

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE



FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA

TULLIO ASCARELLI

SEZIONE DI DIRITTO PENALE (XXIII CICLO)

*Tesi di dottorato*

**LA CORTE PENALE INTERNAZIONALE E  
L'ESPANSIONE DEL PARADIGMA GARANTISTA:  
IL DIRITTO PENALE MONDIALE**

Prof. Mario Trapani  
*Coordinatore*

Prof. Luigi Ferrajoli  
*Tutor*

Alexandre Salim  
*Dottorando*

ANNO ACCADEMICO 2008-2009

*A Vanja Cordova.*

## **I MIEI SINCERI RINGRAZIAMENTI:**

Alla mia famiglia, Suzana, Saad, Daniela, Sebastiaan e Leon, per l'amore incondizionato.

Al Professor Luigi Ferrajoli, fonte di conoscenza e di umanesimo, che mi ha insegnato a rivedere il Diritto.

Ai Professori Salvatore Mazzamuto e Mario Trapani, che mi hanno accolto all'Università di Roma Tre e hanno reso possibile questo dottorato.

Alla Professoressa Sandra Vial, il cui sostegno è stato essenziale non solo per iniziare il dottorato ma anche per portarlo a termine.

Al Pubblico Ministero dello Stato del Rio Grande do Sul, istituzione che mi completa, per mi aver permesso di frequentare le lezioni del dottorato nel primo anno.

Al fratello Alfredo Copetti, oggi una delle persone importanti nella mia vita.

Agli amici italiani Paolo Mauriello e Monica Bernardi, senza i quali Roma non sarebbe stata la stessa.

Agli amici Beatrice Brancaccio, Marcelo Bettamio, Leonardo Menin e Alexandra Pezzi, che hanno reso speciale il primo anno del dottorato.

Ai compagni che ho conosciuto lungo il dottorato, Patrícia Villela, Hermes Zaneti, Alexander Souza e Pedro Ivo de Souza, con i quali ho stretto amicizia sincera.

Alla Dott.ssa Sylvia Steiner, giudice della Corte Penale Internazionale, che ha gentilmente risposto ai miei inistenti contatti.

Agli altri amici, compagni e alunni che lungo questi quattro anni mi hanno accompagnato nello sviluppo di questo progetto.

## INDICE

<b>INTRODUZIONE. DIRITTO PENALE, GARANTISMO E TRIBUNALE PENAL INTERNAZIONALE: L'ESPANSIONE DEL PARADIGMA GARANTISTA NEL DIRITTO PENALE MONDIALE .....</b>	<b>10</b>
<b>PARTE 1 – DALLE RADICI ILLUMINISTE AL PARADIGMA GARANTISTA: L'ESPANSIONE INTERNAZIONALE DEL DIRITTO .....</b>	<b>16</b>
<b>Capitolo 1 – VALIDITÀ FORMALE E PARADIGMA PROTOGARANTISTA .....</b>	<b>16</b>
1.1 Premessa: dall'illuminismo utilitarista al modello garantista del diritto .....	16
1.2 Diritto Penale: primo modello giuridico del paradigma garantista (validità formale) .....	24
1.3 Dal giusnaturalismo al giuspositivismo: lo stato legislativo di diritto e la consolidazione del paradigma protogarantista.....	40
<b>Capitolo 2 – VALIDITÀ SOSTANZIALE E PARADIGMA GARANTISTA FORTE .....</b>	<b>45</b>
2.1 Giuscostituzionalismo: secondo modello giuridico del paradigma garantista (validità sostanziale) .....	45
2.2 Costituzionalismo garantista: <i>principia iuris</i> , democrazia costituzionale e sistema di garanzie .....	50
2.3 Diritti umani e globalizzazione: la richiesta di espansione del paradigma garantista nella sfera internazionale .....	58
<b>Capitolo 3 – ESPANSIONE DEL PARADIGMA GARANTISTA: VERSO IL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE .....</b>	<b>67</b>
3.1 Crisi (paradossale) della sovranità .....	67
3.2 Dal costituzionalismo nell'antichità al costituzionalismo globale: la democrazia a livello sopranazionale .....	74
3.3 Dalla possibilità alla necessità di una sfera pubblica internazionale: universalizzazione dei diritti vitali come garanzia alla pace .....	87

<b>PARTE 2 – GARANTISMO, STATUTO DI ROMA E TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE: I <i>PRINCIPIA IURIS</i> NEL DIRITTO PENALE MONDIALE .....</b>	<b>100</b>
<b>Capitolo 1 – CAPITOLO 1. LE BASI DELLO STATUTO DI ROMA: DAL DIRITTO INTERNO AL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE ..</b>	<b>100</b>
1.1 Premessa: diritto (penale) internazionale e dogmatica giuridica .....	100
1.2 Macrocriminalità e diritto penale internazionale: dei crimini internazionali in senso ampio alla competenza <i>ratione materiae</i> dello Statuto di Roma .....	110
1.3 Contributi a una corte penale internazionale permanente: dall'istituzione di tribunali <i>ad hoc</i> alla creazione dello Statuto di Roma .....	128
<b>Capitolo 2 – L'ISTITUZIONE DELLO STATUTO DI ROMA TRA DIRITTO MATERIALE, PROCESSO E UNIVERSALITÀ DELLA GIURISDIZIONE: DAL PARADIGMA PROTOGARANTISTA AL PARADIGMA GARANTISTA FORTE NELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE .....</b>	<b>139</b>
2.1 Elaborazione dello Statuto di Roma e fonti di diritto penale internazionale: paradigma protogarantista .....	139
2.2 Comprensione dei crimini internazionali come norme <i>jus cogens</i> : paradigma garantista forte .....	149
2.3 Principi generali di diritto penale internazionale e procedura penale internazionale e universalità della giurisdizione: consolidazione del paradigma garantista nell'ambito internazionale .....	158
<b>Capitolo 3 – LO STATUTO DI ROMA TRA INCOMPATIBILITÀ, LACUNE, ANTINOMIE E CASO PRATICO: I <i>PRINCIPIA IURIS</i> NEL DIRITTO PENALE MONDIALE E L'APPLICAZIONE DEL PARADIGMA GARANTISTA NEL CASO <i>THOMAS LUBANGA DYILO</i>.....</b>	<b>169</b>

3.1	Statuto di Roma e referenziale normativista: (in)compatibilità con l'ordine costituzionale brasiliano .....	169
3.2	Colmando lacune e risolvendo antinomie: l'ineffettività strutturale dello Statuto di Roma .....	177
3.3	Caso <i>Thomas Lubanga Dyilo</i> e referenziale empirista: applicazione dei <i>principia iuris</i> nel diritto penale internazionale .....	186
	<b>CONCLUSIONI. IL TRIBUNALE PENAL INTERNAZIONALE TRA GARANTISMO E NOMOFILACHIA: IL DIRITTO PENALE MONDIALE ....</b>	193
	<b>REREFENZE BIBLIOGRAFICHE .....</b>	223
	<b>ALLEGATO I (STATUTO DI ROMA) .....</b>	248

## ASTRATTO

Questa tesi discute la possibilità/necessità di applicazione della teoria garantista di Luigi Ferrajoli ai sensi della legge penale internazionale. Si inizia con l'analisi del paradigma 'protoguarantista', rappresentato dallo stato legislativo di diritto e la conseguente introduzione del principio di legalità (validità formale). Il Diritto Penale, in questo scenario, è il primo modello giuridico del paradigma garantista. Con l'introduzione del giuscostituzionalismo, le leggi passano a rispettare non solo la procedura formale per la loro creazione, ma anche i contenuti e i significati delle costituzioni rigide (validità sostanziale), che caratterizzano il paradigma garantista 'forte'. Si analizza, poi, la teoria del 'costituzionalismo garantista' di Ferrajoli, con i *principia iuris*, la tesi della democrazia costituzionale e il rispettivo sistema di garanzie. Dinanzi al fenomeno della globalizzazione, si sostiene la necessità di ampliamento del paradigma garantista nella sfera internazionale, in modo che ci sia una protezione efficace dei diritti umani. Pertanto, si affronta la crisi della sovranità degli Stati, la democrazia a livello sovranazionale e la possibilità di costruire una sfera pubblica internazionale, che passa attraverso il rafforzamento della Corte Penale Internazionale. Il paradigma garantista potrà essere chiamato 'forte' se i crimini internazionali disposti nello Statuto di Roma, nonché i principi del diritto penale internazionale e di procedura penale internazionale, saranno considerati *jus cogens*, ossia, d'applicazione obbligatoria. Il compito dell'operatore, quindi, è quello di rispettare l'art. 21(3) del Trattato di Roma, secondo il quale le norme del diritto penale internazionale devono essere coerenti con i diritti umani internazionalmente riconosciuti.

**Parole-chiavi:** garantismo; diritti umani; diritto penale internazionale; Statuto di Roma; Tribunale Penale Internazionale.

## ABSTRACT

This thesis discusses the possibility/necessity of application of Luigi Ferrajoli's garantism theory under the international criminal law. It starts with the analysis of a 'weak' garantism paradigm, with its formal validity, represented by the principle of legality in broad sense. The criminal law, in this scenario, is the first model of the legal garantism paradigm. The introduction of the rigid constitutions characterizes the 'strong' garantism paradigm, with its substantial validity. The thesis also examines Ferrajoli's theory of the 'garantism constitutionalism', the theory of constitutional democracy and its system of guarantees. In view of the phenomenon of globalization, arises the need to expand the garantism paradigm in the international sphere, so that there will be effective protection of human rights. Therefore, the thesis faces the crisis of national sovereignty, the democracy at the supranational level and the possibility of building an international public sphere, which passes through the strengthening of the International Criminal Court. The garantism paradigm can only be called 'strong' in the international sphere if the international crimes defined in the Rome Statute, as well as the principles of international criminal law and criminal procedure, are considered *jus cogens* rules, with mandatory application. The task of the operator, therefore, is to respect the art. 21(3) of the Treaty of Rome, according to which the norms of international criminal law must be consistent with internationally recognized human rights.

**Keywords:** garantism; human rights; international criminal law, the Rome Statute, International Criminal Court.

## **ABBREVIAZIONI**

ADCT - Atti delle Disposizioni Costituzionali Transitorie  
ASEAN - Association of Southeast Asian Nations  
BIA - Bilateral Immunity Agreement  
CDI - Commissione di Diritto Internazionale  
CICR - Comitato della Croce Rossa  
CPI - Corte Penale Internazionale  
EC - Emendamento Costituzionale  
FAO - Food and Agriculture Organization  
FMI - Fondo Monetario Internazionale  
FPLC – Forces Patriotiques pour la Libération du Congo  
ICC - International Criminal Court  
ICCPR - International Covenant on Civil and Political Rights  
ICTY - International Criminal Trial for the Former Yugoslavia  
IMTFE - International Military Tribunal for the Far East  
MERCOSUL - Mercato Comune del Sud  
MPI - Multidimensional Poverty Index  
OIL - Organizzazioni Internazionale del Lavoro  
OMS - Organizzazione Mondiale della Sanità  
ONU - Organizzazioni delle Nazioni Unite  
PREPCOM - Commissione Preparatoria alla Corte  
PIL - Prodotto Interno Lordo  
STF - Supremo Tribunal Federal (Corte Costituzionale brasiliana)  
TPI - Tribunale Penale Internazionale  
TPIJ - Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia  
TPIR - Tribunale Penale Internazionale per Ruanda  
UE - Unione Europea  
UNAMIR - United Nations Assistance Mission for Rwanda  
UNESCO - The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization  
UPC - Union des Patriots Congolais

## INTRODUZIONE: DIRITTO PENALE, GARANTISMO E TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE: L'ESPANSIONE DEL PARADIGMA GARANTISTA NEL DIRITTO PENALE MONDIALE

*Penso che a prescindere dal nostro ottimismo o pessimismo,  
non c'è un'altra risposta alla crisi del diritto che il diritto stesso*  
FERRAJOLI

La criminalità, qualunque sia la sua causa e origine, è un fenomeno inevitabile in una società, indipendente da quanto sia civilizzata o evoluta. L'ammontare dei crimini è direttamente correlato alla definizione di 'legale' e 'illegale', che può rappresentare, come Durkheim ha rilevato, una sana prova di un certo grado di non conformità dell'individuo al sistema sociale in cui vive. Secondo l'autore,

Siamo, quindi, alla presenza di una conclusione piuttosto paradossale in apparenza. Ma non dobbiamo cadere in errore. Classificare il crimine tra i fenomeni della sociologia normale non è solo dire che il fenomeno è inevitabile, anche se deplorabile e grazie all'incorreggibile malvagità degli uomini; è affermare che è un fattore di sanità pubblica, una parte integrante di ogni società sana. Questo risultato è, a prima vista, così sorprendente che ci ha sconcertato per lungo tempo<sup>1</sup>.

Se la presenza di crimini in qualsiasi società è 'normale', non può essere considerata 'anormale' l'istituzione di sistemi repressivi per verificarli e punirli. Le tesi abolizionisti radicali<sup>2</sup>, che predicano la soppressione totale del diritto penale e le istituzioni che le applicano e movimentano, anche se non possono essere sconsiderate come costruzioni critiche ai sistemi di reazione alla criminalità attualmente esistente, configurano un'"utopia regressiva che prospetta, sui presupposti illusori di una società buona o di uno stato buono, modelli di fatto sregolati o auto-regolati di sorveglianza e/o punizione rispetto a cui è il diritto penale - con il suo complesso, difficile e precario

---

<sup>1</sup> DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 58-61.

<sup>2</sup> Ci sono diverse teorie che si riferiscono ai fondamenti metodologici dell'abolizione penale, evidenziando la teoria strutturalista del filosofo e storico francese *Michel Foucault*, la teoria materialista, di orientazione marxista, del sociologo norvegese *Thomas Mathiesen*, la teoria fenomenologica del criminologo olandese *Louk Hulsmann*, e la teoria fenomenologico-storicista del sociologo norvegese *Nils Christie*. In questo senso: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro* - I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 647-651.

sistema di garanzie - che costituisce, storicamente e assiologicamente, un'alternativa progressista"<sup>3</sup>.

Perciò il diritto penale, lungo gli ultimi secoli, diede diverse risposte alla soluzione sul problema della criminalità.

Da un lato, cercando nel diritto penale la soluzione a tutti i problemi sociali, si trova il 'diritto penale massimo', con i suoi movimenti 'legge e ordine', che mirano il controllo della violenza attraverso un 'combattimento' alla criminalità. Questo 'panpenalismo', si sostiene, è la chiave per controllare e punire i comportamenti devianti che non rientrano nel 'modello sociale ideale', in un nitido machineismo rappresentato dalla 'lotta del bene contro il male'. D'altra parte, sotto il pilastro legato al principio di necessità o di economia del diritto penale, dell'uso della privazione della libertà come *ultima ratio* e l'uso di pene alternative alla prigione, si trova il 'diritto penale minimo', cui teorici più espressivi sono Luigi Ferrajoli, di base liberalista-illuminista-utilitaristica, Alessandro Baratta, di base interazionista-materialistica, ed Eugenio Raúl Zaffaroni, di base interazionista-foucaultiana. È sulla teoria di Ferrajoli che questo studio si concentrerà.

La prima parte di questa tesi è intitolata **“DALLE RADICI ILLUMINISTE AL PARADIGMA GARANTISTA: L'ESPANSIONE INTERNAZIONALE DEL DIRITTO”**, e viene composta da tre capitoli: **1) VALIDITÀ FORMALE E PARADIGMA PROTOGARANTISTA; 2) VALIDITÀ SOSTANZIALE E PARADIGMA GARANTISTA FORTE; e 3) ESPANSIONE DEL PARADIGMA GARANTISTA: VERSO IL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE.**

Il primo capitolo della PARTE 1 è diviso in tre sottotitoli: **1.1) Premessa:** dall'illuminismo utilitaristico al modello garantista di diritto; **1.2) Diritto penale:** primo modello giuridico del paradigma garantista (validità formale); e **1.3) Dal giusnaturalismo al giuspositivismo:** lo stato legislativo di diritto e consolidazione del paradigma protogarantista. Innanzitutto viene fatta una digressione sull'illuminismo, per arrivare alle dottrine giuspositiviste di base filosofico-utilitarista, concludendo che il garantismo di Ferrajoli viene caratterizzato da un utilitarismo *'ex parte populi'*, che vincola la finalità della pena ai suoi destinatari, i quali, nella sua assenza, potrebbero

---

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 2008, p. 335-6.

soffrire mali ancora peggiori, equalizzando benefici e costi e difendendo l'intervento penale al minimo necessario. In secondo posto, si vuole evidenziare la 'doppia legittimazione del diritto penale', l'esterna (o giustificazione) e l'interna (o legittimazione in senso stretto), con il conseguente affrontare dei principi legati alla 'pena' (principio di retributività o della consequenzialità della pena al reato; principio di legalità in senso lato o in senso stretto; e principio di necessità o di economia del diritto penale), al 'delitto' (principio di offensività o della lesività dell'evento; principio di materialità o dell'esteriorità dell'azione; e principio di colpevolezza o della responsabilità personale) e al 'processo' (principio di giurisdizionalità; principio accusatorio; principio dell'onore della prova; e principio del contraddittorio). Alla fine viene analizzato il passaggio dal giusnaturalismo al giuspositivismo, con il sorgere dello *stato legislativo di diritto* (prima grande garanzia) e la conseguente consolidazione del paradigma 'protogarantista'.

Il secondo capitolo della PARTE 1 è diviso in tre sottotitoli: **2.1)** Giuscostituzionalismo: secondo modello giuridico del paradigma garantista (validità sostanziale); **2.2)** Costituzionalismo garantista: *principia iuris*, democrazia costituzionale e sistema di garanzie; e **2.3)** Diritti umani e globalizzazione: necessità di espansione del paradigma garantista nella sfera internazionale. In un primo momento si sostiene che il passaggio dal giuspositivismo al giuscostituzionalismo, con l'introduzione delle costituzioni rigide nella seconda metà del secolo scorso, motiva la 'seconda grande garanzia': la legge non è più valida semplicemente perché emanata da autorità competente, ma sì perché ha il suo contenuto sovraordinato alla costituzione. In secondo posto sono analizzati i *principia iuris*, fulcro della tesi di Luigi Ferrajoli, e si arriva alla sua 'dimensione sostanziale della democrazia', dove sono analizzate le garanzie primarie e secondarie, positive e negative. Finalmente, si traccia un parallelo tra diritti umani e globalizzazione, dove si vuole dimostrare che l'attuale modello, sregolato, di sviluppo oltre a generare un nuovo razzismo (che considera scontate la miseria, la fame, la malattia e la morte di milioni di essere umani 'senza valore') conduce alla regressione dell'ordine internazionale a una guerra globale infinita come strumento di governo di una sola superpotenza.

Il terzo capitolo della PARTE 1 viene diviso in tre sottotitoli: **3.1)** Crisi (paradossale) della sovranità; **3.2)** Dal costituzionalismo nell'antichità al costituzionalismo globale: la democrazia a livello sovranazionale; **3.3)** Dalla possibilità

alla necessità di una sfera pubblica internazionale: universalizzazione dei diritti vitali come garanzia alla pace. In un primo posto viene fatta l'analisi della crisi della sovranità, con il paradossale 'principio dell'auto-rafforzamento tramite l'auto-indebolimento' (Beck): lo Stato nazionale si vede costretto a delegare i suoi strumenti alle istanze transnazionali per aumentare le possibilità di controllo, perché soltanto in questo modo potrà rinnovarsi e ampliare la sua influenza e conformazione nella sua nuova condizione di Stato post-nazionale. Dopo, viene analizzata la possibilità di costruzione di una sfera pubblica mondiale, conforme difende Luigi Ferrajoli, che passa da un modello federativo e un costituzionalismo sovranazionale, nel quale devono essere create o rafforzate una serie di istituzioni internazionali di garanzia (come il proprio Tribunale Penale Internazionale) e assicurata una 'democrazia costituzionale multilivello', nelle sue dimensioni politiche, civili, liberali e sociali. In terzo luogo, è fatta un'analisi delle teorie della 'guerra giusta' e del dibattito tra il *liberismo* (che si lega all' 'universalismo') e il *comunitarismo* (che si lega al 'relativismo' e al 'multiculturalismo'), cercando nella Dichiarazione Universale del 1948 il nesso tra diritti umani e pace.

La seconda parte di questa tesi è intitolata **“GARANTISMO, STATUTO DI ROMA E TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE: I PRINCIPIA IURIS NEL DIRITTO PENALE MONDIALE”**, e viene divisa in tre capitoli: **1) LE BASI DELLO STATUTO DI ROMA: DAL DIRITTO INTERNO AL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE; 2) L'ISTITUZIONE DELLO STATUTO DI ROMA TRA DIRITTO MATERIALE, PROCESSO E UNIVERSALITÀ DELLA GIURISDIZIONE: DAL PARADIGMA PROTOGARANTISTA AL PARADIGMA GARANTISTA FORTE NEL TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE; 3) LO STATUTO DI ROMA TRA INCOMPATIBILITÀ, LACUNE, ANTINOMIE E CASO PRATICO: I PRINCIPIA IURIS NEL DIRITTO PENALE MONDIALE E LA APPLICAZIONE DEL PARADIGMA GARANTISTA NEL CASO THOMAS LUBANGA DYILO.**

Il primo capitolo della parte 2 è diviso in tre sottotitoli: 1.1) Premessa: il diritto (penale) internazionale e dogmatica; 1.2) Macrocriminalità e diritto penale internazionale: i crimini internazionali in senso ampio e la competenza *ratione materiae* dello Statuto di Roma, 1.3) Contributi a una corte penale internazionale permanente: dall'istituzione di tribunali *ad hoc* alla creazione dello Statuto di Roma. Nella prima

parte è fatta l'analisi delle dottrine 'statale' (lo Stato è l'unico soggetto di diritto internazionale) e 'individualista' (considera l'individuo come soggetto unico di questa branca del diritto), riflettendosi nella polemica sul *dualismo-monismo* e sui conflitti tra gli ordinamenti interni e internazionali. In secondo luogo, sono esaminati i 'crimini internazionali', fino ad arrivare alla competenza *ratione materiae* prevista nello Statuto di Roma: genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimini di aggressione. Infine, sono analizzati i tribunali internazionali istituiti dopo la Seconda Guerra Mondiale (come i tribunali di Norimberga, Tokyo, ex-Jugoslavia e Ruanda), e altri modelli di corti penali internazionali (come i tribunali istituiti in Sierra Leone, Cambogia, Kosovo, Timor Est e Iraq), fino ad arrivare allo Statuto di Roma.

