazione dell'art. 3 dello Statuto siciliano, ritenere che l'attribuzione di competenza ad emanare la legge per le elezioni dei deputati

penali dello Stato o delimitano l'ambito di applicazione<sup>53</sup>.

Nonostante l'omissione dell'articolo 25, comma secondo, della Costituzione sulla necessità della sanzione penale essere anche contenuta nella legge, si ritiene che il dispositivo in questione *minus dixit quam voluit*. In realtà, è la stessa Corte Costituzionale a identificare in questo dispositivo il principio di legalità delle pene<sup>54</sup>. Anche perché una legge penale che si limita a prevedere il fatto e rimettere al giudice la scelta del tipo e della durata della sanzione, contraddirebbe le garanzie conferite dal principio di legalità esattamente nel momento più critico alla libertà individuale<sup>55</sup>.

Riguardo il concetto di legge, la Corte Costituzionale italiana ammette, al di là delle leggi in senso formale, le leggi in senso materiale, cioè, quelli atti provenienti da vari organi del Potere Legislativo, ma aventi forza di legge<sup>56</sup>: le leggi delegate o decreti legislativi, emanati dal Governo su delegazione del Potere Legislativo (artt. 76 e 77/1 della Costituzione); i decreti-legge, emanati su propria responsabilità dal Governo in casi straordinari di necessità ed urgenza (art. 77 della Costituzione); nonché i decreti governativi in tempo di guerra, emanati sulla base dei poteri necessari conferiti dalle

---

all'Assemblea regionale, si riferisca alla legge elettorale nel suo complesso, considerata cioè nella sua tradizionale struttura, comprendente quindi sia i precetti e i divieti concernenti le operazioni elettorali, sia le disposizioni di carattere penale che, per quanto si è detto, vi sono connesse.

Com'è chiaro, dopo quanto si è esposto, si tratta di attribuzione di competenza legislativa di carattere eccezionale, che deroga, per la materia in esame, al principio generale che si ricava dall'art. 25 della Costituzione, secondo quanto ha già ritenuto questa Corte.

<sup>53</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 487/1989

..non può esser taciuto che dottrina e giurisprudenza che, in assoluta maggioranza, limitano la riserva di legge penale alla sola legge statale (in sede di vicende costitutive della punibilità) e che, pertanto, escludono ogni legittimità (nella stessa sede) di leggi penali regionali, appaiono a disagio allorché si tratta di scegliere la disposizione costituzionale sulla quale fondare la pur comune conclusione: spesso si fa, infatti, riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost., a volte all'art. 3, primo comma od all'art. 5 Cost. (interpretati, peraltro, questi ultimi articoli come "ispiratori" dell'intero sistema costituzionale); e non poche volte ci si richiama all'art. 13, secondo comma od all'art. 120, secondo e terzo comma, Cost. E, nell'occasione, si danno dei citati articoli interpretazioni che sono esplicitamente collegate (quasi a "conforto" o "sostegno") ad altre, diverse disposizioni. Da tale incertezza è agevole desumere che soltanto il sistema e la sua intrinseca teleologia riescono a rendere sostenibili, a "giustificare", le interpretazioni che, in ordine ai temi qui in esame, dei citati articoli vengono offerte.

<sup>54</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 364/1988:

Il principio di legalità dei reati e delle pene (art. 25, comma secondo, Cost.) e quello di previa pubblicazione della legge (art. 73, comma terzo, Cost.), implicano l'adempimento, da parte dello Stato, di ulteriori doveri costituzionali, concernenti anzitutto la formulazione, la struttura e i contenuti delle norme penali, in guisa che queste ultime siano riconoscibili dai cittadini.

<sup>55</sup> Fiandaca e Musco, *Diritto penale*. p. 82/83. Inoltre, secondo questi autori (p. 83), non sarebbe semplice giustificare la disparità di trattamenti conferite alle misure di sicurezza (art. 25, comma 3°, Cost.), per cui è richiesta una legge, e alle pene vere e proprie.

<sup>56</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 26/1966:

È ferma convinzione della Corte infatti che, qualsiasi possa essere la risposta da dare a tale problema, il principio di legalità della pena non può considerarsi soddisfatto quando non sia una legge (o un atto equiparato) dello Stato - non importa se proprio la medesima legge che prevede la sanzione penale o un'altra legge - a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena..

Camere al Governo per la peculiarità di tale stato (art. 78 della Costituzione)<sup>57</sup>.

In Brasile, il principio di legalità, come riserva di legge, ha le basi nell'articolo 5°, XXXIX, in cui si afferma che non c'è reato senza una legge precedente che lo definisca, né una pena senza precedente imposizione legale. L'articolo 62 non consente al Potere Esecutivo il rilascio di misure provvisorie – il decreto legge brasiliano – contenendo materia penale o processuale penale<sup>58</sup>.

Per quanto riguarda le leggi delegate, nonostante non vi sia nessun divieto nella Costituzione brasiliana, s'intende che non possono contenere materia penale. Infatti, la legittimità intrinseca al Parlamento di creare norme incriminanti come fonte del potere statale di punire, non è delegabile. Inoltre, ai sensi dell'articolo 68, §1°, della Costituzione<sup>59</sup>, non è possibile la delegazione su una questione che riguarda i diritti individuali, dato che ogni limitazione punitiva statale rappresenta una limitazione di tali diritti<sup>60</sup>.

Così, in Brasile, per il pieno rispetto del principio di riserva di legge, si ritiene che solo la legge in senso formale può affrontare la materia penale, dovendo essere la legge federale (cioè proveniente dall'Unione), vietato cioè agli Stati e ai Comuni legislare, tra l'altro su materia penale e processuale.

### 2.1.1 I trattati internazionali e il principio di legalità come riserva di legge

<sup>57</sup> Cfr. Fiandaca e Musco, *Diritto penale*. (p. 55/56).

Una tale giustificazione risulta, a ben vedere, tutt'altro che decisiva, se si considera che proprio le caratteristiche della legge delegata e del decreto legge appaiono poco compatibili con la *ratio* sottesa al principio di riserva di legge. La prima (legge delegata) si pone con la legge delega all'incirca nello stesso rapporto in cui si pongono le fonti normative secondarie nei confronti di una legge che si limiti a configurare il precetto sostanziale, rinviando per la sua concretizzazione a fonti subordinate: onde risultano così eluse, o quanto meno attenuate, le stesse garanzie implicite nella riserva della competenza penale al Parlamento, consistente anche – come si è visto – nel permettere effettivamente alle minoranze di sindacare le scelte di criminalizzazione operate dal legislatore. Tali garanzie si attenuano ancora di più, sotto certi aspetti, nel caso di normazione penale mediante decreto legge: non solo il diritto di controllo delle minoranze è di fatto sconosciuto almeno per tutto il tempo necessario alla sua conversione da parte delle assemblee parlamentari, ma le stesse ragioni di necessità e urgenza, che giustificano il ricorso ai decreti legge, cozzano con quelle esigenze di ponderazione che non possono essere eluse in sede di criminalizzazione delle condotte umane.”

<sup>58</sup> A proposito di decreto-legge veicolando materia penale, prima della Modifica Costituzionale n° 32/2001, che ha incluso, nel testo costituzionale, la sua proibizione, v. Costa, *Limites constitucionais do direito penal*. p. 59/63.

<sup>59</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Art. 68. Le leggi delega saranno elaborate dal Presidente della Repubblica, che dovrà richiedere la delega al Congresso Nazionale.

§ 1° - Non saranno oggetto di delega gli atti di competenza esclusiva del Congresso Nazionale, quelli di competenza esclusiva della Camera dei Deputati o del Senato Federale, la materia riservata alla legge complementare, né la legislazione relativa a:

...  
II - nazionalità, cittadinanza, diritti individuali, politici e elettorali;

<sup>60</sup> Costa, *Limites constitucionais do direito penal*. p. 58/59.

Ritenuto, quindi, il principio di legalità penale nella sua componente di riserva di legge, vale a dire come esigenza di legge<sup>61</sup> per criminalizzare ed imporre sanzioni penali, è prevedibile che si contesti la possibilità di un trattato internazionale prendersi cura di materia penale, prescrivendo comportamenti vietati e le relative sanzioni penali.

Per la piena effettività dello Statuto di Roma, dunque, dobbiamo affrontare la possibilità di un trattato internazionale, che non è legge in senso tecnico o formale, prescrivere le fattispecie penali e costringere i cittadini a obbedirgli, una volta ratificato da uno Stato specifico.

Ancora, dobbiamo affrontare se la semplice ratifica del trattato, senza l'emissione di una norma interna specifica per regolare e specificare le ipotesi previste dal testo multilaterale, implica o meno la validità del trattato, internamente, come norma incriminatrice e, in caso affermativo, se ciò è compatibile con il principio della riserva legale.

E la preoccupazione è tutt'altro che irrilevante. Questo perché dopo la ratifica del trattato e la sua entrata in vigore, in territorio nazionale, nel caso brasiliano, il trattato internazionale viene considerato norma nazionale (dato che il Brasile è adetto del monismo). Già in Italia, adetta al dualismo, dopo la ratifica, si considera che l'ordine di esecuzione del trattato abbia contenuto almeno identico al trattato stesso.

In questo scenario, ci si chiede: se i trattati internazionali, una volta ratificati e promulgati, nel caso del Brasile, o ordinata la loro esecuzione, nel caso italiano, si considerano incorporati al diritto interno e pari alle leggi, possono le norme dovute a questi trattati prevedere direttamente fattispecie penali e le rispettive pene? Si può quindi giudicare una persona in base alla fattispecie penale prevista senza precedenti in un trattato internazionale incorporato nell'ordine giuridico nazionale?

Il Brasile ha ratificato lo Statuto di Roma, ma non ha promulgato alcuna legge a causa di questo fatto. L'Italia, nel 2012, ha promulgato la Legge n. 237 per l'adeguamento dell'ordinamento italiano allo Statuto di Roma, ma non ha introdotto un catalogo di delitti speculare a quello per il qual la Corte Penale Internazionale ha giurisdizione<sup>62</sup>.

Pertanto, che cosa dovrebbe accadere a qualcuno che ha avuto un

---

<sup>61</sup> Avendo in mente che, nel caso del Brasile, il principio in questione richiede una legge in senso formale, mentre, nel caso italiano, bastano la legge o gli atti ad essi equiparati.

<sup>62</sup> Novella al codice penale al'art. 322-bis; al'art. 368, al'art.371-bis, al'art.374: al'art.374-bis; al'art.377, al'art.378 e al'art.380.

comportamento che sussume, alla perfezione, il quanto previsto in un particolare articolo nello Statuto di Roma? E' possibile un'azione penale nella giurisdizione nazionale avendo lo Statuto di Roma come base di diritto penale materiale? E se non c'è un'azione penale del genere, ci sarà l'obbligo di trasferire il condannato alla giurisdizione della Corte Penale Internazionale?

Il principio di legalità nella sua estensione massima non acconsente alla possibilità di un trattato internazionale, anche se interiorizzato, essere utilizzato per sostenere casi penali in ambito domestico. I reati devono essere previsti, con tutte le circostanze e pene applicabili, per legge in senso formale, promulgata ai sensi della procedura legislativa adeguata.

Sotto questo aspetto, e tenendosi la legge formale come l'unica fonte di diritto penale<sup>63</sup>, non sarebbe possibile l'immediata applicazione dello Statuto di Roma, dal punto di vista criminale, essendo necessaria una legge d'implementazione per costruire internamente le fattispecie penali<sup>64</sup>.

Questa comprensione andrebbe a creare, per il diritto penale, un dualismo necessario, anche in paesi monisti come il Brasile. Tuttavia, siccome c'è una regola generale di integrazione tra i sistemi giuridici nazionali ed internazionali (siano monisti o dualisti), non si deve fare un'eccezione al sottosistema penale in base ad una lettura esacerbante di una regola di questo sottosistema, soprattutto dal momento che si è verificato lo scopo di questa regola – il *placet* legislativo, cioè l'approvazione dai rappresentanti eletti dal popolo.

Infatti, l'indispensabile passaggio parlamentare richiesto inizialmente per la sua ratifica e successivamente, in modo eventuale, per la sua modifica sostanziale provvede, per così dire, la garanzia fondamentale che si cerca con il principio di legalità, che è la legittimazione, da parte del Parlamento, della politica criminale adottata a livello internazionale<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 96.007 (12/06/2012), Rel. Min. Marco Aurélio :

“... anche se trattaste la Convenzione dei limiti per la pena, non si può, ripeto, senza legge in senso formale e materiale come richiesto dalla Costituzione Federale, cogitare tipologia da osservare in Brasile. L'introduzione della Convenzione è avvenuta attraverso un semplice decreto!”

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3390584>

<sup>64</sup> Carlos Frederico de Oliveira Pereira, “Implementação do Estatuto de Roma e Aplicação Direta”, in *Tribunal penal internacional: possibilidades e desafios*, org. Kai Ambos e Carlos Eduardo Adriano Japiassú (Lumen Juris, 2005). p. 224.

<sup>65</sup> Da considerare rilevante, si registra che, in Costa Rica, s'intende che il processo d'incorporazione di norme internazionali nel diritto interno offre più garanzie che il processo stesso di produzione della norma penale ordinaria. Questo perché i trattati passano attraverso il Potere Esecutivo nella fase di negoziazione,

Lo Statuto di Roma, quindi, non deve richiedere né più né meno rispetto al richiesto da altri trattati. Negli Stati che adottano il dualismo, non si sostiene che la forza del trattato e la disapprovabilità dei crimini contro l'umanità permettono di rinunciare la legge interna. Nello stesso modo, dove c'è il monismo non si richiede la realizzazione di una legge specifica interna.

Un trattato internazionale, una volta ratificato e interiorizzato (sia dalla promulgazione, in Brasile, sia dall'ordine di esecuzione, nel caso italiano), è in grado di produrre i suoi effetti nell'ambito domestico, anche per criminalizzare i comportamenti e prevedere pene. Per farlo, basta essere sufficientemente approfondito e preciso nel dettagliare le fattispecie penali e le pene a esse attribuite<sup>66</sup>. Non è, quindi, una questione di forma, ma di contenuto.

Questo accade perché, come già detto, i trattati internazionali, una volta interiorizzati, hanno almeno lo *status* di legge ordinaria (dico almeno perché, in Brasile, c'è la possibilità che il trattato sia considerato anche norma costituzionale, se versi sui diritti umani e sia approvato secondo la procedura specifica di revisione costituzionale).

Il Brasile<sup>67</sup> e l'Italia<sup>68</sup> hanno dato allo Statuto di Roma l'integrità del trattamento conferito di solito ai trattati internazionali. E dopo l'approvazione dello Statuto di Roma, i paesi firmatari sarebbero tenuti ad attuare la normativa interna sulla cooperazione giudiziaria con la Corte<sup>69</sup>, e autorizzati a perseguire e giudicare i casi sottoposti al sistema giudiziario nazionale basata direttamente sulle disposizioni di diritto penale sostanziale e procedurale contenute nello Statuto di Roma<sup>70</sup>.

#### 2.1.1.1 *Due casi concreti brasiliani: il reato di tortura contro bambini e adolescenti; e la definizione di organizzazione criminale nella Convenzione di Palermo*

---

firma e ratifica; il Potere Legislativo durante la provazione, essendo ancora soggetti al controllo di costituzionalità di maniera obbligatoria attraverso la consultazione alla Camera Costituzionale, che è precedente all'approvazione da parte del legislatore. In Paul Hernández Balmaceda, "Aplicação direta dos tipos penais do estatuto do Tribunal Penal Internacional no Direito Interno", in *Tribunal penal internacional: possibilidades e desafios*, org. Kai Ambos e Carlos Eduardo Adriano Japiassú (Lumen Juris, 2005). p. 179-180.

<sup>66</sup> Secondo me, lo Statuto di Roma, a dispetto di fare attenzione nel determinare i tipi, pecca in riguardo la prescrizione delle pene. Così, nel modo in cui è stato scritto lo Statuto, e senza una legislazione interna riproducendo e specificando il suo contenuto, il Brasile e l'Italia sono da ora tenuti alla consegna dell'individuo alla Corte Penale Internazionale, anche se non possono, in principio, giudicare l'individuo direttamente in territorio nazionale in base esclusivamente nello Statuto di Roma.

<sup>67</sup> con l'approvazione dello Statuto di Roma, dal Congresso Nazionale, attraverso il Decreto Legislativo n° 112, del 6 giugno 2002, seguito dal Decreto Presidenziale n° 4388, del 25 settembre 2002.

<sup>68</sup> attraverso la legge di autorizzazione alla ratifica n. 232 del 1999 e connesso ordine di esecuzione.

<sup>69</sup> L'Italia ha già fatto questo (Legge n. 237 del 2012).

<sup>70</sup> se non ci fosse la laconicità dello Statuto di Roma per le pene imposte (come si vedrà avanti).

Come anticipato nel capitolo di apertura, sempre si è invocato in Brasile l'applicabilità diretta e immediata dei trattati internazionali ratificati e adeguatamente promulgati quando riguardanti i diritti umani, arrivandosi fino ad affermare, almeno dottrinalmente, che questi trattati compongono il blocco materiale di costituzionalità<sup>71</sup>.

La Corte Costituzionale brasiliana ha già ammesso ai trattati internazionali che si occupano di diritti umani un'efficacia inibitoria rispetto ad altri atti legislativi (precedenti o successivi) che gli sono contrastanti. La Corte Suprema ha ritenuto che l'arresto civile di un fiduciario infedele, anche se autorizzato costituzionalmente<sup>72</sup>, è diventato incompatibile con l'ordinamento giuridico nazionale<sup>73</sup>, dato il divieto contenuto

<sup>71</sup> Ex plurimis Mazzuoli, *Curso de direito internacional público*.

<sup>72</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Art. 5º. Tutti sono uguali davanti alla legge, senza distinzione alcuna; è garantita, tanto ai brasiliani quanto agli stranieri residenti nel Paese, l'inviolabilità del diritto alla vita, alla libertà, alla sicurezza e alla proprietà, nei seguenti termini:

...

LXVII. non ci saranno arresti civili per debiti, tranne che per il responsabile di inadempimento volontario e ingiustificato dell'obbligo agli alimenti, e per il depositario infedele;

<sup>73</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 96772 (09/06/2009), Rel. Min. Celso de Mello:

MAXIME: "HABEAS CORPUS" - PRIGIONE CIVILE - CUSTODE GIUDIZIARIO - RITIRO DI SINTESI 619/STF - LA QUESTIONE DELL'INFEDELTA' DEPOSITARIA - CONVENZIONE AMERICANA DEI DIRITTI DELL'UOMO (ARTICOLO 7º, n. 7) - NATURA COSTITUZIONALE O CARATTERE DI SOVRALEGALITA' DEI TRATTATI INTERNAZIONALE PER I DIRITTI UMANI? - RICHIESTA CONCESSI. ILLEGITTIMITA' LEGALE DELLA DECRETAZIONE DELLA PRIGIONE CIVILE DEL DEPOSITARIO INFIDELE, ANCHE SE SI PRENDA CURA DI DEPOSITARIO GIUDIZIALE. - Non esiste più, nel sistema normativo brasiliano, carcere civile per infedeltà depositaria, indipendentemente della modalità di deposito, sia deposito volontario (convenzionale), sia deposito necessario, come il deposito giudiziale. Precedenti. Abrogazione del documento 619/STF. TRATTATI INTERNAZIONALI DEI DIRITTI UMANI: I SUOI RAPPORTI CON DIRITTO NAZIONALE BRASILIANO E LA QUESTIONE DELLA SUA POSIZIONE GERARCHICA. - La Convenzione Americana su Diritti Umani (Art. 7º, n. 7). **Carattere subordinato di trattati internazionali in materia di diritti umani e il sistema di protezioni dei diritti basici della persona umana. - Relazioni tra il diritto nazionale brasiliano e le convenzioni internazionali dei diritti umani** (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedenti. - **Posizione gerarchica dei trattati internazionali dei diritti umani nell'ordinamento positivo interno del Brasile: natura costituzionale o carattere di sovralegalità? - Comprensione del relatore, Min. CELSO DE MELLO, il cui assegna gerarchia costituzionale alle convenzioni internazionali in materia di diritti umani.** L'INTERPRETAZIONE GIUDIZIALE COME STRUMENTO DI MODIFICA INFORMALE DELLA COSTITUZIONE. - La questione dei processi informali di mutazione costituzionale e il ruolo del Potere Giudiziario: l'interpretazione giudiziale come strumento giuridicamente idoneo di cambiamento informale della Costituzione. La legittimità dell'adeguatezza, nei confronti con l'interpretazione del Potere Giudiziario, della propria Costituzione della Repubblica, quando imperativo rendere compatibile, nei confronti con l'esegesi di attualizzazione, con le nuove esigenze, necessità i trasformazioni risultanti dei processi sociali, economici e politici che caratterizzano, in suoi molteplici e complessi aspetti, la società contemporanea. **ERMENEUTICA E DIRITTI UMANI: LA NORMA PIÙ FAVORABILE COME CRITERIO CHE DEVE REGOLARE L'INTERPRETAZIONE DEL POTERE GIUDIZIARIO. - I magistrati e i tribunali, nell'esercizio della sua attività interpretativa, soprattutto nell'ambito dei trattati internazionali dei diritti umani, devono osservare un principio ermeneutico elementare (come quello proclamato dall'Articolo 29 della Convenzione Americana dei Diritti Umani), consistente nell'assegnare priorità alla norma che si rivela più favorevole per la persona umana, al fine di dare la più ampia protezione giuridica. - Il Potere Giuridico, in questo processo ermeneutico che onora il criterio della norma più favorevole (sia quella prevista nel trattato internazionale, sia quella nel proprio diritto interno dello Stato), dovrà estrarre la massima efficacia delle dichiarazioni internazionali e proclami costituzionali dei diritti, al fine di facilitare l'accesso dei singoli e dei gruppi sociali, in particolare i più vulnerabili, a sistemi istituzionalizzati di protezione ai diritti fondamentali della persona umana, mettendo in rischio la libertà, la tolleranza e il rispetto per l'alterità umana.** - Applicazione, al caso, dell'articolo 7º, n. 7, c/c l'Articolo 29, entrambi dalla Convenzione Americana dei Diritti Umani (Pacto de São José da Costa Rica): un tipico caso di primato della norma più favorevole alla effettiva tutela dell'essere umano. (HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO,



nella Convenzione Americana sui Diritti Umani riguardo questa modalità di arresto<sup>74</sup>.

In materia di Diritto Commerciale, la Corte Suprema<sup>75</sup> brasiliana ha dato ampia efficacia alle regole delle Convenzioni di Ginevra del 1930 per l'unificazione del diritto in materia di cambiale e di vaglia cambiario<sup>76</sup>, e del 1931 per l'unificazione del diritto in materia di assegni bancari<sup>77</sup>, conosciute in Brasile come Leggi Uniformi.

Nell'ambito penale tuttavia l'applicazione diretta di trattati internazionali ratificati è tutt'altro che unanime<sup>78</sup>, vi è, infatti, una grande resistenza del vertice giudiziario brasiliano verso tale possibilità.

Questo è dovuto certamente al grande attaccamento al principio di legalità nel suo ambito più formalista, secondo cui solo la legge in senso formale potrebbe contenere materia penale, rifiutando ai trattati internazionali, nonostante interiorizzati secondo procedura specifica, tale prerogativa.

---

Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00811 RTJ VOL-00218- PP-00327 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 173-183).

<sup>74</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969)

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

(...).

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

(...)

Artigo 29 Normas de interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

<sup>75</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 84713 (15/04/1977), Rel. Min. Eloy da Rocha:

Assego bancario. Secondo l'Art. 52 della Legge Uniforme, prescrive l'azione, dopo sei mesi dalla fine del termine di presentazione, che si regola dall'articolo unico del Del. 22.924, di 12.7.1933, e dall'art. 3°, § 9°, dalla Legge 2.919, di 31.12.1914. Ricorso straordinario non conosciuto.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=178934>

<sup>76</sup> Promulgata dal Decreto n° 57.663/1966

<sup>77</sup> Promulgata dal Decreto n° 57.595/1966

<sup>78</sup> Sul tema, v. Balmaceda (Balmaceda, "Aplicação direta dos tipos penais do estatuto do Tribunal Penal Internacional no Direito Interno". p. 157), che afferma che, per applicazione diretta dei crimini internazionali contenuti nel ETPI, sono necessarie le seguenti condizioni: (i) essere in presenza dell'obbligo convenzionale di prevenire e perseguire la condotta; (ii) essere in fronte di una lacuna; e (iii) contare con norma di remissione (p. 157). Più avanti, afferma che sarebbe possibile l'applicazione diretta di un trattato internazionale, anche nell'assenza di una norma di remissione, ma che questa uscita non sarebbe possibile allo Statuto di Roma per mancargli gli attributi di lex certa e stricta con relazione alla pena. (p. 170). Cfr. Sylvia Helenda de Figueiredo Steiner et al., "Relatório elaborado pelo IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais", in *Persecução penal internacional na América Latina e Espanha*, org. Kai Ambos e Ezequiel Malarino (IBCCRIM, 2003), 35-96., secondo i quali sarebbe difeso che le norme di trattati internazionali relativi alla definizione dei reati possono essere applicate in forma diretta per forza del principio di legalità stretta.

Tuttavia, nel 1994, sorprendentemente la Corte Suprema brasiliana ha accettato di integrare la fattispecie penale del reato di tortura contro bambini e adolescenti utilizzando, a questo scopo, trattati internazionali.

In questo caso, la polemica è stata istituita a causa della norma prevista nell'articolo 233 Statuto dell'Infanzia e dell'Adolescenza<sup>79</sup> (1990) enunciare una fattispecie penale aperta, oggetto di complementazione per quanto riguarda la definizione di tortura ed dei mezzi di attuazione. In Brasile, il crimine di tortura è venuto a far parte del diritto penale nel 1997, con la legge 9.455.

Nel 1994, si è discusso, in sede giudiziale, l'esistenza o meno di un reato autonomo di tortura, commesso contro bambini e adolescenti (soggetto passivo speciale), nonostante lo Statuto dell'Infanzia e dell'Adolescenza non abbia definito la struttura tipica di questo crimine. Per maggioranza, la Corte Suprema, nell'HC 70389-5/SP<sup>80</sup>, a

---

<sup>79</sup> Statuto dell'Infanzia e dell'Adolescenza

Art. 233. Sottoporre bambino o adolescente sotto la sua autorità, guardia o sorveglianza a tortura:

Pena: reclusione da uno a cinque anni.

§1° Se risultare lesione corporali grave:

Pena: reclusione da due a otto anni.

§2° Se risultare lesione corporali gravissima:

Pena: reclusione da quattro a dodici anni.

§3° Se risultare morte:

Pena: reclusione da quindici a trent'anni.

<sup>80</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 70389 (23/06/1994). Rel. Min. Celso de Mello

MAXIME: TORTURA CRONTO BAMBINO O ADOLESCENTE – ESISTENCIA GIURIDIA DI QUESTO CRIME NEL DIRITTO PENAL POSITIVO BRASILIANO – NECESSITÀ DI RIMPROVERO – CONVENZIONI INTERNAZIONALI SOTTOSCRITTE DAL BRASILE – PREVISIONE TIPICA DEL STATUTO DELL'INFANZA E DELL'ADOLESCENZA (LEGGE N° 8.069/90, ART. 233) – CONFERMA DELLA COSTITUZIONALITÀ DI QUESTA NORMA DI TIPIFICAZIONE PENALE – REATO IMPUTATO ALLE POLIZIE MILITARI – VIOLAZIONE PENALE CHE NON SI QUALIFICA COME CRIME MILITARE – COMPETENZA DELLA GIUTIZIA COMUNE DELLO STATO-MEMBRO – RICHIESTA CONCESSI IN PARTE. PREVISIONE LEGALE DEL CRIME DI TORTURA CONTRO BAMBINO O ADOLESCENTE – OSSERVAZIONE DEL POSTULATO COSTITUZIONALE DELLA TIPICITÀ. – Il crime di tortura, in quanto commesso contro bambino o adolescente, costituisce entità di reato autonomo la cui previsione tipica trova fondamento giuridico nell'art. 233 della Legge n° 8.069/90. Si tratta di tipo penale aperto suscettibile d'integrazione dal magistrato, ecco che il reato di tortura – dotato di numerose forme di esecuzione – si caratterizza per l'inflizione di tormenti e torture che esasperano, nella dimensione fisica, morale o psichica in cui si progettano i suoi effetti, il soffrimento della vittima per atti di crudeltà inutile, ingiusta e inaccettabile. La norma registrata nell'art. 233 della Legge n° 8.069/90, nel definire il reato di tortura contro il bambino e l'adolescente, si regola, con estrema fedeltà, al principio costituzionale della tipicità dei reati (CF, art. 5°, XXXIX). LA TORTURA COME PRATICA INACCETTABILE DI OFFESA ALLA DIGNITÀ DELLA PERSONA. Il semplice riferimento normativo alla tortura, costante nell'art. 233 dello Statuto dell'Infanzia e dell'Adolescente, esteriorizza uno universo concettuale pieno di nozioni con i cui il senso comune e il sentimento di pudore delle persone identificano i comportamenti umilianti che traducono, nella realizzazione della loro pratica, il gesto inquietante di offesa alla dignità della persona umana. **La tortura è la negazione arbitraria dei diritti umani, perché riflette – come pratica illegittima, immorale e abusiva – uno inaccettabile test di attuazione dello Stato che tende a soffocare e sopprimere la dignità, l'autonomia e la libertà dell'individuo.** NECESSITÀ DI REPRESSIONE ALLA TORTURA - CONVENZIONI INTERNAZIONALI. – **Il Brasile, nel tipificare il crime di tortura contro bambini o adolescenti, si è rivelato fedele ai compromisi fermati nell'ordine internazionale,** in particolare quelli derivanti della Convenzione di New York sui Diritti del Bambino (1990), della Convenzione contro la Tortura adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU (1984), della Convenzione Interamericana contro la Tortura conclusa a Cartagena (1985) e della Convenzione Americana sui Diritti Umani (Pacto de São José da Costa Rica), sviluppata nel quadro dell'OEA (1969). Più di questo, il legislatore brasiliano, nel dare espressione tipica a questo tipo di reato, ha dato applicazione effettiva al testo della Costituzione

dispetto di riconoscere il carattere aperto del tipo, lo ha ritenuto soggetto a complementazione, in questo caso, dai diversi atti internazionali che, sottoscritti dallo Stato Brasiliano, erano già formalmente incorporati nell'ordinamento giuridico brasiliano, in particolare: La Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti<sup>81</sup> del 1984; la Convenzione Interamericana per Prevenire e Punire la Tortura<sup>82</sup>, conclusa a Cartagena nel 1985; e la Convenzione Americana dei diritti dell'uomo<sup>83</sup> (Patto di San José del 1969).

Si è inteso, infine, che il semplice riferimento normativo alla tortura, contenuta nella descrizione tipica dell'articolo 233 dello Statuto dell'Infanzia e dell'Adolescenza, già faceva vedere un universo concettuale pieno di nozioni. Infatti, il senso comune e il senso della decenza delle persone identificavano i comportamenti umilianti che traducono, in pratica, le molteplici forme di esecuzione di tale gesto caratterizzante di profonda insensibilità morale, di quelli che offendono la dignità della persona umana<sup>84</sup>.

Al contrario e più di recente, vi è un chiaro esempio di resistenza nel tipificare o integrare le fattispecie penali basate su trattati internazionali: il giudizio da parte della Corte Suprema nel Habeas Corpus 96007. Il caso riguardava la possibilità d'integrazione della norma penale brasiliana da concetti portati dalla Convenzione di Palermo. Registriamo che, in quest'occasione, neanche si discuteva la previsione di una fattispecie penale da parte di un trattato internazionale, ma l'integrazione di una fattispecie penale del diritto brasiliano dal concetto previsto in trattato internazionale adeguatamente ratificato.

Spiego, quindi, il caso.

Nel 1995 è stata pubblicata in Brasile la legge n° 9.034/1995, che regola l'uso dei mezzi operativi per la prevenzione e la repressione delle attività di organizzazioni criminali, prima occasione in cui si ha usato l'espressione "organizzazione criminale", senza, tuttavia, definirla.

Tre anni dopo è stata pubblicata la Legge 9.613/1998, relativa ai reati di

---

Federale che impone al Potere Pubblico l'obbligo di proteggere i minori da ogni forma di violenza, crudeltà e oppressione (art. 227, caput, in fine). ...

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72400>.

<sup>81</sup> Incorporata nel 1991.

<sup>82</sup> Incorporata nel 1989.

<sup>83</sup> Incorporata nel 1992.

<sup>84</sup> In questo processo (HC 70389-5/SP), una minoranza dei Ministri ha ritenuto che la fattispecie penale prevista dallo Statuto dell'Infanzia e dell'Adolescenza non rispondeva al principio di tassatività.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72400>

riciclaggio di denaro, che ha caratterizzato la condotta di occultare o dissimulare la natura, provenienza, posizione, disposizione, movimentazione o proprietà di beni, diritti o valori derivati direttamente o indirettamente di un crimine commesso da un'organizzazione criminale (art. 1°, VII).

Succede che entrambe le leggi non hanno dato una definizione di quello che sarebbe una "organizzazione criminale". Ciò ha dato luogo a controversie in merito alla sua operatività.

Dopo più di otto anni da quando la prima legislazione ha citato "organizzazione criminale", il Brasile ha approvato la Convenzione di Palermo, attraverso il Decreto Legislativo n° 231 del 29 maggio 2003 e l'ha promulgata dal Decreto n° 5.015 del 12 marzo 2004, passando quindi a integrare l'ordinamento giuridico nazionale.

Come definito nella suddetta Convenzione, un'organizzazione criminale potrebbe essere intesa come "un gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più reati gravi o reati stabiliti dalla presente Convenzione, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale"<sup>85</sup>.

Di conseguenza, si è cercato di fornire, nei casi sottoposti al Giudiziario, l'omissione sulla definizione di organizzazione criminale dalle leggi n° 9.034/1995 e 9.613/1998, con l'applicazione del concetto di organizzazione criminale presentato dalla Convenzione di Palermo.

C'è da registrare che persino il Consiglio Nazionale di Giustizia<sup>86</sup>, attraverso la Raccomandazione n° 3/2006, nell'effettuare la specializzazione dei settori penali, con competenza esclusiva o concorrente, per processare e giudicare i crimini commessi da organizzazioni criminali, ha suggerito, quindi, l'adozione del concetto di criminalità organizzata stabilito nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, del 15 novembre 2000 (Convenzione di Palermo)<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Articolo 2 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale.

<sup>86</sup> Il Consiglio Nazionale di Giustizia ([www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)) è un'organo del Potere Giudiziario brasiliano, come previsto dall'articolo 92 della Costituzione brasiliana, che mira a migliorare il lavoro del sistema giudiziario brasiliano, soprattutto per quanto riguarda il controllo e la trasparenza amministrativa e del processo, contribuendo con lo scopo della giustizia essere fatta con morale, efficienza ed efficacia per il bene della società.

<sup>87</sup> Raccomandazione n° 3 del 30 maggio 2006

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO NAZIONALE DI GIUSTIZIA, in vista della decisione nella sessione 30 maggio 2006, e

Sottoposta la questione al Giudiziario, in particolare per mezzo di *habeas corpus* che cercano il bloccaggio d'indagini della polizia o di azioni penali per presunta atipicità comportamento atipico, ci sono state diverse decisioni che hanno riconosciuto sufficientemente previsto, nell'ordinamento giuridico brasiliano, il reato di riciclaggio di denaro commesso da organizzazione criminale, nonostante non ci fosse fattispecie penale vera e propria definendo quest'ultimo come crimine<sup>88</sup>.

La questione, tuttavia, ha preso una nuova direzione quando c'è stato il giudizio, dalla Corte Suprema, dell'HC 96007. In effetti, il conflitto ha raggiunto la Corte Suprema attraverso *habeas corpus* presentato contro la sentenza<sup>89</sup> pronunciata dalla Corte

---

...  
RISOLVE CONSIGLIARE

1. Al Consiglio del Tribunale Federale e le Corti Federali regionali, per quanto riguarda la magistratura federale e le Corti di Giustizia degli Stati, la specializzazione dei tribunali penali, con competenza esclusiva o concorrente, di giudicare i crimini commessi da organizzazioni criminali.

2. Ai fini della presente raccomandazione, si suggerisce:

a) l'adozione del concetto di criminalità organizzata stabilito nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, del 15 novembre 2000 (Convenzione di Palermo), approvato con decreto legislativo n° 231 del 29 maggio 2003 e promulgata dal decreto n. 5.015, al 12 marzo 2004, vale a dire, considerando il "gruppo criminale organizzato" quello che strutturato, da tre o più persone, esistente da tempo e che agiscono con l'intento di commettere uno o più reati gravi o reati stabiliti dalla Convenzione di Palermo sulla criminalità organizzata transnazionale, con l'intenzione di ottenere, direttamente o indirettamente, un beneficio economico o altro vantaggio materiale.

<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12083-recomenda-no-3>

<sup>88</sup> E.g. Superior Tribunal de Justiça, HC 77.771/SP (30/05/2008), Rel. Min. Laurita Vaz:

HABEAS CORPUS. LAUNDRY DEL DENARO. INCISO VII DALL'ART. 1° DALLA LEGGE N. 9.613/98. APPLICABILITÀ. ORGANIZZAZIONE CRIMINALE. CONVENZIONE DI PALERMO ADOTTATA DAL DECRETO LEGISLATIVO N° 231, 29 MAGGIO 2003 E ADOTTATA DAL DECRETO N° 5.015, 12 MARZO 2004. AZIONE PENALE. CHIUSURA. IMPOSSIBILITÀ. ESISTENZA DI ELEMENTI SUFFICIENTE PER PROCEDIMENTI PENALI.

1. Ipotesi in cui la denuncia descrive l'esistenza di un'organizzazione criminale che facevano uso di entità religiosa e aziende collegate, per raccogliere quantità significativa di denaro, ingannando fedele attraverso varie frodi - in particolare appropriazione indebita - deviando liquidità disponibile per determinate finalità connesse con la Chiesa in profitto proprio e di terzi..., distorcendo le loro attività di assistenza eminentemente, applicando diverse colpi.

2. **Condotta prevista nel punto VII dell'art. 1° della legge n 9.613/98, che non richiede reato specifico ai fini della regolazione del riciclaggio di denaro, essendo sufficiente che sia stato commesso da un'organizzazione criminale, la quale è disciplinata nell'art. 1° della legge n° 9.034/95, come modificato dalla legge n° 10.217/2001 e del Decreto Legislativo n° 231 del 29 maggio 2003, che ha ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, promulgato con decreto n° 5.015 del 12 marzo 2004.** Precedente.

...

6. Ordine negato.

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200700418799&dt\\_publicacao=22/09/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700418799&dt_publicacao=22/09/2008)

8

Allo stesso modo, le seguenti sentenze pronunciate dal Superior Tribunal de Justiça: APn 460 (2007); HC 63 716 (2007); HC 89 696 (2010); HC 89.472 (2009), HC 102 292 (2008) e HC 138.058 (2011).

Inoltre, le seguenti sentenze del Supremo Tribunal Federal: RHC 102 046 (2010); HC 637 100. (2010); HC 91 516 (2008).

<sup>89</sup> Superior Tribunal de Justiça, HC 150.729 (13/12/2011), Rel. Min. Laurita Vaz.

HABEAS CORPUS. RICICLAGGIO DI DENARO. INCISO VII DALL'ART. 1° DALLA LEGGE N. 9.613/98. APPLICABILITÀ. ORGANIZZAZIONE CRIMINALE. CONVENZIONE DI PALERMO ADOTTATA DAL DECRETO LEGISLATIVO N° 231, 29 MAGGIO 2003 E ADOTTATA DAL DECRETO N° 5.015, 12 MARZO 2004. AZIONE PENALE. CHIUSURA. IMPOSSIBILITÀ. ESISTENZA DI ELEMENTI SUFFICIENTI PER PROCEDIMENTI PENALI.

1. La denuncia descrive chiaramente che i pazienti si sono uniti alla commissione dei reati perpetrati dall'organizzazione criminale di scopi prefissati, contribuendo alla dissimulazione e l'inganno delle attività,

Suprema di Cassazione brasiliana, che aveva negato la richiesta di bloccare l'azione penale per il fatto che le disposizioni della Convenzione di Palermo integravano il crimine di riciclaggio di denaro in Brasile. La difesa ha sostenuto l'assenza nell'ordinamento nazionale della fattispecie penale di organizzazione criminale, motivo per cui non poteva essere imputato ai convenuti il comportamento di riciclaggio di denaro proveniente da un'organizzazione criminale.

E in quest'occasione, la Corte Suprema, a maggioranza, ha ritenuto che, in effetti, il crimine di organizzazione criminale non trovava definizione nell'ordinamento giuridico brasiliano e non poteva quindi essere invocato come reato antecedente del riciclaggio di denaro<sup>90</sup>. È stato affermato inoltre che la Convenzione di Palermo non potrebbe stabilire il concetto di organizzazione criminale nell'ordinamento nazionale, perché prendere in prestito il concetto di organizzazione criminale è aggiungere alla norma penale nazionale elementi inesistenti, impropriamente sostituendo il legislatore, che non si ha espresso in questo senso, ciò comporta violazione alla riserva di parlamento. Si è concluso, infine, che quello che è reato per il diritto brasiliano, deve venire da una legge interna, fatto salvo il principio di legalità<sup>91</sup>.

Infine, nel 2013, l'edizione della Legge n° 12.850/2013 ha concluso il dibattito, portando nel suo testo la definizione del reato di organizzazione criminale.

Tuttavia, nonostante superata nel caso concreto e per i fatti compiuti dopo l'edizione della Legge n°12.850/2013, la controversia in merito alla definizione di organizzazione criminale, rimangono, in termini di idee, dubbi sulla possibilità, secondo la più alta Corte del diritto brasiliano, di assegnare ad un trattato internazionale,

---

direttamente o indirettamente, dei crimini commessi dall'organizzazione criminosa, prestando il loro nome a società collegate alla istituzione religiosa.

2. Fatto questo, **non c'è modo di avere inetto come esordiale accusatorio, soprattutto perché 'per quanto riguarda riferimento l'organizzazione criminale di lavoro, punto VII dell'art. 1 della legge 9.613 / 98, è impraticabile in angusta via del *Habeas Corpus*, a valere su un argomento così controverso.**' (HC 54.850 / MG, 6° di classe, Rel. Min. MARIA ASSISI THEREZA Moura, DJe 18/05/s2009; senza enfasi in originale)

...

6. Ordine negato.

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1114097&num\\_registro=200902026249&data=20120202&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1114097&num_registro=200902026249&data=20120202&formato=PDF)

<sup>90</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 96007 (12/06/2012), Rel. Min. Marco Aurélio:

TIPO PENALE – NORMA PENALE. **L'esistenza del diritto penale presuppone legge in senso formale e materiale.** RICICLAGGIO DI DENARO - Legge n° 9.613 / 98 - CRIMINE ANTECEDENTE. Come nella legge n° 9.613 / 98, c'è la necessità che il valore in denaro coinvolto nel riciclaggio di denaro sia il risultato di una delle attività criminali. RICICLAGGIO DI DENARO - ORGANIZZAZIONE CRIMINALE E GRUPPO. **Il crimine in gruppo non deve essere confuso con l'organizzazione criminale, ad oggi senz'alcuna definizione nella legislazione brasiliana.**

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3390584>

<sup>91</sup> V. Ministro Marco Aurélio, nel HC 96007 (12/06/2012)

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3390584>

adeguatamente interiorizzato, forza sufficiente per innovare nell'ordinamento giuridico nazionale, con la previsione di nuove fattispecie penali e le rispettive pene.

#### 2.1.1.2 *L'esperienza italiana per forza dell'Unione Europea*

Il diritto comunitario europeo ha sempre più influssi sull'ordine giuridico italiano. I settori del diritto raggiunti dal diritto comunitario sono in aumento e, quindi, si notano influssi anche nel campo del diritto penale. Questi influssi sfidano il principio della legalità penale.

L'articolo 11 della Costituzione italiana da molto tempo è stato letto dalla Corte Costituzionale<sup>92</sup> come autorizzatore della giustapposizione<sup>93</sup> tra il diritto comunitario e il diritto nazionale italiano. Infatti, la Corte Costituzionale riconosce al giudice nazionale il potere-dovere di dare immediata applicazione alle norme comunitarie e di non applicare le norme nazionali che sono in contrasto con quelle<sup>94</sup>.

Risulta inoltre dall'articolo 11, compatibilizzato con il sistema di sindacato di legittimità costituzionale, la possibilità di sollevare la questione di legittimità di una norma interna per violazione di una norma europea non dotata di effetto diretto quando si fa impossibile di escludere l'antagonismo solo attraverso tecniche d'interpretazione<sup>95</sup>. È stato proprio questo che è accaduto nel caso della normativa di recepimento (Legge n. 69 del 2005) sul mandato d'arresto europeo. Così contrastando in parte alla Decisione Quadro n. 584 del 2002, la Corte Costituzionale ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale della legge data l'impossibilità di una soluzione ermeneutica compatibilizzante<sup>96</sup>.

Dal rapporto tra il diritto comunitario e la legalità penale rivela apprezzare la possibilità agli organismi europei di creare norme incriminanti direttamente applicabili e quindi gli effetti che le fonti normative sovranazionali possono produrre nell'applicazione domestica del diritto penale.

Prima di tutto, però, dobbiamo osservare che anche le norme comunitarie in materia non penale possono avere riflessi sul diritto penale interno. Infatti, quando la

---

<sup>92</sup> Corte Costituzionale, Sentenze nn. 232/1975 e 183/1973.

<sup>93</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 170/1984

“Vi è un punto fermo nella costruzione giurisprudenziale dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno: i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato.”

<sup>94</sup> Corte Costituzionale, Sentenze nn. 98/1965 e 14/1964.

<sup>95</sup> Corte Costituzionale, Sentenze nn. 284/2007; e 170/1984.

<sup>96</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 227/2010.

determinazione del precetto penale necessita rinvio a norme regolamentari, è possibile trovare nel diritto comunitario una regolamentazione più liberale di quella del diritto nazionale<sup>97</sup>. In questo caso, il primato della norma comunitaria, nel creare nuovi spazi di libertà, finisce per generare effetti attenuanti nel diritto penale nazionale.

Una norma comunitaria può ancora specificare o concretizzare sotto il punto di vista tecnico un o più elementi di una fattispecie già prevista e delimitata in modo sufficiente dal legislatore nazionale. In tale caso ci sarebbe un'ipotesi simile a quella della etero-integrazione, la quale è compatibile con il principio della riserva legale<sup>98</sup>.

In queste ipotesi pertanto una norma comunitaria (di natura extra-penale, o meglio, di natura non necessariamente penale) sarebbe a influenzare nel diritto penale nazionale.

Da tener presente anche che la giurisprudenza comunitaria e italiana ammettono che sia estratta efficacia diretta di una direttiva “solo se dalla stessa derivi un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente”<sup>99</sup>. Tuttavia, non si ammette questa possibilità, se di essa derivare una responsabilità penale<sup>100</sup>.

Infine, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ha portato espressamente la possibilità finché il Parlamento Europeo e il Consiglio adottino direttive in materia penale. Questo viene in due modi. Nel primo, attraverso direttive adottate secondo la procedura legislativa ordinaria<sup>101</sup>, si possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> Si consideri, a titolo di esempio, il caso di un particolare individuo non sottomettere la verifica e controllo apparecchi a pressione aventi un livello di pressione superiore a 0,05 kg/cmq (fatto costituente reato ex art. 112 r.d. 12 maggio 1927 n. 824), ma inferiore a 0,5 kg/cmq (in conformità alle disposizioni della direttiva CEE n. 767/76), a giustificare l'esclusione dell'esistenza del reato, come citato da Fiandaca e Musco, *Diritto penale*, p. 72.

<sup>98</sup> Ibidem. p. 73.

<sup>99</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 28/2010.

<sup>100</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 28/2010:

ex plurimis, Corte di giustizia, ordinanza 24 ottobre 2002, in causa C-233/01, RAS; sentenza 29 aprile 2004, in causa C-102/02, Beuttenmüller; sentenza 3 maggio 2005, in cause C-387, 391, 403/02, Berlusconi e altri; Corte di cassazione, sentenza n. 41839 del 2008

<sup>101</sup> L'adozione congiunta da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, su proposta della Commissione, conforme art. 289 del Trattato.

<sup>102</sup> Secondo previsto nel proprio articolo 83 del Trattato, dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata. Risalva ancora il dispositivo che in funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio (all'unanimità dopo approvazione del Parlamento europeo) può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo.



Nella seconda, attraverso direttive adottate secondo la procedura legislativa ordinaria o speciale<sup>103</sup>, allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, si può stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione.

Dal Trattato di funzionamento dell'Unione Europea segue dunque una competenza normativa penale dell'Unione europea. Questa, tuttavia, è settoriale ed indiretta. La mediazione d'istrumenti legislativi nazionali è necessaria per introdurre nell'ordinamento giuridico interno fattispecie incriminatrici corrispondenti a quanto imposto dalle direttive<sup>104</sup>.

La necessità di un intervento legislativo per introdurre figure di reato, anche con una forte spinta da parte degli organi comunitari, conserva il principio costituzionale della riserva legge in materia penale, nella purezza della sua matrice illuminista poiché assicura la statualità della fonte e il protagonismo del Parlamento, che fa le leggi e rappresenta tutto il popolo sovrano. In realtà, è ancora efficiente la garanzia che solo lo Stato, e attraverso un intervento legislativo, produce criminalizzazione.

Tuttavia, non si può non osservare che la semplice attribuzione di certa competenza penale agli organi istituzionali europei rappresenta una mitigazione al carattere democratico del principio della riserva legale e introduce nuovi attori nel circuito della penalizzazione. “La Costituzione, nel riservare al legislatore le scelte criminalizzatrici, impone criteri sostanziali di scelta e fissa precise direttive di politica criminale”<sup>105</sup>.

Ora scelte sovranazionali di penalizzazione vincolano il Legislativo nazionale, incidendo quindi sui diritti fondamentali dei cittadini degli Stati membri. In altre parole, gli obblighi d'incriminazione derivanti delle norme europee finiscono per diminuire il potere di decisione del Parlamento per la politica criminale e la discrezionalità politico-democratica sui contenuti e limiti della tutela penale<sup>106</sup>, nonostante formalmente il principio in questione rimanga rispettato.

---

<sup>103</sup> L'adozione di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo con la partecipazione del Consiglio o da parte di quest'ultimo con la partecipazione del Parlamento europeo, conforme art. 289 del Trattato.

<sup>104</sup> Fiandaca e Musco, *Diritto penale*. p. 67.

<sup>105</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 487/1989.

<sup>106</sup> Fiandaca e Musco, *Diritto penale*. p. 68-69.

### 2.1.2 L'articolo 21 dello Statuto di Roma

Lo Statuto di Roma è permeabile alle applicazioni di norme principiologiche - le stesse, per così dire, che hanno ispirato le Corti Penali precedenti. Questa permeabilità non dovrebbe però compromettere il principio di legalità.

Infatti, forse a causa della bassa densità di alcune norme contenute nello Statuto di Roma (sia quelle incriminanti, come quelle contenute nella Sezione Generale), si è presentata la necessità di regolamentare, nell'articolo 21, le fonti di cui si può aiutare il magistrato internazionale, per rivelare un certo grado di consapevolezza del problema da parte del diritto penale internazionale<sup>107</sup>.

Così, quando si occupa della normativa applicabile dalla Corte Penale Internazionale, lo Statuto di Roma, nell'articolo 21, fissa una gerarchia di fonti. Per primo, lo stesso Statuto, nonché gli "Elementi Costitutivi dei Crimini" e le "Regole di Procedura e Prova" (queste ultime due fonti a loro volta sotto-ordinate rispetto allo Statuto). In secondo luogo, ove occorra, i trattati applicabili ed i principi e le regole di diritto internazionale, ivi compresi i principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati. In mancanza, i principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine, purché tali principi non siano in contrasto con lo Statuto, con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti.

Anche se si afferma nello Statuto di Roma, che la Corte può applicare i principi e le norme di diritto, com'è già stato interpretato da essa in precedenti decisioni.

Questo permette di discutere se la tassatività criminale è messa in rischio dal funzionamento della giurisdizione penale internazionale.

E in effetti, una connessione del citato articolo 21 con gli articoli che si occupano di reati punibili dalla Corte (artt. 5°, 6°, 7° e 8°), in aggiunta alle disposizioni dell'articolo 22, che si occupa della legalità, indurrebbero a immaginare che non ci sarebbe una vera e propria vincolazione ai tipi descritti nello Statuto di Roma. Si noti che i crimini non sono tutti descritti nello Statuto di Roma nella stessa densità e sufficienza

---

<sup>107</sup> Sergio Moccia, "O tribunal penal internacional: os perfis da legalidade", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 47 (abril de 2004): 203-32.

con cui è formulato il crimine di genocidio<sup>108</sup>.

Sebbene dopo l'articolo 21 nello testo dello Statuto di Roma ci siano gli articoli dedicati al principio di legalità, è necessario affrontare il problema di ricorrere all'articolo 21, e le sue fonti, per integrare le norme incriminanti, e la possibilità a farlo senza violare il principio di legalità.

L'affrontare questo problema comporta l'analisi dei crimini, come descritti dallo Statuto di Roma, per poi essere in grado di fare un'interpretazione adeguata dell'articolo 21 dello Statuto.

#### 2.1.2.1 *Elementi costitutivi dei Crimini*

Dato il riconoscimento (o anche la confessione) della vaghezza di alcuni dei termini utilizzati per tipificare i reati (come vedremo più avanti), lo Statuto di Roma ha previsto, nel suo articolo 9°, l'elaborazione di un documento denominato "Elementi Costitutivi dei Crimini" (Elements of Crimes) al fine di assistere la Corte (sia per l'eterogeneità dei suoi membri, sia a causa della vaghezza di alcuni termini previsti dallo Statuto) nell'interpretazione delle fattispecie penali previste negli articoli 6°, 7° e 8° dello Statuto di Roma<sup>109</sup>.

Infatti, non essendo possibile, durante i lavori della Conferenza Diplomatica di Roma, raggiungere una specificazione degli elementi costitutivi delle fattispecie penali incluse nello Statuto di Roma, la soluzione concordata è stata quella di lasciare la descrizione di questi elementi a carico di una Commissione Preparatoria, responsabile per la preparazione del documento in separato, dopo la Conferenza.

Serve quindi il documento in questione per assegnare coerenza e aggiornare le descrizioni tipiche degli articoli 6 a 8 dello Statuto, molti di cui formulate in termini generali e, in alcuni casi, senza nemmeno avere uno strumento per servire come punto di riferimento, come è il caso dei crimini contro l'umanità.

Così, nell'interpretazione e nell'applicazione degli articoli 6, 7 ed 8 dello Statuto, i giudici internazionali potranno valersi del documento "Elements of Crime", adottato dall'Assemblea degli Stati Parte e nel quale vengono illustrati gli aspetti peculiari

---

<sup>108</sup> In questo senso, Sergio Moccia ( *Ibidem.*) per cui il crimine di genocidio sembra essere la disposizione che suscita meno problemi interpretativi.

<sup>109</sup> Allo stesso modo, lo Statuto di Roma ha previsto, nell'articolo 51, la preparazione di un documento denominato Regole Procedurali e di Ammissibilità delle Prove, al fine di specificare le norme dello Statuto di Roma, tra l'altro, sull'amministrazione della Corte, sull'ammissibilità dei casi, sulla procedura giudiziaria in sé e sulla partecipazione delle vittime.

e specifici di ciascuno dei comportamenti criminalizzati.

Il documento in questione (Elementi Costitutivi dei Crimini) a differenza dello Statuto di Roma, nonostante la sua densità, non soltanto non passa l'esame del Potere Legislativo domestico, ma anche, per la sua approvazione, sono sufficienti i voti favorevoli dei due terzi dei membri dell'Assemblea degli Stati Parte<sup>110</sup>.

Così, la vaghezza e l'ambiguità di alcuni termini utilizzati nello Statuto di Roma, insieme all'Elementi costitutivi dei Crimini che non hanno lo stesso grado di legittimazione dello Statuto, possono generare conflitti.

In effetti, gli Elementi costitutivi dei Crimini, il cui uso per l'interpretazione delle fattispecie penali dello Statuto di Roma è stato previsto dall'articolo 21, non solo possono non rappresentare la volontà dello Stato Parte (che, per esempio, potrebbe essere stato contrario alla sua approvazione), come andare contro la comprensione espressa dal Potere Legislativo nazionale, riguardo una particolare fattispecie penale, al momento dell'analisi dello Statuto di Roma, al fine di consentirne la ratifica.

Ancora peggio. Uno Stato può, al fine di regolamentare meglio lo Statuto di Roma, promulgare una legge che, nonostante coerente con i termini dello Statuto di Roma, sia contraria agli "Elementi Costitutivi dei Crimini".

E in questi casi, sarà la Corte internazionale autorizzata a riconsiderare un caso, giudicato a livello nazionale, per essere in disaccordo con i termini in cui sono compresi ed applicati i dispositivi previsti nello Statuto di Roma e dettagliati nel documento "Elementi Costitutivi dei Crimini"? Può la Corte Penale Internazionale non tener conto del processo nazionale avvenuto, prendendolo per negazione della giurisdizione, per esempio, perché è in disaccordo con i termini in cui sono tradotti e intesi, a livello nazionale, le fattispecie penali previste nello Statuto di Roma?

La risposta, secondo me, tende ad essere negativa, anche per motivi del carattere non obbligatorio degli Elementi costitutivi dei Crimini, pur non essendo negli presente la stessa riserva costante al documento Regole Procedurali e di Ammissibilità delle Prove riguardo l'inapplicabilità sulle giurisdizioni nazionali<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> Ai sensi dell'articolo 9° dello Statuto di Roma, quel documento, non vincolante, verrebbe formalizzato dopo l'approvazione della maggioranza dei due terzi dei membri dell'Assemblea degli Stati Parte.

<sup>111</sup> International Criminal Court. Rules of Procedure and Evidence. Explanatory note:

"The Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court do not affect the procedural rules for any national court or legal system for the purpose of national proceedings."

In effetti, il documento “Elementi Costitutivi dei Crimini”, nonostante sia guida per l’interpretazione delle fattispecie penali da parte della Corte, non può essere utilizzato per valutare l’adeguatezza dell’attuazione nazionale. Gli manca il carattere di obbligo e di legittimità, nel parametro del principio di riserva legale, una volta adottato senza alcun intervento del Legislativo nazionale. In altre parole, lo Statuto di Roma non trasferisce automaticamente la sua legittimità al documento “Elementi Costitutivi dei Crimini”.

Eppure, tuttavia, non vi è ancora nella giurisprudenza della Corte Penale un caso in cui questo è stato discusso.

### 2.1.2.2 *Il crimine di guerra nello Statuto di Roma*

Il crimine di guerra, nella forma come previsto nello Statuto di Roma, mette anche in discussione il principio di legalità. La definizione dei crimini di guerra comporta termini che portano in qualche modo vaghezza e remissioni importanti.

Infatti, lo Statuto di Roma, quando tratta di crimini di guerra, usa espressioni come “grande sofferenza”, “grave pregiudizio” e “necessità militare”. Questi elementi coinvolgono la discussione della legalità più sull’aspetto della tassatività.

Il punto più complesso, però, sta nelle clausole generali di remissione ai trattati (articolo 8°, 2, a e c) ed ai principi e consuetudini internazionali (articolo 8°, 2, b e e). Infatti, i dispositivi citati si trovano così descritti:

#### Articolo 8

##### Crimini di guerra

(...)

2. Agli effetti dello Statuto, si intende per «crimini di guerra»:

a) gravi violazioni della Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949, vale a dire uno dei seguenti atti posti in essere contro persone o beni protetti dalle norme delle Convenzioni di Ginevra:

(...)

b) Altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili, all’interno del quadro consolidato del diritto internazionale, nei conflitti armati internazionali, vale a dire uno dei seguenti atti:

(...)

c) In ipotesi di conflitto armato non di carattere internazionale, gravi violazioni dell’articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, vale a dire uno degli atti di seguito enumerati, commessi contro coloro che non partecipano direttamente alle ostilità, ivi compresi i membri delle Forze Armate che hanno depresso le armi e coloro persone che non sono in grado di combattere per malattia, ferite, stato di detenzione o per qualsiasi altra causa:

...

e) Altre gravi violazioni gravi delle leggi e degli usi applicabili, all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale, nei conflitti armati non di carattere internazionale, vale a dire uno dei seguenti atti:

Il problema della remissione non è grave se ci rendiamo conto che l'elenco dello Statuto è *numerus clausus*.

Tuttavia, se si comprende che l'elenco è soltanto esemplificativo, si consente indebitamente la tipificazione di altri crimini di guerra da trattati e, peggio ancora, da consuetudini internazionali, che potrebbe configurare la violazione del principio di legalità<sup>112</sup>.

Pertanto, assumendo essere l'elenco di condotte vietate esemplificativo e coniugando le clausole di remissione a trattati e costumi con quanto previsto all'articolo 21, che riguarda, come si è visto, le fonti applicabili, si arriva facilmente alla conclusione che lo Statuto di Roma alla fine ha ammesso, almeno per quanto riguarda i crimini di guerra, la formulazione di norma penale incriminatrice non solo da trattati internazionali (che da solo non rappresenta un'eresia se il cittadino imputato appartiene ad uno Stato firmatario del trattato oppure se ha commesso crimine nel territorio di uno Stato firmatario del trattato), come da consuetudini internazionali.

Tale ragionamento, tuttavia, che può essere ben acetato da paesi di Common Law e dalla più antica giurisprudenza penale internazionale, alla fine indebolisce notevolmente il principio di legalità come riserva di legge. Questa esegesi dovrebbe essere evitata in modo che non ci sia un passo indietro in quello che può essere considerato uno dei più grandi progressi dello Statuto di Roma: la creazione di fonte del diritto positivo per il diritto penale internazionale.

Così, per quello che riguarda i comportamenti che violano le consuetudine internazionale, dovrebbe lo Statuto di Roma prevederli in modo esaustivo, al fine di evitare indebite ampliamenti e creazioni giurisprudenziali. Per quanto riguarda l'uso di trattati per densificare i crimini di guerra, non vedo gli stessi danni al principio di legalità.

In effetti, non si dovrebbe essere richiesto dal diritto penale internazionale più di quanto richiesto del diritto penale comune. La figura nelle norme penali in bianco è una contingenza che capita al legislatore, premuto per non riuscire a produrre un precetto pienamente determinato<sup>113</sup>. Nel caso dello Statuto di Roma, non ci sarebbe violazione

---

<sup>112</sup> Come appunta Sergio Moccia, il rinvio si riferisce a una cinquantina diverse di fattispecie del diritto di guerra, in parte sovrapposte ai crimini contro l'umanità (per esempio, la violenza carnale, la schiavitù sessuale, la prostituzione forzata). Tuttavia, lo Statuto non indica come procedere in caso di convergenza delle varie fattispecie di questo genere. Moccia, "O tribunal penal internacional". p. 220

<sup>113</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 282/1990:

della legalità una volta che il riferimento sarebbe fatto ad altri trattati, di stesso livello gerarchico. Inoltre, ci sono nello Statuto di Roma stesso elementi sufficienti che caratterizzano il genere degli atti incriminati, lasciando ad un'altra norma la possibilità di regolare qualche specificità dei precetti.

Si dovrebbe solo precisare che, in crimini di guerra, assumendo come autorizzato il completamento della norma incriminatrice da trattati internazionali, il cittadino imputato o il comportamento praticato deve mantenere, in qualche modo, rapporto con il trattato in questione. Quindi, o lo Stato di nazionalità dell'imputato o lo Stato in cui è stata commessa la condotta deve essere firmatario del trattato che verrà utilizzato per integrare la fattispecie penale.

### 2.1.2.3 *Una possibile lettura dell'articolo 21 dello Stato di Roma*

Come detto, l'articolo 21 prevede una apertura a fonti normative esterne allo Statuto di Roma, motivo per cui si può domandare se questa apertura non rappresenta un affievolimento del principio di legalità o, quantomeno, una “vistosa contraddizione tra norme”<sup>114</sup>.

Questo perché, da una parte, fa credere lo Statuto aver codificato, in modo esplicito, il principio di legalità penale; e d'altra parte, non solo permette ai giudici internazionali di ricorrere all'estensione analogica ed alla fonte consuetudinaria, come consente loro di cercare, nei sistemi giuridici del mondo, i principi generali del diritto, dando loro una vera e propria funzione creativa di diritto.

Comunque, possono queste fonti menzionate all'articolo 21 estendere la sfera punibile o addirittura competere per determinarla?

---

“In questo senso si è ritenuto che non contrasti col principio della riserva la funzione integrativa svolta da un provvedimento amministrativo, rispetto ad elementi normativi del fatto, sottratti alla possibilità di un'anticipata indicazione particolareggiata da parte della legge, quando il contenuto d'illecito sia peraltro da essa definito (come accade, ad esempio, per gli elenchi delle sostanze psicotrope e stupefacenti contenuti in un decreto ministeriale, correlati ad un divieto i cui essenziali termini normativi risultano legalmente definiti). In ipotesi di questo tipo, infatti, l'alternativa sarebbe quella di rimettere al giudice l'interpretazione dell'elemento normativo; ma ciò determinerebbe un significativo scadimento di certezza conseguente alle inevitabili oscillazioni applicative.

Risulta del pari compatibile col principio della riserva di legge l'ipotesi in cui il precetto penale assume una funzione lato sensu sanzionatoria rispetto a provvedimenti emanati dall'autorità amministrativa, quando sia la legge ad indicarne presupposti, carattere, contenuto e limiti, di modo che il precetto penale riceva 'intera la sua enunciazione con l'imposizione del divinieto' (Corte Cost., sentenza n. 113 del 1972).

... È piuttosto onere del legislatore determinare con precisione il tipo di provvedimento cui la tutela si riferisce, consentendone l'individuazione sicura e fissandone i presupposti, in modo d'assicurare un efficace controllo incidentale di legalità.

Resta in ogni caso ferma, sul piano della comminatoria penale, la necessità che 'sia soltanto la legge (od un atto equiparato) dello Stato a stabilire con quale sanzione debba essere repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente' (Corte Cost., sentenza n. 26 del 1966).”

<sup>114</sup> Catenacci, *Legalità e tipicità del reato nello statuto della Corte penale internazionale*. p.186

Un'analisi in fretta sul tema può portare ad una risposta affermativa, anche per forza del comma 3 dell'art. 22 dello Statuto di Roma. Questo perché lo Statuto di Roma, dopo di affermare che nessuno può essere punito se la condotta non costituisce, al momento in cui praticata, un crimine soggetto alla giurisdizione della Corte (art. 22 comma 1) e di stabilire i principi di tassatività, il divieto di analogia *in malam partem* e la chiarezza della fattispecie (art. 22 comma 2), prevede che tale regole non impediscono la qualificazione di un comportamento come criminale secondo il diritto internazionale, a prescindere dello Statuto<sup>115</sup>.

Questa, tuttavia, non sembra essere la migliore risposta.

In effetti, intendo che né l'articolo 21 né l'articolo 22, comma 3, hanno la pretesa di allontanare lo Statuto e il principio di legalità: solo il fatto dichiarato reato dallo Statuto di Roma può essere punito. Inoltre, l'articolo 22, comma 3, infatti, lontano dal voler presentare alla Corte Penale Internazionale altri crimini che non quelli previsti nello Statuto di Roma, ha solo riservato l'esistenza, in diritto penale internazionale, di un certo numero di altre condotte criminali, nonostante non sottoposte alla Corte Penale Internazionale. Si pensi, ad esempio, che con questo dispositivo, si ha evitato la paralisi di organismi come i Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e Ruanda, che operano con altri meccanismi che non lo Statuto di Roma<sup>116</sup>.

E questa conclusione diventa ancora più evidente quando si nota che gli "Elementi Costitutivi dei Crimini", gerarchicamente, sono per la Corte Penale Internazionale, ai sensi dell'articolo 21, in un grado superiore a trattati, principi e abitudini internazionali, nonostante lo stesso documento non abbia carattere obbligatorio e vincolante.

Così, l'itinerario dei giudici per vincere una nuova questione giuridica che trovano davanti di un crimine internazionale previsto dallo Statuto inizia dal proprio Statuto e poi parte per l'esauriente documento "Elementi Costitutivi dei Crimini", stabilito dagli Stati Parte. Nell'ipotesi di insufficienza di questi documenti si deve fare riferimento ai trattati internazionali dedicati al perseguimento di comportamenti che violano l'umanità e la sua dignità, come ad esempio le Convenzioni delle Nazioni Unite che si occupano della prevenzione e repressione del crimine di genocidio<sup>117</sup>, della tortura

---

<sup>115</sup> Masucci, "Garanzie di legalità nel Diritto Penale Internazionale". p. 12.

<sup>116</sup> Ibidem. p. 12.

<sup>117</sup> La Convenzione sulla prevenzione repressione del crimine di genocidio del 1948.



ed altri pene o trattamenti crudeli o degradanti<sup>118</sup>, della protezione contro la sparizione forzata<sup>119</sup>, della schiavitù<sup>120</sup>, del traffico di persone e sfruttamento della prostituzione<sup>121</sup>. Sono anche utili quei trattati e disposizioni rivolte a vietare l'uso di certi mezzi e metodi di combattimento capaci di causare male superfluo o sofferenza inutili e indiscriminata<sup>122</sup>.

Quindi, l'articolo 21 non rappresenta violazione dei corollari della legalità, per aver eletto lo Statuto altre fonti di creazione del diritto. In effetti, per quanto riguarda la creazione e l'applicazione delle norme incriminatrici, resta inteso che le regole contenute nello Statuto, assistite dalle regole previste negli "Elementi Costitutivi dei Crimini", rappresentano l'unica fonte di norme penali, visto che, in caso di ambiguità, il principio del *favor rei* (art. 22.2 dello Statuto) servirà per ridurre, per quanto possibile, la discrezionalità giudiziale.

Pertanto, l'articolo 21 riguarda la ricerca della migliore esegesi e del giusto campo di applicazione della norma prevista nello Statuto di Roma. Non serve a giustificare la creazione di altre fattispecie penali. Il suo scopo è quello di permettere la comprensione più accurata dello scenario in cui sono stati stabiliti i crimini dello Statuto, in modo che la Corte Penale Internazionale non trascuri mai che il risultato ottenuto dalla interpretazione sia conforme ai diritti umani internazionalmente riconosciuti.

## 2.2 Lo Statuto di Roma e il principio de legalità come tassatività

L'evoluzione del diritto penale ha anche ancorato al principio di legalità la necessità di tassatività nelle norme penali, vale a dire, di una sufficiente determinatezza della fattispecie.

Quindi, mentre il principio della riserva di legge riguarda le fonti del diritto penale, dal principio di tassatività o di determinatezza, attraverso la tecnica di formulazione della legge penale, si cerca di proteggere i cittadini da ogni arbitrio del

---

<sup>118</sup> La Convenzione contro la tortura e altre pene e trattamenti crudeli, inumani e degradanti del 1984 e il Protocollo Opzionale alla Convenzione contro la tortura e altre pene e trattamenti crudeli, inumani e degradanti del 2002.

<sup>119</sup> La Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata (2006).

<sup>120</sup> La Convenzione contro la schiavitù del 1927 e la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù del 1957.

<sup>121</sup> Convenzione sulla soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui, del 1951.

<sup>122</sup> Come esempio, le Convenzioni del L'Aja del 1907 e di Ginevra del 1948, con i suoi Protocolli addizionali del 1977.

potere giudiziario<sup>123</sup>.

Da tale principio s'impone, quindi, che il legislatore deve procedere, al momento della creazione della norma, ad una precisa determinazione della *fattispecie* legale, finché risulti palesemente stabilito ciò che è lecito e ciò che è penalmente vietato. Il legislatore deve quindi descrivere con sufficiente determinatezza il fatto costituente reato e le pene inflitte su di lui, al fine di proteggere i cittadini dagli arbitri dello Stato<sup>124</sup>.

Così, mentre il principio di riserva di legge garantisce il monopolio di legge per evitare, in particolare, l'arbitrio del Potere Esecutivo, il principio di tassatività garantisce la certezza della legge per esigere del Legislatore che offra al giudice severi limiti sul potere punitivo dello Stato<sup>125</sup>.

In effetti, più vengono osservati i criteri che disciplinano la migliore tecnica di scrittura delle norme incriminatrici, maggiore è l'equilibrio nel rapporto tra i poteri dello Stato, evitando operazioni che creano illeciti penali da parte della giurisprudenza e aumentando il valore di certezza<sup>126</sup>.

Questo è il motivo per cui si afferma che il sottoprincipio della tassatività, o sufficiente determinatezza della *fattispecie*, insieme con la riserva di legge, sono corollari del principio di legalità. Non servirebbe a niente l'esigenza che la materia penale venisse trattata attraverso la legge se questa potesse prevedere in termini vaghi e generali le *fattispecie* penali e le relative pene<sup>127</sup>.

Il sottoprincipio in questione serve anche per soddisfare un altro requisito essenziale in ambito penale: l'uguaglianza. Infatti, essendo la norma redatta con chiarezza e precisione, la procedura interpretativa di adattamento al caso specifico sarà facilitato,

---

<sup>123</sup> Fiandaca e Musco, *Diritto penale*. p. 85.

<sup>124</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 364/1988:

Nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento.

Corte Costituzionale, Sentenza n. 185/1992:

il contenuto del principio di determinatezza stabilito dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione, inteso non soltanto quale garanzia contro l'arbitrio del giudice, ma anche quale presidio della libertà e della sicurezza dei cittadini.

Il principio di determinatezza della norma penale, infatti, ha, tra i suoi portati, quello di imporre al legislatore l'obbligo 'di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e della intellegibilità dei termini impiegati' (sentenza n. 96 del 1981).

La essenziale funzione di garanzia della persona e della sua libertà, assolta dal principio di legalità dei reati e delle pene, implica che 'nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento' (sentenza n. 364 del 1988).

<sup>125</sup> Mantovani, *Diritto penale*. p. 62.

<sup>126</sup> Fiandaca e Musco, *Diritto penale*. p. 89.

<sup>127</sup> Costa, *Limites constitucionais do direito penal*. p. 67.

redendolo più semplice e univoco, con rischio minore di disegualianza<sup>128</sup>.

In Brasile, nonostante la Costituzione non sia esplicita a questo proposito, è sostenuto, senza obiezioni, che il principio di tassatività, dovuto al principio di legalità, è previsto dall'articolo 5°, XXXIX, che stabilisce non avere crimine senza legge precedente che lo definisca<sup>129</sup>, né pena senza precedente imposizione legale.

Nonostante il precetto costituzionale, è incontestabile l'esistenza, nell'ordinamento giuridico brasiliano, di varie norme penali con fattispecie aperte. Si consideri, per esempio, la combattuta Legge per la Sicurezza Nazionale, pubblicata nel regime autoritario, inizialmente dal Decreto-Legge n° 314/1967<sup>130</sup>. Non è mai stata dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema brasiliana nonostante la nota indeterminatezza delle fattispecie penali previsti in essa, a cui sono caratterizzate azioni di significato piuttosto impreciso, come atti di ostilità o azioni di devastare, fare il bottino, assaltare, rubare, rapire, bruciare, depredate o praticare attacco personale, atto di massacro, sabotaggio o di terrorismo.

Un altro caso in cui si messo in discussione l'incostituzionalità di una fattispecie penale per il presunto disattendimento della tassatività è quello riguardo il crimine di tortura contro i bambini e gli adolescenti. In effetti, come già detto, la Corte

---

<sup>128</sup> Moccia, "O tribunal penal internacional". p. 212.

<sup>129</sup> Supremo Tribunal Federal, Inq 3776 (07/10/2014), Rel. Min. Rosa Weber.

Maxima. DENUNCIA. APPROPRIAZIONE INDEBITA. ART. 312 DEL CODICE PENALE. REVOCA DELLE PROVE PRELIMINARI PRESI IN INCHIESTA CIVILE. PRELIMINARE RESPINTO. CONDOTTA ATIPICA. RIGETTO DEL RECLAMO. ... 3. **L'uso dei servizi finanziati dal erario da un pubblico ufficiale nel suo interesse privato non è un comportamento tipico di appropriazione indebita (art. 312 del codice penale), a causa del principio di tassatività (art. 5, XXXIX, della Costituzione).** Tipo che richiede l'appropriazione indebita, di valore o altri beni mobili, che nel caso non si verifica. 4. Differenza tra l'uso di un funzionario pubblico in attività privata e l'uso dell'Amministrazione Pubblica per pagare lo stipendio di un impiegato particolare, questa si un'appropriazione indebita. La prima condotta è cattiva, ma atipica. 5. Relazione respinto.

<sup>130</sup> Questo decreto-legge 314/1967 è stato abrogato dal decreto-legge 898/1969, che, a sua volta, è stato abrogato dalla legge 6620/1978, che è stata abrogata dalla legge 7170/1983, fino ad oggi in vigore. Nonostante questa successione di atti normativi, mai si è curato di ben definire gli atti criminali:

Art. 20

Devastare, fare il bottino, estorcere, rubare, rapire, fare carcere privato, incendiare, saccheggiare, provocare un'esplosione, praticare attacchi personali o atti di terrorismo, per non conformità politica o per ottenere fondi per la manutenzione di clandestino o organizzazioni politiche sovversive.

Pena: Reclusione 3-10 anni.

Art. 8 – Trattare con il governo o un gruppo straniero con la finalità di provocare guerre o atti di ostilità contro il Brasile.

Pena: Reclusione 3-15 anni.

Paragrafo unico- Nella guerra o in fase di atti di ostilità innescato, la pena aumenta fino a due volte.

Suprema ha stabilito, a maggioranza<sup>131</sup>, forse a causa della gravità degli eventi narrati<sup>132</sup>, la legalità del crimine di tortura contro i bambini e gli adolescenti, nonostante non ci fosse alcuna definizione, nel testo legale, da che cosa sarebbe la tortura<sup>133</sup>.

Così, a nome del compromesso storico di quella Corte con la conservazione dei valori fondamentali che tutelano la dignità della persona umana, si è inteso che non si potrebbe, a quel tempo, fare a meno del richiesto rispetto di un dato assiologico, cioè, la preponderanza del valore etico fondamentale dell'uomo<sup>134</sup>.

La tortura, una negazione arbitraria dei diritti umani, rifletterebbe pertanto una inaccettabile prova di attuazione statale che tende a soffocare e anche sopprimere la dignità, l'autonomia e la libertà con cui l'individuo è stato dotato, in maniera indisponibile, dall'ordine positivo<sup>135</sup>.

Inoltre, in questo caso, ci sarebbe ancora la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Tortura e altri Trattamenti o Pene Crudeli, Disumani o Degradanti, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1984 e incorporata nel Diritto positivo brasiliano con il decreto n° 40, dal 15 febbraio 1991. Ci sarebbe quindi nel diritto positivo brasiliano, la definizione del fatto penale che dà luogo al crimine di tortura<sup>136</sup>, contenuto nell'articolo 1° della citata Convenzione<sup>137</sup>.

In Italia la situazione è simile. Intende la Corte Costituzionale che “il principio di stretta legalità vigente nella materia penale può ritenersi soddisfatto, sotto il profilo

---

<sup>131</sup> Nei voti contrari, si è sostenuto che l'articolo 233 dello Statuto dell'Infanzia e dell'Adolescenza non ha soddisfatto la garanzia costituzionale della riserva legale (tassatività), indispensabile per la certezza del diritto. Si è ritenuto che la legge deve definire una condotta criminale, come previsto dall'articolo 5, XXXIX, della Costituzione brasiliana.

<sup>132</sup> Infatti, in quel momento, cioè, all'inizio degli anni '90, si è rivelata una decisione in avanti del suo tempo, dato che ha ammesso l'integrazione di un reato dai trattati internazionali.

<sup>133</sup> V. nota 82 (HC 70389-5-SP)

<sup>134</sup> V. Ministro Celso de Mello, nel HC 70389 (23/06/1994).

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72400>.

<sup>135</sup> Idem. Ibidem.

<sup>136</sup> V. Ministro Ilmar Galvão, nel HC 70389 (23/06/1994).

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72400>.

<sup>137</sup> Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (1984)

Art. 1

1. Ai fini della presente Convenzione, il termine «tortura» designa qualsiasi atto con il quale sono inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate.

2. Il presente articolo lascia impregiudicato ogni strumento internazionale e ogni legge nazionale che contiene o può contenere disposizioni di portata più ampia.

della riserva di legge, allorquando la legge determini con sufficiente specificazione il fatto cui è riferita la sanzione penale, essendo necessario che la legge consenta di distinguere la sfera del lecito e quella dell'illecito, ponendo a tal fine un'indicazione normativa sufficiente ad orientare la condotta dei consociati.”<sup>138</sup>

Nonostante il principio di tassatività non sia espressamente previsto dalla Costituzione italiana, può essere desumibile della *ratio* dell'art. 25<sup>139</sup>. Così, un articolo che “contrasta con il principio di tassatività della fattispecie contenuto nella riserva assoluta di legge in materia penale, consacrato nell'art. 25 della Costituzione, deve pertanto ritenersi costituzionalmente illegittimo”.<sup>140</sup>

E quindi, con una certa frequenza, raggiungono la Corte Costituzionale casi in cui è in discussione l'incostituzionalità per difetto di tassatività. E la Consulta, anche se in modo eccezionale, non si nega a comprendere come incostituzionali fattispecie normativa non in grado di esprimere, anche se attraverso un processo interpretativo, un tipo di fatto predeterminato nella sua unità omogenea di disvalore<sup>141</sup>.

Questo perché è stata a lungo abbandonata l'idea dell'Illuminismo che il giudice sarebbe semplicemente la bocca della legge. Infatti, il mito che il giudice sarebbe un semplice esecutore della legge non risuona, poiché non si può ridurre l'applicazione della legge ad una semplice operazione logica, e magari automatizzabile, di accertamento del fatto.

Infatti, ogni norma, anche quella più determinata e precisa, passa attraverso un processo interpretativo al momento della sua applicazione<sup>142</sup>. I processi ermeneutici sono ontologicamente riempiti con un grande carico di protagonismo dell'interprete, che, in questo caso, produce la norma giuridica partendo da enunciati legali.

Così, proprio perché ogni norma è, quando applicata, interpretata, è che deve

<sup>138</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 282/1990

<sup>139</sup> Mantovani, *Diritto penale*. p. 64

<sup>140</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 96/1981.

<sup>141</sup> Mantovani, *Diritto penale*. p. 65. V. Corte Costituzionale, Sentenze nn. 96/81; 983/88; 247/89; 282/90; 35/91; 34/95; 370/96, Si veda, su questo, le sentenze 96/81, 983/88, 247/89, 282/90, 35/91, 34/95, 370/96, sul tema di, rispettivamente, misure di prevenzione, plagio, ambiente, frode fiscale, nulla-osta antincendio, documento di viaggio per lo straniero espulso, possesso ingiustificato di valori.

<sup>142</sup> V. Corte Costituzionale, Sentenza n. 185/1992:

Con tali enunciati, la Corte non ha ovviamente inteso affermare che le norme penali debbano necessariamente essere formulate in modo così chiaro ed univoco da non dar luogo a dubbi interpretativi. ... Ma vi sono requisiti minimi di riconoscibilità e di intellegibilità del precetto penale - che rappresentano anche, peraltro, requisiti minimi di razionalità dell'azione legislativa - in difetto dei quali la libertà e la sicurezza giuridica dei cittadini sarebbero pregiudicate. ... Ciò che conta è che nel dettato normativo, pur attraverso un'analisi ermeneutica che può risultare di minore o maggiore difficoltà, siano rinvenibili elementi sufficienti per l'individuazione del precetto e della sanzione.

il legislatore, in particolare in materia penale, assicurare la massima determinazione dei suoi termini, allontanando il più possibile, della fattispecie penale, quegli elementi generici e astratti, tutto al fine di ridurre il margine di discrezionalità dell'interprete e di garantire ai cittadini la conoscenza piena del comportamento vietato<sup>143</sup>.

In effetti, la ricerca del principio di determinatezza raggiunge due obiettivi: “evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per un altro verso, ... Garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare le conseguenze giuridico-penali della propria condotta.”<sup>144</sup>

La funzione del principio di tassatività pertanto non consiste né nel eliminare la soggettività dell'interprete quando della sua applicazione, né nel realizzare la certezza assoluta, ma solo garantire la massima certezza possibile<sup>145</sup>.

In questo senso, si ritiene che la norma rispetta il principio di tassatività ogni volta che raggiunge un certo grado di determinatezza che possa consentire al giudice di individuare il comportamento che la norma ha lo scopo di sanzionare. D'altra parte, resta violato il principio in questione, quando la norma, a causa della indeterminazione dei suoi termini, non permette di individuare il comportamento disciplinato, nonostante il massimo sforzo interpretativo<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> Costa, *Limites constitucionais do direito penal*. p. 68.

<sup>144</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 327/2008.

<sup>145</sup> Mantovani, *Diritto penale*. p. 66.

<sup>146</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 96/1981:

lamentata la violazione del principio di tassatività della fattispecie contenuto nella riserva assoluta di legge in materia penale.

In riferimento all'art. 25 della Costituzione questa Corte ha più volte ripetuto che a base del principio invocato sta in primo luogo l'intento di evitare arbitri nell'applicazione di misure limitative di quel bene sommo ed inviolabile costituito dalla libertà personale. Ritiene quindi la Corte che, per effetto di tale principio, onere della legge penale sia quello di determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile. Tale onere richiede una descrizione intellegibile della fattispecie astratta, sia pure attraverso l'impiego di espressioni indicative o di valore (cfr. ad es. sentenze 21/1961 e 191/1970) e risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili. Implicito e ulteriore sviluppo dei concetti ai quali questa giurisprudenza si è ispirata comporta che, se un simile accertamento difetta, l'impiego di espressioni intellegibili non sia più idoneo ad adempiere all'onere di determinare la fattispecie in modo da assicurare una corrispondenza fra fatto storico che concretizza un determinato illecito e il relativo modello astratto.

Ogni giudizio di conformità del caso concreto a norme di questo tipo implicherebbe un'opzione aprioristica e perciò arbitraria in ordine alla realizzazione dell'evento o al nesso di causalità fra questo egli atti diretti a porlo in essere, frutto di analogia operata dal legislatore sull'esistenza e sulla verificabilità del fenomeno. E pertanto nella dizione dell'art. 25 che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intellegibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà.

Nei sistemi che adottano la legalità formale, il principio *nullum crimen sine lege* è ancora integrato dal *nulla poena sine lege*<sup>147</sup>. Questo perché in questi sistemi s'intende che la libertà individuale è garantita solo se, oltre alla fattispecie penale, anche le pene applicabili rispondono ai suoi postulati di tassatività<sup>148</sup>.

Così, in paesi come il Brasile, l'Italia o la Francia, il principio di legalità raggiunge non solo il precetto penale primario, cioè, la condotta vietata che deve essere il più possibile determinata e obiettivamente descritta, così come il precetto penale secondario, che è la pena applicabile<sup>149</sup>. Anche le pene sono pertanto sottomesse ai postulati della riserva di legge, tassatività e irretroattività<sup>150</sup>.

Il legislatore deve quindi, facendo riferimento a tutto l'ordinamento giuridico, graduare, secondo il rango del bene protetto e alla gravità dell'offesa, ognuna delle condotte previste come criminali. E il modo per farlo è assegnare a ciascuna di queste condotte una cornice delle possibili pene da applicare.

La previsione *in astratto* della sanzione, quindi, avrà un minimo e un massimo, proprio per consentire l'applicazione di un altro principio, anche di portata costituzionale, vale a dire, quello dell'individuazione della pena. Questo perché una fattispecie penale che fornisca un'unica sanzione penale non consente la differenziazione della colpevolezza dei partecipanti e sarà un ostacolo alla specificazione della pena<sup>151</sup>.

Inoltre, c'è da tener presente che la grande distinzione tra limiti minimi e massimi della pena lasciano spazio ad un'inaccettabile arbitrio del giudice<sup>152</sup>. Questo perché, in questi casi, la fattispecie incriminatrice sarebbe poi divisa in tante sotto-fattispecie individuate secondo comprensione personale del giudice riguardo il reale disvalore delle diverse ipotesi concrete<sup>153</sup>.

Così, il legislatore ha il dovere di predeterminare, per ciascuna delle figure criminali, sia i tipi sia la misura edittale della pena, in maniera proporzionale e ragionevole. Al giudice, corrisponde il dovere di applicare solo il tipo di pena prevista e

---

<sup>147</sup> Nei sistemi che adottano la legittimità sostanziale, d'altra parte, c'è una ampia discrezione del giudice non solo sul concetto materiale di crimine, ma anche per quanto riguarda le sanzioni. Mantovani, *Diritto penale*. p. 745

<sup>148</sup> Moccia, "O tribunal penal internacional". p. 209.

<sup>149</sup> Costa, *Limites constitucionais do direito penal*. p. 67.

<sup>150</sup> Mantovani, *Diritto penale*. p. 746.

<sup>151</sup> Costa, *Limites constitucionais do direito penal*., p. 69.

<sup>152</sup> *Ibidem*. p. 69.

<sup>153</sup> Fiandaca e Musco, *Diritto penale*. p.83

entro i limiti edittali di un determinato crimine<sup>154</sup>.

La discrezionalità giurisdizionale, quando dell'individualizzazione della pena, è solo nella scelta, tra i tipi possibili di pena ed entro i rispettivi limiti previsti, della sanzione da applicare<sup>155</sup>. Se il magistrato avesse libertà piena ed assoluta per applicare la pena che intendesse, l'uguaglianza sarebbe gravemente compromessa.

In Brasile, la Costituzione ha avuto cura di stabilire espressamente che la pena deve essere previamente stabilita dalla legge<sup>156</sup>. E' stato previsto anche la necessità di legge per regolamentare l'individualizzazione della pena<sup>157</sup>.

E sulla base di questo, si ha sempre ritenuto la necessità di previsione di una data pena come univocamente legata ad un dato reato<sup>158</sup>.

Anche in Italia si è capito che il principio della determinazione delle pene ha sede costituzionale, come affermato dalla stessa Corte Costituzionale<sup>159</sup>. Infatti, come già accennato in precedenza, sarebbe strana una Costituzione che espandessi il principio di legalità alle misure di sicurezza (art. 25/3) e lo escludessi rispetto alle pene<sup>160</sup>.

Inoltre, l'adeguamento in concreto della risposta punitiva ad un determinato comportamento serve a rendere il più possibile personale la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27, primo comma, oltre ad essere uno strumento per la determinazione della pena quanto più possibile "finalizzata" ai sensi dell'articolo 27, terzo comma, della Costituzione<sup>161</sup>.

Tuttavia, come già detto, tale potere discrezionale deve trovare nella legge i suoi limiti e i suoi criteri direttivi. Ed è solo mediante la determinazione legislativa del minimo e del massimo di pena che il compito di 'proporzionare' la sanzione viene assegnato al giudice.<sup>162</sup>

---

<sup>154</sup> Mantovani, *Diritto penale*. p. 746.

<sup>155</sup> *Ibidem*. p. 746.

<sup>156</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Art. 5º, XXXIX .

<sup>157</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Art. 5º, XLVI.

<sup>158</sup> Anche il Codice Elettoriale Brasiliano, che quando dalla previsione dei tipi criminali non ha previsto le pene minime, ha così stabilito nell'articolo 284:

“Art. 284. Nei casi in cui questo codice non indica il grado minimo, si capisce che sarà di quindici giorni quando punito con detenzione, e di un anno, quando punito con la reclusione.”

<sup>159</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 299/1992 :

Il principio di legalità della pena, già stabilito dall'art. 1 del codice penale, è costituzionalmente garantito dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione (sentenza n. 15 del 1962).

<sup>160</sup> Mantovani, *Diritto penale*. p. 745.

<sup>161</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 50/1980

<sup>162</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 299 del 1992.



Sarà quindi incostituzionale “ogni pena indeterminata, non solo nel caso in cui la legge lasci al giudice il compito di determinarne il tipo o la quantità, ma altresì nel caso di pena determinata solo nel massimo edittale, perché pure in questo modo il legislatore lascerebbe al giudice, in ultima analisi, anche la determinazione della gravità astratta del reato”<sup>163</sup>.

Ecco perché è essenziale prevedere, per ciascun crimine, livelli massimi e minimi delle pene, proporzionali alla gravità della condotta e al bene giuridico tutelato, per non delegare, indebitamente, al giudice un’inaccettabile discrezionalità sulla quantificazione della pena.

Fatta questa breve introduzione, si va all’analisi della tipizzazione delle fattispecie incriminatrici adottate dallo Statuto e delle rispettive pene, al fine di determinare se i principi costituzionali di determinatezza e tassatività sono stati rispettati.

### **2.2.1 Principio di tassatività delle fattispecie nello Statuto di Roma**

Non vi è dubbio che, in occasione della Conferenza di Roma, gli Stati hanno cercato di contemplare il principio di tassatività e determinatezza delle fattispecie, tanto che hanno enunciato all’articolo 22, secondo comma, che “La definizione dei crimini è interpretata tassativamente e non può essere estesa per analogia”.

Anche l’articolo 5 dello Statuto di Roma indica questa opzione quando viene considerata essenziale, insieme alla previsione del crimine, la sua definizione precisa. Questo se vede nella seconda parte del dispositivo, secondo il quale l’esercizio della giurisdizione riguardo la aggressione è subordinata ad una norma che definisca il crimine<sup>164</sup>.

Inoltre, l’elenco dei comportamenti previsti agli articoli 6°, 7° e 8° dello Statuto di Roma fornisce una prima impressione che lo Statuto di Roma è stato esauriente nella classifica dei reati.

Tuttavia, una lettura iniziale delle fattispecie penali può suggerire una certa vaghezza e indeterminatezza di alcune figure criminali. E tale vaghezza può anche essere giustificata dal fatto che lo Statuto è uno strumento che cerca di conciliare le garanzie del

---

<sup>163</sup> Mantovani, *Diritto penale*. p. 746.

<sup>164</sup> Masucci, “Garanzie di legalità nel Diritto Penale Internazionale”. p. 14

Diritto Penale sostanziale con le caratteristiche particolari degli impegni politici coinvolti nell'elaborazione dei trattati internazionali<sup>165</sup>

Inoltre, il carattere multilaterale dello Statuto trova nell'incertezza di alcuni aspetti un modo di costruire consensi possibili, anche se può sembrare che questo venga fatto a scapito di norme minime di garanzia di ciascuno degli Stati coinvolti.

Argomenti di questo genere possono spiegare i termini dello Statuto, ma non li giustifica. Infatti, neanche gli interessi sovranazionali coinvolti nell'elaborazione di un trattato possono sacrificare il principio di legalità, il quale nel proteggere la libertà individuale, è anche espressione della dignità umana.

Infatti, essendo la sanzione penale la risposta più violenta che l'ordinamento può assegnare ad un individuo, è essenziale che l'arbitrio venga allontanato per quanto possibile. La risposta giudiziale per le violazioni dei diritti umani non può essere in sé anche una violazione dei diritti umani.

E nel caso dello Statuto di Roma non c'è modo di chiudere gli occhi ad una certa astrattezza e genericità di alcune delle fattispecie penali descritte (nonostante siano innegabili i progressi compiuti rispetto le fattispecie penali previste nello Statuto del Tribunale di Norimberga<sup>166</sup>). Questo diventa estremamente grave a causa della possibilità della Corte di prendere aiuto dagli "Elementi Costitutivi dei Crimini", dai trattati, dai principi e dalle abitudini internazionali (come previsto dall'articolo 21 dello Statuto di Roma), non sempre condivisi.

Si veda, nello Statuto di Roma, il crimine di genocidio<sup>167</sup>, di cui tratta l'articolo 6°. Per quanto riguarda la formulazione di un tale crimine – nonostante forse sia il genocidio la fattispecie penale che comporta meno critiche – la descrizione della condotta

<sup>165</sup> Moccia, "O tribunal penal internacional". p. 208.

<sup>166</sup> Annalisa Ciampi, "I caratteri generali della competenza della Corte", in *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, org. Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti (Giuffrè Editore, 2006), 67–76. p. 81:

per quanto riguarda le definizioni dei crimini contenute negli artt. 6-8 dello Statuto di Roma, il primo dato da mettere in evidenza è il loro carattere assai articolato, in particolare si raffrontate con quelle – estremamente laconiche – contenute nello Statuto del Tribunale di Norimberga.

<sup>167</sup> Statuto di Roma

Articolo 6

Crimine di genocidio

Ai fini del presente Statuto, per crimine di genocidio s'intende uno dei seguenti atti commessi nell'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, e precisamente:

- a) uccidere membri del gruppo;
- b) cagionare gravi lesioni all'integrità fisica o psichica di persone appartenenti al gruppo;
- c) sottoporre deliberatamente persone appartenenti al gruppo a condizioni di vita tali da comportare la distruzione fisica, totale o parziale, del gruppo stesso;
- d) imporre misure volte ad impedire le nascite in seno al gruppo;
- e) trasferire con la forza bambini appartenenti al gruppo ad un gruppo diverso;

criminale manca ancora per la soggettività di alcuni dei suoi termini. In effetti, richiede cura la chiarificazione, per esempio, di che cosa sarebbe un “grave” pregiudizio mentale o fisico, previsto al punto b.

Ora, sia in Brasile che in Italia, il crimine di lesione corporale, per esempio, è graduato e condannato in base alla gravità della lesione. Il Codice Penale porta i parametri con cui si può affermare se si tratti di lesione corporale lieve o grave<sup>168</sup>.

Lo Statuto di Roma, tuttavia, non fornisce i parametri di base in modo da poter trattare come “grave” una data lesione, spettando alla Corte la costruzione di un tale concetto.

Nel caso dei crimini contro l’umanità, già nell’articolo 7° appare l’indeterminatezza nel concetto di crimine “commesso nell’ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili”.

Non c’è dubbio che una tale formulazione delle fattispecie penali non è quella desiderabile, poiché può generare certa insicurezza giuridica.

Tuttavia, anche se non desiderabile, è troppo esagerato capirla inapplicabile

---

<sup>168</sup> Codice Penale Brasiliano.

Lesione corporale

Art 129. Offendere l’integrità corporale o la salute degli altri:

Pena - detenzione di tre mesi a un anno.

Lesioni fisiche di natura grave

§ 1. Se risulta:

I - incapacità di svolgere normali attività per più di trenta giorni;

II - pericolo di vita;

III - debilità permanente di un membro, un senso o una funzione;

IV - Accelerazione di parto:

Pena - reclusione da uno a cinque anni.

§ 2. Se risulta:

I - L’inabilità permanente al lavoro;

II - malattia incurabile;

III - perdita o distruzione di un membro, un senso o una funzione;

IV - deformazione permanente;

V - aborto:

Pena - reclusione da due a otto anni.

Lesioni fisiche seguita da morte

§ 3. Se risulta la morte e le circostanze evidenziano che l’agente non ha voluto il risultato, ne ha preso il rischio per produrlo:

Pena - reclusione da quattro a dodici anni.

#### Codice Penale Italiano.

La lesione personale è grave e si applica la reclusione da tre a sette anni:

1) se dal fatto deriva una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, ovvero una malattia o un’incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni;

2) se il fatto produce l’indebolimento permanente di un senso o di un organo.

La lesione personale è gravissima, e si applica la reclusione da sei a dodici anni, se dal fatto deriva:

1) una malattia certamente o probabilmente insanabile;

2) la perdita di un senso;

3) la perdita di un arto, o una mutilazione che renda l’arto inservibile, ovvero la perdita dell’uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero una permanente e grave difficoltà della favella;

4) la deformazione, ovvero lo sfregio permanente del viso.

perché non risponde al principio di determinatezza<sup>169</sup>. Questo perché, in un caso concreto può il magistrato, per motivi ragionevoli, indicare gli elementi che caratterizzano la gravità (o meno) della lesione, o il carattere esteso e sistematico dell'attacco contro la popolazione civile<sup>170</sup>.

In effetti, l'analisi riguardo il rispetto del principio di determinatezza deve essere fatta non solo valutando isolatamente “il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce. L'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero — come nella specie — di clausole generali o concetti ‘elastici’, non comporta un parametro costituzionale evocato, quando la vulnerabile descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice — avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca — di stabilire il significato di tale elemento, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato.”<sup>171</sup>

La densità minore dell'espressione normativa generale impone maggiore densità nella espressione della norma individuale, la sentenza.

Inoltre, l'uso di elementi normativi (di carattere giuridico o extragiuridico) è ricorrente nei sistemi penali nazionali, non essendo di per sé motivo per delegittimarli o rimuoverli la validità.

Merita più attenzione, tuttavia, riguardo la tassatività, i crimini contro l'umanità, in particolare la clausola di chiusura su gli altri atti inumani.

In effetti, lo Statuto di Roma, nel riportare le condotte che, una volta praticate

<sup>169</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 122/1993:

Sebbene sia auspicabile che la determinazione del precetto e della sanzione risulti nel modo più chiaro e inequivoco da norme di non disagevole lettura, non da ogni incertezza o difetto di rigore formale può peraltro desumersi la violazione del principio di legalità. Infatti, anche in materia di comminatoria penale, quando si presentino ‘siffatte evenienze è compito dell'interprete attuare il procedimento ordinario di interpretazione.

Ciò che conta è che nel dettato normativo, pur attraverso un'analisi ermeneutica che può risultare di minore o maggiore difficoltà, siano rinvenibili elementi sufficienti per l'individuazione del precetto e della sanzione.

<sup>170</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 34/1995:

Non può infatti essere imposto al legislatore il medesimo coefficiente di specificazione di ogni singolo elemento del reato, né può essere certamente escluso a priori il ricorso ad espressioni indicative di comuni esperienze o a termini presi dal linguaggio comunemente usato (sentt. n. 31 del 1995, n. 122 del 1993, n. 475 del 1988, n. 79 del 1982), se la descrizione complessiva del fatto-reato consente al giudice una operazione ermeneutica non esorbitante dall'ordinario compito interpretativo a lui affidato (ex plurimis, sentt. n. 203 del 1991, n. 475 del 1988 cit., n. 49 del 1980, n. 188 del 1975, n. 20 del 1974, n. 133 del 1973); il che consente, in via di principio, il ricorso a figure di reati cosiddetti a forma libera, o l'inserimento di elementi normativi o di clausole generali nelle fattispecie penali.”

<sup>171</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 5/2004. V. Corte Costituzionale, Sentenza n. 327/2008

nel contesto di un attacco diffuso e sistematico contro la popolazione civile, costituiscono crimini contro l'umanità, porta alla fine la seguente clausola generica: "k) Altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale."

Pertanto, si può sostenere che una tale classificazione non risponderebbe al principio di tassatività della legge penale, perché non trova nelle condotte previste sui dispositivi precedenti un minimo legame di somiglianza.

Ora, è noto che il legislatore, nella formulazione delle fattispecie penali, può ricorrere all'uso di indicazioni meramente indicative e esemplificative.

Infatti e come affermato dalla stessa Corte Costituzionale italiana, "il principio in virtù del quale nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge (art. 1, Cod. pen.) non è attuato nella legislazione penale seguendo sempre un criterio di rigorosa descrizione del fatto. Spesso le norme penali si limitano a una descrizione sommaria, o all'uso di espressioni meramente indicative, realizzando nel miglior modo possibile l'esigenza di una previsione tipica dei fatti costituenti reato. In taluni casi le norme penali, nella determinazione del fatto punibile, si avvalgono di indicazioni estensive (es.: artt. 600, 601, 602, 705, 708, 710, ecc. Cod. pen.), ovvero anche, come appunto nella norma impugnata, di indicazioni esemplificative, più o meno numerose, le quali a un certo punto si chiudono con espressioni come 'e simili', 'e altri simili', 'e altri analoghi'." <sup>172</sup>

E in tali casi, il compito dell'interprete non è applicare la norma per analogia ai casi non previsti da questa, ma attuare la procedura ordinaria di interpretazione, anche se con l'obiettivo di inserire un caso in una fattispecie molto ampia e di non facile delimitazione. E questo, secondo la Corte Costituzionale, si tratta d'interpretazione, non di applicazione analogica<sup>173</sup>.

Si verifica che solo se ammette l'uso di tali clausole di chiusura quando le condotte previste in un determinato dispositivo non presentano eterogeneità di indicazioni esemplificative, cioè quando è presente un preciso criterio di identificazione delle attività simili a quelle espressamente indicate<sup>174</sup>.

E dalla lettura dell'articolo 7 dello Statuto di Roma, in cui sono previste, per

---

<sup>172</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 27/1961.

<sup>173</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 27/1961.

<sup>174</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 120/1963.

esempio, le condotte di tortura, deportazione, sparizione forzata e crimini sessuali, sarebbe possibile sostenere l'assenza, tra di esse, della necessaria omogeneità per legittimare la clausola di chiusura in questione, prevista al punto (k).

Così mancando quella cornice razionalmente unitaria per condurre la Corte nella sua attività ermeneutica, ci troveremmo di fronte ad una vera analogia legis<sup>175</sup>, generalmente vietata negli ordinamenti giuridici del *civil law*.

Nonostante la qualità di queste critiche, ci sono argomenti disponibili per cercare di salvare l'articolo 7° dello Statuto di Roma.

In un primo momento, c'è da ricordare che la condotta di "altri atti inumani" costituisce una fattispecie penale che è sempre stata inserita negli Statuti delle precedenti Corti Penali Internazionali, come ipotesi residuale di chiusura per includere, tra i crimini contro l'umanità, tutte quelle gravi violazioni di diritti umani fondamentali, che, nonostante la sua gravità e ricorrenza, non sono stati specificati nello Statuto<sup>176</sup>.

Così, mentre l'articolo 6 (c) dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga rapportava l'espressione "altri atti inumani" accanto a omicidio, sterminio, riduzione in schiavitù e deportazione<sup>177</sup>, segnando il valore meramente esemplificativo dell'elencazione, l'articolo 5 (i) dello Statuto del Tribunale Internazionale per l'ex Jugoslavia e l'articolo 3 (i) dello Statuto del Tribunale Internazionale per Ruanda rapportava la categoria degli "altri atti inumani" dopo i crimini di omicidio, sterminio, riduzione in schiavitù, deportazione, imprigionamento, tortura, stupro e persecuzione per motivi politici, razziali o religiosi, il che "consentendo all'interprete un arbitrio pressoché illimitato nell'individuazione delle condotte incriminate, non appare rispettosa delle garanzie sottese al principio di legalità"<sup>178</sup>.

E in effetti, il crimine in questione ("altri atti inumani") è sempre stato problematico perché, in assenza di indicazioni sulla struttura della fattispecie, conferiva una discrezionalità all'interprete che facilmente potrebbe trasformarsi in arbitrio. Infatti, è stato attraverso questa finestra che sono stati considerati atti inumani: l'inflizione di

<sup>175</sup> Catenacci, *Legalità e tipicità del reato nello statuto della Corte penale internazionale*. p.80/81.

<sup>176</sup> Stefano Mancini, "I crimini contro l'umanità", in *Diritto penale internazionale*, org. Enrico Mezzetti, 2° ed, vol. II - Studi (Torino: Giappichelli, 2010), 315–88. p. 384.

<sup>177</sup> Tale modello descrittivo è stato ripreso dall'art. 5-c dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale per l'estremo Oriente e dal Principio VI-c dei Principi di diritto internazionale riconosciuti dallo Statuto e dalla sentenza del Tribunale di Norimberga, essendo che quest'ultimo ha utilizzato la coniugazione "o" invece di "e" per collegare l'espressione "altri atti inumani" alle altre ipotesi di crimini contro l'umanità. In Esposito, Gentile, e Trapasso, "I Crimini contro l'umanità", p. 738/739

<sup>178</sup> *Ibidem*. p. 739.

gravi lesioni fisiche o mentali<sup>179</sup>, attacchi alla dignità della persona<sup>180</sup>, il trasferimento forzato delle persone<sup>181</sup>, i crimini sessuali diversi dallo stupro<sup>182</sup>, e la sparizione forzata delle persone<sup>183</sup>.

Pertanto, non si può non vedere, nello Statuto di Roma, un'innegabile progresso, perché li sono stati previsti, come fattispecie autonome, alcuni comportamenti che prima erano considerati criminali da costruzione giudiziaria perché classificati come "altri atti inumani"<sup>184</sup>.

Non fosse abbastanza, si deve tener presente che lo Statuto di Roma, a differenza dei precedenti statuti normativi, ha previsto la categoria di "altri atti inumani" in modo molto più analitico<sup>185</sup>.

Infatti, tra l'abolizione della fattispecie degli "altri atti inumani" per la loro ampiezza indesiderata, e la loro mera ripetizione senza ulteriori riflessioni, sulla scia dei documenti internazionali che lo precedono, lo Statuto di Roma ha preferito una posizione mediana: "pur di scongiurare indesiderati vuoti di tutela, non si è rinunciato del tutto all'incriminazione, ma si è preferito precisare che gli 'altri atti inumani', oltre a possedere un 'carattere analogo' ai crimini contro l'umanità, devono provocare un determinato evento, e cioè una 'grande sofferenza' ovvero una 'grave lesione all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale'." <sup>186</sup>

Così, si può dire che non è il carattere analogo della condotta che dovrebbe essere sottolineato, ma la conseguenza della condotta, una volta che il non valore della fattispecie è rivolto all'evento, implicito in tutti gli altri crimini contro l'umanità e relativo all'inflizione di una "grande sofferenza" o di una "grave lesione all'integrità fisica o alla

<sup>179</sup> I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Blaskic*, (IT-95-14-T), cit., §§ 239 ss.; I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Kupresic*, (I.C.T.Y.-95-15-T), cit., § 566 apud Mancini, "I crimini contro l'umanità". p. 385.

<sup>180</sup> I.C.T.R., *The Prosecutor v. Bagosora et al.*, (I.C.T.R.-98-41-T), cit., §§ 2218; I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Dragomir Milosevic*, (I.C.T.Y.-98-29/1-T), *Judgment*, 12 dicembre 2007, § 935; S.C.S.L., *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, (S.C.S.L.-04-14-T), cit., § 152. apud Ibidem. p. 385.

<sup>181</sup> I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Krajisnic*, (IT-00-39-T), cit., §§722-732; I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Milutinovic et al*, (I.T.-05-87-T), *Judgment*, 26 febbraio 2009, §171. apud Ibidem. p. 385.

<sup>182</sup> I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Kupresic*, (I.C.T.Y.-95-16-T), cit., §566; I.C.T.R., *The Prosecutor v. Kajelijeli*, (I.C.T.R.-98-44°-T), cit., §§932ss. apud Ibidem. p. 385.

<sup>183</sup> I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Kupresic et al*, (I.C.T.Y.-95-16-T), cit., § 566; I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Kvocka*, (I.T.-98-30/1-T), cit., § 208 apud Ibidem. p. 385.

<sup>184</sup> Ibidem. p. 385.

<sup>185</sup> V. Esposito, Gentile, e Trapasso, "I Crimini contro l'umanità". p. 739: "nelle prime esperienze di 'codificazione' dei crimini contro l'umanità, infatti, ad un'elencazione, più o meno tassativa, di fattispecie incriminatrici, seguiva la categoria, residuale e tendenzialmente omnicomprensiva, degli 'altri atti inumani', in modo da consentire la punizione di quelle azioni non espressamente previste da nessuna disposizione, ma ritenute comunque intollerabili."

<sup>186</sup> Ibidem. p. 740.

salute fisica o mentale”.

Quindi, a differenza di altre fattispecie descritte all’articolo 7° in questione, i redattori dello Statuto di Roma, per quanto riguarda gli “altri atti inumani”, non hanno previsto modi in cui è possibile causare “grande sofferenza” o “grave lesione all’integrità fisica o alla salute fisica o mentale”<sup>187</sup>. Il crimine contro l’umanità sarebbe, dunque, in particolare sulla clausola inserita all’articolo 7 (1) (k), un crimine in forma libera, riguardando al giudice, di fronte a un attacco diffuso e sistematico contro la popolazione civile, e facendo uso dell’interpretazione estensiva<sup>188</sup>, valutare se un determinato comportamento è destinato a provocare “grande sofferenza” o “grave lesione all’integrità fisica o alla salute fisica o mentale”.

Di conseguenza, l’attenzione dell’interprete, quando fa l’analisi di un caso concreto, dovrebbe voltarsi non tanto al carattere analogo della condotta, ma alla presenza dell’elemento omogeneizzatore, cioè, “grande sofferenza” e “grave lesione all’integrità fisica o alla salute fisica o mentale”. Questo è il legame che dà l’omogeneità all’insieme delle condotte incriminate dall’articolo 7° e sulla base del quale il giudice può, nell’esaminare un caso specifico, dare l’effettività protettiva dei diritti umani pretesi dallo Statuto di Roma.

### **2.2.2 Il principio di determinatezza delle pene nello Statuto di Roma**

Un’altra obiezione allo Statuto di Roma, e forse la più grave nell’ambito del principio di legalità, si riferisce alla mancanza di assegnazione di pene specifiche per ciascuna delle fattispecie previste.

Lo Statuto di Roma, a differenza di quanto preconizzato dal principio di legalità nella determinazione delle pene, si è limitato ad indicare, in generale e al suo limite massimo, le pene applicabili per i crimini previsti in esse<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> Ibidem. p. 741.

<sup>188</sup> In Brasile, questa interpretazione si chiamerebbe analogica. Infatti, nonostante non sia pacifico, lì si intende che l’interpretazione analogica è quella prevista dalla propria legge, che autorizza sua applicazione ai casi simili. Infatti, una norma, dopo una serie di enumerazione, porta una formulazione generica che deve essere interpretata secondo i casi precedentemente elencati. Opera quindi un effetto interpretativo, non integrativo. Così, nell’interpretazione analogica, l’applicazione al caso simile è inteso e previsto dalla legge. Invece l’interpretazione estensiva consente l’interprete ampliare il campo di applicazione di una norma esistente, estendendo il limite semantico di un vocabolo nel testo giuridico. È quindi nell’assegnare a una determinata disposizione un significato compatibile con il suo significato letterale. In Costa, *Limites constitucionais do direito penal*. p. 71.

<sup>189</sup> Statuto di Roma  
Articolo 77



Infatti, una persona alla quale si imputa la pratica di uno dei crimini previsti all'articolo 5° dello Statuto di Roma sarà soggetta ad un certo periodo di detenzione, non superiore a trent'anni o alla pena di ergastolo, quando giustificato dall'estrema gravità del crimine e dalle circostanze personali del condannato. Le pene di multa hanno seguito la stessa via, sono state anche definite in termini generali dallo stesso articolo.

Non ci sono dubbi che, nel scenario internazionale, lo Statuto di Roma, nonostante le critiche al contrario di esso, esprime una rimarchevole evoluzione rispetto alle esperienze di Norimberga e Tokyo.

Infatti, nei tribunali internazionali precedenti alla Corte Penale Internazionale, la determinazione delle pene non era tra le principali preoccupazioni dei rispettivi Statuti, lasciando ai giudici un ampio potere discrezionale nella loro determinazione<sup>190</sup>. Si pensi ad esempio nell'articolo 27 dello Statuto di Norimberga, che consentiva al Tribunale imporre all'imputato la pena di morte o qualunque altra punizione che intendessi giusta.

Nello stesso modo le convenzioni internazionali della seconda metà del secolo scorso (come quella di prevenzione del genocidio, per esempio) rappresentano un grande passo avanti nel tema perché non contenevano precetto e sanzione, per cui non possono essere considerate vere normative incriminatrici. In effetti, la comunità Internazionale voleva, con queste convenzioni, non tanto stabilire crimini e pene, ma consacrare alcuni principi avvertiti come fondamentali e non esclusivi di uno Stato<sup>191</sup>.

Già nei Tribunali *ad hoc*, l'articolo 24 dello Statuto del Tribunale per la ex Jugoslavia e l'articolo 23 dello Statuto del Tribunale per il Ruanda autorizzavano genericamente le Corti Internazionali a determinare, come principale, la pena detentiva (nel duplice senso di reclusione ed ergastolo). Questi dispositivi prevedevano, inoltre, che nel determinare la sanzione, i giudici prendessero in considerazione la prassi delle corti nazionali dell'ex Jugoslavia e di Ruanda.

C'è da tener presente inoltre che gli Statuti dei Tribunali per l'ex Jugoslavia e

---

Pene applicabili

1. . Fatto salvo l'articolo 110, la Corte può pronunciare contro una persona dichiarata colpevole dei reati di cui all'articolo 5 del presente Statuto, una delle seguenti pene:

- a) reclusione per un periodo di tempo determinato non superiore nel massimo a 30 anni;
- b) ergastolo, se giustificato dall'estrema gravità del crimine e dalla situazione personale del condannato.

2. Alla pena della reclusione la Corte può aggiungere:

- a) un'ammenda fissata secondo i criteri previsti dalle Regole Procedurali e di Ammissibilità delle Prove.
- b) la confisca di profitti, beni ed averi ricavati direttamente o indirettamente dal crimine, fatti salvi i diritti di terzi in buona fede.

<sup>190</sup> Emanuela Fronza, "Le sanzione", in *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, org. Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti (Giuffrè Editore, 2006), 493–542. p. 500

<sup>191</sup> Ibidem. p. 499.

per il Ruanda, seguendo una tradizione influenzata dalla *common law*, prevedevano una separazione tra la pronuncia rispetto la responsabilità penale e la definizione vera e propria della pena, che sarebbe pronunciata in un momento successivo, sulla base del sistema giuridico domestico<sup>192</sup>.

Tuttavia, le indicazioni circa i criteri per la determinazione delle pene erano scarse. Quindi, oltre a fare riferimento alla prassi nazionali dei due paesi coinvolti (tenendo in mente anche che in Ruanda era possibile l'applicazione da parte delle corti nazionali, della pena di morte), gli Statuti avevano come parametri per l'individuazione delle pene la gravità del fatto e circostanze generiche aggravanti e attenuanti.

Pertanto, l'assenza di una disciplina minima sulle pene portò a rafforzare la discrezionalità dei Tribunali *ad hoc* che nel rifiutarsi di elaborare criteri generali vincolanti<sup>193</sup>, hanno finito per produrre una giurisprudenza talvolta incoerente, poiché basata su casi concreti e non in linee generali<sup>194</sup>.

Va notato che il problema della determinazione delle pene è già stato oggetto di lavori preparatori per l'elaborazione dello Statuto di Roma. La Relazione della Commissione di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite sul progetto di Codice di Crimini contro la Pace e la Sicurezza dell'Umanità, del 1996, già dichiarava che spetterebbe allo Stato, nell'attuare le regole del Codice sulla propria legislazione interna, determinare la pena per ogni fattispecie penale. Inoltre, per quanto riguarda il diritto internazionale, la Commissione ha dichiarato che non sarebbe fondamentale che l'individuo conosca in anticipo la pena, poiché di fronte a crimini di questa natura, bastava conoscerli come previsti, e sarebbe da aspettarsi pena di estrema gravità<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> Cfr. Ibidem. p. 504-6.

<sup>193</sup> International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Appeals Chamber. Case n. IT-95-17/1-A. (21/07/2000) :

238. The Prosecutor submits that, while there is no existing penal regime, it would be appropriate for the Appeals Chamber to set out sentencing guidelines which should be applied, based on the functions and purposes of sentencing in the legal system of the Tribunal. Without questioning the possible utility of such guidelines, the Chamber considers it inappropriate to establish a definitive list of sentencing guidelines for future reference, when only certain matters relating to sentencing are at issue before it now. Thus, the Appeals Chamber will limit itself to the issues directly raised by this appeal"

Cfr. Ibidem. p. 517.

<sup>194</sup> Cfr. Ibidem. p. 516.

<sup>195</sup> International Law Commission. Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries (1996). Article 3. Commentary (7):

It is, in any event, not necessary for an individual to know in advance the precise punishment so long as the actions constitute a crime of extreme gravity for which there will be severe punishment. This is in accord with the precedent of punishment for a crime under customary international law or general principles of law as recognized in the Judgment of the Nürnberg Tribunal and in article 15, paragraph 2, of the International Covenant on Civil and Political Rights.

[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7\\_4\\_1996.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf)

In questo contesto, non c'è dubbio che lo Statuto di Roma innova nel stabilire espressamente il principio di legalità delle pene, come previsto all'articolo 23, per, di conseguenza, stabilire, nella Parte VII dello Statuto, un elenco delle sanzioni possibili di essere imposte dalla Corte. Così è che potrà la Corte Penale Internazionale imporre la reclusione per un periodo non superiore a 30 anni oppure, se giustificato dall'estrema gravità del crimine e dalla situazione personale del condannato, l'ergastolo<sup>196</sup>, inoltre, in via accessoria, dell'ammenda e la confisca dei profitti, beni ed averi ricavati direttamente o indirettamente dal crimine<sup>197</sup>.

Lo Statuto di Roma innova anche nel prevedere, all'articolo 78, alcuni criteri che i giudici internazionali devono attenersi nel specificare il *quantum* della pena, come la gravità del crimine e le circostanze personali del condannato<sup>198</sup>.

Il fatto che lo Statuto di Roma può essere ritenuto, in materia di pene, un testo molto più avanzato rispetto ai suoi predecessori, non nasconde, però, la portata della discrezionalità data alla Corte nella determinazione della pena, forse troppo per un organo che cerca appunto realizzare diritti umani.

Infatti, l'assenza di previsione nello Statuto di Roma di parametri minimi e massimi della pena per ognuno dei crimini, cioè, l'assenza di qualsiasi collegamento vincolante tra la fattispecie penale astratta e la pena correlata, è innegabilmente un deficit secondo gli standard più elevati di comprensione del principio di legalità<sup>199</sup>, perché relega alla Corte, discrezionale e caso per caso, la possibilità di scegliere, in un caso concreto, tra l'ergastolo e una pena detentiva temporanea.

E questa discrezionalità nel determinare le pene può essere estremamente dannosa alla sicurezza giuridica, ancora di più davanti il silenzio dello Statuto di Roma riguardo la finalità della pena. Inoltre, la previsione generica delle pene applicabili, come fatta nello Statuto di Roma, non stabilisce una gerarchia alla riprovabilità delle condotte.

Davanti a questo e tenendo presente che la *ratio* del principio di tassatività delle pene è limitare la discrezionalità, principalmente del giudice, resta difficile da

---

<sup>196</sup> Art. 77, primo comma, dello Statuto di Roma.

<sup>197</sup> Art. 77, secondo comma, dello Statuto di Roma.

<sup>198</sup> Nel Regolamento Processuale, a sua volta, che ha lo stesso deficit di legittimità degli Elementi Costitutivi dei Crimini, sono previsti altri criteri per la determinazione della pena, come l'ampiezza del danno causato, il grado di partecipazione, l'età, il livello di istruzione e la situazione sociale ed economica del reo.

<sup>199</sup> Balmaceda, "Aplicação direta dos tipos penais do estatuto do Tribunal Penal Internacional no Direito Interno". p. 170.

accettare, a priori, la legittimità di un sistema omesso rispetto la misura edittale della pena in rapporto alle singole figure legali del reato.

Inoltre, anche se il legislatore nazionale fissi pene specifiche per ciascun dei crimini previsti dallo Statuto di Roma, al fine di ridurre il deficit di tassatività – che sarebbe un comportamento altamente desiderabile – rimarranno ancora problemi. Questo perché tali limiti domestici non raggiungono la Corte Penale Internazionale (art. 80 dello Statuto di Roma), che resterà, per forza dello Statuto, in grado di esercitare il suo ampio margine di discrezionalità nella determinazione delle pene.

Così, e prendendo in prestito i fondamenti solitamente invocati per rifiutare le richieste di estradizione verso paesi in cui si ammette la pena di morte, la mera cooperazione con le autorità estere che non osservano i principi di base in temi di beni e valori fondamentali per l'ordinamento interno (come la tassatività delle pene) rappresenterebbe attuazione incostituzionale per violazione del principio di non discriminazione (articolo 3° della Costituzione Italiana e articolo 5° della Costituzione brasiliana)<sup>200</sup>. Questo argomento potrebbe quindi essere utilizzato per giustificare il rifiuto di consegnare un individuo alla Corte Penale Internazionale, garantendo alla persona (anche se straniera) la tutela di questi diritti inviolabili dell'uomo (tra i quali, la conoscenza previa della pena applicabile).

Questo, tuttavia, non sembra essere il modo migliore per risolvere il problema.

Infatti, non si può escludere che forse a causa dell'eterogeneità delle concezioni giuridiche e culturali degli Stati Parte, sia stato necessario trasferire ai giudici della Corte Penale Internazionale questo compito di gradazione della gravità delle condotte, senza rappresentare necessariamente un deficit di garanzia dal punto di vista dell'imputato.

Infatti, non riuscendo a formulare *a priori* tutti questi giudizi, e consapevoli della storicità della Corte Penale Internazionale, i redattori dello Statuto di Roma alla fine si fidano della qualità tecnica e dell'intelligenza giuridica dei giudici penali internazionali per il compito di trovare il punto ottimale.

Quindi, per contrastare la discrezionalità nella determinazione delle pene, si presenta il dovere di fondamentazione delle condanne, trasferendosi ai giudici dunque una responsabilità doppiamente qualificata: legittimare le loro sentenze e la giurisdizione

---

<sup>200</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 54/79.

penale internazionale stessa.

Ne consegue, quindi, lo sforzo necessario e raddoppiato di fondamentazione delle sentenze, avendo la Corte il compito di differenziare le condotte e la loro riprovabilità, così come adeguare le pene e l'effettività della giurisdizione penale internazionale alla fase evolutiva dei diritti umani, alla riprovabilità delle condotte e alla sufficienza delle risposte per affermazione di tutti i diritti umani.

C'è da sottolineare che questo ragionamento è ancora rafforzato dall'adozione, in modo espresso nello Statuto di Roma, del principio di proporzionalità. Pertanto, l'assenza della previsione delle pene non significherebbe l'assenza, totale e assoluta, di criteri guida per la sua applicazione, dal momento che lo Statuto di Roma stesso indica il principio di proporzionalità come vettore per l'applicazione della pena nel caso concreto.

È quindi in questo senso che l'articolo 78.1 dello Statuto di Roma<sup>201</sup> ha stabilito, come criterio per la determinazione della pena, la gravità del reato e le circostanze personali del condannato per, in seguito, prevedere espressamente la possibilità di ricorso per il motivo della pena essere stata stabilita sproporzionalmente al crimine commesso (art. 81.2.a dello Statuto di Roma<sup>202</sup>) e la possibilità della Camera d'Appello modificare la decisione impugnata attraverso constatazione di essere la pena sproporzionata (art. 83.3 dello Statuto<sup>203</sup>).

Così, fare lo Statuto di Roma compatibile con il principio di tassatività delle pene non è un compito semplice, nonostante si dimostri fattibile per la proporzionalità delle pene e la maggiore necessità di fondamentare le decisioni.

Inoltre, non si può non osservare che qualsiasi gradazione delle pene, fatte dallo Statuto di Roma, avrebbe influenzato o addirittura impedito altre sanzioni previste

---

<sup>201</sup> Statuto di Roma

Articolo 78 Determinazione della pena

1. Nel determinare la pena, la Corte tiene conto, secondo le Regole Procedurali e di ammissibilità delle Prove di elementi quali la gravità del reato e la situazione personale del condannato.

<sup>202</sup> Statuto di Roma

Articolo 81

Appello contro la sentenza di condanna o la determinazione della pena

...

2.a) Il Procuratore o il condannato possono, secondo le Regole Procedurali e di Ammissibilità delle Prove, impugnare la pena pronunciata, per via di mancanza di proporzione fra la stessa ed il crimine;

<sup>203</sup> Statuto di Roma

Articolo 83

Procedura d'appello

...

3. Se, nell'ambito di un appello contro una condanna, la Camera d'appello constata che la pena è sproporzionata rispetto al crimine, essa può modificarla secondo il capitolo VII.

domesticamente, nonostante le disposizioni dell'articolo 80 dello Statuto<sup>204</sup>. In realtà, l'imputato potrebbe sempre mettere in discussione l'imposizione di ergastolo a livello nazionale, se, per una medesima condotta lo Statuto di Roma prevedesse pena massima di 20 anni.

Un altro argomento possibile per superare un'eventuale incompatibilità dello Statuto di Roma con il principio di tassatività delle pene (nonostante quello indicato sopra) non è negare che lo Statuto della Corte Penale Internazionale viola il principio di legalità, ma evitare il più possibile l'attuazione della Corte Penale Internazionale, con impegno finché la giurisdizione domestica sia efficiente e sufficiente.

Così, una delle vie principali per questa efficienza e sufficienza della giurisdizione domestica è l'assunzione, da parte dei Paesi firmatari dello Statuto di Roma, di una politica criminale per i crimini di guerra, contro l'umanità, aggressione e genocidio in basi universali. Cioè, nel stabilire il carattere universale della giurisdizione domestica per questi crimini, gli Stati giudicherebbero nella propria giurisdizione i criminali e quindi non avrebbero bisogno di consegnare i sospetti alla Corte Penale Internazionale o discutere la legittimità delle pene possibili di fronte agli standard domestici di legalità e bassa discrezionalità giudiziale.

Nonostante l'adozione del principio di universalità della giurisdizione nazionale possa servire per attenuare alcuni inconvenienti che coinvolgono la violazione del principio di legalità dallo Statuto di Roma, questo non esclude il rischio, sempre presente, di avere, nei paesi che adottano il sistema accentrato ed astratto di sindacato di costituzionalità<sup>205</sup>, la questione sottomessa al controllo dell'organo giudiziario competente.

#### 2.2.2.1 *Il rischio d'interferenze della Corte Penale Internazionale a seconda delle sanzioni applicati dai giudici nazionali*

Nonostante l'adozione del principio della giurisdizione universale rappresenti un passo importante per superare le carenze, dallo Statuto di Roma, del principio di

---

<sup>204</sup> Statuto di Roma

Articolo 80

Autonomia dell'applicazione delle pene ad opera degli Stati e della legislazione nazionale

Nessuna disposizione del presente capitolo vieta l'applicazione ad opera degli Stati di pene previste dal loro diritto interno, né l'applicazione della normativa di Stati che non prevedono le pene stabilite nel presente capitolo.

<sup>205</sup> Infatti, nel caso brasiliano, lo Statuto di Roma, interiorizzato dal Decreto 4388/2002, può essere sottoposto al vaglio della Corte Suprema, senza che ci sia alcun caso concreto di fondo a tale domanda.

tassatività delle pene nella sua pienezza, non è sufficiente per eliminare i rischi di un'indebita interferenza della Corte Penale Internazionale nelle sentenze nazionali.

Infatti, la tassatività delle fattispecie penali rappresenta anche, sotto una certa luce, una garanzia agli Stati che il trasferimento di una parte della propria sovranità alla Corte Penale Internazionale è limitato solo a quei crimini definiti nello Statuto di Roma.

L'inosservanza di tale principio in termini di definizione delle pene nello Statuto di Roma rappresenta un rischio a questi Stati di indebita intrusione della Corte Penale Internazionale in campo domestico.

Infatti, di fronte all'omissione dello Statuto di Roma sulla definizione delle pene a ciascuno dei crimini che caratterizza, lo Stato Parte, adepto al principio di determinatezza delle pene, dovrà elaborare necessariamente una legge completa, facendo in questa legge il giudizio di gravità della condotta prevista astrattamente.

Questo perché, anche ammettendo l'azione diretta di un trattato internazionale per criminalizzare condotte, come sostenuto in precedenza, la sua attuazione a livello nazionale è subordinata alla completezza della norma (precetto primario e secondario).

E nel caso dello Statuto di Roma, non si verifica tale completezza, una volta che un precetto penale incriminante senza la rispettiva sanzione (adeguatamente delimitata), come si è visto, è norma penale con deficit<sup>206</sup>, lasciando agli Stati il compito di specificare, nella sfera domestica, le pene applicabili a ciascuno dei crimini portati sullo Statuto di Roma.

E' vero che l'articolo 80 dello Statuto di Roma disciplina l'autonomia dell'applicazione delle pene ad opera degli Stati e della legislazione nazionale, quando prescrive che "nessuna disposizione del presente capitolo [Capitolo VII – Pene] vieta l'applicazione ad opera degli Stati di pene previste dal loro diritto interno, né l'applicazione della normativa di Stati che non prevedono le pene stabilite nel presente capitolo".

Nonostante, c'è ancora da domandare se la Corte Penale Internazionale può, in un caso concreto, comprendere che la pena applicata a livello nazionale è troppo

---

<sup>206</sup> Infatti, la norma in questione si presenta in condizioni peggiori di applicabilità rispetto alle norme penali incomplete o imperfette, che, pur non avendo proprio precetto secondario, rinviano alle sanzioni previste per altri comportamenti. La legge penale incompleta o imperfetta risulta frammentata in più disposizioni che devono essere ricostruite dall'interprete. Così, non viola il principio di legalità. In Brasile, c'è per esempio l'articolo 304 del Codice Penale, che, nel descrivere il crimine di utilizzo di documento falso, si riferisce alla pena attriuita alla falsificazione, contraffazione o alterazione del documento. V. Costa, *Limites constitucionais do direito penal*. p.65.

blanda, nonostante il Giudiziario locale abbia applicato correttamente la legge nazionale. Cioè, la Corte Penale Internazionale, di fronte alla definizione da parte degli Stati di parametri minimi e massimi di pena per ogni crimine, potrà decidere che un processo fatto in questi termini non risponde in pieno alla giustizia e desiderare, di conseguenza, rendere un nuovo processo? Ci sarà nella giurisdizione penale internazionale non solo una possibilità di revisione dei casi decisi domesticamente, ma anche un sindacato sulla sufficienza e la qualità della legislazione nazionale?

Alla luce dell'articolo 80 dello Statuto di Roma, non sarebbe possibile alla Corte Penale Internazionale valutare, con l'obiettivo di attivazione della sua giurisdizione, il risultato finale di un processo portato avanti a livello nazionale considerando solo la pena applicata alla fine.

Infatti, in assenza di limiti minimi nello Statuto di Roma, lo Stato è libero per stabilire, a condizione che sia fatto da una legge generale, astratta e precedente ai fatti da regolare.

Pertanto, la Corte Penale Internazionale, nell'analisi di eventuale insufficienza di un processo portato avanti a livello nazionale, non può basare la propria decisione unicamente nelle pene previste in modo astratto a livello nazionale (se queste sono precedenti alla pratica del crimine e hanno gli attributi di astrattezza e generalità). Si deve, infatti, prendendo come propri, nel caso concreto, i limiti minimi e massimi delle pene previste a livello nazionale, valutare eventuali indizi che il processo è stato condotto allo scopo di liberare l'imputato dalle loro responsabilità.

In altre parole, non è il risultato finale, adeguatamente basato sulla legge, che servirà all'attivazione della giurisdizione della Corte Penale Internazionale, ma l'eventuale modo in cui il processo sia stato condotto, cioè, se tendente o meno a favorire indebitamente l'imputato.

La dinamica della Corte Penale Internazionale, e la saggezza di tutti i membri della giurisdizione penale internazionale, certamente non permetteranno che, in un caso particolare, accada una tensione in cui ci siano critiche reciproche. Si dovrà quindi costruire l'equilibrio ottimale tra il rischio di screditare la Corte Penale Internazionale e quello dell'indebita ingerenza di essa negli affari domestici.

### **2.3 Lo Statuto di Roma e il principio di legalità come divieto di analogia**



Resta altresì inteso come espressione del postulato del principio di legalità il divieto di analogia in materia penale. In caso di lacuna nella legge è vietato che una norma particolare sia estesa ad un caso da essa non regolamentato.

Come noto, s'intende per analogia la procedura con cui vengono risolti i casi non previsti dalla legge, estendendosi a questi la disciplina prevista ai casi simili (*analogia legis*) o dedotte dai principi generali del diritto (*analogia iuris*)<sup>207</sup>.

Infatti, se per gli altri rami del diritto l'analogia rappresenta un mezzo normale, adottato dai legislatori per colmare le lacune delle leggi, al diritto penale, in particolare in quei sistemi fondati sulla legalità formale<sup>208</sup>, il divieto dell'analogia rappresenta uno sviluppo naturale del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, in tutela del *favor libertatis* contro ogni limitazione che non espressamente stabilita dalla legge<sup>209</sup>.

Anche se non contenuto espressamente, s'intende che il divieto di analogia nel diritto penale sarebbe implicitamente costituzionalizzato sia all'articolo 5° ,XXXIX, della Costituzione brasiliana<sup>210</sup> che all'articolo 25 della Costituzione italiana<sup>211</sup>, come naturale

<sup>207</sup> Mantovani, *Diritto penale*. p.72 .

<sup>208</sup> D'altra parte, nei sistemi basati sulla legittimità sostanziale, l'analogia *in bonam e in malam partem* costituiscono uno strumento per realizzare la difesa sociale e una giustizia più sostanziale, permettendo punire ciò che è socialmente pericoloso, anche se non inteso come reato dalla legge, e non punire ciò che è socialmente non pericoloso, anche se previsto dalla legge come reato. V. Ibidem. p. 72.

<sup>209</sup> Ibidem. p. 72.

<sup>210</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 97261 (12/04/2011), Rel. Min. Joaquim Barbosa :

MAXIME: HABEAS CORPUS. DIRITTO PENALE. ILLEGITTIMITÀ SECONDO ASSISTENTE D'ACCUSA. LICENZIAMENTO. INTERCETTAZIONE O RICEBIMENTO NON AUTORIZZATO DI SEGNALE TV VIA CAVO. FURTO DI ENERGIA (ART. 155, § 3, DEL CODIGO PENALE). ADEGUAZIONE TIPICA NON MOSTRATO. CONDOTTA TIPICA DI CUI ALL'ART. 35 DALLA LEGGE 8977/95. INESISTENZA DI PENA PRIVATA DI LIBERTÀ. APPLICAZIONE D'ANALOGIA IN MALAM PARTEM PER COMPLETARE LA NORMA. IRRICEVIBILITÀ. OBEDIENZA AL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DELLA STRETTA PENALE LEGALE. PRECEDENTI. ... Inoltre, **in un caso penale non si ammette l'applicazione dell'analogia per colmare le lacune, al fine di creare un reato non previsto dalla legge (analogia in malam partem), pena la violazione del principio costituzionale di stretta legalità**. Precedenti. Ordine concesso.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622429>

211

European Court of Human Rights . Case of Scoppola V. Italy . (17/09/09):

93. Article 7 § 1 of the Convention goes beyond prohibition of the retrospective application of criminal law to the detriment of the accused. It also sets forth, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). While it prohibits in particular extending the scope of existing offences to acts which previously were not criminal offences, it also lays down the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy (see, among other authorities, *Coëme and Others v. Belgium*, nos.32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, §145, ECHR 2000-VII).

Corte Costituzionale, Sentenza n. 120/63:

Per quanto riguarda il preteso contrasto con l'art. 25 della Costituzione, ritiene la Corte che l'impugnato art. 3 non attribuisce al giudice un potere di ampliare per analogia il precetto penalmente sanzionato. Non é, infatti, esatto che nella formulazione di tale articolo si abbia una eterogeneità di indicazioni esemplificative, per cui manchi un preciso criterio di identificazione delle attività similari a quelle espressamente menzionate. Sul Caso Scoppola V. Italy nella Corte Costituzionale v. Sentenza n. 230/2012.

Fiandaca e Musco, *Diritto penale*., sulla a costitucionalização implícita do divieto di analogia:

Nonostante il silenzio sul punto del legislatore costituente, il divieto di analogia deve ritenersi anche (implicitamente) costituzionalizzato? La risposta non può che essere affermativa, se si considera che il criterio

corollario del principio di legalità<sup>212</sup>.

E come risultato di questa costituzionalizzazione del divieto di analogia, si impongono divieti sia al legislatore, come al magistrato, la cui mancanza di rispetto genera vizi di incostituzionalità.

Pertanto, il legislatore non potrà produrre né norme che consentono la analogia, né norme che contengono analogia legislativa o anticipata, cioè, quelle che nella formulazione della fattispecie utilizzano formule esemplificative o certe clausole di chiusura<sup>213</sup>. Infatti, finché non siano incostituzionali, il legislatore deve, nei crimini di forma libera, nel relazionare le condotte esemplificativamente criminali, mantenere l'omogeneità tra queste condotte.

Intanto, non può il giudice, con il pretesto di effettuare un'interpretazione estensiva (consentita in Diritto penale), applicare per analogia la norma ai casi non regolamentati da essa, e non può, quindi, applicare pene a fatti non previsti come reati dalla legge o applicare pene più severe di quelle previste dalla legge.

Per una migliore comprensione di questo vieto, si deve far chiaro che con la interpretazione estensiva si resta sempre nell'ambito della norma, anche se allargata nel limite massimo attraverso l'assegnazione di un significato più o meno ampio ai suoi termini, tra quelle possibile. È pertanto procedimento interpretativo. A sua volta, l'interpretazione analogica si verifica quando la norma, dopo un'enumerazione dei casi, porta una formulazione generica che dovrebbe essere interpretata in conformità con i casi precedentemente elencati<sup>214</sup>.

### 2.3.1 Il divieto di analogia nello Statuto di Roma.

---

ispiratore del divieto di analogia in materia penale obbedisce alla medesima *ratio* di garanzia della libertà del cittadino in generale sottesa al *nullum crimen sine lege*, del quale il divieto in parola rappresenta una delle più importanti proiezioni. (p. 119).

<sup>212</sup> Per Costa, l'analogia deriva dal principio di tassatività, impedendo che le lacune legislative siano colmate con l'espansione o creazione del potere punitivo statale. Così, sarebbe possibile, in materia penale, solo l'analogia *in bonam partem* (Costa, *Limites costitucionais do direito penal*. p. 70). Ancora sul tema, dice Mantovani che il ricorso all'analogia contraddice la finalità garantista di vietare al giudice di punire fuori dai casi tassativamente previsti (Mantovani, *Diritto penale*. p. 73).

<sup>213</sup> Mantovani, *Diritto penale*. p. 73.

<sup>214</sup> Cfr. Costa, *Limites costitucionais do direito penal*. p. 71. In modo diverso, la Corte Costituzionale italiana ritiene che, nell'interpretazione estensiva, ci sarebbe un razionale unitario delle fattispecie indicative o esemplificative, mentre nell'interpretazione analogica, ci sarebbe una discontinuità tra le figure previste, motivo per cui la estensione a casi non descritti sarebbe operazione analogica vietata costituzionalmente (v.g. Sentenza n. 120/1963).

Lo Statuto di Roma, nel disporre sul principio di legalità<sup>215</sup>, nell'articolo 22, comma 2, ha espressamente proibito l'uso dell'analogia per allargare il campo di applicazione di una particolare fattispecie. La discrezionalità del magistrato, quindi, è limitata dai parametri previsti nello Statuto di Roma stesso, i cui cercano legittimità nel essere il risultato di un ampio processo di negoziazione tra gli Stati Parte.

Nel caso dello Statuto di Roma, è vietata solo l'*analogia legis*, non quella *juris*, attraverso la quale si può ricorrere ai principi generali o comuni alla maggior parte dei principi sistemi giuridici, come previsto dall'articolo 21 dello Statuto.

Tuttavia, l'*analogia juris* non può essere utilizzata per criminalizzare condotte, serve solo a chiarire o assegnare contorno legale ai divieti già esistenti<sup>216</sup>.

Detto questo, si deve sottolineare, ancora, che l'interpretazione estensiva, tenutasi nei limiti semantici del termine dato e eseguita conforme ai parametri offerti dalla norma interpretata, sono accettati nel Diritto Penale, anche per l'incriminazione, cioè, a scapito dell'imputato. Non è per altro motivo che si verifica l'omicidio, descritto come cagionare la morte di un uomo (articolo 575 del Codice Penale), anche se chi muore è una donna o un bambino, o ancora ci sarà la distruzione o deturpamento di bellezze naturali (articolo 734 del Codice Penale) nel distruggere o modificare queste bellezze attraverso condotte diverse da costruzioni o demolizioni. Chiari esempi di interpretazione estensiva figurano ancora all'articolo 577, comma 2, del Codice Penale italiano<sup>217</sup> e all'articolo 121, § 2°, I, III e IV, del Codice Penale brasiliano<sup>218</sup>.

---

<sup>215</sup> Estatuto di Roma

Articolo 22

Nullum crimine sine lege

(...)

2. La definizione dei crimini è interpretata tassativamente e non può essere estesa per analogia. Nel dubbio, deve essere interpretata a favore della persona che è oggetto di un'inchiesta, di azioni giudiziarie o di una condanna

<sup>216</sup> Cassese et al., *Cassese's International Criminal Law*. p. 34

<sup>217</sup> Codice Penale italiano

Art. 577

Altre circostanze aggravanti. Ergastolo

Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo 575 è commesso:

...

2) col mezzo di sostanze venefiche, ovvero con un altro mezzo insidioso;

<sup>218</sup> Código Penal brasileiro

Homicídio Simples

Art. 121. Matar alguém:

...

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

...

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

Allo stesso modo, lo Statuto di Roma contiene anche, in particolare negli articoli 7 e 8, clausole aperte, come “altre gravi forme di privazione della libertà personale in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale”, “altre forme di violenza sessuale di analoga gravità”, “altri atti inumani di carattere similare” oppure l’impiego di “gas asfissianti, tossici o altri gas simili e tutti i liquidi, materiali e strumenti analoghi” o la commissione di “qualsiasi altra forma di violenza sessuale costituente violazione grave delle Convenzioni di Ginevra”.

Pertanto, chiediamo: l’apertura di queste espressioni, che necessitano di interpretazione estensiva, mettono a rischio il principio di legalità, permettendo, nel caso concreto, la creazione di nuove fattispecie penali da parte del giudice, nonostante il divieto formale di utilizzo dell’analogia *in malam partem*? O lo Statuto di Roma fornisce i parametri minimi, la cornice in cui la norma può essere interpretata (estensivamente), compresa l’incriminazione?

Come visto in precedenza, solo l’espressione riguardo al “altri atti inumani di carattere similare” merita ulteriore attenzione, nonostante, personalmente, intenda che lo Statuto ha fornito gli elementi necessari per la loro interpretazione (atti che provocano intenzionalmente una grande sofferenza, o una grave lesione all’integrità fisica o alla salute fisica o mentale).

Quindi, per coloro che alla fine intendono che il dispositivo in questione porta un’inaccettabile apertura alla creazione giudiziaria, la Corte Penale Internazionale non potrà condannare qualsiasi persona per aver commesso atti inumani di carattere simile, di fronte alla difficoltà (se non all’impossibilità, per gli addetti di tale posizione) di interpretare la detta espressione senza prendere aiuto dall’analogia, vietata *in malam partem*<sup>219</sup>.

Le altre espressioni citate, a mio parere, non soffrono lo stesso dilemma.

Infatti, nonostante da sole queste espressioni sono dotate di un elevato grado di indeterminatezza, i dispositivi stessi dello Statuto forniscono la cornice in cui le espressioni devono essere interpretate, dato che in tali casi non manca un criterio preciso

---

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

<sup>219</sup> Jennifer Lincoln sintetizza il problema. Lei ricorda che lo Statuto di Roma prevede che, in caso di ambiguità, l’interpretazione del reato dovrebbe essere effettuata a favore dell’imputato. Per lei, è difficile immaginare un’ipotesi più ambigua che la stessa categoria di reati contenuti nella clausola “altri atti inumani”. L’articolo 22, quindi, dal suo punto di vista, sarebbe servito ad annullare tale categoria residuale di reati. In Lincoln, Jennifer, “Nullum Crimen Sine Lege in International Criminal Tribunal Jurisprudence. The problem of the residual category of crime”. p. 148

per identificare le attività simili alle quali la norma deve essere applicata.

Così, sarà crimine di guerra utilizzare, in un contesto di guerra, tutti quei gas, liquidi o esplosivi, indipendentemente dalle loro qualifiche, che producono effetti analogamente asfissianti o tossici. Il giudice quindi nell'applicazione della norma, dovrà verificare la natura omologa degli effetti che si cerca di vietare con la criminalizzazione di alcuni mezzi di guerra.

Per quanto riguarda lo stupro, la schiavitù sessuale, la prostituzione forzata, gravidanza forzata, la sterilizzazione forzata e le altre forme di violenza sessuale previste nello Statuto di Roma come crimine contro l'umanità e crimine di guerra<sup>220</sup>, la clausola residuale "altre forme di violenza sessuale" può essere interpretata come tutti gli altri atti coercitivi di natura carnale diversi da quelli espressamente elencati.

Infine, vale la pena sottolineare che non c'è nessun divieto a che interpretazioni analogiche e estensive siano contrarie agli interessi dell'imputato. Solo in caso di ambiguità della norma o di interpretazioni in conflitto è che si dovrebbe beneficiare l'interpretazione più favorevole all'imputato.

## **2.4 Lo Statuto di Roma e il principio di legalità come irretroattività della legge penale incriminatrice**

Infine, un ultimo punto del principio di legalità, come detto prima, è la irretroattività della legge penale incriminatrice.

Infatti, impone l'ideale della sicurezza giuridica che le norme penali incriminatrici siano previste in precedenza alla pratica della condotta da regolare.

Pertanto, il principio di irretroattività significa che la legge penale si applica solo ai fatti commessi dopo la sua entrata in vigore e non può quindi essere applicata a fatti precedenti a essa. In modo complementare, dal principio della non ultrattività, la legge penale non si applica ai fatti commessi dopo la sua estinzione a meno che più favorevole<sup>221</sup> e praticato il fatto durante il suo mandato.

Data l'importanza di questo postulato del principio di legalità, questo ha sede costituzionale, sia in Brasile che in Italia.

---

<sup>220</sup> V. Statuto di Roma: artt. 7, primo comma, lett. g); e 8, secondo comma, lettera b punto xxii).

<sup>221</sup> In generale, si è capito che una norma penale può beneficiare l'agente sempre che: (i) modificare la composizione del tipo di reato; (ii) modificare la natura, la qualità, la quantità e modalità di esecuzione della pena; (iii) definire una condizione di punizione o lavorabilità; (iv) o in altro modo sia più favorevole all'agente. In René Ariel Dotti, *Curso de direito penal: parte geral*, 2ed ed (Forense, 2004). p. 266.

Infatti, l'articolo 5º, XXXIX, della Costituzione brasiliana prevede non aver crimine senza una legge precedente che lo definisca, né pena senza precedente imposizione legale. Rafforzando l'irretroattività della legge penale più grave<sup>222</sup>, vi è ancora l'inciso XL dello stesso articolo 5º, in cui si afferma che la legge penale non è retroattiva, salvo a beneficio del convenuto. Così, sia l'irretroattività della legge penale più grave come la retroattività della legge penale più favorevole, trovano espresso fondamento nel Testo Costituzionale.

Il Codice Penale brasiliano<sup>223</sup>, all'articolo 2, a sua volta, dettagliando il principio di retroattività della legge penale più favorevole, prevede che la legge successiva, che in qualche modo favorisca l'agente, retroagirà, anche se i fatti sono già coperti da sentenza di condanna passata in giudicato. Così, a causa sistematica dell'isonomia e della retroattività della legge penale più favorevole, abbiamo, in Brasile, che neanche la cosa giudicata può rappresentare un ostacolo all'applicazione retroattiva della *lex mitior*<sup>224</sup>.

Da tener presente, inoltre, che i principi di retroattività e ultrattività della legge penale più favorevole non sono applicabili quando la materia è regolata da leggi eccezionali o temporanee<sup>225</sup>, al fine di evitare che, per trattare di leggi precedentemente limitate nel tempo, possono essere frustrati nelle loro sanzioni per espedienti ingegnosi verso il ritardo dei procedimenti penali<sup>226</sup>.

Infine, si deve menzionare che la verifica della legge più vantaggiosa deve essere effettuata *in concreto*<sup>227</sup>, essendo ancora vietata la combinazione di leggi al fine di

---

<sup>222</sup> In poche parole, si è capito che una norma penale è più grave quando (i) criminalizza fatto che in precedenza non era punibile come reato; (ii) commina privazione della libertà, in combinazione o meno con la fine, per un fatto che in precedenza fornito solo per la sanzione; (iii) modifica il regime sanzionatorio di applicazione; (iv) prevede ulteriori cause di aumento aggravanti o speciale; (v) vieta la concessione di amnistia, la grazia, il perdono, la cauzione e parole; o, in caso contrario, a scapito della libertà e della proprietà degli accusati. Ibidem. P. 264-266.

<sup>223</sup> Codice Penale brasiliano

Legge penale nel tempo

Art. 2 - Nessuno può essere punito per il fatto che la legge successiva non ritiene criminale, cessando l'arresto e gli effetti penali della condanna.

Paragrafo unico- La legge posteriore, che in ogni caso favorire l'agente si applica a fatti precedenti, anche se deciso con sentenza definitiva di condanna.

<sup>224</sup> Costa, *Limites constitucionais do direito penal*. p. 80.

<sup>225</sup> Codice Penale brasiliano

Legge eccezionale o temporaneo

Art. 3 - La legge eccezionale o temporanea, dopo la fine della sua durata, si applica al fatto praticato durante il suo mandato.

<sup>226</sup> Relazione dei Motivi del Codice Penale Brasiliano.

<sup>227</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 1107275/SP (02/09/2010), Rel. Min. Feliz Fischer :

PENALE. CARATTERISTICA SPECIALE. REATI FALLIMENTARI. PRESCRIZIONE. ART. 199, CAPUT, DEL DECRETO-LEGGE N 7661/45 E DELL'ART. 182 LEGGE 11,101 / 2005. TENUTA LE LEGGI DI COMBINAZIONE. PRINCIPIO DI DIRITTO PENALE DI RETROATTIVITÀ PIÙ VANTAGGIOSO (ART. 5, XL

trovare la soluzione più favorevole per l'agente<sup>228</sup>.

Già in Italia, l'articolo 25, secondo comma, della Costituzione stabilisce che “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”, principio completato dall'art. 2. c.p.<sup>229</sup>, che stabilisce il principio di irretroattività relativa, sancendo l'irretroattività della legge sfavorevole e la retroattività della legge favorevole al reo, salvo, ancora una volta, delle leggi temporanee ed

---

VOCE DI CF / 88) RELATIVO ESAME IL CASO CONCRETO DI CONOSCERE LA NORMA GIURIDICA NELLA COMPLETEZZA, PIÙ FAVOREVOLE PER RICORSO. PRESCRIZIONE. VERIFICARSI. HABEAS CORPUS CONCESSO.

I - La Costituzione Federale riconosce nell'art. 5 inciso XL come una garanzia fondamentale, il principio di retroattività della legge penale più favorevole. Così, l'avvento della legge penale più favorevole agli imputati richiede immediata applicazione, anche dopo la sentenza definitiva di condanna. Tuttavia, la verifica della *lex mitior*, nel rispetto delle leggi, è realizzata in concreto. Così vi possono essere, a seconda della situazione, nuova regola di retroattività o ultra-attività della norma antica.

...

IV - Pertanto, **non dobbiamo consentire l'applicazione in combinazione** del termine di prescrizione di due (2) anni descritti nel decreto legge abrogata con il nuovo *dies a quo* della legge n° 11101/2005, che è, dal data di dichiarazione di fallimento, quindi generare una terza norma non elaborata e mai voluta dal legislatore.

V - In onore del principio di extrattività (retroattività o ultra-attività) nel diritto penale più favorevole, si deve caso a caso controllare la più vantaggiosa per l'imputato... Tuttavia, mai si deve combinare i testi, che avrebbero portato ad una regola senza precedente.

VI - **Il divieto alla combinazione di leggi è suffragata da autorevole dottrina.** A livello nazionale, ad esempio: Nelson Hungria, Anibal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Tra gli stranieri, ad esempio: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muñoz Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina....)

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num\\_registro=200900001557&dt\\_publicacao=04/10/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=200900001557&dt_publicacao=04/10/2010)

<sup>228</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 600817 (07/11/2013), Rel. Min. Ricardo Lewandowski

MAXIME: RICORSO STRAORDINARIO CON IMPATTO GENERALI RICONOSCIUTI. PENALE. PROCEDURA PENALE. TRAFFICO ILLECITO DI DROGA. CRIMINALITÀ ORGANIZZATA IN LEGGE 6368/1976. APPLICAZIONE RETROATTIVA § 4 DELL'ART. 33 DALLA LEGGE 11.343 / 2006. COMBINAZIONE DI LEGGI. IRRICEVIBILITÀ. PRECEDENTI. APPELLO PARZIALMENTE ACCOLTA. ... Non si può fare la combinazione delle parti più favorevoli delle norme, pena creare una terza legge, con violazione dei principi di legalità e di separazione dei poteri. III - **Il giudice deve valutare quale di queste leggi è più favorevole per l'imputato e applicarla nella sua interesse.** IV - Ricorso parzialmente concesso.

Supremo Tribunal Federal, HC 110516 AgR-ED (03/12/2013), Rel. Min. Luiz Fux

Maxime: costituzionale e penale. Le richieste di chiarimento in appello speciale in habeas corpus. Omissioni e contraddizioni. Inesistenza. Traffico di stupefacenti - art. 33 della legge n. 11.343 / 2006. Crimine commesso in termini di legge n. 6.368 / 76. **Lex tertia. Impossibilità. Applicazione, in totum, della legge più vantaggiosa.** ... 4. ... **non è possibile combinare le leggi** (RE-RG 600.817, j. em 07/11/2013). 5. Embargos de declaração desprovidos.

<sup>229</sup> Codice Penale Italiano

Art. 2.

Successione di leggi penali.

Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.

Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.

Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135.

Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.

Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti.

Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti.

eccezionali<sup>230</sup>. Il principio di retroattività della *lex mitior* non trova fondamento all'articolo 25 della Costituzione<sup>231</sup>, ma nell'eguaglianza<sup>232</sup>.

Infatti, “il principio di retroattività della norma più favorevole ha una valenza distinta rispetto al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole in quanto, se quest'ultimo si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo della esigenza di calcolabilità delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale, il primo, invece, non ha alcun collegamento con tale libertà, in quanto la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, al quale l'autore si era liberamente determinato in base al pregresso panorama normativo.”<sup>233</sup>

C'è da aggiungere, inoltre, che, secondo comprende la Corte Costituzionale<sup>234</sup>, il riferito principio di retroattività della legge penale più favorevole non è assoluto e può essere derogato quando ci sia una sufficiente ragione giustificativa<sup>235</sup>. Così, eventuali derogazioni al principio in questione possono essere costituzionalmente legittime se l'opzione di non retroagire abbia per obbiettivo salvaguardare valori o principi analoghi a quello a cui si intende derogare<sup>236</sup>.

---

<sup>230</sup> Mantovani, *Diritto penale*. p. 84

<sup>231</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 393/2006:

Poste queste premesse, deve essere preliminarmente ribadita la giurisprudenza di questa Corte, costante nell'affermare che il regime giuridico riservato alla *lex mitior*, e segnatamente la sua retroattività, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in quanto la garanzia costituzionale, prevista dalla citata disposizione, concerne soltanto il divieto di applicazione retroattiva della norma incriminatrice, nonché di quella altrimenti più sfavorevole per il reo.

<sup>232</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 394/2006:

...mentre la irretroattività della norma sfavorevole trova diretto riconoscimento nell'art. 25, secondo comma, Cost., non altrettanto può dirsi per la retroattività della legge favorevole, il cui fondamento va, invece, individuato nel principio di eguaglianza, che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della *lex mitior*.”

<sup>233</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 394/2006

<sup>234</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 394/2006.

<sup>235</sup> Da segnalare, per opportuno, in caso Scoppola, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto il principio della retroattività della legge penale più favorevole (compreso il caso del diritto intermedio, cioè, non attuali al momento del reato nè al momento del giudizio), come convenzionalmente compresa e salvaguardata principio di cui all'articolo 7 CEDU. E quindi, qualsiasi deroga a tale principio d'ora in poi può essere messa in discussione sia alla luce dell'articolo 3 della Costituzione Italiana (uguaglianza) e ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione, per la violazione dell'articolo 7 CEDU. In altre parole, qualsiasi deroga al principio di retroattività della norma penale più mite può essere considerato incostituzionale perché viola il principio di uguaglianza, in quanto è in contrasto con l'obbligo internazionale di rispettare l'articolo 7 CEDU.

<sup>236</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 393/2006:

Il livello di rilevanza dell'interesse preservato dal principio di retroattività della *lex mitior* – quale emerge dal grado di protezione accordatogli dal diritto interno, oltre che dal diritto internazionale convenzionale e dal diritto comunitario – impone di ritenere che il valore da esso tutelato può essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo (quali – a titolo esemplificativo – quelli dell'efficienza del processo, della salvaguardia dei diritti dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori



È interessante notare che la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, nella Sentenza Scoppola c. Italia del 2009, ha riconosciuto per via interpretativa evolutiva (cambiando precedente posizione sulla materia<sup>237</sup>) che il principio di retroattività della *lex mitior* sarebbe implicitamente contenuto nell’art. 7 CEDU<sup>238</sup>, ciò lo rende il ruolo di norma “interposta” per integrare il parametro di costituzionalità (art. 117 della Costituzione)

Tuttavia, in un caso ulteriore, la Corte Costituzionale ha dichiarato che la Corte EDU non ha apprezzato la possibilità della retroattività di una *le miti or* subire derogazioni o limitazioni. Così, per la Corte Costituzionale, “non è arbitraria la conclusione che il riconoscimento da parte della Corte europea del principio di retroattività *in mitius* – che già operava nel nostro ordinamento in forza dell’art. 2, secondo, terzo e quarto comma, cod. pen. e aveva trovato un fondamento costituzionale attraverso la giurisprudenza di questa Corte – non abbia escluso la possibilità di introdurre deroghe o limitazioni alla sua operatività, quando siano sorrette da una valida giustificazione.”<sup>239</sup>

C’è da registrare che anche la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (Carta di Nizza) prevede, all’articolo 49, il principio di retroattività della legge penale più favorevole.

Rispetto i limiti della retroattività, il sistema giuridico italiano differenzia la norma penale più favorevole dal fenomeno dell’*abolitio criminis*. Così, mentre

---

costituzionali di primario rilievo; cfr. sentenze n. 24 del 2004; n. 10 del 1997, n. 353 e n. 171 del 1996; n. 218 e n. 54 del 1993). Con la conseguenza che lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole.

<sup>237</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 236/ 2011:

La Corte di Strasburgo ha costantemente escluso che l’art. 7 della Convenzione sancisse anche ‘il diritto di beneficiare dell’applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore al reato’ (decisione della Commissione 6 marzo 1978, X. contro Germania; decisione 5 dicembre 2000, Le Petit contro Regno Unito; decisione 6 marzo 2003, Zaprianov contro Bulgaria, tutte relative a ipotesi di successiva depenalizzazione del reato per il quale il ricorrente era stato condannato), pur ammettendo la non contrarietà alla citata norma convenzionale dell’applicazione retroattiva della disposizione penale più favorevole da parte delle giurisdizioni interne (sentenza 27 settembre 1995, G. contro Francia; decisione del 9 febbraio 2006, Karmo contro Bulgaria).

<sup>238</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 236/2011:

Il nuovo orientamento è stato confermato in una successiva pronuncia (decisione 27 aprile 2010, Morabito contro Italia), con cui la Corte europea ha ribadito che «le disposizioni che definiscono i reati e le pene sottostanno a delle regole particolari in materia di retroattività, che includono anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole all’imputato», sottolineando però che l’art. 7 riguarda solamente le norme penali sostanziali, e in particolare le disposizioni che influiscono sull’entità della pena da infliggere.

<sup>239</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 236/2011:

Perciò è da ritenere che il principio di retroattività della *lex mitior* riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguardi esclusivamente la fattispecie incriminatrice e la pena, mentre sono estranee all’ambito di operatività di tale principio, così delineato, le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità.

l'abolizione di una incriminazione fa sospendere l'esecuzione e gli effetti penali di una data condanna, la retroattività di altri leggi penali più favorevoli trova, regola generale<sup>240</sup>, limite nella sentenza irrevocabile, che risponde al fine pratico di "evitare che qualsiasi modificazione più favorevole della legge comporti il laborioso riesame ed adeguamento di tutte le precedenti condanne non interamente scontate e dai relativi effetti penali"<sup>241</sup>.

Infine, si può affermare che, proprio come nel sistema giuridico brasiliano, la verifica della legge penale più favorevole deve essere effettuata *in concreto*<sup>242</sup>, essendo anche vietata la combinazione di norme con lo scopo di trovare quella più favorevole per l'agente, in modo da non creare una nuova legge, dal giudice, in contrasto con la riserva di legge<sup>243</sup>.

#### 2.4.1 L'irretroattività nello Statuto di Roma

Lo Statuto di Roma prevede regola espressa riguardo la irretroattività della legge penale, la cui rappresenta un avanzo sensibile a livello internazionale<sup>244</sup>.

Infatti, le esperienze anteriori alla Corte Penale Internazionale, come i Tribunali speciali creati alla fine della Seconda Guerra Mondiale e nei casi dell'ex Jugoslavia e il Ruanda, poco si sono preoccupati per il principio in questione<sup>245</sup>, essendo

---

<sup>240</sup> Eccezione a questa regola è quella contenuta nell'art. 2, comma 3, Codice Penale italiano, il quale stabilisce che, se un condannato a pena detentiva accade una legge che prevede lo stesso reato penale esclusivamente monetaria, la pena detentiva inflitta immediatamente convertita in una sanzione pecuniaria.

<sup>241</sup> Mantovani, *Diritto penale*. p. 91.

<sup>242</sup> E.g. Corte di Cassazione, Sentenza 13903/2014:

Tirando le somme del discorso sin qui condotto, va in primo luogo rammentato che l'applicazione del principio di prevalenza della *lex mitior*, nei termini sopra esposti, richiede di tener conto della disposizione in concreto complessivamente più favorevole.

Ibidem. p. 91/92:

"La valutazione della legge più favorevole va, pertanto, effettuata: 1) *in concreto*, cioè raffrontando il *complesso* delle conseguenze che deriverebbero applicando la vecchia legge e delle conseguenze che deriverebbero applicando la nuova allo specifico *caso concreto*. A tale scopo vanno considerati tutti gli elementi influenti, in qualsiasi modo, sul trattamento del reo (durata, qualifica delittuosa o contravvenzionale del fatto, scriminanti, scusanti o esimenti, condizioni obiettive di punibilità etc). Come pure le condizioni processuali (es.: querela, istanza, autorizzazione a procedere), che influiscono sul carattere favorevole o sfavorevole delle leggi in questione (v. anche artt. 36 e 37 disp. trans.); 2) considerando più favorevole la legge che, rispetto al *caso concreto*, comporta il trattamento nel *suo complesso* meno svantaggioso, poiché l'art. 2/3 non può che riferirsi al *reale* pregiudizio, che lo specifico soggetto viene concretamente a subire."

<sup>243</sup> E.g. Corte di Cassazione, Sentenza n. 42485/2012

Secondo i principi generali, l'apprezzamento del carattere più favorevole di una disciplina normativa deve essere formulato - come affermato e costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità - considerando la stessa nel suo complesso: una volta individuata la disposizione globalmente ritenuta più favorevole, il giudice deve applicare questa nella sua integralità, non potendo combinare un frammento normativo di una legge e un frammento normativa dell'altra legge secondo il criterio del *favor rei*, perché in tal modo verrebbe ad applicare una *tertia lex* di carattere intertemporale non prevista dal legislatore, violando così il principio di legalità ("*ex plurimis*", Sez. 4, 20 settembre 2004).

<sup>244</sup> Per Sergio Moccia (2004), l'avanzo dello Statuto di Roma, dal punto di vista della legalità penale, è legato ad aspetti di irretroattività.

<sup>245</sup> Segundo Mancini,

essi stessi tribunali di eccezione creati *post factum*<sup>246</sup>.

Il principio di irretroattività può infatti offrire alla delinquenza di Stato un mezzo per garantire la propria impunità.

Così, secondo i sostenitori di questi primi tribunali internazionali, il rischio di sacrificare valori -- quali il divieto di retroattività della legge penale -- deve essere messo in opposizione alla necessità di punire i responsabili di gravi atrocità (in particolare quelle verificate durante il regime nazista).

E il risultato di questo scontro (rappresentato, in primo piano, dal Tribunale di Norimberga), è proprio il risultato della mediazione tra, da un lato, il desiderio di “fare giustizia” a tutti i costi (sia attraverso processi giudiziari o esecuzioni sommarie) e, dall’altro, il desiderio di costituire un precedente storico di un processo giudiziario in cui sono rispettate le garanzie procedurali e sostanziali proprie di un sistema penale credibile (anche se, di conseguenza, portasse il rischio di non punire nessun responsabile)<sup>247</sup>.

Così, più ingiusto di punire (anche se, per questo, si dovessi non osservare il principio di irretroattività della legge penale), sarebbe permettere che i fatti illeciti restassero senza punizione<sup>248</sup>.

E’ stato anche in questo senso, cioè, per evitare l’impunità che il §15 del Patto sui Diritti Civili e Politici, adottato nel 1966 dalle Nazioni Unite, e l’art. 7 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo derogano al principio di irretroattività per i

---

“I percorsi argomentativi sostenuti dai giudicanti possono riassumersi nei seguenti passaggi principali. Sotto il profilo giurisdizionale: la sovranità del potere esercitato al momento della costituzione della giurisdizione consentiva di stabilire una data precedente per il suo esercizio; non risulta che il principio del giudice preconstituito sia una norma di diritto internazionale consuetudinaria imperativa; la *ratio* di tale principio, che sarebbe quella di evitare processi strumentali per punire reati politici e garantire un giusto processo, è pienamente rispettata per come l’organo giudicante ed il processo sono stati costituiti e strutturati. Sotto il profilo sostanziale: i crimini per cui si procede erano già crimini ai sensi del diritto internazionale consuetudinario o pattizio (in alcune pronunce si fa riferimento anche a norme nazionali); la norma che vietava quel comportamento era accessibile e sufficientemente determinata; le conseguenze a cui l’agente sarebbe andato incontro commettendo quel fatto erano dallo stesso prevedibili.” In Mancini, “I crimini contro l’umanità”. p. 48-9

V. Mantovani, *Diritto penale*. p. 82

<sup>246</sup> Infatti, già nella Corte di Norimberga la difesa degli imputati (prima, Hermann Goring, seguito da un’altro) hanno sostenuto la violazione del principio di irretroattività della legge. Secondo loro, i crimini contro la pace erano stati creati *ex post facto*, dato che prima della Carta di Londra non vi era alcuna norma di diritto internazionale o nazionale che qualificasse come tale la condotta descritta dall’art. 6, § 2, lett. a) della Carta. Il movimento, però, è stata breve e autorevolmente respinto in base all’art. 3 della Carta di Londra, secondo il quale “né il Tribunale, i suoi membri, né i loro supplenti possono essere contestati dal pubblico ministero, dagli imputati o dai loro difensori”. V. Mancini, “I crimini contro l’umanità”. p. 37-8

<sup>247</sup> *Ibidem.*, p. 38-40.

<sup>248</sup> Tribunal de Nuremberg, *The Prosecutor v. Goring et al.* 1946: “To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighbouring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to be unpunished.” In A/CN.4/5. p. 43

[http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_5.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_5.pdf)

fatti che, al momento della sua pratica, erano già considerati criminali “secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”<sup>249</sup>.

Lo Statuto di Roma, però, ha rotto il paradigma, come risulta dagli articoli 11 e 24, prevedendo, per quanto riguarda la successione di leggi nel tempo, espressa autorizzazione di applicazione della norma più favorevole.

Infatti, ai sensi dell'articolo 11<sup>250</sup>, la giurisdizione della Corte Penale Internazionale è limitata ai crimini commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto.

Già l'articolo 24 dello Statuto di Roma<sup>251</sup> prescrive la irretroattività della legge penale incriminatrice, sotto il punto di vista dell'individuo, affermando che nessuno può essere criminalmente responsabile, in base allo Statuto, da una condotta praticata in momento precedente alla sua entrata in vigore.

Secondo si ritiene, l'art. 11 costituisce un divieto della Corte esercitare la propria competenza su crimini commessi prima dell'entrata in vigore della Convenzione stessa (giurisdizione *ratione temporis*), mentre l'articolo 24 rappresenta la garanzia per il singolo di non poter essere ritenuto responsabile per un comportamento posto in essere precedentemente alla vigenza dello Statuto (irretroattività *ratione personae*).

Avanza anche lo Statuto di Roma per consentire la retroattività della norma penale più favorevole affermando, anche nel 24, che se il diritto applicabile ad un caso è modificato prima della sentenza definitiva, si applica il diritto più favorevole alla persona oggetto di investigazione, accusata o condannata.

Quindi c'è un limite evidente alla retroattività della legge penale più favorevole, cioè la formazione di cosa giudicata.

Questa opzione, in tutto plausibile, favorisce la sicurezza giuridica, come nel

---

<sup>249</sup> Mantovani, *Diritto penale*. p. 83.

<sup>250</sup> Estatuto di Roma

Articolo 11

Competenza *ratione temporis*

1. La Corte ha competenza solo sui crimini di sua competenza, commessi dopo l'entrata in vigore del presente Statuto.

2. Quando uno Stato diviene Parte al presente Statuto successivamente alla sua l'entrata in vigore, la Corte può esercitare il proprio potere giurisdizionale solo sui crimini commessi dopo l'entrata in vigore del presente Statuto nei confronti di tale Stato, a meno che lo Stato stesso abbi a reso una dichiarazione ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 3..

<sup>251</sup> Estatuto di Roma

Articolo 24

Non retroattività *ratione personae*

1. Nessuno è penalmente responsabile in forza del presente Stato per un comportamento precedente all'entrata in vigore dello Statuto.

Se il diritto applicabile ad un caso è modificato prima della sentenza definitiva, alla persona che è oggetto d'inchiesta, di un procedimento giudiziario o di una condanna sarà applicato il diritto più favorevole.

sistema giuridico italiano, in cui la retroattività della legge penale più favorevole trova limite sulla cosa giudicata. Tuttavia, lo Statuto di Roma si è omesso di regolare la (ir)retroattività in caso di *abolitio criminis*, forse a causa della remota possibilità di ciò verificarsi.

Infine, è opportuno registrare che, nel caso di modifiche successive dello Statuto di Roma, ipotesi prevista all'articolo 121, gli emendamenti modificativi delle disposizioni relative ai crimini di competenza della Corte Penale Internazionale entrano in vigore, per gli Stati che gli abbiano accettato, solo un anno dopo il deposito degli strumenti di ratifica o di accettazione.

D'altra parte, la Corte non può apprezzare crimine oggetto di emendamento sempre che sia stato commesso da nazionali di uno Stato Parte che non abbia accettato l'emendamento o nel rispettivo territorio.

Gli impedimenti all'esercizio della giurisdizione dalla Corte Penale Internazionale a fatti precedenti alla promulgazione dello Statuto di Roma evidenziano oggi un valore molto più storico-evolutivo e dottrinale che pratico, in quanto nel corso degli anni le ipotesi di incidenza di questa norma scompaiono. Allo stesso tempo, però, si può mettere eventualmente in discussione il problema delle lesioni permanenti che si prolungano nel tempo e la possibilità o meno di giurisdizione penale internazionale a dipendere della nozione di "tempo del crime" che se assegni.

Nonostante i progressi innegabili in termini di incorporazione del principio di irretroattività della legge penale più grave, non c'è modo di non puntare due eccezioni a tale principio, previste nello Statuto di Roma stesso, le quali, in un certo senso, lo indeboliscono come garanzia criminale.

La prima di queste eccezioni è prevista agli articoli 11 e 12 dello Statuto di Roma.

Infatti, secondo contenuto, se uno Stato diviene parte dello Statuto dopo la sua entrata in vigore (avvenuta il 1° luglio 2002), la regola è che la Corte Penale Internazionale può solo, rispetto a questo Stato, esercitare la propria giurisdizione in relazione ai crimini commessi dopo la vigenza dello Statuto per questo Stato<sup>252</sup>.

Accade che lo Statuto di Roma apre la possibilità per lo Stato, per propria

---

<sup>252</sup> Cosa succede il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di 60 giorni dopo la data di deposito del suo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione, come previsto all'articolo 126.2 dello Statuto di Roma

volontà, di fare eccezione al principio di irretroattività, accettando la giurisdizione della Corte a fatti precedenti dell'entrata in vigore dello Statuto per questo Stato, ai sensi dell'articolo 11.2<sup>253</sup>.

È stato pertanto in base su tale dispositivo che l'Uganda, che ha depositato lo strumento di ratifica il 14 giugno 2002 (entrata in vigore lo Statuto di Roma in relazione a tale Paese quindi il 1° settembre 2002), attraverso una dichiarazione rilasciata dal governo il 27 febbraio 2004, ha accettato la retroattività della giurisdizione della Corte il 1° luglio 2002<sup>254</sup>.

C'è da registrare che anche lo Stato non parte può accettare sottomettere alla giurisdizione della Corte Penale Internazionale il giudizio di un determinato crimine e, anche in questo caso, farlo retroattivamente<sup>255</sup>. Abbiamo, ad esempio, la Costa d'Avorio, che anche senza ratificare lo Statuto di Roma, ha accettato nel 2005 la giurisdizione della Corte per i crimini commessi all'interno del suo territorio a partire dal 19 settembre 2002<sup>256</sup>.

Non c'è dubbio che, dal punto di vista della protezione dell'umanità, la possibilità offerta agli Stati di fare eccezione al principio di irretroattività ha per scopo evitare l'impunità.

Tuttavia, dal punto di vista individuale, c'è un chiaro indebolimento del principio in questione e della sicurezza giuridica stessa, in quanto cittadini di uno Stato particolare possono trovarsi soggetti alla giurisdizione della Corte Penale Internazionale senza che abbiano conoscenza previa delle norme penali incriminatrici.

Si fa ancora più critica l'ipotesi riguardo il Consiglio di Sicurezza, che può sottomettere (anche dopo la pratica dei fatti) casi alla Corte Penale Internazionale relativi a uno Stato non parte e, in generale, contro la sua volontà.

Pertanto, il Consiglio di Sicurezza, che ha la prerogativa di provocare la Corte Penale Internazionale a estendere la sua giurisdizione a Stati non Parte, non trova limiti neanche nella irretroattività. In realtà, l'unico limite di tempo per l'esercizio della giurisdizione si riferisce alla data di entrata in vigore dello Statuto di Roma, vale a dire,

---

<sup>253</sup> rispettando, in ogni caso, il termine della stessa Corte Penale Internazionale, cioè, il 1° Luglio 2002.

<sup>254</sup> Stefano Mancini, "Il Principio di Irretroattività aspetti sostanziali e giurisdizionali", in *Diritto penale internazionale*, org. Enrico Mezzetti, 2° ed, vol. II - Studi (Torino: Giappichelli, 2010), 33-75. p. 57-58.

<sup>255</sup> Interessante notare essere possibile a uno Stato, di fronte a un conflitto interno imminente, in carattere preventivo, dichiarare che tutti i crimini di guerra, genocidio contro l'umanità commessi a caso saranno oggetto di Corte Penale Internazionale. Così, sarà pienamente soddisfatto il principio di irretroattività.

<sup>256</sup> Mancini, "Il Principio di Irretroattività aspetti sostanziali e giurisdizionali". p.58 .

il 1° luglio 2002<sup>257</sup>.

Questo è successo con il caso Darfur, in Sudan. Infatti, con la Risoluzione 1593/2005, il Consiglio di Sicurezza ha sottomesso alla Corte Penale Internazionale la situazione di Darfur, conferendole giurisdizione<sup>258</sup>.

Infine, nonostante l'innegabile avanzo con la positivazione del principio di irretroattività penale, le eccezioni portate dallo Statuto di Roma finiscono per mettere in discussione la sua piena conformità. Infatti, nonostante sia noto che la previsione di tali eccezioni abbia lo scopo di evitare l'impunità, il fatto è che, dal punto di vista dell'individuo imputato, il principio di irretroattività è stato fortemente limitato.

---

<sup>257</sup> Ibidem. p. 59-60.

<sup>258</sup> Ibidem., p. 61/62.