Il secondo capitolo della PARTE 2 è diviso in tre sottotitoli: 2.1) Elaborazione dello Statuto di Roma e le fonti di diritto penale internazionale: paradigma protogarantista; 2.2) Comprensione dei crimini internazionali come norme *jus cogens*: paradigma garantista forte; 2.3) Principi generali del diritto penale e del processuale penale internazionale e universalità della giurisdizione: la consolidazione del paradigma garantista nell'ambito internazionale. Nella prima parte è fatta l'analisi delle tappe percorse fino alla creazione dello Statuto di Roma, con un successivo esame delle sue fonti, sostenendo che quanto alla 'consuetudine internazionale' il progresso del paradigma garantista penale nel diritto penale internazionale è ancora insufficiente. In secondo luogo si sostiene che i crimini internazionali sono disciplinati dalla regola dello *jus cogens*, che, essendo assoluta, non dipende dalla volontà dei soggetti interessati per la sua applicazione. Infine, sono analizzati i principi penali e di procedura penale internazionale, che, secondo difeso in questa tesi, devono essere intesi come norme *jus cogens* e, quindi, di incidenza impositiva. Una delle principali conseguenze di tale osservanza è l'introduzione del 'principio di universalità della giurisdizione', che comporta la non applicabilità delle limitazioni legali e per quanto riguarda i crimini che colpiscono l'umanità stessa, superando il classico principio di territorialità del diritto penale. Si sostiene che il Tribunale Penale Internazionale si inserisce in questo nuovo modello di 'concezione universalista', altrimenti non sarà raggiunto l'ideale garantista nell'ambito internazionale.

Il terzo capitolo della PARTE 2 è diviso in tre sottotitoli: 3.1) Statuto di Roma e referenziale normativista: (in)compatibilità con l'ordinamento costituzionale brasiliano; 3.2) Colmando lacune e risolvendo antinomie: l'ineffettività strutturale dello

Statuto di Roma; 3.3) Caso *Thomas Lubanga Dyilo* e referenziale empirista: l'applicazione dei *principia iuris* nel diritto penale internazionale. Nella prima parte si fa un confronto tra i 'limiti materiali' del TPI e l'ordinamento costituzionale brasiliano, verificando se alcuni degli istituti previsti nello Statuto di Roma (come l'ergastolo, il *surrender* o la consegna dei cittadini al Tribunale, la realizzazione di un nuovo processo in possibile offesa alla cosa giudicata e l'imprescrittibilità di crimini internazionali) hanno decretato una 'incostituzionalità intrinseca' di tale Trattato. In secondo luogo, si sostiene la tesi di 'inefficacia strutturale' dello Statuto di Roma, che è caratterizzato dalla mancanza di garanzie primarie (come mancato esercizio della giurisdizione del TPI sui crimini di aggressione e la non previsione, nello Statuto di Roma, di reati che ledono la comunità internazionale nel suo insieme, come il terrorismo internazionale) e secondari (come la giurisdizione ristretta e sussidiaria del TPI, la mancata ratifica del Trattato da parte delle grandi potenze, l'incapacità di far rispettare le proprie decisioni, e l'impossibilità di indagare i funzionari, in attività o meno, da parte degli Stati che non hanno ratificato lo Statuto di Roma). Infine, come referenziale empirista dello studio, viene esaminato il caso *Thomas Lubanga Dyilo*, in corso nel TPI, esempio di applicazione pratica dei *principia iuris* nel diritto penale internazionale.

Nelle conclusioni intitolate "IL TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE TRA GARANTISMO E NOMOFILACHIA: IL DIRITTO PENALE MONDIALE", si sostiene che l'espansione del paradigma garantista nel campo del diritto penale internazionale significa la soggezione dello Statuto di Roma a quella - come definito da Ferrajoli - 'embrionaria costituzione mondiale': la carta dell'ONU del 1945, la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 e i due Patti sui Diritti Civili, Politici, Economici, Sociali e Culturali del 1966.

# PARTE 1 – DALLE RADICI ILLUMINISTE AL PARADIGMA GARANTISTA: L'ESPANSIONE INTERNAZIONALE DEL DIRITTO

## CAPITOLO 1. VALIDITÀ FORMALE E PARADIGMA PROTOGARANTISTA

### 1.1 Premessa: dall'illuminismo utilitarista al modello garantista del diritto

*La finalità della legge, che orienta le sue disposizioni legali e sanzioni,  
è quella della felicità dei cittadini*  
FRANCESCO BACONE

L'illuminismo, movimento politico-filosofico con cui un'élite d'intellettuali del XVII secolo, soprattutto in Europa, s'insorse contro gli abusi dello Stato e della Chiesa, innalzava la razionalità con l'obiettivo di riformare la società e la conoscenza previa. Si difendeva il dominio della ragione sulla visione teocentrica che predominava dal Medioevo, poiché il progresso dell'umanità e la superazione della tirannia solo sarebbero raggiunti con l'estensione dei principi della cognizione critica a tutti i settori del mondo umano. Come cita Kant,

L'Illuminismo è l'uscita dell'uomo dallo stato di minorità che egli deve imputare a se stesso. Minorità è l'incapacità di valersi del proprio intelletto senza la guida di un altro. Imputabile a se stesso è questa minorità, se la sua causa non dipende da difetto d'intelligenza, ma dalla mancanza di decisione e del coraggio di far uso del proprio intelletto senza essere guidati da un altro. *'Sapere aude!'* 'Abbi il coraggio di servirti della tua propria intelligenza!' È questo il motto dell'Illuminismo.<sup>4</sup>

La filosofia illuminista fa una valutazione ottimista della ragione umana, il cui uso critico è essenziale alla liberazione dei dogmi metafisici e superstizioni religiose. La riorganizzazione della società da principi razionali allontana l'idea che l'evoluzione dell'uomo fosse predeterminata dal passato, facendo con che ogni essere umano avesse piena coscienza di se stesso e la capacità per determinare il suo destino.

---

<sup>4</sup> KANT, Immanuel. "Resposta à pergunta: o que é o Iluminismo?", publicação semanal Notícias de Büsching, Berlim, 13 de setembro de 1783.

L'era della ragione propizia un ambiente favorevole alla nascita di pensatori e scrittori come John Locke (1632-1704), secondo il quale l'uomo acquisiva conoscenza con il passare del tempo tramite l'empirismo; Bento de Espinoza (1632-1672), legato, principalmente, all'etica e al pensiero logico; Montesquieu (1689-1755), che idealizzò la divisione del potere politico in Legislativo, Esecutivo e Giudiziario; Voltaire (1694-1778), difensore della libertà del pensiero e critico all'intolleranza religiosa; David Hume (1711-1776), che rifiutò il principio di casualità e difese il libero arbitrio e lo scetticismo radicale; Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), che difendeva l'idea di uno stato democratico che garantisse l'uguaglianza per tutti; Denis Diderot (1713-1784) e Jean Le Rond d'Alembert (1717-1783), che, insieme, organizzarono un'enciclopedia che radunava conoscenze e pensieri filosofici dell'epoca; Adam Smith (1723-1790), grande difensore del liberalismo economico; Immanuel Kant (1724-1804), che sviluppò pensieri nell'area dell'epistemologia, etica e metafisica; Gotthold Ephraim Lessing (1729-1781), che trattò la libertà di pensiero tra i cristiani; Benjamin Constant (1767-1830), difensore, specialmente, delle idee di libertà individuale<sup>5</sup>.

Molti altri autori illuministi furono fortemente influenzati dal giusnaturalismo del XVII secolo, il quale proponeva che la società umana doveva essere costituita su basi naturali e razionali. Conforme Hazard<sup>6</sup>, “la natura era razionale, la ragione era naturale, un accordo perfetto”, rilevando che la ragione e la natura, per questi pensatori, hanno un rapporto costante. Questa dottrina gius-naturalista dei diritti fu un riferimento alla Rivoluzione Francese e continua ad essere fondamentale alla comprensione del Stato moderno. La Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino difende la libertà, l'uguaglianza e la proprietà come diritti di tutti, affermando, nel suo preambolo, che “l'ignoranza, la dimenticanza o il disprezzo ai diritti dell'uomo sono delle disgrazie pubbliche e delle corruzioni dei Governi”, decretando “i diritti naturali, inalienabili e sacri degli uomini affinché questa dichiarazione, costantemente presente in tutti i membri del corpo sociale, possa ricordare senza sosta i suoi diritti e doveri”.

---

<sup>5</sup> Per tutti si veda il classico: ABBAGNANO, Nicola. Dizionario di filosofia. 3ª ed. Torino: UTET, 2008, *passim*.

<sup>6</sup> HAZARD, Paul. *O Pensamento Europeu no século XVIII*, vol. II. Trad. Carlos Grifo Babo. Lisboa: Editorial Presença e Livraria Martins Fontes, sd.

Eventi come la Rivoluzione Francese, riferisce Huppfer<sup>7</sup>, fanno con che la razionalizzazione del Diritto abbia più forza basata sulla filosofia dell'illuminismo, a causa della sua struttura obiettiva, formale, tecnicista, che dipende da definizioni chiare, obiettive, coercitive e universali, per proclamare le sue 'verità eterne'. Come pensiero filosofico, l'illuminismo cercò, nell'apriorismo del Diritto, i fondamenti di che devono esistere norme giuridiche assolute e universalmente valide, obbligatorie e immutabili. E conclude: per questo si può dire che l'interesse alla costruzione di un sistema giuridico che vuole essere logico-esegetico-normativo, fece con che la legge diventasse la principale fonte del Diritto<sup>8</sup>. L'illuminismo fu un modello alle trasformazioni di convergenza razionalista e liberale-individualista che s'impose nei secoli successivi.

I 'diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo', consacrati nel preambolo della Dichiarazione del 1789 - citati da Ráo come un insieme di principi supremi, universali e necessari che, presi dalla natura umana per la ragione, in alcuni momenti ispirano il diritto positivo, in altri sono immediatamente applicabili tramite questo diritto, quando vengono definiti come i diritti fondamentali dell'uomo<sup>9</sup> -, sono identificati nell'opera di Locke nell'individualismo e nella proprietà privata, nell'opera di Rosseau nel contrattualismo e nei diritti civili come l'estensione dei diritti naturali e nell'opera di Hobbes nella società civile come prevenzione allo sterminio di tutti contro ogni altro.

Con Hobbes<sup>10</sup> il modello di stato di diritto ebbe la sua ispirazione iniziale. Nel dibattito metateorico tra un filosofo e un giurista, l'autore cita la frase rappresentativa che diviene il riconoscimento iniziale del garantismo giuridico: "una legge è l'ordine di quelli che hanno il potere sovrano"<sup>11</sup>. La condizione hobbesiana riferisce, pertanto, che è l'autorità, e non la verità, che detiene il potere di fare le leggi (*auctoritas, non veritas facit legem*), essendo presentata come una specie di garanzia

---

<sup>7</sup> HUPPFER, Haide Maria. *A Filosofia do Jusnaturalismo Moderno-Iluminista como Paradigma Precursor da Cientificidade do Direito*. Revista Temas Atuais de Processo Civil V.1, n.º 2, agosto 2011.

<sup>8</sup> In questo senso: BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli Editore, 1996.

<sup>9</sup> RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, v. I, t. I. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1976, p. 45-6.

<sup>10</sup> Nella sua celebre opera *Il Leviatano* - a causa dell'esempio privilegiato nella sua epoca -, Hobbes discorre sulla nefasta natura umana e la necessità di avere leader e della società. Nonostante alcuni uomini siano più forti e intelligenti degli altri, lo stato di natura viene caratterizzato da un ambiente dove non esiste un governante, ma l'egoismo dell'uomo lupo di un altro uomo (*homo homini lupus*), culminando con una costante guerra di tutti contro ogni altro (*bellum omnium contra omnes*). Qui nasce l'idea di contratto sociale. HOBBS, Thomas. *Leviatano*, Bari: Laterza, 1911.

<sup>11</sup> HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. São Paulo: Landy, 2001, p. 36.

legale positiva<sup>12</sup>, in opposizione all'idea di un diritto anteriore e indipendente dallo stato. Questo perché in Hobbes la legge civile non differisce dalla legge naturale (quella deve conferire efficacia a questa), dovendo restringersi, quando necessario, al mantenimento della pace<sup>13</sup>.

Questa 'garanzia legale positiva' può essere considerata la nascita del sistema garantista, dalla comprensione della doppia funzione legittimatrice del diritto e dello Stato<sup>14</sup>, rappresentata dalla separazione tra diritto e morale. Come citato da Gianformaggio<sup>15</sup>, uno dei principi fondamentali sostenuti e tenacemente difeso dai rappresentanti del giuspositivismo analitico italiano degli anni 60 e 70 è il principio della divisione tra *essere* e *dover essere*, considerato rilevante tanto dalla logica come dall'etica, e, insieme a questo, come una successione coerente, della separazione tra diritto e morale. Conforme all'autrice, questo è ugualmente il principio cui Luigi Ferrajoli forse rincorre più frequentemente in tutta la sua opera *Diritto e Ragione*, basando le sue tesi e dichiarando inoltre di essere un pilastro fondamentale del suo lavoro.

Questo doppio criterio di fondamenti del diritto - di validità interna e giustizia esterna - denota il progresso del positivismo giuridico<sup>16</sup> e stabilisce la matrice della teoria garantista, meta-logica e meta-scientifica, vincolata all'autonomia dei giudizi a proposito di qualsiasi altro criterio se non quello esclusivamente stabilito dalla

---

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi. *I Diritti fondamentali*. In: FERRAJOLI, Luigi. "Diritti Fondamentali. Un dibattito Teorico". Roma-Bari: Laterza, 2001, p. 21. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 2008, p. 212.

<sup>13</sup> HOBBS, Thomas. *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*. London: Bohn, 1839-45. 11 vols. Vol. 3. Chapter: XXVI: of civil laws. Disponibile in: <<http://oll.libertyfund.org/title/585/89870>>, consultato nel 02 marzo 2011. BOBBIO, Norberto. *Il pensiero politico di Hobbes* - 1987. Disponibile in: <<http://www.4shared.com/dir/9011862/ba1eb697/sharing.html>>, consultato nel 02 marzo 2011. MARRAMAO, Giacomo. *Dopo il Leviatano*. Individuo e comunità. Torino: Bollati Boringhieri, 2000, p. 12.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. XX.

<sup>15</sup> GIANFORMAGGIO, Letizia. *Derecho y Razón entre ser y deber ser*, em "Las Razones del Garantismo - Discutiendo con Luigi Ferrajoli", Bogotá: Temis, 2008, p. 17.

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: ícone, 1995, p. 38 e segs. NAVARRO, Pablo. *Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante. N° 24, 2001, p. 133-163. CAMPBELL, Tom. *El sentido del positivismo jurídico*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante. N° 25, 2002, p. 303-331. SCHIAVELLO, Aldo; VELLUZI, Vito. *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*. Torino: Giappichelli, 2005.

legge, cui risultato era, favorevolmente, la garanzia e la certezza del diritto convenzionato, espressamente dichiarato come tale<sup>17</sup>.

Per Bobbio<sup>18</sup>, il metodo proprio della scienza del diritto, conforme al giuspositivismo, consisteva in osservare il diritto come fatto, *com'è*, come diritto positivo. In sostituzione, il diritto *come deve essere* è il diritto giusto o diritto naturale o razionale, che non è oggetto possibile di scienza, ma di preferenza. In Ferrajoli, il positivismo giuridico si basa sulla separazione tra diritto e morale e tra diritto e natura. Conforme all'autore, il diritto positivo 'descritto' nelle sue teorie unicamente come diritto esistente non deriva dalla morale e non può essere trovato nella natura, anzi, è 'posto' da un'autorità e, perciò, è caratterizzato dalla sua indole artificiale e convenzionale. Dire che il diritto moderno è 'positivo' significa, per Ferrajoli, non solo che sia 'fatto' o 'messo' dagli uomini ma addirittura è come gli uomini lo vogliono e, ancora, lo pensano; e in questo modo, l'oggetto della sua teoria - diversamente dall'oggetto di altre tesi empiriche - non è naturale, ma artificiale, prodotto, a sua volta, da (altre) teorie<sup>19</sup>.

Gianformaggio considera l'accezione ferrajoliana "rivoluzionaria a proposito della teoria giuspositivista e anche al positivismo giuridico"<sup>20</sup>, ed afferma che essa è lontana da quella *standard* del positivismo giuridico analitico italiano, poiché accetta le conclusioni considerate proprie dalle accezioni diverse dal diritto (il giusrealismo e il giusnaturalismo) riguardo alle quali il giuspositivismo manifestava rigorosa opposizione; ed è vicina, da altronde, alle accezioni odierne del diritto considerate anti-giuspositiviste e che rifiutano la distinzione tra l'essere e il dover essere<sup>21</sup>.

L'autonomizzazione del piano interno della validità giuridica (legittimazione) a proposito dei criteri esterni di giustizia (giustificazione) dei suoi

---

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 204-5.

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1965, p. 106-7.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Notas críticas y autocríticas em torno a la discusión sobre 'Derecho y Razón'*, em "Las Razones del Garantismo - Discutiendo con Luigi Ferrajoli". Bogotá: Temis, 2008, p. 478.

<sup>20</sup> GIANFORMAGGIO, Letizia. *Derecho y Razón entre ser y deber ser...*, op. cit., p. 20.

<sup>21</sup> GIANFORMAGGIO, Letizia. *Derecho y Razón entre ser y deber ser...*, op. cit., p. 18.

contenuti, ebbe come risultato, in un primo momento, la limitazione del potere punitivo dello stato, e in questo modo la creazione di tecniche penali razionalmente idonee<sup>22</sup>.

Non v'è in Ferrajoli, una teoria della pretesa punitiva, ma i fondamenti della limitazione della pretesa punitiva, poiché la pena si orienta dalla prevenzione generale negativa<sup>23</sup>. Nella sua accezione, intitolata *utilitarismo riformato*<sup>24</sup>, vi è la ripresa dei postulati invocati da Beccaria, nel senso del massimo benessere possibile al massimo numero dei cittadini, aumentandolo in previsione di che l'intervento statale deve essere contenuto, per causare la minor sofferenza possibile ai devianti.

L'evoluzione della teoria garantista è influenzata, come ci si può vedere, da dottrine giuspositiviste di basi filosofiche utilitaristiche, le quali, inizialmente in Bentham<sup>25</sup>, servirono a sostenere la formulazione dei principi normativi volti all'interesse dei cittadini<sup>26</sup>, stabilendo il *dover essere* del diritto e dello stato e determinando i fini e i limiti dei poteri del popolo (in generale) e del governante (in particolare)<sup>27</sup>.

Bentham invocò il principio dell'utilità in questioni concrete, come il sistema politico, giuridico ed economico, la libertà sessuale e l'emancipazione femminile. Nella sua opera *Introduzione ai Principi della Morale e Legislazione* (1789), il teorico inglese difende la regola di raggiungere la massima felicità possibile al massimo numero di persone che dovrebbe avere un ruolo primordiale nella creazione delle leggi, dove il legislatore massimizza la felicità di tutta la comunità creando

---

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. XVI.

<sup>23</sup> Ferrajoli, facendo riferimento a Grozio, Hobbes, Locke, Beccaria, Filangieri e Bentham, riferisce che le dottrine della prevenzione generale cosiddetta *negativa*, o dell'*intimidazione*, hanno il merito di essere le sole a non confondere programmaticamente il diritto con la morale o con la natura, o, quanto meno, di essere in proposito neutrali. Ciò dipende dal fatto che esse non hanno di mira i delinquenti, né come singoli né come categorie tipologiche, ma la generalità dei consociati, di cui, tuttavia, non valorizzano aprioristicamente, come le dottrine della prevenzione positiva, l'obbedienza politica alle leggi. Il loro utilitarismo, peraltro, si collega direttamente alla tradizione illuministica, che con maggiore teorizzò la separazione tra il diritto e la morale. Se ne possono distinguere due sottogruppi: a) le dottrine dell'intimidazione esercitata sulla generalità dei consociati per mezzo dell'*esempio* offerto dall'inflizione operata con la *condanna*; b) quelle dell'intimidazione rivolta anch'essa alla generalità, ma, per mezzo della *minaccia* della pena contenuta nella *legge*. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 264-5.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 314.

<sup>25</sup> BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Chapter XI, 'Of Human Dispositions in General', XI.2 II. Disponibile sul sito <<http://www.econlib.org/library/Bentham/bnthPML.html>>, consultato il 03 marzo 2011.

<sup>26</sup> CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*. Torino. Giappichelli Editore, 2009, p. 8.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 246.

un'identità d'interessi tra ogni individuo e i suoi concittadini<sup>28</sup>. Per Stuart Mill, l'utilitarismo è la dottrina che accetta l' 'utilità' o il 'principio della massima felicità' come base morale, sostenendo che le azioni sono corrette nella misura in cui esse tendono a promuovere la felicità ed errate quando tendono a produrre il contrario della felicità. Per 'felicità' si capisce il piacere e l'assenza di dolore; per infelicità, dolore e privazione del piacere. La teoria della vita sulla quale si basa questa teoria della moralità, ossia, che il piacere e l'assenza di dolore sono le uniche cose desiderabili come fine, e che tutte le altre cose desiderabili (che sono così numerose nello schema utilitarista come in qualsiasi altro) sono desiderabili sia per il piacere inerente, sia come un mezzo per promuovere il piacere e minimizzare il dolore<sup>29</sup>.

Due secoli dopo Bentham, il filosofo americano John Rawls, nel prefazio di *Una teoria di Giustizia* (1971), e dopo in *Il Liberalismo Politico* (1993)<sup>30</sup>, afferma che il pensiero morale determinante nella società moderna occidentale fu sempre basato su qualche forma di utilitarismo. Quando la Dichiarazione dei Diritti Umani (1948) dispone che "le distinzioni sociali non possono non essere basate sull'utilità comune", e la Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti (1776) si riferisce a una società nella quale tutti "cercano la felicità", è chiara la morale utilitarista con la quale si regge la comunità occidentale. La sfida sarà la soluzione di antagonismi apparenti, specialmente quando da una parte si presenterà l'utilità e dall'altra il diritto e la giustizia.

Il rapporto illuminismo-utilitarismo-garantismo è circolare: basato sulle dottrine liberiste illuministe che determinarono la separazione tra diritto e morale, l'utilitarismo sostenne che la pena, dal punto di vista esterno al diritto, si mostrava necessaria per impedire un male maggiore, senza connotazione religiosa, etica o vendicativa<sup>31</sup>. Sorge, come detto, l'antagonismo: se il modello utilitarista è legato alla ricerca della felicità generale, questa potrebbe essere raggiunta a qualsiasi costo, addirittura con l'uso della tortura o della pena di morte del deviante? La risposta, come si vedrà, viene analizzata dal modello garantista.

---

<sup>28</sup> BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation...*, op. cit.

<sup>29</sup> MILL, John Stuart. *O Utilitarismo* (1861). São Paulo: Ed. Iluminuras, 2000, p. 10.

<sup>30</sup> RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 22.

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 246-7.

Il garantismo sorge giustamente dalla trasposizione del principio *ex parte principis* - in cui uno stato di eccezione, come sostengono Machiavel<sup>32</sup> e Carl Schmitt<sup>33</sup>, potrebbe subordinare il diritto al primato della politica e alla cosiddetta ragione dello stato - al principio *ex parte populi*, il cui fine del diritto mirava l'utilità (il benessere) dei governati<sup>34</sup>.