## CAPITOLO III

### 3 L'IMPRESCRITTIBILITÀ DEI REATI E DELLE PENE NELLO STATUTO DI ROMA E L'EVENTUALE INCOMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO NAZIONALE

#### 3.1 Prescrizione penale: alcuni fondamenti

Il trascorrere del tempo nel diritto penale ha un effetto favorevole sui trasgressori, poiché può causare l'estinzione della responsabilità penale già dichiarata in tribunale con una sentenza definitiva (prescrizione della pena) o può anche terminare con la possibilità di stabilire la responsabilità penale (prescrizione del reato<sup>1</sup>). La prescrizione è, pertanto, “l'estinzione del reato o della pena per mancato esercizio della pretesa punitiva protratta nel tempo”.<sup>2</sup>

La prescrizione in materia penale è un limite alla pretesa punitiva istituito dagli Stati<sup>3</sup>. Infatti, gli Stati avrebbero interesse “di non lasciare rapporti giuridici indefinitamente sospesi nel tempo”, perché “la perpetua pendenza dei rapporti contrasta col carattere temporaneo della natura umana ed è fonte di incertezza e disordine non vantaggiosi per la società”.<sup>4</sup> Quindi, la prescrizione vuole tutelare altri interessi che possono essere più rilevanti della reale intenzione punitiva, poiché, dopo un certo tempo, la società dimentica e considera inutile la prosecuzione del reato o l'imposizione della pena.<sup>5</sup>

Si afferma, in questo senso, che trascorso un certo tempo, più o meno prolungato, si sarebbero mitigati o praticamente scomparsi l'obbligo di retribuzione in

---

<sup>1</sup> Secondo Paolo Pisa, “solo la prescrizione del reato ha alle spalle una tradizione storicamente consolidata. Il fenomeno prescrittivo della sanzione penale è, invece, di data più recente, tanto da essere ignoto perfino nell'ambito di alcune codificazioni pre-unitarie.” Paolo Pisa, “voce Prescrizione-f) Diritto penale”, *Enciclopedia del diritto*, [s.d.], p. 78-80.

<sup>2</sup> Girolano Penso, “voce Prescrizione del Reato e della Pena”, org. Mariano d'D'Amelio, *Nuovo Digesto Italiano* (Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1937). p. 258.

<sup>3</sup> In realtà, lo Stato, in determinate ipotesi e soddisfatte determinati requisiti, rinuncia alla sua pretesa punitiva e quindi abbandona il suo potere di perseguire e punire i responsabili di un reato. José Luis Gusmán Dalbora, “Crimes Internacionais e Prescrição”, in *Tribunal penal internacional: possibilidades e desafios*, org. Kai Ambos e Carlos Eduardo Adriano Japiassú (Lumen Juris, 2005), 185–97. p. 188

<sup>4</sup> Penso, “voce Prescrizione del Reato e della Pena”. p. 261.

<sup>5</sup> Dotti, *Curso de direito penal*. p. 679ss



base alla colpevolezza dell'ingiusto e la lesività della condotta, così come la necessità di imporre o eseguire la pena per servire come prevenzione generale.<sup>6</sup> Il passaggio del tempo cancella il ricordo dei fatti, facendo con sé il crimine sia dimenticato per cessare l'allarme e lo squilibrio sociale da esso causato.<sup>7</sup>

Così, il bisogno sociale di punire si sarebbe ridotto finché diventasse minore dell'auspicabile (e in questi casi, prevalente) necessità di preservare la pace sociale attraverso il consolidamento della situazione giuridica.

La prescrizione, perciò, corrisponde a una necessità social, ossia, assicurare la dimenticanza sui crimini la cui punizione, che difficoltosa o rimandata ha perso la sua utilità<sup>8</sup>.

L'essenza dell'istituto della prescrizione, quindi, è di evitare che la persecuzione sia eternamente possibile, proteggendo così l'individuo di un senso di costante incertezza giuridica per quanto riguarda lo Stato sanzionatorio.

La prescrizione è un limite all'esercizio dello *ius puniendi*, ma non genera necessariamente un diritto soggettivo da parte del responsabile di un reato. In Brasile, ad esempio, l'individuo non può rinunciare alla prescrizione, per, così, cercare di dimostrare la sua innocenza<sup>9</sup>, perché i motivi politico-criminali sono considerati superiori a questo interesse individuale. Dall'altra parte, nel diritto italiano il Codice Penale prevede la possibilità dell'individuo di rinunciare alla prescrizione, a condizione che lo faccia esplicitamente<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Giuseppe Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale* (A. Mancini, 1856). p. 274.

“Il decorso del tempo fa cessare la responsabilità penale perchè estingue nell'animo dei cittadini colla memoria del delitto quella perturbazione, onde viene diminuita la loro sicurezza, ed ingenerato il danno sociale: ora è certo che lo scemamento di tale perturbazione, la quale poi finisce coll'estinguersi, operasi a gradi e comincia poco dopo l'infausto giorno del misfatto.”

<sup>7</sup> Giostra, Glauco, “La prescrizione: aspetti processuali”, in *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli* (Giuffrè Editore, 2006), 79–93. p.85

<sup>8</sup> Nelson Hungria, *Comentários ao Código penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. --, 5. ed. --, vol. IV (Rio de Janeiro: Forense, 1977). p. 214

<sup>9</sup> Nonostante la tradizione giuridica brasiliana nel tema, c'è un recente progetto di legge (Progetto di Legge del Senato n. 111/2012) che ha come scopo la modifica del Codice Penale e del Codice del Processo Penale per dare all'imputato il diritto di rinunciare al termine prescrizione.

[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=105115](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=105115)  
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106624&tp=1>

<sup>10</sup> Codice Penale Italiano, articolo 157:

“La prescrizione è sempre espressamente rinunciabile dall'imputato.”

Infatti, la Corte Costituzionale già aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del previgente art. 157 del codice penale per non consentire la rinunciabilità della prescrizione (Sentenza n. 275/1990):

“Dinanzi a questa realtà, il legislatore, nel disciplinare l'istituto sostanziale della prescrizione, non poteva dunque non tener conto del carattere inviolabile del diritto alla difesa, inteso come diritto al giudizio e con esso a quello alla prova.

Senza voler essere esauriente, i fondamenti per la prescrizione nel diritto penale si trovano in alcune proposte teoriche che possono essere così raggruppate<sup>11</sup>: (i) quelle che cercano la ragione per l'istituto in considerazioni a ordine procedurali (teoria della dispersione probatoria o del deperimento delle prove); (ii) quelle concernenti la funzione della pena (teoria della riabilitazione sociale e della espiatione morale); (iii) quelle che disegnano un parallelo con la prescrizione civilistica (teoria del possesso del diritto all'impunità); e (iv) quelle, più recente, che prendono in considerazione il punto di vista della società.<sup>12</sup>

Per la prima, ossia, la teoria della prova la prescrizione troverebbe le sue basi in considerazioni di carattere procedurale, poiché il passaggio del tempo aumenterebbe la difficoltà di dimostrare il fatto (perché le prove tendono a scomparire), aumentando la possibilità di errori giudiziari<sup>13</sup>. Così, con il passare del tempo, si perderebbe la sostanza della prova e, successivamente, diminuirebbe, fino a scomparire, la possibilità di una sentenza giusta<sup>14</sup>. D'altra parte, l'inerzia dell'apparato punitivo nella repressione dei reati dimostrerebbe sia la non necessità o l'inutilità di una punizione così lontana dal verificarsi del reato, e il conseguente disinteresse dello Stato nella sua punizione.<sup>15</sup>

Per tale formulazione, si certifica che, con il tempo, il fatto commesso finisce per perdersi nel passato, restando privo delle sue caratteristiche fisiche e delle circostanze, diventando sempre più difficile raccogliere prove del fatto criminale per una valutazione

---

È insomma privo di ragionevolezza rispetto ad una situazione processuale improntata a discrezionalità, che quell'interesse a non più perseguire (sorto a causa di circostanze eterogenee e comunque non dominabili dalle parti) debba prevalere su quello dell'imputato, con la conseguenza di privarlo di un diritto fondamentale. Dev'essere, pertanto, affermata la rinunciabilità anche della prescrizione dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 157 del codice penale che non la prevede.”

<sup>11</sup> Mantovani aggruppa le teorie in modo diverso, lasciando in secondo piano “l'emenda del reo” e “le possibile difficoltà di prova”, perché le considera poco convincenti:

“Le ragioni dell'istituto, di lunga tradizione, vengono ravvisate: a) nell'attenuarsi dell'interesse dello Stato alla punizione dei reati il cui ricordo sociale si è affievolito per il trascorrere di un periodo di tempo nel quale non si sia arrivati all'accertamento della responsabilità o alla esecuzione della pena inflitta; b) nell'esigenza garantista di non tenere sottoposto il soggetto alla ‘spada di Damocle’ della giustizia per un tempo indefinito od eccessivo con tutti gli effetti negativi sulla vita dello stesso; c) nonché anche nell'interesse di non gravare il sistema giudiziario del cumulo di processi non definiti.”

Mantovani, *Diritto penale*. p. 822/823

<sup>12</sup> Dotti, *Curso de direito penal*. p. 680.

<sup>13</sup> Alfredo Molari, “voce Prescrizione del reato e della pena (Diritto Penale)”, org. Antonio Azara e Ernesto Eula, *Novissimo digesto italiano* (Torino: Unione Tip. Editrice Torinese, 1957). p. 683:

“La memoria dei fatti – si osserva – non dura all'infinito: i testi, i documenti, le stesse tracce del reato, tutto ciò insomma che sulla fondatezza dell'addebito dovrebbe far acquisire una conoscenza non compromessa dal dubbio, soggiace, al pari di ogni altra cosa, all'usura del tempo. Ne consegue fatalmente che l'idoneità rappresentativa di ogni strumento probatorio, finisce con l'attenuarsi sempre; ed in molti casi può darsi perfino l'ipotesi anche peggiore di un mezzo di prova il quale scade al rango di fonte d'inganno piuttosto che di conoscenza. In queste condizioni, pertanto, e specie se si tien conto di quanto gravi siano le conseguenze di una condanna penale, sancibilidem.re la prescrizione del reato non sarebbe soltanto questione di opportunità, ma, come alcuni giungono a dire, una scelta di politica criminale addirittura inevitabile.”

<sup>14</sup> Dotti, *Curso de direito penal*. p. 680.

<sup>15</sup> Gusmán Dalbora, “Crimes Internacionais e Prescrição”. p. 189

corretta del reato<sup>16</sup>.

La teoria, però, merita critiche, perché giustificherebbe solo la pretesa prescrizione punitiva, mai la prescrizione esecutoria<sup>17</sup>. Infatti, quando dall'esecuzione della pena irrogata con la sentenza, l'inchiesta penale, di regola, si è già esaurita. Infatti, non si intravede nessun rapporto tra l'impossibilità di raccogliere prove e l'esecuzione penale.

Inoltre, in Brasile, la prescrizione come misura di estinzione della punibilità non è vincolata all'esistenza di prove sufficienti al deferimento di una sentenza criminale. Questo perché, dopo il decorso del termine, la prescrizione dovrà essere emanata, con o senza gli indizi del crimine. In Italia, più coerentemente, c'è l'obbligo di proscioglimento con formula di merito, nonostante il verificarsi della prescrizione<sup>18</sup>.

Tuttavia, “come spiegare l'imprescrittibilità dei reati per i quali sono previste le massime pene al lume di una *ratio* che, se fosse davvero fra quelle fondamentali, dovrebbe imporre il divieto di ogni indagine a maggior ragione per essi?”<sup>19</sup> Infatti, sembra un paradosso che laddove l'esigenza di certezza dovrebbe essere più forte, come nel caso dei reati più gravi, anche punibili con l'ergastolo in Italia, si ha una situazione di imprescrittibilità.<sup>20</sup>

In un altro aspetto, dobbiamo far riferimento alla teoria dell'espiazione morale. Da questo punto di vista, il rimorso e tutte le tribolazioni subite dal presunto trasgressore, finché avvenga la dichiarazione di prescrizione, equivarrebbe a un sostituto della pena.<sup>21</sup> L'oppressione che il criminale ha sentito, mentre non si operava la prescrizione, sarebbe un male, forse superiore, alla propria sanzione penale.<sup>22</sup>

Tuttavia, nonostante il processo rappresenti un onere all'imputato, non si può affermare che l'autore del reato abbia veramente subito tribolazioni a causa del processo<sup>23</sup>,

---

<sup>16</sup> Jacopo Buonfanti, *Della istruzione de'processi criminali in Toscana* (Tipografia di G. Baccelli, 1850). p. 51

“... la facilità di perdere col tempo la pruova di una convenevole giustificazione, il che renderebbe ineguale, ed ingiusta una troppo tarda difesa.”

<sup>17</sup> Hungria, *Comentários ao Código penal*. p.220.

<sup>18</sup> Pisa, “voce Prescrizione–f) Diritto penale”. p. 79-80.

<sup>19</sup> Molari, “voce Prescrizione del reato e della pena (Diritto Penale)”. p. 684.

<sup>20</sup> Pisa, “voce Prescrizione–f) Diritto penale”. p. 80.

<sup>21</sup> Gusmán Dalbora, “Crimes Internacionais e Prescrição”. p.189

<sup>22</sup> Dotti, *Curso de direito penal*. p. 680.

<sup>23</sup> Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale*. p. 265.

“Alcuni dissero che il lungo strazio della coscienza lacerata dai rimorsi del delitto servendo di espiazione al delitto medesimo faceva cessare la responsabilità penale, argomento falsissimo se si riflette che il Magistero penale non è un istituto di espiazione, ma è un diritto di difesa.”

neanche presumere il suo rimorso<sup>24</sup>. Se il senso di colpa potesse giustificare qualche istituto penale, giustificherebbe il perdono giudiziale o la grazia e non la prescrizione, che ha un fondamento diverso.

Di solito associata alla teoria dell'espiazione morale, vi è l'argomento della presunzione della rigenerazione dell'imputato<sup>25</sup>. Così, passato il tempo, senza che fosse praticato un nuovo reato, farebbe presumere la sua rigenerazione.

Tuttavia, la buona condotta rafforza la non necessità di punizione, non la presunzione dell'emenda. Anche perché, se il fondamento della prescrizione fosse la presunta emenda dell'individuo, non si giustificherebbero le prescrizioni di breve termine, insufficiente a supporre il suo cambiamento<sup>26</sup>.

Inoltre, il controllo della prescrizione avviene in base essenzialmente oggettiva. Non c'è “spazio per un esame caso per caso della personalità del reo, al fine di valutare il venir meno delle esigenze rieducative nei suoi confronti (...) neppure viene in considerazione la circostanza – sicuramente significativa – della successiva commissione di nuovi reati da parte del soggetto.”<sup>27</sup>

Conforme alla teoria civilistica, l'autore del reato, per l'inerzia dello Stato, avrebbe acquisito una sorta di diritto all'impunità<sup>28</sup>, in analogia alla prescrizione acquisitiva del Diritto Civile. Il decorso del tempo trasformerebbe la condizione di impunità posseduta dal reo in una situazione di diritto<sup>29</sup>.

Tuttavia, la negligenza della società di adempiere il suo obbligo giuridico di punizione del reato non dà all'imputato nessun diritto, molto meno il diritto all'impunità. La prescrizione è un mezzo per conciliare la giustizia penale con i fatti, non è mai uno strumento di impunità o un incentivo alla criminalità. Non è il criminale che conquista il

<sup>24</sup> Come sottolineato da Roux, la vita penosa e piena di inquietazioni del colpevole, quando su minaccia del processo o di esecuzione della pena, è più immaginata dagli autori che vissuta dai criminali. Jean-André Roux, *Cours de droit criminel français, par J.-A. Roux*, 2<sup>o</sup> ed (L. Tenin, 1927). p. 216; apud Hungria, *Comentários ao Código penal*. p.218

<sup>25</sup> Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale*. p. 265-266.

“Altri opinarono che un lungo lasso di tempo non contrassegnato da delitti facesse presumere l'emendazione de' costumi, e cessar quindi il bisogno d'applicare la pena, errore non dissimile dal primo per chi considera non essere l'emenda del delinquente il fine primario della penale sanzione. Pure questa ragione piacque al Francese Brissot, che da un falso principio deducendo una falsa conseguenza opinò non doversi riconoscere altra prescrizione ne' giudizj criminali, se non quella che fosse accompagnata dall'emendazione dei costumi”.

<sup>26</sup> Hungria, *Comentários ao Código penal*. p.220 .

<sup>27</sup> Pisa, “voce Prescrizione-f) Diritto penale”. p. 80.

<sup>28</sup> Dotti, *Curso de direito penal*. p. 680.

<sup>29</sup> Buonfanti, *Della istruzione de'processi criminali in Toscana*. p. 51.

“nelle cose penali il consenso pubblico a non tenere un uomo molto tempo per reo, deve convertire in *diritto* il lungo possesso ch'egli ha della sua sicurezza, e della sua uona fama, ossia convertire in *dritto* il *fatto*, e in verità se non reale, almeno d'ordine pubblico, le sue costanti apparenze d'innocenza.”

privilegio dell'esenzione penale, ma è la giustizia che, quando tarda, non riesce nei suoi obiettivi pratici.<sup>30</sup>

Per la teoria della riabilitazione sociale, conosciuta anche come dell'emenda del criminale, egli, poiché non ha commesso alcun reato per lungo tempo, sarebbe presumibilmente riadattato alla vita sociale, dovendo, per questo, avvenire la prescrizione. Non persisterebbe la necessità della punizione, perché, decorso un periodo, il presunto colpevole sarebbe, di per sé, rieducato.

Tale comprensione, comunque, si presenta fragile per giustificare l'istituto della prescrizione perché la sua orbita di applicazione prevede la categoria di riabilitazione sociale per il solo passare del tempo. Tuttavia non esiste nella legislazione penale alcuna indicazione che il solo passare del tempo, senza imposizione di qualche tipo di sanzione o misura coercitiva, risulti nel ricupero del criminale.

Da un criterio soggettivo, e senza allontanarsi troppo dalla teoria di reinserimento sociale o dell'emenda, la prescrizione potrebbe essere giustificata dal punto di vista psicologico. Così, con il passare del tempo, ci sarebbe stato un cambiamento psichico del presunto colpevole<sup>31</sup>, essendo anche questa una presunzione.

Quelli che prendono in considerazione la funzione della pena vincolano la prescrizione secondo la corrispondente funzione che ogni teoria attribuisce alla pena<sup>32</sup>.

Così, secondo l'impostazione speciale preventiva negativa, che mira, con l'imposizione di una sanzione, evitare che il criminale riprenda il crimine, non avrebbe senso applicare una pena molto tempo dopo aver compiuto un reato, specialmente se l'autore, infatti, non ne ha praticati altri.

Infatti, se per la prevenzione speciale negativa non avrebbe senso intimidire una persona che non ha commesso altri reati, per la prevenzione speciale positiva, non sarebbe necessaria né la correzione né lo sviluppo di strategie per prevenire nuovi fatti dal soggetto che non ha praticato nessun altro reato, anche senza punizione precedente.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Hungria, *Comentários ao Código penal*. p. 221.

<sup>31</sup> Come esempio, c'è la riduzione del termine prescrizione, alla metà, in caso di criminali minori di 21 anni, prevista nell'articolo 115 del Codice Penale brasiliano. Come la personalità non sarebbe ancora totalmente formata, si immagina che il reinserimento sociale sia più semplice riguardo a questi giovani.

<sup>32</sup> Pietro Pomanti, *I provvedimenti di clemenza: amnistia, indulto e grazia* (Giuffrè Editore, 2008). p. 288: "... decorso un lasso di tempo talmente elevato lo Stato rinuncia alla potestà punitiva poiché una pena irrogata a distanza di troppo tempo non potrebbe spiegare alcuna funzione general-preventiva o special-preventiva, come pure non potrebbe svolgere alcuna attività o funzione di reinserimento sociale del condannato."

<sup>33</sup> Ferrando Mantovani:

"La prescrizione è, comunque, considerata meno contrastante con una concezione della pena in senso specialpreventivo – nonostante le opposizioni dei positivisti e della Nuova difesa sociale – che intimidativo-

Per la teoria della prevenzione generale negativa, secondo la quale, per l'imposizione di una pena, si cerca di intimidire la società nel suo complesso, la prescrizione non trova molti fondamenti, giacché saranno ancora presenti gli effetti della prevenzione generale in caso di imposizione di una pena, anche se tardivamente. Infatti, secondo tale impostazione, la prescrizione attenua l'efficacia preventiva della comminatoria edittale e aumenta la convinzione dell'impunità.

Infatti, se lo scopo della pena è intimidatorio, questa intimidazione non sarà rafforzata dalla prescrizione, e può generare l'effetto opposto. Anche perché se la pena informa alla società la validità di una norma, questo messaggio viene inviato anche nel caso in cui la pena è inflitta molto tempo dopo la pratica del reato.

Questo stesso senso di impunità è generato dal punto di vista della teoria della prevenzione generale positiva. Infatti, il messaggio che la prescrizione trasmette non rinforza la norma e i valori protetti di una data società.

Infine, nel caso delle teorie retributive o assolute, l'idea che il passaggio del tempo permette dimenticare il fatto, estinguendo la pena, è assolutamente incompatibile con le finalità a essa legate. Infatti, la prescrizione non soddisfa l'ideale retributivo, poiché si richiede la pena per il reato per il ristabilimento del diritto<sup>34</sup>.

Più recentemente, sono sorte teorie che spiegano la prescrizione tenendo conto la funzione del diritto penale, che ha, tra le sue missioni, il mantenimento dell'ordine sociale. Pertanto, la prescrizione deriverebbe dal fatto che il contenuto disturbante del reato non è statico. E, trascorso certo periodo, questo disturbo generato dal reato svanirebbe fino all'oblio.<sup>35</sup>

Resta inteso, quindi, che il clamore iniziale generato dalla pratica di un reato sarebbe coperto dalla dimenticanza, non facendo parte della memoria delle nuove generazioni, che non vedrebbero più come pericoloso certo fenomeno, perdendosi la necessità di punire un illecito già dimenticato<sup>36</sup>. Così, da questa teoria, con il passare del

---

retributivo. Mentre quest'ultima esigenza può anche non venire meno, è, al contrario, dubbio che, trascorso un certo periodo di tempo dal momento della commissione del reato, la personalità del colpevole non possa essersi cambiata. Sicché potrebbe non apparire più ragionevole applicare una misura rieducativa in circostanze oggettive e soggettive diverse da quelle alle quali sarebbe stata adeguata.”  
Mantovani, *Diritto penale*. p. 823.

<sup>34</sup> In senso contrario, Paolo Pisa afferma che, almeno per i reati di lieve o media gravità, “nelle sue linee generali la prescrizione è armonizzabile con la funzione repressiva del diritto penale, o più precisamente la finalità retributiva della pena (nonché con un'eventuale funzione general-preventiva).” Pisa, “voce Prescrizione–f) Diritto penale”. p. 80.

<sup>35</sup> Dotti, *Curso de direito penal*. p. 680.

<sup>36</sup> Penso, “voce Prescrizione del Reato e della Pena”. p. 261.

tempo, la società dimentica il crimine, perdendo la reazione penale il suo obiettivo di intimidazione collettiva.<sup>37</sup>

Quindi vi è una presunzione naturale che sarà inutile, disumana, una condanna pronunciata anni dopo l'atto punibile, o una pena eseguita anni dopo la condanna, quando già svanito il ricordo del crimine a causa del lungo periodo di omissione o negligenza della società ad agire contro di esso. L'intervento del Diritto Penale troppo tarde non sarebbe un atto di giustizia proficua, ma un semplice capriccio di vendetta.<sup>38</sup>

Infatti, il passaggio del tempo cancella dalla memoria collettiva alcuni effetti del reato<sup>39</sup>, come l'indignazione e l'insicurezza sociali, ragioni per cui la repressione, dopo un lungo periodo, non solo sarebbe diventata insignificante agli occhi della società, che non la reclamerebbe più, ma avrebbe l'effetto opposto, generando nell'opinione pubblica sentimenti di commiserazione.<sup>40</sup>

A partire dalla prescrizione, quindi, si stabilisce il momento in cui il reato merita di essere dimenticato, sia perché la punizione non ha più senso, o anche a causa della corrosione naturale di prove. Essa rappresenta uno strumento particolarmente flessibile di dosaggio tra la memoria e l'oblio, la punizione e il perdono, poiché è consentito estendere o ridurre il periodo di prescrizione, modificare il punto di partenza o addirittura amministrare un dominio imprescrittibile.<sup>41</sup>

E così facendo, la prescrizione serve tanto per i reclami sociali relativi alla sicurezza giuridica quanto agli ideali concernenti l'umanità: per quanto riguarda la sicurezza giuridica, la prescrizione servirebbe a concedere la certezza nei rapporti che sorgono nella vita sociale, eliminando gli effetti di determinati norme, che durante certo tempo, non sono state applicate; già a proposito dell'umanità, la prescrizione servirebbe

---

“... il tempo, con la sua azione modificatrice di tutte le umane vicende, anche se non cancella, affievolisce enormemente, col suo decorso, il ricordo delle azioni umane, sicchè, dopo un lungo lasso di tempo, proporzionale alla gravità del reato, la memoria dell'azione illecita si deilita dinanzi alla coscienza pubblica: tutte le trepidazioni, le ansie, gli allarmi che si destarono al momento del reato, si scolorano attraverso il decorso del tempo, fino ad avvolgersi, più o meno interamente, del velo dell'oblio.”

<sup>37</sup> Infatti, come affermato da Dalbora, il passar degli anni indebolisce l'allarme collettivo creato dal male, perché non fa più parte della memoria delle nuove generazioni e si disfa grazie all'ombra del dimenticatore, nel ricordo della generazione che l'ha testimoniato. Gusmán Dalbora, “Crimes Internacionais e Prescrição”. p. 189.

<sup>38</sup> Hungria, *Comentários ao Código penal*. p. 215

<sup>39</sup> Pomanti, *I provvedimenti di clemenza*. p. 107-8:

“Attraverso la prescrizione, sempre, lo Stato rinuncia a punire e perseguire determinati fatti costituenti reato, poiché il notevole lasso di tempo intercorso tra la commissione del fatto stesso e l'accertamento definitivo del medesimo ha comportato che il disvalore di quel fatto si sia perso nell'oblio sociale.”

<sup>40</sup> Velloso, Ana Flávia Penna, “A imprescritibilidade dos crimes internacionais”, org. Brant, Leonardo Nemer Caldeira, *Anuário Brasileiro de Direito Internacional* v.1 n.1 (2006): 11–27. p.14.

<sup>41</sup> François Ost, *O tempo do direito* (Edusc, 2005). p.169

a liberare l'autore di un reato dell'eterna possibilità di un'imposizione imminente di pena o di esecuzione.<sup>42</sup>

Questa comprensione permette giustificare la prescrizione tanto del reato come della pena, giacché appella all'esigenza della sicurezza giuridica. Così, uno stato di incertezza, la cui manutenzione sarebbe rischiosa sia per l'esistenza del Diritto come per la pace della comunità, viene eliminato dopo un certo periodo di tempo in cui alcune disposizioni di legge non hanno trovato applicazione<sup>43</sup>.

Infine, non si può non menzionare quelli che non vedono alcuna giustificazione logica assoluta nella prescrizione.<sup>44</sup>

Comunque, ogni Stato, a livello nazionale, ha ampia libertà di definire, in attenzione alle proprie e specifiche esigenze sociali, le ipotesi e i termini di prescrizione, non avendo, quindi, un'uniformità in relazione alla materia.

Pertanto, ogni Stato fa un giudizio circa la gravità dei fatti commessi per definire i termini di prescrizione<sup>45</sup>. Così, in regola, la prescrizione è ignorata dal *common law*, con solo alcune determinate leggi che la prevedono (*statute law*)<sup>46</sup>. Secondo il diritto tedesco, era già eccettuata la prescrizione in caso di crimini di genocidio e di omicidio. Dal giugno 2002, con il Code of Crimes against International Law tedesco, oltre al genocidio, sono diventati imprescrittibili i crimini di guerra e contro l'umanità<sup>47</sup>. In Francia, soltanto i crimini di genocidio e contro l'umanità sono imprescrittibili, prescrivendo quelli di guerra, dipendendo dalla gravità, in 20 o 30 anni.<sup>48</sup> In Venezuela,

---

<sup>42</sup> Gusmán Dalbora, "Crimes Internacionais e Prescrição". p. 189-90.

<sup>43</sup> Ibidem. p. 189-190.

<sup>44</sup> Paolo Pisa:

"In conclusione, quindi, si può affermare che la *ratio* della prescrizione risiede in un'esigenza politica di soprassedere all'irrogazione di sanzioni penali dopo un determinato (non breve) lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato o dalla pronuncia della sentenza di condanna. Si tratta di un istituto privo di una giustificazione logica assoluta, come dimostra l'esistenza di casi di imprescrittibilità. Essendo imperniata su valutazioni di (astratta) gravità oggettiva, desumibili dalla misura della sanzione, la prescrizione del reato denuncia una correlazione più stretta con una visione retributivo-repressiva del diritto penale e un certo livello di conciliabilità con la funzione generalpreventiva della pena, mentre più problematico (almeno nell'assetto attuale) appare il suo collegamento con istanze rieducativo-risocializzatrici o comunque special-preventivo." Pisa, "voce Prescrizione-f) Diritto penale". p. 81.

<sup>45</sup> Cassese et al., *Cassese's International Criminal Law*. p. 313.

<sup>46</sup> Ibidem.

<sup>47</sup> Act to Introduce the Code of Crimes against International Law (June/2002)

Section 5

Non-aplicability of statute of limitations

The prosecution of serious criminal offences pursuant to this Act and the execution of sentences imposed on their account shall not be subject to any statute of limitations.

<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf>

<sup>48</sup> Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law: Volume 1: Foundations and General Part* (Oxford University Press, 2013). p. 428.

Codice penale francese:



la Costituzione dichiara imprescrittibili “*delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra*”<sup>49</sup>, e in El Salvador, il Codice Penale ha introdotto l’imprescrittibilità dei reati di *tortura, actos de terrorismo, secuestro, genocidio, violación de las leyes o costumbres de guerra, desaparición forzada de personas, persecución política, ideológica, racial, por sexo o religión*<sup>50</sup>.

In Italia, il testo costituzionale non prevede esplicitamente la prescrizione dei reati e delle pene<sup>51</sup>. Le regole della prescrizione si trovano nel Codice Penale<sup>52</sup>, e

---

Article 213-5

L'action publique relative aux crimes prévus par le présent sous-titre, ainsi que les peines prononcées, sont imprescriptibles.

Article 462-10

L'action publique à l'égard des crimes de guerre définis au présent livre se prescrit par trente ans. La peine prononcée en cas de condamnation pour l'un de ces crimes se prescrit par trente ans à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive.

L'action publique à l'égard des délits de guerre définis au présent livre se prescrit par vingt ans. La peine prononcée en cas de condamnation pour l'un de ces délits se prescrit par vingt ans à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive.

<sup>49</sup> Costituzione venezuelana, Articolo 29:

“El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.”

<sup>50</sup> Articolo 99 del Codice Penale di El Salvador:

“La pena privativa de libertad impuesta por sentencia firme se extingue por prescripción en un plazo igual al de la pena impuesta más una cuarta parte de la misma, pero en ningún caso será menor de tres años.

La pena no privativa de libertad prescribe a los tres años.

La pena impuesta por una falta prescribe en un año.

No prescribe la pena en los casos siguientes: tortura, actos de terrorismo, secuestro, genocidio, violación de las leyes o costumbres de guerra, desaparición forzada de personas, persecución política, ideológica, racial, por sexo o religión, siempre que se trate de hechos cuyo inicio de ejecución fuese con posterioridad a la vigencia del presente Código.

<sup>51</sup> Sui fondamenti costituzionali della prescrizione si veda ad esempio Corte Costituzionale, Sentenza n. 275/1990.

<sup>52</sup> Codice Penale Italiano, Articolo 157.

“Prescrizione. Tempo necessario a prescrivere.

La prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria.

Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti, salvo che per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale, nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante.

Non si applicano le disposizioni dell'articolo 69 e il tempo necessario a prescrivere è determinato a norma del secondo comma.

Quando per il reato la legge stabilisce congiuntamente o alternativamente la pena detentiva e la pena pecuniaria, per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo soltanto alla pena detentiva.

Quando per il reato la legge stabilisce pene diverse da quella detentiva e da quella pecuniaria, si applica il termine di tre anni.

I termini di cui ai commi che precedono sono raddoppiati per i reati di cui agli articoli 449 e 589, secondo, terzo e quarto comma, nonché per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale. I termini di cui ai commi che precedono sono altresì raddoppiati per il reato di cui all'articolo 572 e per i reati di cui alla sezione I del capo III del titolo XII del libro II e di cui agli articoli 609-bis, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies, salvo che risulti la sussistenza delle circostanze attenuanti contemplate dal terzo comma dell'articolo 609-bis ovvero dal quarto comma dell'articolo 609-quater.

La prescrizione è sempre espressamente rinunciabile dall'imputato.

l'imprescrittibilità è destinata ai crimini soggetti all'ergastolo.

Nel sistema giuridico brasiliano, a sua volta, il testo costituzionale porta alcune ipotesi criminali che sarebbero imprescrittibili<sup>53</sup>, vale a dire, la pratica del razzismo e l'azione di gruppi armati, civili o militari, contro l'ordine costituzionale e lo Stato Democratico.<sup>54</sup>

### 3.2 Imprescrittibilità: alcuni fondamenti

Presentati i fondamenti normalmente utilizzati per stabilire la prescrizione, si deve ora, in linee generali, fare alcune osservazioni circa i motivi dell'imprescrittibilità di determinati reati.

Nonostante i sistemi giuridici, in linea generale, sulla scia del Diritto Penale contemporaneo, indichino la prescrittibilità di reati, ci sono stati fenomeni nella metà del

---

La prescrizione non estingue i reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti.”

#### Articolo 172

Estinzione delle pene della reclusione e della multa per decorso del tempo

La pena della reclusione si estingue col decorso di un tempo pari al doppio della pena inflitta e, in ogni caso, non superiore a trenta e non inferiore a dieci anni.

La pena della multa si estingue nel termine di dieci anni.

Quando, congiuntamente alla pena della reclusione, è inflitta la pena della multa, per l'estinzione dell'una e dell'altra pena si ha riguardo soltanto al decorso del tempo stabilito per la reclusione.

Il termine decorre dal giorno in cui la condanna è divenuta irrevocabile, ovvero dal giorno in cui il condannato si è sottratto volontariamente alla esecuzione già iniziata della pena.

Se l'esecuzione della pena è subordinata alla scadenza di un termine o al verificarsi di una condizione, il tempo necessario per la estinzione della pena decorre dal giorno in cui il termine è scaduto o la condizione si è verificata.

Nel caso di concorso di reati si ha riguardo, per l'estinzione della pena, a ciascuno di essi, anche se le pene sono state inflitte con la medesima sentenza.

L'estinzione delle pene non ha luogo, se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99, o di delinquenti abituali, professionali o per tendenza; ovvero se il condannato, durante il tempo necessario per l'estinzione della pena, riporta una condanna alla reclusione per un delitto della stessa indole.

<sup>53</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988):

Art. 5.

XLII. la pratica del razzismo costituisce un reato che non consente la libertà su cauzione, non può essere prescritto, ed è punibile con la reclusione, secondo quanto previsto dalla legge;

XLIV. costituisce reato che non consente la libertà su cauzione e non è suscettibile di grazia l'azione di gruppi armati, civili o militari, contro l'ordine costituzionale e lo Stato democratico;”

<sup>54</sup> Vale la pena notare che il dispositivo costituzionale in questione non è immune alle critiche. In un primo momento, si può dire che l'imprescrittibilità pregiudicherebbe lo spirito della Costituzione stessa, che vieta l'ergastolo, ma ammette che lo Stato può eternamente minacciare il sacrificio dei beni giuridici dell'imputato nei tipi criminali che specifica. Si afferma inoltre che il Costituente non avrebbe osservato il principio di proporzionalità, in quanto crimini più grave (omicidio, stupro) rimarrebbero soggetti a termini di prescrizione. Inoltre, il rigore che il Costituente ha concesso al perseguimento di questi crimini di razzismo e contro l'ordine costituzionale e lo Stato democratico non incontra risultati nel diritto penale. Questo perché, per il reato di razzismo (Legge n. 7716/1989), la pena massima è di cinque anni, e per i crimini di gruppi armati contro l'ordine costituzionale e lo Stato democratico non è stata effettuata, fino ad oggi, la sua tipificazione. Cfr. Marcos Eduardo Faes Eberhardt, “(Im)prescrittibilidade penal: uma leitura ética para além do esquecimento” (Pontificia Universidade do Rio Grande do Sul, 2008). p. 53, 67/68.

XX secolo che hanno messo in sospeso tale posizione<sup>55</sup>. Quindi, prima sotto l'egida di regimi totalitari, e poi in varie nazioni democratiche, si è cominciato a considerare imprescrittibili alcuni malefici comuni, di alto contenuto antigiusuridico e puniti con pene di morte o ergastoli.

Dopo la Seconda Guerra Mondiale alcuni movimenti si sono indirizzati alla protezione dell'uomo, con l'affermazione dei diritti umani fondamentali come imprescrittibili. A questo si aggiunge il timore di impunità che da sempre era presente nell'orbita del Diritto Penale, e sulla strada per il ripristino dei diritti umani si è aperto un fronte di risposta alle violazioni tramite la punizione e sanzione.

Così, di fronte a crimini che negano la condizione umana della vittima (come i crimini di genocidio e contro l'umanità, per esempio), ossia, crimini che coinvolgono la vittimizzazione assoluta<sup>56</sup>, sembrava indispensabile uno statuto giuridico legale (interno o internazionale) nel senso di rifiutare la loro prescrizione. Infatti, i reati più gravi, a proposito dei quali non si ammette che il tempo li cancelli dalla memoria, si impone l'istituzione di imprescrittibilità<sup>57</sup>. Mentre l'amnistia tende a dimenticare tutto, l'imprescrittibile invece, tende a conservare tutto<sup>58</sup>.

È stato in questo contesto che, nel 1968, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha cercato di introdurre la deroga, con retroattività assoluta, dei termini di prescrizione ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità. Infatti, la Convenzione allegata alla Risoluzione<sup>59</sup> li dichiara imprescrittibili, qualunque fosse la data della loro pratica<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> Gusmán Dalbora, "Crimes Internacionais e Prescrição". p. 191-2.

<sup>56</sup> A proposito della vittimizzazione assoluta, Antoine Garapon:

"Il crimine contro l'umanità ci conduce alla categoria di *vittima assoluta*. L'idea di vittima viene dal vocabolario religioso del sacrificio: il riferimento è a un essere – animale o umano – messo ritualmente a morte per omaggiare gli dei. Il termine simbolizza quindi la passività totale, la vittoria definitiva sul corpo dell'altro, escluso peraltro dal combattimento. La figura dell'eroe, come quella del vinto, resta legata alla lotta, e quindi all'azione. La vittima assoluta incarna un nuovo modo di stare al mondo o, più esattamente, un non essere. La comparsa della vittima è un evento inseparabile da un'esperienza storica del tutto inedita, che nega qualsiasi legame umano. Se il combattente riveste un ruolo, quello dell'avversario, la vittima non ne ha nessuno, nemmeno quello di far parte della patria degli uomini. Avere un ruolo significa, infatti, vedersi riconosciuta la possibilità di far valere dei diritti, foss'anche ridotti. La battaglia resta una forma di riconoscimento, mentre il crimine contro l'umanità è un delitto d'indifferenza".

Antoine Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare: l'emergere di una giustizia internazionale* (Il Mulino, 2004). p. 102.

<sup>57</sup> Ost, *O tempo do direito*. p. 169.

<sup>58</sup> Ibidem. p. 146.

<sup>59</sup> A/RES/2391/XXII

<http://www.un.org/Docs/asp/ws.asp?m=A/RES/2391%20%28XXIII%29>

<sup>60</sup> Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, 26 November 1968.

Article I

"No statutory limitation shall apply to the following crimes, irrespective of the date of their commission:

Il Consiglio d'Europa, a sua volta, ha prodotto nel 1974 una dichiarazione d'imprescrittibilità nel corpo della Convenzione europea sull'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra<sup>61</sup>.

La Convenzione dell'ONU è entrata in vigore nel 1970 e la convenzione europea nel 2003<sup>62</sup>.

La risonanza di queste regole in diversi Codici penali, in particolare per il crimine di genocidio, s'inquadra in una tendenza di evitare l'impunità per i crimini che macchiano il passato di certi popoli. Infatti, “[l]’imprescrittibilità congela il tempo, impedisce di dimenticare. L’azione della giustizia non deve subire preclusioni, i criminali non devono poter trovare rifugi in nessun luogo nel mondo, né credersi protetti da alcuna amnistia.”<sup>63</sup>

L'imprescrittibilità diventa parte dei sistemi giuridici penali, anche se esistono ponderabili argomenti contrari e anche una carica di possibile involuzione del Diritto Penale<sup>64</sup>.

L'imprescrittibilità ha due fondamenti principali: la gravità dell'illecito e la repressione del crimine. In effetti, è chiaro nella *Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity* che il suo fondamento risiedeva non solo nella gravità dei crimini e nella sua necessità di repressione, ma anche

---

(a) War crimes as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal, Nürnberg, of 8 August 1945 and confirmed by resolutions 3 (I) of 13 February 1946 and 95 (I) of 11 December 1946 of the General Assembly of the United Nations, particularly the "grave breaches" enumerated in the Geneva Convention of 12 August 1949 for the protection of war victims;

(b) Crimes against humanity whether committed in time of war or in time of peace as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal, Nürnberg, of 8 August 1945 and confirmed by resolutions 3 (I) of 13 February 1946 and 95 ((I) of 11 December 1946 of the General Assembly of the United Nations, eviction by armed attack or occupation and inhuman acts resulting from the policy of apartheid, and the crime of genocide as defined in the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, even if such acts do not constitute a violation of the domestic law of the country in which they were committed.”

<sup>61</sup> Convenzione europea sull'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra Article 1

Each Contracting State undertakes to adopt any necessary measures to secure that statutory limitation shall not apply to the prosecution of the following offences, or to the enforcement of the sentences imposed for such offences, in so far as they are punishable under its domestic law:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680076169>

<sup>62</sup> <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680076169>

<sup>63</sup> Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare*. p. 42.

<sup>64</sup> Corte Costituzionale brasiliana, HC 82424 (2003), Min. Marco Aurélio

“Il passar del tempo ha effetti rilevanti in tutte le aree del Diritto, e, nella Penale, non potrebbe essere diverso. L’istituto dell’imprescrittibilità di crimine conflita con la corrente delle garanzie fondamentali del cittadino, dato che lo fa diventare ostaggio eternamente di atti o manifestazioni — come se non fosse possibile e desiderata l’evoluzione, il cambiamento di opinioni e di atteggiamento, gettando a mare la speranza, questa forza motrice dell’umanità —, creando un ambiente di totale insicurezza giuridica, per quanto permette allo Stato condannarlo decenni e decenni dopo la pratica dell’atto.”

nella propria opinione pubblica, che si presentava contraria alla prescrizione perché ostacolava l'azione penale e la punizione dei colpevoli<sup>65</sup>.

In questo scenario, e avendo in mente la convinzione diffusa che le norme legali di prescrizione genererebbero impunità, è comunemente riconosciuto che le misure d'imprescrittibilità aiuteranno a risolvere i conflitti penali, a livello internazionale, e a prevenire la pratica di nuovi reati, a livello nazionale, secondo le disposizioni di cui ogni sistema giuridico.

Quindi, l'istituzione della prescrizione sarebbe incompatibile con certi comportamenti, per ragioni di giustizia. In queste situazioni, sarebbe giustificabile la definizione di regole d'imprescrittibilità, al fine di proteggere parte della memoria collettiva, legata a eventi importanti, spesso violenti e avvenuti in modo sistematico, che, a causa dell'elevato grado di atrocità non possono essere dimenticati, in modo che non si ripetano nel futuro.<sup>66</sup>

### **3.2.1 L'evoluzione storica dell'imprescrittibilità dei crimini più gravi in ambito internazionale**

Finita la Seconda Grande Guerra, la questione della prescrizione dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, che sarebbero sottomessi ai tribunali militari, non sembrava essere, in quel momento, una priorità, né alla luce del nuovo diritto internazionale umanitario che nasceva, né agli ordinamenti giuridici nazionali che si formavano all'ombra del diritto internazionale emergente.

Infatti, nonostante la Dichiarazione di Mosca, del 30 ottobre 1943, annunciasse il perseguimento dei criminali di guerra "fino agli estremi confini della terra", e la legge n° 10 del Consiglio di Controllo Alleato, del 20 dicembre 1945, affermasse che i crimini contro la pace, contro l'umanità e i crimini di guerra erano

---

<sup>65</sup> Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity  
Preamble

Considering that war crimes and crimes against humanity are among the gravest crimes in international law, Convinced that the effective punishment of war crimes and crimes against humanity is an important element in the prevention of such crimes, the protection of human rights and fundamental freedoms, the encouragement of confidence, the furtherance of co-operation among peoples and the promotion of international peace and security,

Noting that the application to war crimes and crimes against humanity of the rules of municipal law relating to the period of limitation for ordinary crimes is a matter of serious concern to world public opinion, since it prevents the prosecution and punishment of persons responsible for those crimes,

<sup>66</sup> Ost, *O tempo do direito*. p. 146ss

imprescrittibili<sup>67</sup>, né lo Statuto di Norimberga allegato all'Accordo di Londra del 1945, né la Convenzione sul Genocidio del 1948, prevedevano, espressamente, l'imprescrittibilità dei reati in essi trattati. Neanche le Convenzioni di Ginevra sul Diritto Umanitario applicabile ai Conflitti Armati (1949), o i principi di Norimberga adottati dalla Commissione del Diritto Internazionale delle Nazioni Unite nel 1950, hanno affrontato il tema.

Tuttavia, non sembra opportuno, oggi, cercare di conoscere le ragioni legate all'omissione concernente il carattere imprescrittibile di tali reati, che possono essere verificate sia per la certezza nel momento in cui i criminali di guerra sarebbero stati processati e puniti in breve tempo, come per il fatto che il diritto penale internazionale, che li nasceva, era maggiormente segnato dalla legge anglo-americana, che confermava la prescrizione soltanto in rare ipotesi<sup>68</sup>.

### 3.2.1.1 *Il Colloquio di Varsavia*

Con l'avvicinarsi del termine medio di vent'anni per la prescrizione dei crimini commessi durante la Seconda Guerra, nel giugno del 1964, è stato annunciato dalla Repubblica Federale della Germania, per il 1965, il termine finale della prescrizione dei crimini di guerra commessi entro l'anno 1945<sup>69</sup>.

All'annuncio operato dalla Repubblica Federale della Germania è sopravvenuta una grande mobilitazione in Europa nel tentativo di evitare l'impunità dei criminali di guerra, organizzandosi diverse conferenze per discutere la prescrizione di tali crimini, tra cui quella che, su iniziativa dei giuristi polacchi, avrebbe avuto luogo a Varsavia, dal 5 al 7 giugno 1964.

Nella citata Conferenza Internazionale di Varsavia, che ha riunito giuristi provenienti da diversi Stati (come l'Unione Sovietica, Polonia, Jugoslavia, Ungheria, Cecoslovacchia, Germania, Austria, Francia, Italia, Danimarca, Belgio, Paesi Bassi), si è

---

<sup>67</sup> Control Council Law n. 10

Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity

Article II

(...)

5. In any trial or prosecution for a crime herein referred to, the accused shall not be entitled to the benefits of any statute of limitation in respect to the period from 30 January 1933 to 1 July 1945, nor shall any immunity, pardon or amnesty granted under the Nazi regime be admitted as a bar to trial or punishment.

<http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>

<sup>68</sup> Velloso, Ana Flávia Penna, "A imprescritibilidade dos crimes internacionais". p.13

<sup>69</sup> Rebecca Wittmann, *Beyond Justice: The Auschwitz Trial* (Harvard University Press, 2012). p. 50.

ragionato, in particolare, sul concetto di prescrizione, sia alla luce dei testi del dopoguerra che formulavano i principi del diritto repressivo (come la Dichiarazione di Mosca, Risoluzione d'Yalta, gli accordi di Potsdam), sia su quelli che si concentravano sulle modalità dell'applicazione (l'Accordo di Londra e lo Statuto del Tribunale Militare Internazionale, la Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite dell'11 dicembre 1946, la Legge n° 10 del Consiglio Alleato e la Direttiva N° 38, del 12 ottobre 1946).

Finiti i lavori a Varsavia, è stata firmata una risoluzione a favore della imprescrittibilità dei crimini nazisti<sup>70</sup>, e le riflessioni derivanti dal colloquio hanno influenzato le Nazioni Unite (1968) e il Consiglio Europeo (1974).<sup>71</sup>

È importante osservare che gli Stati dell'area d'influenza sovietica erano più uniformi e ricettivi al principio dell'imprescrittibilità di alcune democrazie dell'Europa occidentale<sup>72</sup>, e la Repubblica Democratica Tedesca è stata la prima delle due Germanie ad adottare l'imprescrittibilità<sup>73</sup>.

Nella Germania Federale, il dibattito è stato lungo a causa della resistenza iniziale delle autorità a riconsiderare il concetto di prescrivibilità. Argomenti di natura giuridica opposti al principio dell'imprescrivibilità e relativi all'uguaglianza del diritto e alla sicurezza giuridica sono stati esposti: un atto umano non può essere sanzionato da una pena che non sia determinata dalla legge prima della sua pratica; una violazione del diritto non può essere punita dalla legge d'eccezione; i diritti fondamentali non possono

---

<sup>70</sup> Rebecca Wittmann:

“In simple terms, the Warsaw declaration, citing article 2, paragraph 5 of Control Council Law N. 10, determined that ‘in a criminal proceeding the defendant cannot use the statute of limitations, as long as the time span of January 1, 1933 – July, 1, 1945 is in question.’”

Ibidem. p. 52.

<sup>71</sup> Infatti, anche se un orientamento del Consiglio Europeo sia venuto alla luce nel 1974, nel gennaio di 1965, esso aveva già assunto posto nel dibattito, avviando proposta di raccomandazione sulla prescrizione dei crimini contro l'umanità e invitando gli Stati a esaminare la possibilità di modificare le loro legislazioni sulla prescrizione penale, affinché tali violazioni di diritti umani non rimanessero impuni nell'ambito degli Stati-membri del Consiglio. A questo punto, diversi Stati avevano già adottato soluzioni transitorie per estendere nei loro ordinamenti giuridici interni il termine della prescrizione, evitando così l'impunità dei colpevoli della seconda guerra mondiale. Hanno pubblicato in questo ordine le loro rispettive leggi interne: Repubblica Democratica Tedesca, (1° settembre 1964), Cecoslovacchia (legge del 24 settembre 1964), Ungheria (decreto-legge n. 27.1964), Belgio (legge del 03 dicembre 1964), Francia (legge del 26 dicembre 1964), Austria (legge del 31 marzo 1965) e Repubblica Federale della Germania (legge del 13 aprile 1965). Velloso, Ana Flávia Penna, “L'imprescrittibilità dei crimini internazionali”. p.14.

<sup>72</sup> Sulla prescrizione dei crimini di guerra tedeschi in Italia e la posizione del governo italiano v. “Comissione Parlamentare di Inchiesta sulle cause dell'occultamento di fascicoli relativi a crimini nazifascisti”, Relazione Finale, Capitolo 3, La questione della prescrizione in Germania, 1965”. p. 89 ss  
<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/301476.pdf>

<sup>73</sup> Velloso, Ana Flávia Penna, “A imprescritibilidade dos crimes internacionais”. p. 14

essere violati con il pretesto di salvaguardare altri<sup>74</sup>.

Infine, il testo della legge tedesca ha trovato una formula temporanea che evitasse la prescrizione dei crimini commessi dai nazisti. Pertanto, il termine prescrizionale non è stato modificato, ma solo la data dalla quale la prescrizione inizia a decorrere, lasciando stabilito che l'azione pubblica potrebbe essere iniziata fino al 1969<sup>75</sup>, e non solo fino a maggio 1965.

Ma neanche la proroga del termine fino al 1969 è stata sufficiente, dal momento che molti sospetti nazisti erano ancora cercati in vista della sua responsabilità. È risorto, di nuovo, in Germania, il dibattito sulla prescrizione, essendo stata cambiata a 30 anni (invece di 20). Così, soltanto nel 1979 i reati sarebbero da considerare prescritti<sup>76</sup>.

### 3.2.1.2 *Le Nazioni Unite e il Consiglio Europeo*

Alla fine degli anni '60, inizio degli anni '70, attraverso soluzioni nazionali, è stata iniziata una trattativa di risposta internazionale al trattamento della imprescrittibilità dei crimini internazionali considerati orrendi.

È stato in questo contesto, che nel 1968, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato, a New York, la Convenzione sulla non applicabilità delle prescrizioni ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità.<sup>77</sup>

Questa convenzione, però, non è stata ben accettata nello scenario internazionale, essendo stata ratificata da pochi Stati. Infatti, fino al 1980, ad esempio, soltanto 19 Stati<sup>78</sup> l'avevano ratificata e nel gennaio 2015, 55 Stati, non facendo parte né il Brasile, né l'Italia<sup>79</sup>.

L'innegabile bassa adesione alla Convenzione forse deriva dalla criticata pretesa di applicarla retroattivamente, cioè ai reati commessi prima della sua entrata in vigore<sup>80</sup>, oltre a costringere gli Stati ad adottare le misure legislative necessarie per

<sup>74</sup> Ibidem. p.14.

<sup>75</sup> Wittmann, *Beyond Justice*. p.51ss

<sup>76</sup> Ibidem. p. 53.

<sup>77</sup> <http://legal.un.org/avl/ha/cnslwcch/cnslwcch.html>

<sup>78</sup> Albania, Belarus, Bulgaria, Cameroon, Cuba, Gambia, Guinea, Hungary, India, Kenya, Mongolia, Nigeria, Philipinas, Polônia, Romênia, União Soviética, Rwanda, Tunísia e Ucrânia.

<sup>79</sup> [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-6&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-6&chapter=4&lang=en)

<sup>80</sup> Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, New York, 26 November 1968

Article I

No statutory limitation shall apply to the following crimes, irrespective of the date of their commission:



garantire l'imprescrittibilità dei reati, sia per quanto riguarda la procedura, sia per quanto riguarda la pena<sup>81</sup>.

Pochi anni dopo, nel 1974, nella città francese di Strasburgo, è stata elaborata dal Consiglio Europeo, la Convenzione Europea sull'imprescrittibilità dei Crimini di Guerra e dei Crimini contro l'Umanità<sup>82</sup>.

Con la Convenzione, gli Stati dovrebbero impegnarsi ad adottare tutte le misure necessarie per garantire che la prescrizione non fosse applicata ai procedimenti e all'esecuzione delle condanne per i crimini contro l'umanità (specificate nella Convenzione sulla Prevenzione e la Punizione del Crimine di Genocidio), alle violazioni degli articoli 50 e 51 della Convenzione per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle Forze armate in campagna (Ginevra, 1948), all'articolo 130 della Convenzione sul trattamento dei prigionieri di guerra (Ginevra, 1949) e all'articolo 147 della Convenzione sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra (Ginevra, 1949), oltre a qualsiasi violazione di particolare gravità dei trattati o consuetudini internazionali<sup>83</sup>.

---

(a) War crimes as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal, Nürnberg, of 8 August 1945 and confirmed by resolutions 3 (I) of 13 February 1946 and 95 (I) of 11 December 1946 of the General Assembly of the United Nations, particularly the "grave breaches" enumerated in the Geneva Convention of 12 August 1949 for the protection of war victims;

(b) Crimes against humanity whether committed in time of war or in time of peace as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal, Nürnberg, of 8 August 1945 and confirmed by resolutions 3 (I) of 13 February 1946 and 95 ((I) of 11 December 1946 of the General Assembly of the United Nations, eviction by armed attack or occupation and inhuman acts resulting from the policy of apartheid, and the crime of genocide as defined in the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, even if such acts do not constitute a violation of the domestic law of the country in which they were committed.

<http://legal.un.org/avl/ha/cnslwcc/cnslwcc.html>

<sup>81</sup> Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, New York, 26 November 1968

Article IV

The States Parties to the present Convention undertake to adopt, in accordance with their respective constitutional processes, any legislative or other measures necessary to ensure that statutory or other limitations shall not apply to the prosecution and punishment of the crimes referred to in articles I and II of this Convention and that, where they exist, such limitations shall be abolished.

<http://legal.un.org/avl/ha/cnslwcc/cnslwcc.html>

<sup>82</sup> <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/082.htm>

<sup>83</sup> European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes against Humanity and War Crimes. Council of Europe. 1974

Article 1 Each Contracting State undertakes to adopt any necessary measures to secure that statutory limitation shall not apply to the prosecution of the following offences, or to the enforcement of the sentences imposed for such offences, in so far as they are punishable under its domestic law:

1. the crimes against humanity specified in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide adopted on 9 December 1948 by the General Assembly of the United Nations;

2a. the violations specified in Article 50 of the 1949 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Article 51 of the 1949 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Article 130 of the 1949 Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War and Article 147 of the 1949 Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War,

2.b. any comparable violations of the laws of war having effect at the time when this Convention enters into force and of customs of war existing at that time, which are not already provided for in the above-mentioned

In tale documento, si è previsto il principio dell'irretroattività della norma relativa all'imprescrittibilità. Per tale principio la Convenzione non sarebbe applicabile ai fatti praticati prima della sua entrata in vigore. Si è stabilita, però, una riserva a questa regola: sarebbero soggetti al nuovo strumento internazionale tutti i fatti praticati prima dell'entrata in vigore della Convenzione, a patto che non fossero (già) prescritti<sup>84</sup>.

Nonostante l'avanzo, fino al 1990, la Convenzione era stata ratificata solo dai Paesi Bassi (1981), avendo, in questo periodo, altre 7 adesioni<sup>85</sup>, il che, senza dubbio, evidenzia l'assenza di un consenso minimo sul tema dell'imprescrittibilità.

Dopo i due accordi citati, che non hanno ottenuto il risultato desiderato, il silenzio sulla materia sarebbe durato altri venti anni, per essere finito alla fine del ventesimo secolo.

### 3.2.1.3 *La Dichiarazione ONU sulla Protezione contro le Sparizioni Forzate di Persone e la Convenzione Interamericana sulla Sparizione Forzata di Persone*

Nel 1992, è stata formulata, dalle Nazioni Unite, la Dichiarazione sulla Protezione contro le Sparizioni Forzate di Persone.

Con questa dichiarazione, i crimini di sparizione forzata sarebbero considerati crimini in corso (giacché non chiariti) in quanto gli autori continuassero a nascondere il destino e il luogo della persona scomparsa.

In questo documento, non viene attribuita l'imprescrittibilità ai crimini di sparizione forzata, in quanto è prevista la sospensione della prescrizione e si è stimolato

---

provisions of the Geneva Conventions, when the specific violation under consideration is of a particularly grave character by reason either of its factual and intentional elements or of the extent of its foreseeable consequences;

3. any other violation of a rule or custom of international law which may hereafter be established and which the Contracting State concerned considers according to a declaration under Article 6 as being of a comparable nature to those referred to in paragraphs 1 or 2 of this article.

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/082.htm>

<sup>84</sup> European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes against Humanity and War Crimes. Council of Europe. 1974

Article 2.

1. The present Convention applies to offences committed after its entry into force in respect of the Contracting State concerned.

2. It applies also to offences committed before such entry into force in those cases where the statutory limitation period had not expired at that time.

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/082.htm>

<sup>85</sup> Belgio (2003), Bosnia e Erzegovina (2008), Montenegro (2010), Paesi Bassi (1981), Romania (2000), Serbia (2000) e Ucraina (2008).

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=082&CM=8&DF=04/02/2015&CL=ITA>

che termini di prescrizione, quando previsti, fossero lunghi<sup>86</sup>. Nel 2006, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha approvato, nelle stesse basi, la "Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate"<sup>87</sup>.

Già la Convenzione Interamericana sulla sparizione forzata di persone, del 1994, ha riproposto, nello scenario internazionale, la discussione sull'imprescrittibilità.

Infatti, la Convenzione ha innovato nel prevedere che questi crimini di sparizione forzata di persone dovrebbero essere imprescrittibili, non per il carattere permanente del reato, ma perché sono crimini contro l'umanità<sup>88</sup>. Nonostante ciò, la Convenzione si è omessa quanto alla sua applicazione retroattiva, ossia, a quelli fatti praticati prima della sua entrata in vigore. Attualmente ci sono 16 adesioni<sup>89</sup>.

#### 3.2.1.4 *I Tribunali ad hoc*

<sup>86</sup> A/RES/47/133 (12/02/1993)

Article 17

1. Acts constituting enforced disappearance shall be considered a continuing offence as long as the perpetrators continue to conceal the fate and the whereabouts of persons who have disappeared and these facts remain unclarified.
2. When the remedies provided for in article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights 4 are no longer effective, the statute of limitations relating to acts of enforced disappearance shall be suspended until these remedies are re-established.
3. Statutes of limitations, where they exist, relating to acts of enforced disappearance shall be substantial and commensurate with the extreme seriousness of the offence.

[http://unipd-centrodirittumani.it/public/docs/Res\\_GA\\_47\\_133.pdf](http://unipd-centrodirittumani.it/public/docs/Res_GA_47_133.pdf)

<sup>87</sup> International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance

Article 8.

Without prejudice to article 5,

1. A State Party which applies a statute of limitations in respect of enforced disappearance shall take the necessary measures to ensure that the term of limitation for criminal proceedings:
  - (a) Is of long duration and is proportionate to the extreme seriousness of this offence;
  - (b) Commences from the moment when the offence of enforced disappearance ceases, taking into account its continuous nature.
2. Each State Party shall guarantee the right of victims of enforced disappearance to an effective remedy during the term of limitation.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/ConventionCED.aspx>

<sup>88</sup> Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas

Los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos,  
PREOCUPADOS por el hecho de que subsiste la desaparición forzada de personas;

(...)

REAFIRMANDO que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad;

(...)

RESUELVEN adoptar la siguiente Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas:

(...)

ARTICULO VII

La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción. Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>

<sup>89</sup> Argentina, Bolivia, Brasile, Cile, Colombia, Costa Rica, Equatore, Guatemala, Honduras, Messico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Perù, Uruguay, Venezuela.

Gli statuti dei Tribunali *ad hoc* non hanno una regola per determinare l'imprescrittibilità dei crimini di competenza loro.

Però, nel caso Furundzija, il TPIY ha finito per rivelare la percezione del tribunale sul tema, affermando che la natura imperativa della proibizione della tortura genera l'imprescrittibilità dell'infrazione.<sup>90</sup> Questa decisione infine ha ampliato il campo dell'imprescrittibilità alle violazioni gravi delle Convenzioni di Geneva del 1949, all'infrazione delle leggi e consuetudini di guerra, al genocidio e ai crimini contro l'umanità<sup>91</sup>.

### 3.2.1.5 Corte Interamericana di Diritti Umani

Infine, dobbiamo riferirci alla comprensione adottata dalla Corte interamericana dei diritti umani in materia.

Nel caso Barrios Altos (2001), detto Tribunale se esprime in questo modo:

“inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”<sup>92</sup>

Nel 2006, la suddetta Corte ha confermato la sua comprensione:

“por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido em contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables.”<sup>93</sup>

<sup>90</sup> ITPY case n. IT-95-17/1-T (10/12/1998)

“157. It would seem that other consequences include the fact that torture may not be covered by a statute of limitations, and must not be excluded from extradition under any political offence exemption.”

<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>

<sup>91</sup> Velloso, Ana Flávia Penna, “A imprescritibilidade dos crimes internacionais”. p. 16

<sup>92</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Barrios Altos Vs Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Capítulo VII-Incompatibilidad de leyes de amnistía con la convención , n. 41.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)

<sup>93</sup> Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Capítulo VIII-Incumplimiento de los deberes generales contenidos en los artículos 1,1 y 2 de la Convención Americana, n. 152

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

Nel caso *La Cantuta vs. Peru*, la Corte Interamericana ha dichiarato che:

“los hechos de La Cantuta, cometidos contra las víctimas ejecutadas extrajudicialmente o desaparecidas forzosamente, constituyen crímenes contra la humanidad que no pueden quedar impunes, son imprescriptibles y no pueden ser comprendidos dentro de una amnistía (supra párr. 152)”.<sup>94</sup>

### **3.2.2 Alcuni fondamenti specifici invocati per giustificare l’imprescrittibilità di certi crimini internazionali**

Come si è visto in precedenza, il primo tentativo, a livello internazionale, per l’istituzione, formale, dell’imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l’umanità, risale al 1968, quando è stata proposta la Convenzione sulla non applicabilità delle prescrizioni ai crimini di guerra e ai crimini contro l’umanità.

Nel preambolo<sup>95</sup>, per giustificare l’imprescrittibilità dei crimini di guerra e contro l’umanità, si è affermato che non constava nelle dichiarazioni solenni, verbali e convenzioni finalizzate alla persecuzione e perseguimento di questi crimini qualsiasi limiti di tempo per le loro accuse. È stato affermato, inoltre, che questi sarebbero i più gravi crimini che il diritto internazionale prevede e che l’applicazione delle norme di

<sup>94</sup> Caso *La Cantuta Vs Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Consideraciones de la Corte, n. 225.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf)

<sup>95</sup> Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity

#### Preamble

The States Parties to the present Convention,

Recalling resolutions of the General Assembly of the United Nations 3 (I) of 13 February 1946 and 170 (II) of 31 October 1947 on the extradition and punishment of war criminals, resolution 95 (I) of 11 December 1946 affirming the principles of international law recognized by the Charter of the International Military Tribunal, Nürnberg, and the judgment of the Tribunal, and resolutions 2184 (XXI) of 12 December 1966 and 2202 (XXI) of 16 December 1966 which expressly condemned as crimes against humanity the violation of the economic and political rights of the indigenous population on the one hand and the policies of apartheid on the other,

Recalling resolutions of the Economic and Social Council of the United Nations 1074 D (XXXIX) of 28 July 1965 and 1158 (XLI) of 5 August 1966 on the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity,

Noting that none of the solemn declarations, instruments or conventions relating to the prosecution and punishment of war crimes and crimes against humanity made provision for a period of limitation,

Considering that war crimes and crimes against humanity are among the gravest crimes in international law, Convinced that the effective punishment of war crimes and crimes against humanity is an important element in the prevention of such crimes, the protection of human rights and fundamental freedoms, the encouragement of confidence, the furtherance of co-operation among peoples and the promotion on international peace and security,

Noting that the application to war crimes and crimes against humanity of the rules of municipal law relating to the period of limitation for ordinary crimes is a matter of serious concern to world public opinion, since it prevents the prosecution and punishment of persons responsible for those crimes,

Recognizing that it is necessary and timely to affirm in international law, through this Convention, the principle that there is no period of limitation for war crimes and crimes against humanity, and to secure its universal application,

diritto nazionale in materia di limitazione dei reati comuni turba profondamente l'opinione pubblica mondiale, perché impedisce che i responsabili di questi crimini siano perseguiti e puniti.

La Convenzione Europea sull'imprescrittibilità dei Crimini contro l'Umanità e dei Crimini di Guerra, del 1974, a sua volta, ha indicato che l'imprescrittibilità risulterebbe dalla necessità di salvaguardare la dignità umana, sia in tempo di guerra, sia in tempo di pace, dignità che esigerebbe che il perseguimento di questi crimini non incontrasse mai nessun ostacolo, sia per il decorso di tempo, sia per il procedimento penale o l'esecuzione della pena<sup>96</sup>.

Anche se non hanno avuto l'accettazione senza restrizioni degli Stati, tali Convenzioni servirebbero almeno a suscitare discussione sui fondamenti della prescrizione penale nel diritto penale internazionale<sup>97</sup>.

È in questo contesto che i sostenitori dell'imprescrittibilità dei più gravi crimini internazionali affermano l'impossibilità di dimenticare questi crimini, così come l'improbabilità del criminale pentirsi. Affermano allora, a proposito dei crimini internazionali che la prescrizione favorisce l'impunità e va contro l'ideale di giustizia.

Aggiungono ancora che la dimenticanza sarebbe il terreno proprio per la ripetizione di determinati reati, perché, una volta installati nella memoria collettiva, tali crimini tenderebbero a perpetuarsi, e l'impunità avrebbe sull'opinione pubblica effetti più nocivi della punizione tardiva dei criminali<sup>98</sup>. In questo modo, nel Diritto Internazionale, sarebbe preferibile che, indipendentemente dal tempo trascorso, fosse possibile sempre

---

<sup>96</sup> European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes against Humanity and War Crimes

The member States of the Council of Europe, signatory hereto,  
 Considering the necessity to safeguard human dignity in time of war and in time of peace;  
 Considering that crimes against humanity and the most serious violations of the laws and customs of war constitute a serious infraction of human dignity;  
 Concerned in consequence to ensure that the punishment of those crimes is not prevented by statutory limitations whether in relation to prosecution or to the enforcement of the punishment;  
 Considering the essential interest in promoting a common criminal policy in this field, the aim of the Council of Europe being to achieve a greater unity between its members,

<sup>97</sup> Per una visione critica dell'imprescrittibilità, v. Gusmán Dalbora, "Crimes Internacionais e Prescrição", in speciale pagine 192 e 193. Infatti, il riferito autore afferma che una comunità o un conglomerato di nazioni possono decidere che non saranno mai dimenticati giuridicamente fatti criminali di intensità traumatica. E, dinanzi a questi eventi che disturbano allo estremo le rappresentazioni collettive e il sentimento del Diritto, il fattore tempo per estinzione della responsabilità penale si dovrebbe ritirare. Questo discorso, tuttavia, a suo viso, passa per altre considerazioni dato che con il pretesto di offrire una tutela raddoppiata ai diritti fondamentali quando dinanzi ai reati atroci, finisce per divorarsi a se stesso e si compromette. Riferendo Baumann (Jürgen Baumann, *Der Aufstand des schlechten Gewissens: ein Diskussionsbeitrag zur Verjährung der NS-Gewaltverbrechen* (Giesecking, 1965). p. 10), afferma Dalbora che i sostenitori dell'imprescrittibilità dimenticano che al Diritto appartiene sia la giustizia materiale come la sicurezza giuridica.

<sup>98</sup> Velloso, Ana Flávia Penna, "A imprescritibilidade dos crimes internacionais". p. 17-18.

ricordare e punire.<sup>99</sup>

Questo ragionamento, spesso evocato, trova le sue radici negli scritti di Beccaria. Secondo lui, "quei delitti atroci, dei quali lunga resta la memoria negli uomini, quando siano provati, non meritano alcuna prescrizione in favore del reo che si è sottratto colla fuga".<sup>100</sup>

Contrariamente alle tesi soggettiviste (che sostengono la trasformazione dell'identità dell'autore del reato nel corso del tempo), si è soliti dire che gli agenti che hanno commesso questi gravi crimini internazionali non sarebbero in grado di pentirsi delle proprie azioni<sup>101</sup>, mostrando spesso, arroganza o indifferenza riguardo a essi.

Inoltre, il passaggio del tempo, senza che altri crimini fossero commessi da questi agenti, non serve a dimostrare il loro recupero. Infatti, questi crimini di guerra, genocidio, contro l'umanità avvengono in circostanze specifiche, difficili da riprodurre dato che, nella maggior parte dei casi, sono commessi da agenti del potere politico e da titolari di cariche pubbliche.

L'imprescrittibilità, quindi, avrebbe lo scopo, tra altri, di convincere che la punizione non sarebbe mai impedita dal passaggio del tempo, potendo avvenire anche in un futuro lontano e in un altro scenario politico.

Così, se il ripetersi di tali casi è poco probabile, l'imprescrittibilità opererebbe nella dissuasione dei criminali potenziali, e le specificità di tali reati imporrebbe un maggior periodo di tempo affinché fossero elaborati.

Inoltre, si sostiene che i crimini internazionali hanno come vittima l'essere umano che, come tale, trascende i confini degli Stati, in modo che la sua repressione non dovrebbe essere governata da principi del diritto nazionale.

Infine, in contrasto alla teoria della sparizione di prove, prendiamo, per esempio, quello che è stato dichiarato all'Assemblea Nazionale francese, quando sono avvenuti i dibattiti, nel 1964, che hanno preceduto la legge sull'imprescrittibilità dei

---

<sup>99</sup> Gonzalo Aguilar Cavallo, "Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno", *Ius et Praxis* 14, n° 2 (2008): 147–207. p. 154

<sup>100</sup> BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene. Letteratura italiana Einaudi. Edizione di riferimento, milano, 1973, p. 80.

<sup>101</sup> Per esempio, Hans Munch, medico assistente di Mengele, durante un'intervista, si sarebbe espresso, fiducioso nella correzione dei suoi atti, che le camere di gas evitavano la propagazione di epidemie, le esperienze con esseri umani propiziavano il progresso scientifico e la selezione all'entrata del campo era una misura di salubrità.

[http://archivistorico.corriere.it/1998/ottobre/06/Auschwitz\\_Non\\_pento\\_co\\_0\\_9810062360.shtml](http://archivistorico.corriere.it/1998/ottobre/06/Auschwitz_Non_pento_co_0_9810062360.shtml)

crimini contro l'umanità<sup>102</sup>. In realtà, in quel momento, il relatore Coste-Floret ha espresso il suo rifiuto alla teoria della sparizione delle prove: lungi dalla sparizione, le prove raccolte per dimostrare l'esistenza di crimini contro l'umanità sono diventate più facili. Mentre al momento della Liberazione i processi erano a volte complicati, dovuto alla mancanza di documenti e testimoni, da vent'anni gli allegati sono stati accumulati e pubblicati. Opere in materia sono state lanciate e i testimoni raccolti, in modo che la prova è oggi più facile che al momento della Liberazione.

È importante menzionare altri valori, anche essi derivati dalla formulazione del diritto internazionale dei diritti umani, come il diritto alla memoria, alla verità, alla riparazione, al dovere di giustizia e alla lotta contro l'impunità, alla garanzia della pace e alla sicurezza collettiva, che certamente sono servite a giustificare il principio di imprescrittibilità nello Statuto di Roma.

### 3.3 Imprescrittibilità nello Statuto di Roma

Lo Statuto di Roma ha una regola espressa<sup>103</sup> quanto all'imprescrittibilità dei crimini che qualifica<sup>104</sup>.

Dinanzi a questa regola, sono sorte domande relative principalmente ai seguenti punti: (i) l'imprescrittibilità dei crimini di guerra, genocidio, contro l'umanità, costituisce consuetudine internazionale, riconosciuta dallo Statuto di Roma?; (ii) gli Stati sono tenuti a stabilire, a livello nazionale, l'imprescrittibilità di tali reati?; (iii) l'adozione, a livello nazionale, dell'imprescrittibilità di questi crimini rappresenta una violazione all'ordine costituzionale o un retrocesso nella protezione dei diritti umani?; (iv) non avendo replica, nel sistema giuridico nazionale, dell'imprescrittibilità di questi crimini, la Corte Penale Internazionale può allontanare il principio del *ne bis in idem* e procedere

---

<sup>102</sup> Assemblée Nationale – Seance du 16 decembre 1964. Journal Officiel de la Republique Française, Débats Parlementaires, Assemblée Nationale, N. 116 , p.6142-3

<http://archives.assemblee-nationale.fr/2/cri/1964-1965-ordinaire1/082.pdf>

<sup>103</sup> Articolo 29

Imprescrittibilità

I crimini di competenza della Corte non sono soggetti ad alcun termine di prescrizione

<sup>104</sup> Qui, è bene spiegare che solo i crimini previsti nell'articolo 5 dello Statuto di Roma, vale a dire, i crimini di genocidio, contro l'umanità, di guerra e d'aggressione, sono imprescrittibili. D'altra parte, e come accordato nella Conferenza di Roma, i crimini previsti nell'articolo 70 dello Statuto di Roma (Infrazioni contro l'Amministrazione della Giustizia) sono soggetti ai termini prescrizionali di 5 anni conteggiati a partire dalla data del crimine, per l'azione penale, e di 10 anni, per l'esecuzione della pena come prevista nella Regola 164 del documento intitolato Rules of Procedure and Evidence.



a un nuovo processo, caso lo Stato riconosca, nel caso concreto, l'incidenza di prescrizione?

### 3.3.1 Imprescrittibilità: consuetudine internazionale?

Tenendo presente il contesto e l'evoluzione storica in cui è stata prevista l'imprescrittibilità di determinati reati sulla scena internazionale, è possibile affermare che l'imprescrittibilità dei reati previsti nello Statuto di Roma configura una consuetudine internazionale vigente, adesso riconosciuta in un testo di diritto internazionale?

Dal breve storico citato, è difficile affermare che l'imprescrittibilità sia una consuetudine internazionale, perché, fino allo Statuto di Roma, di ampia accettazione, le Convenzioni precedenti che trattavano la questione non avevano raggiunto grande adesione da parte degli Stati.

Tuttavia, va detto che questi stessi Stati che non avevano aderito alle Convenzioni sull'imprescrittibilità non si sono opposti (almeno non con forza) all'eventuale applicazione dell'imprescrittibilità dai tribunali internazionali.

E da quest'omissione o addirittura indifferenza, si potrebbe concludere che, nonostante gli Stati non si sentissero costretti a, internamente, implementare l'imprescrittibilità di tali crimini orrendi, accetterebbero l'applicazione di tale istituto in caso di processi svolti dai tribunali internazionali.

È importante citare che la Corte di Cassazione francese, nel caso Barbie, ha affermato che il divieto della previsione di limiti prescrittivi per crimini contro l'umanità sarebbe una norma consuetudinaria<sup>105</sup>.

La Corte Interamericana di Diritti Umani difende anche il carattere consuetudinario di tale norma:

“Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención [Convenzione sulla non applicabilità delle prescrizioni ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità], esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.”<sup>106</sup>

<sup>105</sup> SCHABAS, William A. An Introduction to the International Criminal Court, fourth edition, p. 248.

<sup>106</sup> Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Capítulo VIII- Incumplimiento de los deberes generales contenidos en los artículos 1,1 y 2 de la Convención Americana, n. 153.

In questo senso, sarebbe l'imprescrittibilità prevista nello Statuto di Roma il riconoscimento di un concetto, in un certo senso, già condiviso dagli Stati in materia di tribunali internazionali.<sup>107</sup>

### 3.3.2 Imprescrittibilità nell'ambito nazionale: obbligatorietà?

Una volta vigente l'imprescrittibilità dei crimini soggetti alla Corte Penale Internazionale, ci si chiede: sono gli Stati costretti, nella sfera domestica, a replicare l'imprescrittibilità nel caso di crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio e aggressione? Quindi, gli Stati che hanno ratificato lo Statuto di Roma, sono impegnati a introdurre, nei rispettivi sistemi penali, la regola d'imprescrittibilità dei reati definiti nello Statuto?

L'articolo 29 dello Statuto di Roma, quando ha stabilito l'imprescrittibilità dei crimini di competenza della Corte Penale Internazionale, non ha chiarito dinanzi a quale giurisdizione tali crimini non potevano prescrivere.<sup>108</sup> In realtà, lo Statuto di Roma si è limitato ad affermare che i crimini di competenza del Tribunale erano imprescrittibili.

Nel corso dei lavori preparatori dello Statuto di Roma la questione era già stata discussa.

Il gruppo di lavoro responsabile per i principi generali del diritto penale ha optato per l'affermazione dell'imprescrittibilità. È stato incluso però, in una nota, la seguente osservazione, in rispetto al parere di Francia e Cina:

Two delegations were of the view that there should be a statute of limitations for war crimes. One delegation agreed to the above text in a show of flexibility, but stressed that there should be a possibility not to proceed if, due to the time that has passed, a fair trial cannot be guaranteed. The question of statute of limitations will need to be revisited if treaty crimes are included. There must also be a special regime for crimes against the integrity of the Court. The absence of a statute of limitations for the Court raises an issue regarding the principle of complementarity given the possibility that a statute of limitations under national law may bar action by the national courts after the expiration of a certain time period, whereas the Court would still be able to exercise jurisdiction.<sup>109</sup>

<sup>107</sup> Questa conclusione, tuttavia, per niente modifica la situazione degli Stati parte. Infatti, una volta firmatari dello Statuto di Roma, gli Stati sono vincolati alla norma prevista nell'articolo 29, non essendo necessario per farla valere il carattere consuetudinario o no della norma.

<sup>108</sup> Lo Statuto di Roma non ha pur chiarito se l'imprescrittibilità prevista nell'articolo 29 si riferisce ai crimini e/o alle pene. Tuttavia, analizzando il trattamento consegnato ai crimini previsti nell'articolo 70 dello Statuto di Roma dal documento intitolato Rules of Procedure and Evidence (Rule 164), il quale ha assegnato espressamente termini prescrizionali diversi al crimine e alla pena di quelli crimini, la conclusione alla quale si arriva è che l'imprescrittibilità prevista nell'articolo 29 si riferisce sia ai crimini che alle pene. Infatti, volendo lo Statuto di Roma o le Rules of Procedure and Evidence regolare di forma diversa lo avrebbero fatto di modo espresso.

<sup>109</sup>A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4 9th meeting (22/06/1988)

Lo Statuto di Roma, alla fine, è stato approvato senza che i delegati degli Stati si esprimessero, in ultima analisi, sulla questione sollevata riguardo al destinatario della norma dell'imprescrittibilità, concordando solo con l'affermazione di che i crimini di competenza della Corte non prescrivono<sup>110</sup>.

In questa prospettiva, sorge la possibilità di due interpretazioni contraddittorie: (i) gli Stati parte sono impegnati, implicitamente, a modificare le proprie leggi per adattare all'imprescrittibilità oggettiva dei reati definiti dallo Statuto di Roma; o (ii) la regola dell'imprescrittibilità si applica solo davanti alla Corte Penale Internazionale, potendo lo Stato parte dichiarare prescritto un crimine, essendo possibile discutere anche due ulteriori conseguenze se adottata quest'ultima comprensione.

Secondo la prima tesi, come detto, peserebbe sugli Stati parte l'obbligo di adottare internamente la regola d'imprescrittibilità dei reati definiti nello Statuto di Roma.

A sostegno di questa prima tesi si afferma che, giacché non vi è nello Statuto di Roma nessuna previsione di prescrizione, la regola di cui all'articolo 29 sarebbe diretta agli Stati parte<sup>111</sup>, poiché in essi è comune quest'assegnazione di termini prescrizionali, anche per i reati più gravi<sup>112</sup>.

Pertanto, dinanzi a ciò ci domandiamo: i delegati nazionali avevano questa intenzione, quando hanno redatto il testo? O ancora, i suoi governi li avevano dato il potere di decidere sulla revisione di tale argomento sensibile a tanti sistemi giuridici come è la questione della prescrizione?

Con tutto il rispetto per chi non è d'accordo, non c'è nulla che permetta concludere che i delegati erano mossi dall'intento di trascinare i suoi Stati a un impegno di queste dimensioni. Non si può pensare a una volontà implicita. Inoltre, anche se i delegati avessero autorità a tale riguardo e, se avessero occupato il tavolo delle trattative

---

[http://legal.un.org/diplomaticconferences/icc-1998/docs/english/vol3/a\\_conf\\_183\\_commwholedocs.pdf#page=55](http://legal.un.org/diplomaticconferences/icc-1998/docs/english/vol3/a_conf_183_commwholedocs.pdf#page=55)

<sup>110</sup> A/CONF.183/C.1/SR.2 2nd meeting. (16/06/1998)

[http://legal.un.org/diplomaticconferences/icc-1998/docs/english/vol2/a\\_conf\\_183\\_c1\\_sr42.pdf#page=2](http://legal.un.org/diplomaticconferences/icc-1998/docs/english/vol2/a_conf_183_c1_sr42.pdf#page=2)

<sup>111</sup> V. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*. p. 248

<sup>112</sup> Si consideri, a titolo di esempio, il caso Eichmann. Infatti, nel suo processo (1961/1962), Adolf Eichmann ha invocato il termine prescrizionale di 15 (quindici) anni, previsto in Argentina, Paese dove si aveva nascosto dopo la fine della Guerra e da dove è stato rapito nel 1960 dal Governo di Israele. Questa allegazione, tuttavia, non è stata accolta dalla Corte di Gerusalemme, che ha considerato essere appropriata l'applicazione della norma israelense, secondo la quale i crimini a lui imputati non sarebbero soggetti al termine prescrizionale. In *Ibidem*. p. 248. Para críticas, v. Hannah Arendt, *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, trad. José Rubens Siqueira (Companhia das Letras, 1999).

per accettare, per conto dei loro Stati, tale innovazione, basterebbe conoscere il motivo perché non l'hanno espressamente annunciato. Certamente, un impegno di tali dimensioni non potrebbe funzionare tacitamente<sup>113</sup>.

Così, l'imprescrittibilità prevista nello Statuto di Roma s'indirizza soltanto alla Corte Penale Internazionale.

In questo senso, l'imprescrittibilità prevista nello Statuto di Roma è una garanzia per l'umanità, che a qualsiasi tempo, la Corte Penale Internazionale potrà analizzare i crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra, praticati dopo l'entrata in vigore dello Statuto di Roma, e di aggressione, commessi non prima del 2017, una volta soddisfatti, ovviamente, i requisiti di attivazione della sua giurisdizione

Pertanto, nulla impedisce che i sistemi giuridici nazionali discutano la materia in modo diverso, fornendo i termini di prescrizione per reati considerati imprescrittibili nello Statuto di Roma. Infatti, sembra sufficiente, per tutelare gli interessi della comunità internazionale, la possibilità che la Corte, in qualsiasi momento, possa analizzare determinato fatto qualificabile come un crimine di genocidio, contro l'umanità, aggressione o di guerra, se praticato da cittadino dello Stato parte o nel territorio di uno Stato Parte o, ancora, conforme alle ipotesi di referral dal Consiglio di Sicurezza.

### 3.3.2.1 *Prescrizione nell'ambito nazionale e ne bis in idem*

La possibilità che la prescrizione abbia una disciplina nella giurisdizione internazionale e altra disciplina nella giurisdizione domestica crea altri problemi. Ad esempio, è possibile che l'ordine giuridico nazionale ritenga che un reato sia prescritto, nonostante non sia prescritto per l'ordine giuridico internazionale.

Pertanto, nel caso in cui la giurisdizione nazionale ritiene che un crimine sia prescritto, esiste ancora la possibilità di riferirsi alla comprensione adottata dalla Corte Interamericana di Diritti Umani a riguardo.

La domanda non ha una risposta facile.

Come sopra affermato, l'articolo 29 dello Statuto di Roma si indirizza alla Corte Penale Internazionale.

Pertanto, la disposizione dichiarata da un tribunale nazionale non può

---

<sup>113</sup> Velloso, Ana Flávia Penna, "A imprescritibilidade dos crimes internacionais". p. 23

caratterizzare, di per sé, il rifiuto o l'incapacità dello Stato parte che giustifichi la competenza sussidiaria della Corte Penale Internazionale.

In realtà, una volta dichiarata la prescrizione su un determinato reato da parte del Giudiziario nazionale, la Corte Penale Internazionale potrà essere attivata, anche per valutare se il processo è stato intenzionalmente condotto per arrivare a tale risultato vuoto. Cioè, la Corte Penale Internazionale dovrà analizzare la riluttanza dello Stato di perseguire e giudicare il caso, ossia fare lo stesso che nel valutare l'eventuale (in)adeguatezza di un'assoluzione, per esempio.

Pertanto, il riconoscimento della presenza di prescrizione in un caso concreto non è argomento sufficiente per l'attivazione della giurisdizione della Corte Penale Internazionale. Questo dovrebbe cercare elementi, per esempio, che indichino che il processo è stato condotto allo scopo di liberare l'accusato della sua responsabilità, dichiarando la prescrizione della causa.

La Corte Penale Internazionale, al momento di valutare l'idoneità della dichiarazione di prescrizione da uno Stato parte, potrà analizzare, anche, se il termine di prescrizione previsto internamente non era stato fissato per garantire l'impunità. La disposizione di legge, a livello nazionale, di termini di prescrizione scarsi (e che hanno portato alla dichiarazione di prescrizione in un caso concreto) può essere considerata dalla Corte Penale Internazionale come giustificazione per l'attivazione della propria giurisdizione.

Inoltre, va rilevato che l'interpretazione qui condotta non sopprime l'utilità dell'articolo 29 dello Statuto di Roma sull'imprescrittibilità dei reati di competenza della Corte Penale Internazionale. Ci sarà, in ogni caso, molte altre situazioni in cui il precetto conserva la sua ragion d'essere. Ad esempio, la difesa non potrà mai sostenere, dinanzi alla Corte Penale Internazionale, la prescrizione del delitto, anche se, internamente, già fosse prescritto.

Inoltre, la norma di cui all'articolo 29 favorisce la consegna alla Corte Penale Internazionale di un imputato che si trovi nel territorio di un paese che non ha giurisdizione primaria sul crimine in questione, anche se in questo Stato il crimine fosse prescritto sulla base delle sue leggi nazionali. Questo Stato dovrà consegnare l'individuo alla Corte Penale Internazionale, senza nessuna analisi della prescrizione in base al diritto nazionale.

Si deve infine rilevare che solo la consegna di un individuo alla Corte Penale

Internazionale non sarebbe irrealizzabile dal riconoscimento della prescrizione a livello nazionale. Tra due Stati, varrà a proposito dei termini prescrizionali, quello previsto da essi, internamente, potendo essere rifiutata l'extradizione caso avvenga la prescrizione.

In ogni caso, nonostante quanto sopra detto, si può immaginare che, difficilmente, la Corte Penale Internazionale non ammetterà un caso perché è stata dichiarata, a livello nazionale, l'estinzione della pena per prescrizione.

In realtà, non si può negare la tendenza attuale di difesa dei diritti umani a tutti i costi (anche attraverso il sacrificio dei diritti e delle garanzie degli imputati). E in questo scenario, la prescrizione si presenta come una sorta di negativa della giurisdizione, lasciando in secondo piano il riflesso diritto dell'imputato alla durata ragionevole del processo.