Il postulato *ex parte principis* si caratterizzò dalla confusione tra diritto e morale, enfatizzando la ragione dello stato in detrimento della ragione di diritto, poiché si proponeva alla massima utilità concernente i mezzi necessari impiegati dal potere pubblico per raggiungere i fini determinati. La conseguenza fu lo stimolo a modelli di diritto autoritari<sup>35</sup>, senza preoccuparsi in osservare i limiti stabiliti ai poteri concernenti la promozione delle garanzie giuridiche dei cittadini.

La legittima origine del pensiero illuminista e contrattualistico del XVII secolo si trova nell'utilitarismo *ex parte populi*, che può essere presentato da due giustificative: l'una che cerca la massima utilità possibile per la maggioranza dei non devianti; l'altra che desidera il minimo malessere necessario dei devianti<sup>36</sup>. La prima, poiché è legata agli interessi di sicurezza sociale, non impone limiti alla punizione, giacché la felicità della maggioranza delle persone potrebbe essere ottenuta in qualsiasi forma. La seconda vincola la finalità della pena ugualmente ai suoi destinatari, che nella sua assenza potrebbero soffrire mali ancora maggiori, equalizzando benefici e costi e difendendo l'intervento penale al minimo necessario.

Nonostante la prima forma di giustificazione sia stata la preferita dei sistemi penali di questo secolo (legittimazione del diritto penale massimo), solo un utilitarismo basato sulla seconda sarà capace di evidenziare un diritto penale minimo fondato su una visione esterna del sistema giuridico.

Per questo motivo il diritto penale, da un lato a causa del rapporto circolare tra convenzionalismo penale e stretta legalità, da un altro tra il cognitivismo processuale e stretta giurisdizionalità, si presenta come l'esempio privilegiato dell'epistemologia

---

<sup>32</sup> MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*. Disponibile in: <[http://www.ibiblio.org/ml/libri/m/MachiavelliNB\\_IIPrincipe/main\\_h.html](http://www.ibiblio.org/ml/libri/m/MachiavelliNB_IIPrincipe/main_h.html)>, consultato nel aprile 2011, specialmente il cap. XVIII.

<sup>33</sup> SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 9 e altre.

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 207.

<sup>35</sup> NEUMANN, Franz. *Lo stato democratico e lo stato autoritario*. Bologna: Mulino, 1973, p. 343 e altre.

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 248.

giuridico-garantista: a una perché la stretta legalità impone il carattere formale o legale della deviazione punibile; all'altra perché, in associazione alla prima come propria condizione di effettività, la stretta giurisdizionalità si vincola alla determinazione concreta di questa deviazione. È ciò che sarà discusso nel prossimo item.

## **1.2 Diritto Penale: primo modello giuridico del paradigma garantista (validità formale)**

*Senza limiti usciamo dallo Stato di Diritto verso uno Stato Poliziesco.  
Fuori controllo, le forze del potere punitivo praticano un massacro,  
un genocidio. Il Diritto Penale è indispensabile alla persistenza dello  
Stato di Diritto, che non è fatto di una sola volta e nemmeno è sempre pronto.  
Vi è una lotta permanente con il potere*  
ZAFFARONI

Il diritto penale degli ordinamenti sviluppati si presenta, oggi, come tecnica di controllo della deviazione sociale.

Il controllo sociale è condizione di base alla vita in società. Con esso vengono assicurati l'esecuzione delle aspettative di condotta e l'interesse delle norme che reggono la convivenza, conformandoli e stabilizzandoli controfattualmente, in caso di frustrazione o mancato espletamento, con la rispettiva sanzione imposta da una determinata forma o procedura<sup>37</sup>. Il controllo sociale determina, in questo modo, i limiti della libertà umana nella società, costituendo, allo stesso tempo, uno strumento di socializzazione dei suoi membri<sup>38</sup>.

Accanto alla famiglia, scuola, professione, gruppi sociali o ai media, che sono forme - informali - di controllo sociale, il diritto penale si presenta come un controllore giuridico molto formalizzato, prevedendo la forma più violenta d'intervento dello Stato nell'orizzonte individuale del cittadino - la pena criminale -, per evitare comportamenti considerati indesiderabili o intollerabili. Avviene che oltre ad non essere l'unico, il diritto penale non è addirittura il più importante meccanismo di controllo

---

<sup>37</sup> In questo senso: PARSONS, Talcott. *El sistema social*. Madrid: Revista de Occidente, 1966, p. 259.

<sup>38</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal e Controle Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 20.

sociale, poiché le norme penali, di per sé, sono insufficienti per mantenere il sistema di valori sul quale giace una società. Si sa che è vietato ‘uccidere’, ma tale conoscenza è acquisita primariamente con la norma sociale, e solo dopo con la norma giuridica.

Dinanzi a ciò, una considerabile parte della dottrina moderna - come Hassemer<sup>39</sup> e Roxin<sup>40</sup>, ad esempio - intende che la meta preventiva generale del diritto penale non è la motivazione intimidatrice dei cittadini, ma la motivazione integratrice del consenso tramite la conferma e la garanzia delle norme di base che reggono la convivenza sociale. Non è un caso che il ‘diritto penale attuale’ viene informato da principi che hanno l’origine nella tradizione giuridica dell’illuminismo e del liberalismo. Come citato da Figueiredo Dias<sup>41</sup>, in uno Stato di Diritto il principio di legalità costituisce la frontiera insuperabile della punibilità - e, con ciò, anche la frontiera di tutto il fenomeno criminale. Questo significa che la protezione dei diritti, libertà e garanzie deve essere portata a monte non solo *tramite* il diritto penale, ma addirittura *dinanzi* al diritto penale. Anche perché un’efficace prevenzione al reato, che il diritto penale mira raggiungere, solo avrà esito se saranno eretti limiti stretti all’attuazione dello Stato, dinanzi alla possibilità di un suo intervento arbitrario o eccessivo.

Nell’opera di Ferrajoli<sup>42</sup> vi è una doppia legittimazione del diritto penale: l’*esterna* (o giustificazione) e l’*interna* (o legittimazione in senso stretto). La prima si riferisce alla legittimazione del diritto penale con riferimento a principi normativi esterni al diritto positivo, cioè, a criteri di valutazione morali, politici o utilitari di tipo extra o meta-giuridico. La seconda si riferisce alla legittimazione del diritto penale con riferimento ai principi normativi interni allo stesso ordinamento positivo, cioè, a criteri di valutazione giuridici o, volendo, intra-giuridici.

Il primo tipo di legittimazione riguarda le ragioni esterne, ovverossia, *del* diritto penale, riguardante l’idea di *giustizia*; un sistema penale solo potrà essere considerato legittimo dal punto di vista esterno se considerato ‘giusto’ basato su criteri morali, politici, razionali o naturali. Il secondo tipo di legittimazione si riferisce alle

---

<sup>39</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 391.

<sup>40</sup> ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. IER: Madrid, 1981, p. 134 e 182.

<sup>41</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 22.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 197.

ragioni interne o *di diritto penale*, riguardante l'idea di validità; a sua volta, il sistema penale sarà legittimo dal punto di vista interno se considerato 'valido', ossia, in conformità alle norme del diritto positivo che disciplinano la sua produzione<sup>43</sup>.

La dicotomia tra le due legittimazioni si presenta come il presupposto teorico e assiologico del modello penale garantista, esigendo che la sua legittimità politica sia solo esterna, e che la sua legittimità giuridica sia solo interna. La confusione tra le due legittimazioni sfocia, da un lato, nel *giusnaturalismo* e nel *sostanzialismo giuridico*, caratterizzati da una concezione sostanziale o extra-giuridica della validità, intesa come conformità a valori di 'diritto naturale' o 'ideali' superiori alle norme del diritto positivo; da un altro genera il *legalismo* o *formalismo etico*, caratterizzato da una concezione formale e giuridica di giustizia e, come conseguenza, l'assunzione del diritto positivo come valore etico al quale si deve adesione non solo per ragioni giuridiche, ma anche per ragioni politiche o morali<sup>44</sup>.

La mancata distinzione tra le due legittimazioni porterà alla subordinazione, da un lato, del diritto alla morale, pregiudicando le fonti positive del diritto in favore di criteri esclusivamente valutativi, e, dall'altro, subordinando la morale al diritto, e in questo modo legittimando, solo in base alle fonti legali, il contenuto delle leggi, non importando quali siano<sup>45</sup>. La conseguenza è la creazione di sistemi penali sostanzialisti e autoritari, che daranno ragione alle tesi positiviste del 'delinquente naturale' e della 'difesa sociale', o quelle soggettive del 'tipo di autore', o del 'diritto penale della volontà', dottrine che ammettono o raccomandano l'inclusione nella legge di criteri valutativi e di riferimenti indeterminati, rinforzando il principio di legalità penale inteso in lato senso<sup>46</sup>. Esempio di ciò è la tesi di Günther Jakobs intitolata 'diritto penale del nemico'<sup>47</sup>, che non vuole stabilizzare le norme (prevenzione generale positiva), ma denominare determinati gruppi di trasgressori (i "nemici" dello Stato o della società), caratterizzandosi come un 'diritto penale d'autore'.

---

<sup>43</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 197-8.

<sup>44</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 199-200.

<sup>45</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 200.

<sup>46</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 201. A sua volta, la *stretta legalità* richiede che i divieti legali siano formulati senza criteri generali di valutazione esterna, ma solo per criteri meramente giuridici ed interni.

<sup>47</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

Da altronde, la separazione tra diritto e morale può comprendere cose diverse, dipendendo da come l'espressione viene intesa, in senso *assertivo* o *prescrittivo*<sup>48</sup>.

Intesa in *sensu assertivo o teorico*, la formula della separazione tra giudizi giuridici o di validità e giudizi etico-politici o di giustizia ha tre significati: in primo luogo, essa è una *tesi meta-logica* che preclude, come 'fallacia naturalistica', la derivazione del diritto valido o 'come è' del diritto giusto o 'come deve essere', e viceversa<sup>49</sup>; in secondo posto, è una *tesi scientifica*, che esclude, poiché costituente di una fallacia, l'idea che la giustizia sia una condizione necessaria o sufficiente della validità delle norme giuridiche (tesi del monopolio della produzione giuridica dallo Stato); infine, si presenta come *tesi meta-scientifica* sulla reciproca autonomia del 'punto di vista interno' (o giuridico) e del 'punto di vista esterno' (o etico-politico o sociologico) nello studio del diritto.

La separazione tra legittimazione interna e giustificazione esterna nel secondo senso - prescrittivo o assiologico - si mostra come una conquista dell'utilitarismo giuridico illuminista, equivalente a un principio meta-giuridico che, come tale, non è vero né falso, ed enuncia un 'dover essere' del diritto e dello Stato, imponendo loro l'onere della giustificazione delle finalità utilitariste esterne ad essi<sup>50</sup>.

Nell'orizzonte del diritto penale questa dottrina si è rivelata, storicamente, tramite *tre principi assiologici diversi*, relativi rispettivamente alla pena, al reato, e al processo<sup>51</sup>. Utilizzata nella giustificazione della *pena* e dei suoi modi di esecuzione, il principio comporta che anche la sanzione penale non deve avere contenuti o finalità morali: così come la previsione legale e l'applicazione giudiziaria della pena non devono servire a sanzionare o ad accertare l'immoralità, così la sua esecuzione non deve tendere alla trasformazione morale del condannato. Applicata al *reato*, tale dottrina comporta che il diritto penale non ha il compito di imporre o rafforzare la morale, ma solo di impedire la commissione di azioni dannose per terzi. Utilizzato nel *processo*, e

---

<sup>48</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 204.

<sup>49</sup> È l'applicazione della "legge di Hume", per la quale s'intende la tesi secondo cui non si possono derivare logicamente conclusioni prescrittive o morali da premesse assertive o fattuali, nè viceversa. In HUME, David, *Trattato sulla natura umana*, liv. III, parte I, p. 481-503, *apud* FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione...*, cit., p. 227.

<sup>50</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 207.

<sup>51</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 207-8.

conseguentemente nei problemi di giurisdizione, il principio normativo della separazione impone che il giudizio non verta sulla moralità, o sul carattere, o ancora su aspetti sostanziali della personalità del reo, ma solo sui reati che gli sono imputati.

Tali principi rappresentano la base filosofico-politica di tutte le garanzie penali e processuali che, d'altro canto, in un primo momento, sono state elaborate teoricamente dalle dottrine riformatrici illuministe, e poi incorporate in senso positivo nei codici e costituzioni, tramite la stretta legalità o tassatività dei reati, dell'esteriorità e materialità delle azioni delittuose, dell'offensività dell'evento, della colpevolezza, dell'onere della prova, del diritto alla difesa e della connessa presunzione d'innocenza in assenza di prove e di giudizio<sup>52</sup>.

Per definire la concezione garantista di diritto o di responsabilità penale, Luigi Ferrajoli elabora un modello-limite composto da dieci implicazioni deontiche, o assiomi, o principi assiologici fondamentali, solo tendenzialmente e mai perfettamente soddisfacibile, elaborato soprattutto dal pensiero giusnaturalista dei XVII e XVIII secoli, che li concepì come principi politici, o morali o naturali di limitazione del potere penale 'assoluto'<sup>53</sup>. Posteriormente incorporati alle costituzioni e codificazioni degli ordinamenti evoluti, tramutandosi in principi giuridici del moderno Stato di diritto, i dieci assiomi sono per di più le garanzie penali e processuali relative alle 'pene', al 'reato' e al 'processo', la cui funzione non è quella di permettere o legittimare, bensì di condizionare o veicolare - e pertanto delegittimare - l'esercizio assoluto del potere punitivo.

Le garanzie riguardanti la *pena* vengono disposte nei principi (i) di retributività o della consequenzialità della pena al reato, (ii) di legalità in senso lato e di legalità in senso stretto e (iii) di necessità o di economia del diritto penale.

La prima garanzia del diritto penale è quella legata al brocardo latino *nulla poena sine crimine*, poiché la pena è una sanzione *propter delictum*, ossia, applicabile alla presenza di un reato che costituisce la sua causa o condizione necessaria, avendo un effetto o conseguenza giuridica. Hart riferisce che il principio della retribuzione penale non espressa il fine, anzi espressa il criterio di distribuzione e di applicazione delle

---

<sup>52</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 209.

<sup>53</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 69.

pene<sup>54</sup>. Inoltre, se “retribuzione è, per definizione, prevenzione”<sup>55</sup>, diviene chiara la connessione tra la natura retributiva della pena e la sua funzione di prevenzione generale dei reati, escludendo la punizione dell’innocente, “anche se considerato *de per se* cattivo, deviato, pericoloso, sospetto o propenso al reato”<sup>56</sup>. Come citato da Hobbes, “tutte le penitenze di sudditi innocenti, siano grandi o piccole, si oppongono alla legge naturale poiché la punizione si dà solo quando avviene la trasgressione della legge, non potendo, perciò, applicare una pena a un innocente”<sup>57</sup>. D’altro canto, il principio della retribuzione come prima e fondamentale garanzia del diritto penale, deve orientare l’idea utilitaria della prevenzione, sotto pena di trasformarsi in uno dei principali ingredienti del moderno autoritarismo penale, associandosi a dottrine correzionali della difesa sociale e della prevenzione speciale e legittimando le tentazioni soggettivistiche proprie del diritto penale massimo<sup>58</sup>. Questo ‘massimalismo penale’ è rappresentato oggi da diversi movimenti punitivisti, tali: (a) *law and order*: coordinato dall’ex sindaco newyorkese Rudolph Giuliani, enfatizzando la ‘tolleranza zero’ relativa alle ‘piccole infrazioni’; (b) *three strikes and you are out*: formula californiana identificata dalla sproporzionalità, in cui l’ergastolo è una possibilità per chi commette tre reati contro la proprietà<sup>59</sup>; (c) *broken windows* (‘teoria delle finestre rotte’)<sup>60</sup>: una piccola infrazione, quando tollerata, può portare a reati più gravi, in funzione di una sensazione di anomia,

---

<sup>54</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. *Responsabilità e pena: saggi di filosofia del diritto*, Milano: Edizioni di comunità, 1981, p. 29-38, *apud* FERRAJOLI, *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 363.

<sup>55</sup> ROSS, Alf. *Colpa, responsabilità e pena*, Milano: Giuffrè, 1972, p. 150, *apud* FERRAJOLI, *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 363.

<sup>56</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 364.

<sup>57</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatano...*, op. cit., p. 260.

<sup>58</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 364.

<sup>59</sup> In questo senso: CONDE, Francisco Muñoz. *Le riforme dalla parte speciale del Diritto Penale spagnolo nel 2003: dalla ‘tolleranza zero’ al ‘diritto penale del nemico’*. Trad. Themis Maria Pacheco de Carvalho. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, RECj*, 02.jan.05, disponibile in: <[http://revista.ampem.org.br/2005/02.01\\_ReformasParteEspecial-RECJ.02.01-05.pdf](http://revista.ampem.org.br/2005/02.01_ReformasParteEspecial-RECJ.02.01-05.pdf)>, consultato il 15 marzo 2011.

<sup>60</sup> L’origine della tesi si trova su un articolo pubblicato da JAMES Q. WILSON e GEORGE KELLING, nel 1982, nella rivista nordamericana *Atlantic Monthly*, con il titolo *Broken Windows: the police and neighborhood safety*. L’idea è di che la clemenza e condiscendenza con piccoli disordini del quotidiano non devono essere minimizzate, visto che potranno diventare importanti fonti d’irradiazione di criminalità violenta. La teoria viene illustrata da un interessante esempio. Due macchine sono state abbandonate, senza targhe, con il cofano aperto in due vie di differenti città. Una, a Palo Alto, California; l’altra nel Bronx, New York. La macchina parcheggiata nel quartiere Bronx, è stata immediatamente spogliata, in meno di dieci minuti. I primi ad arrivare alla macchina sono stati padre, madre e un figlio (di una stessa famiglia) che hanno portato via il radiatore e la batteria. In poco tempo la macchina è stata vandalizzata. In un periodo di ventiquattro ore la macchina serviva da playground per i bambini. La maggior parte dei vandali era ben vestita e di carnagione bianca. La macchina, nelle stesse condizioni, parcheggiata in un quartiere dell’élite a Palo Alto, non è stata toccata nell’arco di una settimana. Il ricercatore, allora, ha distrutto un finestrino della macchina con un martello e in poche ore la macchina è stata ugualmente spogliata. Ciò è stato fatto, nello stesso modo, da persone di carnagione bianca, apparentemente rispettabili. In questo senso: SHECAIRA Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. Articolo pubblicato in *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 165-176, ottobre 2009.

esistente in alcune zone della città; (d) *ticking bomb scenario*<sup>61</sup>: ammette eccezionalmente la tortura quando praticata per salvare la vita di milioni di persone, creando un contesto di panico sociale che genera simpatia o addirittura ammirazione riguardo al torturatore, e odio o indifferenza verso il torturato.

La seconda garanzia del diritto penale, caratterizzata dal brocardo *nullum crimen sine lege*, viene disposta dal principio di mera legalità (il primo postulato del positivismo giuridico) e dal principio di stretta legalità (il secondo postulato del positivismo giuridico). Il primo attua come norma di riconoscimento di tutte le prescrizioni penali legalmente vigenti o positivamente esistenti: si tratta di regola semantica che identifica il diritto vigente come oggetto esaustivo ed esclusivo della scienza penale, stabilendo che solo le leggi (e non la morale o altre fonti esterne) dicono ciò che cos'è reato e non anche ciò che è peccato<sup>62</sup>. Solo la separazione tra diritto e morale e il riconoscimento che il diritto penale è totalmente convenzionale può evitare l'artificio ideologico di sovrapporre al disvalore giuridico un aprioristico disvalore morale o sostanziale. D'altronde, il *principio di stretta legalità*, nella misura in cui condiziona la validità delle norme penali alla denotazione tassativa delle figure di reato da esse definite, equivale a una regola semantica sulle condizioni d'uso della parola 'vero', non solo nella pratica penale, ma anche nella scienza giuridica<sup>63</sup>. La *legalità ampia* o *mera legalità* (semplice legalità della forma e della fonte), in Ferrajoli, è la condizione di vigenza o esistenza delle norme che prevedono pene e reati, indipendente dal contenuto (*nulla poena, nullum crimen sine lege*); la *legalità stretta* (tassatività dei contenuti), d'altronde, è il risultato della sua conformità a proposito delle altre garanzie, per ipotesi di gerarchia costituzionale, presentandosi come condizione di validità o legittimità delle leggi vigenti (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*)<sup>64</sup>. Diversi autori identificarono l'illuminismo come l'origine del principio di legalità: Jescheck<sup>65</sup> riferisce che il principio nasce con il contratto sociale; Welzel afferma che solo "all'età dell'Illustrazione (Età dei Lumi) s'impose il principio *nulla poena sine lege*

---

<sup>61</sup> In questo senso: LUBAN, David. *Liberalism, torture, and the ticking bomb*. Virginia Law Review, Vol. 91, October 2005, p. 1425-1461.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 370.

<sup>63</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 373.

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 71.

<sup>65</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal*. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1, p. 177.

nella lotta contro l'arbitrarietà giudiziale e l'autorità"<sup>66</sup>. Nonostante il rapporto tra il principio di legalità e l'illuminismo, la paternità della famosa formula latina che identificava il primo - *nullum crimen, nulla poena sine lege* - viene attribuita a Feuerbach: "Qualsiasi imposizione della pena presuppone una legge penale (*nulla poena sine lege*); l'imposizione di un'azione comminata con pena (*nulla poena sine crimine*); il fatto è legalmente sanzionato da una legge penale (*nullum crimen sine poena legali*)"<sup>67</sup>. Inoltre, in decorrenza del principio di legalità, la legge penale deve essere scritta<sup>68</sup>, certa<sup>69</sup>, chiara<sup>70</sup>, stretta<sup>71</sup> e previa<sup>72</sup>.

La terza garanzia del diritto penale viene identificata dal brocardo latino *nulla lex poenalis sine necessitate*. La storia delle pene, conforme Ferrajoli<sup>73</sup>, è sicuramente più orrenda ed infamante per l'umanità di quanto non sia la stessa storia dei reati: perché più spietate e forse più numerose rispetto a quelle prodotte dai reati sono state le violenze prodotte dalle pene; e perché, mentre il reato è di solito una violenza occasionale e talora impulsiva e necessitata, la violenza inflitta con la pena è sempre programmata, consapevole, organizzata da molti contro uno. Contrariamente alla favoleggiata funzione di difesa sociale, non è azzardato affermare che l'insieme delle pene comminate nella storia ha prodotto per il genere umano un costo di sangue, di vite

---

<sup>66</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Bustos Ramírez e Yañez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970, p. 37.

<sup>67</sup> Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63.

<sup>68</sup> "Non ha reato senza una legge anteriore che lo definisca" significa (...) che solo e esclusivamente la legge è quella che definisce il reato o la pena nel nostro paese. Le usanze non servono a questa finalità. Possono essere valide all'interpretazione della legge penale, ma non crea reato o pena." GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal*, vol. 2, Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 36.