Questa tendenza è già impregnata nelle decisioni della Corte Interamericana dei Diritti Umani. Infatti, in un caso in cui neanche si discutevano gravi violazioni dei diritti umani<sup>114</sup> (caso Bulacio, un giovane che è morto, ma non per maltrattamenti, durante la detenzione), la Corte interamericana ha sostenuto come *“impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.”* Ha determinato, quindi, la continuazione e il completamento delle indagini dei fatti e la sanzione dei responsabili. E così ha fatto la Corte Suprema argentina, non senza registrare la sua impotenza davanti all'arbitrarietà della Corte Interamericana.<sup>115</sup>

<sup>114</sup> Conforme Pastor,

“En el caso no existe imputación de una muerte dolosa, no puede hablarse de tortura, en todo caso de unos maltratos (que, por lo demás, fueron aceptados, no probados), de irregularidades respecto de los requisitos de la detención y de una falta de cuidado de la cual se desconoce si de haber sido evitada se hubiera impedido la muerte del infortunado BULACIO.”

Daniel Pastor, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Nueva doctrina penal* 1 (2005): 73–114. p. 87.

<sup>115</sup> Corte Suprema Argentina:

“El fallo de la Corte Interamericana soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable –íntimamente relacionado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho (conf. citas de Fallos: 322:360, voto de los jueces Petracchi y Boggiano, considerando 9º)–, a través de su subordinación a los derechos del acusador, con fundamento en que se ha constatado en el caso una violación a los derechos humanos en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello, por cierto, bien puede bastar para generar la responsabilidad internacional del Estado infractor, pero no para especificar cuáles son las restricciones legítimas a los derechos procesales de los individuos que resulten imputados penalmente como autores o cómplices del hecho que origina la declaración de responsabilidad internacional” (consid. 14). Apud Ibidem. p. 89.

### 3.3.3 in)compatibilità tra imprescrittibilità nello Statuto di Roma e il diritto italiano e brasiliano

Infine, valutiamo se la possibile adozione dell'imprescrittibilità dei reati definiti nello Statuto di Roma rappresenta un'eventuale violazione dell'ordine giuridico italiano e brasiliano.

Nel caso italiano, l'adozione d'imprescrittibilità causerebbe meno problemi che in Brasile, giacché la prescrizione non è prevista da alcuna norma costituzionale. Inoltre, l'ordinamento giuridico italiano già consente l'imprescrittibilità dei reati punibili con l'ergastolo<sup>116</sup>.

Nel caso brasiliano, la situazione si dimostra più complicata.

La Costituzione brasiliana stabilisce come imprescrittibili solo i crimini di razzismo e di azioni di gruppi armati, civili o militari, contro l'ordine costituzionale e lo Stato democratico. Lo Statuto di Roma intende come imprescrittibili i crimini di guerra, contro l'umanità, genocidio e aggressione.

Se partiamo dall'idea che la prescrizione è una garanzia fondamentale dell'imputato, la lista dei reati imprescrittibili derivata dalla Costituzione brasiliana sarebbe *numerus clausus*. Di conseguenza, non potrebbe essere ampliato, eccetto per emendamento costituzionale. O forse né per questa via ancora, visto che la Costituzione brasiliana non accetta gli emendamenti che sopprimono i diritti fondamentali<sup>117</sup>. In questo modo lo Statuto di Roma potrebbe essere considerato incostituzionale in questo senso.

Tuttavia, se si parte dall'idea che in Brasile da molto si è allontanato dalla comprensione che la prescrizione potrebbe essere considerata diritto soggettivo dell'imputato, i risultati potrebbero essere diversi.

Lo Stato può, infatti, in qualsiasi momento, regolare la materia (autolimitazione dell'*ius puniendi*) in modo diverso. Comunque, come in Brasile la prescrizione è considerata norma materiale (e non procedurale), dovrà rispettare l'irretroattività della legge penale più gravosa. Ad esempio, se il legislatore brasiliano estende il termine prescrizionale di un determinato reato, questo nuovo termine potrà

---

<sup>116</sup> Art. 157, Codice Penale italiano.

<sup>117</sup> Costituzione brasiliana, art. 60, comma 4.

essere applicato solo ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore di questa legge, e quelli anteriori saranno soggetti al termine previsto in precedenza.

Inoltre, la Corte Suprema brasiliana, custode della Costituzione Federale, ha avuto modo di precisare che la Costituzione federale, art. 5, XLII e XLIV, si è limitata a escludere i reati dell'incidenza materiale delle regole di prescrizione, senza vietare, in teoria, che la legge ordinaria crei altre ipotesi<sup>118</sup>.

Così, l'imprescrittibilità ai sensi della Costituzione ha come obiettivo vietare il legislatore ordinario di prevedere termini prescrizionali per i reati ivi elencati. Non vieta che il legislatore stabilisca altre ipotesi d'imprescrittibilità.

Infine, come lo Statuto di Roma possiede, almeno in Brasile lo *status* di legge ordinaria, si potrebbe affermare che i reati ivi previsti già avrebbero, nell'ordinamento giuridico nazionale, il carattere imprescrittibile<sup>119</sup>, almeno fino a quando non sopravvenga la normativa nazionale regolando la materia in modo diverso.<sup>120</sup>

Nonostante si consideri che tali argomenti rimuovano gli ostacoli formali all'adozione dell'imprescrittibilità dei crimini di cui all'articolo 5 dello Statuto di Roma da parte del Brasile e Italia, non si può trascurare l'eventuale discussione sulla saggezza di una tale decisione.

L'imprescrittibilità nel Diritto Penale Internazionale per le più gravi lesioni ai diritti fondamentali non può basarsi esclusivamente sulla necessità, dinanzi ai crimini barbarici contro l'umanità, di garantire l'eternità della persecuzione come garanzia della

---

<sup>118</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 460971, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, giudicato il 13/02/2007

MAXIME:

I. Controllo incidente di incostituzionalità: riserva del plenario (CF, art. 97). 'Interpretazione che limita l'applicazione di una norma ad alcuni casi, mantenendola in relazione ad altri, non si identifica con la dichiarazione di incostituzionalità della norma che è quella che si riferisce all' art. 97 della Costituzione.' (cf. RE 184.093, Moreira Alves, DJ 05.09.97).

II. Citazione mediante pubblicazione e impostazione: sospensione del processo e del corso del termine prescrizionale, a tempo indeterminato - C.Pr.Penal, art. 366, con il testo da L. 9.271/96.

1. Come ha deciso il Supremo Tribunale Federale, nel processo di Est. 1042, 19.12.06, la Costituzione Federale non vieta la sospensione della prescrizione a tempo indeterminato, nell'ipotesi dell'art. 366 del C.Pr.Penal.

2. L'indeterminazione del termine della sospensione non rappresenta, a rigore, ipotesi di imprescrittibilità: non impedisce la ripresa del corso della prescrizione, solo la condiziona ad un evento futuro e incerto, situazione sostanzialmente diversa dall'imprescrittibilità.

3. Inoltre, **la Costituzione Federale si limita, nell'art. 5º, XLII e XLIV, a escludere i crimini che elenca dell'incidenza materiale delle regole della prescrizione, senza vietare, in teoria, che la legislazione ordinaria creasse altre ipotesi.**

4. Non è il caso, nemmeno sottoporre il periodo di sospensione del quale tratta l'art. 366 del C.Pr.Penal al tempo della prescrizione in astratto perché "dal contrario, quello che si avrebbe in quest'ipotesi sarebbe una causa di interruzione, e non di sospensione."

5. RE fornito, per eliminare il limite temporale imposto alla sospensione del corso della prescrizione.

<sup>119</sup> Non fosse l'incompletezza della norma convenzionale quanto alle sanzioni applicabili alla luce del principio della legalità.

<sup>120</sup> V. Capitoli 1 e 6.



stessa umanità. Non vi è alcun desiderio di giustizia che possa nascondere la contraddizione interna di quest'argomentazione.

In realtà, dimenticare le esigenze dell'umanità dinanzi al più odiato criminale in nome della propria umanità, significa riconoscere che le garanzie non si applicano a tutti allo stesso modo. I trasgressori avrebbero un carico di protezione inferiore, come se potessero essere, a causa di quello che hanno fatto, meno umani. Si negano i diritti e le garanzie a chi commette determinati reati, etichettati come più rumorosi, come denuncia José Luiz Guzmán Dalbora. Siano aumentati i termini di prescrizione, ma non sia escluso nessuno dalla validità di questa garanzia.<sup>121</sup>

Secondo questa posizione, non ci sarebbero, pertanto, fondamenti ragionevoli per l'imprescrittibilità (almeno nel piano nazionale) perché allo stesso modo non c'è razionalità che sia coerente con l'idea di eterna persecuzione, nonostante il crimine sia uno dei più odiati. L'imprescrittibilità, quindi, sarebbe l'espressione di sentimenti di vendetta e punizione, o almeno una reazione oppressiva sugli oppressori, rendendo entrambi offensori. L'assoluta necessità di punizione – di cui l'imprescrittibilità è uno degli esponenti – non è in linea con gli ideali del proprio Stato di Diritto<sup>122</sup>.

Così, decorso il termine di prescrizione, rispondendo a un criterio di politica criminale, si presentano fondamenti perché uno Stato non punisca, soprattutto perché la punizione diventa superflua o inutile.

Tuttavia, finché sia mantenuta l'illusione che il Diritto Penale serve a risolvere conflitti, saranno previsti meccanismi di perpetuazione della colpa, come l'imprescrittibilità, come misura per combattere l'impunità<sup>123</sup>.

Però, misure come l'imprescrittibilità possono condurre il conflitto a una perpetuazione, creando sulla criminalità e sul criminale una persecuzione senza dilazioni temporali. Identificato il nemico, ora manca solo rimuovere il suo diritto ad avere diritti, proprio come egli avrebbe agito a detrimento delle sue vittime<sup>124</sup>.

L'imprescrittibilità serve a eternare i conflitti e può essere considerata un retrocesso dinanzi alla naturale evoluzione protettiva dei diritti umani e dell'attuale situazione dello Stato di Diritto in diversi paesi. Tuttavia, non si può esportare

---

<sup>121</sup> Guzmán Dalbora, "Crimes Internacionais e Prescrição". p. 194

<sup>122</sup> Eberhardt, "(Im)prescritibilidade penal". p. 70.

<sup>123</sup> Ibidem. p. 70

<sup>124</sup> Ibidem. p. 70.

automaticamente questi valori a uno spazio internazionale, in cui non ci sia il trinomio cittadino-società-Stato.

La Corte Penale Internazionale, quindi, non può essere equiparata, a scopi di prescrizione criminali, a un sistema interno completo di persecuzione penale che lascia il passare del tempo fulminare la possibilità di applicazione di sanzioni. Il carattere complementare, sussidiario e inter-statale della Corte Penale Internazionale non è compatibile con l'idea della perdita della sua giurisdizione a causa del passare del tempo in situazioni fuori del suo controllo.

In realtà, la Corte Penale Internazionale rappresenta un'ulteriore garanzia di tutela dei diritti umani. Come una seconda garanzia, non è ragionevole che sia diminuito il potere internazionale per forza dell'adozione della prescrizione. Inoltre, l'adozione dell'istituto della prescrizione penale nella giurisdizione internazionale non sarebbe facile da implementare a causa dell'eterogeneità come viene trattata la materia nei diversi paesi di cui consenso dipende il funzionamento della Corte Penale Internazionale.

Nella sfera domestica, nonostante l'adozione dell'imprescrittibilità possa rappresentare, in tesi, un retrocesso per quanto riguarda la tutela dei diritti degli imputati, il fatto è che essa è giuridicamente ammissibile. In Italia, ad esempio, già esiste l'imprescrittibilità per i reati considerati più gravosi, punibili con l'ergastolo (dato che la pena è l'ergastolo). Adottare l'imprescrittibilità dei crimini previsti nello Statuto di Roma, pertanto, non si scontra con il trattamento già ammesso ad altri reati, bastando a ciò un'attuazione legislativa.

In Brasile, al contrario, come si è visto, si ammette l'imprescrittibilità di crimini come il razzismo (la cui pena massima non supera 5 anni) e le azioni di gruppi civili o militari armati, contro l'ordine costituzionale e lo Stato democratico (che non conta neanche su una tipificazione precisa nell'ordinamento giuridico nazionale). Pertanto, l'adozione dell'imprescrittibilità dei crimini di cui all'articolo 5° dello Statuto di Roma – senza dubbio più gravi di quelli previsti nella Costituzione brasiliana – prima di essere considerato un retrocesso umanitario, servirebbe a dimostrare altri criteri di imprescrittibilità (più proporzionali perché relativi alla gravità del crimine e della pena) di quelli utilizzati dal Costituente nazionale.

## CAPITOLO IV

### 4 LA CONSEGNA E L'ERGASTOLO NELLO STATUTO DI ROMA E L'EVENTUALE INCOMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO NAZIONALE

#### 4.1 Consegna alla Corte Penale Internazionale

Uno degli elementi decisivi per il funzionamento del sistema penale internazionale, come previsto dallo Statuto di Roma, è la cooperazione degli Stati con la Corte Penale Internazionale.

Infatti, al contrario di quello che succede alle corti nazionali, la Corte Penale Internazionale non ha poteri esecutivi diretti, né un apparato per consentire di svolgere indagini per conto proprio ed esclusivo, così come far rispettare i suoi ordini e decisioni<sup>1</sup>; non ha un “braccio armato”<sup>2</sup>, nonostante, i sospetti e le prove sono di solito in aree soggette a sovranità statale.<sup>3</sup>

Quindi, non avendo la Corte Penale Internazionale apparati in grado di esercitare la coazione necessaria a fini di giustizia nei territori degli Stati, finisce per dipendere di questi in modo che si diano conformità ed esecuzione ai provvedimenti che rilascia<sup>4</sup>. Infatti, la Corte Penale Internazionale solo potrà correttamente esercitare le sue funzioni se gli Stati parte possano adempiere gli obblighi di cooperare pienamente con la Corte (articolo 86 dello Statuto di Roma) e garantire che il suo diritto interno preveda procedure che permettano di corrispondere a tutte le forme di cooperazione specificate nello Statuto (articolo 88 dello Statuto di Roma)<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Caeiro, Pedro, “O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português”, in *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, por Moreira, Vital, Assunção, Leonor, e Riquito, Ana Luísa, 1 ed (Coimbra: Coimbra Editora, 2004), 69–157.

<sup>2</sup> Eugenio Selvaggi, “La Corte Penale Internazionale e la Cooperazione Giudiziaria”, in *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, org. Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti (Giuffrè Editore, 2006), 1377–1400. p. 1378, utilizzando l’espressione coniata da Antonio Cassese.

<sup>3</sup> Caeiro, Pedro, “O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português”. p. 70.

<sup>4</sup> Selvaggi, “La Corte Penale Internazionale e la Cooperazione Giudiziaria”. p. 1380.

<sup>5</sup> Con l’obiettivo di prevedere nell’ordinamento giuridico interno, i rapporti di cooperazione tra lo Stato Italiano e la Corte Penale Internazionale, è stata emanata la Legge n°237 del 20.12.2012.

E forse la più rilevante delle modalità di cooperazione degli Stati con la Corte Penale Internazionale sia propriamente la cattura e la posteriore consegna di individui a quest'ultima<sup>6</sup>. Si tratta della cooperazione più onerosa per i diritti individuali, perché limita il diritto alla libertà. Dall'altra parte, ciò si presenta decisivo per il funzionamento della Corte, ecco che questa non procede penalmente in assenza dell'imputato, ossia, in contumacia, essendo necessario certo controllo fisico sull'imputato per permettere lo svolgimento del processo.

Già dall'inizio, dopo l'autorizzazione concessa dalla Camera preliminare al Procuratore per procedere all'indagine<sup>7</sup>, come previsto dall'articolo 58 dello Statuto di Roma, il Procuratore potrà richiedere alla Camera preliminare, la quale funziona come un giudice per le indagini preliminari, che emetta un mandato di comparizione del indagato dinanzi alla Corte. Nel caso in cui consideri questa misura insufficiente, può chiedere un mandato d'arresto se ci saranno motivi sufficienti per credere che questa persona ha commesso un reato di competenza della Corte Penale Internazionale e l'arresto sia necessario per garantire la comparizione dinanzi alla Corte.

Durante la fase di indagine, la presenza dell'indagato non è essenziale. Infatti, secondo lo Statuto di Roma, articolo 61<sup>8</sup> entro un termine ragionevole dalla consegna

---

<sup>6</sup> Al riguardo, si ricorda che, dopo la Prima Guerra Mondiale, i tentativi di stabilire una giurisdizione *ad hoc* sono falliti proprio a causa della mancanza di volontà politica dei Paesi Bassi a cooperare con la consegna di Guglielmo II. V. Giovanni Pasqua, "Irrilevanza delle cariche ufficiali", in *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, org. Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti (Giuffrè Editore, 2006), 355–74. p. 359.

<sup>7</sup> Gabriele Iuzzolino e Fabrizio Gandini, "La Procedura di Arresto. L'Emissione del Warrant of Arrest", in *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, org. Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti (Giuffrè Editore, 2006), 969–86. p. 978/979:

"Va infine evidenziato che l'art. 58, par. 1, dello Statuto non indica una fase procedimentale per la formulazione della richiesta di arresto; con la conseguenza che essa può essere presentata in qualsiasi momento successivo all'emissione del decreto della *Pre-Trial Chamber* che, ai sensi dell'art. 15, par. 4, autorizza il *Prosecutor*, su sua richiesta, ad avviare l'indagine. Non è neppure previsto un *dies ad quem* e, quindi, nulla esclude che un ordine di arresto possa essere emesso anche nel corso della fase processuale vera e propria, sebbene, data la particolare natura del processo dinanzi alla Corte penale internazionale, si tratti di una evenienza, improbabile (si pensi, ad esempio, al caso dell'accusato che si dia alla fuga nel corso del dibattimento)."

<sup>8</sup> Articolo 61 Convalida delle accuse prima del processo

"Fatto salvo il paragrafo 2, entro un termine ragionevole dopo la consegna della persona alla Corte o la sua comparizione volontaria, la Camera preliminare tiene un'udienza per convalidare le accuse sulle quali il Procuratore intende basarsi per chiedere il rinvio a giudizio. L'udienza si svolge in presenza del Procuratore e della persona oggetto d'inchiesta o azione giudiziaria, nonché dell'avvocato di quest'ultima.

La Camera preliminare, su richiesta del Procuratore o di sua iniziativa, può tenere un'udienza in assenza della persona accusata per convalidare le accuse sulle quali il Procuratore intende basarsi per chiedere il rinvio a giudizio, allorché la persona:

ha rinunciato al suo diritto di essere presente; oppure

si è data alla fuga o è introvabile, e tutto quanto era ragionevolmente possibile fare è stato fatto per garantire la sua comparizione ed informarla delle accuse a carico contro di essa e della prossima tenuta di un'udienza per convalidare tali accuse.

In questo caso la persona è rappresentata da un avvocato se la Camera di giudizio preliminare decide che ciò è nell'interesse della giustizia.

In un ragionevole periodo di tempo prima dell'udienza, la persona:

della persona alla Corte, o dalla sua comparizione volontaria, la Camera preliminare farà un'udienza per apprezzare i fatti costanti dell'accusa con base nei quali il Procuratore intende chiedere il giudizio. La riferita udienza, tuttavia, potrà essere fatta anche se l'imputato è assente, se questo avrà rinunciato al suo diritto di non essere presente, se è scappato se non è stato possibile trovarlo.

Questo non succede nella successiva fase del processo, una volta che la possibilità di una sentenza in assenza dell'imputato è esclusa dalla disposizione dell'art. 63, comma 1: "L'imputato è presente nel corso del processo."<sup>9</sup>

L'effettività della giurisdizione della Corte Penale Internazionale dipende,

---

riceve una notifica scritta delle imputazioni sulle quali il Procuratore intende basarsi per chiedere il rinvio a giudizio; e

è informata degli elementi probatori sui quali il Procuratore intende basarsi in udienza.

La Camera preliminare può emettere ordinanze concernenti la comunicazione di informazioni ai fini dell'udienza.

Prima dell'udienza, il procuratore può proseguire l'inchiesta e può modificare o ritirare talune imputazioni. La persona in questione riceve notifica di qualsiasi emendamento o ritiro delle accuse entro un ragionevole periodo di tempo prima dell'udienza. In caso di ritiro delle accuse il Procuratore informa la Camera preliminare dei motivi di tale ritiro.

All'udienza il Procuratore sostiene ciascuna delle accuse con elementi probatori sufficienti a comprovare l'esistenza di motivi validi per ritenere che la persona ha commesso il reato di cui è imputata. Il Procuratore può basarsi su elementi probatori quali documenti o brevi resoconti, e non è tenuto a far comparire i testimoni che devono fornire una deposizione al processo.

All'udienza la persona può:

contestare le accuse;

contestare gli elementi di prova prodotti dal procuratore; e

presentare elementi di prova.

Al termine dell'udienza, la Camera preliminare determina se esistono prove sufficienti che forniscono motivi validi per ritenere che la persona ha commesso ciascuno dei reati di cui è accusata. In base alla sua determinazione, la Camera preliminare:

convalida le accuse per le quali ha concluso che sussistono prove sufficienti, e rinvia la persona dinanzi ad una Camera di primo grado perché vi sia giudicata sulla base delle accuse convalidate,

rifiuta di convalidare le accuse per le quali ha concluso che non vi sono prove sufficienti;

rinvia l'udienza e chiede al Procuratore di considerare:

di fornire elementi di prova supplementari, o di procedere a nuove inchieste relativamente ad una particolare

accusa; oppure

di modificare un'accusa se gli elementi probatori prodotti sembrano indicare che è stato commesso un altro tipo di reato, passibile della giurisdizione della Corte.

Anche se la Camera preliminare rifiuta di convalidare un'imputazione, nulla vieta al Procuratore di richiederne nuovamente la convalida, se fornisce elementi probatori supplementari a sostegno della sua domanda.

Dopo la convalida delle accuse e prima che il processo abbia inizio, il Procuratore può modificare le accuse con l'autorizzazione della Camera preliminare e dopo che l'imputato ne sia stato informato. Se il procuratore intende aggiungere capi d'imputazione supplementari o sostituire le accuse con altre più gravi, un'udienza dovrà essere tenuta in conformità al presente articolo per convalidare le nuove accuse. Dopo l'inizio del processo, il Procuratore può ritirare le accuse con l'autorizzazione della Camera preliminare.

Ogni mandato già rilasciato cessa di avere effetto per qualsiasi accusa non convalidata dalla Camera preliminare, o ritirata dal Procuratore.

Dopo che le accuse sono state convalidate in conformità al presente articolo, la Presidenza istituisce una Camera di primo grado la quale, subordinatamente al paragrafo 8 dell'articolo 64, s'incarica della successiva fase procedurale e può esercitare ogni funzione di competenza della Camera preliminare, che risulti appropriata nella fattispecie."

<sup>9</sup> Iuzzolino e Gandini, "La Procedura di Arresto. L'Emissione del Warrant of Arrest", p. 983:

Secondo lo Statuto, nella fase preliminare rappresentata dalla udienza di convalida delle accuse del *Prosecutor* avanti alla Camera dei giudici si può procedere *in absentia* nei casi tassativamente indicati dall'art. 61 §2. In questa fase, tra l'altro, è consentito all'accusato di rinunciare a presenziare alla udienza di convalida (art. 61, §2, lett.a). Nella successiva fase del giudizio avanti alla Corte, la possibilità di un giudizio in assenza dell'imputato è invece esclusa dalla lapidaria disposizione dell'art. 63, §1: "The accused shall be present during the trial."

quindi, della concreta capacità di questa di garantire la presenza fisica dell'imputato nella fase processuale, rivelando indispensabile un'efficace cooperazione degli Stati membri nell'arresto e nella consegna dell'imputato<sup>10</sup>.

Lo Statuto di Roma non tratta espressamente per quanto riguarda l'obbligatorietà, degli Stati, di procedere alla consegna dei loro cittadini.

Ma non poteva essere diverso perché la nazionalità dell'individuo sospetto di praticare un delitto previsto nello Statuto di Roma costituisce uno dei due requisiti alternativi al lavoro della Corte Penale Internazionale nei confronti degli Stati membri<sup>11</sup>. Liberare gli Stati dall'obbligo di consegnare i loro cittadini, se così determina la Corte, sarebbe un'illogicità dello Statuto, che se si contemplasse tale regola rimarrebbe vuoto.

Risulta che in varie Costituzioni, in speciale di alcuni Paesi europei e sudamericani, contengono disposizioni che a prima vista sembrano di contrastare con quest'obbligo.

Infatti, la Costituzione portoghese, ai tempi della firma dello Statuto di Roma, prevedeva, nel suo articolo 23, non essere ammessa l'estradizione e l'espulsione di cittadini portoghesi dal territorio nazionale<sup>12</sup>.

Anche la Costituzione colombiana, nel suo articolo 35, prevede il divieto di estradizione di colombiani nati<sup>13</sup>.

La Costituzione brasiliana afferma nella lista dei diritti e delle garanzie fondamentali che nessun brasiliano sarà estradato, eccetto il naturalizzato, in caso di crimine comune, commesso prima della naturalizzazione, o di comprovato coinvolgimento nel traffico illecito di stupefacenti, secondo la legge<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Ibidem.. p. 983.

<sup>11</sup> Come già visto, costituiscono requisiti alternativi alla performance della Corte: individuo è cittadino di uno Stato parte o il reato è stato praticato in territorio di Stato parte, requisiti che possono solo essere allontanati quando dalla sottomissione di un caso alla Corte dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite o quando dall'accettazione *ad hoc* della giurisdizione della Corte da un determinato Stato non firmatario.

<sup>12</sup> Constituição da República Portuguesa (1976)

ARTIGO 23 (Estradizione e espulsione)

1. Non sono ammesse l'estradizione e l'espulsione di cittadini portoghesi dal territorio nazionale.

2. Non è ammessa l'estradizione per motivi politici.

3. Não c'è estradizione per reati a cui corrisponda pena di morte secondo il diritto dello Stato richiedente.

4. L'estradizione e l'espulsione possono solo essere decise dalle autorità giudiziali.

<sup>13</sup> Constitución Política de Colombia (1991)

Artículo 35. Se prohíbe la extradición de colombianos por nacimiento. No se concederá la extradición de extranjeros por delitos políticos o de opinión.

Los colombianos que hayan cometido delitos en el exterior, considerados como tales em la legislación nacional, serán procesados y juzgados en Colombia.

<sup>14</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Art. 5.

...

Il sistema giuridico italiano ammette l'extradizione di cittadini a condizione che sia espressamente previsto dalle convenzioni internazionali, vietata l'extradizione (sia di cittadini o di stranieri) per reati politici.<sup>15</sup>

Quindi, cercando di anticipare i possibili problemi già evidenti durante i lavori preparatori sulla compatibilità dello Statuto di Roma alle norme concernenti l'extradizione, gli Stati hanno scelto di inserire in quel documento un dispositivo che definiva, ai fini di tale Statuto, gli istituti della “consegna” e dell'extradizione”<sup>16</sup>.

Quindi, nell'articolo 102, è stato stabilito che, ai fini dello Statuto di Roma, per “consegna” si deve comprendere il trasferimento di una persona da uno Stato alla Corte Penale Internazionale, in applicazione a quello Statuto, mentre, per estradizione, si deve comprendere la consegna di una persona da uno Stato ad un altro Stato, come previsto da un trattato, convenzione o nella legislazione nazionale.

La domanda cui rispondere, allora, è se esistono effetti pratici – e vitali per la Corte Penale Internazionale – della creazione di due figure distinte, così come se vi sono elementi essenziali distintivi degli istituti, affinché gli Stati non considerino la figura della “consegna” sotterfugio artificiale a eludere le loro costituzioni.

#### 4.1.1 Estradizione

S'intende per estradizione l'atto mediante il quale uno Stato consegna ad un altro Stato un individuo accusato di aver commesso un crimine di una certa gravità o che si trovi già condannato<sup>17</sup>; o la consegna, da uno Stato ad un altro, su richiesta di quest'ultimo, di una persona che nel suo territorio debba rispondere ad una procedura

---

LI. nessun brasiliano sarà estradato, salvo quelli naturalizzati, nel caso di crimine comune commesso prima della naturalizzazione, oppure in caso di coinvolgimento provato in traffico illecito di narcotici e droghe affini, secondo quanto previsto dalla legge;

[http://www.consiglioveneto.it/crvportal/BancheDati/costituzioni/br/Costituzione\\_Brasile.htm](http://www.consiglioveneto.it/crvportal/BancheDati/costituzioni/br/Costituzione_Brasile.htm)

<sup>15</sup> Costituzione della Repubblica Italiana (1947)

Art. 26.

L'extradizione del cittadino può essere consentita soltanto ove sia espressamente prevista dalle convenzioni internazionali.

Non può in alcun caso essere ammessa per reati politici.

Infatti, si deve rilevare che, di recente (25/04/2014), l'Italia ha concesso l'extradizione al Brasile di un cittadino italo-brasiliano (Henrique Pizzolato).

<sup>16</sup> Statuto di Roma

Articolo 102

Uso dei termini

Ai fini del presente Statuto:

a) «consegna» significa per uno Stato il fatto di consegnare una persona alla Corte in applicazione del presente Statuto;

b) «extradizione» significa per uno stato consegnare una persona ad un altro Stato in applicazione di un trattato, di una convenzione o della sua legislazione nazionale.

<sup>17</sup> Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. 3, 3 vols. (Fundação Alexandre de Gusmão - FUNAG, 2009). p. 541.

penale o scontare una condanna<sup>18</sup>; o ancora il trasferimento di un individuo che si trova nel territorio di uno Stato, alle autorità di un altro Stato, su richiesta di questo, perché citato in giudizio o condannato per la pratica di un reato<sup>19</sup>.

Infatti, l'istituto della estradizione si origina dalla situazione che viene a determinarsi quando una persona, che ha commesso un delitto nel territorio di uno Stato, si rifugia del territorio di un altro Stato allo scopo di sottrarsi alla cattura e alla punizione. Lo Stato che non intenda rinunciare alla potestà di punire deve rivolgersi all'altro Stato e chiedergli la consegna del delinquente ivi rifugiato, allo scopo di sottoporlo a procedimento penale o alla esecuzione della pena.<sup>20</sup>

L'extradizione è l'espressione della sovranità, tanto dello Stato richiedente (quello che chiede l'extradizione), come del richiesto, che valuta e decide sulla conformità, o no, della richiesta presentata<sup>21</sup>. Infatti, è interesse comune degli Stati la punizione del delinquente, ovunque si trovi, quando ha commesso un fatto considerato delitto tanto dalla legge dello Stato nel cui territorio è commesso il crimine quanto dalla legge dello Stato di rifugio<sup>22</sup>. Ci sarebbe, quindi, un dovere morale degli Stati nel prestare un'assistenza mutua per combattere il crimine e l'impunità dei criminali<sup>23</sup>. Così, si evita che un individuo non paghi le conseguenze di un crimine da lui commesso perché si trova in territorio di un altro Stato<sup>24</sup>.

Regola generale, l'extradizione dipende da un trattato tra le parti coinvolte, le quali, in questo caso, dovranno soddisfare e analizzare l'adempimento di determinati requisiti per l'effettivo trasferimento dell'individuo, tutto con lo scopo di salvaguardare l'efficacia del diritto penale dello Stato richiedente e la sovranità di ambedue gli Stati. In assenza di trattati, la richiesta di estradizione solo avrà senso se lo Stato di rifugio dell'individuo è ricettivo, alla luce della sua stessa legislazione, ad una

<sup>18</sup> Rezek, *Direito internacional público*. p. 230.

<sup>19</sup> José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada* (Coimbra Editora, 2007). p. 539

<sup>20</sup> Ugo Aloisi e Nicola Fini, "voce Estradizione", org. Antonio Azara e Ernesto Eula, *Novissimo digesto italiano* (Torino: Unione Tip. Editrice Torinese, 1957). p. 1009:

"... l'extradizione è essenzialmente un istituto di diritto Internazionale, il quale possia su di un principio che da Grozio in poi la dottrina di tutti i Paesi e le legislazioni interne dei singoli Stati hanno concordemente proclamato e adottato: quello cioè che quando un delinquente abbia trovato rifugio presso uno Stato estero, questo abbia l'obbligo o di estradarlo o di punirlo: *aut dedere aut punire*."

<sup>21</sup> Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*. p. 543.

<sup>22</sup> Aloisi e Fini, "voce Estradizione". p. 1009

<sup>23</sup> Carolina Cardoso Guimarães Lisboa, *A relação extradicional no direito brasileiro* (Editora del Rey, 2001).p. 30.

<sup>24</sup> Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*. p. 541.



promessa di reciprocità<sup>25</sup>.

#### 4.1.2 Alcune fondamenta per la negativa di estradizione dei propri nazionali

Anche se l'extradizione è un istituto da molto conosciuto e praticato nello scenario internazionale, non sono rari i divieti, negli ordinamenti interni, di concessione di estradizione di cittadini<sup>26</sup>.

Il presupposto di questa regola, allora, è la nozione stessa di nazionalità.

Infatti, la nazionalità è un elemento necessariamente ponderato nell'extradizione. Questo perché la nazionalità fa con che l'individuo diventi membro della comunità costitutiva della dimensione personale dello Stato<sup>27</sup>. È un vincolo politico e giuridico tra lo Stato sovrano e l'individuo, che attribuisce a quest'ultimo una serie di diritti nei confronti dello Stato, tra cui quello della protezione. In altre parole, cittadini sono le persone sottomesse all'autorità diretta da uno Stato, che gli riconosce diritti e doveri e gli deve protezione, compreso oltre le frontiere<sup>28</sup>.

Le ragioni storicamente invocate per la resistenza all'extradizione dei cittadini sono la sovranità statale, la preservazione dell'esercizio della giurisdizione nazionale, e i dubbi quanto all'imparzialità dei tribunali stranieri e le condizioni delle istituzioni penali degli altri Paesi<sup>29</sup>.

Quindi, dietro la norma che vieta l'extradizione dei cittadini, c'è la nozione che è dovere degli Stati la protezione dei loro cittadini, costituendo diritto a questi ultimi di essere giudicati dai loro giudici naturali, cioè, dai tribunali dei loro Paesi. La *ratio* del divieto di estradizione di cittadini, quindi, è quella di garantire a questi individui i diritti basilari di qualsiasi imputato, diritti che possono non trovare uguale riconoscimento nei sistemi giuridici stranieri.

Ci sarebbe, dunque, una presunzione che un cittadino avrebbe un processo più

<sup>25</sup> Rezek, *Direito internacional público*. p. 231.

<sup>26</sup> E.g., la Costituzione dell'Albania, art. 39(1); Angola, art. 27(1); Azerbaijan, art. 53(2); Bahrein, art. 17(c); Brasile, art. 5(LI); Bulgaria, art. 25(4); Croazia, art. 9(2); Finlandia, art. 7(3); Germania, art. 16(2); Kuwait, art. 28; Lettonia, art. 98; Macedonia, art. 4(2); Mongolia, art. 15(2); Oman, art. 16; Polonia, art. 66(1); Portogallo, art. 33(3); Romania, art. 19(1); Russia, art. 61(1); Slovacchia, art. 23(4); Slovenia, art. 47; Svizzera, art. 25(1); Siria, art. 33(1); Thailandia, art. 36; Yemen, art. 29; Jugoslavia, art. 17(3), apud. Claus Kieß e Flavia Lattanzi, *The Rome Statute and Domestic Legal Orders: General Aspects and Constitutional Issues*, vol. 1 (Editrice il Sirente, 2000). p. 43-44.

<sup>27</sup> Rezek, *Direito internacional público*. p. 212.

<sup>28</sup> Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*. p. 508-509.

<sup>29</sup> Ibidem. p. 543.

giusto dinanzi ai suoi tribunali che in un tribunale straniero<sup>30</sup>, fatto che giustificerebbe il divieto della sua estradizione.

A sostegno di questa tesi, si dice anche che le corti domestiche sarebbero un foro più appropriato a causa delle caratteristiche culturali e linguistiche dell'imputato, oltre ad essere maggiore la possibilità di riabilitazione del condannato quando sconta la pena nel proprio paese.

Da rilevare che l'obbligo di protezione che lo Stato ha nei confronti dei suoi cittadini non implica necessariamente l'impunità. Questi Paesi che vietano l'extradizione dei loro cittadini, per soddisfare il principio del diritto internazionale dell'*aut dedere aut punire*, prevedono, insieme ad altre ipotesi di extraterritorialità, quella fondata sul principio della nazionalità attiva o della personalità<sup>31</sup>.

Ciò succede perché i cittadini di qualsiasi Stato devono obbedire alle loro leggi ovunque si trovino. Tuttavia, lo Stato da cui proviene il cittadino, in linea di massima, non ha la forza coercitiva oltre al suo stesso territorio, né esercita, né deve intendere esercitare, giurisdizione in un territorio straniero<sup>32</sup>. Quindi, in generale si stabilisce che, una volta ritornato l'individuo allo Stato di cui è cittadino, potrà essere rinviato a giudizio nel suo proprio Paese, nonostante il reato sia stato commesso all'estero.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Kreß e Lattanzi, *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*. p. 44

<sup>31</sup> Art. 7° Codice Penale brasiliano:

“Art. 7° - Sono soggetti alla legge brasiliana, sebbene commessi all'estero:

...

II – i reati:

...

b) commessi da un brasiliano;

...

§ 2° - Nei casi dell'inciso II, l'applicazione della legge brasiliana dipende dalle seguenti condizioni:

a) far entrare l'agente nel territorio nazionale;

b) essere considerato il fatto punibile anche nel Paese in cui il fatto è stato commesso;

c) essere il reato incluso tra quelli per i quali la legge brasiliana autorizza l'extradizione;

d) non essere stato l'agente assolto all'estero o non aver scontato la condanna;

e) non essere stato l'agente perdonato all'estero o, per altro motivo, non essere estinta la punibilità, secondo la legge più favorevole.

Il principio è anche previsto dal Codice Penale italiano, nonostante l'Italia non vieti l'extradizione dei suoi cittadini:

Art. 9 Codice Penale italiano: “Il cittadino, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è punito secondo la legge medesima [112], sempre che si trovi nel territorio dello Stato. Se si tratta di delitto per il quale è stabilita una pena restrittiva della libertà personale di minore durata, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia ovvero a istanza o a querela della persona offesa. Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, qualora si tratti di delitto commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia, sempre che l'extradizione [c.p.p. 697] di lui non sia stata concessa, ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto.

<sup>32</sup> Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*. p. 536.

<sup>33</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 83.113-QO (26.6.2003), Rel. Min. Celso de Mello:

Il brasiliano nato, quali siano le circostanze e la natura del reato, non può essere estradato, dal Brasile, su richiesta di governo straniero, dato che la Costituzione della Repubblica, nella clausola che non comporta eccezione, impedisce, in carattere assoluto, l'efficacia della consegna di estradizione di quello che è titolare,

Quindi, il divieto di estradizione afferma il dovere dello Stato di processare e giudicare i suoi cittadini<sup>34</sup>.

#### 4.1.3 Estradizione nella Costituzione brasiliana: divieto di modifica?

In Brasile, sin dalla Costituzione del 1934, è vietata l'extradizione di cittadini, così come di qualsiasi imputato per crimini politici o di opinione<sup>35</sup>.

Su questa scia, la Costituzione di 1988 ha fatto constare, inserito tra le garanzie fondamentali, il divieto di estradizione di cittadini, rilevando, questa volta, la possibilità di estradizione di brasiliano naturalizzato, in caso di criminalità comune, commessa prima della naturalizzazione, o di comprovato coinvolgimento nel traffico illecito di stupefacenti e droghe affini, secondo la legge. Si è mantenuta ancora l'impossibilità di estradizione di qualsiasi persona (brasiliano naturalizzato o straniero, giacché l'extradizione di brasiliano nato è già assolutamente vietata) per crimine politico o di opinione<sup>36</sup>.

Non bastasse il divieto in questione, il Testo Costituzionale ha pure vietato qualsiasi possibilità di apprezzamento di emendamento costituzionale inteso ad abolire le garanzie e diritti individuali<sup>37</sup>.

---

sia dal criterio del *jus soli*, sia dal criterio del *jus sanguinis*, di nazionalità brasiliana primaria o originaria. Questo privilegio costituzionale, che beneficia, senza eccezione, il brasiliano nato (CF, art. 5°, LI), non si scaratterizza dal fatto che lo Stato straniero, dalla legge stessa, aver riconosciuto la condizione di titolare di nazionalità originaria pertinente a questo stesso Stato. (CF, art. 12, § 4°, II, a). Se l'extradizione non può essere concessa, quanto inammissibile, di fronte alla persona ricercata ostentare la condizione di brasiliana nata, si legittimerà la possibilità dello Stato brasiliano, mediante applicazione extraterritoriale di sua stessa legge penale (...) – e considerando ancora quello che dispone il Trattato di Estradizione Brasile/Portogallo (...) –, fare instaurare, dinanzi all'organo giudiziario nazionale competente (...), la riguardante *persecutio criminis*, per evitare, per motivi di carattere etico-giuridico, che pratiche criminali, apparentemente commesse all'estero da brasiliani (nati o naturalizzati), rimangano senza punizione.”

Nello stesso senso, Supremo Tribunal Federal, Ext 916 (19-5-2005), Rel. Min. Ayres Britto.

<sup>34</sup> Kreß e Lattanzi, *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*. p. 44

<sup>35</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)

Art 113 - La Costituzione garantisce ai brasiliani e agli stranieri residenti nel Paese l'invulnerabilità dei diritti che riguardano la libertà, la sussistenza, la sicurezza individuale e la proprietà, Nei seguenti termini:

...

31) Non sarà concessa a nessun Stato straniero l'extradizione per reato politico o di opinione, né, in qualsiasi caso, di brasiliano.

<sup>36</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Art. 5°

LII – non sarà concessa l'extradizione di stranieri per reato politico o di opinione;

<sup>37</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Art. 60. La Costituzione potrà essere emendata mediante proposta :

I. di un terzo, come minimo, dei membri della Camera dei Deputati o del Senato Federale;

II. del Presidente della Repubblica;

III. di più della metà delle Assemblee Legislative delle unità della Federazione, ognuna delle quali si manifesta con la maggioranza relativa dei suoi membri.

§1° La Costituzione non potrà essere emendata quando vi siano intervento federale, stato di difesa o stato di assedio.

Nonostante la disposizione costituzionale sopra commentata, lo Stato Brasiliano ha ratificato lo Statuto di Roma, come altri Paesi, e, di conseguenza, si è impegnato, nell'ambito internazionale, a consegnare individui (cittadini o no) alla Corte Penale Internazionale, quando richiesto.

Pertanto, molto si è discusso, in Brasile, su quest'apparente contraddizione tra la consegna di cittadini prevista nello Statuto di Roma, e l'extradizione di cittadini, vietata costituzionalmente.

Infatti, sostenendo l'equivalenza degli istituti di estradizione e di consegna, voci si sono affrettate a dire che la consegna dei cittadini sarebbe incostituzionale, poiché il fatto della richiesta di consegna essere compiuta da uno Stato o da un Tribunale non sarebbe dell'essenza dell'istituto, ma solo un elemento accessorio insignificante dinanzi alla protezione costituzionale.<sup>38</sup>

Si è affermato, quindi, che la differenziazione utilizzata nell'articolo 102 dello Statuto sarebbe artificiale, non essendo in grado di aggirare il cogente e imperativo divieto costituzionale che deve prevalere sul diritto convenzionale violatore dei diritti e garanzie dei cittadini brasiliani. Lo Statuto di Roma, come legge infracostituzionale nel Brasile, non potrebbe violare la Costituzione brasiliana, che vieta l'extradizione di nazionali.<sup>39</sup> Convenienza politica e opportunità della comunità internazionale non sarebbero fondamenti per allontanarsi dalla Costituzione e violare i diritti fondamentali.

Neanche sensibilizza gli oppositori il fatto che un emendamento alla Costituzione brasiliana abbia incluso nel testo costituzionale la sottomissione del Brasile alla Corte Penale Internazionale la cui creazione abbia manifestato adesione (art. 5°, §4°)<sup>40</sup>. Per loro, la ratifica e la promulgazione dello Statuto di Roma già sarebbero state

---

§ 2° La proposta sarà discussa e votata in ciascuna Camera del Congresso Nazionale, in due turni, considerandosi approvata se otterrà, in entrambe le votazioni, i tre quinti dei voti dei rispettivi membri.

§ 3° L'emendamento alla Costituzione sarà promulgato dall'Organo Direttivo della Camera dei Deputati e del Senato Federale, con il rispettivo numero d'ordine.

§ 4° Non sarà oggetto di deliberazione la proposta di emendamento tendente ad abolire:

- I. la forma federativa dello Stato;
- II. il voto diretto, segreto, universale e periodico;
- III. la separazione dei poteri;
- IV. i diritti e le garanzie individuali;

§ 5° La materia oggetto di proposta di emendamento rigettata o ritenuta annullata non può essere oggetto di nuova proposta nella stessa sessione legislativa.

<sup>38</sup> Guimarães, Rodrigo D., "Entrega ao Tribunal Penal Internacional e a vedação de extradição de nacionais", *Revista Brasileira de Segurança Pública e Cidadania*. v.1 n.1 (junho de 2008): 77-98. p. 88.

<sup>39</sup> *Ibidem*. p. 88.

<sup>40</sup> *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988)

Art. 5

§4° Il Brasile si sottomette alla giurisdizione del Tribunale Penale Internazionale poiché ha manifestato adesione quando è stato creato.

incostituzionali, e l'emendamento non si presterebbe per convalidare lo Statuto.<sup>41</sup>

I dubbi sollevati con maggior autorità sono stati fatti dalla Corte Costituzionale brasiliana, da uno dei suoi membri, Giudice Celso de Mello, mentre esaminava una richiesta di detenzione e consegna curata dalla Corte Penale Internazionale e inviata al Brasile<sup>42</sup> – e a tutti gli altri Stati parte – in disapprovazione dell'allora presidente della Repubblica di Sudan, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Capo di Stato in carica. Come non si trattava di un processo, ma di un'ordinanza, il Giudice ha rilevato la necessità di far discutere dal Supremo Tribunale Federale lo Statuto di Roma<sup>43</sup>. Tale discussione fino ad oggi non si è verificata perché il sindacato di costituzionalità – sia accentrato, sia diffuso – non è ancora stato fatto sul tema.

#### 4.1.4 Estradizione, reati politici e di opinioni

I reati politici e di opinione sono anche immuni all'extradizione in vari ordini giuridici nazionali, indipendentemente dalla nazionalità degli imputati. In Italia c'è il divieto di estradare (siano cittadini, siano stranieri) accusati di pratica di reati politici<sup>44</sup>. Nel caso brasiliano, inoltre il divieto di estradare accusati di pratica di reati politici, c'è anche una regola che vieta l'extradizione sull'ipotesi di reato di opinione<sup>45</sup>, corollario della libertà di espressione<sup>46</sup> e rimedio alla censura da prima vissuta in Brasile.

Queste limitazioni imposte all'extradizione trovano fondamento nell'ordine

---

<sup>41</sup> Guimarães, Rodrigo D., “Entrega ao Tribunal Penal Internacional e a vedação de extradição de nacionais”. p. 88-89.

<sup>42</sup> Richiesta fatta dalla Corte Penale Internazionale diretta al Ministero degli Affari Esteri del Brasile e trasmessa al Supremo Tribunal Federal (Petição n. 4.625/Repubblica del Sudan).

<sup>43</sup> Supremo Tribunal Federal. Pet. N. 4625. (17/07/2009). Rel. Min. Celso de Mello.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Sud%E3o&base=baseInformativo>.

<sup>44</sup> Costituzione della Repubblica Italiana (1947):

Art. 10, comma 4

“Non è ammessa l'extradizione dello straniero per reati politici”.

<sup>45</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Art. 5

LII. non sarà concessa l'extradizione di stranieri per reati politici o di opinione;

<sup>46</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Art. 5 Tutti sono uguali davanti alla legge, senza distinzione alcuna; è garantita, tanto ai brasiliani quanto agli stranieri residenti nel Paese, l'inviolabilità del diritto alla vita, alla libertà, alla sicurezza e alla proprietà, nei seguenti termini:

...

IV - la manifestazione del pensiero è libera, ed è vietato l'anonimato;

...

VIII. nessuno potrà essere privato di diritti a causa della sua fede religiosa o delle sue convinzioni filosofiche o politiche, tranne che le stesse non siano invocate per esimersi da obblighi di legge imposti a tutti o per rifiutarsi di compiere prestazioni alternative, stabilite dalla legge;

IX. l'espressione dell'attività intellettuale, artistica, scientifica e di comunicazione è libera, indipendentemente da qualsiasi censura o licenza;

X. sono inviolabili l'intimità, la vita privata, l'onore e l'immagine delle persone; è assicurato il diritto all'indennizzo per il danno materiale o morale derivante da tali violazioni;

democratico e decorrono dal rispetto alla libertà di pensiero e critica, inerente alla condizione dell'uomo moderno.

Inoltre, come succede a proposito del divieto di estradizione di cittadini, c'è una presunzione da parte dello Stato richiesto che lo Stato richiedente non agirà con imparzialità nella conduzione del caso<sup>47</sup>.

Quindi, indispensabile sapere quali sono i reati politici e i reati di opinione, per valutare, dunque, l'eventuale incompatibilità tra le norme costituzionali che vietano l'extradizione per questi reati e la consegna alla Corte Penale Internazionale.

La formulazione del concetto di reato politico in Brasile è molto influenzata dalla storia democratica brasiliana, essendo consueto analizzarlo da tre teorie: l'obiettiva, la soggettiva e la mista. Dall'obiettiva, si conosce il reato politico dal bene giuridico protetto dalla norma penale. Quindi, sarebbero reati politici gli attentati contro l'esistenza dello Stato e le sue istituzioni. La teoria soggettiva considera il fine perseguito dall'autore; non importa la natura del bene giuridico effettivamente colpito, basta che il comportamento delittuoso comune sia guidato da motivi politici. La teoria mista, come si può dedurre, mescola i due componenti e include tra i reati politici i reati elettorali<sup>48</sup>.

Reato politico, quindi, è tutto atto lesivo all'ordine politico, sociale o giuridico, interno o esterno dello Stato o ai diritti politici dei cittadini, essendo di estrema importanza l'aspetto soggettivo, cioè, il proposito dell'autore nella pratica dell'infrazione<sup>49</sup>. I reati politici possono essere propri o impropri: propri sono quelli che solo lesionano o mettono a rischio l'organizzazione politica, mentre quelli impropri offendono anche altri interessi oltre all'organizzazione politica<sup>50</sup>.

Il Supremo Tribunale Federale brasiliano<sup>51</sup> ha già avuto l'opportunità di concettualizzare reato politico come l'atto che viola l'ordine politico della Nazione, sia

---

<sup>47</sup> Lisboa, *A relação extradicional no direito brasileiro*. p. 169. Passim Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro* (Editora Revista dos Tribunais, 1981). Rezek, *Direito internacional público*.

<sup>48</sup> Prado, Luiz Regis e Carvalho, Érika Mendes de, "Delito Político e Terrorismo: uma aproximação conceitual.", *Revista dos Tribunais* ano 89 v. 771 (2000): 412–47.

<sup>49</sup> Ibidem. pp. 430

<sup>50</sup> Delmanto, Celso, *Código penal comentado* (Renovar, 2007). p. 64. In questo senso, HÉlvio Simões Vidal considera che il reato è politico quando offende l'ordine politica, sociale o giuridica interna o esterna dello Stato – reato politico puro – inserendosi ancora grande parte dei reati elettorali, cioè, quelli che colpiscono il diritto di voto. È anche politico il reato comune commesso per motivazione politica – reato politico relativo o impuro. HÉlvio Simões Vidal, "Direitos Humanos e o Direito Internacional Penal.", in *Doutrinas Essencias - Direitos Humanos*, org. Maria Garcia e Flavia Cristina Piovesan, vol. v. 6, 7 vols. (São Paulo: RT, 2008), 729–49.

<sup>51</sup> Supremo Tribunal Federal, Extradicação nº 700 (04/03/1998), Rel. Min. Octavio Gallotti.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324888>

esterno, sia interno, che ha lo scopo di distruggere o modificare la forma di governo, la Costituzione, l'organizzazione e il fondamento dei poteri politici o violare i diritti politici dei cittadini, anche quando praticati contro l'indipendenza della Patria, l'integrità del suo territorio, i suoi rapporti con altri Stati. Da notare che, in quel caso, è stata negata l'estradizione di cittadino tedesco accusato di trasmettere all'Iraq segreto del Governo Richiedente (Repubblica Federale della Germania), utilizzabili nel progetto di sviluppo di armi nucleari, utilizzando l'argomento che ciò sarebbe reato politico.

Il Brasile, per quanto riguarda il concetto dei reati politici, ancora si trova più vicino all'idea del Codice Penale italiano del 1930, secondo il quale questa categoria di crimini include *ogni delitto che offenda un interesse politico dello Stato o un diritto politico del cittadino ovvero, che sia determinato, in tutto o in parte, da motivi politici.*<sup>52</sup>

Già in Italia c'è stata una maggior maturità sul reato politico, molto più vicino al nucleo duro del concetto. È condiviso<sup>53</sup>, attualmente, che il concetto di reati politici è estratto a partire dall'interpretazione dei due commi dell'articolo 10 della Costituzione e può essere definito come comportamento che esprime opposizione a regimi non democratici o rappresenta l'esercizio di diritti e libertà negate da quegli ordinamenti<sup>54</sup>.

Infatti, sarebbe contraddittorio riconoscere il diritto dello straniero a trovare rifugio contro discriminazioni e persecuzioni politiche in atto nel suo Paese di origine, e, allo stesso tempo, consegnarlo nelle mani dei suoi potenziali persecutori.

In questo modo il legislatore italiano, attraverso l'art. 698 del codice di procedura penale, emanato nel 1988, ha aggiunto ai reati politici un esame delle

---

<sup>52</sup> Codice Penale Italiano, art. 8.

<sup>53</sup> Cass. pen., I, 7 novembre 1990.

<sup>54</sup> Cass. pen., Sez.VI, Sentenza n. 5089 del 23/01/2014:

“per poter definire l'inammissibilità di tali pretese, da cui consegue il divieto di estradizione, non è possibile considerare aspetti di natura meramente "soggettiva", connessi cioè alle finalità o agli scopi delle condotte incriminate, che finirebbero per lasciare all'interprete margini di eccessiva discrezionali, ma occorre valorizzare elementi di natura "oggettiva". Così, in un'ottica sostanziale, i reati sono qualificabili come politici in ragione dell'interesse giuridico che risulti leso (si pensi ai delitti di manifestazione di pensiero che siano stati consumati all'estero per contrastare regimi illiberali e tutelare libertà fondamentali), purché risultino ispirati dalla volontà di affermare valori di libertà e democrazia protetti dalla nostra Costituzione, salvo che, per la particolare atrocità ed eccezionale gravità delle modalità della loro commissione, non si pongano essi stessi in contrasto con i valori della Carta fondamentale (come avviene per i reati di terrorismo, per i quali le convenzioni internazionali tendono oramai a stabilire una sorta di "depolicizzazione" a fini estradizionali). Tuttavia occorre ampliare la portata applicativa del divieto di estradizione, con una integrazione del 'punto di vista' della politicità del reato in ragione della tutela dell'estradando sul piano processuale, comprendendo quei reati rispetto ai quali, prescindendo persino dalla loro odiosità, sia necessario garantire una tutela latamente "politica" all'interessato: è possibile, dunque, affermare che, ai fini della individuazione dell'ambito di operatività del divieto di estradizione di cui agli artt. 10, comma 4, e 26, comma 2, Cost., il reato è 'politico' anche quando, indipendentemente dal bene giuridico offeso dalla condotta illecita, vi sia la fondata ragione di ritenere che, proprio per la "politicità" della condotta illecita, l'estradando possa essere sottoposto nello Stato straniero richiedente ad un processo penale non equo o alla esecuzione di una pena discriminatoria ovvero ispirata da iniziative persecutorie per ragioni politiche, che ledono diritti fondamentali dell'individuo, quali il diritto al rispetto del principio di uguaglianza, il diritto ad un equo processo ed il divieto di trattamenti disumani o degradanti verso i detenuti.

conseguenze dell'extradizione per il soggetto nel Paese di destinazione<sup>55</sup>, specialmente il rischio di sottomissione a violazione di diritti fondamentali.

Se la nozione di reato politico varia già tra Brasile e Italia, che dire tra tutti i firmatari dello Statuto di Roma, che ha reso più delicata la sua stesura e rende più esigente la sua interpretazione.

Proprio per questo si deve citare che lo Statuto di Roma, nella definizione di alcuni reati, fa riferimento a motivi politici. È quello che si può constatare, per esempio, del crimine contro l'umanità previsto nell'articolo 7°, 1, h:

Articolo 7

Crimini contro l'umanità

1. Ai fini del presente Statuto, per crimine contro l'umanità s'intende uno degli atti di seguito elencati, se commesso nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell'attacco:

...

h) Persecuzione contro un gruppo o una collettività dotati di propria identità, ispirata da ragioni di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso o di genere sessuale ai sensi del paragrafo 3, o da altre ragioni universalmente riconosciute come non permissibili ai sensi del diritto internazionale, collegate ad atti preveduti dalle disposizioni del presente paragrafo o a crimini di competenza della Corte;

Anche l'articolo 7°, 2, a e i:

Articolo 7

Crimini contro l'umanità

2. 2. Agli effetti del paragrafo 1:

a) Si intende per «attacco diretto contro popolazioni civili» condotte che implicano la reiterata commissione di taluno degli atti preveduti al paragrafo 1 contro popolazioni civili, in attuazione o in esecuzione del disegno politico di uno Stato o di una organizzazione, diretto a realizzare l'attacco;

...

i) per «sparizione forzata delle persone» s'intende l'arresto, la detenzione o il rapimento delle persone da parte o con l'autorizzazione, il supporto o l'acquiescenza di uno Stato o organizzazione politica, che in seguito rifiutino di riconoscere la privazione della libertà o di dare informazioni sulla sorte di tali persone o sul luogo ove le stesse si trovano, nell'intento di sottrarle alla protezione della legge per un prolungato periodo di tempo

Un'analisi frettolosa può concludere che la persecuzione, per motivi politici, di un gruppo o collettività che possa essere identificata come tale; o l'attacco contro una popolazione civile sulla base della politica di uno Stato; o ancora la sparizione forzata effettuata da un'organizzazione politica, siano fatti che possono caratterizzare crimine

<sup>55</sup> Codice de Procedura Penale

Art. 698 Non può essere concessa l'extradizione per un reato politico né quando vi è ragione di temere che l'imputato o il condannato verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali ovvero a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona



politico, e quindi, affrontare resistenze come l'extradizione. Andando oltre, e considerando che la differenziazione di consegna e l'extradizione possa essere una mera artificialità, non sarebbe possibile addirittura la consegna alla Corte Penale Internazionale di un accusato di tali crimini.

Tuttavia, il riferimento fatto nello Statuto di Roma, in alcuni sparsi dispositivi, di elementi politici nei crimini non deve vietare né la consegna né l'extradizione. Ad ogni caso concreto gli elementi devono essere valutati, ma la natura di tali delitti è quella di reati comuni, anche se motivati da ragioni di natura politica. E, si trattando di reati comuni motivati per ragioni di natura politica, si deve, quando dall'analisi della richiesta estradizionale o di consegna, valutare, tenendo conto il sistema della principalità<sup>56</sup> o della

<sup>56</sup> Supremo Tribunal Federal. Extradicação 794 (17/12/2001) Rel. Min. Maurício Corrêa:

MAXIME: ESTRADIZIONE. GOVERNO DEL PARAGUAY. OMICIDIO, LESIONI CORPOREE E ASSOCIAZIONE CRIMINOSA. CORRISPONDENZA IN BRASILE. PRESCRIZIONE: ASSENZA CRIMINE COMPLESSO: CRIMINE POLITICO CON PREPONDERANZA DI DELITTO COMUNE. ESTRADIZIONE POLITICA MASCHERATA. REVOCA.NON ACCETTATO.

Pressuposti della richiesta accettati. Corrispondenza tra i tipi penali del Paese richiedente e quelli del Brasile. Assenza di prescrizione.

2. Scontro tra fazioni contrarie in piazza pubblica in uno stato di commozione generale, dal quale risultarono morti e lesioni corporali: esistenza di crimini comuni con prevalenza di crimini politici. 2.1 **Condotte a carico della persona richiesta e fatti a loro riguardanti, caratterizzati come crimine complesso, visto che presenti, interattivi, elementi costitutivi dei reati comuni e politici.** 2.2. **Crimine politico sottostante, che si è perpetrato per motivazione di ordine pubblica e per minaccia alla struttura politica e sociale delle organizzazioni dello Stato.**

**3. Omicidio di agenti pubblici dopo agguato eseguito da tiratori: prevalenza del crimine comune, malgrado la presenza di componenti del crimine politico.**

4. Extradizione politica mascherata: occorre quando la richiesta rivela apparenza di crimine comune, ma infatti dissimula persecuzione politica.

5. Peculiare situazione dell'extradato nella vita politica dello Stato richiedente ha dato origine ad una radicata persecuzione politica, circostanza che aggrava l'ammissione della richiesta di estradizione.

6. Imputati incriminati nella stesa procedura, che hanno avuto carcere preventivo revocate: situazione in cui non è stato beneficiato l'extradato e che sedimenta l'intento persecutorio. Ipotesi di estradizione politica mascherata.

7. Extradizione respinta in conformità gli incisi LII dell'articolo 5° della Costituzione Federale e VII dell'articolo 77 della Legge 6.815, del 19 agosto 1980 (con il testo fornito dalla Legge 6.964/81) e articolo 22, voce 8, della Convenzione Americana Sui Diritti Umani - Patto di São José da Costa Rica -, approvata dal Decreto Legislativo 27/92 e promulgata dal Decreto 676/92.

Supremo Tribunal Federal. Extradicação 615 (19/10/1994) Rel. Min. Paulo Brossard:

ESTRADIZIONE ESECUTORIA. NATURA DEL PROCESSO DI ESTRADIZIONE. LIMITAZIONE AL POTERE GIURISDIZIONALE DEL STF. TRIBUNALE DI ECCEZIONE. REATO POLITICO RELATIVO. PRESCRIZIONE DELL'AZIONE. PROCESSO DI ESTRADIZIONE, ALL'ESAME DELLA RICHIESTA DI ESTRADIZIONE IL SUPREMO TRIBUNALE FEDERALE SI SOFFERMERÀ SULLA LEGALITÀ DELLA PRETENSIONE FORMULATA. TRATTANDOSI DI ESTRADIZIONE PER L'ESECUZIONE DI PENA IMPOSTA ALLA SENTENZA DI CONDANNA, NON SI PUÒ ESAMINARE IRREGULARITÀ E NULITÀ SUCESSE NELL'AZIONE PENALE, NE RIVEDERE IL MERITO DELLA DECISIONE DI CONDANNA. IMPOSSIBILITÀ DI RIVISIONE DELLA DECISIONE PROFERITA DALLA CORTE DEL PAESE RICHIEDENTE. **REATO POLITICO. ESAME DELLA SUA CONFIGURAZIONE, COME ECCEZIONE INHIBITIVA DELLA CONCESSIONE DELL'ESTRADIZIONE, DIFFERITA ESCLUSIVAMENTE AL STF. CRIMINE COMPLESSO O CRIMINE POLITICO RELATIVO, CRITERIO PER LA SUA CARATTERIZZAZIONE ACCORDATA IN PREVALENZA DELLA INFRAZIONE PENALE COMUNE SU QUALI DI NATURA POLITICA. ART. 77, PARS. 1. E 2., DELLA LEGGE 6.815/80. SICCOME LA COSTITUZIONE NON HA DEFINITO IL CRIMINE POLITICO, TOCCA AL SUPREMO, DINANZI ALLA CONCETTUALIZZAZIONE DELLA LEGISLAZIONE ORDINARIA VIGENTE, DIRE SE I DELITTI PER I QUALI SI RICHIEDE L'ESTRADIZIONE COSTITUISCONO INFRAZIONE DI NATURA POLITICA O NO, CONSIDERANDO IL SISTEMA DELLA PRINCIPALITÀ O DELLA PREPONDERANZA.** TRIBUNALE DI ECCEZIONE. NON CARATTERIZZAZIONE QUANDO IL PROCESSO SI REALIZZA CON BASE E IN CONFORMITÀ CON LEGGI DA MOLTO APPICABILI, E DA INTEGRANTI DELLA SUPREMA CORTE DI GIUSTIZIA DEL PAESE, IN OCCASIONE, REGOLARMENTE INVESTITI NELLE LORO FUNZIONI. PRESCRIZIONE DELL'AZIONE. MANCATA OCCORRENZA IN VISTA DELLA LEGGE SPECIFICA DEL PAESE RICHIEDENTE CHE, AL DISCIPLINARE IL PROCESSO PER I COSÌDETTI GIUDIZI DI RESPONSABILITÀ, STABILISCE CHE, IN QUESTA IPOTESI, L'AZIONE PRESCRIVE

preponderanza, se il reato deve o no essere classificato come politico<sup>57</sup>.

Quindi, il solo fatto che la motivazione per determinati crimini sia politica non fa diventare questi crimini (come sparizione forzata, intenzionale e grave privazione dei diritti fondamentali, ecc.) necessariamente politici al punto di vietare l'extradizione.

Inoltre, il Supremo Tribunale Federale brasiliano ha già avuto l'opportunità di stabilire, per esempio, che pratiche terroristiche non sono reati politici, nonostante siano state commesse da singoli o con l'appoggio ufficiale del proprio apparato del governo, simile a quello registrato in Sudamerica nella seconda metà del secolo passato, con l'adozione dai regimi militari sudamericani del modello di terrorismo di Stato. In questo modo, gli atti terroristi non impediscono l'extradizione<sup>58</sup>.

Infatti, secondo il Ministro del Supremo Tribunale Federale, Gilmar Ferreira Mendes, per la rivelazione del carattere politico o comune di un reato è necessaria la contestualizzazione nell'ambito degli obiettivi politici e nella possibilità di fare una ponderazione tra il carattere comune del delitto e il suo inserimento in un'azione politica più ampia. In questo modo, crimine contro umanità, terrorismo e altri di grande ripercussione, sebbene praticati in un contesto politico, corrispondono all'espressione della macro criminalità in grado di compromettere la sicurezza, l'integrità, la pace dei

---

SE NON AMMESSA ALL'INTENO DI TRE LEGISLATURE DI SEGUITO AL GIORNO IN CUI L'ATTO È STATO COMMESSO. RIESAME DAL STF DELLA DECISIONE CHE HA VERIFICATO LA MANCATA OCCORRENZA DELLA PRESCRIZIONE. IMPOSSIBILITÀ. SE LA SUPREMA CORTE DEL PAESE RICHIEDENTE HA DECISO, FORMALE E ESPRESSAMENTE, CHE IN VISTA DELLA SUA LEGISLAZIONE, NON È AVVENUTA LA PRESCRIZIONE, NON TOCCA AL STF RIVEDERE QUELLA DECISIONE, SOTTO PENA DI VIOLAZIONE DELLA SOVRANITÀ DEL PRONUNCIAMENTO GIURISDIZIONALE DELLO STATO RICHIEDENTE. ESTRADIZIONE ACCETTATA, CONDIZIONATA ALL'IMPEGNO DI NON ESSERE L'ESTRADATO ARRESTATO O PROCESSATO PER REATO ANTERIORE, DI SCONTARE DALLA PENA IL TEMPO DI CARCERE IN BRASILE E DI OSSERVARE LA CONVENZIONE INTERAMERICANA PER PREVENIRE E PUNIRE LA TORTURA

<sup>57</sup> Su questo punto, viene citata recente decisione del Supremo Tribunale Federale (Ext 1085), che ha inteso comuni i quattro omicidi a cui Cesare Battisti è stato condannato in Italia.

<sup>58</sup> Supremo Tribunal Federal, Extradicação 855 (26/08/2004), Rel. Min. Celso de Mello:

Extradizione del terrorista: necessità di preservazione del principio democratico e essenzialità della cooperazione internazionale in repressione al terrorismo. Lo statuto della criminalità politica non si rivela applicabile nè estensibile, nella sua proiezione giuridico-costituzionale, agli atti criminali che traducono pratiche terroristiche, siano quelli commessi da privati, siano quelli perpetrati con l'appoggio ufficiale del apparato governamentale stesso, come registrato nel Cono Sud, con l'adozione dai regimi militari sudamericani, del modello trascurabile del terrorismo di Stato. Il terrorismo - che traduce espressione di una macrodelinquenza capace di colpire la sicurezza, l'integrità e la pace dei cittadini e delle società organizzate - rappresenta fenomeno criminale della più alta gravità, alla quale la comunità internazionale non può rimanere indifferente, ecco che l'atto terrorista minaccia le stesse basi in cui si appoggia lo Stato democratico di diritto, oltre a rappresentare minaccia inaccettabile alle istituzioni politiche e alle libertà pubbliche, il quale autorizza escluderlo dalla benignità di trattamento che la Costituzione del Brasile (art. 5°, LII) ha riservato agli atti configuratori di criminalità politica. La clausola di protezione costante dell'art. 5°, LII, della CR - che vieta <l'extradizione> di stranieri per reato politico o di opinione - non si estende, per tale ragione, all'autore di atti criminali di natura terrorista, considerato il frontale ripudio che l'ordine costituzionale brasiliana esonera al terrorismo e al terrorista. La <extradizione> - enquanto mezzo legittimo di cooperazione internazionale nella repressione alle pratiche di criminalità comune - rappresenta strumento di significativa importanza nella lotta efficace al terrorismo, che rappresenta 'una grave minaccia per i valori democratici e per la pace e la sicurezza internazionale (...)' (Convenzione Interamericana Contro il Terrorismo, Art. 11), giustificandosi, proprio per questo motivo, per effetto di estradizione, la mancata caratterizzazione come reato di natura politica.

cittadini e delle società organizzate. La comunità internazionale, perciò, non può restare indifferente dinanzi alla minaccia allo Stato Democratico di Diritto, alle istituzioni politiche e alle libertà pubbliche.<sup>59</sup>

Quindi, il Supremo Tribunale Federale ha già ritirato dal terrorismo il carattere di crimine politico per permettere l'extradizione e la conseguente repressione e la punizione di questo crimine di grande rilevanza alla comunità internazionale.

Nello stesso senso, la giurisprudenza italiana<sup>60</sup>, rispettando i trattati internazionali come determina la Costituzione stessa e tenendo in considerazione la Convenzione europea sul terrorismo del 1977, non attribuisce carattere politico ai reati legati al terrorismo<sup>61</sup> e, quindi, concede l'extradizione in questi casi.

Questo stesso ragionamento deve essere steso ai crimini contro l'umanità, di genocidio o di guerra, allontanandosi dalla letteralità dell'articolo 7° dello Statuto di Roma per quanto riguarda le motivazioni politiche e le organizzazioni politiche e statali per ammettere eventuale consegna alla Corte Penale Internazionale o l'extradizione stessa ad altro Stato.

#### **4.1.5 Consegna vs. Extradizione: artificialità della differenziazione?**

Affrontato il problema della nazionalità e quello del reato politico, rimane l'argomentazione della strategia della creazione della figura della consegna, parallela all'extradizione.

Per primo, vale la pena notare che, sotto l'ottica della Corte Penale

---

<sup>59</sup> V. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional* (Saraiva, 2008). 619- 620.

<sup>60</sup> Cass., Sez. VI pen., Sentenza n. 31123 del 19/06/2003.

<sup>61</sup> Cass., Sez V pen., Sentenza n. 12252 del 23/02/2012:

La finalità di terrorismo è normativamente individuata nelle condotte che, per loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad una Organizzazione internazionale. E quindi necessaria la idoneità offensiva della condotta in questione perché la finalità di terrorismo si deve comunque concretizzare in un'oggettiva possibilità delle condotte a raggiungere lo scopo cui sono dirette, essendo in ogni CCISO necessario, per la sussistenza del delitto de quo, che sia messo in pericolo il bene protetto; né può ritenersi che detto requisito attenga solo alla finalità di terrorismo e non anche a quella di eversione dell'ordine democratico, poiché la figura criminosa in questione prevede quelle condotte destinate precipuamente allo scopo di destabilizzare e/o distruggere le strutture politiche fondamentali di un Paese. La Corte milanese, facendo riferimento a giurisprudenza della Corte di cassazione, si rifà alla convenzione di New York sopraindicata, per la quale -tuttavia- atto di terrorismo, come premesso, è quello diretto a causare la morte o gravi lesioni fisiche a civili o a qualsiasi altra persona, che non ha parte attiva in situazioni di conflitto armato, ovvero quello destinato a intimidire una popolazione e/o ad obbligare un governo o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere qualcosa. Ne consegue che qualsiasi partecipe, per essere ritenuto tale, deve dare un effettivo contributo all'azione della struttura criminale cui è accusato di appartenere. Di tutto ciò non è traccia nelle astratte argomentazioni del giudice di secondo grado.

...

La convenzione di New York fornisce una definizione di terrorismo nella sua globalità, anche mediante il rinvio a precedenti convenzioni. Essa contiene una clausola finale di chiusura che stabilisce, come anticipato, che costituisce atto terroristico qualsiasi altro atto destinato a cagionare morte o lesioni personali gravi ad un civile o a qualsiasi altra persona, che non partecipi attivamente alle ostilità.

Internazionale, nessun problema esisterebbe se un determinato ordinamento giuridico equiparasse entrambe le figure. Infatti, basta che lo Stato, quando chiamato, consegni l'individuo alla Corte Penale Internazionale, senza opporre le resistenze proprie all'extradizione, affinché sia raggiunta la finalità pretesa dallo Statuto di Roma.

La strada comune adottata dagli Stati parte, però, è stata di differenziare gli istituti<sup>62</sup>. In questo modo si riprende la questione: è possibile differenziare consegna ed estradizione per giustificare la mancata applicazione dei limiti dell'extradizione alla consegna?

Kai Ambos, per esempio, afferma che l'art. 102 dello Statuto di Roma presenta un chiarimento meramente terminologico, il quale non risolve il problema fondamentale, poiché sia la consegna, sia l'extradizione implicano la sottrazione di un cittadino della sua giurisdizione nazionale e, quindi, si consiglia una modifica costituzionale che permetta l'extradizione o la consegna al Tribunale Penale Internazionale<sup>63</sup>.

Secondo lo Statuto, l'extradizione è il trasferimento di una persona da uno Stato ad un altro Stato ai termini di un trattato, di una convenzione o di regole del diritto interno in quanto la consegna è una prestazione di uno Stato alla Corte Penale Internazionale<sup>64</sup>.

Infatti, nell'extradizione, due soggetti ugualmente sovrani cooperano orizzontalmente<sup>65</sup>, abdicando ognuno di parte della loro sovranità in basi eminentemente politiche. Nella consegna c'è uno Stato sovrano, adempiendo un trattato internazionale firmato in modo multilaterale con altre sovranità, destinando un cittadino alla cura di un organismo internazionale, la cosiddetta cooperazione verticale non gerarchica.

Detto in altre parole, la consegna non è compiuta da un altro soggetto di Diritto Internazionale Pubblico, simile allo Stato Parte, anche dotato di sovranità e competenza

---

<sup>62</sup> “States including Switzerland, Croatia, Honduras and Ecuador have found that extradition and surrender are distinct, with the prohibition applying only to the former”. Helen Duffy, “Overview of Constitutional Issues and Recent State Practice”, in *The Rome Statute and Domestic Legal Orders: General Aspects and Constitutional Issues*, org. Claus Kreß e Flavia Lattanzi, vol. 2, 2 vols. (Editrice il Sirente, 2000), 498–514.

<sup>63</sup> Kai Ambos, “Implementação do Estatuto de Roma na legislação nacional”, in *Persecução penal internacional na América Latina e Espanha*, org. Kai Ambos e Ezequiel Malarino (IBCCRIM, 2003), 27–34, p. 31.

<sup>64</sup> Si deve rilevare che gli Statuti dei Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia (articolo 29, comma 2, al. e) e Ruanda (articolo 28, comma 2, al. e), sotto il titolo “cooperazione e assistenza giudiziaria”, già facevano riferimento al “trasferimento e consegna” degli accusati ai suddetti tribunali. Caeiro, Pedro, “O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português”. p. 73.

<sup>65</sup> La distinzione tra l'orizzontalità e verticalità dei rapporti emerge dalla decisione della Camera di Seconda istanza del Tribunale *ad hoc* per l'ex Jugoslavia, del 29/10/1997, caso *Procuratore versus Tihomir Blaskic*, §§ 47 e 54, a quanto sembra su suggerimento del Parere presentato per conto di *Max Planck Institute* come *amicus curiae*. Ibidem. p. 75.

nell'ordine internazionale. É effettuata piuttosto ad un organismo internazionale, con giurisdizione permanente, frutto dalla volontà degli stessi Stati Parte e con competenza per processare e giudicare i più gravi crimini contro la dignità umana.<sup>66</sup>

Come afferma l'ex-giudice brasiliano alla Corte Internazionale di Giustizia, Francisco Rezek, mentre la consegna si fa ad una giurisdizione internazionale, dalla quale il Brasile ne fa parte, attraverso l'extradizione si trasferisce un individuo ad un tribunale straniero, che esercita la sua autorità sotto un'altra bandiera che non è la nostra, e non sotto ad una giurisdizione, la cui costruzione ne abbiamo partecipato e che è prodotto della nostra volontà, coniugata con altre nazioni.<sup>67</sup>

Quindi, tramite la consegna non si fa il trasferimento di un individuo ad una giurisdizione straniera, ma ad un foro multipartito composto, in questo caso dallo Stato Brasiliano stesso, ragione per la quale non si devono applicare le stesse regole che si applicano all'extradizione, la quale coinvolge questioni di sovranità statale e politica esterna.<sup>68</sup>

Inoltre, nel confronto tra le due figure si nota che nel modello della consegna, a differenza del modello orizzontale di cooperazione vigente nell'extradizione, c'è una notevole riduzione del margine di valutazione delle richieste da parte degli Stati e conseguente diminuzione delle garanzie individuali tradizionalmente offerte dall'extradizione (ad esempio, il requisito della doppia incriminazione)<sup>69</sup>.

Così Sotto un'altra ottica, per la differenziazione tra consegna e estradizione cruciale non sarebbe la natura del richiedente e dei convenuti, ma la volontà di creare una forma di cooperazione in cui il richiedente è il vero *dominus* di un procedimento in cui il convenuto ha un funzione meramente accessoria<sup>70</sup>.

Quindi, non si ammette che si eccezione l'obbligo di consegna con fondamenti tipici dell'extradizione (consegna di nazionale, applicabilità di alcune sanzioni al

---

<sup>66</sup> Duffy, "Overview of Constitutional Issues and Recente State Practice". p. 504:

"emphasis was placed in several contexts on the fact that the ICC was not a 'foreign court', but na international one in which the State participates."

Nello stesso senso, Carlos Eduardo Adriano Japiassú, *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal* (Lumen Juris, 2004). p. 209-215; Cachapuz de Medeiros, Antônio Paulo, "O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira", in *O que é o Tribunal Penal Internacional*, Ação parlamentar, n. 110 (Brasília: Câmara dos Deputados, 2000). p. 14.

<sup>67</sup> José Francisco Rezek, "Princípio da complementaridade e soberania", *Revista CEJ* 4, n° 11 (10 de agosto de 2000), p. 67.

<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/349>.

<sup>68</sup> Mazzuoli, *Curso de direito internacional público*. p. 1050

<sup>69</sup> Caiero, Pedro, "O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português". p. 77.

<sup>70</sup> Ibidem.p.77-78.

individuo indagato, doppia punibilità, ecc.). Né l'autorità giudiziaria può esaminare la regolarità del mandato quanto riguarda l'adeguatezza degli indizi della pratica di un crimine o la necessità di detenzione. Non può nemmeno lo Stato richiesto pronunciarsi sulla carenza di giurisdizione del Tribunale sul caso per il quale è richiesta la cooperazione, in quanto questa è una questione che il Tribunale decide sovranamente.<sup>71</sup>

In realtà, lo Stato non si troverà vincolato all'esecuzione immediata della richiesta di consegna solo quando essa contiene vizi formali o procedurali, o quando il dovere è impedito a causa di altri obblighi internazionali, imponendo l'inizio di consultazioni con il Tribunale per risolvere il problema<sup>72</sup>.

Quindi, nonostante si possa sostenere che l'obbligo di cooperare interferisce nella sovranità degli Stati (giacché limita la discrezionalità politica dinanzi ad una richiesta di consegna), quest'obbligo è stato assunto consensualmente quando gli Stati Parte hanno ratificato lo Statuto di Roma.

Non è, pertanto, per violazione alla sovranità che si potrebbe respingere la differenziazione tra consegna ed estradizione.

In verità, i maggiori ostacoli alla differenziazione tra la consegna e l'extradizione sono osservabili dal punto di vista dell'individuo, e non dalla sovranità statale.

Questo perché, in alcuni ordinamenti giuridici, l'individuo ha la garanzia che non sarà mai estradato, in base alla sua nazionalità. È questo che accade in Brasile, essendo anche discutibile la possibilità di cambiamento del regime giuridico dell'extradizione per forza di una revisione costituzionale, tenendo conto la regola espressa che vieta qualsiasi emendamento destinato ad abolire diritti e garanzie individuali<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Ibidem.p. 81 e 135.

<sup>72</sup> Ibidem.p. 82.

<sup>73</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 2.356-MC (25/11/2010) Rel. Min. Ayres Britto:

L'efficacia delle regole giuridiche prodotte dal potere costituente (redundantemente chiamato di 'originario') non è soggetta a nessuna limitazione normativa, sia di ordine materiale, sia formale, perché proviene dall'esercizio di un poter vero o positivo. Le norme prodotte dal poter riformatore, queste hanno la loro validità ed efficacia condizionate alla legittimazione che ricevono dall'ordine costituzionale. Quindi la necessaria obbedienza degli emendamenti costituzionali al cosiddetto nucleo tematico intangibile. L'art.78 dell'ADCT, aggiunto dall' art. 2° della EC 30/2000, nell'ammettere la liquidazione 'in quote annuali, uguali e successive, scadenza massima di dieci anni' dei 'preparatori sospesi nella data di promulgazione' dell'emendamento, ha violato il diritto acquisito beneficiario de precatório, l'atto giuridico perfetto e giudicato. Ha attaccato anche contro l'indipendenza del Poder Judiciário, la cui autorità è incapace di essere negata, per quanto riguarda l'esercizio del poter di giudicare le liti sottomesse e far rispettare le sue decisioni, incluse quelle contro il Fisco, come previsto nella Costituzione e nella legge. Per quello che l'alterazione costituzionale intendeva trovare ostacoli negli incisi III e IV del § 4° dell'art. 60 della Costituzione, dato che affronta 'la separazione dei Poteri' e 'i diritti e garanzia individuali'.

Quindi, è necessario riprendere i principi fondamentali generalmente invocati per giustificare il divieto di estradizione di cittadini per così poter valutare se il regime di consegna alla Corte Penale Internazionale non rappresenti rischi alle garanzie dei cittadini.

Dunque, come già visto, la ratio sottesa al divieto di estradizione è quella di garantire ai cittadini i diritti basilari dell'accusato, diritti che potrebbero non trovare uguale riconoscimento in ordinamenti giuridici di altri Stati.

Il principale fondamento nella restrizione all'extradizione di cittadini, quindi, risiede nel dubbio per quanto riguarda l'imparzialità dello Stato richiedente nel processo e giudizio di un certo reato commesso da uno straniero.

Con il passar del tempo, questo timore è stato superato anche nei rapporti con Stati sovrani, tanto è vero che sono diversi (ed importanti) gli Stati, come gli Stati Uniti e l'Italia, i quali ammettono l'extradizione dei loro cittadini sulla base della reciprocità.

E, per quanto riguarda la Corte Penale Internazionale, questo timore è considerato, per così dire, ingiustificabile. Si tratta di giurisdizione internazionale concepita e integrata dagli Stati, costruita nell'esercizio delle sovranità statale, istituita con l'assistenza del loro sforzo e della loro partecipazione.

Inoltre, lo Statuto di Roma ha già presentato in anticipo i diritti e le garanzie dell'imputato. Queste garanzie sono a conoscenza dello Stato ed esso le ha accettate quando ha ratificato il trattato.

La giurisdizione internazionale, quindi, non è una giurisdizione straniera, ma una co-giurisdizione, dato che esercitata congiuntamente da tutti gli Stati Parte. Dunque non è giustificabile la ripetizione alla Corte Penale Internazionale di atteggiamenti di sfiducia che storicamente erano presenti al momento della estradizione di persone alle giurisdizioni straniere.

---

Supremo Tribunal Federal, ADI 466-MC (03/04/1991) Rel. Min. Celso de Mello:

Proposta di emendamento alla CF –Istituzione della pena di morte mediante previa consulta plebiscitaria – Limitazione materiale esplicita del poter riformatore del Congresso Nazionale. Assenza di controllo preventivo astratto (in tese) nel diritto brasiliano.

...

Il Congresso Nazionale, nell'esercizio di sua attività costituente derivata e nella prestazione di sua funzione di riforma, è giuridicamente subordinato alla decisione del poter costituente originario che, tramite restrizioni di ordine circostanziale, inibitori del poter riformatore (CF, art. 60, § 1°), ha identificato, nel nostro sistema costituzionale, un nocciolo duro intangibile e immune all'azione revisore dell'istituzione parlamentare. Le limitazioni materiali esplicite, definite nel § 4° dell'art. 60 della Costituzione della Repubblica, incidono direttamente sul potere di riforma conferito al Poder Legislativo dell'Unione, inibendogli l'esercizio sui punti li discriminati. L'irreformabilità di questo nucleo tematico, se non rispettata, può legittimare il controllo normativo astratto, e pur la fiscalizzazione giurisdizionale concreta, della costituzionalità.

Resta inteso, quindi, che la preoccupazione che circonda il divieto di estradizione di cittadini non si sostenterebbe per quanto riguarda la Corte Penale Internazionale, poiché questa già offre garanzie di giustizia, anche se possono ancora essere oggetto di crescita e di espansione.

Inoltre, la consegna alla Corte Penale Internazionale non rappresenta lo stesso grado d'abbandono nazionale, per così dire, come può succedere nell'extradizione. Infatti, la Corte è sotto costante sorveglianza della comunità internazionale, compreso lo Stato della nazionalità della persona consegnata. Quindi, la Corte Penale Internazionale avrà maggior sensibilità alle questioni culturali che le corti meramente straniere, una volta che queste non sono sottomesse a nessun controllo internazionale<sup>74</sup>.

Il Conseil Constitutionnel francese<sup>75</sup>, proprio in conformità a considerazioni di questa natura, ha ritenuto che l'obbligo di consegna non contrasta con il divieto costituzionale all'estrazione di cittadini, giacché lo Statuto della Corte Penale Internazionale offrirebbe sufficienti garanzie per la protezione dei diritti basilari dell'imputato.

In questo modo, le differenze tra questi due istituti, fatte dallo Statuto di Roma, non sono meramente retoriche; giustificano poi l'adozione di un'esegesi costituzionale diversa.

#### **4.1.6 Complementarietà come superamento dell'incompatibilità**

Se è discutibile l'adeguatezza della consegna secondo le norme di uno Stato parte, una strada che si offre è quella di evitare che tale conflitto emerga in un caso concreto. È dire, uno Stato possiede condizioni di adottare meccanismi per evitare che il problema della consegna si possa presentare.

Uno dei principi basilari della Corte Penale Internazionale è la complementarietà, meglio compresa come sussidiarietà prevista esplicitamente nel preambolo e negli articoli 1°, 17, 18 e 19 dello Statuto di Roma. La complementarietà è una garanzia all'equilibrio tra gli interessi nazionali ed internazionali.

---

<sup>74</sup> Helen Duffy, "Implementation of the ICC Statute: International Obligations and Constitutional Considerations", in *The Rome Statute and Domestic Legal Orders: General Aspects and Constitutional Issues*, org. Claus Kreß e Flavia Lattanzi, vol. 1, 2 vols. (Editrice il Sirente, 2000), 29–49. p. 45.

<sup>75</sup> Decision 98-408 DC, 22 January 1999:

"given the purpose of the surrender and the procedural guarantees implemented by the Court, it violates no constitutional principle or rule;"

[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/anglais/a98408dc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/a98408dc.pdf)



Il principio della complementarità parte dall'idea che gli Stati hanno la capacità e la volontà di perseguire e punire i responsabili dei reati della loro competenza. La capacità può essere calcolata dalla normatività adeguata per la classificazione dei reati previsti nello Statuto di Roma e per l'ordinamento delle procedure di persecuzione criminale. La volontà, a sua volta, può essere considerata una questione di politica criminale o giudiziale, valutata dalla movimentazione dei rispettivi ingranaggi.

Quindi, la competenza della Corte Penale Internazionale sorge solo se lo Stato si dimostra inefficiente, incapace o indesiderato di processare e giudicare in modo adeguato un determinato individuo. Infatti, la Corte Penale Internazionale, come ente sussidiario, solo potrà giudicare i reati di sua competenza se gli Stati, per la sua inerzia, le concedono il potere di processare e giudicare i criminali, ciò non significa violazione della sovranità.

In questo modo, la sussidiarietà appare come un altro mezzo per superare eventuali incompatibilità, una volta che si assegna agli Stati la possibilità che loro stessi possano valutare i casi, attivando la giurisdizione internazionale, solo quando gli Stati non potranno rappresentare i valori della comunità internazionale, cioè, quando dimostreranno malafede o incapacità per persecuzione criminale.

È interesse dello Stato aggiornare la sua legislazione domestica per poter, lo Stato stesso, processare e giudicare reati inseriti nella competenza della Corte Penale Internazionale, evitando così eventuale richiesta di consegna da parte di quest'ultima.

Assumendo lo Stato la sua responsabilità di processare e giudicare seriamente criminali nazionali, la questione costituzionale sulla compatibilità tra la consegna e i limiti all'estradizione potrà<sup>non</sup> venire alla ribalta<sup>76</sup>.

## 4.2 L'ergastolo

Un altro punto delicato dello Statuto di Roma per quanto riguarda la sua compatibilità con sistemi giuridici nazionali è quello riguardante all'ergastolo.

Infatti, l'articolo 77 dello Statuto di Roma, nel prevedere le sanzioni applicabili ai reati di genocidio, contro l'umanità, di guerra e di aggressione, ha stabilito due possibilità, oltre alla multa e alla perdita di beni, vale a dire: pena di carcere, per un numero determinato di anni, fino al limite massimo di 30 anni, o carcere a vita, se l'elevato

---

<sup>76</sup> Duffy, "Implementation of the ICC Statute: International Obligations and Constitutional Considerations". p. 45.

grado di illegalità del fatto e le circostanze personali del condannato lo giustificano.

È noto che la pena dell'ergastolo appare nello Statuto di Roma come a metà strada tra la pena di carcere limitata nel tempo (come sostenuto da alcuni Stati occidentali europei e sudamericani) e la pena di morte (difesa soprattutto dagli Stati orientali). Infatti, dopo che la pena di morte non è stata adottata nello Statuto di Roma, l'adozione dell'ergastolo era indispensabile nel tentativo di raggiungere il consenso.<sup>77</sup>

Tuttavia, anche l'ergastolo sarebbe di tempestosa accettazione poiché alcuni Stati<sup>78</sup> già lo ritenevano lesivo ai principi dell'umanità e alla finalità rieducativa e risocializzante della pena.

Quindi, appena si presentasse un caso concreto, verrebbe a galla, per alcuni Stati, il problema della compatibilità tra il divieto di estradizione alla presenza di possibili condanne a vita e il rispetto degli obblighi di cooperazione giudiziaria imposti dallo Statuto di Roma.

La previsione dell'ergastolo nello Statuto di Roma non si è presentata alla delegazione italiana come un problema, anche perché la Corte Costituzionale italiana aveva già considerato l'ergastolo compatibile con la Costituzione dell'Italia<sup>79</sup>.

Per la delegazione brasiliana il problema, però, non si è dimostrato così semplice. La Costituzione Brasiliana, nel suo articolo 5, XLVII, 'b', porta disposizione espressa in materia, stabilendo che “non ci saranno sanzioni di carattere perpetuo”.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> Cardoso, *Tribunal penal internacional*. p. 133.

<sup>78</sup> Non sono tanti i Paesi che, come il Brasile, hanno abolito di forma completa, l'ergastolo, tra cui Uruguay, Colombia, Venezuela, Messico, Portogallo, Spagna e Norvegia.

<sup>79</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 264/1974:

“A prescindere sia dalle teorie retributive secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena. E ciò basta per concludere che l'art. 27 della Costituzione, usando la formula ‘le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato’, non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole.”

Corte Costituzionale, Sentenza n. 168/1994

Tutti gli anzidetti correttivi finiscono con l'incidere sulla natura stessa della pena dell'ergastolo, che non è più quella concepita alle sue origini dal codice penale del 1930. La previsione astratta dell'ergastolo deve ormai essere inquadrata in quel tessuto normativo che progressivamente ha finito per togliere ogni significato al carattere della perpetuità che all'epoca dell'emanazione del codice la connotava. Ma una volta soddisfatto con detti correttivi il precetto costituzionale che assegna alla pena la funzione rieducativa, diviene esclusivo compito del legislatore di valutare, nelle scelte di politica criminale, se conservare o meno l'ergastolo tra le sanzioni punitive astrattamente previste.

<sup>80</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Art. 5.

XLVII. non ci saranno pene:

I. di morte, tranne che in caso di guerra dichiarata, ai sensi dell'art. 84, XIX;

Infatti, si mantiene la tradizione, sin dal 1934<sup>81</sup>, nell'ordinamento giuridico brasiliano di vietare tale tipo di sanzione.

Nonostante questo divieto costituzionale, inserito tra i diritti e le garanzie, il Brasile, come tanti altri, ha aderito allo Statuto di Roma, in cui pesa la possibilità di, secondo l'articolo 77 del trattato, essere imposto l'ergastolo alla persona condannata per uno dei reati previsti nel suo articolo 5, se l'elevato grado di illiceità dei fatti e le circostanze personali del condannato lo giustificano.

Nel tentativo di ridurre al minimo i problemi di compatibilità dell'ergastolo con i vari ordinamenti giuridici nazionali e cercando il maggior consenso possibile, è stato previsto non solo il carattere eccezionale dell'ergastolo come la possibilità della riferita sanzione essere rivista, dopo 25 (venticinque) anni di esecuzione della pena<sup>82</sup>. A quanto pare, quindi, la strada scelta nello Statuto di Roma è la stessa adottata dalla Corte Costituzionale Italiana di comprensione dell'ergastolo insieme ad altri dispositivi attenuatori.

#### **4.2.1 L'ergastolo nella Costituzione brasiliana: Divieto di modifica**

Come accennato, la Costituzione Brasiliana stabilisce all'articolo 5, XLVII che non ci saranno sanzioni a carattere perpetuo. Inoltre, la riferita norma viene inserita tra i diritti e garanzie fondamentali, sui quali si vieta anche l'emendamento costituzionale destinata ad abolirli.

Prima di tutto, è importante notare che la Costituzione brasiliana non sottoscrive espressamente qualsiasi dottrina o teoria sul ruolo della pena (assoluta o relativa). Tuttavia, non ci sono dubbi che ha stabilito il principio della necessità della pena, più adeguato alle teorie della prevenzione generale e della prevenzione speciale,

---

II. di carattere perpetuo;  
 III. ai lavori forzati;  
 IV. di esilio;  
 V. crudeli;

<sup>81</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1934)

Art. 113.

29. non ci sarà nessuna pena di esilio, morte, confisca o perpetua, ad eccezione, per quanto concerne la pena di morte, le disposizioni di legge militare in tempo di guerra con un paese straniero.

<sup>82</sup> Statuto di Roma

Articolo 110 Esame da parte della Corte della questione di una riduzione di pena

...

Se la persona ha scontato i due terzi della pena, o venticinque anni di reclusione nel caso di una condanna all'ergastolo, la Corte riesamina la pena per decidere se sia il caso di ridurla. La Corte non procede a questo riesame prima di detto termine.

oltre che dell'umanità, dato che sono stati vietati pene crudeli.

Tuttavia, stranamente, la Costituzione brasiliana ammette la pena di morte nei tempi di guerra dichiarata, sanzione che, dipendendo dal reato al quale viene applicato nel caso concreto, ha anche carattere retributivo.

Di fronte a questo fatto, si sostiene che il Costituente originario brasiliano, nel prevedere le pene possibili, ha stabilito una graduazione della gravità delle sanzioni. In questa graduazione l'ergastolo è stato rifiutato, più della pena capitale. Questo potrebbe essere giustificato dalla funzione risocializzante della pena, visto che l'ergastolo toglie completamente il condannato non solo della libertà, ma della speranza di libertà, che potrebbe mettere in moto la sua riabilitazione.

Dinanzi a ciò, alcuni giuristi brasiliani<sup>83</sup> hanno sostenuto l'incostituzionalità della riferita sanzione dell'ergastolo nello Statuto di Roma. Non essendo possibile ratificare lo Statuto di Roma con riserve, la proposta era, nel momento della consegna di cittadini o stranieri alla Corte Penale Internazionale, che fosse condizionata a questa la commutazione di una condanna in vita<sup>84</sup>.

Giuristi di linea più internazionalista, si sforzano per compatibilizzare lo Statuto di Roma alla Costituzione brasiliana. In questo senso, Flávia Piovesan<sup>85</sup> ha sostenuto che, nel conflitto tra il divieto all'ergastolo, il diritto alla giustizia e la lotta contro l'impunità, deve la bilancia pendere per gli ultimi due. Giustifica, quindi, che in caso di uno scontro tra due diritti ugualmente fondamentali, e non potendo proteggere senza riserve uno di loro senza far diventare l'altro inoperante, si deve risolvere il conflitto alla luce della dignità umana, con prevalenza del diritto alla giustizia e della lotta all'impunità, quando si tratta di reati che affrontano l'umanità.

Si è anche cercato di giustificare l'adesione brasiliana allo Statuto di Roma, malgrado la previsione dell'ergastolo, dal fatto che questa sanzione sarebbe applicata dalla Corte Penale Internazionale, non essendoci nulla che costringesse lo Stato

---

<sup>83</sup> Luiz Vicente Cernicchiaro, "Pena de prisão perpétua", *Revista CEJ* 4, n° 11 (10 de agosto de 2000): 36–40. César Roberto Bitencourt, "Pena de prisão perpétua", *Revista CEJ* 4, n° 11 (10 de agosto de 2000): 41–47.

<sup>84</sup> Il Ministro in pensione del Superiore Tribunale di Giustizia brasiliano, Luiz Vicente Cernicchiaro, ritiene giuridicamente impossibile introdurre in Brasile l'ergastolo, tradotto nell'idea di limitazione del libero esercizio del diritto di libertà fino alla morte del condannato. Per lui, istituire tali sanzioni sarebbe rivivere il periodo di vendette private in un periodo di vendetta pubblica, perché oggi lo scopo del diritto penale si trova nel senso retributivo utilitaristico, sancito dallo Stato di Diritto Democratico e dalle Dichiarazioni dei Diritti Umani. In Cernicchiaro, "Pena de prisão perpétua".

<sup>85</sup> Flávia Piovesan, "Princípio da complementaridade e soberania", *Revista CEJ* 4, n° 11 (10 de agosto de 2000): 71–74.

Brasiliano a prevederla anche internamente.

Rinforzava quest'idea il fatto che durante lunghi anni il Supremo Tribunale Federale brasiliano non condizionava l'accettazione della richiesta di estradizione alla commutazione dell'ergastolo ad una pena massima di 30 anni di carcere, richiedendo soltanto tale misura quando si trattasse di pena capitale.

Tuttavia, con il cambiamento giurisprudenziale brasiliano, nel 2004, il quale ha condizionato l'extradizione alla commutazione della pena dell'ergastolo in pena massima di 30 anni, questo posizionamento si è fortemente indebolito<sup>86</sup>.

#### 4.2.2 Eccezionalità della pena e la sua possibilità di revisione

Come già affermato, nel tentativo di minimizzare le possibili incompatibilità con il diritto domestico, si è previsto nello Statuto di Roma l'eccezionalità dell'ergastolo e la sua necessaria revisione, dopo venticinque anni di reclusione.

La sufficienza di questi due temperamenti non è stata ancora messa alla prova in Brasile.

Tuttavia, si può affermare che nei casi di estradizione – non di consegna –, la Corte Costituzionale brasiliana ritiene che la mera previsione legale della possibilità (o dell'obbligatorietà) di revisione della pena dell'ergastolo, dopo il completamento di un dato periodo, non è sufficiente per concedere l'extradizione.

<sup>86</sup> Supremo Tribunal Federal, Extradicação 855 (26/08/2004), Rel. Min. Celso de Mello :

MAXIME: ESTRADIZIONE – ATTI CRIMINALI DI NATURA TERRORISTA – MANCATA CARATTERIZZAZIONE DEL TERRORISMO COME PRATICA DI CRIMINALITÀ POLITICA CONDANNA DELL'ESTRADATO CON DUE (2) PENE DELL'ERGASTOLO - INAMMISSIBILITÀ DI QUESTA PUNIZIONE NEL SISTEMA COSTITUZIONALE BRASILIANO (CF, ART. 5º, XLVII, "B") - EFFETTIVAZIONE DI ESTRADIZIONE CHE DIPENDE DAL PREVIO IMPEGNO DIPLOMATICO CONSISTENTE NELLA COMMUTAZIONE, A PENE TEMPORARIE NON SUPERIORI A 30 ANNI, DELLA PENA DELL'ERGASTOLO - PREVISTA ESECUZIONE IMMEDIATA DELL'ORDINE ESTRADIZIONALE, PER DETERMINAZIONE DEL SUPREMO TRIBUNALE FEDERALE - IMPOSSIBILITÀ - PREROGATIVA CHE COLLABORA UNICAMENTE CON IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA, COME CAPO DELLO STATO – RICHIESTA ACCETTATA, CON RESTRIZIONE. IL RIPUDIO AL TERRORISMO: UN IMPEGNO ETICO-GIURIDICO ASSUNTO DAL BRASILE, SIA DINANZI ALLA SUA COSTITUZIONE STESSA , SIA DINANZI ALLA COMUNITÀ INTERNAZIONALE. - .... ESTRADIZIONE E ERGASTOLO: NECESSITÀ DI PREVIA COMMUTAZIONE IN PENA TEMPORARIA (MASSIMO DI 30 ANNI), DELLA PENA DELL'ERGASTOLO - REVISIONE DELLA GIURISPRUDENZA DEL SUPREMO TRIBUNALE FEDERALE, IN OBBEDIENZA ALLA DICHIARAZIONE COSTITUZIONALE DEI DIRITTI (CF, ART. 5º, XLVII, "b"). – L'extradizione solo sarà accettata dal Supremo Tribunale Federale, trattandosi di fatti criminali punibili con l'ergastolo, se lo Stato richiedente impegnarsi **formalmente** dinanzi il Governo brasiliano, di commutare in pena non superiore alla durata massima ammessa nella legge penale del Brasile (CP, art. 75), ecco che le richieste estradizionali - considerato quello che dispone l'art. 5º, XLVII, "b" della Costituzione della Repubblica, che vieta le sanzioni penali di carattere perpetuo - sono necessariamente soggetti all'autorità gerarchico-normativa della Legge Fondamentale brasiliana. Dottrina. Nuova comprensione derivata dalla revisione, dal Supremo Tribunale Federale, di sua giurisprudenza sul tema della estradizione passiva.

Infatti, si richiede, più di una previsione legale, che lo Stato richiedente possa assumere un impegno formale di commutare l'eventuale pena di ergastolo in privazione della libertà, con un massimo di 30 anni. Per arrivare a questa conclusione, per esempio, basta analizzare alcuni casi già giudicati dal Supremo Tribunale Federale, in cui l'Italia consta come Stato richiedente.

Il caso più sensibile è l'extradizione 1.085, che riguarda Cesare Battisti.

Secondo la trascrizione costante della relazione del Ministro Relatore, così si è manifestato il Governo Italiano nella richiesta di estradizione:

Si chiarisce e si assicura che la pena dell'ergastolo, secondo quanto stabilito dai provvedimenti giudiziari italiani, non implica che i condannati a tale pena dovranno rimanere reclusi in carcere per tutta la durata della vita. Come analiticamente spiegato con un appunto in allegato, il sistema penitenziario italiano, all'articolo 27 paragrafo 2 della Costituzione (il quale dispone che 'le pene non possono essere di trattamenti contraddittori dell'umanità e devono servire per rieducazione del condannato), prevede una serie di benefici applicabili ai condannati all'ergastolo: il sistema concede permessi, semi libertà, liberazione condizionata, liberazione anticipata, possibilità di svolgere attività lavorative fuori dall'istituto della pena.<sup>87</sup>

Nonostante la previsione di legge, secondo la quale un detenuto punito con l'ergastolo si può beneficiare di questi istituti, non ci sono garanzie, per legge, che ciò necessariamente accadrà, ossia, effettivamente ne avranno benefici.

Quindi, nonostante questi vantaggi siano in teoria raggiungibili da un condannato all'ergastolo, il Supremo Tribunale Federale, quando ha autorizzato l'extradizione, ha richiesto l'impegno formale dello Stato italiano di commutazione dell'ergastolo<sup>88</sup>.

Nell'extradizione 1234 di Francesco Salzano, anche questa formulata dal Governo italiano, il Supremo Tribunale Federale ancora una volta ha richiesto un impegno formale di commutazione di eventuale pena dell'ergastolo in privazione della libertà non superiore a 30 anni<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1085 (16/12/2009), Rel. Min. Cezar Peluso P 11

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610034>

<sup>88</sup> Nonostante il Supremo Tribunale Federale abbia autorizzato l'extradizione, il Presidente della Repubblica Federativa del Brasile, all'epoca il Sig. Luis Inácio Lula da Silva, nello spegnere le luci del suo mandato elettivo (31/12/2010), ha rifiutato l'extradizione, basandosi per tanto in speciale sulla disposizione espressa nel "1.f" dell'articolo 3, del Trattato di Extradizione tra il Brasile e l'Italia, secondo il quale, tra le motivazioni per la mancata estradizione, può essere considerata la condizione personale dell'estradatao.

<sup>89</sup> Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1234, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 08/11/2011:

Maxime. Extradizione istruttoria. Governo dell'Italia. Richiesta istruita con i documenti necessari alla sua analisi. Adempimento ai requisiti della Legge n° 6.815/80 e del trattato bilaterale. Crimini di omicidio qualificato per premeditazione, aggravati dalla circostanza che l'agente ha agito per motivi abietto o futili (Codice Penale Italiano, arts. 575, c/c 577 e 61) e crimine di associazione mafiosa (Codice Penale Italiano, art. 416 bis). Doppia tipicità. Riconoscimento. Prescrizione. Mancata occorrenza, sia sull'ottica della

Ovviamente, non è soltanto verso l'Italia che si fa tale esigenza di impegno formale di commutazione della pena<sup>90</sup>, dal momento che tutte le richieste di estradizione

---

legislazione straniera quanto sull'ottica della legislazione penale brasiliana. Abrogazione del carcere. Mancata occorrenza di situazione eccezionale che giustifichi l'abrogazione della misura costringitiva della libertà dell'estradata. Legittimità costituzionale del carcere preventivo per fini di estradizione. Precedenti. **Richiesta accettata, a condizione che lo Stato richiedente assumma, formalmente, l'impegno di commutare eventuale pena dell'ergastolo in pena di privazione della libertà con scadenza massima di 30 anni (CP, art. 75)**, assicurando anche la detrazione del tempo di carcere (art. 91, inciso II, della Legge n° 6.815/80). ... 6. **In conformità con il disposto nell'art. 75 del Codice Penale, la richiesta di estradizione deve essere accettata a condizione che lo Stato richiedente assumma, a carattere formale, prima della consegna dell'estradata la sua custodia, l'impegno di commutare eventuale pena dell'ergastolo in pena di privazione della libertà con scadenza massima non superiore a 30 (trenta) anni.** 7. Secondo l'art. 91, inciso II, della Legge n° 6.815/80, il Governo dell'Italia dovrà assicurare la detrazione del tempo durante il quale l'estradata rimarrà in carcere in Brasile per forza della richiesta formulata. 8. Estradizione accettata.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1605908>

Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1234 Extn-segunda, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 30/09/2014

Maxime. Estradizione istruttoria. Governo dell'Italia. Secondo richiesta di estensione formulata dopo il processo. Possibilità giuridica della sua analisi precedente. Preliminare di incompetenza di organo frazionario della Corte per giudicare richiesta di estradizione, davanti al comando dell'art. 83 della Legge n° 6.815/80. Mancata occorrenza. Alterazione della competenza per edizione di emendamento regimentale che ha risposto i dettami dell'art. 102, inciso I, alinea g, in combinazione con l'art. 96, inciso I, alinea a, della Costituzione Federale. Preliminare di nullità dell'interrogatorio realizzato nello Stato richiedente dal Procuratore-Generale sostituto. Mancata occorrenza. Autorità investita, nei termini della legislazione dello Stato richiedente, di attribuzione per la sua pratica. Presenza all'atto solene di difensore costituito. Difesa scritta presentata secondo la legge. Art. 85, § 1°, della Legge n° 6.815/80. Limitazione difesa non caratterizzata. Richiesta di estensione istruita con i documenti necessari al suo esame. Adempimento ai requisiti della Legge n° 6.815/80 e del trattato bilaterale. Crimini di omicidio qualificato. Prescrizione. Mancata occorrenza, sia sull'ottica della legislazione straniera quanto sull'ottica della legislazione penale brasiliana. Competenza per l'istruzione e il giudizio dei fatti narrati nella nota verbale. Assenza di connotazione politica del reato commesso. Divieto dell'art. 77 della Legge n° 6.815/80. Requisiti della doppia tipicità e dell'punibilità soddisfatti. **Richiesta accettata a condizione che lo Stato richiedente assumma, formalmente, l'impegno di commutare eventuale pena dell'ergastolo in pena di privazione della libertà con scadenza massima di 30 anni (art. 75 do Código Penal).** ... 12. **In linea con il disposto nell'art. 75 del Codice Penale, la richiesta di estradizione deve essere accettata a condizione che lo Stato richiedente assumma, formalmente, l'impegno di commutare eventuale pena dell'ergastolo in pena di privazione della libertà con scadenza massima di 30 anni** 13. Seconda estensione accettata.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7251520>

#### <sup>90</sup> Governo del Regno Unito:

Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1306 (29/10/2013). Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Maxime: ESTRADIZIONE ISTRUTTORIA. GOVERNO DEL REGNO UNITO. ESTENSIONE DEL TRATTATO PER SCAMBIO DI NOTE. ISOLE TURKS E CAICOS. CRIMINI DI BANDA E CORRUZIONE PASSIVA. DOPPIA TIPICITÀ. COMMON LAW. IMPOSSIBILITÀ D'ESAME DELLE PROVE. DOMANDA DI RIFUGIO RESPINTA DAL CONARE. NON SI VERIFICA PERSEGUIMENTO POLITICO. RECLAMI DI VIZI DI NATURA FORMALE. ASSENZA DI PRESCRIZIONE. IMPEGNO DELLO STATO RICHIEDENTE DI COMMUTARE LA PENA EVENTUALMENTE IMPOSTA PERIODO NON SUPERIORE A 30 ANNI. DETRAZIONE. ESTRADIZIONE ACCETTATA. ... VII - **La consegna dell'estradata viene condizionata alla formalizzazione dell'impegno, dallo Stato richiedente di commutare in pena non superiore a 30 (trenta) anni, le pene dell'ergastolo eventualmente imposte all'estradata** e l'osservanza della detrazione riguardo il periodo di carcere preventivo in Brasile. VIII - Estradizione concessa, condizionata alla formalizzazione d'impegno.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4953971>

#### Governo dell'Argentina:

Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1278 (19/09/2012), Rel. Min. Gilmar Mendes:

Estradizione istruttoria. 2. Reati di tortura, omicidio, rapimento qualificato e scomparsa forzata di persone. 3. Adempimento dei requisiti formali. 4. Doppia tipicità. Scomparsa forzata di persone. Analisi della doppia tipicità sulla base del delitto si de rapimento. Comprensione adottata nell'EST 974/Argentina. 5. Prescrizione dei crimini di tortura e omicidio, secondo l'ordinamento giuridico brasiliano. **6. Richiesta di estradizione concessa a condizione che lo Stato richiedente assumi, a carattere formale, l'impegno di commutare eventuale pena di carcere a vita in pena privativa di libertà, con scadenza massima di 30 anni.** 7. Estradata che risponde al processo penale in Brasile per reato diverso da quello che versa la richiesta di estradizione. 8. Discrizionarietà del Capo del Potere Esecutivo per ordinare l'extradizione anche se ci sarà

sono soggette all'autorità gerarchico-normativa della Costituzione brasiliana, la quale vieta perentoriamente pene di carattere perpetuo.

Si fa notare che tutte le decisioni sopraccitate sono state prese nell'ambito di domande di estradizione che, vale a dire, in Brasile, non copre cittadini (con eccezione dei naturalizzati in situazioni specifiche). In altre parole, il Brasile richiede, anche nell'interesse dello straniero, quest'impegno formale, cioè, che non gli sarà applicata la pena dell'ergastolo.

Dinanzi a questo fatto, si domanda: come potrà lo Stato brasiliano, il quale non ammette nemmeno l'ergastolo agli stranieri nei loro Paesi di provenienza, consegnare un suo cittadino alla Corte Penale Internazionale, con il rischio di vederlo sottomesso ad una pena dell'ergastolo?

Infatti, anche se ci sono differenze tra gli istituti di estradizione e di consegna, ciò non risolve il problema che riguarda la compatibilità con la Costituzione brasiliana di possibile condanna ed esecuzione dell'ergastolo.

E, dinanzi alla recente comprensione giurisprudenziale del Supremo Tribunale Federale brasiliano, secondo il quale il divieto dell'ergastolo deve estendersi nel caso di estradizione su territorio estero, diventa ancora più arduo il compito dell'interprete nel tentativo di conciliare lo Statuto di Roma e l'ordinamento giuridico brasiliano.

Inoltre, come già visto, non c'è come affermare che il fatto che lo Statuto di

---

processo penale istaurato o pure condanna in Brasile (art. 89 della Legge 6.815/1980). 9. Richiesta di estradizione concessa parzialmente (solo per quanto riguarda i reati di rapimento).

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2875328>

#### **Governo degli Stati Uniti:**

Supremo Tribunal Federal, Ext 1155 (09/08/2011), Rel. Min. Gilmar Mendes.

Estradizione istruttoria. 2. Crimini sessuali qualificati. 3. Adempimento dei requisiti formali. 4. Doppia tipicità e punibilità. 5. Possibilità di applicazione dell'ergastolo. **6. Richiesta di estradizione concessa a condizione che lo Stato richiedente assumi, a carattere formale, l'impegno di commutare eventuale pena di carcere a vita in pena privativa di libertà, con scadenza massima di 30 anni.**

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626838>

#### **Governo della Corea:**

Supremo Tribunal Federal, Ext 1176 (10/02/2011), Rel. Min. Ricardo Lewandowski

MAXIME: ESTRADIZIONE. REPUBBLICA DELLA COREA. TRATTATO SPECIFICO. FRODE, TRAFFICO ILLICITO TRASNAZIONALE DI DROGA E ASSOCIAZIONE PER IL TRAFFICO. NAZIONALITA COREANA DEL RICHIESTO. DOPPIA TIPICITA. PRESCRIZIONE QUANTO AL REATO DI FRODE. PARZIALMENTE ACCETTATI I REQUISITI FORMALI E MATERIALI PER LA CONCESSIONE DELLA RICHIESTA. **LIMITE DI TRENTA ANNI DI RECLUSIONE PER IL CASO DI CONDANNA. IMPEGNO FORMALE. ... VI – In virtù della possibilità di essere fissato l'ergastolo o pena di morte per questi reati, c'è una necessità d'impegno formale dello Stato richiedente nell'unificare le pene eventualmente imposte al richiesto in modo che il tempo massimo non superi trenta anni di reclusione**, nei termini dell'art. 75, § 1º, del Codice Penale brasiliano, così come non sia applicata, in qualsiasi ipotesi, la pena di morte.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619785>



Roma preveda la revisione dell'ergastolo, passati 25 anni dalla sua effettiva esecuzione, sia sufficiente per concedere una richiesta di consegna alla Corte Penale Internazionale (come sembra potrà essere sostenuto in Portogallo<sup>91</sup>).

Quindi, se è possibile la compatibilizzazione tra lo Statuto di Roma e la Costituzione brasiliana per quanto riguarda l'ergastolo, sicuramente non è una previsione generica della sua revisione, nello Statuto di Roma, la sua base.

#### **4.2.3 Giurisdizione universale come superazione dell'incompatibilità**

Come già accennato, il problema creato nell'ordinamento giuridico brasiliano, con la ratifica dello Statuto di Roma per quanto riguarda la previsione di pena dell'ergastolo, è grave.

Inoltre, la differenziazione tra l'extradizione e la consegna, del tutto pertinente per quanto riguarda i cittadini, non pare sufficiente per superare la riferita incompatibilità che riguarda l'ergastolo.

La natura del problema è molto più profonda di una sfida di giustapposizione di norme giuridiche, non bastando ricorrere allo spirito con cui ha presieduto il Costituente brasiliano quando ha chiesto la cessazione di pene crudeli, tra le quali si

---

<sup>91</sup> La Costituzione Portoghese, all'articolo 30°, n° 1, e all'articolo 33°, n° 4, stabilisce che solo sarà ammessa l'extradizione se ai reati imputati non corrispondino pene o misure di sicurezza privative o restrittive di libertà con carattere perpetuo o di durata indefinita, così come la pena di morte o altra che risulti lesioni irreversibili dell'integrità.

Di recente tramite l'articolo 33°, n° 5 della Costituzione Portoghese, è stato escluso il mandato d'arresto europeo delle restrizioni relative all'extradizione.

Per regolare la materia, è stata promulgata la Legge n° 65/2003 (riflesso della Decisione-Quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 - 2002/584/JAI), la quale nel suo articolo 13, alinea b, prevede che 'quando l'infrazione che motiva l'emmissione del mandato di detenzione europeo è punibile con pena o misura di sicurezza privative della libertà con carattere perpetuo, solo sarà pronunciata decisione di consegna se prevista nel sistema giuridico dello Stato membro di emissione una rivisione della pena applicata, su richiesta o per ultimo entro 20 anni, o l'applicazione delle misure di clemenza a cui la persona ricercata abbia diritto ai sensi del diritto o della pratica dello Stato membro di emissione, con lo scopo che tale pena non sia eseguita'.

La materia ha generato dubbi quanto alla sufficienza, per autorizzare l'extradizione, della previsione legale della possibilità di revisione della pena o alla necessità di un impegno formale di non esecuzione della pena di carattere perpetuo.

Sottomessa la questione al Supremo Tribunale di Giustizia portoghese, la decisione è stata emessa nel senso che, quanto al mandato di arresto europeo, 'non si applica la citata norma della Legge Fondamentale, ma l'articolo 13°, alinea b, della Legge n. 65/2003, che solo richiede, quando sia in causa pena o misura di sicurezza di carattere perpetuo, che si trovi previsto, nel sistema giuridico dello Stato emittente, la possibilità di revisione della misura applicata o l'applicazione di misure di clemenza in modo che tale pena non sia eseguita.' (Acórdão 501/2007).

Portogallo, per questo, quando ha relativizzato la materia legata al mandato d'arresto europeo, in certo modo ha fatto strada per la compatibilizzazione dello Statuto di Roma con il suo testo costituzionale. Infatti, se il mandato d'arresto europeo può essere deferito nonostante la pena di carattere perpetuo, con più ragione sarà possibile la consegna alla Corte Penale Internazionale, che non è giurisdizione straniera, ma internazionale.

inserisce l'ergastolo.

Infatti, si rivela difficile da sostenere la negazione di diritti umani (dell'imputato) come strumento di affermazione di questi diritti (delle vittime), anche se relativi a titolari diversi. Così, si afferma che, solo per scelta ideologica (facilitare l'accesso alla giustizia o allo stato di eccezione come si vedrà), e non proprio giuridica (perché palesemente incostituzionale l'ergastolo nel panorama nazionale brasiliano), se potrà accettare l'ergastolo previsto nello Statuto di Roma, da applicare da parte della Corte Penale Internazionale e da altri paesi che lo prevedono<sup>92</sup>.

Dall'altra parte, se la dignità umana è la ragione per la quale non si accetta l'ergastolo in Brasile, e se la stessa dignità umana è un bene giuridico tutelato nei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimini d'aggressione, ci si trova di fronte ad un evidente scontro tra due norme con lo stesso obiettivo, in disaccordo per quanto riguarda i mezzi per raggiungere questo scopo<sup>93</sup>.

Quindi, mentre per lo Statuto di Roma l'ergastolo è un mezzo legittimo, anche se eccezionale, per punire i suoi imputati, per la Costituzione questo mezzo è inadeguato. Dall'altra parte, la stessa Costituzione che non accetta l'ergastolo, ammette eccezionalmente la pena di morte, la quale non viene ammessa dallo Statuto di Roma.

Di fronte a questo fatto, quale sarebbe la norma più protettiva della dignità umana: il dispositivo costituzionale che vieta l'ergastolo o lo Statuto di Roma, che utilizza l'ergastolo come un mezzo per frenare la violazione alla dignità?

Sotto l'ottica dell'ordinamento giuridico brasiliano e altri tanti che vedono nell'ergastolo un'indegnità, non si può non concludere che lo Statuto di Roma, con la bandiera della protezione dei diritti, viola altri diritti. Se il fondamento del potere statale che deriva dalla Costituzione è la dignità umana, la sua violazione, attraverso l'imposizione del carcere a vita, non può essere uno strumento di azione dello Stato.<sup>94</sup>

Tuttavia, essendo la Corte Penale Internazionale un innegabile avanzo nella protezione dell'umanità, non ammettendo lo Statuto di Roma delle riserve, né immaginando che il Brasile possa condizionare la consegna alla Corte ad un impegno di commutazione dell'ergastolo in pena di privazione della libertà non superiore a 30 anni,

---

<sup>92</sup> Édson Luís Baldan, "Tribunal penal internacional: de Direito de momento a momento do Direito", *Revista Prisma Jurídico*, n° 2 (2003): 39–59. p. 50.

<sup>93</sup> Oscar Vilhena Vieira, "Imunidades de jurisdição e foro por prerrogativa de função", *Revista CEJ* 4, n° 11 (10 de agosto de 2000): 59–64. p. 60-63.

<sup>94</sup> Ibidem.

un'altra forma di compatibilizzazione dovrà pur essere trovata.

Così, facendo agire il principio di fedeltà alla Costituzione, lo Stato deve cercare di ottimizzare i principi costituzionali, tra cui la sovranità, la dignità della persona umana<sup>95</sup> e la prevalenza dei diritti umani<sup>96</sup>. E nel caso la Costituzione si realizza non con la resistenza alla Corte Penale Internazionale, ma con il miglioramento della loro giurisdizione.

Di fronte a questo fatto, una strada che lo Stato brasiliano potrebbe percorrere, per minimizzare i problemi della ratificazione dello Statuto di Roma senza indebolire la performance della Corte Penale Internazionale, a mio avviso, sarebbe l'adozione del principio della giurisdizione universale<sup>97</sup>, alleato alla pronta ed efficiente risposta del suo apparato giudiziale per evitare l'azione sussidiaria della Corte, come visto nella voce precedente.

Infatti, e come già accennato prima, il Brasile, attraverso il principio della nazionalità attiva, ha giurisdizione sui cittadini, anche se il crimine sia stato commesso all'estero. Così, l'efficienza del sistema giudiziario brasiliano preverrebbe richieste di consegna dalla parte della Corte Penale Internazionale.

Per quanto riguarda gli stranieri, tuttavia, solo l'adozione del principio della giurisdizione universale sui reati previsti nello Statuto di Roma, sommata all'effettiva volontà ed efficienza del sistema giudiziario brasiliano, potrebbe evitare l'imbarazzo di dover negare, in base alla norma costituzionale, la consegna di uno straniero alla Corte Penale Internazionale. Quindi, l'eventuale rifiuto a una richiesta di consegna non sarà né arbitrario né fondato negli ostacoli imposti dalla Costituzione. Ma si potrà rifiutare la consegna perché il sospetto verrà processato e giudicato in Brasile.

Inoltre, secondo l'articolo 21 dello Statuto di Roma, la Corte dovrà,

---

<sup>95</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

Art. 1. La Repubblica Federale del Brasile, formata dall'unione indissolubile degli Stati, dei Comuni e del Distretto Federale, si costituisce come Stato democratico di diritto fondato su:

I. la sovranità

...

III. la dignità della persona umana

<sup>96</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

Art. 4. La Repubblica Federale del Brasile è governata nelle sue relazioni internazionali dai seguenti principi:

...

II. supremazia dei diritti umani; Princípio regente das relações internacionais, consoante previsto no artigo 4º, II, da Constituição.

<sup>97</sup> Vale la pena ricordare che la Germania ha realizzato una riforma costituzionale per permettere la consegna dei cittadini alla Corte Penale Internazionale, adottando, inoltre, il principio della giurisdizione universale nel nuovo Codice internazionale tedesco, nonostante la giurisdizione tedesca si presenti come sussidiaria alla Corte Penale Internazionale e allo Stato territoriale del sospetto o della vittima. Kai Ambos, "Implementação do Estatuto de Roma na legislação nacional". p. 29.

nell'applicazione e nell'interpretazione del diritto, prendere in considerazione trattati, principi e regole di diritto internazionale, interpretando lo Statuto conforme ai diritti umani.

In questo modo si deve rilevare che il Patto Internazionale sui diritti civili e politici, nell'articolo 10, stabilisce che "il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale", che, salvo miglior giudizio, è incompatibile con l'ergastolo. Pertanto, al fine di armonizzare le norme, la Corte Penale Internazionale dovrà rivedere il maggior numero di casi di ergastolo per assegnarli un periodo di tempo, compatibile con l'ideale di reinserimento sociale.<sup>98</sup>

In un'altra prospettiva, di ordine più pragmatica, si può affermare che, raramente, la durata della pena all'ergastolo supererà i trent'anni.

Questo perché, in genere, i condannati alla più grave delle sanzioni da parte della Corte Penale Internazionale saranno quelli che occupano le posizioni più alte nella gerarchia statale (capi di Stato e delle Forze Armate, per esempio), posizione a che, di solito, non si raggiunge in gioventù.

Così, anche se si applica ad una persona, anziana o inferma, una pena di carattere perpetuo, è probabile che, in pratica, non sia scontata nemmeno 20 o 30 anni di reclusione. Infatti, in pratica, applicare a tale persona l'ergastolo non differisce molto dall'imposizione di pena per un periodo limitato di 30 anni, per esempio.

Ne consegue che una condanna a vita conserva il carattere di perpetuità solo se applicata ai giovani in buona salute. E nel caso dello Statuto di Roma, i giovani in generale non saranno i mandanti ma meri esecutori (anche se crudeli) che forse non meritano la pena massima, destinata in genere a persone in possesso del controllo effettivo della situazione nel suo complesso.

Infine, credo che la compatibilità tra lo Statuto di Roma e l'ordinamento giuridico costituzionale brasiliano, per quanto riguarda l'ergastolo, solo si farebbe possibile se il Brasile assumesse l'impegno di giudicare in modo adeguato i crimini previsti nello Statuto di Roma, cittadini e stranieri che là si trovino, per diminuire le ipotesi concrete di performance della Corte Penale Internazionale.

Infatti, in questo modo, l'incompatibilità diventa teorica e ipotetica, bastando

---

<sup>98</sup> Questo argomento è stato presentato dall'Equatore in Duffy, "Implementation of the ICC Statute: International Obligations and Constitutional Considerations". p. 506.

per il suo superamento uno sforzo di ampliamento della giurisdizione universale brasiliana. Tuttavia, ci sarà sempre la possibilità di sollevare la questione al Supremo Tribunale Federale, sulla via astratta del controllo di costituzionalità, essendo imprevedibile il risultato da raggiungere.

## CAPITOLO V

### 5 L'IRRILEVANZA DELLE NORME SULLE IMMUNITÀ, LE MISURE DI CLEMENZE E L'EVENTUALE INCOMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO NAZIONALE

Un altro punto che ha sollevato discussioni e riflessioni sulla compatibilizzazione dello Statuto di Roma nei sistemi giuridici nazionali riguarda le immunità e i provvedimenti di clemenza.

Per lo Statuto di Roma, è irrilevante la capacità ufficiale di una persona di essere giudicata dalla Corte Penale Internazionale. L'articolo 27 dello Statuto di Roma<sup>1</sup> è in linea con la storia di gravi violazioni dei diritti umani perpetrate da individui che possedevano poteri negli Stati aggressori e godevano di trattamento giuridico differenziato dinanzi ai loro tribunali.

In realtà, per lo Statuto di Roma, articolo 27, comma 1, la qualifica ufficiale di capo di Stato o di governo, di membro di un governo o di un parlamento, di rappresentante detto o di agente di uno Stato non esonera in alcun caso una persona dalla sua responsabilità penale né costituisce in quanto tale motivo di riduzione della pena. Conforme al comma 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.”

Infatti, la risposta punitiva internazionale dovrebbe provenire da un sistema

---

<sup>1</sup> Estatuto di Roma

Articolo 27

Irrilevanza della qualifica ufficiale

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 detto o di agente di uno Stato non esonera in alcun caso una persona dalla sua responsabilità penale per quanto concessa il presente Statuto e non costituisce in quanto tale motivo di riduzione della pena.

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.

tramite il quale fossero state superate le regole di immunità dei funzionari statali e di imposizione della pena, tra l'altro, attraverso meccanismi sovranazionali indipendenti, distaccati da meccanismi interni di ciascuno Stato direttamente o indirettamente coinvolti. Non si tratta, perciò, di un'ipotesi di incidenza irragionevole, ma motivata esattamente dalla realtà vissuta negli ultimi decenni, in cui alcuni rappresentanti del popolo sono diventati anche violatori dei diritti umani.

Avviene che tutte le questioni concernenti le immunità toccano necessariamente il concetto di sovranità statale in due vertenti: l'interna, relativa all'organizzazione statale; ed esterna, relativa al riconoscimento degli Stati come pari nella sfera internazionale.

Così, nell'ambito interno, come espressione della sovranità, lo Stato è autorizzato, quanto alla sua organizzazione, ad esempio, a stabilire norme in materia di immunità in generale e di prerogative del foro per l'esercizio della funzione, regole che in genere cercano di mantenere l'equilibrio e l'indipendenza tra i Poteri.

Riguardo alla sovranità internazionale, esiste il principio del non-intervento (sempre più attenuato a causa della pressione che i diritti umani esercitano sulla definizione classica della sovranità). Ed è proprio in questo contesto che il Diritto Internazionale ha provveduto alcune immunità giurisdizionali, volte a tutelare la sovranità degli Stati e dei loro rappresentanti, senza i quali difficilmente le relazioni diplomatiche avrebbe avuto luogo.

Pertanto, l'articolo 27 dello Statuto di Roma deve essere analizzato da questi due punti di vista, vale a dire, le immunità internazionali e immunità interne, al fine di determinare le possibili incompatibilità con il diritto interno e le sue implicazioni. Infatti si deve pensare come questa nuova giurisdizione internazionale può convivere con il presupposto della sovranità degli Stati, garantita dalla Carta delle Nazioni Unite, nel suo articolo 2<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Carta delle Nazioni Unite (1945)

Articolo 2

L'Organizzazione ed i suoi Membri, nel perseguire i fini enunciati nell'art. 1, devono agire in conformità ai seguenti principi:

1. L'Organizzazione è fondata sul principio della sovrana eguaglianza di tutti i suoi Membri.
2. I Membri, al fine di assicurare a ciascuno di essi i diritti e i benefici risultanti dalla loro qualità di Membro, devono adempiere in buona fede gli obblighi da loro assunti in conformità al presente Statuto.
3. I Membri devono risolvere le loro controversie internazionali con mezzi pacifici, in maniera che la pace e la sicurezza internazionale, e la giustizia, non siano messe in pericolo.
4. I Membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall'uso della forza, sia contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, sia in qualunque altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite.

## 5.1 Immunità sull'otica del Diritto Internazionale

La cortesia e la reciprocità internazionali, necessarie a una buona convivenza tra le nazioni, richiedono che determinate persone, che si trovano nel territorio di uno Stato straniero agendo nella sua veste ufficiale, siano immuni alla giurisdizione statale del paese ospitante, perché godono di prerogative speciali inerenti alla loro posizione o funzione, sottoponendo loro solo alla giurisdizione del loro paese d'origine (salvo il caso di espressa rinuncia dello Stato accreditante)<sup>3</sup>.

Così, l'immunità sottrae l'interessato dell'*imperium* dello Stato accreditario, impedendolo, salvo espresso consenso dello Stato accreditante, di giudicare per i fatti commessi nel suo territorio<sup>4</sup>.

Il fondamento delle immunità è quello di facilitare che le persone che se ne beneficiano possano esercitare le loro funzioni<sup>5</sup>, basati nel principio di indipendenza ed uguaglianza di ciascuna nazione, ossia il diritto di determinare liberamente, senza interferenze esterne, il proprio *status* politico e di perseguire il proprio sviluppo economico, sociale e culturale<sup>6</sup>. Così, di solito, queste immunità di giurisdizione, riconosciute dal Diritto Internazionale Pubblico, hanno lo scopo di proteggere la propria sovranità dello Stato e dei suoi rappresentanti, senza la quale non c'è posto per le relazioni diplomatiche.

In questo modo, per la costruzione consuetudinaria<sup>7</sup>, il Diritto Internazionale

---

5. I Membri devono dare alle Nazioni Unite ogni assistenza in qualsiasi azione che queste intraprendono in conformità alle disposizioni del presente Statuto, e devono astenersi dal dare assistenza a qualsiasi Stato contro cui le Nazioni Unite intraprendono un'azione preventiva o coercitiva.

6. L'Organizzazione deve fare in modo che Stati che non sono Membri delle Nazioni Unite agiscano in conformità a questi principi, per quanto possa essere necessario per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.

7. Nessuna disposizione del presente Statuto autorizza le Nazioni Unite ad intervenire in questioni che appartengono essenzialmente alla competenza interna di uno Stato, né obbliga i Membri a sottoporre tali questioni ad una procedura di regolamento in applicazione del presente Statuto; questo principio non pregiudica però l'applicazione di misure coercitive a norma del Capitolo VII.

<sup>3</sup> Mazzuoli, *Curso de direito internacional público*. p. 568.

<sup>4</sup> Kai Ambos, *Temas de derecho penal internacional y europeo derechos humanos, fines de la pena, "ius puniendi", responsabilidad individual, crímenes más graves, derecho penal y guerra, proceso penal internacional y europeo, inmunidades* (Marcial Pons, 2006). p. 469:

"*Immunidad o exención de jurisdicción se refiere a un relevante status de las personas que, como representantes de su Estado, ejercen tareas oficiales.*"

<sup>5</sup> Monaco e Gialdino, *Manuale di diritto internazionale pubblico*. p. 471:

"... ai soggetti internazionali è garantito dal diritto internazionale, nei confronti di tutti gli altri soggetti, l'indisturbato svolgimento delle funzioni e prerogative sovrane..."

<sup>6</sup> Pasqua, "Irrelevanza delle cariche ufficiali". p. 356; Mello, *Curso de direito internacional público*. p. 477.

<sup>7</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 49/1979:

"La Corte ritiene che l'ordinamento italiano si è adeguato, ancor prima dell'entrata in vigore della Costituzione, alla norma di diritto internazionale, generalmente riconosciuta, che ha sancito l'obbligo



ha stabilito alcune regole che consacrano l'immunità della giurisdizione nei seguenti casi: capo di Stato, Ministro degli Affari Esteri, agenti diplomatici, navi pubbliche, aerei pubblici, truppe straniere, funzionari internazionali ecc.<sup>8</sup>.

Conforme all'ambito di applicazione e i suoi effetti, si distingue tradizionalmente tra l'immunità *ratione materiae* (funzionale) e l'immunità *ratione personae* (personale).

Cominceremo dalle immunità *ratione personae* (personale).

Al fine di mantenere l'equilibrio nelle relazioni internazionali, il diritto internazionale concede l'immunità a un gruppo chiuso di funzionari statali la cui libera attuazione nell'ambito dei rapporti internazionali sembra essere particolarmente importante per la capacità funzionale del loro Stato. Tra queste persone, si trovano i Capi di Stato, i Ministri degli Affari Esteri e gli agenti diplomatici<sup>9</sup>.

In generale, le immunità *ratione personae* portano l'inviolabilità personale e domiciliare, oltre all'esenzione dalla responsabilità (penale, civile e amministrativa) nello Stato straniero per tutti gli atti posti in essere dall'ufficiale. A differenza dell'immunità *ratione materiae*, l'immunità *ratione personae* non persiste una volta liberata la carica pubblica.

Le immunità dei Capi di Stato e dei Ministri degli Affari Esteri sono disciplinate principalmente dalle norme consuetudinarie, bensì ci sono alcuni testi convenzionali che trattano la materia. Secondo s'intende, questa immunità è assoluta e inalienabile e questi agenti non possono essere arrestati o processati per i crimini che commettono nello Stato accreditario, qualunque sia il reato, bastando solo la determinazione della sua qualità funzionale per cessare il processo<sup>10</sup>.

Nelle norme pattizie, si ha la Convenzione ONU sulle Missioni Speciali<sup>11</sup>

---

degli Stati di riconoscere reciprocamente ai propri rappresentanti diplomatici l'immunità dalla giurisdizione civile, anche per gli atti posti in essere quali privati individui.

In proposito la concorde dottrina internazionalistica, numerosi atti di legislazione dei singoli ordinamenti statali, la giurisprudenza consolidata dei giudici interni e soprattutto la consuetudine più che secolare degli Stati nelle loro reciproche relazioni, dimostrano, senza possibilità di dubbio, la nascita di una norma generale avente per oggetto tale immunità, che è riconosciuta all'agente diplomatico per la sua attività privata e non in quanto agisca quale organo dello Stato straniero: in tale ipotesi, infatti, la sua attività sarebbe imputabile allo Stato stesso. La consuetudine è sorta non per attribuire un privilegio personale, ma al fine di assicurare in ogni caso che il diplomatico possa compiere il suo ufficio. Invero l'immunità dalla giurisdizione civile, sia pure con talune eccezioni, è apparsa necessaria proprio per garantire la piena indipendenza nell'espletamento della missione: ne impediatur legatio.

<sup>8</sup> Mello, *Curso de direito internacional público*. Vol. 1, p. 477-478.

<sup>9</sup> Werle, *Tratado de derecho penal internacional*. p. 384..

<sup>10</sup> Mazzuoli, *Curso de direito internacional público*. p. 573.

<sup>11</sup> Convention on Special Missions. ONU. New York. 08/12/1969

(1969), che stabilisce, nel suo articolo 21, che “il Capo dello Stato inviante, quando si trova a capo di una missione speciale, gode in uno Stato ospitante o in uno Stato terzo, delle agevolazioni, dei privilegi e delle immunità riconosciuti dal diritto internazionale ai capi di Stato in visita ufficiale.” Inoltre prevede che “il capo del governo, il ministro degli affari esteri e le altre personalità di rango elevato, quando partecipano a una missione speciale dello Stato inviante, godono, nello Stato ospitante o in uno Stato terzo, oltre a quanto accordato dalla presente Convenzione, delle agevolazioni, dei privilegi e delle immunità riconosciuti dal diritto internazionale.”

La citata Convenzione tratta ancora dall'inviolabilità dei locali della missione<sup>12</sup> e dell'alloggio privato<sup>13</sup>, inviolabilità degli archivi e dei documenti<sup>14</sup>,

---

<sup>12</sup> Convention on Special Missions. ONU. New York. 08/12/1969

Art. 25

Inviolabilità dei locali

1. I locali in cui la missione speciale è sistemata conformemente alla presente Convenzione sono inviolabili. Non è permesso agli agenti dello Stato ospitante di penetrarvi salvo previo consenso del capo della missione speciale o, all'occorrenza, del capo della missione diplomatica permanente dello Stato inviante accreditato presso lo Stato ospitante. Tale consenso può essere presunto acquisito in caso d'incendio o altro sinistro che minacci gravemente la sicurezza pubblica e soltanto nel caso in cui non sia stato possibile ottenere il consenso esplicito del capo della missione speciale, o, all'occorrenza, del capo della missione permanente.

2. Lo Stato ospitante ha l'obbligo di prendere tutti i provvedimenti adeguati al fine di impedire che i locali della missione speciale siano invasi o danneggiati, sia compromessa la pace della missione o ne sia menomata la propria dignità.

3. I locali della missione speciale, il mobilio, gli altri beni che servono al funzionamento della missione speciale e i mezzi di trasporto non possono essere oggetto di perquisizione alcuna, requisizione, confisca, né provvedimento d'esecuzione..

<sup>13</sup>Convention on Special Missions. ONU. New York. 08/12/1969

Art. 30

Inviolabilità dell'alloggio privato

1. L'alloggio privato dei rappresentanti dello Stato inviante della missione speciale e dei membri del personale diplomatico di quest'ultima gode della stessa inviolabilità e della stessa protezione dei locali della missione speciale.

2. I loro documenti, la corrispondenza e, con riserva del paragrafo 4 dell'articolo 31, i loro beni godono parimente dell'inviolabilità

<sup>14</sup> Convention on Special Missions. ONU. New York. 08/12/1969

Art. 26

Inviolabilità degli archivi e dei documenti

Gli archivi e i documenti della missione speciale sono inviolabili in ogni momento e in qualsiasi luogo si trovino. Essi dovrebbero, ogni qualvolta risulti necessario, recare i marchi esterni visibili d'identificazione.

inviolabilità della persona<sup>15</sup>, immunità di giurisdizione<sup>16</sup> e la rispettiva rinuncia<sup>17</sup>.

Si deve ancora, far riferimento alla Convenzione di Vienna sulla rappresentanza degli Stati nei loro rapporti con le organizzazioni internazionali di carattere universale<sup>18</sup> (1975), che porta anche l'inviolabilità dei locali della missione<sup>19</sup> e

---

<sup>15</sup> Convention on Special Missions. ONU. New York. 08/12/1969

Art. 29

Inviolabilità della persona

La persona dei rappresentanti dello Stato inviante nella missione speciale come anche quella dei membri del personale diplomatico di detta missione è inviolabile. Non è ammessa nessuna forma d'arresto o di detenzione. Lo Stato ospitante tratta tali persone con il rispetto loro dovuto e prende tutti i provvedimenti adeguati per impedire qualsiasi pregiudizio alla persona, alla libertà e alla dignità.

<sup>16</sup> Convention on Special Missions. ONU. New York. 08/12/1969

Art. 31

Immunità di giurisdizione

1. I rappresentanti dello Stato inviante nella missione speciale e i membri del personale diplomatico di quest'ultima godono dell'immunità della giurisdizione penale dello Stato ospitante.

2. Essi godono parimente dell'immunità della giurisdizione civile e amministrativa dello Stato ospitante a meno che si tratti:

a) di un'azione reale concernente un immobile privato situato sul territorio dello Stato ospitante, a meno che la persona interessata non lo possieda per conto dello Stato inviante ai fini della missione;

b) di un'azione concernente una successione nella quale la persona interessata figura come esecutore testamentario, amministratore, crede o legatario a titolo privato e non in nome dello Stato inviante;

c) di un'azione concernente un'attività professionale o commerciale, qualunque essa sia, esercitata dalla persona interessata nello Stato ospitante al di fuori delle proprie funzioni ufficiali,

d) di un'azione di risarcimento di danni risultanti da un infortunio causato da un veicolo utilizzato al di fuori delle funzioni ufficiali della persona interessata.

3. I rappresentanti dello Stato inviante della missione speciale e i membri del personale diplomatico di quest'ultima non sono obbligate a prestare testimonianza.

4. Nessun provvedimento esecutivo può essere preso nei confronti di un rappresentante dello Stato inviante in una missione speciale o di un membro del personale diplomatico di quest'ultima salvo nei casi di cui ai capoversi a), b), c) e d) del paragrafo 2 del presente articolo e sempre che l'esecuzione avvenga senza che sia pregiudicata l'inviolabilità della persona o della sua abitazione.

5. L'immunità di giurisdizione dei rappresentanti dello Stato inviante nella missione speciale e dei membri del personale diplomatico di quest'ultima non esenta queste persone dalla giurisdizione dello Stato inviante.

<sup>17</sup> Convention on Special Missions. ONU. New York. 08/12/19

Art. 41

Rinuncia all'immunità

1. Lo Stato inviante può rinunciare all'immunità di giurisdizione dei suoi rappresentanti nella missione speciale, dei membri del personale diplomatico di quest'ultima e di altre persone che beneficiano dell'immunità in virtù degli articoli 36 a 40.

2. La rinuncia deve essere sempre espressa.

3. Se una delle persone di cui al paragrafo 1 del presente articolo avvia una procedura, essa non è più atta a invocare l'immunità di giurisdizione per quanto concerne qualsiasi richiesta riconvenzionale direttamente vincolata alla domanda principale.

4. La rinuncia all'immunità di giurisdizione per un'azione civile o amministrativa non implica necessariamente la rinuncia all'immunità quanto ai provvedimenti d'esecuzione del giudizio per i quali occorre una rinuncia distinta.

<http://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19690232/200801230000/0.191.2.pdf>

<sup>18</sup> Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character (1975)

[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5\\_1\\_1975.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5_1_1975.pdf)

<sup>19</sup> Article 23

Inviolability of premises

1. The premises of the mission shall be inviolable. The agents of the host State may not enter them, except with the consent of the head of mission.

2. (a) The host State is under a special duty to take all appropriate steps to protect the premises of the mission against any intrusion or damage and to prevent any disturbance of the peace of the mission or impairment of its dignity.

(b) In case of an attack on the premises of the mission, the host State shall take all appropriate steps to prosecute and punish persons who have committed the attack.

3. The premises of the mission, their furnishings and other property thereon and the means of transport of the mission shall be immune from search, requisition, attachment or execution.

dell'alloggio privato,<sup>20</sup> l'invioabilità degli archivi e dei documenti<sup>21</sup>, l'invioabilità della persona<sup>22</sup>, l'immunità della giurisdizione<sup>23</sup> e la possibilità della sua rinuncia<sup>24</sup>.

Anche gli agenti diplomatici hanno sicurezza assoluta per lo svolgimento dei loro affari e non possono essere arrestati, detenuti o perseguiti, essendo a salvo da qualsiasi atto di polizia contro la loro persona dalla loro entrata nel paese in cui sono stati inviati.

In realtà, secondo disciplinato nella Convenzione di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche<sup>25</sup>, del 1961 (in particolare gli articoli 20 al 42), tanto i diplomati di carriera

---

<sup>20</sup> Article 29

Inviolability of residence and property

1. The private residence of the head of mission and of the members of the diplomatic staff of the mission shall enjoy the same inviolability and protection as the premises of the mission.

2. The papers, correspondence and, except as provided in paragraph 2 of article 30, the property of the head of mission or of members of the diplomatic staff of the mission shall also enjoy inviolability.

<sup>21</sup> Article 25

Inviolability of archives and documents

The archives and documents of the mission shall be inviolable at all times and wherever they may be.

<sup>22</sup> Article 28

Personal inviolability

The persons of the head of mission and of the members of the diplomatic staff of the mission shall be inviolable. They shall not be liable to any form of arrest or detention. The host State shall treat them with due respect and shall take all appropriate steps to prevent any attack on their persons, freedom or dignity and to prosecute and punish persons who have committed such attacks.

<sup>23</sup> Article 30

Immunity from jurisdiction

1. The head of mission and the members of the diplomatic staff of the mission shall enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the host State. They shall also enjoy immunity from its civil and administrative jurisdiction, except in the case of:

(a) a real action relating to private immovable property situated in the territory of the host State, unless the person in question holds it on behalf of the sending State for the purposes of the mission;

(b) an action relating to succession in which the person in question is involved as executor, administrator, heir or legatee as a private person and not on behalf of the sending State;

(c) an action relating to any professional or commercial activity exercised by the person in question in the host State outside his official functions.

2. No measures of execution may be taken in respect of the head of mission or a member of the diplomatic staff of the mission except in cases coming under subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph 1 of this article, and provided that the measures concerned can be taken without infringing the inviolability of his person or of his residence.

3. The head of mission and the members of the diplomatic staff of the mission are not obliged to give evidence as witnesses.

4. The immunity of the head of mission or of a member of the diplomatic staff of the mission from the jurisdiction of the host State does not exempt him from the jurisdiction of the sending State.

<sup>24</sup> Article 31

Waiver of immunity

1. The immunity from jurisdiction of the head of mission and members of the diplomatic staff of the mission and of persons enjoying immunity under article 36 may be waived by the sending State.

2. Waiver must always be express.

3. The initiation of proceedings by any of the persons referred to in paragraph 1 of this article shall preclude him from invoking immunity from jurisdiction in respect of any counterclaim directly connected with the principal claim.

4. Waiver of immunity from jurisdiction in respect of civil or administrative proceedings shall not be held to imply waiver of immunity in respect of the execution of the judgement, for which a separate waiver shall be necessary.

5. If the sending State does not waive the immunity of any of the persons mentioned in paragraph 1 of this article in respect of a civil action, it shall use its best endeavours to bring about a just settlement of the case.

<sup>25</sup> Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961)

<http://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19610070/201302010000/0.191.01.pdf>

e le loro famiglie, quanto il personale del quadro amministrativo e tecnico e i rispettivi familiari, a condizione che provengano dallo Stato d'origine e non siano stati reclutati sul posto<sup>26</sup>, hanno immunità quasi assoluta, con poche eccezioni a questa regola, come le questioni relative ai beni immobili privati, eredità e le attività commerciali private<sup>27</sup>.

Per quanto riguarda l'immunità penale, va ricordato che la Convenzione non fa nessuna eccezione o deroga a questa prerogativa, che fa sì che lo Stato accreditario sia impedito, in qualsiasi circostanza, di citare dinanzi alla sua giustizia penale un agente diplomatico straniero che stia sulla giurisdizione. Tuttavia, come la propria Convenzione riserva, la pratica di reati da parte dei membri della missione diplomatica nel territorio di un altro Stato non li assolve del procedimento penale che sicuramente devono subire nel proprio paese d'origine, come già previsto nell'Articolo 31, comma 4.

In questo modo, il personale della missione ha ampia immunità di giurisdizione penale e civile, e ancora tributaria, senza perquisire fino a che punto i loro atti sono stati o no praticati nell'esercizio delle loro funzioni.

La citata Convenzione ha cercato inoltre di prevedere le possibilità di revoca dell'immunità, che può essere formalizzata soltanto dallo Stato accreditante<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Art. 37

1. I membri della famiglia dell'agente diplomatico, che convivono con lui, godono dei privilegi e delle immunità menzionati negli articoli 29 a 36, sempreché non siano cittadini dello Stato accreditario.
2. I membri del personale amministrativo e tecnico della missione e i membri delle loro famiglie, che convivono con loro, godono, sempreché non siano cittadini dello Stato accreditario o non abbiano in esso la residenza permanente, dei privilegi e delle immunità menzionati negli articoli 29 a 35, salvo che l'immunità giurisdizionale civile e amministrativa dello Stato accreditario, menzionata nel paragrafo 1 dell'articolo 31, non si applichi agli atti compiuti fuori dell'esercizio delle loro funzioni. Essi godono altresì dei privilegi menzionati nel paragrafo 1 dell'articolo 36, per gli oggetti importati in occasione del loro primo stabilimento.
3. I membri del personale di servizio della missione, che non sono cittadini dello Stato accreditario né vi hanno la residenza permanente, godono dell'immunità per gli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni, dell'esenzione dalle imposte e tasse sui salari che ricevono per i loro servizi e dell'esenzione prevista nell'articolo 33.
4. I domestici privati dei membri della missione, che non sono cittadini dello Stato accreditario né vi hanno la residenza permanente, sono esenti dalle imposte e tasse sui salari che ricevono per i loro servizi. Per ogni altro riguardo, essi non godono dei privilegi e delle immunità, che nella misura ammessa dal detto Stato. Questo deve tuttavia esercitare la giurisdizione su tali persone in maniera da non intralciare eccessivamente l'adempimento delle funzioni della missione.

<sup>27</sup> Art. 31

1. L'agente diplomatico gode dell'immunità dalla giurisdizione penale dello Stato accreditario. Esso gode del pari dell'immunità dalla giurisdizione civile e amministrativa dello stesso, salvo si tratti di:
  - a. azione reale circa un immobile privato situato sul territorio dello Stato accreditario, purché l'agente diplomatico non lo possieda per conto dello Stato accreditante ai fini della missione;
  - b. azione circa una successione cui l'agente diplomatico partecipi privatamente, e non in nome dello Stato accreditante, come esecutore testamentario, amministratore, erede o legatario;
  - c. azione circa un'attività professionale o commerciale qualsiasi, esercitata dall'agente diplomatico fuori delle sue funzioni ufficiali nello Stato accreditario.
2. L'agente diplomatico non è tenuto a prestare testimonianza.
3. Contro l'agente diplomatico non può essere presa alcuna misura d'esecuzione, salvo nei casi di cui al paragrafo 1, capoversi a a c, purché non ne sia menomata l'invulnerabilità della persona e della dimora.
4. L'immunità giurisdizionale di un agente diplomatico nello Stato accreditario non può esentarlo dalla giurisdizione dello Stato accreditante.

<sup>28</sup> Art. 32

Nonostante l'inviolabilità, l'agente potrà essere ritirato dal paese in cui serve, su sua richiesta o per espulsione, in caso di pratica di atti offensivi alla dignità o alla tranquillità locale<sup>29</sup>.

L'immunità *ratione materiae* o immunità funzionale, invece, è decorrente dall'immunità giurisdizionale degli Stati (*par in parem non habet imperium*) e tutela essenzialmente la dignità dello Stato, per questo motivo non è temporalmente vincolata alla durata della carica<sup>30</sup>. La responsabilità del diritto internazionale a proposito di questi atti ricade esclusivamente sullo Stato e non sul funzionario che attua<sup>31</sup>.

L'immunità *ratione materiae* o funzionale, in questo modo, protegge le attività praticate da qualsiasi ufficiale dello Stato, durante e in correlazione al proprio mandato. Quello che l'agente statale fa non è una condotta personale, ma un atto dello Stato, che si presenta come responsabile. Il tentativo di sottomissione di tali atti al controllo giurisdizionale straniero, quindi, non è la revisione giurisdizionale della condotta degli individui, ma si la sottomissione degli atti di uno Stato sovrano alla giurisdizione di un altro stato sovrano.

Questa è l'immunità che godono gli agenti consolari, consonante al previsto nella Convenzione di Vienna sulle Relazioni Consolari, del 1963. La differenza di base tra queste due convenzioni è l'amplitudine dei privilegi e delle immunità: mentre l'immunità dei membri di missioni diplomatiche sono amplissime, quelle dei consoli e dei funzionari consolari sono più ristrette, poiché sono limitate agli atti di uffici.

---

1. Lo Stato accreditante può rinunciare all'immunità giurisdizionale degli agenti diplomatici e delle persone che ne godono in virtù dell'articolo 37.

2. La rinuncia dev'essere sempre espressa.

3. Un agente diplomatico o una persona fruente dell'immunità giurisdizionale in virtù dell'articolo 37, che promuova una procedura, non può invocare questa immunità per alcuna domanda riconvenzionale connessa con la domanda principale.

4. La rinuncia all'immunità giurisdizionale per un'azione civile o amministrativa non implica una rinuncia quanto alle misure d'esecuzione del giudizio, per la quale è necessario un atto distinto.

#### Art. 9

1. Lo Stato accreditario può in ogni tempo, senza doverne indicare i motivi, informare lo Stato accreditante che il capo o un membro del personale diplomatico della missione è persona non grata oppure che un altro membro del personale della missione non è accettabile. Lo Stato accreditante richiama allora la persona della quale si tratta o, secondo i casi, pone fine alle funzioni della stessa nella missione. Una persona può essere dichiarata non grata o non accettabile anche prima che sia giunta sul territorio dello Stato accreditario.

2. Ove lo Stato accreditante neghi d'eseguire oppure non eseguisce entro un termine ragionevole le obbligazioni che gli spettano secondo il paragrafo 1, lo Stato accreditario può ricusare di riconoscere la qualità di membro della missione alla persona della quale si tratta.

<sup>30</sup> Jean Paul Pierini, "Il rispetto delle immunità e degli accordi che richiedono il consenso del sending State nella cooperazione della Corte", in *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, org. Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti (Giuffrè Editore, 2006), 447–66.p. 450.

<sup>31</sup> Werle, *Tratado de derecho penal internacional*. p. 383.

### 5.1.1 Crimini internazionali e l'immunità decorrenti dal Diritto Internazionale

Tradizionalmente si autorizzava, sulla base del diritto internazionale consuetudinario, il processo e giudizio da uno Stato straniero di ufficiali di rango inferiore delle forze armate, limitati, tuttavia, ai crimini di guerra commessi nel periodo delle ostilità.

In realtà, nonostante il delicato rapporto di tensione tra l'immunità e il diritto penale internazionale da qualche tempo tendesse a favore del diritto internazionale, si mantenevano determinate cariche statali di alto rango, al di là della portata dell'azione penale internazionale, nell'interesse di garantire la sovranità dello Stato e il mantenimento di relazioni interstatali<sup>32</sup>.

Fu solo dopo la Prima Guerra Mondiale che si è iniziato a discutere, a livello internazionale, la possibilità di un Capo di Stato di rispondere alle violazioni delle regole di guerra. Così, tramite il Trattato di Versailles del 1919, si è attribuita a Guglielmo di Hohenzollern II, già Imperatore di Germania, l'offesa contro la morale internazionale e l'autorità dei trattati<sup>33</sup>.

Nonostante Guglielmo II non sia stato processato, il Trattato di Versailles rappresenta un primo grande passo verso il riconoscimento dell'irrilevanza delle qualifiche ufficiali per determinati tipi di reati.

Il vero marchio storico sul tema è, in realtà, l'Accordo di Londra<sup>34</sup> dell'8 agosto 1945, tramite il quale è stato istituito il Tribunale Internazionale Militare di Norimberga. Secondo il citato documento, è stato previsto che "la condizione ufficiale degli accusati sia come Capi di Stato, sia come alti funzionari governativi, non potrà essere considerata né come esimente da responsabilità, né come circostanza idonea a giustificare una diminuzione della pena"<sup>35</sup>.

È importante citare quello che consta nella sentenza del Tribunale di Norimberga del 1 ottobre 1946:

---

<sup>32</sup> Ibidem. p. 385.

Trattato di Versailles (1919)

Art. 227.

The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties.

<http://avalon.law.yale.edu/imt/partvii.asp>

<sup>34</sup> Charter of the International Military Tribunal - Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis ("London Agreement")

<sup>35</sup> Art. 7 del Accordo di Londra (1945).

[http://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti\\_internazionali/Patto-di-Londra-e-Statuto-del-Tribunale-internazionale-militare-di-Norimberga-1945/170](http://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Patto-di-Londra-e-Statuto-del-Tribunale-internazionale-militare-di-Norimberga-1945/170)

The principle of international law, which under certain circumstances, protects the representatives of a state, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. The authors of these acts cannot shelter themselves behind their official position in order to be freed from punishment in appropriate proceedings. (...) the very essence of the Charter [of the Nuremberg Tribunal] is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual state. He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the state if the state in authorizing action moves outside its competence under international law.<sup>36</sup>

Similarmente, la Carta istitutiva del Tribunale Internazionale di Tokyo ha anche previsto l'irrilevanza della condizione ufficiale per rispondere ai crimini previsti<sup>37</sup>, anche se l'Imperatore Hirohito del Giappone e tutti i membri della famiglia imperiale non siano stati processati.

Queste affermazioni contenute negli Statuti di Norimberga e Tokyo sono state confermate nel 1950, dalla Commissione di Diritto Internazionale come il Terzo Principio di Norimberga<sup>38</sup>.

Così, a poco a poco, le immunità di solito riconosciute dal Diritto internazionale hanno cominciato a cedere il passo di fronte a determinati reati gravi, che attaccavano l'umanità stessa.

In realtà, e come si è visto fin dall'inizio del secolo scorso, si è cominciata a formarsi l'idea di che le immunità del diritto internazionale dovrebbero tutelare le persone nello svolgimento del loro mister, al fine di preservare la sovranità nazionale, perdendo totalmente il senso quando utilizzate per proteggere le persone che, nella posizione che occupavano, praticassero atti che violassero il Diritto Internazionale. Pertanto, tali immunità non potevano essere sostenute come scuse per ostacolare l'attuazione dei tribunali internazionali.

Dunque, il fatto che l'autore ha una carica ufficiale al momento di mettere in

---

<sup>36</sup> <http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp> 223

<http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>

<sup>37</sup> Statuto del Tribunale militare internazionale per l'Estremo Oriente (1946)

Articolo 6.

Responsabilità dell'accusato

La posizione ufficiale dell'accusato in un qualsiasi momento o il fatto che egli abbia agito in conformità con gli ordini del proprio governo o di un superiore non basteranno di per sé ad escludere la responsabilità dell'accusato stesso per qualunque crimine ascrittogli, ma tali circostanze potranno essere considerate come attenuanti nella determinazione della pena, se il Tribunale riterrà che ciò corrisponde a giustizia.

<sup>38</sup> Principles of International Law Recognized in the Chartes of the Nürnberg Tribunal and in the Judgement of the Tribunal

Principle III

The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law.  
[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7\\_1\\_1950.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf)



pratica una condotta criminale non influisce, affatto, sulla responsabilità dal punto di vista del diritto penale internazionale. Anche perché l'immunità del diritto internazionale, in particolare la *ratione materiae*, non riguarda la pratica di crimini del diritto internazionale.<sup>39</sup>

E lo Statuto di Roma, come il culmine dell'evoluzione di questa comprensione, ha vietato che s'invocassero costumi e trattati internazionali in materia di immunità, come forma di non responsabilizzare certe persone che, in nome dei loro Stati, violino i diritti umani.

In questo modo, non ci sono dubbi, a proposito dei processi e i giudizi realizzati dalla Corte Penale Internazionale, che essa non accetta le immunità in base alle norme sia domestiche sia internazionali.

Ma ci sono altre questioni che sorgono, ad esempio, se un particolare Stato, *sponte propria*, potrebbe arrestare, processare e giudicare, per presunti crimini definiti nello Statuto di Roma, un'autorità straniera che gode di immunità basata sul Diritto Internazionale, per il semplice fatto che l'autorità viene al territorio di questo Stato o pratica un crimine contro i suoi interessi.

La portata degli effetti della regola riguardante la fine dell'immunità bisogna di una migliore definizione.

Ricordiamo che, dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, si è ipotizzato che gli ex dipendenti statali o ex organi militari fossero trattati da tribunali stranieri (non internazionali) per la presunta commissione di gravi crimini contro l'umanità (intesa nel suo senso più ampio). Un esempio chiaro è il processo di Adolf Eichmann di fronte alla magistratura israeliana<sup>40</sup>.

Quanto alle ipotesi d'immunità *ratione personae* e la possibilità di processare questi individui tramite tribunali nazionali stranieri, vale citare i casi che coinvolgono Pinochet e Yerodia.

L'ex dittatore cileno Augusto Pinochet, dopo aver perso la sua condizione di Capo di Stato, ma ancora Senatore a vita, ha risposto alle azioni penali dinanzi alla giustizia spagnola, per i crimini contro i diritti umani, in speciale, i crimini di tortura.

Infatti visto che Augusto Pinochet, ex Presidente del Cile, si trovava in

---

<sup>39</sup> Werle, *Tratado de derecho penal internacional*. p. 385..

<sup>40</sup> Micaela Frulli, *Immunità e crimini internazionali: l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali* (G. Giappichelli, 2007). p. 3.

Inghilterra, la Spagna ha sollecitato che fosse estradato per giudicarlo per supposti crimini commessi quando occupava la Presidenza del Cile.

E, dinanzi a tale richiesta, la Camera dei Lordi ha ritenuto che durante la pratica di atti di violazione sistematica dei diritti umani, l'ex dittatore e i suoi subordinati si sono spogliati della condizione di agenti di Stato e hanno agito nella condizione di criminali comuni<sup>41</sup>.

In realtà, la Camera dei Lordi ha ritenuto che uno Stato non può torturare o arbitrariamente liquidare i loro avversari, in modo da caratterizzare violazione internazionale e gravi violazione dei diritti umani. Ha affermato, dunque, che la violazione dei diritti umani non sarebbe compatibile con il principio della posizione di agente di Stato, per non parlare di Capo di Stato.

Si è ritenuto, allora, che in quest'opportunità l'immunità funzionale sarebbe cessata a causa della commissione di un crimine internazionale, composto da fatti che non possono costituire atti praticati dallo Stato<sup>42</sup>.

L'autorizzazione per l'extradizione, però, si limiterebbe alla persecuzione dei fatti posteriori a settembre del 1988, anno in cui il Regno Unito avrebbe impiantato la legislazione referente alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti<sup>43</sup>. Infine, a causa dello stato di salute di Pinochet, sua estradizione

---

<sup>41</sup> Pinochet, In re [1999] UKHL 1; [2000] 1 AC 119; [1999] 1 All ER 577; [1999] 2 WLR 272 (15th January, 1999)

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm>

<sup>42</sup> V. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet; R v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet, R v. [1999] UKHL 17 (24th March, 1999)

Lord Browne-Wilkinson:

“if, as alleged, Senator Pinochet organised and authorised torture after 8 December 1988, he was not acting in any capacity which gives rise to immunity *ratione materiae* because such actions were contrary to international law, Chile had agreed to outlaw such conduct and Chile had agreed with the other parties to the Torture Convention that all signatory states should have jurisdiction to try official torture (as defined in the Convention) even if such torture were committed in Chile.”

Lord Millett:

The offence is one which could only be committed in circumstances which would normally give rise to the immunity. The international community had created an offence for which immunity *ratione materiae* could not possibly be available. International law cannot be supposed to have established a crime having the character of a *jus cogens* and at the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose.

Lord Philips of Worth Matravers:

An international crime is as offensive, if not more offensive, to the international community when committed under colour of office. Once extra-territorial jurisdiction is established, it makes no sense to exclude from it acts done in an official capacity.

<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/17.html>

<sup>43</sup> E.g. Lord Browne-Wilkinson:

“Since torture outside the United Kingdom was not a crime under U.K. law until 29 September 1988, the principle of double criminality which requires an Act to be a crime under both the law of Spain and of the United Kingdom cannot be satisfied in relation to conduct before that date if the principle of double criminality requires the conduct to be criminal under United Kingdom law at the date it was committed. ...

è stata rifiutata dal Ministro dell'Interno britannico.

Un altro esempio singolare è il Caso Yerodia, del 2002. Accusato di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario e di crimini contro l'umanità, Yerodia, allora Ministro degli Affari Esteri del Congo, ha avuto il suo arresto ordinato da un tribunale belga, l'11 aprile 2000, sulla base della legge del 19.02.1999, sulla repressione alle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario<sup>44</sup>.

Insoddisfatto, il Congo ha presentato il caso alla Corte Internazionale di Giustizia che, nella sentenza del 14 febbraio 2002, ha dichiarato che era della natura delle funzioni di un Ministro degli Affari Esteri intraprendere viaggi in giro per il mondo nell'esercizio del suo mister, non potendo essere arrestato dalle autorità di qualsiasi Stato straniero, anche se a causa di reati contro i diritti umani<sup>45</sup>.

La Corte Internazionale di Giustizia ha ritenuto, quindi, sulla base del Diritto Internazionale consuetudinario, che il personale della missione diplomatica (in questo caso il Ministro degli Affari Esteri) deve mantenere pienamente la sua immunità penale e l'inviolabilità, perché si tratta di condizione essenziale al buon esercizio delle sue funzioni<sup>46</sup>.

Inoltre, la Corte ha affermato che l'immunità persisterebbe anche quando l'agente dello stato fosse sospettato di crimini internazionali<sup>47</sup> e si trovasse all'estero per

---

As will appear, in my view only a limited number of the charges relied upon to extradite Senator Pinochet constitute extradition crimes since most of the conduct relied upon occurred long before 1988. In particular, I do not consider that torture committed outside the United Kingdom before 29 September 1988 was a crime under U.K. law... the charges of torture and conspiracy to torture relating to conduct before 29 September 1988 (the date on which section 134 came into effect) are not extraditable, i.e. only those parts of the conspiracy to torture alleged in charge 2 and of torture and conspiracy to torture alleged in charge 4 which relate to the period after that date and the single act of torture alleged in charge 30 are extradition crimes relating to torture."

<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/17.html>

<sup>44</sup> Mazzuoli, *Curso de direito internacional público*. p. 579.

<sup>45</sup> International Court Of Justice. General List n. 121, 14 february 2002. Case Concerning the arrest warrant of 11 april 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) [The Yerodia Case]

53 ...In the performance of these functions, he or she is frequently required to travel internationally, and thus must be in a position freely to do so whenever the need should arise. He or she must also be in constant communication with the Government, and with its diplomatic missions around the world, and be capable at any time of communicating with representatives of other States. The Court further observes that a Minister for Foreign Affairs, responsible for the conduct of his or her State's relations with all other States, occupies a position such that, like the Head of State or the Head of Government, he or she is recognized under international law as representative of the State solely by virtue of his or her office.

<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>

<sup>46</sup> International Court Of Justice. General List n. 121, 14 february 2002. Case Concerning the arrest warrant of 11 april 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) [The Yerodia Case]

53. In customary international law, the immunities accorded to Ministers for Foreign Affairs are not granted for their personal benefit, but to ensure the effective performance of their functions on behalf of their respective States.

<sup>47</sup> International Court Of Justice. General List n. 121, 14 february 2002. Case Concerning the arrest warrant of 11 april 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) [The Yerodia Case]

motivi personali<sup>48</sup>.

L'unica possibilità di condannare tale rappresentante, secondo la Corte Internazionale di Giustizia, sarebbe l'apertura di un procedimento penale contro di lui (i) nel proprio Stato; (ii) dinanzi a un tribunale internazionale; (iii) o dopo la scadenza del suo mandato<sup>49</sup>, aggiungendo che escludere la prerogativa in questione non avrebbe portato alcun beneficio tangibile alla causa umanitaria, poiché l'unico effetto sarebbe quello di dissuadere i "leader", ministri e Capi di Stato dal viaggiare all'estero<sup>50</sup>.

L'idea sostenuta in tale decisione ha le sue basi teoriche confermate a partire dal Caso Lotus, giudicato dalla Corte Internazionale di Giustizia nel 1927, quando ha affermato il principio di uguaglianza sovrana tra gli Stati e il carattere assoluto delle

---

58. The Court has carefully examined State practice, including national legislation and those few decisions of national higher courts, such as the House of Lords or the French Court of Cassation. It has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity.

The Court has also examined the rules concerning the immunity or criminal responsibility of persons having an official capacity contained in the legal instruments creating international criminal tribunals, and which are specifically applicable to the latter (see Charter of the International Military Tribunal of Nuremberg, Art. 7; Charter of the International Military Tribunal of Tokyo, Art. 6; Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Art. 7, para. 2; Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, Art. 6, para. 2; Statute of the International Criminal Court, Art. 27). It finds that these rules likewise do not enable it to conclude that any such an exception exists in customary international law in regard to national courts.

<sup>48</sup> International Court Of Justice. General List n. 121, 14 february 2002. Case Concerning the arrest warrant of 11 april 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) [The Yerodia Case]

55. In this respect, no distinction can be drawn between acts performed by a Minister for Foreign Affairs in an "official" capacity, and those claimed to have been performed in a "private capacity", or, for that matter, between acts performed before the person concerned assumed office as Minister for Foreign Affairs and acts committed during the period of office. Thus, if a Minister for Foreign Affairs is arrested in another State on a criminal charge, he or she is clearly thereby prevented from exercising the functions of his or her office. The consequences of such impediment to the exercise of those official functions are equally serious, regardless of whether the Minister for Foreign Affairs was, at the time of arrest, present in the territory of the arresting State on an "official" visit or a "private" visit, regardless of whether the arrest relates to acts allegedly performed before the person became the Minister for Foreign Affairs or to acts performed while in office, and regardless of whether the arrest relates to alleged acts performed in an "official" capacity or a "private" capacity.

<sup>49</sup> International Court Of Justice. General List n. 121, 14 february 2002. Case Concerning the arrest warrant of 11 april 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) [The Yerodia Case]

61. Accordingly, the immunities enjoyed under international law by an incumbent or former Minister for Foreign Affairs do not represent a bar to criminal prosecution in certain circumstances. First, such persons enjoy no criminal immunity under international law in their own countries, and may thus be tried by those countries' courts in accordance with the relevant rules of domestic law. Secondly, they will cease to enjoy immunity from foreign jurisdiction if the State which they represent or have represented decides to waive that immunity. Thirdly, after a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity. Fourthly, an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction.

<sup>50</sup> International Court Of Justice. General List n. 121, 14 february 2002. Case Concerning the arrest warrant of 11 april 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) [The Yerodia Case]

55. ...Furthermore, even the mere risk that, by travelling to or transiting another State a Minister for Foreign Affairs might be exposing himself or herself to legal proceedings could deter the Minister from travelling internationally when required to do so for the purposes of the performance of his or her official functions.

immunità dei Capi di Stato dinanzi alla giustizia degli Stati terzi<sup>51</sup>.

Questa comprensione, mi permetto dire, è stata rafforzata con l'entrata in vigore della Corte Penale Internazionale, nel luglio 2002, ai sensi del citato articolo 27 dello Statuto di Roma.

In realtà, con lo Statuto di Roma, gli Stati hanno stabilito per il diritto penale internazionale due nuovi regolamenti specifici sulle immunità, in chiara evoluzione rispetto alle pratiche dei tribunali penali internazionali anteriori. In un primo momento, nessuna persona gode dell'immunità davanti alla Corte Penale Internazionale. Per il secondo, gli Stati membri, in anticipo, rinunciano a qualsiasi immunità a favore dei suoi agenti dinanzi alla Corte Penale Internazionale.

Lo Statuto di Roma ha disciplinato ancora un'eventuale situazione di contrasto tra i doveri di cooperazione giudiziaria derivanti dal Trattato e gli obblighi derivanti dai principi consuetudinari in materia di immunità.

E, proprio al fine di mitigare l'obbligo di cooperazione giudiziaria con la Corte Penale Internazionale, secondo il quale gli Stati dovrebbero rispettare tutte le richieste di arresto e di consegna di individui presenti sul territorio, che si è stabilito l'art. 98<sup>52</sup>, con il fine di coordinare gli obblighi che discendono dallo Statuto con quelli derivanti agli Stati parte da altre norme internazionale, consuetudinarie o pattizie.<sup>53</sup>

Viene vietato, con tale dispositivo, il ricorso della triangolazione per allontanare l'immunità. Cioè, uno Stato parte, sotto la bandiera della cooperazione con la Corte Penale Internazionale, non può ignorare le immunità che uno Stato non parte riconosce ai suoi agenti. Infatti, la Corte Penale Internazionale rispetta le immunità internazionali relative agli individui di Stati non parte, a meno che tali Stati risolvano

---

<sup>51</sup> International Court Of Justice. Judgment n. 9, 7 september 1927 General List n. 121, 14 february 2002. (Government of the French Republic v. Government of the Turkish Republic) [The Case of the S,S, Lotus] [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_10/30\\_Lotus\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf).

<sup>52</sup> Statuto di Roma

Articolo 98

Cooperazione in relazione a rinuncia ad immunità e consenso alla consegna

La Corte non può presentare una richiesta di assistenza che costringerebbe lo Stato richiesto ad agire in modo incompatibile con gli obblighi che le incombono in diritto internazionale in materia d'immunità degli Stati o d'immunità diplomatica di una persona o di beni di uno Stato terzo a meno di ottenere preliminarmente la cooperazione di tale Stato terzo in vista dell'abolizione dell'immunità.

La Corte non può presentare una richiesta di consegna che costringerebbe lo Stato richiesto ad agire in modo incompatibile con gli obblighi che gli incombono in forza di accordi internazionali secondo i quali il consenso dello Stato d'invio è necessario per poter consegnare alla Corte una persona dipendente da detto Stato, a meno che la Corte non sia in grado di ottenere preliminarmente la cooperazione dello Stato d'invio ed il suo consenso alla consegna.

<sup>53</sup> V. Crescenzi, "Gli Stati Uniti e gli accordi di esenzione dalla giurisdizione della Corte penale internazionale". p. 161-65.

cooperare con la Corte<sup>54</sup>.

Nonostante la chiarezza del dispositivo e la rettitudine di propositi della Corte Penale Internazionale, la cui reputazione è il suo maggior patrimonio, proliferano nel diritto internazionale “immunity agréments”, di natura bilaterale, celebrati tra gli Stati non parte e gli Stati firmatari dello Statuto di Roma, con vista ad evitare che anche persone che non godono di immunità siano consegnate alla giurisdizione internazionale<sup>55</sup>.

Di conseguenza, tutti gli Stati parte dello Statuto di Roma, quando in cooperazione con la Corte Penale Internazionale, sono autorizzati a ignorare le immunità e procedere, ad esempio, all'arresto di un Capo di Stato straniero, anche questo appartenente allo Statuto di Roma. D'altra parte, non essendo gli Stati coinvolti (o almeno uno di loro) firmatari dello Statuto di Roma, la cooperazione con la Corte Penale Internazionale soltanto ci sarà su ciò che non è incompatibile con gli obblighi del diritto internazionale in materia di immunità.

Ma dalla affermazione sopra decorre il diritto, di uno Stato parte, arrestare, perseguire e giudicare un'autorità straniera, che gode dell'immunità internazionale, anche se appartenente ad un altro Stato Parte? Sarà lo Stato parte, per esempio, autorizzato a questo, per il semplice ingresso dell'autorità straniera sul suo territorio (attuando il principio della giurisdizione universale, ad esempio)?

La risposta dovrà essere negativa.

Infatti, nei termini dello Statuto di Roma, non si può concludere che gli Stati, aderendo alla norma convenzionale e rinunciando, in relazione alla Corte Penale

---

<sup>54</sup> Werle, *Tratado de derecho penal internacional*. p. 390:

“Según el art. 98 del Estatuto de la CPI, la Corte no exigirá de un Estado el cumplimiento de solicitudes de cooperación administrativa o jurídica que sean contrarias a las obligaciones que le imponha el derecho internacional com respecto a la inmunidad de um tercer Estado. El fin de la disposición es regular la situación de los acuerdos interestatales sobre esta matéria que ya hubiesen estado em vigor, para evitar cualquier obstáculo a la ratificación del Estatuto de la CPI.”

<sup>55</sup> Gli Stati Uniti, per esempio, hanno firmato accordi con oltre 80 paesi, in modo che essi non effettuino la consegna di rappresentanti statali, dipendenti, personale militare e nazionali di una delle parti contraenti, né al Tribunale Penale Internazionale o altra istituzione, né a un Paese terzo, affinché essi consegnino all'organismo internazionale. In *Ibidem*. p. 390.

Gli Stati Uniti hanno pure fatto pressione perché il Brasile firmasse uno di questi accordi bilaterali, affermando che quelli membri della Corte Penale Internazionale che si rifiutassero di firmare gli accordi non riceverebbero il beneficio della cooperazione militare bilaterale, da un anno dopo l'entrata in vigore dello Statuto. E infatti, nel 2003, gli Stati Uniti hanno annunciato che avrebbero sospeso gli aiuti militari a circa 50 paesi (tra i quali il Brasile) che non avevano firmato l'accordo bilaterale. Nel 2006, gli Stati Uniti hanno alleviato la loro posizione concedendo *waiver* a circa 20 paesi, tra cui il Brasile, sospendendo le restrizioni alla cooperazione militare nello scambio dell'insegnamento e della formazione. V. Cardoso, *Tribunal penal internacional*. p. 142- 143)

Si deve citare, infine, la posizione dell'Unione Europea quanto all'inconsistenza degli accordi proposti dagli EUA con gli obblighi dei membri della Corte Penale Internazionale

([http://www.coalitionfortheicc.org/documents/12134\\_02en.pdf](http://www.coalitionfortheicc.org/documents/12134_02en.pdf))

Internazionale, all'immunità di tutti i suoi agenti, lo abbiano anche fatto in relazione agli altri Stati.