<sup>69</sup> Per Marinucci e Dolcini questa esigenza si giustifica: a) a causa della separazione dei poteri; b) perché la norma penale rappresenta anche una garanzia e una sicurezza alla libertà; c) perché la motivazione normativa individuale (che è il fondamento della colpevolezza e del giudizio della riprovazione personale) e la prevenzione generale richiedono precetti indiscutibili; d) perché definisce con chiarezza i limiti dell'intervento statale nello sviluppo della persecutio criminis, così come l'esercizio della difesa. In MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto penale*, Milano: Giuffrè, 1999, v. 1, p. 19.

<sup>70</sup> "Vorrebbe prevenire i reati? Faccia con che le leggi siano chiare, semplici e che abbiano tutte la forza della nazione e si concentri in difenderle e che nessuna parte di esse siano impiegate per distruggerle". BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 131.

<sup>71</sup> "Nel campo penale vige il principio di proibizione di analogia in disfavore dell'imputato (*nullum crimen sine lege stricta*), che vale sia per il precetto, sia per le pene, sia per le misure di sicurezza". RONCO, Mauro. *La legge penale*. Bolonha: Zanichelli, 2006, p. 75.

<sup>72</sup> "Con la richiesta di una *lex praevia* si espressa la proibizione di retroattività delle leggi che penalizzano nuovi reati o gravano la sua punizione: è necessario che il soggetto sappia nel momento in cui attua se incorrerà di un reato o di qualche nuova pena. Quest'aspetto della legalità è connesso al senso di protezione di sicurezza giuridica. Non è proibita, anzi, la retroattività delle leggi penali più favorevoli, che sopprimeranno qualche reato o attenueranno la pena". PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal - Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2008, p. 107.

<sup>73</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 382.

e di mortificazioni incomparabilmente superiore a quello prodotto dalla somma di tutti i reati. Le *pene primitive*, conforme Von Liszt<sup>74</sup>, non sono state inventate dal genio umano, perché rappresentavano un'azione istintiva, ossia, una reazione non determinata da nessuna finalità, contro le perturbazioni delle condizioni di vita degli individui. Lo stesso non può essere detto sulle *pene statali*, impregnate di fini, nonostante né sempre confessabili, come quelle che dominarono il periodo assolutista, fino alla fine del Medioevo. “Storicamente, la pena pubblica sorge in decorrenza da un lungo processo di monopolizzazione dallo Stato, dalla vendetta e dalla legge del taglione”<sup>75</sup>, che ha superato l'idea dell'odio o della vendetta contra il trasgressore e ha introdotto il meccanismo del giudizio dei fatti “senza passione e di forma oggettiva”<sup>76</sup>. In questo modo, se da un lato le pene primitive sono informate dal principio di retribuzione (*nulla poena sine crimine*), le pene convenzionali, da un altro, sono orientate dai principi di legalità (*nulla poena sine lege*) e necessità (*nulla poena sine necessitate*): questo significa che la sua formalizzazione legale costituisce un requisito essenziale alla sua minimizzazione, da un criterio utilitarista e umanitario. Parlare di ‘intervento minimo’ presuppone parlare di ‘frammentarietà’ e ‘sussidiarietà’: il diritto penale è *frammentario*, poiché deve occuparsene solo della tutela dei beni giuridici più pregiati, così come reprimere gli attacchi più intollerabili a questi beni; il diritto penale deve, ancora, essere *sussidiario*, ossia, deve incidere quando altre branche del diritto, vale a dire civile o amministrativa, non risolvono in modo soddisfacente il conflitto sociale.

Le garanzie connesse al *reato* vengono disposte nei principi (i) di offensività o della lesività dell'evento, (ii) di materialità o dell'esteriorità dell'azione e (iii) di colpevolezza o della responsabilità personale.

La quarta garanzia del diritto penale viene informata dal principio di offensività o della lesività dell'evento (*nulla necessitas sine iniuria*). L'‘utilità penale’, come citata da Grozio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Beccaria e, ancora da Bentham, è idonea a giustificare la delimitazione della sfera delle proibizioni penali e le azioni riprovevoli dai loro effetti lesivi a terzi<sup>77</sup>. Ciò significa che potranno essere

---

<sup>74</sup> LISZT, Franz Von. *La idea de fin en el derecho penal*. México: Edeval. 1994, p. 66.

<sup>75</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal*, vol. 1. Barcelona : Ediciones Ariel, 1962, p. 79.

<sup>76</sup> In questo senso: RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Dykinson, 1989, p. 743.

<sup>77</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 466.

criminalizzate solo le condotte che, effettivamente gravi, lesino o esponano al pericolo concreto di lesione beni tutelati dalla norma penale. In questo modo, l'assioma ha due funzioni fondamentali nel Diritto Penale: costituisce il limite al diritto dello Stato di punire, essendo vietata la creazione d'infrazioni vane e insignificanti e stabilisce un limite per la pena (*nulla poena sine necessitate* - principio di pena minima necessaria). Il diritto penale ispirato nel paradigma dell'offensività possiede una triplice direzione: (a) centrato sulla persona umana, come fine primo e ultimo del sistema penale; (b) riconoscendo i beni giuridici individuali o personali, così come i sopraindividuali (pubblici o generali, istituzionali e diffusi), in consonanza con la doppia dimensione individuale e sociale della persona; e (c) essendo priorità i reati che configurano minaccia alla persona<sup>78</sup>. Come corollario logico della scelta basata sulla materialità offensiva del reato, così come la garanzia che rappresenta la legalità in materia penale, emerge (come risultato dall'interconnessione tra l'offensività, legalità e tipicità) la concezione del reato come 'fatto offensivo tipico', ossia, 'fatto formale e materialmente tipico', composto di una dimensione *formale* (condotta, risultato, nesso di causalità e adeguazione tipica) e altra *materiale* (giudizio di disvalore della condotta, disvalore del risultato e imputazione obiettiva)<sup>79</sup>. In questo modo, non ci sarà reato come mera disubbidienza dell'enunciato legale, bensì quando ci sarà una violazione effettiva e intollerabile del bene protetto.

È il brocardo latino *nulla iniuria sine actione* che identifica la quinta garanzia del diritto penale, vincolata al principio della materialità dell'azione: nessuna offesa, per quanto grave, può essere riconosciuta come penalmente rilevante senza un'azione che ne sia la causa<sup>80</sup>. Ciò significa che solo ci sarà incriminazione dallo Stato quando si tratta di una condotta umana esteriorizzata tramite un'azione o omissione concreta. Cercasi, un'altra volta, il fondamento del principio dell'esteriorizzazione del fatto, sia tramite l'utilitarismo giuridico, sia tramite la separazione assiologia tra diritto e morale. Con il primo viene decretata la garanzia di che nessuno sia condannato penalmente per i suoi pensieri, desideri o vane cogitazioni (*cogitationes poenam nemo patitur*), ossia, i suoi 'atti interni'. La separazione tra diritto e morale, a sua volta, può

---

<sup>78</sup> MANTOVANI, Ferrando. *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, Riv. ital. dir. proc. penale, 2 (1997), p. 314-5.

<sup>79</sup> GOMES, Luiz Flávio (coord.); MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal, V. 1, Introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 468.

<sup>80</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 483.

essere osservata da un senso negativo e da un altro positivo<sup>81</sup>: in senso negativo, come limite all'intervento penale dello Stato, questo principio marca la nascita della moderna figura del *cittadino*, come soggetto suscettibile a vincoli nel suo agire visibile, ma immune, nel suo essere, a limiti e controlli; nel senso positivo, si traduce nel rispetto alla *persona umana* in quanto tale e nella tutela della sua identità, addirittura quella deviata, protetta da pratiche costrittive, inquisitorie o correttive con il fine di violentarla o, peggio, di trasformarla. Così, il modo di essere dell'individuo, il suo stile di vita, le sue convinzioni personali, la sua ideologia o la propria personalità non possono servire di fondamento alla responsabilizzazione criminale o al suo aggravamento<sup>82</sup>. Nessuno può essere punito per quello che è (diritto penale dell'autore), bensì per quello che ha fatto (diritto penale del fatto). L'incriminazione del soggetto a causa delle sue attitudini interne (com'è, cosa pensa, ciò che rappresenta), sprovviste di materializzazione nel mondo dei fatti e privi di offensività, risale al diritto nazifascista, culminando in tesi radicali come il 'diritto penale del nemico'<sup>83</sup>. Inoltre, è con il fatto materializzato che il giudice potrà applicare l'isonomia, poiché l'esteriorizzazione dell'evento uniforma la reazione penale nei suoi presupposti e fondamenti, impedendo l'arbitrarietà e l'ingiustizia.

La sesta condizione materiale richiesta dal modello garantista - terza garanzia vincolata al reato - è il principio di colpevolezza (*nulla actio sine culpa*). Il presente assioma corrisponde al cosiddetto 'elemento soggettivo' o 'psicologico' del reato, per il quale nessun fatto o comportamento umano ha il valore di un'azione se non è frutto di una scelta; conseguentemente, non potrà essere punito, neanche proibito, se non è intenzionale, cioè, commesso con coscienza e volontà da una persona capace di intendere e di volere<sup>84</sup>. La 'teoria causalista' considerava la colpevolezza come parte soggettiva del reato; il 'finalismo', a sua volta, ha cominciato a considerarla come un puro giudizio di censura. Per questo il principio della colpevolezza, oggi, esprime la base dalla quale emanano tutti i requisiti necessari alla responsabilizzazione individuale. Nel suo senso più ampio, il termine *colpevolezza* "si contrappone a quello dell' 'innocenza'. In questo senso, sotto l'espressione 'principio di colpevolezza', possono essere inclusi diversi limiti dell'*ius puniendi*, che hanno in comune richiedere,

---

<sup>81</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 484-5.

<sup>82</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho penal*. 3ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993, p. 278-9.

<sup>83</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo...*, op. cit.

<sup>84</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 491.

come presupposto della pena, la possibilità di ‘colpevolizzare’ quello che soffre con il fatto che l’ha motivata”<sup>85</sup>. In senso stretto, *colpevolezza* significa agire conforme al diritto<sup>86</sup>, impedendo la punizione penale quando l’autore sia incapace di motivarsi, poiché inimputabile a causa di malattia mentale o perché ha agito in errore di diritto o ancora in situazione di obbedienza gerarchica ad un ordine non manifestamente illegale. La pena, in tali casi, “non è necessaria per quanto riguarda la prevenzione, in ragione dell’incapacità di motivazione dell’autore”<sup>87</sup>. Se, d’altra parte è necessaria l’applicazione della sanzione penale, il principio attuerà nel momento della rispettiva individualizzazione giudiziale, affinché la pena imposta non ecceda il limite adeguato alla gravità della colpevolezza dell’agente.

Le *garanzie penali o sostanziali* sopracitate - assiomi connessi alla ‘pena’ e al ‘reato’ - rimarrebbero insoddisfatte se non fossero accompagnate dall’insieme correlativo e sussidiario delle *garanzie processuali o strumentali*, come la presunzione d’innocenza, la separazione tra giudice e accusa, l’onere accusatorio della prova e il diritto dell’accusato alla difesa. V’è, come ci si può osservare, una “garanzia reciproca di effettività”<sup>88</sup>.

La prima garanzia processuale, presa come presupposto di tutte le altre, è la ‘sottomissione alla giurisdizione’, espressa dall’assioma *nulla culpa sine iudicio*. Significa che al Potere Giudiziario è attribuito, con esclusività, il potere di risolvere i conflitti, in conformità alle regole legali disposte. Dalla garanzia della giurisdizione decorrono altre: il bisogno di un giudice naturale, affinché nessuno venga processato o sentenziato da un’autorità senza competenza, tramite le norme già esistenti; bisogno di iniziativa delle parti (*ne procedat iudex ex officio*), assicurando che la lite sia composta da un giudice inerte, neutrale e imparziale; impossibilità di delega e disposizione della

---

<sup>85</sup> PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, op. cit., p. 123.

<sup>86</sup> Ferrajoli critica la formula classica richiesta dalla teoria del reato (“il responsabile avrebbe potuto agire diversamente?”), tracciando il dilemma metafisico tra determinismo e libero arbitrio: “È chiaro che, secondo le ipotesi deterministiche, se un uomo ha di fatto commesso un reato, egli ‘non avrebbe potuto agire diversamente’; si potranno ignorare le cause del suo agire e/o delle sue intenzioni e/o delle caratteristiche psico-fisiche della sua personalità, ma certamente queste cause esistono e, almeno quelle remote, sono indipendenti dalla volontà dell’agente, che è da esse inesorabilmente condizionata. Al contrario, per gli assertori del libero arbitrio, in tutti i casi in cui non è riscontrabile una costrizione esterna e indipendente che abbia alterato o comunque condizionato la capacità psichica o la volontà dell’autore di un reato, questi avrebbe potuto agire diversamente’, se solo l’avesse voluto”. In FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 497.

<sup>87</sup> GOMES, Luiz Flávio (coord.); MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Diritto Penal...* op. cit., p. 538.

<sup>88</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 546.

funzione giurisdizionale<sup>89</sup>; impossibilità di rifiuto, dalle parti, di un determinato magistrato, eccezione ai casi di sospetto o impedimento; necessità di correlazione tra la decisione giudiziale e l'impianto accusatorio, garantendo che il magistrato non dichiari la sentenza *citra, extra* o *ultrapetita*. A conoscenza di ciò, la propria 'presunzione d'innocenza' si presenta come la garanzia strumentale relativa al principio di giurisdizionalità, visto che senza il pronunciamento giudiziale definito nessuno potrà essere considerato colpevole. La presunzione d'innocenza viene considerata in tre tappe distinte<sup>90</sup>: nel momento dell'istruttoria processuale, come presunzione legale relativa alla non colpevolezza, invertendosi l'onere della prova; al momento della valutazione della prova, valutandola a favore dell'accusato in caso di dubbio; e durante il processo penale, come parametro di trattamento all'imputato, specialmente per quanto riguarda l'analisi della necessità di custodia cautelare. Si tratta dello sviluppo del proprio principio del processo legale<sup>91</sup>, consacrando come la garanzia a favore della tutela dell'immunità degli innocenti, anche se eventuali colpevoli non saranno puniti.

La seconda garanzia processuale viene rappresentata dalla formula latina *nullum iudicium sine accusatione*, ossia, il principio accusatorio o della separazione tra giudice e accusa. Essa comporta non solo la differenziazione dei soggetti che svolgono funzioni giudicanti da quelli che svolgono funzioni requirenti e il conseguente ruolo di spettatori passivi e disinteressati, riservato ai primi, in forza del divieto *ne procedat iudex ex officio*, ma anche il ruolo di *parte* dato all'organo di accusa e la conseguente assenza di potere sulla persona dell'imputato<sup>92</sup>. Proprio dei regimi democratici, il sistema accusatorio si caratterizza dalla distinzione assoluta tra le funzioni di accusa, difesa e giudizio, che dovranno essere esercitate da persone diverse<sup>93</sup>. Come corollario,

---

<sup>89</sup> Figueiredo Dias enfatizza l'importanza della garanzia, affermando che "essa preserva uno dei fondamenti essenziali dello Stato di Diritto, poiché protegge la Giustizia Penale di sospetti e tentazioni di parzialità e arbitrio. Se fosse possibile agli organi pubblici incaricati della procedura penale apprezzare la convenienza del loro esercizio e omettere per inopportuno, il pericolo d'influenza esterna aumenterebbe nell'amministrazione della Giustizia Penale e ancora quando tali influenze non volessero imporsi, il pericolo di diminuire (o sparire) la fiducia della comunità nella incondizionata obiettività di quell'amministrazione aumenterebbe". FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1989, v. 1, p. 128.

<sup>90</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81.

<sup>91</sup> "I *due process of law* consistono nel diritto della persona di non essere privata dalla libertà e dei suoi Beni, senza la garanzia che suppone l'elaborazione di un processo sviluppato nella forma stabilita dalla legge.". COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: De Palma, 1951, p. 45.

<sup>92</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 579.

<sup>93</sup> Leone afferma che il principio inquisitorio ha, come una delle sue premesse, l'"attenuazione e la progressiva eliminazione della figura dell'accusatore; nella stessa persona si accumulano l'accusatore e il

oltre ad assicurare alla difesa la prerogativa di manifestarsi dopo l'accusa, garantisce all'accusato il contraddittorio e l'ampia difesa. A conoscenza di ciò, è con il principio accusatorio che si rifiuta l'indesiderabile sistema inquisitivo regnante nei modelli dittatoriali, che contemplava processi in cui le funzioni di accusa, difesa e giudizio erano concentrate nelle mani dei giudici, allontanava la parità di armi e denotava l'evidente posizione di disuguaglianza tra le parti.

Il brocardo *nulla accusatio sine probatione* consacra la terza garanzia strumentale, connessa all'onere accusatorio della prova. Come citato da Ferrajoli<sup>94</sup>, la verità perseguita dal metodo accusatorio, essendo concepita come relativa o formale, è acquisita, come in qualunque ricerca empirica, attraverso il procedimento per prova ed errore. La principale garanzia del suo raggiungimento è conseguentemente affidata alla massima esposizione delle ipotesi accusatorie alla falsificazione della difesa, cioè, al libero sviluppo del conflitto tra le due parti del processo, portatrici di punti di vista contrastanti proprio perché titolari d'interessi opposti. A causa della rigida separazione dei ruoli tra gli attori del processo, si veda che tale onere può essere assunto da soggetti che non siano legati all'accusa: non dall'imputato, a chi compete il contrapposto diritto di contestazione, e in nessun modo dal giudice, che ha la funzione di giudicare liberamente l'attendibilità delle verificazioni e falsificazioni esibite. Tourinho Filho riferisce che è compito "dell'accusa provare l'esistenza del fatto e dimostrare la sua responsabilità. Inoltre deve dimostrare l'elemento soggettivo che si traduce in dolo o colpa. Se l'imputato ha presunzione d'innocenza, è evidente che la prova del reato, sia la parte *objecti*, sia la *subjecti*, è compito dell'accusa. Se per caso la Difesa arguisce a suo favore una causa escludente di anti giuridicità o di colpevolezza, è chiaro che, in questa ipotesi, le posizioni si rovesciano, essendo applicata in questo caso la massima *actori incumbit probatio et reus in excipiendo fit actor...* Diremo lo stesso se la Difesa dichiara estinzione della punibilità"<sup>95</sup>. Se l'onere della prova, pertanto, è la responsabilità che hanno i litiganti di provare, tramite i mezzi ammissibili, la verità dei fatti, sorge il dubbio sull'obbligo dell'accusato di difendersi. Nei sistemi più avanzati, e senza dubbio, più garantisti, l'organo accusatore ha l'incombenza di produrre la prova a favore dell'imputato. Un esempio di ciò è il *diritto penale internazionale*, poiché lo

---

giudice, con la conseguente disparità di poteri tra giudice-accusatore e accusato". LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiagos Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963, p. 24.

<sup>94</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 626-7.

<sup>95</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. III, 32ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266.

Statuto di Roma<sup>96</sup> determina al Pubblico Ministero la comunicazione alla difesa delle prove che rivelino l'innocenza dell'accusato, riducendo la sua colpevolezza o che possano incidere sull'attendibilità degli elementi probatori allegati dall'accusa. La discussione sarà ripresa nella seconda parte di questo lavoro, durante l'analisi del caso *Thomas Lubanga Dyilo*, in discussione presso la Corte Penale Internazionale.

La quarta garanzia processuale penale è vincolata al diritto di difesa (ampia difesa e contraddittorio), caratterizzata dal brocardo *nulla probatio sine defensione*. È, conforme cita Ferrajoli<sup>97</sup>, la principale condizione epistemologica della prova: la falsificabilità dell'ipotesi accusatoria sperimentata dal potere della parte interessata in confutarla, sicché nessuna prova è attendibile senza che siano attivate tutte le possibili smentite e controprove. La difesa, che tendenzialmente non ha spazio nel processo inquisitorio, forma, dunque, il più importante strumento di sollecitazione e controllo del metodo di prova accusatorio, consistente nel contraddittorio tra l'ipotesi d'accusa e ipotesi di difesa e tra le relative prove e controprove. *Contraddittorio* significa informare le parti di tutti gli atti processuali, ammettendo che loro manifestino o producano prove prima della decisione giudiziale. *Ampia difesa*, a sua volta, non è altro che il dovere dello Stato di porzionare all'accusato tutta la difesa possibile quanto all'imputazione che gli è stata segnalata, sia personale (autodifesa), sia tecnica (difesa realizzata da legale). Per Bettiol, "il principio del *favor rei* è il principio base di tutta la legislazione processuale penale di uno Stato, ispirato nella sua vita politica e nel suo ordinamento giuridico da un criterio superiore di libertà"<sup>98</sup>. Figueiredo Dias afferma che "il principio del contraddittorio si oppone, certamente, ad una struttura nettamente inquisitoria del Processo Penale, in cui il giudice potrebbe dichiarare la decisione senza aver confrontato previamente l'arguito con le prove che fossero state raccolte - e non mancano esempi storici di processi penali strutturati in questo modo - o senza la possibilità di, in generale, contestare l'accusa formulata contro di sé"<sup>99</sup>. Nell'ambito del diritto penale internazionale, lo Statuto di Roma arruola, come "garanzie minime e in

---

<sup>96</sup> Art. 67(2) dello Statuto di Roma: "In aggiunta ad ogni altra comunicazione prevista dal presente Statuto, il Procuratore, non appena possibile, porta a conoscenza della difesa gli elementi di prova in suo possesso o a sua disposizione, che egli ritiene dimostrino o tendano a dimostrare l'innocenza dell'imputato, o ad attenuare la sua colpevolezza, o che siano tali da compromettere la credibilità degli elementi di prova a carico. In caso di dubbio sull'applicazione del presente paragrafo, decide la Corte.

<sup>97</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 629.

<sup>98</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Trad. Miguel da Costa Trindade. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 295.

<sup>99</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal...*, op. cit., p. 150.

condizioni di uguaglianza piena” riguardanti i “diritti dell’accusato”<sup>100</sup>, i seguenti: essere informato prontamente e dettagliatamente sulla natura, il motivo e il contenuto delle accuse, in una lingua che egli comprende e parla perfettamente; avere il tempo e le facilitazioni adeguate per preparare la sua difesa e comunicare liberamente e riservatamente con il legale di sua scelta; essere giudicato senza indebito ritardo; essere presente al processo, condurre la difesa personalmente o attraverso il suo legale di fiducia; essere informato, nel caso in cui non disponga di un difensore, del suo diritto di averne uno e, ogni qualvolta l’interesse della giustizia lo richieda, vedersi assegnare d’ufficio un difensore dalla Corte senza oneri economici se non ha i mezzi per remunerarlo; esaminare, o fare esaminare i testimoni a carico ed ottenere la presenza e l’esame dei testimoni a discarico alle stesse condizioni di quelli a carico; avere gratuitamente l’assistenza di un interprete qualificato e delle traduzioni necessarie per soddisfare i requisiti di equità, se non è in grado di comprendere e di parlare perfettamente la lingua utilizzata nelle procedure seguite dinanzi alla Corte o nei documenti presentati alla stessa; non essere costretto a testimoniare contro se stesso o a confessare la propria colpevolezza, e di rimanere in silenzio, senza che il silenzio venga valutato nel determinare la colpevolezza o l’innocenza; senza dover prestare giuramento, fare una dichiarazione scritta o orale in propria difesa; non subire l’imposizione dell’inversione dell’onere della prova o dell’onere della confutazione della prova. La garanzia di ampia difesa, in questo modo, è connessa non solo al diritto all’informazione e alla bilateralità dell’udienza, ma addirittura al diritto di prova legalmente ottenuta o prodotta.