Infatti, qualsiasi rinuncia all'immunità, che è comunque una rinuncia a parte della propria sovranità, non può essere letta o interpretata in senso lato. Nessuno può rinunciare all'immunità altrui. La rinuncia alla propria immunità dinanzi alla Corte Penale Internazionale non significa bandire le immunità del diritto internazionale, neanche del diritto internazionale pubblico.

E per la letteralità dell'articolo 27 dello Statuto di Roma, le immunità, ai sensi del diritto nazionale o del diritto internazionale, non devono sbarrare la Corte Penale Internazionale nell'esercizio della sua giurisdizione su una persona, ma possono continuare a impedire che gli altri Stati, trascurando le immunità, processino e giudichino queste persone, almeno mentre sono in carica.

In effetti, l'immunità personale di cui godono principalmente i Capi di Stato, i Capi di Governo, i Ministri degli Affari Esteri e gli agenti diplomatici impedisce ancora, di fronte alla giurisdizione penale degli altri Stati, la persecuzione di crimini di diritto internazionale durante il periodo di carica. L'ostacolo, però, cessa quando finisce il mandato, e da questo momento si può processare queste persone senza restrizioni di alcun tipo. Tuttavia, dinanzi a un tribunale internazionale, le immunità si presentano irrilevanti, anche se le persone sono ancora in carica.<sup>56</sup>

Infine, si deve distinguere l'irrelevanza della funzione davanti alla Corte Penale Internazionale e le immunità internazionali tra gli Stati. Nel primo caso, non vi è alcun ostacolo procedurale per il perseguimento di crimini internazionali, come stabilito sin dal Tribunale di Norimberga. Nel secondo caso, rimane ancora la regola che nessuno Stato può giudicare altro, anche se attraverso la persecuzione dei suoi agenti, sulla scia del principio *par in parem no habet imperium*.

Così, la comprensione da parte della Corte Internazionale di Giustizia nel caso Yerodia<sup>57</sup>, anche se in un contesto diverso dello Statuto di Roma, deve essere applicata ai

---

<sup>56</sup> Werle, *Tratado de derecho penal internacional*, p. 388-390.

<sup>57</sup> International Court Of Justice. General List n. 121, 14 february 2002. Case Concerning the arrest warrant of 11 april 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) [The Yerodia Case]

59. It should further be noted that the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities: jurisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction. Thus, although various international conventions on the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States obligations of prosecution or extradition, thereby requiring them to extend their criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers for Foreign Affairs. These remain opposable before the courts of a foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions.

reati previsti in quest'ultimo documento. Infatti, nonostante le immunità non pongano alcun ostacolo alla giurisdizione dei tribunali internazionali, non si può ammettere che un sistema giudiziario straniero (non internazionale) processi e giudichi un Capo di un altro Stato, in carica, se non vi è espressa rinuncia all'immunità.

Di conseguenza, l'inosservanza delle immunità del diritto internazionale da uno Stato firmatario dello Statuto di Roma, anche se l'ha fatto per motivi di presunta commissione di crimini definiti nello Statuto di Roma, può sottoporlo a sanzioni internazionali.

## 5.2 Immunità previste nel Diritto Interno

Nell'ambito del diritto interno, sono anche previste alcune immunità giurisdizionali, per esempio, a favore dei suoi Capi di Stato, Ministri, membri del Parlamento.

In questo caso, si ritiene che la base di tale immunità è evitare che, attraverso presunti procedimenti giudiziari, si comprima e si condizioni il libero esercizio della giurisdizione da parte di alcuni agenti statali. Cercasi, in questo modo, di garantire la libertà di azione dei rappresentanti del Congresso Nazionale, del Presidente della Repubblica e dei suoi ministri, assicurando la convivenza equilibrata dei Poteri.

La casuistica delle immunità, di carattere personale derivanti dal lavoro svolto dai presidenti e parlamentari, è ampia e variabile, ma può essere generalmente suddivisa in due classi. Nella prima, ci sono le immunità materiali che implicano la sottrazione della responsabilità penale, civile, politica o disciplinare per parole, opinioni o voti espressi nell'esercizio delle loro funzioni. Le altre immunità sono di carattere formale, che assicurano, per esempio, il diritto di non essere arrestato e di non essere processato fino

---

60. The Court emphasizes, however, that the immunity from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy impunity in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity. 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.

61. (..)

...an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction. Examples include the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and the International Criminal Tribunal for Rwanda, established pursuant to Security Council resolutions under Chapter VII of the United Nations Charter, and the future International Criminal Court created by the 1998 Rome Convention. The latter's Statute expressly provides, in Article 27, paragraph 2, that "[i]mmunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person."



alla fine del mandato o senza previa autorizzazione a farlo.

Lo Statuto di Roma, d'altra parte e come già detto, ha avuto cura di stabilire che le immunità o regole di procedura speciali inerenti alla qualifica ufficiale di una persona, in conformità alla legislazione nazionale, non impediscono la Corte di esercitare la sua giurisdizione su tale persona.

Nonostante la possibile collisione tra alcuni precetti domestici (immunità di diritto interno) e dello Statuto di Roma (irrelevanza di queste immunità nell'ambito della Corte Penale Internazionale), diversi Stati hanno ratificato la norma convenzionale.

Tuttavia, la conciliazione tra le immunità interne, di solito di rango costituzionale, e la rinuncia all'immunità internazionale davanti alla Corte Penale Internazionale crea difficoltà. Si può indagare, infatti, se sarebbe possibile rifiutare la consegna di un agente politico, sulla base dell'immunità nazionale, e se questo potrebbe essere considerato dalla Corte Penale Internazionale una mancanza di volontà o capacità di giudizio e di processo.

### **5.2.1 Statuto di Roma: obbligo di eliminare le immunità del diritto nazionale?**

Una lettura combinata degli articoli 27 e 88 dello Statuto di Roma potrebbe dare luogo alla conclusione che gli Stati parte sarebbero tenuti a modificare la propria legislazione interna per rendere inefficaci le prerogative immunitarie in materia di crimini internazionali.

Così, da questa lettura, sarebbe necessario realizzare una revisione del sistema giuridico interno per consentire ai giudici nazionali, da un lato, di giudicare e punire per i reati di cui all'articolo 5 dello Statuto di Roma, anche gli individui protetti da immunità costituzionali e, dall'altro, per dare seguito alle richieste di cooperazione giudiziaria da parte della Corte Penale Internazionale.

Si sostiene, quindi, che, se l'obiettivo dell'articolo 88 dello Statuto di Roma è quello di evitare che la Corte Penale Internazionale intervenga in un caso concreto, quindi gli Stati membri dello Statuto dovranno modificare il sistema giuridico interno per rimuovere le previsioni in materia di immunità.

Lo Statuto di Roma non ha la pretesa, tuttavia, dell'abolizione ampia, generale e senza restrizioni delle immunità previsti nel diritto interno. In realtà, dallo Statuto non decorre il dovere degli Stati di abolire tutte le immunità conferite al corretto esercizio delle funzioni dei membri e dei rappresentanti dei loro Poteri.

Infatti, in ciò che conta per la Corte Penale Internazionale, basta l'adesione di questi Stati allo Statuto di Roma in modo che questi ostacoli non siano opponibili nei confronti del tribunale internazionale penale.

Inoltre, le immunità materiali generalmente riconosciute ai parlamentari e ai capi dell'Esecutivo difficilmente servono come base per escludere la caratterizzazione di crimini internazionali. Così, partendo dal presupposto che le immunità materiali conferite ai Parlamentari e al Capo dell'Esecutivo non potrebbero coprire i crimini internazionali<sup>58</sup>, nessun obbligo di rimuoverle nel diritto nazionale si porrebbe con l'adesione allo Statuto di Roma. Questo perché queste immunità materiali possono essere interpretate come inoperanti a proposito dei reati previsti nello Statuto di Roma.

In realtà, se le immunità del diritto interno non sono strutturate per coprire qualsiasi attività esercitata da un agente statale<sup>59</sup>, intesi i crimini internazionali, la normativa statale non sarà considerata in contrasto agli obblighi derivanti dallo Statuto di Roma.

D'altra parte, se un determinato Stato, applicando tali immunità nell'ambito interno, non processa né giudica un agente statale accusato di crimine internazionale, la Corte Penale Internazionale potrà attivare la sua giurisdizione, non valutando le immunità.

Tutto che lo Statuto di Roma non aspira è l'irresponsabilità degli autori di crimini internazionali contro i Diritti Umani. Quando si chiude un percorso di responsabilità domestica, si apre una via di responsabilità internazionale tramite la Corte Penale Internazionale. Ma, più importante dell'arrivo di un caso al tribunale internazionale è il corretto ed efficace funzionamento della giurisdizione nazionale. Qualsiasi persona che desidera fuggire dalla giurisdizione nazionale, nel caso di questi crimini, opta deliberatamente per l'invio alla giurisdizione internazionale.

È necessario ricordare che la Corte Penale Internazionale non è paragonabile,

---

<sup>58</sup> V. Duffy, "Overview of Constitutional Issues and Recent State Practice". La Russia stessa, per superare l'incompatibilità, ha rilevato che *it is no part of any official function to commit ICC crimes and immunities should not be interpreted as protecting persons who do*. La stessa autrice ha riferito ancora, nell'interesse dei giudizi politici dell'Argentina e la responsabilizzazione parlamentar nell'Estonia, che "as a matter of principle the protection afforded is not absolute, and that as a matter of practice it is likely that such immunity would in fact be lifted by the relevant authority in the event of the issue of ICC jurisdiction ever arising."

<sup>59</sup> V. Ibidem. p. 503

even where immunities are absolute on their face – as in the immunities attaching to certain constitutional monarchies – in some cases comfort was found (in accordance with the pragmatic approach outlined above) in the remote prospect of ICC crimes ever being committed by such monarchs, given their lack of legal or de facto powers.

ai fini del principio della separazione dei poteri, a un tribunale nazionale.

In realtà, ci sono ragioni fondamentali costituzionali relative all'armonia tra i tre Poteri che causano la non sottomissione di agenti politici legislativi o esecutivi a giudici comuni, ma a Tribunali gerarchicamente qualificati o a processi differiti nel tempo.

Questo rischio di rompere l'armonia tra i Poteri non esiste quando si tratta di un crimine internazionale, giudicato da un Tribunale esterno al gioco domestico di "controlli e contrappesi". Infatti, l'esercizio della giurisdizione penale internazionale non è uno strumento sovversivo del principio della separazione dei poteri.

Inoltre, la semplice previsione nazionale di procedure giudiziarie speciali a una determinata categoria di soggetti non è *di per sé* una violazione degli obblighi di adeguatezza alla normativa convenzionale dello Statuto di Roma. Questo perché la violazione degli obblighi internazionali non viene dal rapporto teorico con la Corte Penale Internazionale, ma dal rapporto specifico che, di volta in volta, si sviluppa tra lo Stato e il Tribunale (nonostante il contrario non sia necessariamente vero, giacché in Brasile, come abbiamo visto, la semplice collisione teorica tra un trattato internazionale e la Costituzione può portare a dichiarazione d'incostituzionalità del primo).

Quindi, se tali norme procedurali speciali previste per una determinata categoria di persone assicurano l'attivazione e la prosecuzione della azione penale dinanzi a un giudizio precostituito, terzo e imparziale, per l'accertamento delle responsabilità anche in riferimento alla commissione di crimini di competenza della Corte Penale Internazionale, queste procedure speciali devono essere considerate legittime alla luce dello Statuto di Roma.

Infine, si può affermare che l'articolo 27 dello Statuto di Roma, combinato con l'articolo 88, non impone allo Stato membro di eliminare le regole di procedura speciale previste dalla normativa nazionale, ma si limita a specificare che esse non possono essere eccepite davanti alla Corte Penale Internazionale al fine di paralizzare l'esercizio della loro competenza giurisdizionale.

#### 5.2.1.1 *L'insindacabilità parlamentare e la Corte Penale Internazionale*

Forse l'immunità materiale che può generare più polemiche di fronte a crimini internazionali è l'inviolabilità relativa, civile e penale, del Parlamentare quanto alle loro

opinioni, parole e voti.

In realtà, tanto la Costituzione brasiliana quanto l'italiana prevedono che il parlamentare è insindacabile, nell'esercizio delle sue funzioni, quanto alle sue opinioni, parole e voti <sup>60</sup>.

Tuttavia, anche questa immunità non sembra assoluta, avendo già avuto la Corte Suprema brasiliana l'opportunità di limitare questa libertà di opinione parlamentare soltanto agli atti che si collegano alle prestazioni della funzione legislativa o siano stati proferiti a causa di esse<sup>61</sup>.

Recentemente, anche il Pubblico Ministero brasiliano ha denunciato un deputato federale per presunta istigazione e apologia al crimine, quando ha dichiarato, dalla tribuna a un'altra parlamentare, 'non ti stupro perché non meriti', processo ancora non analizzato dalla Corte Suprema Federale<sup>62</sup>.

In Italia, similmente, la Consulta ha anche limitato l'ambito d'operatività dell'insindacabilità parlamentare.

Infatti, conforme alla Corte Costituzionale,

presupposto delle attività coperte dalla prerogativa parlamentare è la riconducibilità delle opinioni espresse all'esercizio delle attribuzioni proprie del parlamentare (sentenze n. 329 del 1999, 289 del 1998, 375 del 1997); riconducibilità che va intesa non come 'semplice collegamento di argomento o di contesto fra attività parlamentare e dichiarazione, ma come identificabilità della dichiarazione stessa quale espressione di attività parlamentare' (v. sentenze n. 58, 11 e 10 del 2000, nonché sentenze nn. 320 e 321 del 2000), cioè quale sostanziale corrispondenza di contenuti tra le dichiarazioni e l'atto

---

<sup>60</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Art. 53. I Deputati e Senatori non sono perseguibili, civilmente e penalmente, per le loro opinioni, parole e voti.

Costituzione della Repubblica Italiana

Art. 68. I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni.

<sup>61</sup> Supremo Tribunal Federal, Inquérito 1.024-QO, (21/11/2002), Rel. Min. Celso de Mello :

A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, caput) – que representa um instrumento vital destinado a viabilizar o exercício independente do mandato representativo – somente protege o membro do Congresso Nacional, qualquer que seja o âmbito espacial (locus) em que este exerça a liberdade de opinião (ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa), nas hipóteses específicas em que as suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa (prática in officio) ou tenham sido proferidas em razão dela (prática propter officium), eis que a superveniente promulgação da EC 35/2001 não ampliou, em sede penal, a abrangência tutelar da cláusula da inviolabilidade. A prerrogativa indisponível da imunidade material – que constitui garantia inerente ao desempenho da função parlamentar (não traduzindo, por isso mesmo, qualquer privilégio de ordem pessoal) – não se estende a palavras, nem a manifestações do congressista, que se revelem estranhas ao exercício, por ele, do mandato legislativo. A cláusula constitucional da inviolabilidade (CF, art. 53, caput), para legitimamente proteger o parlamentar, supõe a existência do necessário nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício congressional, de outro

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80786>

V. Inq 2.915 (09/05/2013); Inq 2.874-AgR (20/06/2012); Inq 2.332-AgR (10/02/2011).

<sup>62</sup> Inq. 3932

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4689051>

parlamentare tipico<sup>63</sup>.

E in seguito la Consulta ha dichiarato: “la prerogativa parlamentare non può infatti essere estesa sino a comprendere gli insulti – di cui è comunque discutibile la qualificazione come opinioni – solo perché collegati con le ‘battaglie’ condotte da esponenti parlamentari in favore delle loro tesi politiche.”<sup>64</sup>

Inoltre, operando una distinzione tra opinioni espresse *intra* o *extra moenia*, la Corte Costituzionale ha affermato che il criterio di delimitazione dell’ambito della prerogativa dell’immunità è quello funzionale e non già quello spaziale<sup>65</sup>. In questo modo, il fatto dell’opinione essere stata espressa all’interno dei palazzi parlamentari non è sufficiente per garantire l’insindacabilità, così come l’insindacabilità non copre qualsiasi tipo di atto compiuto all’interno dei palazzi parlamentari, essendo l’attività parlamentare tutelata giacché funzionalmente parlamentare<sup>66</sup>.

In questo contesto, non sembra accettabile che un parlamentare pronunci nell’esercizio delle sue funzioni, opinioni che incitano la commissione di un crimine di genocidio, con il conseguente principio di azione in questo senso<sup>67</sup>, per invocare dopo a suo favore l’insindacabilità delle sue opinioni per impedire lo sviluppo di un processo giudiziale tendente ad accertare la responsabilità ed eventualmente punire in conformità agli obblighi derivante dallo Statuto di Roma.

Infatti, la Corte Costituzionale italiana ha già affermato che non sono protette dall’articolo 21 della Costituzione quelle manifestazioni di idee e di opinioni che racchiudono al proprio interno un elemento di incitamento all’azione. Così, al meno in

<sup>63</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 137/2001.

<sup>64</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 137/2001.

<sup>65</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 509/ 2002 e Sentenza 10/2010.

<sup>66</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 509/2002.

Corte Costituzionale, Sentenza n. 115/1994:

Va dunque ribadito che – se l’attività del parlamentare *intra moenia* può essere sindacata e, se del caso, censurata anche attraverso gli strumenti previsti dai regolamenti parlamentari (con la conseguenza che comportamenti eventualmente lesivi della dignità delle persone possono essere opportunamente prevenuti), le condotte «esterne» rispetto all’attività parlamentare tipica, in tanto possono godere della garanzia della insindacabilità, prevista dall’art. 68, primo comma, Cost., in quanto risultino rigorosamente riconducibili alle specifiche e «qualificate» attribuzioni parlamentari.

Questa Corte ha quindi, da un lato, chiarito che il nesso che deve sussistere tra «la dichiarazione divulgativa *extra moenia* e l’attività parlamentare propriamente intesa, non può essere visto come un semplice collegamento di argomento o di contesto politico fra l’una e l’altra, ma come identificabilità della dichiarazione quale espressione della attività parlamentare, postulandosi anche, a tal fine, una sostanziale contestualità tra i due momenti, a testimonianza dell’unitario alveo “funzionale” che le deve, appunto, correlare» (sentenza n. 82 del 2011; anche sentenze n. 55 del 2014, n. 305 del 2013 e n. 39 del 2012).

<sup>67</sup> Infatti, la propria Corte indica una tendenza “nel senso di ritenere che per la configurabilità del limite [costituito dalla necessità di preservare l’ordine pubblico da turbative violente di esso] ... non sia sufficiente la critica anche aspra delle istituzioni, la prospettazione della necessità di mutarle, la stessa contestazione dell’assetto politico sociale sul piano ideologico, ma occorra un incitamento all’azione e quindi un principio di azione, e così di violenza contro l’ordine legalmente costituito, come tale idoneo a porre questo in pericolo.” (Corte Costituzionale, Sentenza n. 126/1985.)

Italia<sup>68</sup>, se l'incitamento a commettere, per esempio, il crimine di genocidio non si qualifica solo come semplice manifestazione di pensiero, ma come principio di azione, allora tale attività non sarebbe coperta da immunità costituzionale.

In ogni caso, qualunque sia la natura dell'affermazione fatta dal Parlamentare (se coperti o meno da immunità costituzionale), spetta al Giudiziario nazionale decidere quanto al processo, o no, da qualsiasi eccesso o inadeguatezza delle sue dichiarazioni.

E in questo caso, se il Potere Giudiziario crede che le affermazioni non sarebbero coperte da immunità, il Parlamentare verrà processato e giudicato, a livello nazionale. D'altra parte, se il Giudiziario intende che, infatti, le dichiarazioni sono coperte dall'immunità costituzionale, potrà essere attivata la giurisdizione della Corte Penale Internazionale, in relazione alla quale non possono essere opposte le immunità e regole di procedure speciali, previste a livello nazionale, sotto pena di caratterizzare la violazione degli obblighi derivanti dallo Statuto di Roma.

Quindi, lo Statuto di Roma non impone agli Stati l'obbligo di modificare per forza la sua legislazione in questo punto perché le regole di immunità e di procedure speciali per determinate categorie di persone non costituiscono qualsiasi impedimento all'esercizio della giurisdizione della Corte Penale Internazionale. Infatti, l'esistenza di procedimenti giudiziari differenziati non è una violazione al principio dell'irrelevanza della qualifica ufficiale, a meno che questi istituti rappresentino evidente mancanza di volontà o capacità dello Stato di perseguire e punire coloro che sono sospettati di crimini internazionali, ipotesi in cui verrà attivata la giurisdizione della Corte Penale Internazionale.

#### 5.2.1.2 *L'immunità dei Capi di Stato e dei Ministri e la Corte Penale Internazionale*

Un altro problema che si pone è quello concernente l'immunità dei Capi di Stato, di solito fornite in testi costituzionali.

---

<sup>68</sup> Vale citare che in Brasile, non si fa uguale esigenza, si trattando di crimine formale, che si consuma con la pratica dell'incitazione percettibile da un indeterminato numero di persone (Delmanto, *Codigo Penal Comentado*, art. 286, p. 509). Esiste, ancora, in Brasile, il reato di apologia al crimine, che consiste in un elogio o lode, in un discorso, ai fatti criminali o agli autori di crimini (Delmanto, *Codigo Penal Comentado*, art. 287, p. 510):

Istigazione a delinquere  
 Art 286 – Istigare anche pubblicamente i crimini:  
 Pena - detenzione di tre a sei mesi o multa.

Apologia al crimine  
 Art. 287 – Fare pubblicamente apologia di fatto criminale o d'autore di crimini:  
 Pena - detenzione di tre a sei mesi o multa.

Su questo tema la Costituzione brasiliana descrive nel suo all'articolo 85 e commi<sup>69</sup>, un elenco indicativo di crimini di responsabilità politica che possono essere commessi dal Presidente. All'articolo 86<sup>70</sup>, consta la procedura da seguire per l'accusa contro il Presidente della Repubblica per i crimini di responsabilità.

Durante la vigenza del mandato del Presidente della Repubblica, egli non può essere ritenuto responsabile per atti fuori l'esercizio delle sue funzioni, imponendosi la sospensione provvisoria del processo e la conseguente sospensione del termine prescrizione.

E, per quanto riguarda gli atti compiuti nell'esercizio della funzione o a causa di essa, il Presidente risponderà dinanzi alla Corte Suprema e il processo potrà essere avviato solo dopo l'autorizzazione della Camera dei Deputati.

Come si può vedere, in Brasile, il Presidente della Repubblica non ha delle immunità materiali: egli risponde soltanto per gli atti praticati nell'esercizio della sua funzione; e per gli atti estranei alla sua carica, il testo costituzionale si limita a condizionare il processo alla cessazione della carica.

Per quanto riguarda i Ministri di Stato, la Costituzione ha avuto cura di prevedere soltanto la prerogativa di foro: saranno poi giudicati per reati penali comuni e per i crimini di responsabilità dalla Corte Suprema<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Art. 85. Constituiscono reato gli atti del Presidente della Repubblica che attentino contro la Costituzione Federale e, specialmente, contro:

- I. l'esistenza dell'Unione;
- II. il libero esercizio del Potere Legislativo, del Potere Giudiziario, del Pubblico Ministero e dei Poteri Costituzionali delle Unità della Federazione;
- III. l'esercizio dei diritti politici, individuali e sociali;
- IV. la sicurezza interna del Paese;
- V. la probità dell'amministrazione;
- VI. la legge di bilancio;
- VII. l'adempimento delle leggi e delle decisioni giudiziarie.

Paragrafo unico. Questi reati saranno definiti da legge speciale, che stabilirà le norme sul processo e sul giudizio.

<sup>70</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Art. 86. Una volta amessa dai due terzi della Camera dei Deputati l'accusa contro il Presidente della Repubblica, egli sarà sottoposto a giudizio davanti al Supremo Tribunale Federale, per le infrazioni penali comuni o davanti al Senato Federale, per i reati propri.

§ 1° Il Presidente verrà sospeso dalle sue funzioni:

- I. per le infrazioni penali comuni, nel caso sia stata ricevuta la denuncia o ricorso dal Supremo Tribunale Federale;
- II. per i reati propri, dopo l'instaurazione del processo da parte del Senato Federale.

§ 2° Se, trascorso il termine di centottanta giorni, il giudizio non sarà terminato, cesserà la sospensione del Presidente, senza che questo pregiudichi la regolare prosecuzione del processo.

§ 3° Finché non sopraggiunga sentenza di condanna, per le infrazioni comuni, il Presidente della Repubblica non sarà passibile di arresto.

§ 4° Il Presidente della Repubblica, durante la vigenza del suo mandato, non può essere considerato responsabile per atti estranei all'esercizio delle sue funzioni.

<sup>71</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

In Italia, la Carta costituzionale prevede un regime di irresponsabilità giuridica (penale, civile ed amministrativa) per il Presidente per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento e attentato alla Costituzione<sup>72</sup>.

In questo modo, l'immunità presidenziale coinvolge tutti gli atti e comportamenti praticati dal Presidente nell'esercizio del suo mandato, a patto che siano collegati teleologicamente con la sua funzione, il suo *munus*. Si riferisci allora agli "atti che costituiscono esercizio delle funzioni presidenziali e le dichiarazioni strumentali ed accessorie rispetto a tale esercizio"<sup>73</sup>. L'immunità presidenziale, perciò, si configura più ampia della parlamentare, che si limita a opinioni e voti.

Inoltre, non avendo rapporto con la sua attività funzionale, il Presidente della Repubblica risponde, in sede civile, penale ed amministrativa, davanti all'autorità giudiziaria competente, come qualsiasi cittadino privato<sup>74</sup>.

---

Art. 102. E' competenza del Supremo Tribunale Federale principalmente la salvaguarda della Costituzione, spettandogli:

I - processare e giudicare, originariamente:

...

c) nel caso di infrazioni penali comuni e nei reati di malversazione, i Ministri di Stato e i Comandanti della Marina, dell'Esercito e dell'Aeronautica, fatto salvo quanto disposto all'art. 52, I, i membri dei Tribunali Superiori, quelli della Corte dei Conti dell'Unione e i capi di missione diplomatica a carattere permanente;

<sup>72</sup> Costituzione della Repubblica Italiana (1947)

Art. 90. Il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione.

In tali casi è messo in stato di accusa dal Parlamento in seduta comune, a maggioranza assoluta dei suoi membri.

<sup>73</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 154/2004.

<sup>74</sup> Sulla Legge 124/2008, che introduceva le ipotesi di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato, v. Corte Costituzionale, Sentenza n. 262/2009:

"7.3.2.2. – Chiarito che la protezione della funzione costituisce la ratio della norma censurata, occorre ora accertare se la sospensione disciplinata dalla norma in questione abbia l'ulteriore caratteristica delle prerogative, e cioè quella di derogare al principio di uguaglianza creando una disparità di trattamento. La risposta a tale domanda deve essere positiva.

La più volte citata sentenza di questa Corte n. 24 del 2004 ha precisato, sia pure con riferimento all'art. 1 della legge n. 140 del 2003, che la sospensione processuale per gli imputati titolari di alte cariche «crea un regime differenziato riguardo all'esercizio della giurisdizione [...]», regime che va posto a raffronto con il principio – anch'esso richiamato dalla suddetta sentenza – della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione, fissato dall'art. 3 Cost.

Non vi è dubbio che tali rilievi valgono anche per il censurato art. 1 della legge n. 124 del 2008. La denunciata sospensione è, infatti, derogatoria rispetto al regime processuale comune, perché si applica solo a favore dei titolari di quattro alte cariche dello Stato, con riferimento ai processi instaurati nei loro confronti, per imputazioni relative a tutti gli ipotizzabili reati, in qualunque epoca commessi e, in particolare, ai reati extrafunzionali, cioè estranei alle attività inerenti alla carica. La deroga si risolve, in particolare, in una evidente disparità di trattamento delle alte cariche rispetto a tutti gli altri cittadini che, pure, svolgono attività che la Costituzione considera parimenti impegnative e doverose, come quelle connesse a cariche o funzioni pubbliche (art. 54 Cost.) o, ancora più generalmente, quelle che il cittadino ha il dovere di svolgere, al fine di concorrere al progresso materiale o spirituale della società (art. 4, secondo comma, Cost.).

È ben vero che il principio di uguaglianza comporta che, se situazioni uguali esigono uguale disciplina, situazioni diverse possono richiedere differenti discipline. Tuttavia, in base alla giurisprudenza di questa Corte citata al punto 7.3.1., deve ribadirsi che, nel caso in cui la differenziazione di trattamento di fronte alla giurisdizione riguardi il titolare o un componente di un organo costituzionale e si alleggi, quale ragione giustificatrice di essa, l'esigenza di proteggere le funzioni di quell'organo, si rende necessario che un tale *ius* singulare abbia una precisa copertura costituzionale. Si è visto, infatti, che il complessivo sistema delle suddette prerogative è regolato da norme di rango costituzionale, in quanto incide sull'equilibrio dei poteri dello Stato e contribuisce a connotare l'identità costituzionale dell'ordinamento.



Per quanto riguarda il Presidente del Consiglio dei Ministri ed i Ministri, l'art. 96 della Costituzione italiana recita che “anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale”.<sup>75</sup>

Le immunità previste nelle Costituzioni si scontrano con lo Statuto di Roma e richiedono un grande sforzo di compatibilizzazione.

Tuttavia, queste regole interne non riescono a diventare ostacoli all'attuazione della Corte Penale Internazionale. In questo modo per la loro compatibilizzazione con le regole dello Statuto di Roma, non è necessaria la sua rimozione dal sistema giuridico nazionale.

Infatti, partendo dall'analisi del sistema brasiliano, sembra che, rispetto al Presidente e ai Ministri, non esiste immunità sostanziale, perché ci sono criteri di competenza e procedibilità, anche temporale, in modo che possano essere processati e giudicati.

Così, il presidente e i suoi Ministri sono sempre penalmente responsabili, compresi per gli atti commessi nell'esercizio della loro funzione. Non avviene, in questo modo, un'incompatibilità dello Statuto di Roma, che sarà applicabile solo quando, nella giurisdizione interna, non sono adottate le procedure costituzionali previste.

In questo senso, potrà essere avviato un processo dinanzi alla Corte Penale Internazionale caso venga dimostrato il ritardo o l'incapacità nelle indagini e nella punizione dei crimini nell'ambito della giurisdizione domestica, anche se derivanti dalla mera applicazione delle norme di procedibilità e di prerogative della funzione previste nelle Costituzioni. Le norme di ammissibilità stabilite dall'art. 17 dello Statuto sono state accettate dagli Stati parte e sono una dimostrazione dell'importanza del principio di complementarità<sup>76</sup>.

---

7.3.2.3. - L'accertata violazione del principio di uguaglianza rileva, poi, sicuramente anche con specifico riferimento alle alte cariche dello Stato prese in considerazione dalla norma censurata: da un lato, sotto il profilo della disparità di trattamento fra i Presidenti e i componenti degli organi costituzionali; dall'altro, sotto quello della parità di trattamento di cariche tra loro disomogenee.”

<sup>75</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 262/2009:

“Anche la disciplina costituzionale dei reati ministeriali conferma che il Presidente del Consiglio dei ministri e i ministri sono sullo stesso piano. Il sistema dell'art. 96 Cost. e della legge costituzionale n. 1 del 1989 prevede, infatti, per tali cariche lo stesso regime di prerogative, limitato ai reati funzionali; regime che risulta alterato dalla previsione per il solo Presidente del Consiglio dei ministri della sospensione dei processi per reati extrafunzionali.”

<sup>76</sup> Così, esemplificando, nel caso di un crimine internazionale commesso dal Presidente della Repubblica del Brasile, il processo richiede l'autorizzazione della Camera dei Deputati. In assenza di tale

In Italia, la questione più complessa è quella concernente l'irresponsabilità del Presidente poiché, riguardo al Presidente del Consiglio dei Ministri e altri ministri, la soluzione è simile a quelle brasiliana, giacché le procedure speciali non costituiscono, per sé, ostacoli all'eventuale persecuzione criminale in ambito nazionale.

Così, per quanto riguarda gli atti compiuti dal Presidente, sarà necessario prendere in considerazione in primo luogo che tali atti (che si sottomettono alle ipotesi criminali previsti nello Statuto di Roma) non sarebbero coperti dall'irresponsabilità presidenziale. In primo luogo, perché la pratica di tali crimini rappresenta un vero e proprio attacco alla Costituzione, per violazione di principi supremi del sistema italiano. In secondo luogo, perché i crimini - come indicato nella giurisdizione inglese nel precedente dell'ex Presidente Augusto Pinochet - non rappresentano un'attività correlata alla funzione presidenziale.

Inoltre, dal principio di complementarità, la Corte Penale Internazionale soltanto viene attivata dopo l'insuccesso delle istanze della giurisdizione nazionale.

Così, l'esegesi ottimizzatrice della Costituzione e dello Statuto di Roma indica che è preferibile un'interpretazione più restrittiva possibile delle immunità nazionali al fine di ottenere l'espansione della giurisdizione nazionale, la quale, in linea di principio, si preferisce alla giurisdizione internazionale. Infatti, lo Statuto di Roma obietta, prima dell'ampio e facile accesso alla giurisdizione penale internazionale, l'esercizio efficiente e adeguato della giurisdizione nazionale sui crimini contro l'umanità, genocidio, guerra e aggressione.

Infine, si deve osservare che, in un quadro istituzionale in cui un Capo di Stato o i ministri del governo praticano crimini internazionali (ad esempio, l'incitamento a commettere il genocidio, o la formulazione e la promulgazione di atti normativi fortemente discriminatori, mirati per distruggere gruppi etnici, razziali, religiosi ecc.), una subita e coeva risposta della giurisdizione nazionale per accertare la loro responsabilità individuale sembra improbabile. Questo perché tali comportamenti già indicano, infatti, il crollo dello Stato costituzionale.

Così, mentre viene turbata la regolarità dello Stato costituzionale, è infatti più necessaria la giurisdizione penale internazionale; tuttavia, una volta superato

---

autorizzazione, la Corte Penale Internazionale, grazie alla ratifica dello Statuto di Roma, sta autorizzata a azionare la propria giurisdizione se ritiene che la mancanza di autorizzazione da parte della Camera dei Deputati rappresenta mancanza di volontà ad accusare, da parte dallo Stato.

l'intorpidimento della costituzione, nulla impedisce che la giurisdizione nazionale si dimostri in grado di rispondere all'altezza dei crimini commessi da alti dignitari nazionali.

### 5.3 I provvedimenti di clemenza

L'ultimo tema che deve essere analizzato è la questione relativa ai provvedimenti di clemenza e l'ingerenza che su di loro può esercitare la Corte Penale Internazionale.

Infatti, la Costituzione brasiliana ha attribuito al Congresso Nazionale, con la sanzione del Presidente della Repubblica, la concessione di amnistia<sup>77</sup>, dando anche al Presidente della Repubblica, esclusivamente, il potere di concedere grazia e commutare le pene<sup>78</sup>.

Il testo costituzionale ha elencato ancora alcuni reati non sensibili alla grazia e all'amnistia, cioè, la pratica della tortura, il traffico illecito di narcotici e droghe affini, il terrorismo e quelli definiti come crimini efferati<sup>79</sup>.

L'ordinamento giuridico italiano, a sua volta, ha attribuito, da un lato, alle Camere il potere dell'amnistia e dell'indulto<sup>80</sup>, e, dall'altro, al Presidente della Repubblica i provvedimenti di grazia e di commutazione di pena<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Art. 48. E' di competenza del Congresso Nazionale, con la ratifica del Presidente della Repubblica, non richiesta per quanto specificato negli articoli 49, 51 e 52, disporre su tutte le materie di competenza dell'Unione, e specialmente su:

...  
VIII. concessione di amnistia;

<sup>78</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Art. 84. Compete esclusivamente al Presidente della Repubblica:

...  
XII. concedere indulto e commutare pene, sentiti, se necessario, gli organi istituiti per legge;

<sup>79</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Art. 5° Tutti sono uguali davanti alla legge, senza distinzione alcuna; è garantita, tanto ai brasiliani quanto agli stranieri residenti nel Paese, l'invulnerabilità del diritto alla vita, alla libertà, alla sicurezza e alla proprietà, nei seguenti termini::

...  
XLIII. la legge considererà reati che non consentono la libertà su cauzione e non sono suscettibili di grazia o amnistia la pratica di tortura, il traffico illecito di narcotici e droghe affini, il terrorismo e quelli definiti come crimini ripugnanti, per i quali dovranno rispondere i mandanti, gli esecutori e coloro che, pur avendone la possibilità, si sono astenuti dall'evitarli;

<sup>80</sup> Costituzione della Repubblica Italiana (1947)

Art. 79. L'amnistia e l'indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale.

La legge che concede l'amnistia o l'indulto stabilisce il termine per la loro applicazione.

In ogni caso l'amnistia e l'indulto non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge.

<sup>81</sup> Costituzione della Repubblica Italiana (1947)

Art. 87. Il Presidente della Repubblica è il capo dello Stato e rappresenta l'unità nazionale.

...  
Può concedere grazia e commutare le pene.

Lo Statuto di Roma, però, non ha trattato dei provvedimenti clemenziali. Ciò non è dovuto al fatto che questo non era di interesse del Diritto Penale Internazionale, ma alla mancanza di consenso tra gli Stati partecipanti alla discussione precedente all'approvazione dello Statuto.

Poiché l'obiettivo principale che ha motivato l'istituzione di un tribunale sovranazionale era quello di porre fine all'impunità<sup>82</sup>, come affermato nel preambolo stesso dello Statuto di Roma, c'era una necessità urgente che si discorresse nel Trattato sulla possibilità, o meno, della Corte processare soggetti già condannati da fori nazionali competenti, se, dopo la loro condanna, venisse alla ribalta una decisione (infondata o meno) di grazia, commutazione o sospensione della pena. O ancora più grave, se la grazia fosse concessa ai sospetti prima di qualsiasi procedimento giudiziario<sup>83</sup>.

Però, dinanzi alla difficoltà di prevedere, a priori, in quali casi i provvedimenti di clemenza potrebbero essere considerati una mancanza di impegno in relazione alla giustizia, i redattori dello Statuto hanno lasciato alla Corte stessa il compito di sviluppare una giurisprudenza sulla materia.

Da qui l'importanza del tema, poiché determinare se e in che misura lo Statuto legittima l'adozione da parte degli Stati parte di provvedimenti di natura clemenziale serve per identificare possibili ingerenze della Corte Penale Internazionale quanto alle sfere di sovranità riservate costituzionalmente.

### 5.3.1 “Neopunitivismo”

Analizzando lo Statuto di Roma, è facile vedere che viene impregnato da una corrente politico-criminale secondo la quale l'obiettivo principale del Diritto Internazionale Penale sarebbe la severa punizione dei responsabili di crimini internazionali.

In generale, nel sistema di giustizia penale internazionale, com'è stato progettato a Norimberga, causa stupore qualsiasi soluzione non penale dei casi che rientrano nella sua competenza al punto di prevedere che questi comportamenti criminali

---

<sup>82</sup> Nonostante “il dilemma della scelta tra pace senza giustizia e giustizia senza pace oggi non viene più risolto secondo le coordinate che cementarono lo *ius publicum europaeum* post-westfaliano, tuttavia da più parti si pone in dubbio che quello offerto dalla persecuzione e incriminazione sia davvero l'unico paradigma di giustizia praticabile e accettabile.” In Cornacchia, *Funzione della pena nello statuto della Corte Penale Internazionale*.p.20

<sup>83</sup> La clausola di amnistia è stata, “per secoli, la forma normale di conclusione dei conflitti e di transizione verso la pace.” V. Ibidem. p. 204 .

saranno eternamente punibili (imprescrittibilità). In tale modello, il diritto e la ragione non sono limiti sempre rispettabili e la gravità del fatto autorizzerebbe la manipolazione del diritto.<sup>84</sup>

E la Corte Penale Internazionale, nonostante gli avanzi se comparata ai suoi antecedenti storici, non è riuscita ad allontanarsi molto da questo modello.

Infatti, basta leggere il preambolo dello Statuto di Roma per vedere chiaramente che questo è un modello ispirato in una visione neopunitivista del penale, caratterizzata dalla considerazione del potere penale, non come uno strumento sociale, ma come la soluzione di tutti i più gravi problemi del mondo.

L'entusiasmo, l'euforia e, anche in alcuni casi, il fanatismo per la persecuzione e punizione dei colpevoli di tali crimini aberranti hanno fatto con che si perdesse di vista le funzioni moderne del diritto penale e i concetti della scienza giuridica. In questa concezione, il diritto penale non è qualcosa inaffidabile, che deve essere limitato e controllato, ma qualcosa di magnifico, che deve essere ampliato<sup>85</sup>.

Si è formulata, pertanto, una politica estrema, secondo la quale, in materia di gravi violazioni dei diritti umani, sono illegittime tutte le opzioni che non la condanna penale. Si tratta del diritto penale assoluto, che persegue "l'impunità zero", incompatibile con la ragione giuridica penale moderna.<sup>86</sup>

Secondo questa comprensione, la riparazione della violazione dei diritti umani sarebbe raggiunta principalmente attraverso la sanzione penale, che può essere ricercata senza controlli e senza limiti, anche a scapito dei diritti fondamentali che chiunque dovrebbe avere come imputato<sup>87</sup>. Senza la sanzione non esiste la riparazione.

Si sta cambiando, in questo modo, negli ultimi anni, la funzione penale dei diritti umani: dalla protezione dell'imputato e limite al potere penale dello Stato, è passata chiaramente alla promozione della vittima, tramite la ricerca di condanna ad ogni costo

---

<sup>84</sup> Pastor, *El poder penal internacional*.p 75-77

<sup>85</sup> Ibidem. p. 77-78.

<sup>86</sup> Ibidem. p. 80.

<sup>87</sup> Criticamente, Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare.*:

Le parti civili più radicali giustificano la sospensione delle regole della giustizia in nome della mostruosità del reato; ma non è forse più pericoloso porre un principio al di sopra della giustizia e in suo nome sospendere l'applicazione delle regole di diritto in tutto il loro rigore e formalismo? La vittima, già allontanata dal mondo comune, rischia suo malgrado, nel richiedere un regime d'eccezione, di reiterare il suo *status* all'infinito; il ruolo della giustizia, al contrario, è proprio quello di consentire l'accesso al simbolico, a una legge comune. (p.142)

dell'accusato trasgressore di diritti umani<sup>88</sup>.

Sul tema, servono le lezioni degli episodi perpetrati dalla Corte interamericana dei diritti umani, con una forte tendenza neopunitivista.

In effetti, la suddetta Corte ha già avuto l'opportunità di sostenere che sono inammissibili le disposizioni di prescrizione o qualsiasi ostacolo del diritto interno con il quale si pretenda impedire l'indagine e la punizione dei responsabili di violazioni dei diritti umani. Prendiamo, per esempio, il caso concernente alla strage di "Barrios Altos", avvenuta a Lima (Perù) nel 1991, dove 15 persone, tra cui un bambino di 8 anni, sono morti.

È stata promulgata una legge che amnistiava, tra altri, i fatti relativi a "Barrios Altos", e in questo modo, il caso è stato portato alla Corte interamericana dei diritti umani. Senza voler valutare l'idoneità e la genuinità dell'amnistia avvenuta in Perù, il citato Tribunale internazionale, nella sentenza, ha esposto la sua nota concezione del diritto penale come sola ratio, che sempre deve essere applicato, non potendo essere rinunciato o relegato da soluzioni non punitive, come si vede nei commi seguenti della citata sentenza:

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos.

42. La corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso.

In un altro caso, più recente e relativo al Brasile (Gomes Lund e outros vs. Brasil), la Corte interamericana dei diritti umani ha dichiarato l'invalidità della Legge dell'Amnistia, del 1979, e ha determinato la ricerca della verità e la punizione dei responsabili dei reati contro l'umanità commessi durante il periodo di dittatura militare, in particolare durante la chiamata guerriglia Araguaia.

Questa decisione è stata presa sulla base della comprensione già stabilita di che nessuna norma di diritto nazionale può evitare che lo Stato punisca chi abbia

---

<sup>88</sup> Pastor, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos".

commesso crimini contro l'umanità, poiché rimangono illesi nella coscienza dell'individuo il cui diritto è stato violato e della società stessa.

Tuttavia, mesi prima, la Corte Suprema brasiliana<sup>89</sup> aveva già deciso sulla validità della Legge dell'Amnistia n° 6.683/79 (quanto all'estensione ai crimini comuni legati ai crimini politici), visto che anteriore alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura ed altri pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti; anteriore alla Costituzione del 1988, che vietava la concessione di amnistia o di grazia alla pratica della tortura; e anteriore alla propria Legge n° 9.455/1997, che ha definito il reato di tortura. Inoltre, l'amnistia della legge del 1979 è stata riaffermata nel testo dell'Emendamento Costituzionale 26/85, che ha inaugurato un nuovo ordine costituzionale, essendo in questo modo integrata nel nuovo ordine.

---

<sup>89</sup> Supremo Tribunal Federal, ADPF 153, Rel. Min. EROS GRAU, julgado em 29/04/2010:

Maxima:

...

2. L'argomento non connesso della dignità umana di affermare l'invalidità del collegamento criminale che sarebbe profittevole per i politici che hanno commesso reati comuni contro gli avversari politici, imprigionati o no, durante il regime militare, non prospera

3. Concetto e definizione di "reato politico" tramite la Legge n. 6.683 / 79. Sono reati connessi ai crimini politici "i crimini di qualsiasi natura in relazione ai reati politici o commessi da motivazioni politiche"; posso essere di "qualsiasi tipo", ma [i] devono essere relativi ai reati politici o [ii] devono essere stati commessi da motivazioni politiche; sono altri crimini, non politici; sono crimini comuni, [i] in relazione a reati politici o [ii] commessi da motivazioni politiche. L'espressione crimini collegati a reati politici connota senso ad essere sindacato nel momento storico della sanzione della legge. La cosiddetta Legge di amnistia fa un collegamento sui generis, proprio al momento storico di transizione verso la democrazia. Ignora, nel contesto della Legge n. 6683/79, le direzioni correnti, nella dottrina, della cosiddetta connessione criminale; riferisce quello che "si è cercato", secondo l'iniziale, vale a dire, estendere l'amnistia criminale di tipo politico agli agenti dello Stato incaricati dalla repressione.

4. La legge ha esteso il collegamento ai crimini commessi da agenti statali nei confronti di coloro che hanno combattuto contro lo Stato di eccezione; da qui il carattere bilaterale dell'amnistia, ampio e generale, che non è stato illimitato perché non coinvolgeva quelli già condannati --- con la sentenza passata in giudicato, come ha dichiarato il Supremo --- per commettere reati di terrorismo, rapinamento, sequestro di persona e attacco personale.

5. ... È la realtà storica e sociale della migrazione della dittatura alla democrazia politica, della transizione conciliata del 1979 che deve essere ponderata in modo da poter discernere il significato dell'espressione reati connessi nella Legge n. 6683. È sull'amnistia di allora che stiamo pensando, non sull'amnistia come viene concepita oggi da uni e da altri, quella che fu conquistata in quel tempo. Proprio quella in cui, come detto prima, "si è cercata" estendere l'amnistia penale di tipo politico agli agenti statali incaricati della repressione. La chiamata Legge di amnistia trasmette una decisione politica presa in quel momento --- il momento di transizione conciliata del 1979. La Legge n. 6683 è una legge- misura, non una regola per il futuro, dotata di astrazione e generalità. Deve essere interpretata dalla realtà al momento in cui è stata conquistata.

6. La legge n.6.683/79 precede la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti --- adottata dall'Assemblea Generale il 10 dicembre 1984, in vigore dal 26 giugno 1987 --- e la Legge n. 9.455, del 7 Aprile 1997, che definisce il reato di tortura; e il precetto trasmesso dall'articolo 5°, XLIII della Costituzione --- dichiarando insuscettibili di grazia e amnistia per tortura e altri crimini --- non raggiunge, per impossibilità logica, amnistie anteriori alla sua vigenza consumata. La Costituzione non pregiudica la legislazione-misura che l'ha preceduta.

7. Nello Stato democratico di diritto il Potere Giudiziario non è autorizzato a cambiare, a riscrivere il testo normativo diversamente da quello previsto. Può, da esso, produrre diverse norme. Ma nemmeno la Corte Suprema è autorizzata a riscrivere le leggi di amnistia.

8. Revisione della Legge di amnistia, se imposta da cambiamenti del tempo e della società, dovrà - o no - essere fatta dal Potere Legislativo e non dal Potere Giudiziario.

9. L'amnistia della Legge del 1979 è stata riaffermata, nel testo dell'EC 26/85, dal Potere Costituente dalla Costituzione del 1988. ...

10. È d'obbligo l'intraprendenza dei meccanismi che ancora ostacolano la conoscenza di quello che è avvenuto in Brasile durante i decenni scuri della dittatura.

Qualsiasi ideologia, portata alle estreme conseguenze, comprende deviazioni, eccessi e distorsioni. E con il neopunitivismo non è diverso<sup>90</sup>.

In realtà, la visione neopunitivista contraddice l'idea centrale della cultura penalista moderna, secondo la quale, per motivi assiologici, è preferibile l'impunità dei colpevoli alla punizione dell'innocente. Cioè, si preferisce l'ingiustizia di non condannare chi probabilmente o certamente è colpevole, all'ingiustizia di giudicare e condannare qualche persona, a tutti i costi. Il neopunitivismo, al suo estremo, ritiene che il potere penale soltanto viene esercitato attraverso il perseguimento e la punizione, dimenticando che il potere penale può essere esercitato anche con la non incriminazione e la non punizione<sup>91</sup>.

Si dimentica che un sistema si riconosce come civile non dalle varie azioni in cui i colpevoli sono condannati, ma da quelli in cui si prende la difficile decisione di non punire, considerando i diritti fondamentali dell'individuo accusato.

Si dimentica, ancora, che il potere penale avviene proibendo e non proibendo, condannando e assolvendo, sentenziando e perdonando, e che la funzione di non proibire o di perdonare trascende la sfera giudiziale, giacché appartiene, anche o fondamentalmente, ad altre istanze del potere democratico, quali Legislativo e Esecutivo<sup>92</sup>.

In questo modo, “l'impunità non è la non punizione. La lotta contro l'impunità non è quindi un'istanza di punizione, ma l'espressione di una nuova richiesta di giustizia, più narrativa che punitiva. Stabilire la verità dei fatti, qualificarli correttamente e imputarli a persone in carne ed ossa ad opera di un organo giurisdizionale, e dunque democratico, inizia a porre fine al crimine.”<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> V. Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare*: “lecito parlare di fondamentalismo giuridico quando il processo trova in se stesso la propria finalità, quando la soddisfazione di giudicare il mondo prevale sul desiderio di trasformarlo.” (p. 49)

<sup>91</sup> Pastor, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”. P. 101:

“La ideología de la punición infinita que subyace al estilo penal neopunitivista confronta también con el instrumental penal por esta razón. El régimen actual del derecho penal de los derechos humanos desconoce que lo decisivo en la administración política del poder penal no es sólo la decisión de punir, sino también la de no punir.

...

Así pues, el rasgo característico del sistema penal del Estado constitucional de derecho consiste en que, asumiendo el ideal de castigar todos los delitos como propio, valioso y digno de fomento, se prefiere, sin embargo, cierta cuota de impunidad antes que tolerar que el castigo sea alcanzado de cualquier manera (no hay un poder penal absoluto). Por ello la idea de cierta cuota posible de impunidad por falta de respeto de las formas es la clave de la paz jurídica: se desprecia a sí misma una sociedad que está dispuesta a alcanzar sus fines trasgrediendo las reglas que ella se ha impuesto.”

<sup>92</sup> Ibidem. p. 101.

<sup>93</sup> Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare*. p. 170/171. Anche:



### 5.3.2 Lo Statuto di Roma e i provvedimenti di clemenza

Può avvenire che la Corte Penale Internazionale, analizzando l'ammissibilità di un caso, deva analizzare l'eventuale concessione, dagli Stati parte, dell'amnistia, indulto o grazia.

E, in questo caso, la Corte Penale Internazionale avrà due possibilità: (i) riconoscere la validità di queste decisioni politiche di natura clemenziale, rischiando di compromettere la *ratio* stessa della creazione della propria Corte, ossia, la lotta contro l'impunità; (ii) oppure affermare la prevalenza della giurisdizione internazionale, negando la validità alle leggi di amnistia, indulto o grazia, che potrebbe configurare l'estrema ingerenza nella sovranità degli Stati.

Infatti, analizzando gli articoli 17 e 20 dello Statuto di Roma – relativi alle ipotesi in cui potrà essere azionata la giurisdizione della Corte Penale Internazionale – non è possibile, a partire di essi, concludere che stiano regolando, specificamente, l'impossibilità della Corte Penale Internazionale di considerare delle leggi di amnistia od altri atti di clemenza.

Però, niente impedisce che una lettura coniugata di ambedue i dispositivi possa ausiliare la soluzione del problema quanto alla rilevanza dei provvedimenti di clemenza del diritto interno dinanzi alla Corte Penale Internazionale.

Per tanto, si deve inizialmente registrare che sono stati adoperati dallo Statuto di Roma termini come “giudicato da una diversa giurisdizione”<sup>94</sup> ed “assicurare la persona interessata alla giustizia”<sup>95</sup>. Per questo, in un primo momento, sembra costituire un requisito essenziale, per bloccare l'attivazione della giurisdizione della Corte Penale Internazionale, l'esistenza di una procedura giurisdizionale che rispetti i canoni della genuinità, imparzialità e giusto processo.

Così, affinché le decisioni di clemenza possano essere prese in considerazione dalla Corte Penale Internazionale, secondo questa lettura iniziale, sarebbe necessario che già fosse stato l'accertamento della responsabilità dell'individuo dai tribunali nazionali, giacché lo Stato avrebbe adempito il suo dovere di perseguire i presunti responsabili dei crimini internazionali.

---

“Se l'impunità rivela una confusione pericolosa fra l'autore della legge e la legge stessa, il riconoscimento di un crimine è sempre, anche in assenza di pena, una riaffermazione della legge. Più che la confessione di un fatto particolare, il riconoscimento è l'attestazione della pienezza della legge.” (p. 181)

<sup>94</sup> Art. 20 Statuto di Roma

<sup>95</sup> Artt. 17 e 20 Statuto di Roma

D'altra parte, le procedure alternative di giustizia, come le “Commissioni della Verità”, che non si preoccupano della punizione delle persone coinvolte, non sarebbero sufficienti, di per sé, per ostacolare la giurisdizione del tribunale internazionale.

Questa, tuttavia, non sembra essere la migliore interpretazione.

Sul tema, si deve spiegare che la Corte Penale Internazionale non è vincolata alle decisioni nazionali di concessione di grazia, amnistia o indulto<sup>96</sup>.

Però, essa non può, a priori, considerare illegittimo che un determinato Stato, tramite il suo Parlamento e mirando ridurre, per esempio, la sua popolazione carceraria, editti una legge di amnistia impropria o di indulto che coinvolga, tra altre, anche le persone condannate per crimini internazionali. Come non è neanche inammissibile, a priori, che il Presidente della Repubblica, spinto da questioni umanitari<sup>97</sup>, elabori un provvedimento di grazia a favore di un condannato per un crimine previsto nello Statuto di Roma.

Infatti, non si dovrebbe associare automaticamente gli atti di clemenza all'impunità, per richiedere, quanto ai primi, una previa condanna penale mirando a comprovare la loro genuinità. In realtà, forse solo le auto-amnistie e le amnistie “in bianco” (le quali disconoscono i crimini che stanno amnistiando), che frequentemente sono prese dai governi per liberarlo dalle sue responsabilità, godono di un altro grado di sfiducia che giustifichi la sua mancata considerazione, senza maggiori giustificative, dalla Corte Penale Internazionale<sup>98</sup>.

Questo perché questo tipo di amnistia non conferisce agli atti una qualifica giuridica, paralizzando non soltanto qualsiasi azione giudiziaria dinanzi agli autori, ma anche qualsiasi riconoscimento delle vittime. In questo senso, l'amnistia è la negazione ufficiale della realtà<sup>99</sup>.

Tuttavia, in regola, gli atti di clemenza in genere sono atti di nobilissima natura

---

<sup>96</sup> Duffy, “Overview of Constitutional Issues and Recent State Practice”. p. 508/509.

<sup>97</sup> Sulla funzione della grazia, v. Corte Costituzionale, Sentenza n. 134/1976:

Ciò ha fatto sì, dunque, che l'istituto della grazia sia stato restituito – correggendo la prassi, per certi versi distorsiva, sviluppatasi nel corso dei primi decenni di applicazione della disposizione costituzionale di cui all'art. 87, undicesimo comma, Cost. – alla sua funzione di eccezionale strumento destinato a soddisfare straordinarie esigenze di natura umanitaria.

In particolare, una volta recuperato l'atto di clemenza alla sua funzione di mitigare o elidere il trattamento sanzionatorio per eccezionali ragioni umanitarie, risulta evidente la necessità di riconoscere nell'esercizio di tale potere – conformemente anche alla lettera dell'art. 87, undicesimo comma, Cost. – una potestà decisionale del Capo dello Stato, quale organo, “rappresentante dell'unità super partes nazionale”, estraneo a quello che viene definito il “circuito” dell'indirizzo politico-governativo, e che in modo imparziale è chiamato ad apprezzare la sussistenza in concreto dei presupposti umanitari che giustificano l'adozione del provvedimento di clemenza.

<sup>98</sup> Cornacchia, *Funzione della pena nello statuto della Corte Penale Internazionale*. p. 206.

<sup>99</sup> Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare*. p. 170.

e alta considerazione per la dignità umana. Data la sua essenza, non sono incompatibili con i diritti umani, e non dovrebbero essere neanche con l'esercizio della giurisdizione penale, sia nazionali che internazionali.

Trascurando indulti e amnistie concesse a livello nazionale, e unendosi al cosiddetto neopunitivismo, vi è il rischio che la giurisdizione penale internazionale cerchi la condanna a tutti i costi, pure se il prezzo da pagare è proprio la violazione dei diritti e delle garanzie del presunto imputato, mettendosi a rischio anche la pace<sup>100</sup>.

Infatti, la giurisdizione internazionale non può essere indifferente ad altre forme di pacificazione sociale<sup>101</sup>. Non si può ignorare, per esempio, che la concessione di amnistia per entrambe le parti di un conflitto, per mettere fine ad esso, sia socialmente più desiderabile che la continuità delle violazioni dei diritti umani a causa della continuazione del conflitto stesso. E lo stesso Statuto di Roma, in un certo senso, ammette effetti deleteri della giurisdizione penale internazionale sui processi di pace nelle nazioni convulse quando confida, al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, l'analisi del potere discrezionale della politica di perseguimento penale.

Tantomeno la Corte Penale Internazionale non può lasciare di considerare l'amnistia garantita da parte di una commissione per la verità e la riconciliazione<sup>102</sup>, come, ad esempio l'amnistia condizionata<sup>103</sup> adottata in Sudafrica nel processo di transizione dal regime di Apartheid al nuovo sistema<sup>104</sup>, né le forme tradizionali di giustizia<sup>105</sup>

---

<sup>100</sup> Ibidem.:

“Immettere la giustizia nella guerra, in effetti, è un'arma a doppio taglio: concepita per limitare la guerra, la giustizia rischia di reintrodurre un criterio morale – la difesa dell'umanità – e quindi di rialimentare la guerra stessa sacralizzando la guerra contro il crimine. In breve, la giustizia rischia di essere allo stesso tempo il piromane e il pompiere.” (p. 99).

<sup>101</sup> Infatti, “[r]ifiutando ogni negoziazione, perseguendo un'intransigenza giudiziaria si rischia di prolungare l'ingiustizia col pretesto di combatterla.” In Ibidem. p. 49.

<sup>102</sup> V. Ibidem.:

[i]n un delitto comune, l'accertamento dei fatti è necessario per imputarli a un soggetto e giustificare una sanzione. Ora, questi due aspetti – accertare i fatti e punire il responsabile, intimamente connessi nella giustizia ordinaria – possono rivelarsi inconciliabili nell'ambito dei crimini contro l'umanità. Gli imputati contestano i fatti per sfuggire alla sanzione. Ecco perché la Commissione per la verità e la riconciliazione ha fatto la scelta di privilegiare la verità a detrimento della pena. L'accertamento dei fatti assume un interesse superiore alla punizione dei colpevoli. La pena svanisce di fronte alla necessità di qualificare i fatti e di rendere pubblici i crimini. (p. 166)

<sup>103</sup> Con l'amnistia condizionata, come spiega Cornacchia, “si riferisce a protocolli che prevedono la non punibilità dei responsabili subordinatamente all'accettazione da parte loro di sottoporsi a un percorso riconciliativo con le vittime e con la comunità: la rinuncia alla pena dipende in primo luogo dalla piena ammissione della responsabilità”. Cornacchia, *Funzione della pena nello statuto della Corte Penale Internazionale*. p. 224/225.

<sup>104</sup> Si pensi, a titolo di esempio alla Commissione per la verità e la riconciliazione sudafricana. Là, è stato istituito un tribunale straordinario con l'obiettivo di raccogliere la testimonianza delle vittime e dei perpetratori dei crimini commessi da entrambe le parti durante il regime dell'apartheid, e concedere l'amnistia al reo confesso di quelli abusi che si potevano considerare proporzionati e politicamente motivati.

<sup>105</sup> V. Cornacchia, *Funzione della pena nello statuto della Corte Penale Internazionale*. p. 207/208.

(modello *gacaca* in Ruanda o *mato oput* in Uganda)<sup>106</sup>.

Inoltre, si registra che non esiste nello Statuto di Roma nessuna disposizione che impedisce gli Stati di concedere le amnistie, anche prima di stabilire le eventuali responsabilità degli individui. Gli Stati, quando hanno firmato lo Statuto di Roma, non si sono impegnati a ciò.

Così, non si può, a priori, considerare come illegittime tutte le amnistie concesse prima della determinazione criminale e giudiziaria della responsabilità degli singoli. In realtà, la Corte Penale Internazionale dovrà, anche se facendo un'estesa lettura dell'articolo 17 dello Statuto di Roma, valutare, caso per caso, se gli atti di clemenza sono genuini o se sono destinati a sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale<sup>107</sup>.

Un'altra ipotesi è il Procuratore, facendo uso dell'articolo 53<sup>108</sup>, credere dinanzi ad una amnistia condizionata, che non è nell'interesse delle vittime, né nell'interesse della giustizia, l'inizio delle indagini<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Quanto all'Uganda, si deve citare che la propria comunità delle vittime ha richiesto al Procuratore della Corte di rinunciare all'azione penale in favore di un tradizionale processo di riconciliazione, con l'argomento che un'incriminazione violerebbe le tradizioni locali, facendo diventare eccessivamente onerosa la negoziazione per i ribelli, favorendo il perpetuare del conflitto, anche con i rischi di uccisione di possibili testimoni. In *Ibidem*. p. 209/210

<sup>107</sup> Da rilevare che per Cornacchia (*Ibidem*.p. 216/222), le ipotesi di non ammettere un caso anteriore al deferimento dell'amnistia non possono essere sottoposti all'articolo 17 dello Statuto. Infatti, per l'autore, solo l'articolo 53 dello Statuto di Roma autorizzerebbe il Procuratore a decidere di non iniziare un'indagine o azione penale se, in considerazione della gravità del reato e degli interessi delle vittime, si intende che ci sono motivi gravi di ritenere che l'apertura di un'inchiesta o l'azione giudiziaria non favorirebbe gli interessi della giustizia.

<sup>108</sup> Statuto di Roma

Articolo 53

Apertura di un'indagine

Il Procuratore, dopo aver valutato le informazioni sottoposte alla sua conoscenza, apre un'inchiesta a meno che non determini la mancanza di un ragionevole fondamento per un'azione giudiziaria in forza del presente Statuto. Per decidere di aprire un'inchiesta, il Procuratore esamina:

...

se, in considerazione della gravità del reato e degli interessi delle vittime, vi sono motivi gravi di ritenere che un'inchiesta non favorirebbe gli interessi della giustizia.

<sup>109</sup> Però, non si può farne a meno che il Tribunale Penale *ad hoc* per ex Jugoslavia, nel caso Furundzija, ha dichiarato, nel comma 155, l'obbligo di non riconoscere amnistie per violazioni dei diritti umani previsti nelle norme *jus cogens*:

155. The fact that torture is prohibited by a peremptory norm of international law has other effects at the inter-state and individual levels. At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the *jus cogens* value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void *ab initio*,<sup>171</sup> and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law. <sup>172</sup> If such a situation were to arise, the national measures, violating the general principle and any relevant treaty provision, would produce the legal effects discussed above and in addition would not be accorded international legal recognition. Proceedings could be initiated by potential victims if they had *locus standi* before a competent international or national judicial body with a view to asking it to hold the national measure to be internationally unlawful; or the victim could bring a civil suit for damage in a foreign court, which would therefore be asked *inter alia* to disregard the legal value of the national authorising act. What is even more important is that perpetrators of torture acting upon or benefiting from

Infine, un neopunitivismo eccitato nella nascente e crescente giurisdizione penale internazionale corrisponde essenzialmente ad una posizione di affermazione dell'istanza sovranazionale penale. Tutta la giurisdizione penale nella storia della civiltà si è evoluta insieme al Diritto Penale applicato.

La Giurisdizione Penale Internazionale non è immune agli stessi processi evolutivi, ma la sua importanza a livello internazionale e il suo alto impegno per la cultura dei diritti umani che incarna, fanno prevedere che il processo evolutivo verrà con essa in modo accelerato, per superare, brevemente, i suoi squilibri e ridurre le contraddizioni naturali di una giurisdizione incipiente.

---

those national measures may nevertheless be held criminally responsible for torture, whether in a foreign State, or in their own State under a subsequent regime. In short, in spite of possible national authorisation by legislative or judicial bodies to violate the principle banning torture, individuals remain bound to comply with that principle. As the International Military Tribunal at Nuremberg put it: 'individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State'.

<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>

## CAPITOLO VI

### 6 SOLUZIONI GENERALI PER CONCILIARE LO STATUTO DI ROMA E IL DIRITTO INTERNO: RIDUCENDO IL RISCHIO DI PASSI INDIETRO SUI DIRITTI E SULLE GARANZIE RICONOSCIUTE A LIVELLO NAZIONALE

Nonostante molti Stati abbiano già ratificato lo Statuto di Roma e così ritenute superate le eventuali incompatibilità tra il suo testo e l'ordine giuridico nazionale, quando emergano casi concreti di attuazione del Tribunale Penale Internazionale si dovrà valutare, infatti, la compatibilità tra il diritto penale internazionale e i diritti e le garanzie costituzionalmente garantiti.

Tutto il dibattito esistente, in occasione della Conferenza di Roma e negli anni che seguirono sulle difficoltà di ratifica dello Statuto di Roma serve per dimostrare l'importanza del tema<sup>1</sup>. Ma l'apparente indebolimento della discussione non è perché sono state superate le eventuali incompatibilità.

Infatti, nonostante molti paesi abbiano ratificato lo Statuto di Roma e in questo modo integrano la Corte Penale Internazionale, il fatto è che non tutti sono riusciti ad approvare, in ambito domestico, la legislazione necessaria per la piena attuazione dello Statuto di Roma.

E questo si deve, in larga scala, alle difficoltà nel superare le incompatibilità tra precetti e istituti previsti nello Statuto di Roma e norme costituzionali.

Non è per altro motivo, quindi, che il Consiglio d'Europa, attraverso la sua Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto, si dedicò alla lotta ai *nodii costituzionali derivanti dalla ratifica dello Statuto della Corte penale internazionale*. La

---

<sup>1</sup> In Brasile, per esempio, il Centro di Studi Giudiziario del Consiglio della Giustizia Federale ha organizzato, nel 1999, il Convegno Internazionale. "Il Tribunale Penale Internazionale e la Costituzione Brasiliana", al quale rinomati giuristi nazionali e stranieri ne hanno partecipato.

Commissione ha prodotto due rapporti, nel 2001<sup>2</sup> e nel 2008<sup>3</sup>, dove ha cercato di analizzare i motivi e le possibili interpretazioni per superare eventuali problemi di compatibilizzazione. La Commissione di Venezia, come viene comunemente chiamata, ha suggerito<sup>4</sup>, tra altre misure, l'inserimento di un solo articolo nelle Costituzioni, che dichiarino l'accettazione da parte dello Stato della giurisdizione della Corte Penale Internazionale. Ciò eviterebbe la necessità di fare una revisione sistematica delle norme costituzionali in contrasto con lo Statuto di Roma e, di conseguenza, di includere eccezioni ai dispositivi costituzionali rilevanti.

Nei capitoli precedenti abbiamo dimostrato, per il Brasile e Italia, le soluzioni possibili di compatibilità nei punti di antagonismo, come il principio di legalità, prescrizione, immunità, clemenza, ecc. In questo capitolo discuteremo sulle possibili soluzioni teoriche di compatibilità concernenti lo Statuto di Roma nel suo complesso con l'ordine giuridico costituzionale e verificare quali incompatibilità specifiche sono in questo modo superate.

Da segnalare che, come previsto all'articolo 120, è vietato ratificare lo Statuto di Roma “con riserva”, e, in questo modo, spetta allo Stato che desidera ratificarlo l'onere di adeguare l'ordinamento nazionale al trattato internazionale.

## 6.1 Teoria dualista

Tradizionalmente, il problema della concorrenza tra trattati internazionali e norme interne è analizzato alla luce di due teorie principali, la dualista (strettamente legata al concetto classico di sovranità) e la monista. Quest'ultima può essere suddivisa in monista con prevalenza del diritto internazionale e monista con prevalenza del diritto interno.

Heinrich Triepel è il precursore teorico del pensiero dualista, ma questo

---

<sup>2</sup> [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF\(2001\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(2001)001-e)

<sup>3</sup> <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282008%29031-e>

<sup>4</sup> European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Report on Constitutional issues raised by the ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court. 45 th Plenary Meeting:

States may consider several solutions for the ratification of the Statute of Rome, despite the presence of constitutional problems. These may include, for example:

- insertion of a new article in the constitution, which allows all relevant constitutional problems to be settled, and avoids the need to include exceptions for all the relevant articles, this is the measure used in particular by France and Luxembourg.
  - systematic revision of all constitutional articles that must be changed to comply with the Statute.
  - introduce and/or apply a special procedure of approval by Parliament, as a consequence of which the Statute may be ratified, despite the fact that some articles are in conflict with the Constitution.11
  - interpreting certain provisions of the constitution in a way to avoid conflict with the Statute of Rome (p.3)
- <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF%282001%29001-e>

modello teorico si consolida con i lavori di Dionisio Anzilotti e Alfred von Verdross<sup>5</sup>. In questo modello, l'ordinamento internazionale e l'ordinamento statale sarebbero ordinamenti originari e autonomi e, per questo, nettamente separati e distinti, i quali si differenziano sia per i rapporti da loro disciplinati (i rapporti interni allo Stato e i rapporti tra Stati), sia dalla volontà dalla quale emanano (volontà dello Stato e volontà della Comunità internazionale)<sup>6</sup>.

Ci sono, pertanto, due ordinamenti giuridici: lo statale e l'internazionale. Sono ambedue totalmente indipendenti, anche se ugualmente validi.

Dalla separazione tra questi due ordinamenti decorre: (i) che la loro validità non si basa su una norma appartenente all'altro; (ii) che ogni ordinamento trae la propria legittimità da sé medesimo; (iii) che un ordinamento non può essere condizionato all'altro; (iv) che le norme di uno e dell'altro sono giuridiche soltanto nel suo rispettivo ambito di validità; (v) che all'interno dell'ordinamento statale le norme dell'ordinamento internazionale non possono essere applicate in quanto tali, ma devono essere 'trasformate' in norme giuridiche dello stesso ordinamento<sup>7</sup>.

Così, avendo ambiti diversi di incidenza, gli ordinamenti statale e internazionale non potrebbero entrare in conflitto.

In realtà, secondo tradizionalmente inteso, una data norma stabilita in un trattato ha solo valore per gli Stati che hanno firmato o aderito ad esso e, di regola, non obbliga i cittadini degli Stati parte, giacché, come si riteneva, essi sono soggetti del diritto interno e non pure del diritto Internazionale<sup>8</sup>.

Dinanzi a ciò, e poiché nel diritto internazionale sono regolati i rapporti tra Stati e, nel diritto interno, i rapporti tra individui, non sarebbe possibile, con questi impegni internazionali generare effetti automatici nell'ordine giuridico interno del paese.

In realtà, per i dualisti, il trattato internazionale rappresenta solo impegni esterni da parte dello Stato. Infatti, il trattato non genera effetti immediati nel diritto interno di tale Stato, che solo avvengono quando il convenuto si materializza sotto forma di un testo normativo tipico del diritto interno: una legge, un decreto, una legge

---

<sup>5</sup> Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, *Volkerrecht und Landesrecht* (1889) e por Dionisio Anzilotti, na Itália, *Il Diritto Internazionale nel giudizio interno* (1905)

<sup>6</sup> Monaco e Gialdino, *Manuale di diritto internazionale pubblico*. p. 332. Paola Ivaldi, "L'Adattamento del diritto interno al diritto internazionale", in *Istituzioni di diritto internazionale*, org. Sergio M. Carbone, Riccardo Luzzatto, e Alberto Santa Maria (G. Giappichelli, 2003), 118–49. p. 118.

<sup>7</sup> Monaco e Gialdino, *Manuale di diritto internazionale pubblico*. p.332.

<sup>8</sup> *Ibidem*. p. 333 .



complementare, una norma costituzionale, ecc.<sup>9</sup>.

Una delle implicazioni del pensiero dualista è che lo Stato non può invocare, nell'ordine internazionale, disposizioni delle leggi interne, o la loro assenza, per esimersi dall'adempimento di obblighi internazionali o per sottrarsi alla responsabilità di non averli adempiuti<sup>10</sup>. Il dualismo, pertanto, rafforza nel diritto internazionale la cogenza dei patti e l'impossibilità del ricorso a scuse domestiche per il mancato rispetto dei trattati. Il dualismo degli Stati esige il laborioso compito di assicurare l'accoppiamento tra i due sistemi giuridici e i doveri che lo spettano per adempire contemporaneamente nei due ordini.

Inoltre, e perché si trattano di due ordini giuridici autonomi e distinti, una volta garantita, internamente, l'esecuzione di un trattato internazionale, “le norme interne da esso derivanti hanno lo stesso valore delle leggi ordinarie; come tali, potrebbero essere modificate con legge ordinaria o con norme di attuazione, le quali, come è pacifico, non hanno un valore inferiore a quello delle leggi ordinarie.”<sup>11</sup>

In questo modo, l'eventuale violazione del trattato (tramite produzione legislativa in contrasto con le norme derivate dall'ordine di esecuzione di un trattato), “se importa responsabilità dello Stato sul piano internazionale, non toglie alla legge con esso in contrasto la sua piena efficacia.”<sup>12</sup>

Infatti, non ci sono dubbi, “che lo Stato debba fare onore agli impegni assunti e ... che il trattato spieghi l'efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione. Ma poiché deve rimanere saldo l'impero delle leggi posteriori a quest'ultima, secondo i principi della successione delle leggi nel tempo, ne consegue che ogni ipotesi di conflitto fra l'una e le altre non può dar luogo a questioni di costituzionalità.”<sup>13</sup> Così, “le norme pattizie, ancorché generali, ... assumono nell'ordinamento la medesima posizione della legge ordinaria che ha dato loro esecuzione e ... possono, quindi, essere abrogate o modificate da leggi successive”<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Valerio de Oliveira Mazzuoli, “A influência dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos no Direito Interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável.”, *Revista de direito comparado, Universidade Federal de Minas Gerais* v. 4-5 (2000): p 215-44.

<sup>10</sup> Monaco e Gialdino, *Manuale di diritto internazionale pubblico*. p. 333

<sup>11</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 32/1960.

<sup>12</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 14/1964.

<sup>13</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 14/1964.

<sup>14</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 323/1989. Anche:

È rimasta minoritaria in dottrina, e non è mai stata condivisa dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, né di questa Corte, la tesi secondo la quale i trattati internazionali, pur introdotti nel nostro ordinamento da legge ordinaria, assumerebbero un rango costituzionale o comunque superiore, così da non poter essere

Per lo più, sia la dottrina, sia la giurisprudenza italiana tradizionalmente aderiscono all'impostazione dualista nella descrizione dei reciproci rapporti tra il diritto internazionale e il diritto interno.

Questo modello, tuttavia, è attualmente temperato, in quanto si riconosce la crescente apertura reciproca che sperimentano gli ordinamenti giuridici statali e internazionali, dando luogo al superamento progressivo da sua astratta contrapposizione<sup>15</sup>.

Inoltre, non c'è molto spazio per sostenere che gli individui, anche se beneficiari sostanziali di determinate situazioni giuridiche create dalla norma di diritto internazionale, non possono raggiungere l'attuazione di queste norme dinanzi al tribunale nazionale, o addirittura ricorrere a fori internazionali per denunciare l'inadempimento statale dei suoi obblighi e doveri. Pensiamo alla Corte europea dei diritti dell'uomo e alla Corte interamericana dei diritti umani, la cui attività giurisdizionale può essere innescata da singole risorse<sup>16</sup>.

D'altra parte, così come l'individuo può postulare nell'ordine internazionale, deve anche essere in grado di rispondere per i suoi atti in un tribunale internazionale. Come si è visto, lo Statuto di Roma prevede la responsabilità penale internazionale degli individui per certi comportamenti considerati *crimina juris gentium*, che possono essere perseguiti penalmente e giudicati dalla Corte Penale Internazionale in modo sussidiario.

Infine, si deve citare che la stessa Unione Europea rappresenta un certo attenuante alla teoria dualistica, poiché la Corte Costituzionale, senza negare l'impianto fondamentalmente dualista<sup>17</sup>, ha accolto la primazia della fonte comunitaria.

---

abrogati o modificati da legge ordinaria in forza del principio del rispetto dei trattati (*pacta sunt servanda*), norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta.

<sup>15</sup> Monaco e Gialdino, *Manuale di diritto internazionale pubblico*. p. 332-334. Ivaldi, "L'Adattamento del diritto interno al diritto internazionale". p. 118-119.

<sup>16</sup> Sergio M. Carbone, "I soggetti e gli attori nella comunità internazionale", in *Istituzioni di diritto internazionale*, org. Sergio M. Carbone, Riccardo Luzzatto, e Alberto Santa Maria (G. Giappichelli, 2003), 3-37., p. 29.

<sup>17</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 170/1984:

"l'ordinamento della CEE e quello dello Stato, pur distinti ed autonomi, sono, come esige il Trattato di Roma, necessariamente coordinati; il coordinamento discende, a sua volta, dall'aver la legge di esecuzione del Trattato trasferito agli organi comunitari, in conformità dell'art. 11 Cost., le competenze che questi esercitano, beninteso nelle materie loro riservate.

(...)

la distinzione fra il nostro ordinamento e quello della Comunità comporta, poi, che la normativa in discorso non entra a far parte del diritto interno, né viene per alcun verso soggetta al regime disposto per le leggi (e gli atti aventi forza di legge) dello Stato."

Corte Costituzionale, Sentenza n. 113/1985 :

l'ordinamento dello Stato e quello della Comunità europea sono due sistemi reciprocamente autonomi e, al tempo stesso, coordinati secondo le previsioni del Trattato di Roma.

Corte Costituzionale, Sentenza n. 168/1991:

In realtà, partendo dal presupposto che la fonte comunitaria appartiene ad un altro ordinamento, diverso dallo statale, la Corte Costituzionale afferma che “le norme da essa derivanti vengono, in forza dell’art. 11 della Costituzione, a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne: e se così è, esse non possono, a rigore di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento.”<sup>18</sup> Così, in caso di conflitto tra le norme nazionali e i regolamenti comunitari “le disposizioni di legge ... non possono considerarsi nulle od inefficaci, ma ... costituzionalmente illegittime, e vanno in quanto tali denunciate in questa sede, per violazione dell’art. 11 della Costituzione”<sup>19</sup>

Così il primato della fonte comunitaria incontra una prima forma di realizzazione nel piano ermeneutico, in quanto un eventuale contrasto tra una legge nazionale e un regolamento comunitario dovrebbe essere risolto a vantaggio della norma comunitaria, facendo uso della tesi della separazione degli ordinamenti, separati ma coordinati in base ad una ripartizione di competenza concordata dagli Stati<sup>20</sup>. Inoltre, la norma nazionale in contrasto con la norma comunitaria, pur non applicata nel caso concreto, continua ad esistere nell’ordinamento giuridico nazionale fino alla sua abrogazione, proprio perché i sistemi giuridici, statale e comunitario, sono autonomi.

Nel caso dello Statuto di Roma, come già analizzato nel capitolo iniziale, non sembra che la Corte Penale Internazionale abbia lo stesso *status* dell’Unione Europea (art. 11 della Costituzione), così non si deve intendere la primazia delle sue norme dinanzi alle nazionali, in caso di eventuale conflitto tra le norme internazionali e nazionali.

Da quanto esposto, non c’è modo di dire che il dualismo, come attualmente inteso, sia sufficiente per escludere le incompatibilità esistenti tra lo Statuto di Roma e

---

ha enunciato il principio fondamentale (ispirato alla dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici) secondo cui i due ordinamenti, comunitario e statale, sono "distinti ed al tempo stesso coordinati" (secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dai Trattati istitutivi) e le norme del primo vengono, in forza dell’art. 11 Cost., a ricevere "diretta applicazione" in quest’ultimo, pur rimanendo estranee al sistema delle fonti statali. L’effetto di tale diretta applicazione - ha puntualizzato la Corte - non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest’ultima da parte del giudice nazionale al caso di specie, oggetto della sua cognizione, che pertanto sotto tale aspetto è attratto nel plesso normativo comunitario

l’ordinamento comunitario e l’ordinamento statale sono ‘distinti e al tempo stesso coordinati’ e le norme del primo vengono, in forza dell’art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione in quest’ultimo, pur rimanendo estranee al sistema delle fonti statali.

<sup>18</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 170/1984.

<sup>19</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 170/1984.

<sup>20</sup> Massimo Condanzi, “Comunità Europee, Unione Europea e Adattamento”, in *Istituzioni di diritto internazionale*, org. Sergio M. Carbone, Riccardo Luzzatto, e Alberto Santa Maria (G. Giappichelli, 2003), 150–86. p. 178-179.

l'ordinamento giuridico nazionale.

In realtà, una concezione dualista comprende naturalmente l'esistenza di contraddizioni tra lo Statuto di Roma e le norme del diritto interno, consentendo la permanenza di questa incompatibilità senza grandi ostacoli.

Tuttavia, all'emergenza di un caso concreto in cui siano esplicite le contraddizioni e sia necessaria una pronta soluzione, la teoria dualista non contiene una soluzione all'impasse. Il pensiero dualistico serve per le incompatibilità teoriche, ma non per le incompatibilità pratiche, se non altro perché, anche per i sostenitori di questo modello, le norme decorrenti dall'ordinamento giuridico internazionale, in speciale le pattizie, trovano limiti, nell'ordinamento giuridico interno, nei principi fondamentali dell'ordine costituzionale e dei diritti inalienabili della persona.

## **6.2 Teoria monista con prevalenza del diritto internazionale**

Nella direzione opposta alla teoria dualista, vi è la teoria monista, secondo la quale, se uno Stato firma e ratifica un trattato internazionale, è perché si sta impegnando giuridicamente agli obblighi lì assunti. Per questo motivo non è necessario emettere una nuova normativa per materializzarsi, internamente, quell'impegno esterno. La ratifica è un atto unico, con effetti sia interni che internazionali.

I monisti si dividono in due correnti: monismo internazionalista e monismo nazionalista.

Nel monismo di matrice internazionalista, cui maggior rappresentante è Hans Kelsen, gli ordinamenti giuridici nazionali e internazionali sarebbero unici, con prevalenza del diritto internazionale<sup>21</sup>, al quale si aggiusterebbero tutte le norme interne<sup>22</sup>.

Si suddivide, tuttavia, questa teoria secondo gli effetti prodotti da una norma interna in contrasto con la norma internazionale. Da un lato, ci sono quelli che non ammettono che una norma di diritto interno vada contro una norma internazionale, a pena di nullità (come Hans Kelsen). Dall'altro, come Verdross, ci sono quelli che, negando l'invalidità della norma interna, affermano che una tale legge è una violazione che lo Stato

---

<sup>21</sup> Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. Luis Carlos Borges (Martins Fontes, 2000). p. 301 ss.

<sup>22</sup> Le Costituzioni francese del 1958 (articolo 55), greca del 1975 (articolo 28, §1°) e peruana del 1979 (articolo 101) hanno espressamente garantito all'impegno internazionale piena vigenza senza embargo di leggi successive che lo contraddicano. Apud Mazzuoli, *Curso de direito internacional público*. p. 398

leso può contestare, richiedendo o la sua esenzione o la sua inapplicabilità, accusando lo Stato colpevole a risarcire i danni da esso derivanti<sup>23</sup>.

Questa teoria, quindi, comprende in un unico sistema il diritto internazionale e il diritto statale.

Di conseguenza, non sarebbe necessaria alcuna "trasformazione" delle norme internazionali in materia di diritto interno, giacché il diritto internazionale e il diritto interno sarebbero parte di un unico sistema normativo<sup>24</sup>.

Accioly, in base a Georges Scelle, afferma in modo chiaro che le norme internazionali di un trattato, regolarmente concluso, non potranno mai essere considerate come non obbligatorie in un determinato Stato. In caso di contraddizione tra norme internazionali e i precetti costituzionali nazionali, questi sono modificati o revocati *ipso facto* dai trattati<sup>25</sup>.

Questa teoria, per quelli che l'adottano<sup>26</sup>, è sufficiente per superare le incompatibilità eventualmente esistenti tra lo Statuto di Roma e il diritto interno.

Però, non è il caso brasiliano.

In una linea monista, la Costituzione brasiliana ha assegnato ai trattati internazionali, adempite alcune condizioni nel processo di ratifica, lo *status* di emendamento costituzionale. Nel processo giuridico e politico di ratifica, perciò, i poteri costituiti devono affrontare tutti i problemi di compatibilità e quindi della convenienza e dell'opportunità di ratificare il trattato in sé, date le conseguenze giuridiche di ratifica nel diritto interno.

Così, il monismo con la prevalenza delle norme internazionali offre un criterio di compatibilità. Tuttavia questo criterio non è sufficiente per gli ordinamenti giuridici, come il brasiliano, che hanno messo i diritti e le garanzie fondamentali a salvo degli emendamenti anche costituzionali. Il problema diventa più complesso, quindi, quando i trattati, come lo Statuto di Roma, possono presentare, sotto certi aspetti, meno protezione

---

<sup>23</sup> Ibidem. p. 94.

<sup>24</sup> Monaco e Gialdino, *Manuale di diritto internazionale pubblico*. p. 331.

<sup>25</sup> V. Mazzuoli, *Curso de direito internacional público*. p. 324. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*. vol. 1, p. 547-8

<sup>26</sup> European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Report on Constitutional issues raised by the ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court. 45 th Plenary Meeting:

In some constitutions, in particular in those of Central and Eastern Europe, provisions of international treaties in the field of Human Rights take precedence over conflicting provisions of the Constitution (p.6)

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF%282001%29001-e>,

rispetto alla Costituzione stessa.

Come il potere di emendamento costituzionale non è illimitato, un problema si pone quando i trattati internazionali sfidano i diritti e le garanzie fondamentali. Infatti, i cambiamenti che il legislatore non può fare nella Costituzione non possono neanche essere fatti attraverso trattati. Ciò che non è disponibile per il legislatore costituente non deve essere anche per i negoziatori dei trattati. E per questo motivo il pensiero giuridico brasiliano è in maggior parte monista con prevalenza del diritto interno.

### 6.3 Teoria monista con prevalenza del diritto interno

La teoria monista con prevalenza del diritto interno proclama il primato del diritto nazionale di ciascuno Stato sovrano, che potrà, a sua discrezione, adottare o no i precetti del diritto internazionale.

Conforme questa teoria<sup>27</sup>, si accetta l'integrazione del prodotto convenzionale al diritto interno, nonostante si sostenga la primazia del diritto nazionale di ogni Stato sovrano.

I trattati internazionali, allora, una volta ratificati, avrebbero preso lo stesso piano e lo stesso grado di efficacia di cui godono le regole interne, senza necessità di adottare una seconda norma giuridica per l'applicazione del trattato nell'ordinamento giuridico interno.

Storicamente, e nonostante tutte le critiche che possono essere sollevate<sup>28</sup>, questa è la posizione già consolidata e risolta dalla Corte Suprema brasiliana, per oltre vent'anni<sup>29</sup>. Infatti, secondo questa corte, un trattato, una volta formalizzato, ingressa nell'ordine giuridico interno come legge. E come legge può essere abrogata da norme ad esso posteriori<sup>30</sup>. Questo fenomeno chiamato *treaty override* - molto comune nei casi di

---

<sup>27</sup> Questa teoria è fortemente influenzata dalla filosofia di Spinoza e di Hegel, difensori della sovranità assoluta dello Stato, seguita anche da Wenzel e Chailley. In Mazzuoli, "A influência dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos no Direito Interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável."

<sup>28</sup> Ex plurimis Mazzuoli, *Curso de direito internacional público*. p. 400ss. ;

<sup>29</sup> Fino al 1977, riteneva il Supremo Tribunale Federale che, in caso di conflitto tra un trattato e una legge interna, dovrebbe prevalere il primo. Tuttavia, dopo il giudicato del RE 80.004/SE, nel 1977, il Supremo Tribunale Federale ha cominciato a ritenere che, in caso di conflitto tra un trattato e una legge interna, deve prevalere la più recente delle norme, applicandosi la massima *lex posterior derogat priori*.

<sup>30</sup> Nella Corte Costituzionale italiana ciò corrisponde al caso Costa contro Edison-Volta ed Enel del 1964, (Sentenza n. 14/1964), nella quale si è ammesso che le leggi ordinarie successive potessero revocare norme comunitarie con il principio *lex posterior abrogat priori*:

L'art. 11 viene qui in considerazione per la parte nella quale si enuncia che l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri

trattati internazionali fiscali<sup>31</sup> - ha portato ad un Emendamento Costituzionale in Brasile, assegnando status costituzionale ai trattati sui diritti umani; e ad una Legge Costituzionale italiana<sup>32</sup>, che ha assegnato al diritto comunitario un trattamento diverso dei trattati internazionali.

Resta inteso, di forma maggioritaria, che questa è la teoria adottata dal sistema giuridico brasiliano.

Infatti, nonostante la giurisprudenza nazionale si sia evoluta per attribuire ai trattati sui diritti umani uno *status* sovralegale<sup>33</sup>, questi devono essere conformi al testo costituzionale.

Non bastasse, anche se possibile che un trattato sui diritti umani acquisisca lo status di emendamento costituzionale<sup>34</sup> (se approvato secondo la propria procedura degli emendamenti), ancora sarà limitato dai diritti e dalle garanzie fondamentali, che non possono essere abolite (nemmeno tendenzialmente) tramite una riforma costituzionale.

La teoria monista (adottata dal Brasile) non serve per superare, né teoricamente, le incompatibilità esistenti tra lo Statuto di Roma e l'ordinamento giuridico

---

la pace e la giustizia fra le Nazioni e promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.

La norma significa che, quando ricorrano certi presupposti, è possibile stipulare trattati con cui si assumano limitazioni della sovranità ed è consentito darvi esecuzione con legge ordinaria; ma ciò non importa alcuna deviazione dalle regole vigenti in ordine alla efficacia nel diritto interno degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti con gli altri Stati, non avendo l'art. 11 conferito alla legge ordinaria, che rende esecutivo il trattato, un'efficacia superiore a quella propria di tale fonte di diritto.

Né si può accogliere la tesi secondo cui la legge che contenga disposizioni difformi da quei patti sarebbe incostituzionale per violazione indiretta dell'art. 11 attraverso il contrasto con la legge esecutiva del trattato. Il fenomeno del contrasto con una norma costituzionale attraverso la violazione di una legge ordinaria non è singolare. Spesso la Corte ha dichiarato illegittime le norme dei decreti legislativi per non deroga con la legge di delegazione, trovando la causa dell'illegittimità nella violazione dell'art. 76 della Costituzione.

Ma rispetto a quella parte dell'art. 11 in cui è contenuta la norma presa in esame ai fini di questa causa, la situazione è diversa. L'art. 76 pone delle regole circa l'esercizio della funzione legislativa delegata, e per questo la non conformità ai principi della legge-delega importa violazione dell'art. 76. L'art. 11, invece, considerato nel senso già detto di norma permissiva, non attribuisce un particolare valore, nei confronti delle altre leggi, a quella esecutiva del trattato.

Non vale, infine, l'altro argomento secondo cui lo Stato, una volta che abbia fatto adesione a limitazioni della propria sovranità, ove volesse riprendere la sua libertà d'azione, non potrebbe evitare che la legge, con cui tale atteggiamento si concreta, incorra nel vizio di incostituzionalità. Contro tale tesi stanno le considerazioni ora esposte, le quali conducono a ritenere che la violazione del trattato, se importa responsabilità dello Stato sul piano internazionale, non toglie alla legge con esso in contrasto la sua piena efficacia.

Nessun dubbio che lo Stato debba fare onore agli impegni assunti e nessun dubbio che il trattato spieghi l'efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione. Ma poiché deve rimanere saldo l'impero delle leggi posteriori a quest'ultima, secondo i principi della successione delle leggi nel tempo, ne consegue che ogni ipotesi di conflitto fra l'una e le altre non può dar luogo a questioni di costituzionalità.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557269>

Cfr. Corte de Giustizia dell'Unione Europea, Flaminio Costa contro ENEL [1964] ECR 585 (6/64)

<sup>31</sup> V. OCSE. Report of the Committee on Fiscal Affairs of 29 June 1989 on Tax Treaty Override. DAF/CFE/89.13(2nd Revision)

<sup>32</sup> Legge Costituzionale n. 3, del 18 ottobre 2001.

<sup>33</sup> Supremo Tribunal Federal. HC n. 88240 (07/10/2008). Rel. Min. Ellen Gracie.

<sup>34</sup> Ciò non succede nel caso dello Statuto di Roma.

nazionale.

### 6.3.1 Interpretazione adeguatrice

L'interpretazione adeguatrice si pone come un modo per cercare di risolvere le possibili incompatibilità tra il testo costituzionale e lo Statuto di Roma, soprattutto per gli addetti della teoria monista con prevalenza del diritto interno.

Infatti, quando chi può produrre delle norme giuridiche si omette, è sull'interprete e sull'esecutore che si attribuisce il compito di trovare soluzioni al conflitto.

La mancanza di convenienza o di interesse per eseguire le leggi nazionali successive alla ratifica dello Statuto di Roma ha fatto con che, in molti paesi, gli sforzi ermeneutici di compatibilità diventassero la principale via per la conformazione dello Statuto di Roma per le loro costituzioni e viceversa.

Infatti, anche se da tempo ci fosse nella comunità internazionale l'idea di creare un tribunale penale internazionale, sarebbe difficile trovare nelle attuali Costituzioni dei riferimenti espliciti a un'organizzazione internazionale a tale scopo.

Noto, però, che la Costituzione non è e non può essere un corpo di testi immutabile e non soggetto a modifiche, la via d'interpretazione potrebbe essere possibile per superare le apparenti incompatibilità tra lo Statuto di Roma e le sue norme costituzionali.

Gli argomenti utilizzati nel tentativo di superare le incompatibilità, tramite la via interpretativa, sono i più diversi. Notevoli sono gli sforzi da parte di un'interpretazione evolutiva delle Costituzioni, una rilettura delle Carte Fondamentali compatibile con gli obblighi derivati dal diritto internazionale, o un grande apprezzamento del principio di complementarità della giurisdizione del Tribunale Penale Internazionale. Si evidenzia anche un principio, esplicito o implicito in alcune costituzioni contemporanee come l'italiana e la tedesca, secondo il quale gli Stati possono legittimamente dare una parte della loro sovranità nazionale in favore di enti sovranazionali istituiti per la promozione della giustizia e della pace tra le nazioni<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> È stato a causa di questo principio, previsto nell'art. 24, primo comma, della Costituzione tedesca, che la Germania ha allontanato i dubbi che riguardavano la compatibilità in materia di immunità e di divieto della pena dell'ergastolo, intendendo necessaria la riforma costituzionale solo per quanto riguarda l'estradizione di cittadini (art. 16 della Costituzione tedesca). Frank Jarasch e Claus Kreß, "The Rome Statute and the



I principi e gli obiettivi della Corte Penale Internazionale hanno anche fornito forti argomenti per la compatibilità dello Statuto di Roma con l'ordine costituzionale nazionale. Questo perché dal preambolo dello Statuto di Roma, può essere estratto, come obiettivi e valori della Corte Penale Internazionale, *la protezione della pace, della sicurezza e del benessere del mondo*, che appartengono anche a molti testi costituzionali<sup>36</sup>.

Così, alcune disposizioni costituzionali che, di forma isolata e apparente, costituirebbero difficoltà all'incorporazione dello Statuto di Roma, se analizzati dinanzi agli obiettivi e ai principi della Costituzione e della Corte Penale Internazionale, potrebbero essere considerati compatibili con il trattato internazionale, perché ambedue perseguono gli stessi obiettivi.

Questa soluzione, però, non si presenta abbastanza per tutti i nodi costituzionali presentati in precedenza, in particolare l'ergastolo e l'indeterminatezza delle sanzioni applicabili, soprattutto per i paesi in cui i sistemi di sindacato di costituzionalità sono facilmente provocati.

### 6.3.2 Riforma Costituzionale e potere costituente

Forse la soluzione meno controversa per superare le eventuali incompatibilità che possono sorgere tra lo Statuto di Roma e l'ordine costituzionale interno è la riforma costituzionale.

A tal fine, alcuni paesi, tra cui il Brasile, la Francia e il Portogallo, hanno cercato di inserire nella loro costituzione, la clausola generale che ha riconosciuto la competenza della Corte Penale Internazionale.

In realtà, la Francia, ancora nel 1999, ha fatto approvare un emendamento costituzionale per riconoscere la giurisdizione della Corte Penale Internazionale<sup>37</sup>, dopo

---

German Legal Order”, in *The Rome Statute and Domestic Legal Orders: General Aspects and Constitutional Issues*, org. Flavia Lattanzi e Claus Kreß, vol. v. 1 (Editrice il Sirente, 2000), 91–112.

<sup>36</sup> Duffy, “Overview of Constitutional Issues and Recent State Practice”.p. 500-1

The Ecuatorian constitutional court report which put forward certain ‘elements of interpretation’ that it suggested should be borne in mind in analyzing compatibility.

These are that: a) ‘the object and purpose of the Statute is the protection of human rights’; b) ‘the Court was created pursuant to the international peace and security of the international community’...; and c) ‘human rights are guaranteed absolutely by the Court’s procedural norms’. The report finds that these ‘principles, values and norms’ of the ICC Statute ‘are also found in the Constitution and juridical order of Ecuador’ and thus finds the Statute’s provisions compatible with the ‘spirit and the norms’ of the Constitution”.

<sup>37</sup> Art. 53, II comma, della Costituzione francese, così come modificato dalla legge costituzionale dell’8 luglio 1999 n. 99-568, che recita “La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998”.

che il Consiglio Costituzionale ha risposto al presidente della Francia sulla necessità di un emendamento costituzionale per la piena compatibilità dello Statuto di Roma<sup>38</sup>.

L'anno seguente, nel 2000, il Lussemburgo ha adottato la stessa strategia, riformando la sua Costituzione per introdurre un dispositivo ancora più perentorio rispetto al francese per quanto riguarda la sottomissione alla giurisdizione della Corte Penale Internazionale<sup>39</sup>.

Il Portogallo, che ha regole esplicite quanto alla subordinazione dei trattati alla Legge Fondamentale<sup>40</sup>, ha anche inserito nel 2001 un nuovo dispositivo nella sua Costituzione per consentire l'accettazione della giurisdizione della Corte Penale Internazionale<sup>41</sup>.

Allo stesso modo, l'8 dicembre 2004 il Congresso brasiliano ha approvato un emendamento tramite il quale ha aggiunto un nuovo comma all'articolo 5° della Costituzione per dichiarare che il Brasile si sottomette alla giurisdizione del Tribunale Penale Internazionale per la cui creazione ha manifestato adesione<sup>42</sup>.

I citati Paesi cercavano di integrare all'ordinamento nazionale le norme dello Statuto di Roma con l'inserimento di un unico articolo nella Costituzione, senza dover indicare o riformare le disposizioni costituzionali incompatibili con il trattato internazionale. Hanno cercato quindi di indicare, a dir poco, il primato dello Statuto di Roma per quanto riguarda le Costituzioni, visto che queste dovrebbero adeguarsi al primo.

Questo modo di procedere riflette, a livello internazionale, il massimo sforzo

---

<sup>38</sup> Décision n. 98-408 DC du 22 janvier 1999.

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/98408DCa98408dc.pdf>

<sup>39</sup> Constitution du Grand-Duché de Luxembourg (1868)

“Art. 118.

Les dispositions de la Constitution ne font pas obstacle à l'approbation du Statut de la Cour Pénale Internationale, fait à Rome, le 17 juillet 1998, et à l'exécution des obligations en découlant dans les conditions prévues par ledit Statut.”

<sup>40</sup> Constituição da República Portuguesa (1975)

Articolo 277.º Incostituzionalità per azione

1. Sono incostituzionali le norme che violano il disposto nella Costituzione o i principi in essa contenuti.

2. La incostituzionalità organica o formale di trattati internazionali regolarmente ratificati non impedisce l'applicazione delle sue norme nell'ordine giuridico portoghese, dal momento che tali norme siano applicate nell'ordine giuridico, a meno che tale incostituzionalità risultare violazione di una disposizione fondamentale.

<sup>41</sup> Constituição da República Portuguesa (1975)

Art. 7

7. Portogallo può, tenendo conto la realizzazione di una giustizia internazionale che promuova il rispetto per i diritti della persona umana e dei popoli, accettare la giurisdizione del Tribunale Penale Internazionale, in condizioni di complementarietà e altri termini stabiliti nello Statuto di Roma.

<sup>42</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988):

Art. 5º

§4º Il Brasile si sottomette alla giurisdizione del Tribunale Penale Internazionale la cui creazione abbia manifestato adesione.

di uno Stato di rispettare lo Statuto di Roma

Pensiamo, ad esempio, al caso portoghese. S'intende che, con l'inserzione della clausola nella Costituzione, ci sarebbe stata la deroga delle competenti norme costituzionali nella misura necessaria per accomodare costituzionalmente lo Statuto di Roma<sup>43</sup>.

In Brasile, anche prima dell'emendamento costituzionale, già si difendeva la sua sufficienza. In realtà, Francisco Rezek (2000), ex giudice della Corte Suprema e della Corte Internazionale di Giustizia, prima di detta modifica, ha dichiarato non vedere una questione costituzionale veramente grave per ostacolare l'ingresso brasiliano nel sistema. Ma ha aggiunto, d'altra parte, non trovare il motivo per cui ci sarebbe difficoltà in fare una piccola modifica nella legge fondamentale che, molto semplicemente, si restringesse, senza embargo di tutto quello che consta negli altri dispositivi, alle ipotesi di competenza del Tribunale Penale Internazionale, al quale il Brasile presta la sua adesione<sup>44</sup>.

L'inserimento di una tale clausola, tuttavia, potrebbe non essere sufficiente per, da sola, risolvere internamente (in particolare in Brasile, come sto analizzando) tutti i problemi giuridici derivanti dall'incompatibilità dello Statuto di Roma con il diritto interno.

In effetti, il fatto di includere nel testo costituzionale il riconoscimento della giurisdizione di un Tribunale Penale Internazionale, com'è stato fatto in Brasile, non ha fatto sparire le eventuali incompatibilità con il testo. Questo perché, come si è visto, ci sono scontri frontali con clausole poste dal Potere Costituente che neanche il Potere Costituito potrebbe limitare.

Forse il principale ostacolo per l'integrazione dello Statuto di Roma, in Brasile, si riferisce alla possibilità di applicazione dell'ergastolo e la consegna di nazionali. E, malgrado quest'ultima possa essere superata attraverso l'interpretazione, la possibilità di ergastolo non merita la stessa sorte, dato il suo carattere immutabile nel testo costituzionale.

Quindi, almeno in Brasile, non è sufficiente una clausola generica di rinvio al Tribunale Penale Internazionale per evitare l'incompatibilità constatata, che viola una

---

<sup>43</sup> Moreira, Vital, "O Tribunal Penal Internacional e a Constituição", in *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, por Moreira, Vital, Assunção, Leonor, e Riquito, Ana Luísa, 1 ed (Coimbra: Coimbra Editora, 2004), 13–47. p. 18

<sup>44</sup> Rezek, Francisco, "Princípio da complementaridade e soberania", *Revista Centro de Estudos Judiciários* v. 4 n. 11 (agosto de 2000).

cosiddetta clausola immodificabile.

#### 6.4 Prevalenza della norma più favorevole all'essere umano

Accanto ai metodi tradizionali di risoluzione di antinomie, portati dalla moderna teoria del diritto (quello gerarchico, quello della competenza, quello cronologico e quello della specialità), è emersa sull'ottica postmoderna del diritto la necessità di cercare di conciliare le norme per una propria applicazione armonica, senza la necessità di eliminare una all'altra o entrambe. È il dialogo delle fonti<sup>45</sup>.

In questo contesto, è emerso nel Diritto Internazionale dei Diritti Umani un principio per la compatibilità dei sistemi giuridici nazionali ed internazionali, in base al quale, in caso di conflitto, deve prevalere la norma più favorevole per gli esseri umani.<sup>46</sup>

La gerarchia con cui si lavora, quindi, non è più quella formale riferente alla piramide Kelseniana, ma una gerarchia materiale, che osserva il contenuto dei diritti umani in ogni norma del gioco.

È il proprio Diritto Internazionale, attraverso clausole previste nei trattati internazionali, che consente l'applicazione della norma interna, in quanto più favorevole per l'individuo.

In realtà, questa clausola di “primazia della norma più favorevole” è abbastanza comune nei trattati sui diritti umani, in cui previsto, in generale, che le disposizioni della suddetta convenzione non potranno essere utilizzate come giustificazione per la riduzione o l'eliminazione di una maggiore protezione offerta da un altro trattato. Tale clausola, per esempio, può essere trovata nell'art. 5. 2 dell'International Covenant on Civil and Political Rights<sup>47</sup>, nell'art. 5° dell'International Covenant on

---

<sup>45</sup> Academie De Droit International De La Ha, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne* (Martinus Nijhoff Publishers, 1996). p. 80ss

<sup>46</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos* (Editora Saraiva, 1991):

Il criterio della norma più favorevole alle persone protette, sancito espressamente nei vari trattati di diritti umani contribuisce, per primo per ridurre o minimizzare le presunte possibilità di conflitti tra strumenti legali nei suoi aspetti normativi. Contribuisce, per secondo, per ottenere maggior coordinamento tra tali strumenti, sia in dimensione verticale (trattati e strumenti di diritto interno), sia orizzontali (due o più trattati). Per quanto riguarda quest'ultima, il criterio del primato della disposizione più favorevole alle vittime alla fine del decennio cinquanta era applicato dalla Commissione Europea dei Diritti Umani (petizione n. 235/56, del 1958-1959), e ha ricevuto riconoscimento speciale della Corte Interamericana dei Diritti Umani nel Parere del 1958 sull'Associazione Obbligatoria di Giornalisti. Contribuisce, in terzo luogo (...), per dimostrare che la tendenza e il proposito della coesistenza dei distinti strumenti giuridici - garantendo gli stessi diritti - nel senso di ampliare e rafforzare la protezione (p. 44-5).

<sup>47</sup> International Covenant on Civil and Political Rights  
Article 5

Economic, Social and Cultural Rights<sup>48</sup>, nell'art. 53 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>49</sup> e nell'art. 29 della Convenzione Americana sui diritti umani<sup>50</sup>.

Così, in caso di conflitto tra questi trattati e il sistema giuridico interno, prevarrà la norma più favorevole all'essere umano, come già deciso dalla Corte Suprema brasiliana<sup>51</sup>, ispirato all'articolo 29 della Convenzione Americana sui Diritti Umani in relazione al tema dell'ermeneutica applicata ai diritti umani<sup>52</sup>.

Resta inteso, quindi, che i magistrati e i tribunali, nell'esercizio della loro attività interpretativa, soprattutto dinanzi ai trattati internazionali sui diritti umani, devono rispettare un principio ermeneutico di base (proprio come quello proclamato dall'articolo 29 della Convenzione Americana sui Diritti Umani) consistente nell'assegnare il primato

---

2. There shall be no restriction upon or derogation from any of the fundamental human rights recognized or existing in any State Party to the present Covenant pursuant to law, conventions, regulations or custom on the pretext that the present Covenant does not recognize such rights or that it recognizes them to a lesser extent.  
<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/volume-999-I-14668-English.pdf>

<sup>48</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights  
 Article 5

1. Nothing in the present Covenant may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights or freedoms recognized herein, or at their limitation to a greater extent than is provided for in the present Covenant.

2. No restriction upon or derogation from any of the fundamental human rights recognized or existing in any country in virtue of law, conventions, regulations or custom shall be admitted on the pretext that the present Covenant does not recognize such rights or that it recognizes them to a lesser extent.

<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>

<sup>49</sup> Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali  
 Articolo 53

Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti  
 Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi.

[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ITA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf)

<sup>50</sup> Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali  
 Articolo 53

Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti  
 Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi.

[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ITA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf)

<sup>51</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 91.361 (23/09/2008), Min. Rel. Celso de Mello..

<sup>52</sup> Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-14/94, of December 9, 1994. International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the convention (arts. 1 and 2 of the American Convention on Human Rights) :

35. International obligations and the responsibilities arising from the breach thereof are another matter. Pursuant to international law, all obligations imposed by it must be fulfilled in good faith; domestic law may not be invoked to justify nonfulfillment. These rules may be deemed to be general principles of law and have been applied by the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice even in cases involving constitutional provisions [Greco-Bulgarian 10“Communities”, Advisory Opinion, 1930, p.C.I.J., Series B, No. 17, p.32; Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44, p. 24; Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Judgment, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 167; and, I.C.J. Pleadings, Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947 (Case of the PLO Mission) (1988) 12, at 31-2, para. 47]. These rules have also been codified in Articles 26 and 27 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_14\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_ing.pdf)

alla regola che si rivela più favorevole alla persona umana, al fine di erogare la più ampia tutela.

Così, in caso di conflitto tra le disposizioni derivanti dai trattati e dalle convenzioni internazionali e del diritto positivo interno, (di solito di ordine infracostituzionale), l'interprete deve scegliere la fonte che fornisce la norma più favorevole alla persona protetta (principio *pro homine*), al fine di ottimizzazione e di massimizzazione i sistemi (interno e internazionale) di protezione dei diritti umani. È anche possibile che l'interprete applichi, congiuntamente, entrambe le norme apparentemente antinomiche, ognuna al punto che assicura una migliore tutela del diritto della persona, senza necessità di ricorrere a metodi tradizionali di soluzione di antinomie<sup>53</sup>.

La magistratura in questo processo ermeneutico dovrà estrarre la massima efficacia delle dichiarazioni internazionali e dei diritti costituzionali proclamati, al fine di agevolare l'accesso degli individui e dei gruppi sociali, in particolare i più vulnerabili, ai sistemi di protezione istituzionalizzati relativi ai diritti fondamentali la persona.

In altre parole, dal principio della prevalenza dei diritti umani, si accetta la retrazione dell'ordinamento giuridico nazionale (ossia, la propria sovranità nazionale), quando la norma internazionale si rivela più favorevole alla tutela dei diritti umani<sup>54</sup>. Il contrario, tuttavia, non sembra vero, giacché, se il principio evocato è quello della prevalenza dei diritti umani, una norma internazionale meno protettiva non potrà sovrapporsi a un diritto o ad una garanzia già garantiti a livello nazionale.

In Brasile, la materia non è trattata chiaramente nel testo costituzionale<sup>55</sup>.

In realtà, dalla lettura dell'articolo 5, §2° della Costituzione brasiliana, si è soliti dire che i diritti individuali e le garanzie potrebbero (i) essere espressi nella Costituzione (principi espressi); (ii) decorrere dal regime e dai principi adottati dalla Costituzione (principi fondamentali); o (iii) essere iscritti nei trattati internazionali di cui

---

<sup>53</sup> Mazzuoli, *Curso de direito internacional público*. p. 900.

<sup>54</sup> Il principio della norma più favorevole solo potrà essere invocato quando il trattato internazionale possibilizzare l'applicazione della norma interna, se più favorevole all'individuo. In Ramos, André de Carvalho, "Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos".

<sup>55</sup> Constitución della República Bolivariana de Venezuela (1999)  
Artículo 23.

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

il Brasile è parte.

Inoltre, come previsto dalla Costituzione brasiliana, costituisce un principio, nei rapporti internazionali, la prevalenza dei diritti umani. Per questa ragione, in particolare nella dottrina internazionalista, si è inteso che i trattati internazionali sui diritti umani avrebbero prevalenza nelle questioni più benefiche, anche rispetto alle norme costituzionali in vigore<sup>56</sup>.

La lettura che la Corte Suprema brasiliana fa di questi dispositivi è che i trattati internazionali che si occupano di diritti umani, per integrare il blocco di costituzionalità, devono essere approvati con una procedura propria di emendamento costituzionale. In caso contrario, avranno lo status di norma sopraordinaria.

Tuttavia, indipendentemente dallo *status* che gode il trattato internazionale, il fatto è che l'interprete dovrà sempre, in caso di conflitto tra il Testo Costituzionale e il trattato internazionale, applicare la norma che si dimostra più favorevole all'essere umano<sup>57</sup>.

Così, sulla scia di quanto dichiarato dal Ministro della Corte Suprema Celso de Mello, è innegabile la supremazia della Costituzione su tutti questi trattati internazionali, tra cui quelli che affrontano la questione dei diritti umani, sempre che le convenzioni internazionali che il Brasile ha celebrato (o a cui ha aderito) implicino la

---

<sup>56</sup> Cançado Trindade, Antônio Augusto, "Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos", *Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos*, Documentos, n° 14 ([s.d.]): 13–46. Flávia Piovesan, *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano* (Editora Saraiva, 2014). Mazzuoli, "A influência dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos no Direito Interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável."

<sup>57</sup> Supremo Tribunale Federale, HC 91361 (23/09/2008), Rel. Min. Celso de Mello:

"HABEAS CORPUS" - CARCERE CIVILE - DEPOSITARIO LEGALE ( BANDITORI UFFICIALI) - LA QUESTIONE DA INFIDELITÀ POSITARIA - CONVENZIONE AMERICANA DI DIRITTI UMANI (ARTICOLO 7°, n. 7) - GERARCHIA COSTITUZIONALE DEI TRATTATI INTERNAZIONALI DI DIRITTI UMANI - RICHIESTA ACCETTATA. ILLEGITTIMITÀ GIURIDICA DELLA DECRETO DEL CARCERE CIVILE DEL DEPOSITARIO INFEDELE.

...

ERMENEUTICA E DIRITTI UMANI: LA NORMA PIU FAVOREVOLE COME CRITTERIO CHE DEVE REGOLARE L'INTERPRETAZIONE DEL POTERE GIUDIZIARIO. - I magistrati e Tribunali, nell'esercizio della sua attività interpretativa, specialmente nell'ambito dei trattati internazionali dei diritti umani, devono osservare un principio ermeneutico basico (tale come quello proclamato nell'Articolo 29 della Convenzione Americana di Diritti Umani), che consiste nell'attribuire supremazia alla norma che si rivela più favorevole alla persona umana, in modo da provvedere la più ampia protezione giuridica. - Il Potere Giudiziario, in questo processo ermeneutico che prestigia il criterio della norma più favorevole (che può essere quella prevista nel trattato internazionale come a quella che si trova positività nel suo stesso diritto interno dello Stato), dovrà estrarre la massima efficacia delle dichiarazioni internazionali e delle proclamazioni costituzionali dei diritti, come forma di viabilizzare l'accesso degli individui e dei gruppi sociali, in particolare i più vulnerabili ai sistemi istituzionalizzati di protezione ai diritti fondamentali della persona umana, su pena della libertà, della tolleranza e del rispetto all'alterità umana diventare parole vuote. - Applicazione, nel caso dell'Articolo 7°, n. 7, c/c l'Artigo 29, ambedue della Convenzione Americana di Diritti Umani (Patto dei San José della Costa Rica): un caso tipico di supremazia della regola più favorevole alla protezione effettiva dell'essere umano.

soppressione, modifica gravosa o limitazione alle prerogative o alle libertà fondamentali riconosciute e garantite dal testo costituzionale stesso (o da precedenti trattati internazionali), una volta che i diritti individuali e le garanzie funzionano, come sappiamo, come limitazioni materiali al potere di riforma del Congresso Nazionale.<sup>58</sup>

La Costituzione, prosegue l'attuale decano della Corte Costituzionale brasiliana, si qualifica come lo statuto fondamentale della Repubblica. Così tutte le leggi e i trattati celebrati dal Brasile sono soggetti all'autorità normativa di questo strumento di base. Nessun valore giuridico avrà il trattato internazionale che, incorporato al sistema di diritto positivo interno, violi il testo della Carta Politica, come succedrebbe, per esempio, se lo Stato brasiliano sottoscrivesse trattati internazionali offensivi e gravosi per il sistema di libertà pubbliche sancito dalla Legge Fondamentale, o addirittura da altre convenzioni internazionali.<sup>59</sup>

In questo modo, trattati o convenzioni internazionali che riducono o aboliscono i diritti e le garanzie individuali sanciti dalla Carta Politica brasiliana (o da altri trattati internazionali) non possono essere applicati, nel punto in cui diventano più restrittivi di tali diritti, per vizio di incostituzionalità.<sup>60</sup>

Il primato, come si è visto, è quello della norma che meglio protegge, in ogni caso, i diritti della persona, in quanto le costruzioni normative dei trattati non hanno il potere di ferire il testo costituzionale, ma solo di rafforzare l'elenco dei diritti e delle garanzie fondamentali in esso contenuti.

Così, in un conflitto tra una norma costituzionale, più protettiva del cittadino, e un trattato internazionale, meno protettivo, la bilancia inclina alla prima, proprio perché più protettiva dell'essere umano.

Tuttavia, nel caso dello Statuto di Roma, il principio di prevalenza di una norma più favorevole alla protezione dell'essere umano non si dimostra sufficiente ad allontanare i conflitti generati tra la norma internazionale e la Costituzione brasiliana.

Soprattutto, in speciale, negli aspetti concernenti la pena dell'ergastolo, consegna di nazionali e la legalità delle pene, non si può farne a meno di osservare che la Costituzione brasiliana è la più protettiva (in questo caso a proposito degli interessi degli imputati, che, in ultima analisi, è il destinatario delle norme in discussione).

---

<sup>58</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 91361 (23/09/2008), Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>59</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 91361 (23/09/2008), Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>60</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 91361 (23/09/2008), Rel. Min. Celso de Mello.



Quindi, forse quello che si dovrebbe analizzare sia l'insieme delle regole portate dallo Statuto di Roma anziché analizzare ognuna di loro in modo isolato.

E, in questo senso, sono chiari i progressi già compiuti dalla Corte Penale Internazionale, rispetto ai tribunali che l'hanno preceduta, nonostante i retrocessi occasionali, quando paragonata ad alcuni ordinamenti giurisdizioni statali.

## **6.5 Prevalenza della norma più favorevole alle vittime**

Un altro principio del diritto internazionale dei diritti umani, di solito invocato in caso di conflitto tra le norme, è la primazia della norma più favorevole alla vittima, cioè la primazia della norma che meglio tutela i diritti della persona umana, titolare del diritto violato.

Questo principio è niente meno di una variante del principio della prevalenza della norma più favorevole ai diritti umani. Si è deciso, tuttavia, di analizzarlo separatamente per dirimere qualsiasi dubbio o incomprensione quanto alla sua estensione.

Infatti, dal principio ora analizzato in caso di conflitto tra diritto nazionale e internazionale, si dovrebbe scegliere la regola più favorevole alla vittima, o meglio, della persona umana titolare del diritto<sup>61</sup>.

L'adozione di tale principio o criterio dimostra che lo scopo del diritto internazionale dei diritti umani è quello di garantire, ampliare e rafforzare la protezione dalla coesistenza di diversi strumenti normativi. In questo caso, l'importante è il grado di efficacia della protezione. Quindi, deve essere applicata la norma che meglio protegge la vittima, sia una regola di diritto internazionale, sia una regola di diritto interno.

Tuttavia, credo che anche questo principio non serve a superare l'incompatibilità tra lo Statuto di Roma e il testo costituzionale brasiliano, sui temi dell'ergastolo e della legalità delle pene, e il testo italiano, per quanto riguarda la legalità delle pene.

Questo perché, per "vittima", qui, non si deve comprendere quella che ha subito la condotta criminale d'altrui.

In realtà, sono le vittime che devono guidare l'interpretazione del diritto

---

<sup>61</sup> Ex plurimis, Cançado Trindade supra nota 56.

internazionale, e nel caso dello Statuto di Roma, non lo saranno, sempre e necessariamente, le vittime di crimini o delitti.

Infatti, se l'interesse da proteggere è quello della vittima dell'illecito, l'arresto civile di depositario infedele potrebbe essere considerato illegale nel sistema giuridico brasiliano, perché la vittima, in questo caso, sarebbe il proprietario della cosa, contro il quale il depositario infedele ha commesso un'infrazione.

Questo non è certamente l'obiettivo del principio in questione.

Infatti, il principio serve a giustificare l'applicazione, in un dato momento, della regola più favorevole alla parte più debole in un determinato rapporto giuridico.

Uguagliare il più debole alle vittime di reati portati alla Corte Penale Internazionale è ignorare che, in quanto autori di reati, i trasgressori si collocano in una posizione di potere, ma quando sono sottomessi al giudizio dalla giurisdizione internazionale sono già spogliati di ogni forza e diventano in questo momento essere umani in condizione di vulnerabilità. Nonostante i loro atti precedenti, gli imputati, anche nella Corte Penale Internazionale, non perdono la loro condizione umana. Loro non possono indurre la Corte Penale Internazionale in tentazione di tutelare diritti umani violando i loro diritti fondamentali.

Così, l'invocazione della protezione dei diritti umani nel campo del Diritto Penale e di Procedura Penale mira, in generale, a garantire i diritti fondamentali dell'imputato, sia nell'elaborazione delle leggi penali (proporzionalità nella dosimetria della pena, scelta appropriata di beni giuridici meritevoli di tutela penale, ecc.), sia nel procedimento penale e l'esecuzione della pena (osservazione del giusto processo penale legale, esecuzione della pena in rispetto alla dignità umana).<sup>62</sup>

E nel caso dello Statuto di Roma, è l'imputato stesso il più debole, in quanto, una volta sottoposto a procedimento giudiziario, l'imputato passa ad avere questa condizione. Per questo, le norme e i principi devono essere interpretati come regola generale, a suo favore<sup>63</sup>. Il processo penale non conosce la vittima come parte del rapporto processuale. In sede penale, quindi, non si tratta della prevalenza degli interessi della vittima, ma gli interessi dei più deboli, degli imputati.

---

<sup>62</sup> Ramos, André de Carvalho, "Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos".

<sup>63</sup> V.g. Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia* (GLF editori Laterza, 2007). p. 57-62.

Così, anche se rilevanti per risolvere altri conflitti nel caso dello Statuto di Roma, il principio in questione non è sufficiente ad escludere le incompatibilità tra la norma internazionale e le Costituzioni brasiliana e italiana.

## 6.6 Sovranità contemporanea e diritti umani

La nozione di sovranità è dinamica e si è evoluta lungo la storia degli Stati. L'emergere della giurisdizione penale internazionale può trovare nel concetto di sovranità un ostacolo al suo perfetto funzionamento. Allo stesso tempo, tuttavia, il funzionamento della giurisdizione penale internazionale può essere un fattore scatenante di un altro ciclo evolutivo del concetto di sovranità. È pertanto possibile e necessario un concetto di sovranità che favorisca i diritti umani.

In realtà, la classica nozione di sovranità è legata alla figura del principe, che non è soggetto alle condizioni imposte dal popolo e detiene tutto il potere dello Stato, senza neanche condividere con il clero o la nobiltà<sup>64</sup>. Nella sua genesi, la sovranità non riconosce nessun altro potere su di essa (*suprema potestas superiorem non recognoscens*), e questo concetto è molto forte quando dalla nascita degli Stati nazionali europei<sup>65</sup>. La sovranità, infine, era attribuita o addirittura sinonimo di Stato.<sup>66</sup>

Con la formazione degli Stati costituzionali e democratici di diritto, la sovranità interna<sup>67</sup> si è gradualmente limitata. In realtà, in quel contesto iniziale, i diritti

---

<sup>64</sup> Jean Bodin, *I sei libri dello Stato*, Classici della politica (Torino: Unione tip. edit. torinese, 1964).

<sup>65</sup> V. Carbone, "I soggetti e gli attori nella comunità internazionale". p. 4:

"In realtà, è proprio quando lo Stato si è storicamente affermato come ente indipendente e sovrano (e, pertanto, come ente imprescindibile e supremo dei rapporti sociali che rientrano nel suo ambito di sovranità) che sorge il moderno diritto internazionale secondo una disciplina coerente con la tutela di tale sue esigenze e con la preservazione di tali sue caratteristiche. (...) Il momento iniziale di questo periodo storico è abitualmente indicato nella conclusione del Trattato di Westfalia del 1648 (che pose fine alla guerra dei trent'anni) in occasione del quale lo Stato, da un lato, consolida definitivamente la propria indipendenza rispetto al Papa e rispetto all'imperatore, dei quali si disconosce, pertanto, qualsiasi supremazia e, dall'altro, afferma il proprio dominio esclusivo su un determinato territorio e sulla relativa popolazione, con eliminazione dei vari centri di potere (feudali o comunali) che si erano formati nei secoli precedenti in una logica pluralistica".

<sup>66</sup> Luigi Ferrajoli, *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional* (Martins Fontes, 2002). p. 1-2

<sup>67</sup> Sulla divisione del concetto di sovranità in due piani (nazionale e internazionale) v. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição* (Almedina, 2006). p. 8:

La sovranità, in termini generali e nel senso moderno, si traduce in un potere supremo nel piano interno e in un potere indipendente nel piano internazionale. (...) La sovranità nel piano interno (sovranità interna) si tradurrebbe nel monopolio di edizione del diritto positivo dagli Stati e nel monopolio della coazione fisica legittima per imporre l'effettività delle loro regole e dei loro comandi. In questo contesto si afferma anche il carattere originario della sovranità, dato che lo Stato non deve raccogliere il fondamento delle sue norme in altre norme giuridiche. La sovranità internazionale (termine che molti internazionalisti lo respingono e usano il concetto di indipendenza) è, per natura, relativa (esiste sempre il alter ego sovrano di un altro Stato), ma significa anche 'uguaglianza sovrana degli Stati che non riconoscono alcun potere superiore su di loro (*superiorem non recognoscem*).

umani sono stati presentati come una limitazione della progettazione del potere statale, agendo in un senso “negativo” per frenare gli abusi dell’assolutismo.<sup>68</sup>

La sovranità esterna, tuttavia, ha subito il movimento inverso, attraverso un processo di progressiva assolutizzazione, che ha raggiunto il suo apice nella prima metà del XX secolo, con due guerre mondiali.<sup>69</sup>

In realtà, il processo costituzionale degli Stati, allo stesso tempo ha offerto una serie di limitazioni al sovrano nell’ambito interno, che dovrebbe rispettare alcuni diritti dei suoi sudditi, e ha significato anche la libertà assoluta dello Stato nell’ambito esterno, dove non c'erano freni al potere del sovrano.

Come spiega Ferrajoli, per il periodo compreso tra la seconda metà del XIX secolo e la prima metà del XX secolo, la sovranità esterna e la sovranità interna seguono due percorsi inversi: l’esterna si limita tanto quanto l’interna si libera, in corrispondenza alla doppia faccia dello Stato, un fattore di pace internamente e di guerra esternamente<sup>70</sup>. Lo Stato di diritto, internamente, e lo Stato assoluto, esternamente, crescono, perché insieme, come due facce della stessa medaglia. Quanto più la sovranità interna si limita e si autolegittima (attraverso i propri limiti), la sovranità esterna più si assolutizza e si legittima in relazione ad altri Stati<sup>71</sup>.

Non si può negare che la creazione dello Stato di diritto ha reso come universali, nelle loro costituzioni, alcuni diritti naturali, come l'uguaglianza. Tuttavia, coincidendo il suo “universo” giuridico-positivo con l’ordinamento interno dello Stato, i diritti “dell’uomo” finiscono per limitarsi ai diritti del “cittadino”. Quindi, la cittadinanza, se internamente rappresenta la base di uguaglianza, esternamente agisce come un privilegio e una fonte di discriminazione nei confronti dei non cittadini.<sup>72</sup>

D'altra parte, la sovranità esterna illimitata alla fine ha portato alla nascita di numerosi conflitti armati, sia nella “colonizzazione” dell’Africa, come quelli che si sono verificati in Europa, che si concludono con le due grandi guerre del ventesimo secolo.

Forse la sovranità esterna subisce un processo, se non d’erosione, almeno di trasformazione esattamente a causa di questi conflitti.

---

<sup>68</sup> Cássio Benvenutti de Castro, *(Neo) Soberania e Tribunal Penal Internacional* (Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011).p. 25.

<sup>69</sup> Ferrajoli, *A soberania no mundo moderno*. p. 3.

<sup>70</sup> Ibidem., p. 27-28..

<sup>71</sup> Ibidem. , p. 34-35..

<sup>72</sup> Ibidem. , p. 35.

Infatti, nel secondo post-guerra, con l'istituzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e la promulgazione, oltre alla Carta di San Francisco, della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, sono stati riconosciuti e resi positivi due principi fondamentali, vale a dire, l'imperativo della pace e la tutela dei diritti umani, ponendo fine allo "stato di natura" sulla scena internazionale<sup>73</sup>.

Così, con la consacrazione dei diritti umani nella Dichiarazione del 1948 e nei Patti del 1966, è stato attribuito a questi diritti, prima soltanto costituzionali, valore sovra-statale, trasformandoli da limiti interni al potere degli Stati a limiti pure esterni<sup>74</sup>, anche se non previsti i diritti nell'ambito interno.

La dignità della persona umana e quindi i diritti umani che ne derivano, ammontano il valore supremo dei sistemi giuridici contemporanei<sup>75</sup>. Rinasce, ancora, l'idea che ci sarebbe un *jus gentium*, ristrutturato, un diritto internazionale di carattere universale, che non potrebbe essere ignorato dagli Stati, un imperativo di manutenzione della pace e di tutela dei diritti umani, con forza vincolante, un vero e proprio *jus cogens* internazionale<sup>76</sup>.

Inoltre, alla misura che gli Stati assumano impegni reciproci in convenzioni internazionali che riducono il potere discrezionale di ciascuna parte contraente, finiscono anche per limitare la loro sovranità<sup>77</sup>.

Così, questo *jus cogens* internazionale impone agli Stati il rispetto ad una serie di postulati, principi universali, eletti e sanciti nel diritto internazionale, attraverso trattati di diritti umani<sup>78</sup>. E nella misura in cui questi principi limitano e conformano, in molti modi, le prestazioni e la potenza di questi Stati, essi finiscono per essere ritenuti responsabili, a livello internazionale, del mancato rispetto di tali principi.

---

<sup>73</sup> Ibidem. .p. 39

<sup>74</sup> Ibidem. p. 40.

<sup>75</sup> Castro, *(Neo) Soberania e Tribunal Penal Internacional*. p. 25.

<sup>76</sup> La Carta delle Nazioni Unite equivalerebbe ad un vero contratto sociale internazionale (un effettivo atto costituente), con il quale il diritto internazionale cambia strutturalmente, trasformandosi in un sistema pattizio, basato su trattati bilaterali tra parti uguali, in un vero ordinamento giuridico sopra-statale. Non è più un semplice *pactum associationis* (patto associativo), ma anche *pactum subiectionis* (patto della soggezione). in Ferrajoli, *A soberania no mundo moderno*. p. 40-1.

<sup>77</sup> Valério de Oliveira Mazzuoli, "Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis", *Revista de Informação Legislativa* v. 39 n. 156 (dezembro de 2002).p. 170.

<sup>78</sup> V. Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 232 :

Attualmente, i limiti giuridici imposti allo Stato si basano anche, in misura crescente, in principi e regole giuridiche internazionali. Questi principi e regole sono, in gran numero, ricevuti o incorporati nel diritto interno facendone parte *of the law of the land* (CRP, articolo 8°/1 e 2). Nessuno Stato può rimanere *out*, cioè, fuori dalla comunità internazionale. Perciò, lo Stato deve sottomettersi alle norme del diritto internazionale sia nei rapporti internazionali sia nel proprio attuare interno. La dottrina più recente accentua l'amicizia e la apertura al diritto internazionale come una delle dimensioni che caratterizzano lo Stato di Diritto.

L'emergere di una giustizia penale internazionale, dunque, rappresenta la fine della supremazia della sovranità concepita come un'organizzazione gerarchica e simbolica. La sovranità finisce per essere oscurata dal primato della dignità umana<sup>79</sup>.

Da notare ancora che almeno dopo la II Conferenza Internazionale sui Diritti Umani a Vienna, nel 1993, già si proponeva l'universalità dei diritti umani, guidata dalla dignità della persona, essendo relativizzato ancora di più, il concetto di sovranità statale.

Infine, il divieto di guerra, che si conclude con il preambolo e nei primi due articoli della Carta dell'ONU, ha soppresso l' *ius ad bellum*, che è sempre stato uno dei principali attributi della sovranità esterna<sup>80</sup>.

Considerato tutto quanto sopra, si conclude che la sovranità dello Stato, questa volta l'esterna<sup>81</sup>, almeno in teoria, non è più una libertà assoluta e selvaggia<sup>82</sup>, essendo subordinata, legalmente, ai postulati di pace e tutela dei diritti umani<sup>83</sup>. In realtà, la sovranità esterna passa ad essere intesa come l'indipendenza di qualsiasi altro Stato, suo pari in campo internazionale; diritto di comando all'ultima istanza, non arbitrariamente, ma per il bene della collettività, sempre secondo il diritto delle genti<sup>84</sup>.

Questa nuova concezione di sovranità segnala l'esistenza di uno Stato non isolato, ma incluso in una comunità e in un sistema internazionale. E la partecipazione degli Stati in questa comunità internazionale, in particolare nel campo della protezione internazionale dei diritti umani, rappresenterebbe un atto di sovranità per eccellenza.<sup>85</sup>

In questo contesto, alcune Costituzioni hanno espressamente ammesso limitazioni alla sovranità dello stato in nome della difesa di ideali superiori, come la Costituzione francese, del 27 ottobre 1946 (preambolo e gli articoli 26 e 28)<sup>86</sup>, la

<sup>79</sup> Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare*. p. 85.

<sup>80</sup> Ferrajoli, *A soberania no mundo moderno*. p. 40.

<sup>81</sup> Con lo sviluppo dello stato costituzionale di diritto, la sovranità interna si era già svuotata fino al punto di dissolversi nella sua dimensione interna. *Ibidem.*, p. 41.

<sup>82</sup> Precisamente in ragione del carattere non assoluto del potere statale, alcuni autori contemporanei condannano l'impiego della parola *sovranità*, giudicandola impropria e ambigua, e cercano di sostituirla per altra, più adeguata all'idea che con essa si intende esprimere, come autonomia o indipendenza. In Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*. vol. I, p. 266-267.

<sup>83</sup> Lo Stato nazionale come soggetto sovrano attualmente si troverebbe in una crisi che viene tanto di sopra quanto di sotto. Di sopra, a causa del cambiamento massiccio nelle sedi sopra-statali o extra-statali (la Comunità Europea, l'OTAN, l'ONU e molte altre organizzazioni internazionali in materia finanziaria, monetaria, assistenziale e simili) di gran parte delle loro funzioni (difesa militare, controllo dell'economia, politica monetaria, lotta alla grande criminalizzazione), che in passato rappresentava il fondamento stesso per la nascita e per lo sviluppo dello Stato. Ferrajoli, *A soberania no mundo moderno*. p. 48-9.

<sup>84</sup> Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*. vol I, p. 267.

<sup>85</sup> Mazzuoli, "Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos". p. 173.

<sup>86</sup> Constitution de 1946, IVe République  
Préambule

Costituzione italiana, del 27 dicembre 1947 (articolo 11)<sup>87</sup>, la Costituzione tedesca di Bonn (articolo 24)<sup>88</sup>, la Costituzione dell'Olanda<sup>89</sup>, rivista nel 1952, la Costituzione della Danimarca<sup>90</sup>, adottata il 28 Maggio 1953.<sup>91</sup>

Non si può negare che l'autonomia degli Stati è stata progressivamente ridotta dall'evoluzione attuale del diritto Internazionale<sup>92</sup>, essendo certo che uno degli elementi che forse hanno spinto il concetto tradizionale di sovranità siano i diritti umani, perché

---

...  
La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple.

Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix.

...  
Article 26. - Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification.

...  
Article 28. - Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ayant une autorité supérieure à celle des lois internes, leurs dispositions ne peuvent être abrogées, modifiées ou suspendues qu'à la suite d'une dénonciation régulière, notifiée par voie diplomatique. Lorsqu'il s'agit d'un des traités visés à l'article 27, la dénonciation doit être autorisée par l'Assemblée nationale, exception faite pour les traités de commerce.

<sup>87</sup> La Costituzione della Repubblica Italiana (1947)

Art. 11

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.

<sup>88</sup> Legge fondamentale della Repubblica Federale di Germania (1948)

Article 24

Transfer of sovereign powers – System of collective security

(1) The Federation may by a law transfer sovereign powers to international organisations.

(1a) Insofar as the Länder are competent to exercise state powers and to perform state functions, they may, with the consent of the Federal Government, transfer sovereign powers to transfrontier institutions in neighbouring regions.

(2) With a view to maintaining peace, the Federation may enter into a system of mutual collective security; in doing so it shall consent to such limitations upon its sovereign powers as will bring about and secure a lasting peace in Europe and among the nations of the world.

(3) For the settlement of disputes between states, the Federation shall accede to agreements providing for general, comprehensive and compulsory international arbitration.

[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/englisch\\_gg.html#GGengl\\_000P81](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#GGengl_000P81)

<sup>89</sup> Constitution of the Netherlands (1815) (1983)

Article 92

Legislative, executive and judicial powers may be conferred on international institutions by or pursuant to a treaty, subject, where necessary, to the provisions of Article 91 paragraph 3.

[http://www.legislationline.org/download/action/download/id/4824/file/Netherlands\\_Const\\_2008\\_eng.pdf](http://www.legislationline.org/download/action/download/id/4824/file/Netherlands_Const_2008_eng.pdf) .

<sup>90</sup> Danmarks Riges Grundlov (1953)

Section 20 [Delegation of Powers]

(1) Powers vested in the authorities of the Realm under this Constitution Act may, to such extent as shall be provided by Statute, be delegated to international authorities set up by mutual agreement with other states for the promotion of international rules of law and co-operation.

(2) For the passing of a Bill dealing with the above a majority of five-sixths of the Members of the Parliament shall be required. If this majority is not obtained, whereas the majority required for the passing of ordinary Bills is obtained, and if the Government maintains it, the Bill shall be submitted to the Electorate for approval or rejection in accordance with the rules for Referenda laid down in Section 42.

[http://www.servat.unibe.ch/icl/da00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/da00000_.html)

<sup>91</sup> Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*. Vol I, p. 269.

<sup>92</sup> Carbone, "I soggetti e gli attori nella comunità internazionale". p. 7.

essa trova, in questi ultimi, dei limiti.

In realtà, si è compreso, oggi, che il potere esercitato dagli Stati deve essersi affermato e deve essere gestito nel rispetto di alcuni principi di diritto internazionale particolarmente significativi, tra di loro la complessa e articolata disciplina relativa alla tutela dei diritti dell'uomo<sup>93</sup>. In realtà, rivisitando le teorie contrattualistiche, si afferma che l'esercizio del potere solo sarà legittimo allo Stato quando questo esercizio sarà mirato alla protezione dei diritti. Così, lasciando lo Stato di svolgere i compiti per i quali è stato costituito, non sarà protetto dalla comunità internazionale.

Quindi, come l'esercizio della sovranità (interna ed esterna) deve essere in armonia con la tutela della dignità umana, dal momento che da questa limitata, si può andare oltre per comprendere la sovranità postmoderna (in particolare degli Stati impegnati con diritti umani) come un vero e proprio strumento per raggiungere questa dignità umana.

Si va avanti per ammettere, quindi, che il potere statale è limitato dalla tutela della dignità di tutta l'umanità. In questo senso, la sovranità non serve più come uno scudo per chi non rispetta i diritti umani.

In effetti, non ha senso accettare la limitazione della sovranità a causa degli imperativi di integrazione economica<sup>94</sup>, ma non accettarla per la difesa e la piena realizzazione della dignità umana.

La ratifica di un trattato internazionale sui diritti umani, e anche la creazione di una giurisdizione penale internazionale, rappresentano l'esercizio della sovranità statale in stretta conformità con i dettami costituzionali di tutela costituzionale dei diritti umani<sup>95</sup>.

In questo senso, si può anche affermare che lo Statuto di Roma ha istituito tre

---

<sup>93</sup> Ibidem. p.10..

<sup>94</sup> In Jorge Miranda, "A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos", *Revista CEJ* v. 4 . n. 11 (agosto de 2000): 23–26. :

...la sovranità attualmente serve a garantire la uguaglianza degli Stati, uno nei confronti degli altri. Significa, essenzialmente, che gli Stati sono uguali, e non l'idea che gli Stati eliminano qualsiasi potere che provenga dal sistema giuridico internazionale. Quindi, e facendo riferimento a Portogallo, ha affermato che sarebbe incomprensibile che, in una fase in cui la globalizzazione o la regionalizzazione del Diritto Internazionale porta a diminuzioni crescenti della sovranità nel sistema economico, facendo Portogallo ancora parte di una Unione Europea da dove provengono le norme applicabili nel sistema interno e che attualmente regono la grande maggioranza delle materie del Diritto Economico o del Diritto Ambientale, se potesse invocare il principio della sovranità contro la difesa dei diritti umani. Secondo si intende, sarebbe una contraddizione totalmente inammissibile che, in materie economiche, si ammettesero limitazioni della sovranità e che, in materia di garanzia dei diritti della persona umana, non fossero ammesse tali limitazioni.

<sup>95</sup> Cornacchia, *Funzione della pena nello statuto della Corte Penale Internazionale*. p. 274.



importanti modi per rinforzare la sovranità degli Stati: (i) l'adozione del principio di complementarità lascia chiara la preferenza per la giurisdizione degli enti nazionali; (ii) la competenza materiale della Corte Penale Internazionale è limitata a ciò che viene autorizzato dagli Stati (articolo 5 dello Statuto di Roma); (iii) la giurisdizione della Corte Penale Internazionale, salvo le ipotesi del referral dallo Statuto di Roma, dipende dal previo consenso degli Stati<sup>96</sup>.

Così, una volta ammesso che i trattati internazionali sui diritti umani possono limitare e conformare l'esercizio della sovranità interna ed esterna degli stati, lo Statuto della Corte Penale Internazionale non sarebbe altro che un nuovo strumento internazionale per i diritti umani, che, in quanto tale, sarebbe anche in grado di limitare e modellare il concetto tradizionale di sovranità<sup>97</sup>.

In realtà, si può dire che la Corte Penale Internazionale è l'attuazione delle garanzie giurisdizionali a livello internazionale, attraverso una nuova limitazione della sovranità statale. In realtà, fino alla sua istituzione, non c'erano, a livello internazionale, le garanzie affidabili contro le violazioni dei diritti umani commesse dagli Stati (o meglio dai loro agenti) configurando una lacuna impropria che dovrebbe essere colmata<sup>98</sup>.

In questo modo, si può dire che le eventuali incompatibilità dello Statuto di Roma con l'ordinamento giuridico interno potrebbero essere superate perché la Corte Penale Internazionale rappresenta un innegabile incremento nel livello di protezione dell'essere umano, tramite l'attuazione della doppia giurisdizione nazionale e internazionale dei diritti e garanzie fondamentali (nonostante alcuni diritti di forma isolata siano internamente meglio tutelati).<sup>99</sup>

Da ciò decorre che la giurisdizione penale internazionale non può offrire resistenze in conformità a un concetto antico di sovranità, che squalifica tutto ciò che non

---

<sup>96</sup> Ibidem. p. 274/275.

<sup>97</sup> V. Boutros Boutros-Ghali, *An Agenda for Peace, 1995* (UN, 1995):

“7. The foundation-stone of this work is and must remain the State. Respect for its fundamental sovereignty and integrity are crucial to any common international progress. The time of absolute and exclusive sovereignty, however, has passed; its theory was never matched by reality. It is the task of leaders of States today to understand this and to find a balance between the needs of good internal governance and the requirements of an ever more interdependent world. Commerce, communications and environmental matters transcend administrative borders; but inside those borders is where individuals carry out the first order of their economic, political and social lives. The United Nations has not closed its door. Yet if every ethnic, religious or linguistic group claimed statehood, there would be no limit to fragmentation, and peace, security and economic well-being for all would become ever more difficult to achieve.

[http://www.unrol.org/files/A\\_47\\_277.pdf](http://www.unrol.org/files/A_47_277.pdf)

<sup>98</sup> Ferrajoli, *A soberania no mundo moderno*. 43.

<sup>99</sup> Gasparin Jr, Nelson R, “O Tribunal Penal Internacional. Soberania, elementos institucionais e sua implementação no Brasil.” (Universidade Federal Fluminense, 2009).p. 101-102..

è autoctone, o che non abbia l'approvazione del governo nazionale sovrano. Quelli che sono sottomessi alla responsabilizzazione in una giurisdizione penale – non importa quale – non lo fanno volentieri, ma con un profondo imbarazzo.

L'eteronomia è una caratteristica propria del Diritto e, per conseguenza, del Diritto Penale e del Diritto di Procedura Penale. Così, l'invocazione *tour court* della sovranità è impedita al funzionamento efficiente di una giurisdizione penale internazionale.

Più complessa, però, è l'invocazione della sovranità non per resistere al Tribunale Penale Internazionale, ma per chiedere che la giurisdizione penale internazionale adotti, al più presto, i più elevati standard di rispetto ai diritti umani.

Una sovranità fondata sui diritti umani, dunque, non viola il suo impegno quando, per esempio, si abbatte sull'ergastolo anche nell'estradizione di stranieri. Questo esercizio di sovranità per l'espansione degli standard internazionali di rispetto ai diritti umani non deve essere confuso con la resistenza *tour court* de sottomettere violatori dei diritti umani ad una Giustizia Penale che non osserva tutti i diritti fondamentali nella giurisdizione penale.

In realtà, una concezione adeguata della sovranità e dei diritti umani richiede che lo Stato eserciti il suo potere nel migliore dei modi affinché i diritti umani siano tutelati. E la produzione d'impasse con la Corte Penale Internazionale non è certamente un modo di promuovere la tutela dei diritti umani, soprattutto in una fase di affermazione ed espansione della giurisdizione penale internazionale.

La sovranità, dunque, impegnata con i diritti umani deve essere esercitata per impedire eventuali impasse che possano delegittimare una giurisdizione penale internazionale. Anche perché abbandonare il progetto di una Corte Penale Internazionale, prima che essa dimostri il suo scopo, può essere un errore senza ritorno.<sup>100</sup>

Pertanto, la semplice accettazione di un sistema penale e di procedura penale con deficit di garanzia non è l'unico atteggiamento prevedibile di uno Stato la cui sovranità si esercita di forma impegnata con la massima efficacia dei Diritti Umani. Compreso perché c'è sempre il rischio di esempi internazionali che possono influenzare le pratiche nazionali, nonostante il principio di divieto di retrocesso delle garanzie dei

---

<sup>100</sup> In un altro contesto, Cornacchia, *Funzione della pena nello statuto della Corte Penale Internazionale*, p. 299.

diritti fondamentali.<sup>101</sup>

L'esercizio della sovranità con fedeltà ai diritti fondamentali, perciò, reclama agli Stati la lettura dello Statuto di Roma come un insieme di regole e valori da realizzare nella massima misura possibile, che richiede la scelta dei modi più convenienti per raggiungere i migliori risultati che possano essere estratti sia dalla Costituzione, sia dalla giurisdizione penale internazionale.

La massimizzazione di questo impegno impone quindi non solo l'adozione di una più appropriata nozione di sovranità, ma anche, come si vedrà, i migliori utilizzi dei principi della giurisdizione universale e di complementarità.

## 6.7 Principio di complementarità

Un'altra soluzione in vista, nel tentativo di superare le incompatibilità tra i testi costituzionali e il trattato internazionale è il principio di complementarità sancito nello Statuto di Roma.

Infatti, secondo questo principio, previsto in particolare nel preambolo e nell'articolo 17 dello Statuto di Roma, la giurisdizione della Corte Penale Internazionale sarà complementare alle giurisdizioni penali nazionali e potrà essere attivata ogni volta che viene caratterizzata la mancanza di volontà o l'incapacità di portare a termine l'indagine o l'azione penale, processando criminalmente i possibili responsabili di crimini quali genocidio, guerra, aggressione e contro l'umanità.

Così, in quanto un ordinamento nazionale sarà "...in grado di esperire l'azione penale, il non intervento della Corte Penale Internazionale emerge come logica

---

<sup>101</sup> Mazzuoli, *Curso de direito internacional público*. p. 295:

"...ha anche luogo (per guardare intima connessione con il principio *pro homine*) il principio del divieto *del regresso*, secondo il quale le norme (internazionali ou interne) di protezione devono assicurare *sempre più* diritti alle persone, non potendo tornare indietro nella metà della massima effettività dei diritti umani."

Supremo Tribunal Federal, ARE 639337 (23/08/2011), Rel. Min. Celso de Mello:

Maxime

...

IL DIVIETO DI REGRESSO SOCIALE COME OSTACOLO COSTITUZIONALE ALLA FRUSTRAZIONE E ALL'ADEMPIAMENTO DAL POTERE PUBBLICO, DI DIRITTI PRESTAZIONALI. - Il principio del divieto di retrocesso impedisce i diritti fondamentali di carattere sociale, che non siano costituite le conquiste già raggiunte dai cittadini o dalla formazione sociale in cui vivono. - La clausola che vieta il regresso in materia dei diritti a prestazioni positive dello Stato (come il diritto all'educazione, il diritto alla salute o il diritto alla sicurezza pubblica, v.g.) traduce, nel processo di effettivazione di questi diritti fondamentali individuali o collettivi, ostacolo a livelli di concretizzazione di tali prerogative, una volta colpiti, possano essere ulteriormente ridotti o rimossi dallo Stato. Dottrina. Come risultato di questo principio, lo Stato, dopo aver riconosciuto i diritti prestazionali, assume il dovere non solo di farli diventare effettivi, ma è anche costretto, su pena di trasgressione al testo costituzionale, a mantenerli, astenendosi di frustrare - mediante suppressione totale o parziale - dei diritti sociali già concretizzati.

conseguenza del fatto che qui *non si può parlare di criminalità conforme a sistema*, ma soltanto di un reato, sia pur grave, che rimane nel contesto della giurisdizione nazionale (*non è questione di diritto internazionale penale*).<sup>102</sup>

La Corte Penale Internazionale, pertanto, non sostituisce la giurisdizione statale, ma agisce per garantire un ulteriore livello di protezione contro le violazioni dei diritti umani, attuabili solo in situazioni di estrema gravità, quando le istituzioni nazionali si mostrano deboli o non impegnate per la tutela dei diritti umani.

Così, da questo principio si garantisce alla Corte Penale Internazionale svolgere il ruolo assegnatole, senza indebite interferenze nei sistemi giuridici nazionali, a chi spetta la responsabilità primaria di indagare e perseguire i reati.

In realtà, quello che vuole lo Statuto di Roma e la conseguente istituzione della Corte Penale Internazionale è incoraggiare gli Stati a fornire i loro sistemi giudiziari di strumenti normativi e procedurali capaci di applicare la giustizia di forma efficace ed equa. Lo Statuto di Roma prevede delle situazioni nelle quali il proprio Stato parte potrà comparire in tribunale per dimostrare che il caso non ha soddisfatto le condizioni per l'esercizio della giurisdizione della Corte Penale Internazionale.<sup>103</sup> In questo modo si protegge la sovranità statale.

Inoltre, lo Statuto di Roma non richiede che le procedure penali, nella sfera domestica, siano condotte secondo lo stesso metodo previsto nello Statuto di Roma. I principi del diritto penale e del sistema di pene, internamente, possono differire dalle disposizioni previste nello Statuto di Roma. Il rilevante, allora, è la genuinità e l'autenticità delle indagini e dell'azione penale.

Quindi basterebbe che gli Stati svolgessero il loro ruolo e processassero, in modo imparziale, quelli sospettati di tali gravi violazioni dei diritti umani affinché la giurisdizione della Corte Penale Internazionale non sia provocabile. In questo modo si evita qualsiasi richiesta di incompatibilità, *in concreto*, delle norme dello Statuto di Roma con il diritto interno.

Così si permette di superare, e.g., le contraddizioni come l'ergastolo e la consegna di nazionali, nel caso del Brasile. Il buon funzionamento della giurisdizione brasiliana nella responsabilizzazione di crimini passibili di esame dalla Corte Penale

---

<sup>102</sup> Cornacchia, *Funzione della pena nello statuto della Corte Penale Internazionale*. Cornacchia, *Funzione*, p. 290.

<sup>103</sup> . Statuto di Roma artt. 18 e 19.

Internazionale non darebbe spazio perché una violazione arrivasse alla Corte.

Tuttavia, il principio di complementarità non risolve i problemi dove le norme nazionali producono qualche tipo di impedimento all'azione penale dei fori interni, come nel caso di immunità o di atti di clemenza.

Inoltre, va notato che per paesi come il Brasile (e contrariamente a quanto avviene in Italia), dove il sindacato di legittimità costituzionale fatto dalla Corte Costituzionale può facilmente essere utilizzato senza la necessità di un caso concreto (bastando la semplice presenza della norma astrattamente in contrasto con la Costituzione), l'uso del principio di complementarità non impedisce problemi.

Dopo tutto, l'antagonismo tra lo Statuto di Roma e la Costituzione può essere portato direttamente alla Corte costituzionale brasiliana da uno tra tanti legittimati che possono proporre un'azione di sindacato di costituzionalità<sup>104</sup>, anche se non c'è un caso particolare da risolvere. Così, l'ammissione di pene come l'ergastolo o la mancanza di determinatezza nel fissare sanzioni per ciascuno dei reati previsti nello Statuto di Roma può essere analizzata dalla Corte costituzionale, senza che nessun caso nella Corte Penale Internazionale coinvolga il Brasile.

## 6.8 Giurisdizione Universale

Un altro elemento in grado di ottimizzare lo Statuto di Roma e ridurre la possibilità di antinomie (in un contesto concreto, e non astratto) è il principio della giurisdizione universale. Il principio della giurisdizione universale ha grande utilità nella lotta contro l'impunità, anche se adottato in una misura minore. Ad esempio, quando richiede la presenza dell'imputato nel territorio di un determinato Stato, o quando limitato ai casi in cui la giurisdizione della Corte Penale Internazionale può essere azionata, la quale dipende, in generale, del territorio in cui il reato è stato commesso o dalla nazionalità del sospetto.

---

<sup>104</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Art. 103. Possono proporre l'azione di incostituzionalità:

I. il Presidente della Repubblica;

II. l'Organo Direttivo del Senato Federale;

III. l'Organo Direttivo della Camera dei Deputati;

IV. l'Organo Direttivo dell'Assemblea Legislativa;

V. il Governatore di Stato;

VI. il Procuratore Generale della Repubblica;

VII. il Consiglio Federale dell'Ordine degli Avvocati del Brasile;

VIII. ogni partito politico con rappresentanza nel Congresso Nazionale;

IX. ogni confederazione sindacale o ente di classe di ambito nazionale.

Infatti, quando un paese adotta il principio della giurisdizione universale in caso di violazioni dei diritti umani, avverte il mondo che porterà a giudizio dinanzi ai suoi tribunali i cittadini che hanno commesso questi crimini contro i diritti umani. Nel caso particolare dello Statuto di Roma, se i crimini sono stati commessi nel territorio di uno Stato Parte o da un cittadino di uno Stato parte.

Mentre nel principio della complementarità la Corte Penale Internazionale si limita ad agire solo sussidiariamente, adottandosi il principio della giurisdizione universale ci sarebbe un incentivo agli Stati di ampliare la portata della loro giurisdizione a fatti oltre i loro confini, aumentando il ruolo delle giurisdizioni nazionali e il ruolo sussidiario della Corte Penale Internazionale.

In tale modo, uno Stato può evitare l'imbarazzo della consegna di un imputato alla Corte Penale Internazionale, con rischi di un trattamento penale in contrasto con quello offerto dai loro tribunali nazionali. Per farlo, basta adottare la giurisdizione universale e giudicare nei loro tribunali nazionali, con le norme di diritto penale e di procedura penale nazionale, di forma genuina, imparziale, in grado di soddisfare le esigenze del giusto e regolare processo nel dovuto rispetto della legge.

La giurisdizione universale, tuttavia, non risolve tutta la casuistica. In realtà, sarebbe problematico l'esercizio della giurisdizione universale a scapito di persone che godono, a livello internazionale, di immunità diplomatiche, come i Capi di Stato e i Ministri degli Affari Esteri, nella stessa linea di ragionamento del precedente della Corte Internazionale di Giustizia conosciuto come Caso Yerodia.

Questo perché il postulato nell'articolo 27 dello Statuto di Roma (relativo, tra l'altro, all'irrelevanza delle immunità concesse dal diritto internazionale) opera solo in relazione alla Corte Penale Internazionale. In realtà, gli Stati non hanno rinunciato, gli uni agli altri, alle immunità di cui godono i loro agenti. La società delle nazioni non ha ancora raggiunto una fase in cui si può adottare quest'ampia esegesi.

Così, in un caso in cui il Presidente di un determinato Stato è accusato di pratica di crimine di genocidio, anche se il suddetto l'individuo si trovi nel territorio di un altro Stato, non potrà essere sottoposto (almeno quando si è in carica) alla competenza interna di quest'ultimo, ma solo alla giurisdizione del suo paese o della Corte Penale Internazionale.

Inoltre, è necessario pensare agli effetti dannosi o indesiderati dell'adozione del principio della giurisdizione universale, soprattutto per quanto riguarda questi crimini,

in molti casi, coinvolgendo agenti statali. È evidente il rischio di strumentalizzazione della giurisdizione penale, giacché uno Stato senza nessuna connessione materiale con i crimini commessi in qualsiasi altro Stato (e.g. senza vittime nazionali del primo Stato), utilizzi la giurisdizione penale come strumento di pressione politica o economica nelle relazioni internazionali.

Forse la soluzione sia l'adozione dagli Stati del principio di giurisdizione universale condizionata, che richiede, ad esempio, la presenza del reo sul territorio dello Stato, ovvero che le vittime ne abbiano la cittadinanza.

Ciò non esclude, tuttavia, un altro possibile effetto deleterio dell'adozione della giurisdizione universale: l'interferenza indebita di uno Stato nella politica nazionale di un altro per produrre cambiamenti nelle strutture di governo - per elezione o per colpi di Stato - in modo che i potenziali imputati perdono le loro immunità. In realtà, la persona di un ex presidente deposto che aveva commesso crimini definiti nello Statuto di Roma non godrà più dell'immunità nella sua giurisdizione nazionale o in una giurisdizione universale, permettendo il processo e il giudizio da una giurisdizione straniera.

Così, al fine di evitare tali interferenze negli affari interni, una giurisdizione penale internazionale, che non conosce le immunità, sembra produrre una migliore convivenza tra le nazioni.

Da quanto sopra, nonostante il grande uso del principio di giurisdizione universale, non può essere negato che per un particolare Stato, infine, sia preferibile che i suoi cittadini siano giudicati dalla Corte Penale Internazionale, organismo internazionale sovranazionale, che da un altro Stato sovrano pari in campo internazionale e che può avere interessi diversi dalla tutela dei diritti umani e dalla realizzazione della giustizia.

## **6.9 Sovranazionalità**

Per giustificare e superare l'incompatibilità dello Statuto di Roma con l'ordinamento costituzionale di un determinato Stato, si potrebbe anche invocare il carattere sovranazionale della Corte Penale Internazionale.

Infatti, la Corte Penale Internazionale, per la cui creazione gli Stati hanno concordato di cedere una parte della loro sovranità, rappresenta un tentativo di realizzazione della giustizia a livello sovranazionale.

Inoltre, una volta creato il Tribunale, gli Stati continuano a partecipare alla sua gestione, contando ognuno con un voto nell'Assemblea degli Stati Parte, che, peraltro, è

responsabile per l'elezione dei giudici e del Procuratore e dei suoi Procuratori sostituti<sup>105</sup>.

Così, essendo gli Stati rappresentati alla Corte Penale Internazionale, ne facendo parte tramite un atto di volontà (adesione allo Statuto di Roma), può tale tribunale rappresentare un'estensione del potere nazionale di ciascuno degli Stati parte, e non un organo straniero, appartenente ad un'altra sovranità.

Quest'argomento serve per escludere, per esempio, l'incompatibilità tra l'istituto di consegna alla Corte Penale Internazionale e il divieto di estradizione di cittadini.

La figura di sovranazionalità è davvero conciliante degli spiriti più aggrappati alle vecchie nozioni di sovranità e serve per superare le resistenze.

Tuttavia, la sovranazionalità ha maggiori difficoltà ad essere ampiamente applicata alla Corte Penale Internazionale in quanto ci sono molti Stati con ruoli importanti nella politica internazionale che non fanno parte della Corte.

La Corte, pertanto, non esercita la sua giurisdizione nello stesso modo su tutti gli stati. È necessario ricordare, per esempio, che anche gli Stati che non hanno aderito allo Statuto di Roma, possono essere soggetti alla giurisdizione della Corte Penale Internazionale con la decisione del Consiglio di Sicurezza<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> Statuto di Roma

Articolo 36

Qualificazioni, candidatura ed elezione dei giudici

(...)

6. a) I giudici sono eletti a scrutinio segreto in una riunione dell'Assemblea degli Stati Parte convocata a tal fine in forza dell'articolo 112. Subordinatamente al paragrafo 7 sono eletti 18 candidati che hanno ottenuto il maggior numero di voti e la maggioranza di due terzi degli Stati parte presenti e votanti.

b) Se rimangono seggi da destinare alla fine del primo turno di scrutinio si procederà a scrutini ulteriori secondo la procedura stabilita al capoverso a) fino a quando i rimanenti seggi siano stati ricoperti.

Articolo 42

Ufficio del Procuratore

(...)

4. Il Procuratore è eletto a scrutinio segreto dall'Assemblea degli Stati Parte ed a maggioranza assoluta dei suoi membri. I Vice-Procuratori sono eletti allo stesso modo da una lista di candidati presentata dal Procuratore. Il Procuratore presenta tre candidati per ciascun incarico di Vice-Procuratore da ricoprire. Salvo se viene deciso un mandato più breve, al momento della loro elezione il Procuratore ed i Vice-Procuratori esercitano le loro funzioni per nove anni e non sono rieleggibili. artt. 36.6 e 42.4 dello Statuto di Roma.

<sup>106</sup> Statuto di Roma

Articolo 13

Condizioni di procedibilità

La Corte può esercitare il proprio potere giurisdizionale su uno dei crimini di cui all'articolo 5, secondo le disposizioni del presente Statuto, se:

a) uno Stato Parte, in conformità dell'articolo 14, segnala al Procuratore una situazione nella quale uno o più di tali crimini appaiono essere stati commessi;

b) il Consiglio di Sicurezza, nell'ambito delle azioni previste dal capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, segnala al Procuratore una situazione nella quale uno o più di tali crimini appaiono essere stati commessi; oppure

c) il Procuratore ha aperto un'indagine su uno o più di tali crimini, in forza dell'articolo 15.



Tuttavia, la tesi della sovranazionalità si indebolisce quando si ricorda che, per questi Stati, la Corte Penale Internazionale sicuramente non ha la stessa legittimità di cui gode negli Stati parte, in particolare a causa del grande carico politico che può permeare le decisioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite<sup>107</sup>.

## 6.10 Diritto penale di eccezione

I progressi dello Statuto di Roma e della Corte Penale Internazionale da essa istituita, in particolare rispetto alle precedenti esperienze di giustizia internazionali, sono innegabili. Tuttavia, come un diritto penale che ottiene una corrispondente giurisdizione penale appena creata, si deve fare attenzione ai rischi che l'affermazione dell'esistenza e l'autonomia di queste nuove istanze non vadano in direzioni a strade già percorse dall'esperienza penale nazionale, dove spiccano contraddizioni e malintesi.

Una giurisdizione penale in fase di installazione e di affermazione non bisogna percorrere le stesse strade fatte dal potere repressivo dello Stato, quando vuole affermarsi su gruppi umani indesiderabili, sfidatori o scomodi. Infatti, la Corte Penale Internazionale – a differenza delle giurisdizioni nazionali – non è un braccio di uno Stato, e quindi dovrebbe avere migliori condizioni di comportarsi in modo diverso.

Così, il percorso della giurisdizione penale internazionale, a partire dalla Corte Penale Internazionale, non deve essere quello di un diritto penale del nemico. L'emergere di una giustizia internazionale<sup>108</sup> non implica la sua istituzione in basi al diritto penale di emergenza<sup>109</sup>.

In effetti, i sistemi penali, rispondendo alle pressioni sociali, spesso aprono cicli di recrudescenza dove si verificano involuzioni nel suo percorso di spirito umanistico inaugurato dall'Illuminismo e da Beccaria. In questi cicli, si rivitalizzano gli istituti della legislazione totalitaria e si estende l'intervento penale in aree tradizionalmente non

---

<sup>107</sup> Basta ricordare che, dei cinque membri con seggio permanente (e potere di divieto), tre non hanno ratificato lo Statuto di Roma (Stati Uniti, Cina e Russia).

<sup>108</sup> Espressione utilizzata da Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare*.

<sup>109</sup>

‘.. un problema del tutto classico della penalità: il permanere di un doppio binario criminologico e reale del diritto penale dei fatti. C'è, infatti, un diritto penale della stigmatizzazione primaria, che si avvicina, in effetti, a un diritto penale “del nemico”, e che in Italia si preferisce chiamare “dell'emergenza”....

In Massimo Donini, “Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico”, in *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo : omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92. compleanno*, org. Luigi Foffani (Giuffrè Editore, 2006), 67–91.

raggiunte dal controllo giurisdizionale<sup>110</sup>.

In questo senso, si è visto, sia in Brasile (degli anni '60) sia in Italia (negli anni 70 e 80), un cambio di paradigma, soprattutto al fine di combattere il terrorismo e la criminalità organizzata<sup>111</sup>.

L'eccezione o emergenza è sorta come giustificazione politica del cambiamento, nelle vertenti materiale, procedurale e di esecuzione, “delle regole del che nello stato di diritto disciplinano la funzione penale”<sup>112</sup>, permettendo così la nascita di un diritto penale differenziato per alcune clientele, legate al terrorismo e alla criminalità organizzata.

Più di recente, una lotta internazionale contro il terrorismo ha permesso l'edizione dell'Atto Patriota negli Stati Uniti e una “Guerra al Terrorismo”, che, tra le altre conseguenze, ha macchiato l'alba del XXI secolo con le atrocità di Guantánamo. Purtroppo, un tale modo di azioni statali, effettuate per conto di una situazione di emergenza internazionale, sono sfuggite alla Corte Penale Internazionale, che non è ancora forte per ciò.

La produzione normativa di emergenza, intesa come uno strumento di politica statale in difesa delle istituzioni e della società civile, trovava suoi fondamenti nella presunta temporaneità del suo uso, dal momento che era destinata a combattere solo i fatti eccezionali che minacciavano le istituzioni statali. Pertanto, la sospensione, apparentemente temporanea, di alcune garanzie inerenti allo Stato di Diritto è stata vista, in particolare dall'opinione pubblica, come un modo per garantire la sopravvivenza stessa dello Stato.

Così, abbiamo un diritto penale d'emergenza<sup>113</sup> o d'eccezione, che aggruppa, simultaneamente, “la legislazione d'eccezione rispetto alla Costituzione e quindi il mutamento legale delle regole del gioco” e “la giurisdizione d'eccezione, a sua volta degradata rispetto alla stessa legalità alterata”.<sup>114</sup>

Un ordine giuridico penale – anche parziale – di questa natura è una

---

<sup>110</sup> Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del Garantismo Penale*, 9° ed (Bari: Laterza, 2008). p. 727/728.

<sup>111</sup> In Brasile, la lotta al crimine organizzato da questi strumenti è più recente, degli anni novanta

<sup>112</sup> Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del Garantismo Penale*. p. 844.

<sup>113</sup> Sergio Moccia, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale* (Edizioni Scientifiche Italiane, 2011). p. 53:

“La legislazione penale contro la criminalità organizzata rappresenta la tipica espressione normativa emergenziale, con tutti i difetti che connotano questo tipo di provvedimenti: approssimazione, caoticità, rigorismo repressivo, simbolicità, caduta in termini di garanzie.”

<sup>114</sup> Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del Garantismo Penale*. p. 845.

contraddizione all'interno di un ordine democratico e di uno Stato di diritto. In una struttura democratica, non si dimostra possibile l'adozione di misure legislative penali, anche se eccezionali, per gestire situazioni emergenziali di insicurezza<sup>115</sup> o di protesta pubblica.<sup>116</sup>

Infatti, per Ferrajoli, soltanto la guerra (interna o esterna) giustificherebbe la rottura con le regole del gioco. E una volta in guerra, quello che abbiamo è l'esercizio della forza, non del diritto. Quindi, se il terrorismo vissuto in Italia e in Brasile rappresentano, infatti, una minaccia alle basi dello Stato, la risposta statale risulterebbe giustificata, anche se non fosse diritto. D'altra parte, se non ci fosse tale minaccia, la risposta statale configurerebbe un diritto illegittimo<sup>117</sup>.

Pertanto, una giurisdizione penale internazionale protettiva dei diritti umani non può essere giustificata come una guerra contro i violatori dei diritti umani.

Tuttavia, non vi è dubbio che una guerra contro i "leaders di governi stranieri" indesiderati possa, infatti, assumere un discorso di violazioni emergenti dei diritti umani per stabilire reazioni indebite mediante una giurisdizione penale internazionale legittimatrice. E la giurisdizione penale può avere la capacità di esentare i vendicatori dell'onere di esplicitare le loro reazioni barbare, come quelle che segnano la storia di Guantánamo contro il terrorismo.

Una vera giurisdizione penale internazionale, però, non si può prestare a ciò.

Nel diritto penale, secondo Gunther Jakobs, si possono trovare due tipi di trattamento. Da un lato ci sarebbe il trattamento del cittadino, nel quale si ripongono aspettative sino a quando egli esteriorizzi le sue azioni, reagendo solo allora, al fine di confermare la struttura normativa della società. Dall'altro, il trattamento dato al nemico, che è immediatamente bloccato già nello stadio precedente e che si combatte in quanto pericoloso<sup>118</sup>.

Il diritto penale del nemico, allora, coinciderebbe con il trattamento giuridico riservato a determinate persone che in un modo duraturo e persistente, rifiutano la

---

<sup>115</sup> Moccia, *La perenne emergenza*. p. 2.

<sup>116</sup> *Ibidem*. p. 33:

“Il naturale adattamento dell'intervento penale alla peculiarità del fenomeno non può implicare un adattamento dei principi alle esigenze di controllo, ma sempre il contrario; la relativa novità dell'intervento non può giustificare una sua modificazione rispetto alle esigenze del sistema, quale si venuto delineando intorno ai principi dello stato sociale di diritto.”

<sup>117</sup> Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del Garantismo Penale*. p. 867/869.

<sup>118</sup> Günther Jakobs, “Diritto penale del nemico”, in *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, org. Massimo Donini e Michele Papa (Giuffrè Editore, 2007), 5–28., p. 19.

legittimità dell'ordine giuridico e vogliono distruggerlo. Il diritto penale del cittadino, da un altro lato, sarebbe applicato dallo Stato a quegli individui la cui condotta criminale non mette a rischio la sussistenza dell'ordine giuridico<sup>119</sup>.

Gli addetti a questa teoria ritengono che sarebbe necessario ricorrere al diritto penale del nemico per evitare mali peggiori, tanto nell'ambito della sicurezza generale (neutralizzando i gravi pericoli), quanto in quello della sicurezza individuale (una volta che il modello impedisce che l'eccezione riguardi tutti e che gli esclusi siano trattati ancora peggio, ovvero senza alcuna norma giuridica)<sup>120</sup>. Questo perché anche per il nemico è riservato un trattamento basato sulle norme giuridiche, pure se differenziate, che evita che contro di esso si faccia la guerra o che diventi oggetto di reazioni spontanee. In questo modo, anche il trattamento dispensato al nemico avrebbe sempre qualcosa del diritto penale del cittadino<sup>121</sup>.

Il diritto penale del nemico, secondo ordinariamente si crede, sarebbe caratterizzato da tre elementi: anticipazione della soglia di punibilità (ossia la prospettiva dell'ordinamento giuridico-penale è prognostica, anziché retrospettiva, che prende in considerazione il fatto commesso); le pene previste sono sproporzionatamente elevate; e determinate garanzie processuali sono relativizzate o addirittura eliminate<sup>122</sup>.

Precisamente a causa di queste critiche, afferma Meliá che il modello del diritto penale del nemico non potrebbe avere nessuna accezione prescrittiva, ma solo descrittiva, dato che, in quanto diritto positivo, il Diritto penale del nemico fa parte solo formalmente del reale sistema giuridico-penale. Infatti, mentre l'espressione Diritto penale del cittadino è un pleonaso, quella di Diritto penale del nemico è una contraddizione in termini<sup>123</sup>.

La possibilità di legittimazione<sup>124</sup> della giurisdizione penale internazionale come un diritto penale di eccezione (del nemico o di emergenza) può portare con sé una gamma di problemi chissà maggiori di quelli che si pretende superare.

---

<sup>119</sup> Daniel R. Pastor, "Diritto penale del nemico e potere punitivo internazionale", in *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, org. Massimo Donini e Michele Papa (Giuffrè Editore, 2007), 191–237.p. 193.

<sup>120</sup> Ibidem., p. 192.

<sup>121</sup> Ibidem. p. 194.

<sup>122</sup> Manuel Cancio Meliá, "'Diritto penale' del nemico?", in *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, org. Massimo Donini e Michele Papa (Giuffrè Editore, 2007), 65–103.p. 80-81.

<sup>123</sup> Meliá, "'Diritto penale' del nemico?", p. 66.

<sup>124</sup> "La punizione, a livello internazionale od interno, delle violazioni dei diritti umani, in seguito al mutamento di un regime politico, mostra l'emersione di tratti propri del Diritto penale del nemico, senza essere, per ciò solo, illegittima" Jakobs, "Diritto penale del nemico". p. 27

Il potere punitivo internazionale successivo alla fine della seconda guerra mondiale era destinato a dare una risposta giusta in base diverse delle aggressioni commesse durante la guerra. In questo contesto è stato creato, a livello internazionale, un sistema inter-statale (di scarsa qualità, secondo Daniel R. Pastor), che considera l'applicazione addirittura della pena di morte per la maggior parte delle persone che, dopo processati, sono stati giudicati colpevoli<sup>125</sup>

La giurisdizione penale dei Tribunali di Norimberga e Tokio è qualcosa di più primitiva del raffinato diritto penale del nemico. Infatti, basta ricordare che erano vincitori giudicando (o ancora sottomettendo) gli sconfitti, applicando di forma retroattiva le norme tramite i tribunali creati *post factum*, e senza diritto a ricorso<sup>126</sup>.

I vinti erano trattati come nemici perché erano (o erano stati) nemici in una guerra. Così, per quanto si attribuissero (come del resto è stato tentato) contorni giuridici a tali processi, il fatto è che non sono riusciti ad allontanarsi, completamente, del mero esercizio della forza dei vincitori contro gli sconfitti.

I tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e il Ruanda invece si presentano più vicini ad un diritto penale di emergenza, proprio perché non possono essere etichettati come giurisdizione di vincitori sugli sconfitti. Nella creazione di tali tribunali esiste un clamore internazionale, che riecheggia in un consenso nel Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, riconoscendo l'urgente necessità di una soluzione eccezionale per un quadro anche eccezionale di violazioni dei diritti umani.

In realtà, portando gli ideali umanitari, la comunità internazionale ha accettato, quindi, di sospendere determinate garanzie, tra cui sottoporre terzi a giudizio dai tribunali di eccezione.

La Corte Penale Internazionale come il successore di queste esperienze può aguzzarle o essere un punto di svolta. Il legame della giurisdizione penale internazionale,

---

<sup>125</sup> Pastor, "Diritto penale del nemico e potere punitivo internazionale", p. 202-203.

<sup>126</sup> Statuto di Norimberga

Art. 26. The judgment of the Tribunal as to the guilt or the innocence of any Defendant shall give the reasons on which it is based, and shall be final and not subject to review.

Statuto di Tokyo

Article 17

Judgment and review

The judgment will be announced in open court and will give the reasons on which it is based. The record of the trial will be transmitted directly to the Supreme Commander for the Allied Powers for his action thereon. A sentence will be carried out in accordance with the order of the Supreme Commander for the Allied Powers, who may at any time reduce or otherwise alter the sentence except to increase its severity.

Così, a Tokio, malgrado non ci fosse previsione di ricorso, potrebbe il Commandante Supremo ridurre la pena applicata.

com'è concepito nello Statuto di Roma, con il diritto penale del nemico o il diritto penale di emergenza non è un'inversione, ma un grave rischio.

In realtà, il sistema giuridico internazionale, costituito da una serie di norme concordate<sup>127</sup> e consuetudinarie impongono agli Stati obblighi di punire determinati atti criminali<sup>128</sup>. E quando l'azione dello Stato è insufficiente, sono a loro volta le organizzazioni internazionali chiamate ad agire.

È in questo contesto che sorge lo Statuto di Roma, che ha come obiettivo replicare, sulla scena internazionale, il minimo di garanzie e principi di un diritto penale moderno, superando le carenze delle precedenti esperienze.

Così, la nascita della Corte Penale Internazionale si dà sotto il segno dell'incremento delle garanzie – e non di sua riduzione. Si tratta di espansione di regole più protettive e non della creazione di quadri eccezionali – almeno quando si procede al paragone con l'ordine giuridico internazionale preesistente.

Inoltre, la presenza del Pubblico Ministero indipendente – come visto dalle maggiori potenze mondiali - è indicativo che l'istituzione della Corte Penale Internazionale è pensata per non lasciare l'esercizio della giurisdizione penale al sapore degli interessi dei più potenti, maneggevole contro i loro nemici.

Anche il suo carattere sussidiario e complementare, favorendo le giurisdizioni nazionali e universali, non si traduce in una vocazione di risposta pronta, efficiente e intimidatoria dei modelli penali eccezionali.

Inoltre, la definitività dell'ordine che intende difendere non è compatibile con la promessa messa in scena della temporaneità dei regimi di diritto penale di emergenza. Il carattere originale della Corte Penale Internazionale non deve essere confuso, quindi, con lo stato di eccezione. La sua affermazione – forse romantica – è quella di rendere i diritti umani la regola e la sua violazione, l'eccezione.

---

<sup>127</sup> Pastor, “Diritto penale del nemico e potere punitivo internazionale”, p. 203.