Il sistema garantista “SG” si completa, in questo modo, con i dieci assiomi: tre connessi alla ‘pena’ (*nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege e nulla lex poenalis sine necessitate*), tre vincolati al ‘reato’ (*nulla necessitas sine iniuria, nulla iniuria sine actione e nulla actio sine culpa*) e quattro corrispondenti al ‘processo’ (*nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione e nulla probatio sine defensione*). Poiché questi principi non si limitano a stabilire le condizioni di uso della nozione semantica della verità processuale, ma garantiscono l’immunità dei cittadini da interventi punitivi infondati o arbitrati, questo modello di responsabilità penale non è solo epistemologico di *razionalità* del giudizio,

---

<sup>100</sup> Art. 67(1) dello Statuto di Roma: “Nell’accertamento delle accuse, l’imputato ha diritto ad una pubblica ed equa udienza condotta in modo imparziale, tenendo conto delle disposizioni del presente Statuto e ha diritto almeno alle seguenti garanzie minime, in piena uguaglianza (...)”.

ma anche un modello regolativo di *giustizia formale*<sup>101</sup>. Siccome i principi sono interconnessi tra loro, ognuno sarà rinforzato dagli altri: la portata garantista di ogni principio sarà più estesa nella misura in cui le sue condizioni stabilite saranno più numerose. Ciò significa che il modello normativo di validità (o di legittimità giuridica) sarà veramente costituito quando tali assiomi saranno incorporati all'ordinamento come principi legali o costituzionali.

La nascita dello stato legislativo di diritto - e, per conseguenza, la 'positivazione' dell'assioma attinente alla legalità, sopra analizzato - sorge come criterio esclusivo d'identificazione del diritto valido, essendo l'elemento essenziale alla consolidazione del primo paradigma garantista del diritto.

### **1.3 Dal giusnaturalismo al giuspositivismo: lo stato legislativo di diritto e la consolidazione del paradigma protogarantista**

*Per opera del positivismo giuridico avviene la riduzione di tutto il diritto a diritto positivo, e il diritto naturale è escluso dalla categoria del diritto: il diritto positivo è diritto, il diritto naturale non è diritto. (...) Il positivismo giuridico è quella dottrina secondo la quale esiste solo il diritto positivo*  
BOBBIO

Hans Kelsen, filosofo del diritto e riconosciuto come uno dei più importanti rappresentanti del positivismo giuridico, considera Hobbes partitario del giusnaturalismo<sup>102</sup>, posizione dottrinarica considerata antagonista alla sua. Nonostante, quando tratta la questione dello Stato, Kelsen si avvale di vari argomenti discussi nel Leviatano<sup>103</sup>, che ci rimette alla seguente domanda: sarebbe Hobbes veramente un giusnaturalista?

---

<sup>101</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 73.

<sup>102</sup> KELSEN, Hans. *A doutrina do direito natural perante o tribunal da ciência*, em "O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência". 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 137-175.

<sup>103</sup> "Se lo Stato è una comunità, è una comunità giuridica. Nella condizione di comunità, esso è l'ordine giuridico, del quale si parla, in modo non del tutto corretto, che costituisce la comunità. Chi potrebbe negare che lo Stato è un ordine sociale? E se questa affermazione viene accolta, quale altro ordine, al di là dell'ordine giuridico, potrebbe essere lo Stato se - espresso nel linguaggio comune - è essenziale per lo Stato avere, stabilire o applicare un ordine giuridico?". KELSEN, Hans. *Direito, Estado e justiça na Teoria Pura do Direito*, in "O que é justiça?", op. cit., p. 290.

L'inclusione di Hobbes tra i giusnaturalisti o tra i giuspositivisti è qualcosa di recente nella filosofia del diritto. Per Murphy<sup>104</sup>, “la posizione di Hobbes è più adiacente a una comprensione giusnaturalista della legge civile piuttosto che a una concezione del positivismo giuridico”. Bobbio, nell'introduzione di suo libro *Thomas Hobbes*, riferisce: “tra giusnaturalismo e positivismo giuridico, mio Hobbes si trova più adiacente al secondo che al primo. (...) La molteplicità delle interpretazioni - delle quali non possiamo dimenticare il contributo a una miglior conoscenza del pensiero hobbesiano - spesso oscura il nucleo forte di questo pensiero, facendo con che si dimentichi che, se esiste un autore che ha perseguitato per tutta la vita un'idea, questo autore fu Hobbes, e ancora, se esiste un'opera nella quale il tema dominante è esposto con insistenza, quasi di forma ostinata, questa è l'opera politica del Leviatano, libro che conclude la trilogia delle scritture politiche<sup>105</sup>. L'idea è la seguente: l'unica strada che l'uomo ha per uscire dall'anarchia naturale, che dipende dalla sua natura, e per stabilire la pace, prescritta dalla prima legge naturale, è l'istituzione artificiale di un potere comune, ossia, lo Stato”<sup>106</sup>.

Il clamore tra le due correnti - diritto naturale e diritto positivo - non si limita a Hobbes, essendo frequente nel campo della filosofia politica quanto all'origine e al fondamento delle leggi e dello Stato. Mentre il giusnaturalismo considera la natura come fonte trascendente di uno Stato ideale o, più specificatamente, di un diritto ideale e necessariamente giusto<sup>107</sup>, il giuspositivismo considera che gli uomini, indipendentemente dalla sua natura, creano norme per condurre una determinata società, in una determinata epoca, sempre mirando un determinato obiettivo; così, una situazione desiderata sarebbe solo raggiunta *a posteriori*, e con la creazione di queste regole. Il giusnaturalismo è basato sia sulla teoria del diritto premoderno sia sull'illuminismo (il quale ha fondato il diritto moderno); il giuspositivismo, a sua volta, ha dato origine allo stato legislativo di diritto.

---

<sup>104</sup> MURPHY, Mark C. *Was Hobbes a Legal Positivist?* Chicago: Ethics, n.° 105, 1995, p. 849.

<sup>105</sup> La trilogia filosofica, che secondo Hobbes compone il suo sistema, è composta da: *De Corpore*, a dimostrazione che i fenomeni fisici sono spiegabili in termini di movimento (pubblicato nel 1655); *De Homine*, trattando in particolare del movimento coinvolto nella conoscenza e appetito umani (pubblicato nel 1658); e *De Cive* sull'organizzazione sociale (pubblicato nel 1642).

<sup>106</sup> BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. iv.

<sup>107</sup> “La legge è apparsa agli occhi della specie umana, appena aperti al problema, come una sentenza divina, una decisione degli dèi, e, come volontà divina, fu creata e seguita, senza ulteriori domande. (...) Molto tempo dopo questo modo di vederla acquisì fori di dottrina, sviluppandosi nel senso di essere la ragione, o la forza della natura, o la volontà di Dio, la fonte originaria del Diritto, intesa come diritto naturale, al quale i precetti della legge positiva devono conformarsi”. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 371-2.

Nel diritto premoderno, di formazione giurisprudenziale e dottrinarie, e non legislativa, non vi era un sistema unitario e formalizzato di fonti positive, ma una pluralità di fonti e di ordinamenti vincolati a istituzioni diverse e concorrenti - come l'Impero, la Chiesa, i principati e le corporazioni - nessuna delle quali deteneva il monopolio della produzione giuridica<sup>108</sup>. Il diritto, in verità, veniva basato su un insieme di leggi universali e necessarie dedotte direttamente da un ente divino o dalla ragione naturale umana<sup>109</sup>. A sua volta, lo stato di diritto moderno nasce come *stato legislativo di diritto*, con l'affermazione del principio di legalità come criterio esclusivo d'identificazione del diritto valido e, ancora prima, del diritto esistente, indipendentemente dalla sua valutazione come giusto. Grazie a questo principio e alle codificazioni che ne sono attuazioni, una norma giuridica è valida non perché sia giusta, ma solo perché è 'posta' da un'autorità dotata di competenza normativa<sup>110</sup>.

Come tipica espressione della modernità, il giuspositivismo viene inteso, in Bobbio<sup>111</sup>, nelle seguenti dimensioni complementari: come un modo di approccio del diritto; come una teoria del diritto; e come una ideologia del diritto. Per la prima ipotesi (modo di approccio del diritto), il diritto è fatto e non valore (teoria formalista della validità del diritto), ossia, il giurista deve studiare il diritto nello stesso modo in cui lo scienziato studia la realtà naturale, astenendosi di giudizi assiologici. Il secondo approccio (positivismo giuridico come teoria) dà luogo a sei concezioni fondamentali: teoria coattiva del diritto (la norma vale tramite la forza); teoria legislativa del diritto (la legge figura come la fonte primaziale del diritto); teoria imperativa del diritto (la norma è considerata un comando); teoria della coerenza dell'ordinamento giuridico (impossibilità di coesistenza simultanea di due norme antinomiche); teoria della completezza dell'ordinamento giuridico (il giudice può sempre rilasciare dalle norme esplicite o implicite una regola per risolvere qualsiasi caso concreto, escludendo l'esistenza di lacune nel diritto); e teoria dell'interpretazione meccanicista del diritto (l'attività del giurista fa prevelare l'elemento dichiarativo sul produttivo o creativo del

---

<sup>108</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2. Bari: Laterza, 2007, p. 30.

<sup>109</sup> Secondo Miguel Reale, le concezioni sul diritto naturale "a volte si mantengono nella loro funzione originale - legata alla filosofia aristotelica e stoica, ai giuristi romani e ai maestri della Chiesa, da Sant'Agostino a San Tommaso -, a volte diventano Diritto Razionale, espressione immediata della ragione umana, a volte si presentano, come in tempi più recenti, sotto uno sguardo critico trascendentale". REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito...*, op. cit., p. 373.

<sup>110</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 30.

<sup>111</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999, p. 131-4.

diritto). Nella terza dimensione, il positivismo si presenta come un'ideologia del diritto che impone l'ubbidienza alla legge, conforme al positivismo etico.

Con il passaggio dello stato premoderno allo stato legislativo di diritto, il sistema giuridico passa ad essere inteso come chiuso, assiomaticizzato e gerarchizzato di norme, che richiedeva unità, completezza e coerenza del diritto e negava l'esistenza di lacune e antinomie giuridiche.

Questo passaggio, che con il principio di legalità consolida il 'paradigma protogarantista', si manifesta in quattro cambiamenti, tutti legati alla fondazione prettamente giuspositivista del diritto: nella natura e nella struttura del diritto; nella natura e nel ruolo della giurisdizione; nella natura e nello statuto epistemologico della scienza giuridica; e nella natura e nel ruolo della filosofia politica<sup>112</sup>. La prima, relativa alle condizioni di esistenza e validità delle norme giuridiche, viene caratterizzata dal principio convenzionalistico del positivismo giuridico espresso da Hobbes: *auctoritas, non veritas facit legem*<sup>113</sup> (è diritto non ciò che è giusto o ragionevole, secondo la vecchia concezione giusnaturalista, ma ciò che è stabilito dalla legge). Il secondo cambiamento si riferisce alla giurisdizione, che non è più mera produzione giurisprudenziale del diritto, essendo soggetta alla legge e al principio di legalità come uniche fonti di legittimazione (il volontarismo legislativo viene sostituito dal cognitivismo giurisdizionale, rappresentato dal brocardo *veritas, non auctoritas facit iudicium*)<sup>114</sup>. Il terzo cambiamento è vincolato alla scienza giuridica, che non è più una scienza immediatamente normativa, per diventare una disciplina tendenzialmente cognitiva, esplicativa di un oggetto - il diritto positivo -, autonomo e separato<sup>115</sup>. Il quarto cambiamento viene caratterizzato dalla separazione tra scienza giuridica e filosofia politica, finendo con qualsiasi riflessione filosofica sui fondamenti assiologici e razionali del diritto e promuovendo, a carico dell'autonomia e della scientificità delle discipline giuridiche, il suo isolamento e la sua autoreferenzialità epistemologica<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 30-2.

<sup>113</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatano...*, op. cit., cap. XXVI, § 21, p. 448.

<sup>114</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., pp. 9 e 149.

<sup>115</sup> Per Ferraz Júnior, "se la Scienza del Diritto, nella sfera del giusnaturalismo, da una parte rompe il legame tra giurisprudenza e procedura dogmatica fondato sull'*autorità* dei testi romani, d'altra parte non rompe con il carattere dogmatico, che ha cercato di migliorare, offrendo la qualità di *sistema*, che si basa su premesse la cui validità risiede nella sua razionale generalità". FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 26.

<sup>116</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 32.

Il doppio criterio dei fondamenti del diritto, tanto di validità interna quanto di giustizia esterna, rilevato nella sfera logica, ma vincolato nella sfera storica, significa riconoscere l'evoluzione della tradizione del *positivismo giuridico*<sup>117</sup>, che emerge in decorrenza di lotte politiche che culminarono in un lento processo di secolarizzazione per il quale le istituzioni del potere passarono, dal XVII secolo fino alla metà del XVIII secolo.<sup>118</sup>

La separazione tra diritto e morale assume, da una parte, una giustificazione *interna*, dando luogo alla concezione giuspositivista del diritto e stabilendo la *tesi garantista teorica* di che i giudizi giuridici possiedono ampia autonomia riguardo a qualsiasi altro criterio che non sia stabilito esclusivamente dalla legge; dall'altra parte, la dicotomia tra validità e giustizia assume un *fondamento esterno*, collocando in evidenza la rivendicazione politica del principio della legalità e stabilendo la *tesi garantista assiologica* rivolta all'uguaglianza e alla libertà dei cittadini, nella quale tanto il diritto quanto lo stato hanno finalità e limiti determinati. Ciò significa che la legittimazione interna (ragione *di* diritto) e la giustificazione esterna (ragione *del* diritto) rifletterono il processo di laicizzazione del diritto e della cultura giuridica, creando i requisiti teorici e assiologici del *modello garantista di legalità* e allontanando sia la possibilità futura di un'auto legittimazione etico-politica quanto al ritorno ad una etero-legittimazione giuridica del diritto<sup>119</sup>.

In questa tesi si sostiene, a partire da Ferrajoli, che questa prima rottura viene identificata come paradigma 'protoguarantista', ossia, il passaggio dello stato premoderno (diritto premoderno) allo stato legislativo di diritto (principio di legalità), nonostante sia determinante del *primo modello garantista di diritto*, rappresenta un 'garantismo ancora debole'. Non c'è dubbio che il positivismo giuridico denota un'enorme evoluzione: in conformità a ciò, il principio di legalità diventa il precetto basilare dello Stato di Diritto, sia in senso ampio (norma per i giudici, ai quali prescrive l'applicazione della legge, come formulata), sia in senso stretto (norma per il legislatore, al quale prescrive la tassatività e la precisione empirica delle formulazioni legali). È altrettanto vero che lo stato legislativo di diritto, d'altra parte, permette l'introduzione di modelli assolutisti, in cui il governante, basato sullo stesso precetto, crea le leggi senza

---

<sup>117</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 38 e segs.

<sup>118</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 199.

<sup>119</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 204-210.

imporre limiti al potere normativo, e tantomeno assente di preoccupazione con le garanzie fondamentali dei governati.

Il positivismo giuridico, finora caratterizzato dalla totale indifferenza dell'ordinamento sulle questioni etiche e morali della società, entra in crisi con la fine della Seconda Guerra Mondiale, dando luogo alla cosiddetta 'teoria critica del Diritto'<sup>120</sup>. La conseguenza è la formazione dello stato costituzionale di diritto, caratterizzato dal vincolo tra la legalità e la struttura rigida del testo normativo della costituzione.

Ed è per questo che il 'paradigma garantista forte' sarà il complemento del primo e verrà rappresentato dal secondo grande passaggio: dallo stato legislativo di diritto allo stato costituzionale di diritto.

## **CAPITOLO 2. VALIDITÀ SOSTANZIALE E PARADIGMA GARANTISTA FORTE**

### **2.1 Giuscostituzionalismo: secondo il modello giuridico del paradigma garantista (validità sostanziale)**

*Il costituzionalismo moderno è una tecnica scientifica  
di limitazione del potere con fini garantisti  
GOMES CANOTILHO*

Il discredito delle teorie del contratto sociale e della propria dottrina del diritto naturale cominciò con la fine della Rivoluzione Francese, giungendo il suo apice

---

<sup>120</sup> “Uno dei principi fondamentali del pensiero critico è l'ammissione che il Diritto non può essere integralmente contenuto nella legge, potendo esistere indipendentemente dalla benedizione statale, dalla positivizzazione, dal riconoscimento, espresso dalla struttura di potere. (...) *La teoria critica* resiste anche all'idea di completezza, di autosufficienza e di purezza, condannando la divisione del discorso giuridico, che discosta da esso le altre conoscenze teoriche. (...) L'interdisciplinarietà, che raccoglie elementi in altri settori della conoscenza - tra cui quelli meno ovvi come la psicoanalisi o la linguistica - ha una proficua collaborazione da fornire all'universo giuridico”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 231.

con l'introduzione del positivismo esegetico. Fino a quel momento, il pensiero giusnaturalista, basato specialmente su due pilastri fondamentali - Dio e natura<sup>121</sup> -, regnava quasi assoluto. L'argomento divino, dominante durante tutto il Medioevo, in speciale in San Tommaso d'Aquino<sup>122</sup>, cominciò a perdere forza con le dottrine illuministe: quelli che sostenevano che "al di fuori della Chiesa non vi è salvezza" dovrebbero, per Rousseau<sup>123</sup>, "essere espulsi dallo Stato". Qui sorge la *prima grande garanzia*, giacché lo Stato laico si presenta come un'irrefutabile conquista storica. Argomenti di tipo 'la legge fondamentale della natura è la preservazione degli uomini, non avendo legge umana in senso contrario che sia valida o accettabile'<sup>124</sup>, ovverossia, che le persone, in situazioni di normalità, cercano l'autoconservazione, o ancora che 'la società, istituita tramite la prima appropriazione del suolo fu il seme della discordia tra gli uomini'<sup>125</sup>, vengono rifiutati dai pensatori contemporanei come Freud<sup>126</sup> e Sartre<sup>127</sup>.

Il passaggio dal Medioevo all'età Moderna fu segnalato, conforme all'item 1.3 sopraccitato, da un processo generale di codificazione. Il diritto, con il giuspositivismo, giunge la sua piena autonomia: era l'uomo, e non più le dottrine morali e teologiche, che facevano le sue leggi. In questo modo la legge diventa il diritto in sé, in totale disattenzione al suo fondamento, non essendo più questionata, solo applicata. Grau riferisce che "il positivismo non può trattare della questione della legittimità del

---

<sup>121</sup> Kelsen afferma che "la volontà di Dio è - nella dottrina del Diritto naturale - identica alla natura, nella misura in cui la natura è concepita come se creata da Dio. Di conseguenza, le leggi che regolano la natura hanno, in conformità a questa dottrina, lo stesso carattere di regole giuridiche emanate da un legislatore: sono comandi diretti alla natura; e la natura obbedisce a questi comandi così come l'uomo obbedisce alle leggi emanate da un legislatore". KELSSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 13.

<sup>122</sup> "Il diritto divino si chiama così perché è promulgato dalla divinità. E, infatti, questo, in parte, si riferisce alle cose che sono naturalmente giuste, tuttavia, la loro giustizia non si manifesta agli uomini; e, in parte, sono le cose che diventano giuste per intuizione divina. Ne consegue che anche il diritto divino può essere diviso in due, allo stesso modo che il diritto umano; perché, nella legge divina, ci sono alcune cose inviate perché buone, e altre cattive perché vietate". AQUINO, Santo Tomás de. *Suma de teología*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995, p. 472.

<sup>123</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: ou princípios do direito político*. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 119.

<sup>124</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 100.

<sup>125</sup> In questo senso: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso Sobre a Origem da Desigualdade*. Disponibile in <<http://www.culturabrasil.pro.br/dadesigualdaderousseau.htm>>, consultato nel aprile 2011.

<sup>126</sup> Per Freud, "l'aggressività non fu creata dalla proprietà". FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 168.

<sup>127</sup> Sartre afferma che "non vi è alcuna natura umana, poiché non vi è alcun Dio a concepirla; (...) l'uomo non è più ciò che fa; (...) l'esistenza precede l'essenza". SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, pp. 5-6.

diritto. Per questo, nella sua cornice, la legalità occupa il posto della legittimità<sup>128</sup>. Come si può osservare è il legislatore - e non più Dio, o la natura, o la giustizia, o la ragione - l'essere onnipotente dal quale emanano tutte le leggi. È valida la critica proposta da Lyra Filho: “Quando il positivista parla in Diritto, si riferisce a quest’ultimo - e unico - sistema di norme, per egli, valide, come se il pensiero e la pratica giuridici interessassero solo quello che alcuni organi del potere sociale (la classe di gruppi dominanti o, da essi, lo Stato) impongono e etichettano come Diritto. È chiaro che in ciò esiste una confusione, perché tale atteggiamento equivale a dedurre tutto il Diritto a certe norme, che presumibilmente lo esprimono, come a dire che lo zucchero ‘è’ quello che troviamo in un contenitore con l’etichetta zucchero, anche se un furbo ha messo lì polvere di riso o un pervertito ha riempito il contenitore con l'arsenico”<sup>129</sup>. Ancora: “Quali personaggi storici possono essere considerati legislatori? Come dobbiamo agire per scoprire le loro intenzioni? Quando queste intenzioni in qualche modo differiscono dalle altre, come devono essere combinate nell’intento istituzionale composito?”<sup>130</sup>.

Non vi è dubbio che questo principio dell’onnipotenza del legislatore ha una vertente liberale, giacché protegge il cittadino contro le arbitrarie dello Stato. In tanto, d’altra parte, “eliminando i poteri intermediari”<sup>131</sup>, il positivismo giuridico assume la sua vertente assolutista, attribuendo un potere pieno, esclusivo e illimitato al legislatore. Qui sorge *la seconda grande garanzia*, perché è giustamente con l’introduzione dei contributi rigidi nella seconda metà del secolo scorso che il paradigma del diritto cambia nuovamente, occasione in cui il giuspositivismo cede posto al giuscostituzionalismo.

In questo secondo cambiamento, lo *stato legislativo di diritto*, che era caratterizzato dal principio di legalità, viene sostituito dallo *stato costituzionale di diritto*, caratterizzato dalla rigida subordinazione della legge stessa a una legge superiore: la costituzione, gerarchicamente sovraordinata alla legislazione ordinaria.

Il giuscostituzionalismo porta, conforme Ferrajoli, quattro nuovi cambiamenti rispetto al modello precedente (diritto positivo), conforme all’item 1.3 di

---

<sup>128</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 31.

<sup>129</sup> LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 30.

<sup>130</sup> Dworking cerca l’esatta intenzione del legislatore, concludendo sulla sua totale impossibilità. In DWORING, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 380.

<sup>131</sup> In questo senso: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...*, op. cit., p. 38.

questa tesi - quando dal primo passaggio (cambiamento del diritto giurisprudenziale premoderno)<sup>132</sup>.

Il primo cambiamento riguarda la teoria della validità. Nello stato costituzionale di diritto, dotato da una costituzione rigida, le leggi sono sottoposte non solo a norme *formali* sulla sua formazione, ma anche alle norme *sostanziali* sul suo significato. In questo modo, per Ferrajoli, non sono ammesse come valide norme di leggi il cui significato sia in contrasto con norme costituzionali<sup>133</sup>. Inoltre, cambia la propria forma dell'esercizio della giurisdizione, non più una soggezione acritica e incondizionata alla legge, indipendente dal suo contenuto, ma una soggezione alla propria costituzione e, perciò, alla legge solo se valida costituzionalmente. La rottura con l'antico paradigma determina, inoltre, la propria espansione della giurisdizione costituzionale, con la creazione di tribunali costituzionali. Cambia, in un terzo momento, il paradigma epistemologico della scienza giuridica, che non sarà più meramente esplicativa e avalutativa, passando ad essere critica e progettuale. La legge e il 'principio di legalità' si dirigono alla periferia del sistema, mentre il 'principio di costituzionalità' resta nel centro di questo sistema. Il quarto cambiamento, il costituzionalismo rigido, positivando il *dover essere* del diritto in norme costituzionali sostanziali, cambia lo statuto della dottrina dei limiti ai poteri dello Stato, formulandola non più come filosofia politica, ma sì come teoria giuridica dello stato di diritto della democrazia<sup>134</sup>. Le nuove costituzioni, come ci si può vedere, saranno considerate delle vere norme giuridiche, dotate di supremazia, con forza vincolante e di osservazione obbligatoria.

Nel momento in cui appaiono principi d'indubitabile carica assiologia - come dignità della persona umana, uguaglianza, solidarietà sociale, stato democratico di diritto e umanità -, delle quali viene riconosciuta la loro forza normativa, il giuscostituzionalismo<sup>135</sup> riprende il dibattito morale. Autori non positivisti, come Alexy<sup>136</sup>, Dworkin<sup>137</sup> e Atienza<sup>138</sup>, sostengono il riavvicinamento tra diritto e morale,

---

<sup>132</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 33.

<sup>133</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 33-4.

<sup>134</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 35.

<sup>135</sup> Si parla attualmente in "neocostituzionalismo", termine coniato, tra altri, da: POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, em "Doxa", 21, 1998, p. 355-370; COMANDUCCI, Paolo. *Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio*, in "Studi in onore di Franca De Marini", Giuffrè, Milano: 1999, p. 123-4; CARBONELL, Miguel. *Teoria del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

<sup>136</sup> ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

conforme alla tesi di Radbruch<sup>139</sup>, dove le norme terribilmente ingiuste non hanno validità giuridica, indipendentemente di quello che dicono le fonti autorizzate dell'ordinamento. D'altra parte autori positivisti come Ferrajoli<sup>140</sup>, Guastini<sup>141</sup> e Sanchís<sup>142</sup>, riaffermano, anche dinanzi al giuscostituzionalismo, la separazione tra diritto e morale, nonostante riconoscano che ci sarà un innegabile accostamento sempre che il potere costituente renderà positivi i valori morali, conferendoli forza normativa.

Per quanto riguarda questo conflitto, Ferrajoli<sup>143</sup> difende la divisione del costituzionalismo giuridico in *costituzionalismo gius-naturalista* e *costituzionalismo gius-positivista*. Dal primo ne deriva un costituzionalismo *argomentativo* o *principialista*<sup>144</sup>, identificato dalla configurazione dei diritti fondamentali come valori o principi morali strutturalmente diversi dalle regole, perché dotati di una normatività più debole, affidata non più alla sussunzione, ma alla ponderazione legislativa e giudiziale. Sono caratteristiche del costituzionalismo argomentativo o principialista: l'attacco al positivismo giuridico e alla tesi di separazione tra diritto e morale; il ruolo centrale associato all'argomentazione a partire dalla tesi riguardante i diritti costituzionalmente stabiliti, che non sarebbero regole bensì principi, in virtuale conflitto tra loro, i quali sono oggetto di ponderazione, e non di sussunzione; e la conseguente concezione del diritto come una pratica giuridica, affidata, soprattutto alla attività dei giudici. Dal costituzionalismo giuspositivista, dall'altro, ne deriva un costituzionalismo *normativo* o *garantista*, caratterizzato da una normatività forte, di tipo regolativo, vuol dire, legato alla tesi che sostiene che la maggior parte dei (anche se non tutti) principi costituzionali, in speciale i diritti fondamentali, si comporta come regole, una volta che implica l'esistenza o impone l'introduzione di regole relative ai divieti di lesioni o obblighi di

---

<sup>137</sup> DWORKING, Ronald. *Law and Morals*. In "Justice in Robes". Cambridge: Harvard University Press, 2006.

<sup>138</sup> ATIENZA, Manuel. *Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico*, in "La teoría del derecho en el paradigma constitucional" (L. Ferrajoli, J.J. Moreso y M. Atienza), Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, §§ 5 e 6, p. 144-164.

<sup>139</sup> RADBRUCH, Gustav. *Cinco minutos de filosofia do direito*. In "Filosofia do direito". Trad. L. Cabral de Moncada. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 414-418.

<sup>140</sup> FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000.

<sup>141</sup> GUASTINI, Ricardo. *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003.

<sup>142</sup> SANCHÍS, Luis Pietro. *Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Implicaciones*. In "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales". Madrid: Trotta, 2003.

<sup>143</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*, trad. André Karam Trindade, disponibile in: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>, consultato il 10 agosto 2011.

<sup>144</sup> Termine di SANCHÍS, L. Pietro. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997.

prestazioni che sono a loro volta le proprie garanzie. Ci si può distinguere il costituzionalismo normativo o garantista in tre significati: come modello o tipo di sistema giuridico, come teoria del diritto e come filosofia politica<sup>145</sup>. Come *modello di diritto*, il costituzionalismo garantista si caratterizza, riguardo al modello paleo-giuspositivista, dalla positivizzazione anche dei principi che devono essere alla base di tutta la produzione normativa. Come *teoria del diritto*, si presenta come una teoria che tematizza la divergenza tra il *dover essere* (costituzionale) e *l'essere* (legislativo) del diritto, caratterizzato dalla distinzione e virtuale divergenza tra *validità* e *vigenza*, giacché ammette l'esistenza di norme vigenti perché in conformità alle norme procedurali sulla sua formazione e, tuttavia, invalide perché incompatibili con le norme sostanziali sulla sua produzione. Infine, come *filosofia* e come *teoria politica*, il costituzionalismo positivista o garantista consiste in una teoria della democrazia, elaborata non solo come una generica e astratta teoria del buon governo democratico, bensì come una teoria della democrazia sostanziale, oltre che formale, basata empiricamente sul paradigma del diritto ora riferito<sup>146</sup>.

Ferrajoli non ammette in nessuno di questi tre significati la connessione tra diritto e morale, già che la loro separazione - in senso assertivo o teorico - è conseguenza del principio di legalità, che esclude, per la garanzia della sommissione dei giudici solo alla legge, la derivazione del diritto valido dal diritto giusto, e inoltre, per la garanzia dell'autonomia critica dal punto di vista morale esterno al diritto, la derivazione del diritto giusto dal diritto valido, anche se conforme alla costituzione. Il suo modello di costituzionalismo, in verità, equivale a un progetto normativo che deve essere realizzato tramite la costruzione, mediante politiche e leggi d'attuazione, di idonee garanzie e istituzione di garanzia, conforme sarà discusso in seguito.

## **2.2 Costituzionalismo garantista: *principia iuris*, democrazia costituzionale e sistema di garanzie**

*Il garantismo è l'altra faccia del costituzionalismo*  
FERRAJOLI

---

<sup>145</sup> I tre significati del 'costituzionalismo' corrispondono ai tre significati del 'garantismo' presentati da FERRAJOLI in *Diritto e ragione...*, op. cit., cap. XIII, p. 891.

<sup>146</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Costituzionalismo garantista e neoconstituzionalismo...*, op. cit.

Se la rottura prodotta dal giuspositivismo risultò nella dissociazione tra giustizia e validità, l'istituzione del giuscostituzionalismo risultò, invece, nella dissociazione tra validità e vigenza, ossia, tra il 'dover essere costituzionale' e 'l'essere legislativo' del diritto. Ciò significa che, per il *costituzionalismo positivista*, una legge è valida non semplicemente perché vigente, ossia, emanata nelle forme che permettono di riconoscere a quale ordinamento appartiene, ma solo se, oltre a ciò, sarà coerente, quanto ai suoi contenuti, con le norme costituzionali che sono superiori ad essa.

È giustamente in questa differenziazione interna del diritto tra livelli normativi che risiede il tratto distintivo del paradigma costituzionale, caratterizzato dalla soggezione della legge alla legge stessa, non solo quanto alle forme degli atti che la producono, ma anche a proposito dei contenuti normativi da essi prodotti<sup>147</sup>. Ciò avvenne, come citato in precedenza, con l'incorporazione, nelle costituzioni rigide, di principi etici-politici - come l'uguaglianza, per esempio - trasformati da fonte di giustificazione politica o esterna a fonte di legittimazione giuridica o interna.

La principale implicazione metateorica di questa differenziazione avviene nel rapporto tra la logica e i suoi usi nella teoria del diritto, da un lato, e il proprio diritto, dall'altro. All'interno di un sistema nomodinamico del diritto positivo - nel quale le norme non sono deducibili da altre norme, ma prodotte da autorità competente - né sempre i principi logici sono soddisfatti dal diritto. In esso, antinomie e lacune strutturali esistono e non potrebbero non esistere tra norme di diversi livelli e dinanzi alla distanza che sempre sussiste tra il *dover essere* normativo e l'*essere* effettivo. Questo vuol dire che, per Ferrajoli<sup>148</sup>, i principi della logica deontica e tutti gli altri della teoria che fanno uso delle figure della logica deontica - come la contraddizione tra il tollerato e il vietato o l'implicazione tra aspettativa positiva e obbligazione corrispondente - sono principi *del* diritto, ma non sono principi *nel* diritto. Non sono, in altre parole, principi interni al diritto positivo, quei chiamati dall'autore italiano come *principia iuris et in iure*, i quali non vengono espressi né esplicita né implicitamente nelle norme giuridiche. Questi sono denominati *principia iuris tantum*, i quali

---

<sup>147</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Teoria axiomática do direito. Por uma refundação epistemológica da teoria do Direito*, in "Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico". Trad. Alexandre Aranalde Salim e Daniel Ustároz. Barueri, Manole, 2010, p. 182 e segs.

<sup>148</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Teoria axiomática do direito...*, op. cit., p. 192-3.

impongono al diritto positivo, poiché principi a esso esterni, la logica che esso, infatti, non ne ha, ma che, di diritto, deve averne.

In altre parole: ai *principia iuris et in iure* si applicano i *principia iuris tantum*, che sono esterni al diritto e retti dalla logica. I *principia iuris tantum* esprimono, in un ordinamento nomodinamico, il “dover essere” del diritto stabilito dal diritto stesso e, perciò, la normatività dei *principia iuris et in iure*. Ossia: sono i *principia iuris tantum* che, stabilendo l’unità, completezza e coerenza, impongono all’ordinamento stesso l’introduzione delle garanzie primarie e secondarie<sup>149</sup>. La protezione dei diritti fondamentali già incorporati dall’ordinamento (*principia iuris et in iure*) è il presupposto garantista per un modello di *democrazia costituzionale*, che implica non solo il diritto ma anche la garanzia dei diritti. Ed è per questo che il merito di Ferrajoli in *Principia iuris - Teoria del diritto e della democrazia* fu quello di costruire una teoria formale del diritto per stabilire la sua teoria giuridica della democrazia: al primo posto perché dotata di normatività interna all’ordinamento giuridico, dato che identifica i diritti fondamentali stabiliti costituzionalmente come limiti e vincoli al potere, pubblico o privato; al secondo posto, perché aggregata alla teoria del diritto, come interpretazione semantica di tipo assiologico.

La teoria della *democrazia costituzionale* presuppone la rottura in relazione ad alcuni presupposti storici vincolati all’idea di democrazia, in speciale il ‘governo del popolo’, inteso come un macrosoggetto di volontà omogenea. In Ferrajoli, la sovranità popolare viene ritrattata in un senso doppio: in forma *negativa*, perché non appartiene al monarca, al parlamento o a qualsiasi persona o gruppo di persone, ma all’insieme dei suoi cittadini, che sono soggetti individuali di carne ed ossa che compongono il popolo; e in forma *positiva*, perché tali soggetti detengono poteri e contropoteri, che sono esattamente i diritti fondamentali, la cui violazione rappresenta allo stesso tempo un attentato al suo rispettivo titolare e alla stessa sovranità popolare<sup>150</sup>.

È innegabile l’importanza della concezione *formale* o *procedurale* di democrazia, conforme stabilito da Kelsen<sup>151</sup> o Dahl<sup>152</sup>, ad esempio, poiché un metodo di decisione collettiva, visto che stabilisce le basi del *chi* (il popolo o i suoi rappresentanti)

---

<sup>149</sup> FERRAJOLI, *Principia iuris...*, op. cit., vol. 1, p. 30.

<sup>150</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 11.

<sup>151</sup> KELSEN, Hans. *La democrazia*. Bologna: Mulino, 1998, p. 198.

<sup>152</sup> DAHL, Robert A. *Sulla democrazia*. 2<sup>a</sup> ed. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 40.

e del *come* (la regola della maggioranza) delle decisioni pubbliche, senza le quali non si potrebbe parlare di democrazia. Ferrajoli<sup>153</sup> sostiene, però, che la dimensione *formale* della democrazia non è sufficiente per stabilire la legittimità delle decisioni all'interno del paradigma costituzionale contemporaneo, precisamente perché questo presuppone norme costituzionali che richiamano il principio dell'uguaglianza e i diritti fondamentali come limiti e vincoli al potere, perfino il potere della maggioranza. Ciò significa che la democrazia costituzionale è una teoria giuridica e normativa che si basa sulla teoria della validità delle norme, che ha nella sovranità popolare tanto la sua legittimazione *formale* per produrre norme sulla produzione di norme (norme secondarie), quanto la sua legittimazione *sostanziale* relativa alla produzione di norme sostanziali fondamentali (norme primarie)<sup>154</sup>.

La dimensione *formale* della democrazia (il *chi* e il *come*) è quella che si caratterizza, nella metafora del contratto sociale, dall'autonomia dei propri contraenti e consociati che concordano e convenzionano l'insieme di poteri costituiti, i quali, in altre parole, sono norme di riconoscimento dei poteri legittimi e delle decisioni formalmente valide di un ordinamento democratico<sup>155</sup>. La concezione formale della democrazia si divide tra *democrazia politica* (esercizio di diritti politici) e *democrazia civile* (esercizio di diritti civili). I diritti politici e civili sono quelli che Ferrajoli intitola *diritti secondari*<sup>156</sup>, perché designano i mezzi tramite i quali la volontà della maggioranza (il *come* si decide) e le autodeterminazioni private (il *chi* decide) sopraggiungono i loro fini giuridici, legittimando formalmente la democrazia.

Così, la *formale democrazia* si basa sulla parte formale dell'uguaglianza, come la nascita delle istituzioni, delle norme e degli atti che caratterizzano il diritto pubblico, tramite la manifestazione dei diritti secondari politici (sovranità politica: principio della rappresentatività politica delle funzioni di governo, che ha nell'esercizio del voto la sua affermazione; principio della divisione di poteri; principio di separazione tra funzioni di governo e funzioni di garanzia) e dalla manifestazione dei diritti

---

<sup>153</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 61 e segs.

<sup>154</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 1, op. cit., p. 679-684.

<sup>155</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 17.

<sup>156</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 22-3.

secondari civili (autonomia privata: principio dell'autodeterminazione dell'individuo, che ha nel diritto civile di autonomia la sua affermazione)<sup>157</sup>.

D'altronde, il termine *sostanziale* relativo alla democrazia non trova, in Ferrajoli, il suo tradizionale significato vincolato all'idea di 'vera democrazia', ovverossia, di una democrazia diretta con massima partecipazione del popolo. Nel costituzionalismo garantista, la dimensione *sostanziale* della democrazia vuole stabilire limiti e vincoli di contenuti liberali e sociali imposti dai diritti umani, tanto alla validità delle leggi quanto alla propria democrazia formale. Così, è nella democrazia sostanziale che s'indaga l'illegittimità di poteri sregolati, così come la legittimità della subordinazione di tali poteri al diritto, cui riconoscimento come diritto valido decorre unicamente dal suo condizionamento alle scelte costituzionali, che stabiliscono, oltre alle forme per la loro produzione, i contenuti ad essere prodotti<sup>158</sup>.

La natura rigida delle costituzioni contemporanee, basate sull'uguale titolarità di tutti a proposito dei diritti fondamentali, stabilisce la fonte di legittimazione *sostanziale* della democrazia costituzionale, determinando 'quello che non si può' (*limiti* in funzione della sua legittimazione sostanziale *negativa*) e 'quello che non si può non' (*vincoli* in funzione della sua legittimazione sostanziale *positiva*) di tutta la produzione giuridica<sup>159</sup>. In questo modo, dinanzi all'istituzionalizzazione giuridica costituzionale dei presupposti filosofici-politici eretti dalla tradizione utilitarista, la *democrazia sostanziale* assume il ruolo legittimatore all'interno del sistema giuridico, dirigendo la giustificazione dello stato e del diritto alle finalità che puntano, unicamente, la soddisfazione degli interessi vitali di tutti i cittadini (ossia, alla garanzia dei loro diritti fondamentali)<sup>160</sup>. Ciò significa che, come il grado di garantismo dipende dal grado di effettività raggiunto nella tutela dei *diritti fondamentali primari* (protezione dei diritti di libertà e soddisfazione dei diritti sociali), la ricerca del potenziamento della sfera pubblica sarà sempre di fondamentale importanza per ridurre il deficit di delegittimazione del sistema giuridico nella sua totalità<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 160-3.

<sup>158</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 304.

<sup>159</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 25.

<sup>160</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione...*, op. cit., p. 924.

<sup>161</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 306.

La concezione *sostanziale* della democrazia, in questa cornice, servirà a qualificare e a limitare la democrazia *formale*, perché delegittima qualsiasi possibilità d'irruzione nelle basi del proprio sistema democratico, stipulando limiti e vincoli in qualsiasi sfera del potere. Per tanto, la ragione sociale dello stato e del diritto della democrazia *sostanziale* si basa sulla *democrazia liberale*, come un sistema di garanzie prevalentemente negative, e sulla *democrazia sociale*, come un sistema di garanzie prevalentemente positive, ambedue complementari e collegati, il cui rapporto si mostra vitale all'amplitudine del progetto di democrazia costituzionale, dove l'intersezione di uno stato liberale minimo e di uno stato sociale massimo rende possibile il potenziamento di un liberalismo sociale e di un socialismo liberale<sup>162</sup>.

La *democrazia liberale*, in Ferrajoli, si vincola alle garanzie d'*immunità* fondamentale e alla *facoltà* fondamentale di tutti gli individui. Tali garanzie vengono caratterizzate dalla libertà negativa e dalla libertà positiva<sup>163</sup>. La *libertà negativa*, o libertà *da*, è la garanzia della non invasione del diritto e del potere nella sfera intima delle persone. La libertà positiva, o libertà *di*, è la garanzia delle facoltà fondamentali dell'individuo, determinando allo stato costituzionale una gamma di contenuti che stabiliscono ciò che non si può decidere, come avviene sui diritti fondamentali di libertà (le *immunità* fondamentali di coscienza, di religione, di vita, sul proprio corpo e sulla propria privacy, e le *facoltà* fondamentali di libera manifestazione del pensiero, di radunamento e di associazione, per esempio)<sup>164</sup>.

La *democrazia sociale* assume la quarta e ultima dimensione della democrazia costituzionale, responsabile della proposta di materializzazione della propria democrazia liberale. Sulla base della democrazia sociale si trovano i diritti sociali, intitolati da Ferrajoli come i *diritti fondamentali primari positivi*<sup>165</sup>, poiché legati all'attesa di prestazione dal potere statale, vincolandolo a ciò che è d'obbligo decidere. Si rompe con la concezione discrezionale dell'amministrazione, considerandola come funzione di garanzia, ovverossia, come un dovere positivo assoluto. Solo per la garanzia dei diritti sociali<sup>166</sup>, qui intesi come diritti vitali minimi

---

<sup>162</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 307.

<sup>163</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 314.

<sup>164</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 338.

<sup>165</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 392.

<sup>166</sup> L'affermazione di che il costo dei diritti sociali renderebbe impossibile la sua soddisfazione, mettendo a rischio la crescita economica e la produzione di ricchezza, è rifiutata da Amartya Sen, il quale non considera, tra i fini dello Stato, oltre alla garanzia della pace e dei diritti vitali, l'obbligatorietà della

alla sopravvivenza degna (come il diritto alla salute, all'istruzione e all'alimentazione), e degli altri diritti fondamentali, tutti considerati come diritti uguali, sarà possibile sviluppare il senso di appartenenza a un'identità collettiva e a una comunità politica<sup>167</sup>.

I diritti fondamentali, perciò, richiedono *leggi di attuazione*<sup>168</sup> per l'introduzione delle rispettive garanzie, tanto le *primarie* (doveri di prestazione e di non lesione disponibili alla tutela dei diritti rispettivi) quanto le *secondarie* (doveri di sanare atti invalidi o illeciti, che decorrono dall'inosservanza delle garanzie primarie, tramite l'annullazione o sanzione), cui assenza viene identificata nel paradigma garantista come *ineffettività strutturale*<sup>169</sup>.

Ferrajoli chiama di *forte* un diritto provvisto di garanzie primarie e secondarie<sup>170</sup>. Sono *primarie* le garanzie sostanziali, o di primo grado, dove qualcuno ha il dovere di realizzare l'effettività di un diritto soggettivo. Sono *secondarie* le garanzie strumentali, o di secondo grado, dove qualcuno ha la titolarità del dovere per attuare o assicurare un'effettività secondaria, tramite l'annullabilità o la responsabilità per gli atti commessi in violazione delle prime<sup>171</sup>. Le garanzie *secondarie* sono sempre sussidiarie alle garanzie *primarie*, poiché cercano l'effettuazione dei diritti positivi/lesati/minacciati di lesione o prestazione, attuando tramite criteri coercitivi, in cui l'uso regolato della forza<sup>172</sup> è la propria negazione della legge del più forte e della logica del potere selvaggio<sup>173</sup>.