“In primo luogo, infatti, esiste un insieme di Trattati che impongono agli Stati e agli individui degli obblighi di punire determinati fatti criminosi (dai Trattati dell'Aia a quello di Roma, passando per le Convenzioni di Ginevra). In secondo luogo, esiste un diritto penale *consuetudinario* contenente obblighi di *punire* in tutto il mondo (un inaudito *ius cogens* penale!). In terzo ed ultimo luogo, sono state istituite delle giurisdizioni penali che devono applicare queste normative abbastanza amorte (i tribunali nazionali, i tribunali creati dai vincitori delle guerre, i tribunali eccezionali e speciali istituiti dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e, infine, la Corte Penale Internazionale). Si è così sviluppato un Golen definibile come *potere punitivo internazionale*, che si caratterizza per l'applicazione, da parte degli organi giudicanti già menzionati, di norme internazionali rinvenibili in testi pattizi o desumibili (inventati?) da pratiche uniformi (?) tendenti alla repressione di fatti qualificati come 'crimini internazionali'. Questi ultimi devono essere perseguiti, e tale compito non può essere lasciato esclusivamente agli Stati.”

<sup>128</sup> *Ibidem.*, p. 203.

Si aggiunga che nel caso della Corte Penale Internazionale non c'è nulla per impedire, anche se in via eccezionale, l'attivazione della propria giurisdizione per proteggere gli interessi degli imputati. Basti pensare all'ipotesi prevista nell'articolo 20 dello Statuto di Roma<sup>129</sup>, che ammette l'inosservanza della res giudicata se il processo è stato condotto di forma parziale, ignorando gli interessi degli imputati. Pertanto, nel caso in cui il giudiziario nazionale, spogliato dalla sua imparzialità, cerca, ad ogni costo, perseguire e condannare arbitrariamente gli oppositori politici di un determinato sistema, può la Corte Penale Internazionale attuare come istanza di garanzia, affermando un diritto penale del cittadino su un diritto penale del nemico.

Si segnala, infine, la lodevole resistenza presentata alla Conferenza di Roma contro il suggerimento di che la Corte Penale Internazionale avesse giurisdizione sui casi di terrorismo<sup>130</sup>. Dunque, è stata rinunciata la possibilità che la Corte Penale Internazionale compromettesse la sua giurisdizione affrontando internazionalmente il terrorismo emergente, che esige una risposta pronta ed energica dagli Stati aggrediti. C'è stata, quindi, una rinuncia alla tentazione di emergenza terroristica.

Tuttavia, è anche vero che non favorisce la nascente Corte Penale Internazionale il confronto tra le diversi livelli di sviluppo delle garanzie in materia di diritto penale internazionale e di diritto penale nazionale. Infatti, se l'ordine giuridico penale applicato dalla Corte Penale Internazionale fosse un ordine interno, adottato da uno Stato per l'esercizio del suo potere repressivo e punitivo, le critiche al diritto penale del nemico potrebbero essere applicabili<sup>131</sup>.

Infatti, non c'è modo di ignorare che il potere punitivo internazionale (del quale la Corte Penale Internazionale fa parte) è caratterizzato generalmente da una lotta contro l'impunità.

E in un tale modello, in cui i fatti gravissimi non possono mai rimanere

---

<sup>129</sup> Statuto di Roma

Articolo 20 Ne bis in idem

...

Chiunque sia stato precedentemente giudicato da una diversa giurisdizione per condotte punibili anche ai sensi degli articoli 6,7, e 8, può essere giudicato dalla Corte solo se il procedimento di fronte all'altra giurisdizione:

...

in ogni caso non era stato condotto in modo indipendente ed imparziale, nel rispetto delle garanzie previste dal diritto internazionale, ma invece era stato condotto in modo da essere incompatibile, date le circostanze, con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia.

<sup>130</sup> Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*. p. 96:

Proposal submitted by Algeria, India, Sri Lanka and Turkey on Article 5, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.27/Corr.1

<sup>131</sup> V. Salim, Alexandre Aranalde, "La Corte Penale Internazionale e l'espansione del paradigma garantista: il diritto penal mondiale" (Università degli Studi di Roma Trè, 2012).

impuniti, si può ammettere che il fine (la condanna dei responsabili) giustifica i mezzi<sup>132</sup>. Anche perché questo modello riconosce solo il lato attivo del potere penale<sup>133</sup>, senza rendersi conto che i meccanismi di non punizione sviluppano a volte un ruolo più importante rispetto alle proprie condanne<sup>134</sup>, soprattutto quelle ottenute ad ogni costo e con qualsiasi azione, proprio della traiettoria precedente dei tribunali penali internazionali<sup>135</sup>.

L'atrocità caratteristica dei crimini per i quali questo sistema sarebbe competente permetterebbe trattare il sospettato come un *outlaw*, che non merita garanzie, anche perché, nonostante non si dica chiaramente, vigerebbe il principio medioevale *in delictis atrocissimis jura transgredi licet*<sup>136</sup>. Saremmo perciò, dinanzi ad una ideologia antiliberale chiaramente orientata ad una punizione infinita, quasi senza limiti, dei cosiddetti crimini internazionali, tramite un sistema creato non per indagare e giudicare, ma per condannare<sup>137</sup>.

Così, il potere punitivo internazionale può comprendere il dovere di indagare, processare e punire come forma di “garanzia di non ripetizione” delle violazioni dei diritti umani che si sono già verificate. Una società che dimentica le sue passate e presenti

---

<sup>132</sup> Pastor, “Diritto penale del nemico e potere punitivo internazionale”. p. 204.

<sup>133</sup> Human Rights Committee, General Comment 20, Article 7 (Forty-fourth session, 1992), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 30 (1994):

15. The Committee has noted that some States have granted amnesty in respect of acts of torture. amnesties are generally incompatible with the duty of States to investigate such acts; to guarantee freedom from such acts within their jurisdiction; and to ensure that they do not occur in the future.

<https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom20.htm>

<sup>134</sup> Corte Interamericana dei Diritti Umani, Caso Villagrán Morales y Otros vs Guatemala (Niños de la Calle), Sentencia de 19 de noviembre de 1999:

“del artículo 1.1, se desprende claramente la obligación estatal de investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención como medio para garantizar tales derechos”

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)

Corte Interamericana dei Diritti Umani, Caso Suarez Rosero vs Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997:

106. En cuanto a la segunda petición de la Comisión, el Ecuador presentó a la Corte documentos que prueban que el proceso contra el señor Suárez Rosero ya fue sentenciado (supra, párr. 71). La Comisión no ha controvertido este hecho y, si bien en el transcurso de la audiencia pública celebrada por la Corte el señor Suárez Rosero mencionó la existencia de un recurso contra dicha sentencia, no hay evidencia de tal afirmación (supra, párr. 71). Por lo tanto, es innecesario que la Corte se refiera a la primera parte de esta petición. Respecto de la segunda parte de dicha petición, la Corte declara que el Ecuador está obligado, en virtud de los deberes generales de respetar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno (arts. 1.1 y 2 de la Convención) a adoptar las medidas necesarias para asegurar que violaciones como las que han sido declaradas en la presente sentencia no se producirán de nuevo en su jurisdicción.

107. Como consecuencia de lo dicho, la Corte considera que el Ecuador debe ordenar una investigación para identificar y, eventualmente, sancionar a las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta sentencia.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf)

<sup>135</sup> Pastor, “Diritto penale del nemico e potere punitivo internazionale”.p. 203. Nota 49

<sup>136</sup> Ibidem., p. 205.

<sup>137</sup> Ibidem., p. 206.



violazioni dei diritti umani sarebbe destinata a ripeterle<sup>138</sup>. Così i tribunali internazionali dovrebbero opporsi anche alla concessione di amnistie<sup>139</sup>.

Nonostante queste caratteristiche fossero presenti, più chiaramente nelle esperienze anteriori della Corte Penale Internazionale, il fatto è che quest'ultima riceve questa eredità di impegno per gli aspetti punitivi della giurisdizione penale<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> Ramos, André de Carvalho, "Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos". p.26

<sup>139</sup> Corte Interamericana dei Diritti Umani, Caso Barrios Altos, Sentencia de 14 de marzo de 2001:

"41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)

Nel caso brasiliano, malgrado l'amnistia sia stata concessa a ambedue i lati del regime autoritario istalato nel decennio dei sessanta (situazione e opposizione), anche così la Corte Interamericana ha ritenuto che si trattava di auto amnistia, determinando poi l'identificazione, il processo e la punizione dei responsabili. Corte Interamericana dei Diritti Umani, Caso Gomes Lund, Sentencia de 24 de novembro de 2010:

170. Como se desprende de lo contenido en los párrafos precedentes, todos los órganos internacionales de protección de derechos humanos y diversas altas cortes nacionales de la región que han tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del alcance de las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos y su incompatibilidad con las obligaciones internacionales de los Estados que las emiten, han concluido que las mismas violan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar dichas violaciones.

171. Este Tribunal ya se ha pronunciado anteriormente sobre el tema y no encuentra fundamentos jurídicos para apartarse de su jurisprudencia constante, la cual, además, concuerda con lo establecido unánimemente por el derecho internacional y por los precedentes de los órganos de los sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos. De tal modo, a efectos del presente caso, el Tribunal reitera que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

172. La Corte Interamericana considera que la forma en la cual ha sido interpretada y aplicada la Ley de Amnistía adoptada por Brasil (supra párrs. 87, 135 y 136) há afectado el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos al impedir que los familiares de las víctimas en el presente caso fueran oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo el artículo 1.1 de la Convención. Adicionalmente, al aplicar la Ley de Amnistía impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, el Estado incumplió la obligación de adecuar su derecho interno consagrada en el artículo 2 de la Convención bAmericana.

Mesi prima, nell'ADPF n.153/DF, il Supremo Tribunale Federale brasiliano aveva riconosciuto la legalità dell'amnistia concessa durante la dittatura militare, tra altri fondamenti, dato che veniva destinata a ambedue i lati del regime autoritario (situazione e opposizione).

In Uruguay, è stata pubblicata, nel dicembre del 1986, la Legge n° 15.848 (conosciuta come "Ley de Caducidad"), la quale ha estinto la punibilità degli autori dei crimini contro i Diritti Umani durante la dittatura. La detta estinzione non ha colpito il pagamento di indennizzo alle vittime e ai famigliari, ma ha impossibilitato la persecuzione criminale degli autori dei reati. La Commissione Interamericana, fedele ai principi della responsabilità internazionale dello Stato per violazione dei Diritti Umani, ha condannato lo Stato uruguayano per l'edizione della legge di riconciliazione nazionale, che comprometterebbe il dovere di investigare e punire i responsabili degli atti di violazione dei Diritti Umani. Per la Commissione Interamericana dei Diritti Umani, l'Uruguay, nell'editare la citata legge n.15.848/86, ha violato l'art. 1.1 della Convenzione Americana dei Diritti Umani (garanzia e rispetto ai Diritti Umani).

Nel caso Loayza Tamayo, la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha affrontato la legge peruviana, la quale concedeva l'amnistia generale ai membri delle Forze Armate e Polizia Civile e Militare.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf)

<sup>140</sup> Pastor, "Diritto penale del nemico e potere punitivo internazionale". p. 206.

In realtà, già dal preambolo dello Statuto di Roma viene denotata la preoccupazione di combattere l'impunità<sup>141</sup>. Viene quindi come una normativa di lotta, tipica del diritto penale di eccezione.

Quindi, se uno degli obiettivi della Corte Penale Internazionale è quello di evitare l'impunità, sarebbe, sotto questo punto di vista, giustificato un eventuale retrocesso nella protezione dei diritti dell'imputato, in quanto ciò servirebbe a un bene più grande, che è la prevenzione di altri crimini efferati che si ripetono.

Lo Statuto di Roma, pertanto potrebbe essere visto come una norma speciale ed eccezionale, attuabile solo se commessi crimini estremamente gravi e quando il sistema giudiziario statale è fallito o mancante. Si avrebbe quindi la limitazione di certi diritti e garanzie dell'imputato a livello internazionale<sup>142</sup>, dinanzi alla situazione di emergenza installata e riconosciuta.

In questo senso, lo Statuto di Roma e il conseguente allontanamento di determinati diritti e garanzie dell'imputato – in speciale di non essere sottomesso all'ergastolo e di conoscere, in anticipo, i limiti minimo e il massimo delle pene alle quali è soggetto in ragione della pratica di determinato crimine – potrebbe trovare giustificazione del diritto penale di eccezione. Poiché è basato sull'emergenza, si giustificerebbe, nell'ambito interno, che lo Statuto di Roma venga attuato, a discapito delle eventuali incompatibilità con la norma costituzionale.

Questa comprensione, però, nonostante difendibile, soprattutto da parte di chi accetta il diritto penale di eccezione, è permeata dalla minaccia rappresentata dalla flessibilizzazione dei diritti umani, nell'ambito interno, per conto di una (presunta) protezione internazionale di tali diritti.

Inoltre, va tenuto presente che ogni passo indietro fatto nel diritto penale per conto di un'emergenza sociale o internazionale ha un costo molto elevato. In effetti, i progressi nel campo dei diritti e delle garanzie sono sempre lenti e costosi, mentre i

---

<sup>141</sup> Statuto di Roma  
Preambolo

...  
Affermando che i delitti più gravi che riguardano l'insieme della comunità internazionale non possono rimanere impuniti e che la loro repressione deve essere efficacemente garantita mediante provvedimenti adottati in ambito nazionale ed attraverso il rafforzamento della cooperazione internazionale,  
Determinati a porre termine all'impunità degli autori di tali crimini contribuendo in tal modo alla prevenzione di nuovi crimini,

<sup>142</sup> Non c'è paragone tra questa limitazione e le condotte di solito attuate da alcuni Stati nella lotta contro il terrorismo, per esempio.

retrocessi, semplici e veloci<sup>143</sup>.

Quindi, come avvertito da Daniel R. Pastor, l'idea che il diritto penale di eccezione, nel rispetto del diritto penale, impedisce che le disposizioni del tutto eccezionali contaminino il diritto penale del cittadino, non passa di un'illusione<sup>144</sup>.

In realtà, non vi è alcun modo per mantenere un diritto penale del cittadino senza che esso sia contaminato fino ad una sua espropriazione da parte del diritto penale del nemico<sup>145</sup>. Un diritto penale di eccezione isolato non garantisce neanche lo stato di diritto del residuale diritto penale del cittadino, perché l'assenza di diritti, che si dovrebbe riferire a solo determinati individui, finisce per non limitarsi a un settore unico dello Stato, invadendo l'intero sistema giuridico e distruggendo il nucleo dello Stato di Diritto<sup>146</sup>.

Come avverte Garapon, “[l]a giustizia ritrova il suo significato primario, quello di rifiutare la logica della vendetta, di rispondere al male selvaggio del crimine con le restrizioni misurate e controllate della pena. (...) La giustizia internazionale, ... a pena di negare ciò che la fonda, non deve trattare i criminali come dei nemici, non deve duplicare la violenza, non deve invertire il rapporto vittima-carnefice...”<sup>147</sup>

Così, anche la lettura più benevola dei poteri della Corte Penale Internazionale non deve permettere che siano ignorati i rischi di un'accettazione acritica e placida dei deficit del diritto penale internazionale e della giurisdizione penale internazionale posteriore allo Statuto di Roma. È indispensabile che la Corte Penale Internazionale cerchi la sua evoluzione, esigendo la temporaneità degli eventuali retrocessi e cercando i progressi necessari, anche per ridurre il rischio di contaminazione interna.

Inoltre, non vi è alcun bisogno di nascondere il rischio che, ancora così, la Corte Penale Internazionale possa essere simpatica a posizioni retrograde che intendono il diritto penale e la pena come la soluzione di tutti i problemi. Può ancora avere la contaminazione di ordine interno, trasponendo a livello nazionale questi stessi ideali, in

---

<sup>143</sup> Per esemplificare, se in uno scenario futuro arrivasse al potere centrale brasiliano, con ampia maggioranza anche nelle case legislative, fazione ideologica non compromessa con la difesa dei diritti umani, gli sarebbe facilmente possibile allargare il campo di applicazione della pena dell'ergastolo e della consegna di cittadini per crimini diversi, ecco che è stata già allontanata, dalla Corte Penale Internazionale, la protezione costituzionale di queste garanzie.

<sup>144</sup> Pastor, “Diritto penale del nemico e potere punitivo internazionale”, p. 219:

“Le deroghe ai diritti fondamentali per i criminali e sospettati sono sorte, da un punto di vista storico, come eccezioni isolate che si sono poi espanse come metastasi a tutto il corpo del diritto penale, compreso a quello dei ‘cittadini’.”

<sup>145</sup> Ibidem., p. 219.

<sup>146</sup> Kai Ambos, “Il diritto penale del nemico”, in *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, org. Massimo Donini e Michele Papa (Giuffrè Editore, 2007), 65–103., p. 59.

<sup>147</sup> Garapon, *Criminali che non si possono né punire né perdonare*. p. 151.

palese inosservanza dei diritti e delle garanzie già raggiunti internamente.

La reazione perciò, alle deficienze della Corte Penale Internazionale e dello Statuto di Roma nel piano nazionale è necessaria e pedagogica.

Tuttavia, non può avere la veemenza di abortire questo progetto, ma piuttosto di farlo crescere nella giusta direzione del diritto penale e, forse, essere anche mondialmente pedagogico, mentre diffusore di standard crescenti di civiltà e di umanità nel diritto penale. In realtà, anche se la Corte può essere definita come il diritto penale del nemico<sup>148</sup>, questo, di per sé, non la delegittima, nonostante richieda più attenzione e più riflessione.

Infine, e su ciò che conta a questo punto, anche se viene attribuita alla Corte Penale Internazionale la natura di un diritto penale di eccezione, di portata limitata, non c'è modo di dire, legalmente, che questo sia sufficiente a superare le incompatibilità tra lo Statuto Roma e le norme costituzionali. In realtà, qualsiasi statuto penale, anche eccezionale, deve essere conforme alla Costituzione.

## 6.11 Stato di eccezione costituzionale

I documenti giuridici internazionali e nazionali in materia di diritti umani, per riconoscere loro un carattere universale e storico, desiderano la perpetuazione di questi diritti. In realtà, i diritti umani sono progettati per essere universali e continui.

Anche le Costituzioni si preoccupano del perpetuarsi dei diritti fondamentali, in modo che li mettono a salvo dalle fluttuazioni dei poteri costituiti per consentire il democratico governo delle società in vista all'evoluzione della civiltà.

L'affermazione che lo Stato di Diritto, garante dei diritti umani, sia perenne comporta la progettazione, in alcuni testi, di regole eccezionali, applicabili in situazioni di crisi. In una visione di autoregolazione quasi cibernetica, i diritti e le garanzie fondamentali potrebbero essere temporaneamente sospesi per la conservazione dello Stato e, una volta superata la situazione di rischio, questi riprenderebbero la loro forza.

Questa è la natura dell'articolo 4° del Patto Internazionale relativo ai diritti

---

<sup>148</sup> Come ha affermato Jakobs, "Diritto penale del nemico". p. 26:

"... la mia tesi non si scaglia contro i diritti umani universalmente vigenti, ma si preoccupa di sottolineare che la fondazione è qualcosa di diverso dalla garanzia degli stessi. Se può essere utile alla fondazione di una Costituzione mondiale 'giuridico-comunitaria', si dovrà punire coloro che violano i diritti umani, trattandosi tuttavia di una pena diretta non contro persone colpevoli, ma contro nemici pericolosi. E ciò dovrebbe allora chiamarsi con il suo nome: Diritto penale del nemico."

civili e politici, concluso a New York il 16 dicembre 1966:

Art. 4

1. In caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale, gli Stati parte del presente Patto possono prendere misure le quali derogano agli obblighi imposti dal presente Patto, nei limiti in cui la situazione strettamente lo esiga, e purché tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale e non comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale.

2. La suddetta disposizione non autorizza alcuna deroga<sup>149</sup> agli articoli 6, 7, 8 (par. 1 e 2), 11, 15, 16 e 18.

3. Ogni Stato parte del presente Patto che si avvalga del diritto di deroga deve informare immediatamente, tramite il Segretario generale delle Nazioni Unite, gli altri Stati parte del presente Patto sia delle disposizioni alle quali ha derogato sia dei motivi che hanno provocato la deroga. Una nuova comunicazione deve essere fatta, per lo stesso tramite, alla data in cui la deroga medesima viene fatta cessare.

Sulla stessa scia viene la “Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”, disposto nell'articolo:

ARTICOLO 15

Deroga in caso di stato d'urgenza

1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.

2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7.

3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.

Per la sopravvivenza dello Stato - perché è un garante di diritti umani - è ammissibile un recesso ai propri diritti umani, rispettate alcune procedure internazionali e nazionali per questa deroga temporanea. È quello che viene denominato lo Stato di Eccezione<sup>150</sup>.

Lo Stato di eccezione, a differenza della legge di guerra, non è un diritto speciale, ma siccome è la sospensione del proprio sistema giuridico, definisce il suo

<sup>149</sup> Non possono essere derogati: il diritto alla vita; divieto di tortura e di trattamenti crudeli, disumani o degradanti; divieto di servitù o schiavitù; divieto di carcere per non adempimento d'obbligo contrattuale; irretroattività della legge penale; diritto a personalità giuridica; libertà di pensiero, di coscienza e di religione.

<sup>150</sup> Giorgio Agamben, *Estado de exceção* (Boitempo Editorial, 2004).

livello o il suo concetto-limite<sup>151</sup>. Lo stato di eccezione moderno è un tentativo di includere nell'ordine giuridico l'eccezione stessa, creando una zona indifferenziata in cui fatto e diritto coincidono.<sup>152</sup> Ci sono autori che inseriscono lo stato di eccezione nell'ambito dell'ordinamento giuridico: Santi Romano, Hauriou e Mortari identificano nella necessità la fonte autonoma su cui viene basato; Hoerni, Ranelletti e Rossiter lo capiscono come un diritto dello Stato alla propria conservazione<sup>153</sup>. D'altra parte, alcuni autori ritengono che lo stato di eccezione sia esterno all'ordinamento giuridico, come un fenomeno politico o extra giuridico: Biscaretti, Ballardore-Pallieri, Carré de Malberg.<sup>154</sup>

In uno stato di eccezione, il diritto è utilizzato per produrre una sospensione del diritto, una situazione in cui nessun cittadino o ente è titolare del potere o del dovere. In uno stato di eccezione, il potere esercita violenza fingendo di applicare diritto. Così e in principio, “tutto è autorizzato purché sia in funzione di salvezza della *respublica*, tutto è *imperium* – di cui sono investiti tutti i cittadini – e lo *ius* è nullificato. (...) nello stato di eccezione il potere esercita violenza fingendo di applicare diritto”.<sup>155</sup>

Ci sono sistemi giuridici che regolano lo stato di eccezione nel testo della costituzione o tramite una legge – e.g. Francia, Germania e Brasile – e sistemi giuridici che preferiscono non regolare esplicitamente il problema, come l'Italia, la Svizzera, l'Inghilterra e gli Stati Uniti.<sup>156</sup>

Alcune Costituzioni, come la brasiliana stessa<sup>157</sup>, disciplinano *a priori* questo

---

<sup>151</sup> Ibidem. p.15

<sup>152</sup> Ibidem. p. 43

<sup>153</sup> Apud. Ibidem. p. 38

<sup>154</sup> Apud. Ibidem. p. 38

<sup>155</sup> Cornacchia, *Funzione della pena nello statuto della Corte Penale Internazionale.*, p. 266.

<sup>156</sup> Agamben, *Estado de exceção*. p. 22

<sup>157</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. (1988)

Título V

Difesa dello Stato e Istituzioni Democratiche

Capitolo I

Sezione I

Stato di Difesa

Art. 136. Il Presidente della Repubblica ha il potere, sentiti il Consiglio della Repubblica e il Consiglio di Difesa Nazionale, di decretare lo stato di difesa per preservare o ristabilire immediatamente, in luoghi ristretti e determinati, l'ordine pubblico o la pace sociale minacciati da grave e imminente instabilità istituzionale o raggiunti da calamità naturali di grandi proporzioni..

§ 1° - Il decreto che istituisce lo stato di difesa dovrà determinare il tempo della sua durata, specificare le aree coinvolte e indicare, nei termini e limiti della legge, le misure coercitive entrate in vigore, tra le seguenti:

I. restrizioni ai diritti di:

a) riunione, anche qualora avvenga nell'ambito di associazioni;

b) segretezza della corrispondenza;

c) segretezza delle comunicazioni telegrafiche e telefoniche;

II. occupazione e uso temporaneo di beni e servizi pubblici, nell'ipotesi di calamità pubblica, essendo l'Unione tenuta a rispondere per i danni e i costi derivanti.

§ 2° - Il tempo di durata dello stato di difesa non sarà superiore a trenta giorni, potendo essere prorogato una volta, per lo stesso periodo, qualora persistano le ragioni che ne hanno motivato l'instaurazione..

funzionamento anomalo dello Stato, imponendo limiti. Altri paesi utilizzano la figura della legge marziale, con controllo *a posteriori*. Nel Caso Europeo, la Corte Europea dei Diritti del Cittadino esamina la proporzionalità delle misure<sup>158</sup>, come nelle disposizioni contro il terrorismo adottate dal governo inglese dopo gli attentati dell'11 settembre<sup>159</sup>.

§ 3° - Durante la vigenza dello stato di difesa:

I. l'arresto per reati contro lo Stato, determinato dall'esecutore del provvedimento, sarà da questi immediatamente comunicato al giudice competente, che non lo convaliderà, nel caso non sia legale, con facoltà dell'arrestato di richiedere l'esame del corpo del delitto all'autorità di polizia;

II. la comunicazione sarà accompagnata da una dichiarazione dell'autorità sullo stato fisico e mentale del detenuto al momento di compiere il fatto;

III. nessuno potrà essere arrestato o detenuto per più di dieci giorni, tranne con autorizzazione del Potere Giudiziario;

IV. è vietato impedire al prigioniero di comunicare.

§ 4° Decretato lo stato di difesa o la sua proroga, il Presidente della Repubblica, entro ventiquattro ore, sottoporrà l'atto con la rispettiva motivazione al Congresso Nazionale, che deciderà a maggioranza assoluta.

§ 5° - Qualora non sia in attività, il Congresso Nazionale sarà convocato, in via straordinaria, entro il termine di cinque giorni.

§ 6° - Il Congresso Nazionale avrà dieci giorni, a partire dalla data di ricevimento, per valutare il decreto, dovendo continuare a funzionare durante la vigenza dello stato di difesa..

§ 7° - In caso di rigetto del decreto, lo stato di difesa cessa immediatamente.

## Sezione II

### Stato di Assedio

Art. 137. Il Presidente della Repubblica può, sentiti il Consiglio della Repubblica e il Consiglio di Difesa Nazionale, chiedere al Congresso Nazionale l'autorizzazione a decretare lo stato di assedio nei casi di:

I. grave tumulto a livello nazionale o accadimento di fatti che provino l'inefficacia del provvedimento adottato durante lo stato di difesa;

II. dichiarazione di stato di guerra o risposta ad aggressione straniera armata.

Parágrafo único. Il Presidente della Repubblica, al momento di chiedere l'autorizzazione a decretare o prorogare lo stato di assedio, riferirà sui motivi che determinano la richiesta, dovendo il Congresso Nazionale decidere a maggioranza assoluta.

Art. 138. Il decreto dello stato di assedio dovrà indicare la sua durata, le norme necessarie per la sua realizzazione e le garanzie costituzionali che resteranno sospese, e, dopo la sua pubblicazione, il Presidente della Repubblica designerà l'esecutore dei provvedimenti specifici e le aree coinvolte.

§ 1° - Lo stato di assedio, nel caso dell'art.137, I, non potrà essere decretato per più di trenta giorni, né prorogato, ogni volta, per un termine maggiore; ai sensi dell'inciso II, potrà essere decretato per tutto il tempo in cui durerà la guerra o l'aggressione straniera armata.

§ 2° - Se l'autorizzazione a decretare lo stato di assedio viene chiesta nel periodo di non attività parlamentare, il Presidente del Senato Federale convocherà immediatamente in via straordinaria, il Congresso Nazionale, che si riunirà entro cinque giorni, per valutare l'atto..

§ 3° - Il Congresso Nazionale resterà in funzione fino al termine dei provvedimenti coercitivi..

Art. 139. Durante la vigenza dello stato di assedio decretato in base all'art. 137, I, solo i seguenti provvedimenti potranno essere adottati contro le persone:

I. obbligo di permanenza in una località determinata;

II. detenzione in edificio non destinato agli accusati o condannati per reati comuni;

III. restrizioni relative alla inviolabilità della corrispondenza, alla segretezza delle comunicazioni, al rilascio di informazioni e alla libertà di stampa, radiodiffusione e televisione, secondo la forma di legge;

IV. sospensione della libertà di riunione;

V. ricerca e arresti domiciliari;

VI. intervento nelle imprese di servizi pubblici;

VII. sequestro dei beni.

Parágrafo único. Non rientra nelle restrizioni di cui all'inciso III, la diffusione di proclami di parlamentari effettuati nelle loro Camere Legislative, purché tale diffusione abbia ricevuto liberatoria dalla rispettiva Assemblea.

<sup>158</sup> Aksoy v. Turkey (1997) 23 EHRR 553

Ireland V. The United Kingdom 5310/71 (1978) ECHR 1 17/01/1978

<sup>159</sup> A. and Others v. the United Kingdom [GC] 3455/05, 19/02/2009:

181. On this first question, the Court accordingly shares the view of the majority of the House of Lords that there was a public emergency threatening the life of the nation

(..)

190. In conclusion, therefore, the Court, like the House of Lords, and contrary to the Government's contention, finds that the derogating measures were disproportionate in that they discriminated unjustifiably between nationals and non-nationals. It follows that there has been a violation of Article 5 § 1 in respect of the first, third, fifth, sixth, seventh, eighth, ninth, tenth and eleventh applicants.

In Germania, la figura dell'*Ausnahmezustand* è stata discussa con cura da Carl Schmitt<sup>160</sup> (*Politische Theologie*, 1922), per chi la sovranità sarebbe giustamente il potere di trascendere lo stato di diritto in nome del bene comune: sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione. La Commissione di Venezia, però, preferisce che la regola di questi stati eccezionali trovi le sue basi sulle Costituzioni e sulle leggi<sup>161</sup>.

Va notato che gli autori della Costituzione trattano anche di realtà che si aspettano che non accadano mai più, anche perché sono in contrasto con la Costituzione. Ma ammettendo la possibilità che si verifichino, fanno una disciplina costituzionale per il problema e cercano di stabilire un meccanismo inibitore alla sua ricorrenza o induttore del ritorno dello stato delle cose conforme alle regole costituzionali.

In questo modo la Costituzione brasiliana, ad esempio, criminalizza e esaspera le conseguenze penali della pratica del razzismo (art. 5° XLII), tortura (art. 5° XLIII), terrorismo (art. 5° XLIII), e l'azione dei gruppi armati, civili o militari, contro l'ordine costituzionali e lo Stato Democratico (art. 5° XLIV). Il disegno dello Stato e della Società fatto nella Costituzione non dovrebbe convivere con queste figure, ma anche in questo modo, i redattori del testo costituzionale, realisticamente, prevedono conseguenze per tali comportamenti per inibire la loro ricorrenza.

Ugualmente, la Costituzione brasiliana rifiuta la pena di morte in Brasile (art. 5°. XLVII, a). Conforme alla Costituzione, il Brasile viene guidato dai suoi rapporti internazionali (art. 4° VI) per la difesa della pace e la soluzione pacifica dei conflitti (art. 4°, VII). Tuttavia, nell'ipotesi indesiderata di una guerra dichiarata sarà ammessa la pena di morte (art. 5°. XLVII, a), figura ugualmente rifiutata dalla Costituzione.

L'idea che la Costituzione stessa regoli gli stati dell'anormalità costituzionale può essere capita come un paradosso e come un eccesso di pretensione.

Il paradosso è il diritto di sospendere il proprio Diritto; è l'esistenza di un

---

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["3455/05"\],"itemid":\["001-91403"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{)

<sup>160</sup> Carl Schmitt, *Teologia politica* (Editora del Rey, 2006).

<sup>161</sup> CDL(2006)022: Venice Commission. Opinion on the protection of human rights in emergency situations. Adopted 66<sup>th</sup> Plenary Session. Venice 17-18 March 2006. p. 13:

35. The protection of national security and public safety may justify restrictions of the full enjoyment of certain human rights, and even derogations from certain human rights obligations. Restrictions of human rights and freedoms, and derogations must, however, be regulated by law and preferably have a foundation in the Constitution. This constitutes a vital guarantee of the maintenance of democracy and the rule of law. The law must indicate in which cases limitations may be justified and preferably should define the states of emergency that may justify derogating measures, in order to create guarantees against abuse of the power to take restricting or derogating measures for other aims or to a larger extent than is allowed under domestic law and the ECHR.

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282006%29015-e>



vuoto giuridico regolato dal Diritto stesso; è la possibilità di una sospensione lecita del diritto.

L'eccesso di pretensione si trova nella fiducia che i titolari del potere, dopo tanta libertà, torneranno al letto ordinario della Costituzione. Questo perché la sospensione della Costituzione presuppone che tutti gli agenti dello Stato agiranno con la massima fedeltà al patto costituzionale e da esso non si allontaneranno più del necessario e ritorneranno alla normalità appena possibile.

È vero che non si può avere il dominio su tutti i fatti politici, ma sempre resteranno nella storia la rottura dell'impegno e il sorpasso dei limiti.

In ogni caso, la gerarchia massima della Costituzione nell'ordine giuridico la investe di poteri e convinzioni che a volte la incoraggiano a sfidare la realtà o anche il tempo. Quindi, è naturale che nelle Costituzioni si trovino impegni al progresso sociale di ampia portata, che incorpora i sogni e le utopie nei testi normativi costituzionali, che fa della sua ricerca un dovere. Allo stesso modo, per quanto riguarda il tempo, molte carte costituzionali pensano di rifondare la storia e aspirano a disciplinare non solo il presente, ma l'intero futuro, per sempre.

È quindi plausibile che nei testi costituzionali si trovino regole volte a situazioni difficili e a tempi duri. Com'è un sistema normativo destinato a durare in eterno, è ragionevole che contenga le regole che inducano il ritorno dei rapporti che regolano al suo letto di normalità, e per farlo, abbia l'audacia di disciplinare le anomalie.

In termini di ultrattività costituzionale e pretesa normativa per il futuro e anche sull'avversità costituzionale, il costituzionalismo latinoamericano è prodigo. Ci sono testi costituzionali<sup>162</sup> affermando che le Costituzioni rimangono vincolanti anche in caso di

---

<sup>162</sup> E.g.:

Constitution Política de los Estados Unidos Mexicanos:

TITULO NOVENO: DE LA INVOLABILIDAD DE LA CONSTITUCION

ARTICULO 136 - Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.

Constitucion de la Nacion Argentina (1994):

ARTICULO 36.- Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado

insurrezione o di sovversione dell'ordine costituzionale e la creazione di governi contrari alla Costituzione. Tra le conseguenze assegnate, si include la nullità assoluta degli atti che possono essere praticati in questo nuovo ordine e il giudizio e la condanna di usurpatori una volta che l'ordine costituzionale viene ripristinata, con imprescrittibilità.

Non è della tradizione costituzionale brasiliana la previsione di dispositivi con questo tipo di pretesa di ultrattività. Tuttavia, l'inclusione della Corte Penale Internazionale nella Costituzione brasiliana del 1988, attraverso l'Emendamento Costituzionale n°45/2994, può essere letto come un esercizio di normazione costituzionale sulle situazioni costituzionalmente avverse.

Questo perché lo stato di eccezione costituisce vero presupposto dell'edificazione del paradigma di giustizia internazionale, che è alla base dello Statuto di Roma. In effetti, ogni volta che sono presenti le violazioni dei diritti umani, di tale gravità per giustificare il disprezzo, anche che parziale, della sovranità dello Stato, la giustizia penale internazionale si presenterà libera dalla cornice e dai limiti della statualità nel tentativo di tornare sulla strada della normalità.<sup>163</sup>

E, perché le violazioni ai diritti umani, in questi periodi di anormalità, non siano dimenticate, impuni, è stata stabilita la giurisdizione penale internazionale<sup>164</sup>. In questo modo la giurisdizione della Corte Penale Internazionale potrà essere azionata quando si verifica l'anomia in uno Stato parte (o anche non appartenente, nel caso di referral dal Consiglio di Sicurezza), a causa dello stato di eccezione che attraversa<sup>165</sup>.

Inoltre, è importante citare che uno stato di eccezione (a livello nazionale), continuo o permanente, rende difficile che la ristrutturazione dello spazio giuridico possa apparire nel luogo in cui è stato creato il vuoto giuridico. In questo modo, e come conseguenza, si fa la traslazione della legge a livello globale, autorizzando la Corte Penale Internazionale a intervenire quando nessun altro Stato lo fa, come preconizzato dal

---

por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999):

Artículo 333. Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

<sup>163</sup> Cornacchia, *Funzione della pena nello statuto della Corte Penale Internazionale*. p. 255-257.

<sup>164</sup> Ibidem. p. 265

<sup>165</sup> Ibidem. p. 270.

Più avanti, afferma essere la Corte Penale Internazionale:

“... un tribunale che interviene solo quando lo *stato di eccezione* impedisce il normale dispiegarsi delle attività delle giurisdizioni nazionali, allo scopo di ristabilire ... il *rule of law* dopo gli sconvolgimento di un conflitto”. (p. 289).

principio della complementarità.<sup>166</sup>

Infatti la pratica di crimini contro l'umanità, ad esempio, emerge come stato di eccezione globale (perché interessa a tutte le nazioni civili) e giustifica la sospensione di alcune garanzie assicurate dalla sovranità statale (in speciale, l'impunità) e la disattivazione dei limiti territoriali classici dell'*ius puniendi*.<sup>167</sup>

Perché bisogna affrontare stati di eccezione è che viene ammesso che lo Statuto di Roma deroghi alcune regole di diritto statale. Lo Statuto di Roma, così come tutti gli eventuali retrocessi (deficit di legalità, ergastolo, dipendendo ovviamente dall'ordinamento giuridico al quale sia paragonato), rappresenta un limite estremo dell'ordine giuridico<sup>168</sup>.

In Brasile, invece, per un quadro grave e incostituzionale, la Costituzione brasiliana, dall'incorporazione della Corte Penale Internazionale tramite l'emendamento numero 45/2004, confida alla giurisdizione penale internazionale il giudizio e la sanzione delle autorità non impegnate con la Costituzione e con i Diritti Umani, anche se qualche eventuale retrocesso possono accadere nell'attuazione della Corte Penale Internazionale.

Infatti, quando i governanti praticeranno genocidio o crimini contro l'umanità, quando classi di individui identificheranno soggetti che possono essere assassinati senza che ciò qualifichi un omicidio, quando non sarà possibile distinguere il lecito dall'illecito<sup>169</sup> – condotte incompatibili alle moderne costituzioni – questo è un segno di che la normalità democratica e istituzionale non starà più vigendo. In questo regime, lo stato costituzionale già si troverà a pericolo, con la Costituzione essendo ordinariamente trasgredita, e molto possibilmente le istituzioni nazionali non si dimostreranno in condizioni di restaurare l'autorità della Costituzione.

È nel caso di rottura costituzionale già installata che l'ordine costituzionale permetterà, per esempio, che il capo di Stato sia sottoposto all'indagine e al giudizio internazionale, nonostante l'ergastolo e le pene vaghe previsti dall'Statuto di Roma e incompatibili con gli standard di legalità penale che il Brasile e l'Italia mantenevano prima della violazione del suo quadro costituzionale.

Allo stesso modo, il riconoscimento da parte degli Stati della giurisdizione

---

<sup>166</sup> Ibidem., p. 258 e 271.

<sup>167</sup> Ibidem.p. 271.

<sup>168</sup> Ibidem.p. 287-288.

<sup>169</sup> Ibidem. p. 261.

penale internazionale è un avvertimento per chiunque voglia esercitare il potere senza la fedeltà costituzionale, senza il rispetto dei diritti umani o non impegnati per preservare il funzionamento delle istituzioni democratiche. Non ci sarà immunità o impunità per le loro azioni e, legittimamente, l'ordine costituzionale che è stato rovinato – e che ha la vocazione al suo restauro - starà ammettendo la consegna dell'individuo a una giurisdizione penale internazionale per l'impossibilità dell'applicazione nazionale di sanzioni.

È vero che tutti questi quadri avversi non sono desiderabili, ma non si può vietare al legislatore costituzionale e al sistema giuridico la possibilità di avere regole per una simile eventualità, anche perché tali norme siano suadenti perché non si annullino gli impegni costituzionali.

In un'allegoria, si può dire che la giurisdizione penale internazionale è come una polizza di assicurazione sulla vita la quali si paga, ma che non si desidererebbe mai usarla. Inoltre, le norme dello Statuto di Roma apparentemente in conflitto con la Costituzione, infatti, quando devono essere azionate, è perché la Costituzione avrà perso la sua normatività e tali norme, una volta incompatibili, saranno parte della strada normativa per il ripristino dello Stato costituzionale deteriorato.

Così, le incompatibilità tra la Costituzione e lo Statuto di Roma sarebbero più teoriche che pratiche, perché in verità quando avviene un caso concreto in cui lo Statuto di Roma violerebbe la Costituzione nazionale, questa sarà già da molto tempo inefficace. Perché esista un conflitto normativo è necessario che esistano due regole antagonistiche ed efficaci allo stesso tempo nella stessa situazione faticata; alla presenza di quadri di eccezione costituzionali, quindi, questo non avverrebbe.

Non si deve trascurare, infine, il rischio che l'installazione e l'espansione (e perché non dire anche la resistenza) della giurisdizione penale internazionale significano una banalizzazione eccessiva degli stati di eccezione costituzionali<sup>170</sup>. Questo perché la giurisdizione penale internazionale si può presentare come un altro regime di eccezione, forse reattivo ad altre eccezioni ma a volte anche violatore dei diritti fondamentali.

Infatti, la Corte Penale Internazionale può rivelarsi come uno stato di eccezione all'ordine giuridico internazionale, o costituzionale, nonostante abbia la posizione di repressore di eccessi commessi in questi spazi d'eccezione all'ordine

---

<sup>170</sup> La banalizzazione degli Stati di eccezione è un fenomeno molto esplorato da Giorgio Agamben, che sottolinea che l'esercizio della sovranità si dimostra attualmente dalla capacità di sottrazione della condizione umana delle persone.

giuridico.

Così, l'amministrazione della giurisdizione penale internazionale deve garantire intensamente che dagli imputati non sia estratta la dignità o l'umanità, per evitare di fare gli stessi errori che si pretendono combattere.<sup>171</sup>

Infine, la giurisdizione penale internazionale può, infatti, presentarsi come un quadro che sfida la costituzione, creando situazioni costituzionalmente sensibili o eccezionali. Tuttavia, agisce come un farmaco che porta con sé una parte del male che pretende guarire. Per superare violazioni delle regole dei diritti umani, è possibile portare con sé una carica di minusvalenza alla normatività della Costituzione che afferma e tutela i diritti umani. Analogamente, si assomiglia pure al farmaco sulla necessità di soddisfare la dose esatta di somministrazione: se somministrato in eccesso, può diventare un veleno.

---

<sup>171</sup> “*quicumque finem iuris intendit cum iure graditur*” [quem se propõe a alcançar o objetivo do direito deve proceder conforme o direito] Dante Alighieri (1312), *De Monarchia*, II, 5, 22. Apud Agamben, *Estado de exceção*. p. 42

## 7 CONCLUSIONI

La Corte Penale Internazionale rappresenta un importante passo in avanti, nello scenario internazionale penale, per la tutela e la salvaguardia dei diritti umani, sia dal punto di vista della vittima, sia dal punto di vista dell'autore del reato.

La nascita della Corte Penale Internazionale non ha gli stessi deficit di legittimità dei suoi antecessori. Non è un'esperienza impositiva o parziale, come i Tribunali militari del secondo dopo guerra, dove litigavano vincitori contro sconfitti. Non nasce sul segno di pressioni politiche ed emergenziali come i Tribunali per l'ex-Jugoslavia o per il Ruanda. Non è neanche un tribunale post facto, ristretto a situazioni specifiche nel tempo e nello spazio. È frutto dell'incontro delle volontà di una grande parte, anche se non della totalità della comunità internazionale. E, diversamente dalla Corte Internazionale di Giustizia, possiede giurisdizione sulle persone.

Sono considerati avanzi nella concezione della Corte Penale Internazionale: il suo carattere permanente; la sua anteriorità a proposito dei fatti giudicati; e una maggior distanza del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

L'indipendenza desiderata tra la giurisdizione internazionale penale e il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite è molto lodevole, ma non ha il potere di allontanare le reciproche implicazioni per il funzionamento degli organi giudiziari e politici nei conflitti internazionali. E le regole stabilite per "referral" e "deferral" cercano di rappresentare il punto di equilibrio in mezzo al delicato rapporto tra il perseguimento della giustizia e il mantenimento della pace.

Poiché lo Statuto di Roma rappresenta il consenso possibile tra i vari Stati membri delle Nazioni Unite, è innegabile l'impossibilità che esso coinvolga, con fedeltà, tutti i sistemi giuridici nazionali. Da un lato, lo Statuto di Roma rappresenta un progresso innegabile nel panorama internazionale per la tutela dei diritti umani; nello scenario domestico l'analisi non è così semplice.

La Corte Penale Internazionale deve rappresentare non solo il culmine dell'evoluzione della risposta internazionale ai crimini contro l'umanità in senso lato e di garanzie minime degli accusati di crimini di tale gravità. Inoltre, lo Statuto di Roma deve essere pienamente compatibile, non solo a proposito dei principi supremi, ma a tutte le disposizioni delle Costituzioni brasiliana e italiana.

Lo Statuto di Roma ha stabilito il principio di legalità nel suo doppio carattere, di garanzia e certezza; è stato accolto un concetto “chiuso” della legalità, legato ad una formale previsione di fonti, di contenuto e di limiti della responsabilità per i crimini internazionali.

Così, gli Stati sono in grado di sapere, in anticipo, la “porzione” di sovranità che devono trasferire alla Corte. Anche se questa funzione del principio di legalità a livello internazionale non compaia espressamente nei lavori preparatori, non c’è dubbio che questo principio alla fine limita i poteri d’ingerenza della Corte Penale Internazionale negli affari interni degli Stati.

Un trattato internazionale, una volta ratificato e interiorizzato (sia dalla promulgazione, in Brasile, sia dall’ordine di esecuzione, nel caso italiano), è in grado di produrre i suoi effetti nell’ambito domestico, anche per criminalizzare i comportamenti e prevedere pene. Per farlo, basta essere sufficientemente approfondito e preciso nel dettagliare le fattispecie penali e le pene a esse attribuite.

Inoltre, l’indispensabile passaggio parlamentare richiesto inizialmente per la ratifica di un trattato e successivamente, in modo eventuale, per la sua modifica sostanziale provvede, per così dire, la garanzia fondamentale che si cerca con il principio di legalità, che è la legittimazione, da parte del Parlamento, della politica criminale adottata a livello internazionale.

Se non ci fosse la laconicità dello Statuto di Roma per le pene imposte, potrebbe essere applicato direttamente dagli Stati parti.

In occasione della Conferenza di Roma, gli Stati hanno cercato di contemplare il principio di tassatività e determinatezza delle fattispecie. Tuttavia, il carattere multilaterale dello Statuto trova nell’indefinitezza di alcuni aspetti un modo di costruire consensi possibili. Comunque, non si dovrebbe essere richiesto dal diritto penale internazionale più di quanto richiesto del diritto penale comune. Inoltre, ci sono nello Statuto di Roma stesso elementi sufficienti che caratterizzano il genere degli atti incriminati, lasciando ad un’altra norma la possibilità di regolare qualche specificità dei precetti. La densità minore dell’espressione normativa generale impone maggiore densità nella espressione della norma individuale, la sentenza.

Purtroppo, lo Statuto di Roma, a differenza di quanto preconizzato dal principio di legalità nella determinazione delle pene, si è limitato ad indicare, in generale e al suo limite massimo, le pene applicabili per i crimini previsti in esse. Il fatto che lo

Statuto di Roma possa essere ritenuto, in materia di pene, un testo molto più avanzato rispetto ai suoi predecessori, non nasconde, però, la portata della discrezionalità data alla Corte nella determinazione della pena, forse troppo per un organo che cerca appunto realizzare diritti umani.

Tuttavia, non si può escludere che forse a causa dell'eterogeneità delle concezioni giuridiche e culturali degli Stati Parte, sia stato necessario trasferire ai giudici della Corte Penale Internazionale questo compito di gradazione della gravità delle condotte, senza rappresentare necessariamente un deficit di garanzia dal punto di vista dell'imputato. Per contrastare la discrezionalità nella determinazione delle pene, si presenta il dovere di fondamentazione delle condanne, trasferendosi ai giudici una responsabilità doppiamente qualificata: legittimare le loro sentenze e la giurisdizione penale internazionale stessa, ragionamento ancora rafforzato dall'adozione, in modo espresso nello Statuto di Roma, del principio di proporzionalità.

Un altro argomento possibile per superare un'eventuale incompatibilità dello Statuto di Roma con il principio di tassatività delle pene (nonostante quello indicato sopra) non è negare che lo Statuto della Corte Penale Internazionale viola il principio di legalità, ma evitare il più possibile l'attuazione della Corte Penale Internazionale, con impegno finché la giurisdizione domestica sia efficiente e sufficiente.

Nell'interpretazione e nell'applicazione degli articoli 6, 7 ed 8 dello Statuto, i giudici internazionali potranno valersi del documento "Elementi costitutivi dei Crimini", adottato dall'Assemblea degli Stati Parte e nel quale vengono illustrati gli aspetti peculiari e specifici di ciascuno dei comportamenti criminalizzati. Nonostante sia guida per l'interpretazione delle fattispecie penali da parte della Corte, il documento Elementi Costitutivi dei Crimini non può essere utilizzato per valutare l'adeguatezza dell'attuazione nazionale. Gli manca il carattere di obbligo e di legittimità, nel parametro del principio di riserva legale, una volta adottato senza alcun intervento del Legislativo nazionale.

Lo Statuto di Roma si supera, ancora, quando ha previsto espressamente l'irretroattività della norma penale incriminatrice. Inoltre si prese cura di non consentire che la Corte Penale Internazionale fosse un Tribunale *post facto*. La retroattività del diritto più favorevole è pure stata assicurata nello Statuto di Roma. Così, lo Statuto segnala una prevedibile possibilità di evoluzione del Diritto Penale Internazionale, con regole più favorevoli di quelle in corso.



Nonostante i progressi innegabili in termini di incorporazione del principio di irretroattività della legge penale più grave, non c'è modo di non puntare due eccezioni a tale principio le quali, in un certo senso, lo indeboliscono come garanzia criminale: lo Stato, sponte propria, può accettare la giurisdizione della Corte a fatti precedenti della vigenza dello Statuto di Roma per questo Stato; e il Consiglio di Sicurezza può sottomettere alla Corte Penale Internazionale dei casi, anche dopo la pratica dei fatti, relativi a uno Stato non parte e, in generale, contro la sua volontà.

Lo Statuto di Roma ha una regola espressa quanto all'imprescrittibilità dei crimini che qualifica. L'imprescrittibilità prevista nello Statuto di Roma è una garanzia per l'umanità, che a qualsiasi tempo, la Corte Penale Internazionale potrà analizzare i crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra, praticati dopo l'entrata in vigore dello Statuto di Roma, e di aggressione, commessi non prima del 2017, una volta soddisfatti i requisiti di attivazione della sua giurisdizione. Il carattere complementare, sussidiario e inter-statale della Corte Penale Internazionale non è compatibile con l'idea della perdita della sua giurisdizione a causa del passare del tempo in situazioni fuori del suo controllo. Tuttavia, l'imprescrittibilità prevista nello Statuto di Roma s'indirizza soltanto alla Corte Penale Internazionale.

Forse la più rilevante delle modalità di cooperazione degli Stati con la Corte Penale Internazionale è propriamente la cattura e la posteriore consegna di individui a quest'ultima. E tramite la consegna non si fa il trasferimento di un individuo ad una giurisdizione straniera, ma a una giurisdizione internazionale. Quindi, non è giustificabile la ripetizione alla Corte Penale Internazionale di atteggiamenti di sfiducia che storicamente erano presenti al momento della consegna di cittadini alle giurisdizioni straniere.

Inoltre, se è discutibile l'adeguatezza della consegna secondo le norme di uno Stato parte, la sussidiarietà della giurisdizione della Corte Penale Internazionale appare come un altro mezzo per superare eventuali incompatibilità, una volta che si assegna agli Stati la possibilità che loro stessi possano valutare i casi.

L'articolo 77 dello Statuto di Roma, nel prevedere le sanzioni applicabili ai crimini di cui all'art. 5, ha stabilito due possibilità, oltre alla multa e alla perdita di beni, vale a dire: pena di carcere (fino al limite massimo di 30 anni), o l'ergastolo, se l'elevato grado di illegalità del fatto e le circostanze personali del condannato lo giustificano. La pena dell'ergastolo appare nello Statuto di Roma come a metà strada tra la pena di carcere limitata nel tempo e la pena di morte.

La previsione dell'ergastolo nello Statuto di Roma non si è presentata alla delegazione italiana come un problema. In Brasile, tuttavia, non si ammettono sanzioni di carattere perpetuo. Una strada che lo Stato brasiliano potrebbe percorrere, per minimizzare i problemi della ratificazione dello Statuto di Roma senza indebolire la performance della Corte Penale Internazionale sarebbe l'adozione del principio della giurisdizione universale, alleato alla pronta ed efficiente risposta del suo apparato giudiziale per evitare l'azione sussidiaria della Corte.

Inoltre, la possibilità di revisione della pena di ergastolo dalla Corte Penale Internazionale e il fatto che, raramente, la durata di questa pena supererà i trent'anni (dovuto all'età dei condannati), l'incompatibilità tra lo Statuto di Roma e la Costituzione brasiliana può diventare più teorica e ipotetica che reale. Tuttavia, ci sarà sempre la possibilità di sollevare la questione al Supremo Tribunale Federale, sulla via astratta del sindacato di costituzionalità.

Il Diritto Internazionale ha fornito alcune immunità giurisdizionali, volte a tutelare la sovranità degli Stati e dei loro rappresentanti, senza i quali difficilmente le relazioni diplomatiche avrebbe avuto luogo. Tuttavia, poco a poco, le immunità di solito riconosciute dal Diritto Internazionale, hanno cominciato a cedere il passo di fronte a determinati reati gravi, che attaccavano l'umanità stessa.

Lo Statuto di Roma, come il culmine dell'evoluzione di questa comprensione, ha vietato che s'invocassero costumi e trattati internazionali in materia di immunità come forma di non responsabilizzare certe persone che, in nome dei loro Stati, violano i diritti umani. Per la letteralità dell'articolo 27 dello Statuto di Roma, le immunità non devono sbarrare la Corte Penale Internazionale nell'esercizio della sua giurisdizione su una persona, ma possono continuare a impedire che gli altri Stati, trascurando le immunità, processino e giudichino queste persone, almeno mentre sono in carica.

Sulle immunità previste nel diritto interno, difficilmente loro servono come base per escludere la caratterizzazione di crimini internazionali. Così, partendo dal presupposto che le immunità materiali conferite ai Parlamentari e al Capo dell'Esecutivo, ad esempio, non potrebbero coprire i crimini internazionali, nessun obbligo di rimuoverle nel diritto nazionale si porrebbe con l'adesione allo Statuto di Roma. D'altra parte, se un determinato Stato, applicando tali immunità nell'ambito interno, lascia di processare e giudicare un particolare agente statale accusato di crimine internazionale, la Corte Penale Internazionale potrà attivare la sua giurisdizione, non considerando le immunità.

Inoltre, l'articolo 27 dello Statuto di Roma, combinato con l'articolo 88, non impone allo Stato membro di eliminare le regole di procedura speciale previste dalla normativa nazionale, ma si limita a specificare che esse non possono essere eccepite davanti alla Corte Penale Internazionale al fine di paralizzare l'esercizio della loro competenza giurisdizionale.

Tutto che lo Statuto di Roma non aspira è l'irresponsabilità degli autori di crimini internazionali contro i Diritti Umani. Quando si chiude un percorso di responsabilità domestica, si apre una via di responsabilità internazionale tramite la Corte Penale Internazionale. Ma, più importante dell'arrivo di un caso al tribunale internazionale è il corretto ed efficace funzionamento della giurisdizione nazionale. Qualsiasi persona che desidera fuggire dalla giurisdizione nazionale, nel caso di questi crimini, opta deliberatamente per l'invio alla giurisdizione internazionale.

Non esiste nessuna disposizione nello Statuto di Roma che impedisca gli Stati di concedere le amnistie, anche prima di stabilire le eventuali responsabilità. Gli atti di clemenza in genere sono atti di nobilissima natura e alta considerazione per la dignità umana. Con questa natura, non sono incompatibili con i diritti umani, e non dovrebbe essere neanche con l'esercizio della giurisdizione penale, sia nazionali che internazionali.

Tuttavia, la Corte Penale Internazionale non è vincolata alle decisioni nazionali di concessione di grazia, amnistia o indulto. Nonostante, non deve la Corte dimenticarsi che il potere penale avviene proibendo e non proibendo, condannando e assolvendo, sentenziando e perdonando, e che la funzione di non proibire o di perdonare trascende la sfera giudiziale, giacché appartiene, anche o fondamentalmente, ad altre istanze del potere democratico, quali Legislativo e Esecutivo. Infatti, non si deve associare automaticamente gli atti di clemenza all'impunità. Trascurando indulti e amnistie concesse a livello nazionale, e unendosi al cosiddetto neopunitivismo, vi è il rischio che la giurisdizione penale internazionale cerchi la condanna a tutti i costi, anche se il prezzo da pagare sia proprio la violazione dei diritti e delle garanzie del presunto imputato, mettendosi a rischio, anche la pace.

La Corte Penale Internazionale dovrà, quindi, anche se facendo una vasta lettura dell'articolo 17 dello Statuto di Roma, valutare, caso per caso, se gli atti di clemenza sono genuini o destinati a sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale. Un'altra ipotesi è il Procuratore, facendo uso dell'articolo 53, creder, dinanzi ad una amnistia condizionata, che non è nell'interesse delle vittime, né nell'interesse della giustizia, l'inizio delle indagini.

Sulle possibili soluzioni teoriche per la compatibilità tra lo Statuto di Roma nel suo complesso e l'ordine giuridica costituzionale, si deve dire, in primo luogo, che la teoria dualista non serve a tanto. Infatti, la teoria dualista serve per le incompatibilità teoriche, ma non per le incompatibilità pratiche, se non altro perché, anche per i sostenitori di questo modello, le norme decorrenti dall'ordinamento giuridico internazionale, in speciale le pattizie, trovano limiti, nell'ordinamento giuridico interno, nei principi fondamentali dell'ordine costituzionale e dei diritti inalienabili della persona.

Neanche la teoria monista con prevalenza del diritto interno, adottata dal Brasile, serve per superare, né teoricamente, le incompatibilità esistenti tra lo Statuto di Roma e l'ordinamento giuridico nazionale, dato che la norma internazionale trova dei limiti nell'ordinamento giuridico domestico, che deve essere rispettato.

L'unica di queste teoria che serve a superare le incompatibilità eventualmente esistenti tra lo Statuto di Roma e il diritto interno è la teoria monista con prevalenza del diritto internazionale.

Un'altra soluzione per superare le eventuali incompatibilità che posso sorgere tra lo Statuto di Roma e l'ordine costituzionale interno è la riforma costituzionale. Tuttavia, nel caso brasiliano, l'inclusione nel testo costituzionale del riconoscimento della giurisdizione di un Tribunale Penale Internazionale non ha fatto sparire le eventuali incompatibilità con il testo. Questo perché ci sono scontri frontali con clausole poste dal Potere Costituente che neanche il Potere Costituito potrebbe limitare.

Neanche le teoria della prevalenza della norma più favorevole all'essere umano a alle vittime sembrano sufficienti a superare le eventuali incompatibilità che posso sorgere tra lo Statuto di Roma e l'ordine costituzionale interno. Infatti, nonostante si accetti la retrazione dell'ordinamento giuridico nazionale quando la norma internazionale si riveli più favorevole alla tutela dei diritto umani, il contrario non sembra vero. E, negli aspetti concernenti la pena dell'ergastolo, consegna di nazionali e legalità delle pene, non si può farne a meno di osservare che la Costituzione brasiliana è norma più protettiva (in questo caso a proposito degli interessi degli imputati, che, in ultima analisi, è il destinatario delle norme in discussione).

Quindi, forse quello che si dovrebbe analizzare sia l'insieme delle regole portate dallo Statuto di Roma anziché analizzare ognuna di loro in modo isolato. E, in questo senso, sono chiari i progressi già compiuti dalla Corte Penale Internazionale, rispetto ai tribunali che l'hanno preceduta, nonostante i retrocessi occasionali, quando

paragonata ad alcuni ordinamenti giurisdizioni statali.

Un'altra soluzione potrebbe essere la nozione di sovranità. Infatti, l'emergere della giurisdizione penale internazionale può trovare nel concetto di sovranità un ostacolo al suo perfetto funzionamento. Allo stesso tempo, tuttavia, il funzionamento della giurisdizione penale internazionale può essere un fattore scatenante di un altro ciclo evolutivo del concetto di sovranità.

Infatti, come l'esercizio della sovranità deve essere in armonia con la tutela della dignità umana, si può comprendere la sovranità postmoderna (in particolare degli Stati impegnati con diritti umani) come un vero e proprio strumento per raggiungere questa dignità umana. In questo senso, si può ammettere che il potere statale sia limitato dalla tutela della dignità di tutta l'umanità.

Inoltre, la ratifica di un trattato internazionale sui diritti umani e la creazione di una giurisdizione penale internazionale rappresentano l'esercizio della sovranità statale, in stretta conformità con la tutela costituzionale dei diritti umani. Così, lo Statuto della Corte Penale Internazionale non sarebbe altro che un nuovo strumento internazionale per la tutela dei diritti umani, che, in quanto tale, sarebbe anche in grado di limitare e modellare il concetto tradizionale di sovranità.

Tuttavia, la sovranità impegnata con i diritti umani deve essere esercitata per impedire eventuali impasse che possano delegittimare una giurisdizione penale internazionale. E lo Stato non viola il suo impegno quando, per esempio, si abbatte sull'ergastolo anche nell'estradizione di stranieri, con l'obiettivo di espandere degli standard internazionali di rispetto ai diritti umani.

Un'altra soluzione in vista, nel tentativo di superare le incompatibilità tra i testi costituzionali e il trattato internazionale è il principio di complementarità sancito nello Statuto di Roma. Infatti, basterebbe che gli Stati svolgessero il loro ruolo e processassero, in modo imparziale, quelli sospettati di tali gravi violazioni dei diritti umani affinché la giurisdizione della Corte Penale Internazionale non sia provocabile. In questo modo si evita qualsiasi richiesta di incompatibilità, *in concreto*, delle norme dello Statuto di Roma con il diritto interno. Così si permette di superare, e.g., le contraddizioni come l'ergastolo e la consegna di nazionali, nel caso del Brasile. Tuttavia, il principio di complementarità non risolve i problemi dove le norme nazionali producono qualche tipo di impedimento all'azione penale dei fori interni, come nel caso di immunità o di atti di clemenza.

Un altro elemento in grado di ottimizzare lo Statuto di Roma e ridurre la possibilità di antinomie (in un contesto concreto, e non astratto) è il principio della giurisdizione universale. In tale modo, uno Stato può evitare l'imbarazzo della consegna di un imputato alla Corte Penale Internazionale, con rischi di un trattamento penale in contrasto con quello offerto dai loro tribunali nazionali. La giurisdizione universale, tuttavia, non risolve tutta la casuistica. In realtà, sarebbe problematico l'esercizio della giurisdizione universale a scapito di persone che godono, a livello internazionale, di immunità diplomatiche. Questo perché il postulato nell'articolo 27 dello Statuto di Roma (relativo, tra l'altro, all'irrelevanza delle immunità concesse dal diritto internazionale) opera solo in relazione alla Corte Penale Internazionale.

Per giustificare e superare l'incompatibilità dello Statuto di Roma con l'ordinamento costituzionale di un determinato Stato, si potrebbe anche invocare il carattere sovranazionale della Corte Penale Internazionale. Infatti, essendo gli Stati rappresentati alla Corte Penale Internazionale, ne facendo parte tramite un atto di volontà (adesione allo Statuto di Roma), può tale tribunale rappresentare un'estensione del potere nazionale di ciascuno degli Stati parte, e non un organo straniero, appartenente ad un'altra sovranità. Quest'argomento serve per escludere, per esempio, l'incompatibilità tra l'istituto di consegna alla Corte Penale Internazionale e il divieto di estradizione di cittadini.

Tuttavia, la tesi della sovranazionalità si indebolisce quando si ricorda che, per gli Stati non parte e che possono essere soggetti alla giurisdizione della Corte Penale Internazionale a partire da una decisione del Consiglio di Sicurezza questi Stati, la Corte Penale Internazionale sicuramente non ha la stessa legittimità di cui gode negli Stati parte.

Si può provare di superare le incompatibilità attribuendo alla Corte Penale Internazionale un carattere di diritto penale di eccezione (del nemico o di emergenza). In questo senso, lo Statuto di Roma e il conseguente allontanamento di determinati diritto e garanzie dell'imputato – in speciale di non essere sottomesso all'ergastolo e di conoscere, in anticipo, i limiti minimo e il massimo delle pene alle quali è soggetto in ragione della pratica di determinato crimine – potrebbe trovare giustificazione del diritto penale di eccezione. Poiché è basato sull'emergenza, si giustificerebbe, nell'ambito interno, che lo Statuto di Roma venga attuato, a discapito delle eventuali incompatibilità con la norma costituzionale.

Questa comprensione, però, nonostante difendibile, soprattutto da parte di chi accetta il diritto penale di eccezione, è permeata dalla minaccia rappresentata dalla

relativizzazione dei diritti umani, nell'ambito interno, per conto di una (presunta) protezione internazionale di tali diritti. Inoltre, la definitività dell'ordine che intende difendere lo Statuto di Roma non è compatibile con la promessa messa in scena della temporaneità dei regimi di diritto penale di emergenza. Infine, anche se viene attribuita alla Corte Penale Internazionale la natura di un diritto penale di eccezione, non c'è modo di dire che questo sia sufficiente a superare le incompatibilità tra lo Statuto Roma e le norme costituzionali, dato che, qualsiasi statuto penale, anche eccezionale, deve essere conforme alla Costituzione.

Infine, si può affermare che lo Statuto di Roma sia una conseguenza di un stato di eccezione nell'ambito nazionale.

Infatti, la pratica di crimini contro l'umanità, ad esempio, emerge come stato di eccezione e giustifica la sospensione di alcune garanzie assicurate dalla sovranità statale e la disattivazione dei limiti territoriali classici dell'*ius puniendi*. E, perché le violazioni ai diritti umani, in questi periodi di anormalità, non siano dimenticate, è stata stabilita la giurisdizione penale internazionale.

In questo modo la giurisdizione della Corte Penale Internazionale potrà essere azionata quando si verifichi l'anomia in uno Stato parte (o anche non parte, nel caso di referral dal Consiglio di Sicurezza), a causa dello stato di eccezione che attraversa.

E, per affrontare stati di eccezione, viene ammesso che lo Statuto di Roma deroghi alcune regole di diritto statale. Lo Statuto di Roma, così come tutti gli eventuali retrocessi (deficit di legalità, ergastolo, dipendendo ovviamente dell'ordinamento giuridico al quale sia paragonato), rappresenta un limite estremo dell'ordine giuridico.

Inoltre, le norme dello Statuto di Roma apparentemente in conflitto con la Costituzione, quando devono essere azionate, è perché la Costituzione avrà perso la sua normatività e tali norme, una volta incompatibili, saranno parte della strada normativa per il ripristino dello Stato costituzionale deteriorato. Così, le incompatibilità tra la Costituzione e lo Statuto di Roma sarebbero più teoriche che pratiche, perché in verità quando avviene un caso concreto in cui lo Statuto di Roma violerebbe la Costituzione nazionale, questa sarà già da molto tempo inefficace.

## 8 BIBLIOGRAFIA

- Accioly, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. Vol. 3. 3 vols. Fundação Alexandre de Gusmão - FUNAG, 2009.
- Agamben, Giorgio. *Estado de exceção*. Boitempo Editorial, 2004.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo. “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”. *Ius et praxis* 14, n° 2 (2008): 147–207.
- Aloisi, Ugo, e Nicola Fini. “voce Estradizione”. Organizado por Antonio Azara e Ernesto Eula. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tip. Editrice Torinese, 1957.
- Ambos, Kai. “Il diritto penale del nemico”. In *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, organizado por Massimo Donini e Michele Papa, 65–103. Giuffrè Editore, 2007.
- . *Temas de derecho penal internacional y europeo derechos humanos, fines de la pena, “ius puniendi”, responsabilidad individual, crímenes más graves, derecho penal y guerra, proceso penal internacional y europeo, inmunidades*. Marcial Pons, 2006.
- . *Treatise on International Criminal Law: Volume 1: Foundations and General Part*. Oxford University Press, 2013.
- Arendt, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Traduzido por José Rubens Siqueira. Companhia das Letras, 1999.
- Baldan, Édson Luís. “Tribunal penal internacional: de Direito de momento a momento do Direito”. *Revista Prisma Jurídico*, n° 2 (2003): 39–59.
- Balmaceda, Paul Hernández. “Aplicação direta dos tipos penais do estatuto do Tribunal Penal Internacional no Direito Interno”. In *Tribunal penal internacional: possibilidades e desafios*, organizado por Kai Ambos e Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Lumen Juris, 2005.
- Bassiouni, M. Cherif. “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court”. *Harvard Human Rights Journal* 10 (1997): 11–43.
- . *Introduction to International Criminal Law*,. 2nd ed. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 2012.
- Baumann, Jürgen. *Der Aufstand des schlechten Gewissens: ein Diskussionsbeitrag zur Verjährung der NS-Gewaltverbrechen*. Giesecking, 1965.
- Belgion, Montgomery. *Epitaph on Nuremberg: A Letter Intended to Have Been Sent to a Friend Temporarily Abroad*. Falcon Press, 1946.
- Benvenuti, Paolo. “Italy, Implementation of the ICC Statute in National Legislation, Constitutional Aspects”. In *The Rome Statute and Domestic Legal Orders: General Aspects and Constitutional Issues*, organizado por Flavia Lattanzi e Claus Kreß, v. 1:123–37. Editrice il Sirente, 2000.
- Bitencourt, César Roberto. “Pena de prisão perpétua”. *Revista CEJ* 4, n° 11 (10 de agosto de 2000): 41–47.
- Bodin, Jean. *I sei libri dello Stato*. Classici della politica. Torino: Unione tip. edit. torinese, 1964.
- Boutros-Ghali, Boutros. *An Agenda for Peace, 1995*. UN, 1995.
- Bricola, Franco. *Teoria generale del reato. Estratto dal «Novissimo digesto italiano»*. UTET, 1974.



- Buonfanti, Jacopo. *Della istruzione de' processi criminali in Toscana*. Tipografia di G. Baccelli, 1850.
- Cachapuz de Medeiros, Antônio Paulo. "O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira". In *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Ação parlamentar, n. 110. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000.
- Caeiro, Pedro. "O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português". In *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, por Moreira, Vital, Assunção, Leonor, e Riquito, Ana Luísa, 69–157, 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- Cançado Trindade, Antônio Augusto. "Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos". *Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos*, Documentos, n° 14 ([s.d.]): 13–46.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Almedina, 2006.
- Canotilho, José Joaquim Gomes, e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra Editora, 2007.
- Carbone, Sergio M. "I soggetti e gli attori nella comunità internazionale". In *Istituzioni di diritto internazionale*, organizado por Sergio M. Carbone, Riccardo Luzzatto, e Alberto Santa Maria, 3–37. G. Giappichelli, 2003.
- Cardoso, Elio. *Tribunal penal internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil*. Fundação Alexandre de Gusmão, 2012.
- Cassese, Antonio, Paola Gaeta, Laurel Baig, Mary Fan, e Christopher Gosnell. *Cassese's International Criminal Law*. Oxford University Press, 2013.
- Castro, Cássio Benvenuti de. *(Neo) Soberania e Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- Catenacci, Mauro. "Il principio di legalità ed il sistema delle fonti nello Statuto della Corte Penale Internazionale". In *Diritto penale internazionale*, organizado por Enrico Mezzetti, 2° ed, II: - Studi:3–17. Torino: Giappichelli, 2010.
- . *Legalità e tipicità del reato nello statuto della Corte penale internazionale*. A. Giuffrè, 2003.
- Cernicchiaro, Luiz Vicente. "Pena de prisão perpétua". *Revista CEJ* 4, n° 11 (10 de agosto de 2000): 36–40.
- Ciampi, Annalisa. "I caratteri generali della competenza della Corte". In *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, organizado por Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti, 67–76. Giuffrè Editore, 2006.
- . "I presupposti per l'esercizio della giurisdizione". In *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, organizado por Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti, 113–22. Giuffrè Editore, 2006.
- . "La Competenza della Corte". In *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, organizado por Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti, 77–111. Giuffrè Editore, 2006.
- Condinanzi, Massimo. "Comunità Europee, Unione Europea e Adattamento". In *Istituzioni di diritto internazionale*, organizado por Sergio M. Carbone, Riccardo Luzzatto, e Alberto Santa Maria, 150–86. G. Giappichelli, 2003.
- Cornacchia, Luigi. *Funzione della pena nello statuto della Corte Penale Internazionale*. Giuffrè Editore, 2009.
- Costa, Leonardo Luiz de Figueiredo. *Limites constitucionais do direito penal*. Lumen Juris, 2007.
- Crescenzi, Andrea. "Gli Stati Uniti e gli accordi di esenzione dalla giurisdizione della Corte penale internazionale". In *Corte penale internazionale: aspetti di giurisdizione e funzionamento nella prassi iniziale*, organizado por Ornella Ferrajolo, 8:147–69. Giuffrè Editore, 2007.

- Delmanto, Celso. *Código penal comentado*. Renovar, 2007.
- De Palma, Daniela. “Il Sistema Imperiale Contemporaneo”. *Il Giappone* 30 (2004).
- Donini, Massimo. “Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell’espansione del diritto penale economico”. In *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo: omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92. compleanno*, organizzato per Luigi Foffani, 67–91. Giuffrè Editore, 2006.
- Dotti, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ed ed. Forense, 2004.
- Driscoll, William, Joseph P. Zompetti, e Suzette Zompetti. *The International Criminal Court: Global Politics and the Quest for Justice*. IDEA, 2004.
- Duffy, Helen. “Implementation of the ICC Statute: International Obligations and Constitutional Considerations”. In *The Rome Statute and Domestic Legal Orders: General Aspects and Constitutional Issues*, organizzato per Claus Kreß e Flavia Lattanzi, 1:29–49. Editrice il Sirente, 2000.
- . “Overview of Constitutional Issues and Recent State Practice”. In *The Rome Statute and Domestic Legal Orders: General Aspects and Constitutional Issues*, organizzato per Claus Kreß e Flavia Lattanzi, 2:498–514. Editrice il Sirente, 2000.
- Eberhardt, Marcos Eduardo Faes. “(Im)prescrittibilità penale: una lettura ética para além do esquecimento”. Pontificia Universidade do Rio Grande do Sul, 2008.
- Esposito, Andreana. “Il principio di legalità”. In *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, organizzato per Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti, 219–68. Giuffrè Editore, 2006.
- Esposito, Andreana, Gianluca Gentile, e Maria Teresa Trapasso. “I Crimini contro l’umanità”. In *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, organizzato per Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti, 599–756. Giuffrè Editore, 2006.
- Fanchiotti, Vittorio. “Il Giudizio”. In *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, organizzato per Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti, 1151–1260. Giuffrè Editore, 2006.
- Ferrajoli, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Martins Fontes, 2002.
- . *Diritto e ragione. Teoria del Garantismo Penale*. 9° ed. Bari: Laterza, 2008.
- . *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*. GLF editori Laterza, 2007.
- Fiandaca, Giovanni, e Enzo Musco. *Diritto penale: Parte generale*. Zanichelli, 2014.
- Fraga, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Editora Forense, 2006.
- Fronza, Emanuela. “Introduzione alla parte speciale dello Statuto”. In *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, organizzato per Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti, 545–58. Giuffrè Editore, 2006.
- . “Le sanzioni”. In *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, organizzato per Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti, 493–542. Giuffrè Editore, 2006.
- Frulli, Micaela. *Immunità e crimini internazionali: l’esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*. G. Giappichelli, 2007.
- Garapon, Antoine. *Crimini che non si possono né punire né perdonare: l’emergere di una giustizia internazionale*. Il Mulino, 2004.

- Gargiulo, Pietro. “The controversial relationship between the International criminal court and the Security Council”. *Essays on the Rome Statute of the International criminal court-volume I*, 1999, 67–103.
- Gasparin Jr, Nelson R. “O Tribunal Penal Internacional. Soberania, elementos institucionais e sua implementação no Brasil.” Universidade Federal Fluminense, 2009.
- Gil Gil, Alicia. *Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio*. Madrid: Tecnos, 1999.
- Giostra, Glauco. “La prescrizione: aspetti processuali”. In *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, 79–93. Giuffrè Editore, 2006.
- Giuliani, Giuseppe. *Istituzioni di diritto criminale*. A. Mancini, 1856.
- Goodhart, Arthur. “The Legality of the Nuremberg Trials”. In *Perspectives on the Nuremberg Trial*, organizado por Guénaël Mettraux, 626–38. Oxford University Press, 2008.
- Gordon, Gregory S. *The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 16 de fevereiro de 2012.
- Goti, Jaime Malamud. *Los dilemas morales de la justicia internacional*. Buenos Aires: Miño y Dávila Editores, 2003.
- Guimarães, Rodrigo D. “Entrega ao Tribunal Penal Internacional e a vedação de extradição de nacionais”. *Revista Brasileira de Segurança Pública e Cidadania*. v.1 n.1 (junho de 2008): 77–98.
- Gusmán Dalbora, José Luis. “Crimes Internacionais e Prescrição”. In *Tribunal penal internacional: posibilidades e desafios*, organizado por Kai Ambos e Carlos Eduardo Adriano Japiassú, 185–97. Lumen Juris, 2005.
- Ha, Academie De Droit International De La. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- Hall, Christopher Keith. “The First Proposal for a Permanent International Criminal Court”. *International Review of the Red Cross* 322 (1998).
- Hernandez, Concepción Escobar, e Juan Antonio Yañez-Barnuevo. “The International Criminal Court and the United Nations: A Complex and Vital Relationship”. In *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, por Flavia Lattanzi e William Schabas, 41–68. Editrice il Sirente, 1999.
- Hungria, Nelson. *Comentários ao Código penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. --. 5. ed. --. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- Ignatieff, Michael. *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton University Press, 2011.
- Iuzzolino, Gabriele, e Fabrizio Gandini. “La Procedura di Arresto. L’Emissione del Warrant of Arrest”. In *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, organizado por Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti, 969–86. Giuffrè Editore, 2006.
- Ivaldi, Paola. “L’Adattamento del diritto interno al diritto internazionale”. In *Istituzioni di diritto internazionale*, organizado por Sergio M. Carbone, Riccardo Luzzatto, e Alberto Santa Maria, 118–49. G. Giappichelli, 2003.
- Jakobs, Günther. “Diritto penale del nemico”. In *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, organizado por Massimo Donini e Michele Papa, 5–28. Giuffrè Editore, 2007.
- Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Lumen Juris, 2004.
- Jarasch, Frank, e Claus Kreß. “The Rome Statute and the German Legal Order”. In *The Rome Statute and Domestic Legal Orders: General Aspects and*

- Constitutional Issues*, organizado por Flavia Lattanzi e Claus Kreß, v. 1:91–112. Editrice il Sirente, 2000.
- Kai Ambos. “Implementação do Estatuto de Roma na legislação nacional”. In *Persecução penal internacional na América Latina e Espanha*, organizado por Kai Ambos e Ezequiel Malarino, 27–34. IBCCRIM, 2003.
- Kelsen, Hans. *La pace attraverso il diritto*. Giappichelli, 1990.
- . *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Traduzido por Luis Carlos Borges. Martins Fontes, 2000.
- Kelsen, Hans. “Will the judgement in the Nuremberg Trial constitute a Precedent in International Law?”. *International Law Quarterly*, Summer de 1947.
- Kleffner, Jann K. *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*. Oxford University Press, 2008.
- Kreß, Claus. “The Crime of Agression before the First Review of the ICC Statute”. In *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, organizado por Professor Roberto Bellelli, 579–87. Ashgate Publishing, Ltd., 2013.
- Kreß, Claus, e Flavia Lattanzi. *The Rome Statute and Domestic Legal Orders: General Aspects and Constitutional Issues*. Vol. 1. Editrice il Sirente, 2000.
- Lange, Richard. “Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit”. *Süddeutsche Juristeinzeitung*, 1948.
- Lattanzi, Flavia. “Il principio di complementarità”. In *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, organizado por Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti, 179–214. Giuffrè Editore, 2006.
- Leanza, Umberto. “The Rome Conference on the Establishment of Na International Criminal Court: A Fundamental Step in the Strengthening of International Criminal Law”. In *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, por Flavia Lattanzi e William Schabas, 7–20. Editrice il Sirente, 1999.
- Lincoln, Jennifer. “Nullum Crimen Sine Lege in International Criminal Tribunal Jurisprudence. The problem of the residual category of crime”, [s.d.].
- Lisboa, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradiciona no direito brasileiro*. Editora del Rey, 2001.
- Luban, David. “The Legacies of Nuremberg”. In *Perspectives on the Nuremberg Trial*, organizado por Guénaél Mettraux, 1st ed, 638–672. Oxford University Press, 2008.
- Mancini, Stefano. “I crimini contro l'umanità”. In *Diritto penale internazionale*, organizado por Enrico Mezzetti, 2º ed, II: - Studi:315–88. Torino: Giappichelli, 2010.
- . “Il Principio di Irretroattività aspetti sostanziali e giurisdizionali”. In *Diritto penale internazionale*, organizado por Enrico Mezzetti, 2º ed, II: - Studi:33–75. Torino: Giappichelli, 2010.
- Mantovani, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. CEDAM, 2013.
- Masucci, Massimiliano. “Definizione del crimine e principio di chiarezza nello Statuto della Corte Penale Internazionale”. In *Diritto penale internazionale*, organizado por Enrico Mezzetti, 2º ed, II: - Studi:19–32. Torino: Giappichelli, 2010.
- . “Garanzie di legalità nel Diritto Penale Internazionale”. In *Diritto penale internazionale*, organizado por Enrico Mezzetti, 2º ed, I: - Casi e Materiali:1–18. Torino: Giappichelli, 2010.
- Mazzuoli, Valerio de Oliveira. “A influência dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos no Direito Interno brasileiro e a primazia da norma mais

- favorável.” *Revista de direito comparado, Universidade Federal de Minas Gerais* v. 4–5 (2000): p 215–44.
- . *Curso de direito internacional público*. Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- Mazzuoli, Valério de Oliveira. “Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis”. *Revista de Informação Legislativa* v. 39 n. 156 (dezembro de 2002).
- Meliá, Manuel Cancio. “‘Diritto penale’ del nemico?”. In *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, organizado por Massimo Donini e Michele Papa, 65–103. Giuffrè Editore, 2007.
- Mello, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed., rev. e aum. --. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- Mendes, Gilmar Ferreira, Inocência Mártires Coelho, e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. Saraiva, 2008.
- Miranda, Jorge. “A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos”. *Revista CEJ* v. 4 . n. 11 (agosto de 2000): 23–26.
- Moccia, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
- . “O tribunal penal internacional: os perfis da legalidade”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 47 (abril de 2004): 203–32.
- Molari, Alfredo. “voce Prescrizione del reato e della pena (Diritto Penale)”. Organizado por Antonio Azara e Ernesto Eula. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tip. Editrice Torinese, 1957.
- Monaco, Riccardo, e Carlo Curti Gialdino. *Manuale di diritto internazionale pubblico: parte generale*. UTET giuridica, 2009.
- Monetti, Vito, e Gualtiero Michelini. “L’Istituzione della Corte Penale Internazionale e i suoi precedenti. La struttura della corte”. In *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, organizado por Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti, 3–48. Giuffrè Editore, 2006.
- Moreira, Vital. “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”. In *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, por Moreira, Vital, Assunção, Leonor, e Riquito, Ana Luísa, 13–47, 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- Ost, François. *O tempo do direito*. Edusc, 2005.
- Pasqua, Giovanni. “Irrilevanza delle cariche ufficiale”. In *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, organizado por Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti, 355–74. Giuffrè Editore, 2006.
- Pastor, Daniel. “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”. *Nueva doctrina penal* 1 (2005): 73–114.
- Pastor, Daniel R. “Diritto penale del nemico e potere punitivo internazionale”. In *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, organizado por Massimo Donini e Michele Papa, 191–237. Giuffrè Editore, 2007.
- . *El poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Atelier Libros Jurídicos, 2006.
- Patriota, Antonio de Aguiar. *O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva*. Instituto Rio Branco, 1998.
- Peixoto, Alexandre Kotzias. “O Estabelecimento do Tribunal Penal Internacional - Notas sobre alguns dos principais temas das negociações.” *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* 113/118 (1998).

- Penso, Girolano. “voce Prescrizione del Reato e della Pena”. Organizado por Mariano d’D’Amelio. *Nuovo Digesto Italiano*. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1937.
- Pereira, Carlos Frederico de Oliveira. “Implementação do Estatuto de Roma e Aplicação Direta”. In *Tribunal penal internacional: possibilidades e desafios*, organizado por Kai Ambos e Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Lumen Juris, 2005.
- Pierini, Jean Paul. “Il rispetto delle immunità e degli accordi che richiedono il consenso del sending State nella cooperazione della Corte”. In *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, organizado por Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti, 447–66. Giuffrè Editore, 2006.
- Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, internamericano e africano*. Editora Saraiva, 2014.
- . “Princípio da complementaridade e soberania”. *Revista CEJ* 4, nº 11 (10 de agosto de 2000): 71–74.
- Pisa, Paolo. “voce Prescrizione–f) Diritto penale”. *Enciclopedia del diritto*, [s.d.].
- Pomanti, Pietro. *I provvedimenti di clemenza: amnistia, indulto e grazia*. Giuffrè Editore, 2008.
- Prado, Luiz Regis, e Carvalho, Érika Mendes de. “Delito Político e Terrorismo: uma aproximação conceitual.” *Revista dos Tribunais* ano 89 v. 771 (2000): 412–47.
- Ramos, André de Carvalho. “O impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na relação do Direito Internacional e o Direito Interno — Boletim Científico ESMPU”. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União* 4 (setembro de 2002): 51–71.
- . “Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos”. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo* 104 (janeiro de 2009): 241–86.
- Rezek, Francisco. “Princípio da complementaridade e soberania”. *Revista Centro de Estudos Judiciários* v. 4 n. 11 (agosto de 2000).
- Rezek, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13a ed., rev., aum. e atual. --. São Paulo: Saraiva, 2011.
- . “Princípio da complementaridade e soberania”. *Revista CEJ* 4, nº 11 (10 de agosto de 2000). <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/349>.
- Rothenburgo, Walter Claudius. “Controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade. O caso brasileiro da lei de anistia”. In *Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos*, por Pagliarini, Alexandre Coutinho e Dimoulis, Dimitri, 333ss. Livraria Juridica On Line, Editora Forum, [s.d.].
- Roux, Jean-André. *Cours de droit criminel français, par J.-A. Roux*, 2º ed. L. Tenin, 1927.
- Russomano, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, 1981.
- Salim, Alexandre Aranalde. “La Corte Penale Internazionale e l’espansione del paradigma garantista: il diritto penal mondiale”. Università degli Studi di Roma Trè, 2012.
- Schabas, William. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press, 2010.
- Schabas, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge University Press, 2011.
- Schmitt, Carl. *Teologia política*. Editora del Rey, 2006.

- Selvaggi, Eugenio. “La Corte Penale Internazionale e la Cooperazione Giudiziaria”. In *La corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, organizado por Flavio Argirò, Giorgio Lattanzi, e Vito Monetti, 1377–1400. Giuffrè Editore, 2006.
- Shukri, Muhammad Aziz. “Individual Responsibility for the Crime Os Agression”. In *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, organizado por Professor Roberto Bellelli, 519–45. Ashgate Publishing, Ltd., 2013.
- Sylvia Helenda de Figueiredo Steiner, Gustavo Henrique Righi I. Bardaró, Maria Theresa Rocha de Assis Moura, e Tarciso dal Maso Jardim. “Relatório elaborado pelo IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais”. In *Persecução penal internacional na América Latina e Espanha*, organizado por Kai Ambos e Ezequiel Malarino, 35–96. IBCCRIM, 2003.
- Taylor, Telford. “The Nuremberg Trials”. In *Perspectives on the Nuremberg Trial*, organizado por Guénaël Mettraux, 1st ed, 372–407. Oxford University Press, 2008.
- The Princeton Process on the Crime of Aggression: Materials of the Special Working Group on the Crime of Aggression, 2003-2009*. Lynne Rienner Publishers, 2009.
- Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 8.tiragem. --. São Paulo: Saraiva, 2000.
- Trindade, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. Editora Saraiva, 1991.
- Vassalli, Giuliano. *La giustizia internazionale penale: studi*. Giuffrè, 1995.
- Velloso, Ana Flávia Penna. “A imprescritibilidade dos crimes internacionais”. Organizado por Brant, Leonardo Nemer Caldeira. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional* v.1 n.1 (2006): 11–27.
- Vieira, Oscar Vilhena. “Imunidades de jurisdição e foro por prerrogativa de função”. *Revista CEJ* 4, nº 11 (10 de agosto de 2000): 59–64.
- Werle, Gerhard. *Tratado de derecho penal internacional*. 2a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Wilmshurst, Elizabeth. “Jurisdiction of the Court”. In *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations and Results*, organizado por Roy S. K. Lee, 127–42. Martinus Nijhoff Publishers, 1999.
- Wittmann, Rebecca. *Beyond Justice: The Auschwitz Trial*. Harvard University Press, 2012.
- Zappalà, Salvatore. *La giustizia penale internazionale*. Il Mulino, 2005.
- Zolo, Danilo. *La giustizia dei vincitori: da Norimberga a Baghdad*. Laterza, 2006.