Vi sono le garanzie primarie *positive* e le garanzie primarie *negative*: le prime riguardano l'obbligo di prestazione dei diritti positivi, come avviene con i diritti fondamentali sociali, in cui l'obbligazione della sua corrispondente prestazione è dovere dello stato; le garanzie primarie negative riguardano la proibizione di lesione dei diritti

---

presunta produzione di ricchezza. SEN, Amartya K. *Scelta, benessere, equità*. Bologna: Mulino, 2006, p. 356 e segs.

<sup>167</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 53.

<sup>168</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 1, op. cit., p. 674.

<sup>169</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 1, p. 695, e vol. 2, p. 79.

<sup>170</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 1, op. cit., p. 694-5.

<sup>171</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 1, op. cit., p. 668-9.

<sup>172</sup> Inteso come la forza sottomessa alle regole previste per vie ipotetiche del proprio ordinamento. In questo senso: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 1, op. cit., p. 468 e segs.

<sup>173</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 1, op. cit., p. 869.

negativi, come avviene con il diritto fondamentale alla vita, dove l'obbligazione di protezione è anche dovere dello stato<sup>174</sup>.

Eventuale omissione riguardante i diritti positivi - nel caso dei diritti sociali - porta alla violazione delle corrispondenti garanzie primarie positive, attivando una garanzia secondaria legata al potere dove il potere giurisdizionale determina la sua effettuazione. D'altra parte se vi è la violazione del diritto fondamentale alla vita (violazione, perciò, di una garanzia primaria negativa), verrà attivata una garanzia secondaria, la cui esistenza metterebbe a rischio la propria garanzia primaria, visto che si tratta di condizione *sine qua non* all'imposizione di qualsiasi sanzione<sup>175</sup>.

Il fatto è che la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali ha consistito nell'allargamento della 'sfera dell'indecidibile'<sup>176</sup>, la quale, nel vecchio stato liberale, era tracciata essenzialmente dai diritti di libertà, e conseguentemente dai limiti e divieti imposti ai poteri pubblici, dove nessuna maggioranza potrebbe validamente decidere. Con la costituzionalizzazione dei diritti sociali, si è formata la 'sfera dell'indecidibile che' e la 'sfera dell'indecidibile che non' assentandosi limiti e vincoli di contenuti imposti dal diritto di libertà e dai diritti sociali.

Da questa logica, fu proposta una generale riconsiderazione della sfera pubblica. Molto di più della classica separazione montesquieuniana tra potere legislativo, potere esecutivo e potere giudiziario, concepita da un accordo istituzionale più elementare degli attuali, Ferrajoli<sup>177</sup> traccia un'altra separazione: quella tra *funzioni e istituzioni di governo* e *funzioni e istituzioni di garanzia*, basata sulla diversità delle loro fonti di legittimazione. Le funzioni e istituzioni del governo si basano sulla rappresentatività politica, siano legislative o esecutive; le funzioni e istituzione di garanzia si basano sulla soggezione alla legge, e precisamente sull'universalità dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti.

---

<sup>174</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 1, op. cit., p. 671.

<sup>175</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 1, op. cit., p. 671.

<sup>176</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Funções de governo e funções de garantia. Comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana*. Disponibile in: <[http://www.fmp.com.br/anexos\\_publicacoes/Prof%20Ferrajoli%20-%20funzioni%20di%20governo%20e%20di%20garanzia.doc](http://www.fmp.com.br/anexos_publicacoes/Prof%20Ferrajoli%20-%20funzioni%20di%20governo%20e%20di%20garanzia.doc)>, trad. Alexandre Aranalde Salim, consultato nel agosto 2011. Ancora: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 1, op. cit., p. 819-824.

<sup>177</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Funções de governo e funções de garantia.....*, op. cit.

La critica riguarda i poteri legislativo ed esecutivo, uniti oggi, in democrazia, dalla stessa fonte di legittimazione, avendo in questo modo un'articolazione delle *funzioni politiche o di governo* che denota un rapporto molto più di condivisione che di separazione. Dall'altra parte le *funzioni di garanzia*, oggi allargate, vanno oltre alle classiche funzioni giurisdizionali di garanzia secondaria, includendo tutte le funzioni generate dalla crescita dello Stato sociale, come la scuola, la salute e la previdenza. Tutte queste funzioni amministrative di garanzia primaria, non potendo essere classificate all'interno della vecchia tripartizione settecentesca, furono sviluppate sull'etichetta globale dell' 'Amministrazione Pubblica', nonostante non siano legittimate dal criterio della maggioranza, come le funzioni di governo, ma dall'applicazione imparziale della legge, anche se contra la maggioranza<sup>178</sup>.

Le distinzioni tra funzione di governo e funzioni di garanzie sono particolarmente feconde nel *diritto internazionale*, dove mancano funzioni e istituzioni di garanzia, molto di più che funzioni e istituzioni di governo. Come riferisce Ferrajoli, non avrebbe senso, e non sarebbe neanche pertinente alle funzioni di difesa dei diritti umani, un'ipotetica e improbabile democrazia rappresentativa planetaria basata sul principio di una testa/un voto<sup>179</sup>. Globalizzare diritti umani va oltre a universalizzarli nel piano formale, perché le diverse carte internazionali esistenti in questo senso mancano di leggi di attuazione. In questo modo, nel prossimo item verranno analizzate le varie dimensioni dei diritti umani e le conseguenze della globalizzazione su di essi, analizzando la possibilità di costruzione di una sfera globale basata sul paradigma garantista.

### **2.3 Diritti umani e globalizzazione: la richiesta di espansione del paradigma garantista nella sfera internazionale**

*La calamità di chi non ha diritti non deriva dal fatto che essi siano stati privati della vita, della libertà o della ricerca della felicità (...)  
ma dal fatto che non appartenevano a nessuna comunità*  
HANNAH ARENDT

---

<sup>178</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Funções de governo e funções de garantia*...., op. cit.

<sup>179</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*, trad. Alexandre Aranalde Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 119.

Bobbio riferisce che lo sviluppo e il cambiamento sociale sono direttamente vincolati alla nascita, amplitudine e universalizzazione di ‘nuovi diritti’, che si sono moltiplicati per tre ragioni: per l’aumento della quantità di beni considerati meritevoli di tutela; per l’estensione della titolarità di alcuni diritti tipici a soggetti diversi dall’uomo; e perché l’uomo non è più concepito come un essere generico e astratto, ma, al contrario, è visto nella specificità o nella concretezza delle sue diverse forme di essere in società, come bambino, anziano o malato<sup>180</sup>.

Il processo di riconoscimento e affermazione dei diritti umani è una conquista recente, che si deve, in gran parte, alla stretta connessione con le trasformazioni della società. La globalizzazione dei cosiddetti ‘nuovi diritti’ fece con che alcuni pensatori - Marshall, Bobbio, Bonavides, Macpherson, Sarlet, Bedin e Piovesan<sup>181</sup>, tra altri - consacrassero un’evoluzione lineare e accumulativa di diritti, con l’obiettivo di precisare il suo contenuto, la titolarità, l’efficacia e l’effettuazione.

Conforme questa concezione, i diritti fondamentali di *prima generazione* sarebbero i diritti e le garanzie individuali e politici classici: libertà, uguaglianza, proprietà e sicurezza, caratterizzandosi come ‘diritti di difesa’, ossia, di resistenza alle varie forme di oppressione. Garanzie processuali come il processo legale, il diritto di petizione e l’*habeas corpus* s’inquadrano in questa categoria, poiché relative alla libertà e all’uguaglianza degli individui. Documenti storici come le dichiarazioni dei diritti di Virginia (1776) e della Francia (1789) proclamarono formalmente i diritti di prima dimensione, che posteriormente sono stati attuati dalla Costituzione Americana del 1787 e dalle Costituzioni Francesi del 1791 e del 1793.

Nel trascorrere del XIX secolo, con la constatazione di che la dichiarazione formale di libertà e uguaglianza non forniva la garanzia della sua effettiva concretizzazione, alleata alle dottrine socialiste e allo scoppio del processo d’industrializzazione, furono proclamati i *diritti sociali, economici e culturali* basati

---

<sup>180</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68-73.

<sup>181</sup> Ci sono autori che citano tre, quattro o cinque *generazioni* o *dimensioni* di diritti fondamentali. In questo senso: MARSHAL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976, p. 57-114; BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 6, 67-83; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 514-528; MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da Justiça Econômica e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 37-52; SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, p. 46-58; BEDIN, Gilmar A. *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. 2ª ed., Ijuí: UNIJUÍ, 1998, p. 39-78; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 146.

sull'uguaglianza e con portata positiva, come 'diritti di credito'<sup>182</sup> che hanno come titolare l'uomo nella sua individualità e come soggetto passivo lo Stato. Tali diritti, di *seconda generazione*, si caratterizzano per la concessione all'individuo di prestazioni sociali positive, come la salute, istruzione, assistenza sociale e lavoro, e sono stati formalmente proclamati nella Costituzione Messicana del 1917, nella Costituzione Tedesca di Weimar del 1919, nella Costituzione Spagnola del 1931 e nel Testo Costituzionale Brasiliano del 1934.

I diritti fondamentali di *terza generazione*, o diritti di fraternità e solidarietà, si caratterizzano per il cambiamento di titolarità: la protezione non è più dell'uomo individualmente considerato, tantomeno dei suoi rapporti con lo Stato; la tutela, adesso, è di categorie o gruppi di persone (popolo, nazione, famiglia), ossia, di diritti di titolarità collettiva e diffusa, come l'ambiente sano, la qualità di vita, lo sviluppo, la comunicazione e l'autodeterminazione dei popoli. Nella realtà brasiliana, sono esempi di diritti di terza dimensione la Legge di Azione Civile Pubblica ( Legge n.º 7.347/85), il Codice del Consumo (Legge n.º 8.078/90) e la Legge dei Reati Ambientali (Legge n.º 9.605/98).

Non vi è consenso sulla *quarta dimensione* dei diritti fondamentali. Alcuni autori, come Bobbio<sup>183</sup>, dinanzi alle atrocità avvenute durante la Seconda Guerra Mondiale, in speciale le esperienze genetiche perpetrate nei campi di concentramento, si preoccupano con il *patrimonio biogenetico dell'individuo*, esaltando la protezione della persona umana e la propria umanizzazione del processo scientifico. Altri, come Bonavides<sup>184</sup>, sostengono che la quarta generazione sia il risultato della *globalizzazione dei diritti fondamentali*, relativa all'universalizzazione nella sfera istituzionale che corrisponderebbe alla fase finale d'istituzionalizzazione dello Stato Sociale. Per questa seconda corrente, la quarta dimensione dei diritti fondamentali verrebbe rappresentata dalla democrazia, dal diritto all'informazione e dal diritto al pluralismo.

Comincia ad essere suggerita, oggigiorno, una *quinta generazione* dei diritti fondamentali, relativi all'internet e alla cibernetica, poiché il sistema giuridico si preoccupa della diffusione e dello sviluppo della tecnologia, il che coinvolge

---

<sup>182</sup> Il termine è coniato da Celso LAFER, em *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 127.

<sup>183</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos...*, op. cit., p. 06.

<sup>184</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 524-6.

l'internazionalizzazione della giurisdizione costituzionale delle frontiere fisiche tramite la 'grande rete'<sup>185</sup>. Come effetto, l'impatto avvenuto dalla tecnologia informatizzata, dal commercio elettronico e dalla possibile intelligenza artificiale sulla società mondiale, richiederebbe un ridimensionamento delle leggi e della propria giurisprudenza. Il limite territoriale di applicazione della norma sarebbe lo spazio cibernetico. Il proprio diritto penale dovrebbe adeguarsi per trattare la criminalità virtuale, come avviene oggi con il *cyberbulling*, dove la violenza è praticata tramite messaggi elettronici.

Bonavides, un'altra volta, si manifesta diversamente. Dinanzi ai recenti atti terroristi, come l'avvenuto nel settembre 2001 nel World Trade Center, il pensatore sostiene che sia legittimo parlare del *diritto alla pace*<sup>186</sup>, trasferito dalla *terza* alla *quinta* generazione. Per "finire con l'oscurità cui viene relegato, il diritto alla pace si innalza a una condizione superiore, dove, come capo di una generazione di diritti umani fondamentali, la sua visibilità diventerebbe molto maggiore". Inoltre, continua l'autore, "senza memoria e senza la percezione di questa verità, registrate nella coscienza dei popoli e nella ragione dei governanti, non sarebbe possibile rendere concreta la più solenne, la più importante, la più inderogabile clausola del contratto sociale: il diritto alla pace come supremo diritto dell'umanità"<sup>187</sup>. Poiché sono importanti alla comprensione di questa tesi, la quarta (*universalizzazione dei diritti fondamentali*) e la

---

<sup>185</sup> In questo senso: MOURA, Adriana Galvão. *A Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Cidadania. In Constituição e Construção da Cidadania*. Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Paulo José Freire Teotônio (organizadores). Leme: JH Mizuno, 2005, p. 25. Ainda: BUSTAMANTE, Javier. *Derechos Humanos En El Ciberespacio*. Em "Derechos Humanos: La Condición Humana En La Sociedad Tecnológica". Graciano González R. Arnaiz (coord.). Madrid: Tecnos, 1999, p. 170.

<sup>186</sup> Nonostante il riferimento fatto da Bonavides Paul, sul *diritto alla pace* come essendo di quinta generazione, diversi autori si erano già manifestati nella stessa direzione: "(...) che ogni uomo dovrebbe lottare per la pace, quando ha speranza di averla, e nel caso in cui non riesca deve cercare e usare tutti gli aiuti e i vantaggi della guerra" - HOBBS, Thomas. *Leviatano ...*, op. cit., p. 113; "la sicurezza collettiva vuole la pace, perché la pace è l'assenza dell'uso della forza fisica. (...) La pace del diritto, tuttavia, è una pace relativa e non una pace assoluta, perché il diritto non esclude l'uso della forza. (...) Il diritto è un ordine di coercizione, e come ordine di coercizione, secondo il suo grado di evoluzione - un ordine di sicurezza, cioè un ordine di pace" - KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 66; "Quando qualcuno mi chiede quali sono, a mio parere, i problemi fondamentali del nostro tempo, non ho alcuna esitazione nel rispondere: il problema dei diritti umani e il problema della pace. Fondamentali perché la soluzione al problema della pace dipende la nostra stessa sopravvivenza, e la soluzione del problema dei diritti umani è l'unico segno di progresso civile" - BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Org. Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 497; "Sono 'vitali' quei diritti fondamentali la cui garanzia è condizione necessaria della pace (...)", quelli che sono "(...) stati rivendicati e poi conquistati da lotte e rivoluzioni attraverso un *mai più* alle loro violazioni (...)" - FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 1, p. 888.

<sup>187</sup> BONAVIDES, Paulo. *A Quinta Geração de Direitos Fundamentais*, in "Revista Direitos Fundamentais & Justiça", n.º 3, abr./jun, 2008, p. 82-93.

quinta (*diritto fondamentale alla pace*) dimensioni dei diritti fondamentali, conforme Bonavides, saranno discusse nell'item 3.3, in seguito.

In questo momento è importante la ricerca sulla natura di questi 'nuovi' diritti umani, poiché sono necessità basilari. Wolkmer<sup>188</sup> questiona: sono prodotti di 'generazioni', di un'evoluzione storica (successione lineare, graduale e cumulativa) o sono risultanti di un processo di permanente gestazione, provocati da rivendicazioni e conflitti? Per l'autore, la problematizzazione della questione, rende flessibile la concezione di che, in ogni epoca, ci sarebbero diritti assoluti e specifici, imponendosi l'idea dei diritti relativi che nascono in qualsiasi momento, poiché sono necessità o esigenze valutative, restando chiaro che la realtà contemporanea rende possibile, costantemente, i diritti umani di natura individuale, sociale e meta-individuale. Parlare di 'generazione' di diritto non significa, per Brandão<sup>189</sup>, che l'evoluzione avviene sempre nel senso di collettivizzazione del suo esercizio, poiché la tutela di diritti di titolarità individuale, come la *privacy*, oltre a continuare ad esistere, è evoluta e ampliata. Come riferisce l'autore, l'azione dannosa dell'invio di virus a un computer può generare un interesse di tipo meramente individuale o un interesse di ordine collettivo e, addirittura, transnazionale.

Wolkmer<sup>190</sup> sostiene che la tradizione lineare ed evolutiva dell'affermazione e conquista dei diritti non ha lasciato di rialzare il valore attribuito alle 'necessità' essenziali di ogni epoca. Così si spiega la priorità dei 'bisogni' a proposito della libertà individuale, nell'Europa Occidentale del XVIII secolo; di 'bisogni' a proposito della partecipazione politica nel XIX secolo; e una maggior uguaglianza economica e qualità di vita nel XX secolo. La proposizione nucleare, per l'autore, è considerare i 'nuovi' diritti come l'affermazione di necessità storiche nella relatività e nella pluralità degli agenti sociali che egemonizzano una certa formazione societaria.

Il processo di globalizzazione, propiziando nuove situazioni di bisogno, mancanza ed esclusione, contribuisce alla nascita di questi 'nuovi' diritti, potendo

---

<sup>188</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Novos Pressupostos para a Temática dos Direitos Humanos*, in "Direitos Humanos e Globalização - fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica", Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 23.

<sup>189</sup> BRANDÃO, Paulo de T. *A Tutela Judicial dos 'novos' Direitos: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania*. Tese de Doutorado em Direito. Florianópolis: CPGD, 2000, p. 126.

<sup>190</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Novos Pressupostos para a Temática dos Direitos Humanos...*, op. cit., p. 25.

creare, secondo autori affetti a tesi multiculturali, un paradosso tra l'effettività universale dei diritti umani e la diversità culturale, tema che sarà trattato all'item 3.3, in seguito.

Non vi è un fatto unico al quale si possa attribuire l'inizio del fenomeno della globalizzazione, afferma Robertson<sup>191</sup>, poiché esso è il risultato di un insieme di eventi avvenuti lungo la storia dell'umanità che generarono multipli riflessi che oggi appartengono al nostro quotidiano. L'autore cita il crollo dei regimi feudali come il primo grande avvenimento di questo processo, quando sorsero, nel XV secolo, le prime strutture nazionali, sviluppando così l'idea d'*individuo*. Susseguirono a questo periodo la costruzione dell'idea di *Stato*, nella seconda metà del XV secolo, e le prime agenzie internazionali, avvenendo la gestazione della primordiale nozione di *umanità*. Nel periodo dal 1870 al 1920 vi è una crescente formalizzazione di rapporti nella sfera internazionale, emersero i mezzi di comunicazione di vasta portata e movimenti di tipo mondiale, come le Olimpiadi e la standardizzazione delle unità di misura di tempo, con il fuso orario.

Come risposta alle atrocità praticate nella Seconda Grande Guerra, sorse l'Organizzazione delle Nazioni Unite, susseguita alla lotta tra il capitalismo e il socialismo, che fece scoppiare la 'Guerra Fredda', la corsa all'armamento nucleare e la formazione di un gruppo di paesi poveri denominati terzomondisti<sup>192</sup>. Nel '70 il mondo intravede grandi innalzamenti nei valori del petrolio, che occasionano l'aumento dei prezzi di beni e di servizi, inflazione, stagnazione economica, bassa liquidità mondiale e crollo dei prezzi, rendendo evidente l'esaurimento della crescita del modello finanziario, produttivo, industriale e commerciale finora vigente<sup>193</sup>. Verso gli anni 80, per superare la crisi, grossi conglomerati economici approfittarono l'affermazione egemonica del sistema capitalista, associato all'espansione tecnologica dell'informatica e dei mezzi di comunicazione, per ampliare i mercati di attuazione, dando inizio a profonde modificazioni nei rapporti politici, economici, culturali e sociali, in un grande numero di paesi<sup>194</sup>. Tali avvenimenti avviarono quello che viene a chiamarsi *processo di*

---

<sup>191</sup> ROBERTSON, Roland. *Globalização: teoria social e cultura global*. Trad. João R. Barroso. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 88-9.

<sup>192</sup> BAEZ, Narciso Leandro Xavier. *A Problemática dos Direitos Humanos no Mundo Globalizado*. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2007.

<sup>193</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 63-4.

<sup>194</sup> BAEZ, Narciso Leandro Xavier. *A Problemática dos Direitos Humanos no Mundo Globalizado...*, op. cit.

*globalizzazione*, che, prendendo in considerazione aspetti economici, sociali, culturali e politici, avvicina paesi e persone, creando una società globale, complessa e contraddittoria<sup>195</sup>.

Boaventura Santos<sup>196</sup> ricorda che la globalizzazione egemonica “sta divorando non solo le promesse di progresso, di libertà, di uguaglianza, della non discriminazione e della razionalità rappresentata dal processo di regolazione sociale-egemonica che ha neutralizzato i progetti di emancipazione sociale, a causa, principalmente, dell’imposizione dei mercati finanziari”. Per Ferrajoli<sup>197</sup>, sono catastrofici gli effetti della globalizzazione su questioni vitali minime legate ai diritti sociali - al lavoro, alla previdenza sociale, all’alimentazione, alla salute, all’istruzione - nel Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 16 dicembre 1966. Per l’autore, vi è un progressivo impoverimento dei paesi poveri e una crescita esponenziale della disuguaglianza a livello planetario, provocata dall’assenza di una sfera pubblica mondiale, dallo sviluppo di un mercato senza regole.

In conformità al Rapporto annuale sullo sviluppo umano elaborato nel 2011<sup>198</sup>, la differenza tra il progresso e il retrocesso di vari paesi è preoccupante. Il reddito pro capite della Cina, ad esempio, è aumentato straordinariamente - 1200 in 40 anni -, mentre quello della Repubblica Democratica del Congo è crollato l’80%. È stato calcolato il MPI (Multidimensional Poverty Index) in 109 paesi. A livello mondiale, ogni 6 persone su 10 soffrono qualche privazione ambientale, e ogni 4 su 10, ne soffrono due o più. Tra i cosiddetti ‘poveri multidimensionali’, la situazione è più grave, perché 9 su 10 soffrono di almeno una privazione seria: quasi il 90% non usa combustibili moderni per cucinare, l’80% non conta sul servizio di igiene adeguato e il 35% non possiede acqua potabile. Nel rapporto del 2010 è stato accertato che, dei 104 paesi arruolati nel MPI, 1,75 milioni di persone vivevano in situazione di povertà multidimensionale, ossia, con privazione grave in salute, educazione o standard di vita, sopravvivendo con massimo 1,25 dollari il giorno. La più elevata incidenza di povertà

---

<sup>195</sup> IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 11-2.

<sup>196</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Boaventura de Sousa Santos (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 17.

<sup>197</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 542.

<sup>198</sup> Disponibile in: <<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2011/download/pt/>>, consultato il 12 dicembre 2011. Dalla sua creazione nel 1990, il Rapporto dello Sviluppo Umano (RSU) proporziona nuove prospettive su alcune sfide importanti per l’umanità. Il RSU è una pubblicazione annuale indipendente del programma delle Nazioni Unire per lo Sviluppo.

multidimensionale si trova in Africa, con un minimo del 3% nel Sudafrica e il 93% nel Niger. Anzi, con una notizia veicolata nel gennaio 2012, l'ONU riferisce le enormi differenze tra la vita di un bambino nato nel Niger e di un bambino nato in Norvegia: il bambino norvegese ha un'aspettativa di vita di più di 30 anni, e guadagnerà in media 85 dollari per ogni dollaro del bambino nato nel Niger<sup>199</sup>.

Se i diritti fondamentali 'devono essere presi sul serio', come difeso da Dworking nella sua celebre opera<sup>200</sup>, la preoccupante situazione mondiale può essere migliorata con una politica globale effettivamente seria e impegnata. Secondo calcoli realizzati nel 2008 dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro per vari paesi africani e asiatici, un sistema che garantisse ai lavoratori 100 giorni di attività lavorative l'anno comporterebbe, in media, meno del 1% del PIL mondiale. Inoltre: l'OIL stima che con meno del 2% del PIL mondiale si potrebbe offrire a tutti i poveri del mondo un pacchetto minimo di benefici e servizi sociali, includendo salute e istruzione di base<sup>201</sup>.

I dati rappresentano l'effetto tragico di un modello di sviluppo senza controllo come segno di un 'nuovo razzismo': che considera come certe, la miseria, la fame, la malattia e la morte di milioni di essere umani senza valore<sup>202</sup>.

Il razzismo, per Foucault, consiste in introdurre una separazione "tra ciò che deve vivere e ciò che deve morire", ossia, è la "condizione sulla quale si può esercitare il diritto di uccidere"<sup>203</sup>. Solo su questa condizione, difende Ferrajoli<sup>204</sup>, si può tollerare e applaudire guerre che risultano nella perdita di migliaia di vite umane; accettare politiche contro l'immigrazione; o ancora permettere che l'opinione pubblica dei paesi ricchi sostegni o ignori la morte, ogni anno, di migliaia di essere umani causata dalla fame o dalla mancanza di medicine essenziali.

L'era della globalizzazione rivela una doppia aporia nel rapporto tra la democrazia politica e la democrazia sociale. Nel vecchio stato liberale garante solo dei diritti civili e della libertà, la democrazia politica aveva una connotazione sociale e

---

<sup>199</sup> Disponibile in: <<http://www.unric.org/pt/actualidade/26154-indice-da-onu-revela-profundas-desigualdades-entre-paises-ricos-e-pobres>>, consultato il 06 gennaio 2012.

<sup>200</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>201</sup> Fonte: Rapporto dello Sviluppo Umano dell'ONU, 2011, citato.

<sup>202</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais...*, op. cit., p. 121.

<sup>203</sup> FOUCAULT, Michel. *Corso del 17 marzo 1976*, em "Bisogna difendere la società", Milano: Feltrinelli, 1998, p. 200 e 221.

<sup>204</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 545.

progressista (permetteva la rappresentazione di una maggioranza di poveri), mentre il proprio stato aveva una connotazione conservatrice. Oggi succede l'opposto: lo stato costituzionale di diritto è un fattore di garanzia dei più deboli contro le tendenze conservatrici della maggioranza. A livello globale l'aporia è ancora più grave, perché sono i rappresentanti dei paesi ricchi che prendono le decisioni più rilevanti per tutto il mondo, nelle quali non sono discussi il problema della fame o della miseria, oggi una realtà nei paesi più poveri. Il successo delle 'destre xenofobe, razziste e antiglobaliste' genera un circolo vizioso: esattamente perché esclude dal godimento dei diritti, migliaia di persone che vivono in condizioni disumane sono considerate antropologicamente inferiori; e questa connotazione razzista, a sua volta, serve a legittimare la discriminazione nei diritti<sup>205</sup>.

Per Ferrajoli<sup>206</sup>, l'unica alternativa razionale dinanzi all'attuale regressione dell'ordine internazionale alla guerra globale infinita come strumento di governo di una superpotenza è la trasformazione graduale dell'attuale - e in grande parte fallito - modello confederativo del diritto internazionale in un modello federativo: con l'unica incombenza di garantire la pace e i diritti fondamentali di tutti gli essere umani del pianeta. L'autore scrive:

Ripensare lo Stato e l'ordine internazionale nella prospettiva della democrazia costituzionale significa ripensare i posti del costituzionalismo e del garantismo, ossia, delle garanzie richieste nei confronti di tutti i poteri, nei suoi diversi livelli, per la tutela dei diritti fondamentali stabiliti in qualsiasi di essi<sup>207</sup>.

Un *costituzionalismo multilivello* senza Stato presuppone la superazione di qualsiasi rappresentazione monista del diritto, statale o internazionale, così come la sua rappresentazione dualista, basata sulla concezione degli ordinamenti internazionale e interno come originari, non connessi e indipendenti<sup>208</sup>. Dinanzi alla ogni volta più forte influenza esterna, ci si dirige oggi alla superazione della base teorica del proprio Stato, concepito originalmente come 'sovrano, nazionale e territoriale', imponendosi che si riconosca, con maggior o minore intensità, regole più universali. Tutti questi aspetti alterano la struttura dello Stato moderno come forma di organizzazione politica, poiché il suo potere, allora sovrano, viene limitato, ogni volta di più, dalla sfera internazionale.

---

<sup>205</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 547.

<sup>206</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 554.

<sup>207</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 557.

<sup>208</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 558.

È giustamente per questo che il riconoscimento del *pluralismo degli ordinamenti*, non solo statali, ma anche inter e sovranazionali, sarà imprescindibile alla costruzione di una *sfera pubblica globale*. È ciò che verrà analizzato a partire dal prossimo capitolo.

## **CAPITOLO 3. ESPANSIONE DEL PARADIGMA GARANTISTA: VERSO IL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE**

### **3.1 Crisi (paradossale) della sovranità**

*(...) si evidenzia il principio paradossale dell'auto-rafforzamento tramite l'auto-indebolimento, dal momento che lo Stato nazionale è obbligato a delegare i suoi strumenti a organismi transnazionali cooperative in modo da avere più possibilità di controllo, in quanto solo in questo modo sarà possibile rinnovare ed espandere il suo potere d'influenza sulla sua condizione di Stato post-nazionale*  
**ULRICH BECK**

Il positivismo giuridico come visto nell'item 1.3, si basava sul brocardo *auctoritas, non veritas facit legem*, conforme alla formula hobbesiana precedentemente analizzata. In questo senso, esiste un rapporto intrinseco tra 'positivismo giuridico' (teoria che riconosce la legge solo perché è stata determinata da autorità competente) e 'sovranità' (teoria del potere sovrano, dell'autorità competente che, esclusivamente, pone la legge). Dal suo carattere formale, l'*auctoritas* responsabile dell'elaborazione della legge attuerà solo nel piano dell'osservazione empirica nel quale si farà l'identificazione del potere costituente con il potere di soggetti politici concretamente determinati<sup>209</sup>. Storicamente questo potere fu identificato, in speciale, con la *sovranità*, istituto che sorge insieme all'assolutismo nel XVI secolo, perché per un potere centralizzato, supremo e illimitato del monarca erano necessari i rispettivi fondamenti teorici per dargli legittimità.

Fu attribuita a Bodin la prima affermazione di che la sovranità era un elemento fondamentale dello Stato. Nel suo "Les Six Livres de La République", l'autore differenzia la famiglia della Repubblica, definendo quest'ultima come "un

---

<sup>209</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 481.

governo giusto di molte famiglie, dei comuni, con il potere sovrano”<sup>210</sup>. Jean Bodin creò la *teoria del diritto divino*, per legittimare il potere dei monarchi negli Stati assolutisti, designando, in questo modo, il potere supremo della Repubblica. Per egli, “la sovranità è un potere assoluto e perpetuo di una Repubblica in relazione a quelli che manipolano gli affari di stato di una Repubblica”<sup>211</sup>. La supremazia del potere dello Stato, perciò, sorge in Bodin più come una necessità politica che teorica, giustamente per aver vissuto in un tempo di guerre, ma la sua teoria è anche un prodotto della realtà dell’epoca. Il concetto sviluppato si presenta come un appello a favore dell’indipendenza, dell’unità e dell’ordine dello Stato, in difesa della sovranità come il potere assoluto e perpetuo - perché irrevocabile, per tempo indeterminato<sup>212</sup>.

L’idea di sovranità, che in Bodin è associata alla persona del *governante*, viene ampliata allo *Stato* con Hobbes nel suo *Leviatano*<sup>213</sup>. Tanto in Hobbes quanto in Bodin il concetto di sovranità ha senso assolutista; però Hobbes è molto più sistematico di Bodin, perché non ha cercato il contenuto della sovranità al di fuori, solo alla fine del proprio Stato, e tratta di farlo derivare da ciò<sup>214</sup>.

Con il progresso tecnologico avvenuto dalla Rivoluzione Industriale nel XVIII secolo, sorge una nuova ideologia antiautoritaria che pregava la fine dell’assolutismo e delle ingiustizie commesse dai tribunali realisti, facendo l’apologia alla libertà e alla sovranità popolare<sup>215</sup>. John Locke, come precursore di questo modello, sorge difendendo lo stato di natura hobbesiano, ma si contrappone alla teoria della sovranità assoluta. La sovranità popolare di Locke è idealizzata all’interno di uno Stato di Diritto, liberale, in cui si fonda una nuova razionalità della borghesia orientata conforme ai principi politici-economici. Il popolo sovrano, in questo contesto, sarebbero

---

<sup>210</sup> BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. Trad. Pedro Bravo Gala. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 9.

<sup>211</sup> BODIN, Jean. *Los seis libros de la república...*, op. cit., capítulo VIII do Livro I.

<sup>212</sup> JELLINEK, George. *Teoria general del Estado*. 5ª ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 347.

<sup>213</sup> “La nazione, unita in una sola persona, si chiama Stato. Questa è la creazione di quel grande Leviatano, o parlando con più rispetto di quel Dio mortale, al quale dobbiamo, sotto il Dio immortale, la nostra pace e la nostra difesa”. HOBBS, Thomas. *Leviatano...*, op. cit., p. 137.

<sup>214</sup> JELLINEK, George. *Teoria general del Estado...*, op. cit., p. 347.

<sup>215</sup> CARVALHO, David França Ribeiro de; DINIZ, Luciano dos Santos; RODRIGUES, Alessandra Mahé Costa. *Uma abordagem sobre a compreensão da soberania no decurso da história*, disponibile in <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alessandra\\_mahe\\_costa\\_rodrigues.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alessandra_mahe_costa_rodrigues.pdf)>, consultato nel 06 luglio 2011.

i proprietari<sup>216</sup>. Vi è in Locke un netto rapporto tra ‘sovranità popolare’ e ‘diritto di resistenza’: “la società politica (il popolo) conserva perpetuamente un potere supremo di salvaguardarsi dei tentativi e propositi di qualsiasi persona, anche dei suoi legislatori, sempre che essi siano abbastanza tonti o perversi per concepire e portare a termine piani contrari alla libertà e proprietà dei sudditi. Perché, nessun uomo e nessuna società ha il potere di cedere la propria conservazione, o, conseguentemente, i mezzi per questo, alla volontà assoluta e al dominio arbitrario di un altro, sempre che qualcuno voglia condurli a tale condizione di schiavitù, avranno sempre il diritto di conservare ciò che non avevano il potere di cedere e di liberarsene da quelli che trasgrediscono questa legge fondamentale, sacra e inalterabile dell’autoconservazione, tramite la quale entrò nella società”<sup>217</sup>.

La sovranità popolare, per Rousseau, risiede nel sommatorio della ‘volontà generale’ degli individui in quanto inseriti in una società politica, essendo sempre “costante, inalterabile e pura”<sup>218</sup>. Per l’autore, la volontà generale non si sbaglia mai, fermo restando in caso di perversione, dotando lo Stato di forza affinché attui in favore delle tesi fondamentali anche quando ciò significa andare contro la volontà della maggioranza in qualche quesito particolare. La legge, per conseguenza, è un atto di volontà generale e di espressione della sovranità, determinando tutto il destino dello Stato, avendo i legislatori, un ruolo quasi divino nel contratto sociale: “I legislatori devono assomigliarsi agli dei, sempre perseguendo l’obiettivo di servire alle necessità essenziali della natura umana<sup>219</sup>”.

Ferrajoli sostiene che la sovranità rappresenta un’aporia delle dottrine contrattualistiche: fondamento, con il monopolio statale della produzione giuridica, del principio di legalità, e altresì, come *potestas legibus soluta*, con lo stesso principio in contrasto; norma di riconoscimento del diritto positivo e di artificio politico, in evidente contraddizione con la ragione sociale di uno e di altro; categoria moderna, non avendo

---

<sup>216</sup> NEUENSCHWANDER, Juliana Magalhães. *História semântica do conceito de soberania: o paradoxo da soberania popular*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2000, p. 38.

<sup>217</sup> LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, §149, p. 518-9.

<sup>218</sup> “La volontà, o è generale, o non lo è; o è quella del corpo del popolo, o solo una parte. Nel primo caso, la volontà dichiarata è un atto di sovranità e fa la legge; nel secondo, è semplicemente una volontà particolare o un atto di magistratura; è al massimo un decreto”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Il contratto sociale...*, op. cit., p. 50.

<sup>219</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social. Ensaio sobre a origem das línguas*. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 19.

senso parlare di sistemi di tipo giurisprudenziale e consuetudinario e, allo stesso tempo, poiché potere sregolato, ultimo vestigio dello stato di natura<sup>220</sup>. Per l'autore, la storia della sovranità corrisponde a due storie parallele e opposte: quella della *sovranità interna*, che è la storia della sua progressiva dissoluzione, parallela allo sviluppo degli stati costituzionali e democratici di diritto; e quella della *sovranità esterna* che, al contrario, è la storia della sua progressiva assolutizzazione, raggiungendo il suo apice nella prima metà del secolo scorso con la catastrofe delle due guerre mondiali. La prima storia inizia con la fine dell'assolutismo reale e con la nascita dello stato liberale: con le prime costituzioni e codificazioni e con la formazione dello stato di diritto, cambia la forma dello Stato, la cui sovranità interna si riduce progressivamente dinanzi alla sua crescente soggezione alla legge. La seconda storia risale alla comunità internazionale, configurata dalla filosofia politica contrattualista come una società selvaggia in stato di natura. Lo Stato nazionale sovrano, perciò, si basa, contraddittoriamente, su una *negazione* e su un'*affermazione* dello stato di natura: su una negazione, poiché 'stato civile', dello stato naturale delle società primitive degli uomini di carne e ossa e, per questo, sulla posizione tra 'civiltà' e 'inciviltà' e tra 'cittadini' e non 'cittadini' come fonte di legittimazione di nuove forme di disuguaglianza e di dominio; su un'affermazione di un nuovo stato di natura, quello della società selvaggia (però artificiale) degli Stati sovrani e, per questo, sulla sua opposizione come Stati virtualmente in guerra tra loro, ma pure uniti, come 'mondo civile', dal diritto-dovere di civilizzare il resto del mondo ancora 'incivile'<sup>221</sup>.

Quando lo Stato assoluto dà luogo allo Stato moderno, l'idea di sovranità è definitivamente trasferita dalla persona del sovrano alla Nazione, conforme alla concezione razionale liberale definita da Sieyès<sup>222</sup>: "in qualsiasi Nazione libera - e tutte le Nazioni devono essere libere - esiste solo una forma di finire con le differenze che ne risultano in relazione alla Costituzione. Non è ai notabili che si deve ricorrere, è alla propria Nazione". Il *principio della sovranità della nazione* diventa, perciò, l'istrumento di legittimazione del proprio Stato moderno.

Con la consolidazione dello Stato moderno e la divisione interna di poteri, i sovrani cominciarono a riconoscersi come pari. La *Pace di Vestfalia* fa dello Stato il

---

<sup>220</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 487-8.

<sup>221</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 488-9.

<sup>222</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Org. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 113.

centro di articolazione politica della società internazionale, che lotta per l'unità di potere e si presenta come potere sovrano che non riconosce nessun altro sopra di sé. Come riferisce Bedin<sup>223</sup>, la Pace di Vestfalia ebbe come marchio storico centrale la fine della Guerra dei Trent'Anni, nel 1648. Però, le negoziazioni di pace tra gli Stati coinvolti cominciarono cinque anni prima, concretizzandosi tramite due conferenze: un'avvenuta a *Munster*, con la partecipazione delle potenze protestanti, e altra a *Osnabrück*, alla quale parteciparono le potenze cattoliche. Nonostante gli ostacoli incontrati<sup>224</sup>, le conferenze realizzate culminarono con il Trattato di Pace, nel 1648, e l'affermazione di tre principi fondamentali: il principio della libertà religiosa degli Stati; il principio della sovranità degli Stati; e il principio dell'uguaglianza tra gli Stati. In quel momento avviene il riconoscimento ufficiale dell'idea di una società internazionale integrata da Stati uguali e sovrani<sup>225</sup>.

La crisi della sovranità comincia con la fine della Seconda Guerra Mondiale, quando lo Stato moderno passa a far parte di una comunità internazionale, retta da regole proprie legittimate tramite fonti abbastanza diverse, come trattati, convenzioni o il proprio diritto consuetudinario internazionale. Kelsen sempre difese che lo Stato moderno dovrebbe assumere i suoi obblighi internazionali di forma volontaria, sottomettendosi al diritto internazionale per la sua volontà sovrana<sup>226</sup>, orientazione che consta in vari trattati internazionali<sup>227</sup>. Come riferiscono Cruz e Melo, “fino a poco tempo fa, questa costruzione teorica bastava alla discussione sull'inserzione dello Stato nell'ambito internazionale, però si sa che la realtà attuale non corrisponde a ciò. La crescente interrelazione e interdipendenza tra Stati e la

---

<sup>223</sup> BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001, p. 169.

<sup>224</sup> Silvana Colombo afferma che la divisione e/o correlazione di forze tra protestanti e cattolici resero difficile le negoziazioni e conversazioni diplomatiche sulla ricerca di una pace duratura. COLOMBO, Silvana. *Estado, soberania e poder: uma visão a partir da sociedade internacional*. Joaçaba: Espaço Jurídico, v. 8, n. 1, jan./jun. 2007, p. 63.

<sup>225</sup> BOSON, Gerson de Brito Mello. *Direito internacional público: o Estado em direito das gentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 162.

<sup>226</sup> “In generale, possiamo dire che il trattato non pregiudica la sovranità, in quanto, in ultima analisi, questa limitazione si basa sulla volontà dello Stato limitato; ancora: a causa di questa limitazione, la sovranità dello stato è assicurata alla sovranità statale”. KELSEN, Hans. *Teoria general del derecho y del estado*. 3ª ed. Ciudad de México: UNAM, 1969, p. 421.

<sup>227</sup> Art. 15 della Convenzione di Vienna del 1969: “Il consenso di uno Stato ad essere obbligato da un trattato si esprime per adesione: a) quando il trattato prevede che tale consenso possa essere espresso dallo Stato per via di adesione; b) quando risulta altrimenti che gli Stati che hanno partecipato al negoziato avevano concordato che tale consenso potesse esprimersi da parte dello Stato per via di adesione; oppure c) quando tutte le parti hanno successivamente concordato che tale consenso potesse esprimersi da parte dello Stato per via di adesione”.

consolidazione di principi guida del comportamento tra essi furono provocati, di forma evidente, la consolidazione di un ordine giuridico internazionale, la cui forza vincolante è difficile di spiegare in virtù dell' 'accettazione' di ogni Stato'<sup>228</sup>.

Questo rapporto d'interdipendenza che gli Stati vivono oggi, nel piano internazionale, fa ripensare l'idea di sovranità, creando un dibattito su una *sovranità divisibile*<sup>229</sup>, che avrebbe la finalità di adeguarsi alla 'realtà comunitaria', nonostante lo Stato membro continui ad esercitare la sua competenza sovrana, di potere coercitivo e di esecuzione interna, esercita anche il suo potere esterno di manifestazione. L'integrazione degli Stati nazionali in comunità sovrastatali relativizza ancora di più il concetto classico di sovranità: prima, perché esclude la loro capacità decisoria in diversi topics, che passano ad essere redatti da accordi internazionali; secondo, perché fa ascendere nuove fonti di produzione giuridica. Inoltre, conforme Cruz e Melo, quando si parla di 'integrazione transnazionale' si menziona qualcosa che oltrepassa la mera 'cooperazione'. Lo Stato nazionale non solo contrae obblighi vincolanti (caso dei trattati internazionali classici), ma sottomette al controllo di organismi transnazionali il loro eseguitamento (come il caso delle Convenzioni Europea e Americana dei Diritti Umani), trasferendo poteri a tali enti, che si convertono in titolari di competenze che prima gli appartenevano: il potere degli Stati nazionali, perciò, si svuota gradualmente<sup>230</sup>.

Sulla stessa scia, Ferrajoli afferma che lo Stato nazionale sta perdendo la sua autosufficienza ed esclusività normativa nel piano giuridico, la propria sovranità nella sfera politica e la propria centralità nella sfera economica. La crisi è determinata dalla rivoluzione nelle comunicazioni, nell'economia, nella politica e nel diritto, finendo con i vecchi limiti statali in tutte queste dimensioni della vita sociale, creando problemi drammatici e finora irreversibili nell'ambito sovrastatale: dal ritorno alla guerra come strumento di soluzione delle controversie tra gli Stati allo sviluppo della criminalità e del terrorismo internazionali; dall'aumento delle disuguaglianze, e con questo la fame e le malattie che affliggono migliaia di esseri umani, ai problemi ecologici del pianeta che

---

<sup>228</sup> CRUZ, Paulo Marcio Cruz; MELO, Osvaldo Ferreira de. *Soberania e superação do estado constitucional moderno*. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, v. 1, n. 46, jul./dez. 2006, p. 80.

<sup>229</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. *União européia: processos de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 64-5.

<sup>230</sup> CRUZ, Paulo Marcio Cruz; MELO, Osvaldo Ferreira de. *Soberania e superação do estado constitucional moderno...*, op. cit., p. 86.

minacciano il futuro di tutta l'umanità<sup>231</sup>. Secondo l'autore, esiste un paradosso nelle origini della civilizzazione giuridica moderna. La dottrina del contratto sociale come patto costituente del vivere civile, elaborata dalla filosofia giusnaturalista dei XVII e XVIII secoli, identifica nella tutela del diritto alla vita il fondamento e la ragione dell'artificio giuridico e statale. Ma tale artificio è concepito come Stato sovrano, dotato, contraddittoriamente, di un potere assoluto di vita e morte: dell'*ius vitae ac necis* nell'ambito interno, in relazione ai consociati, e dell'*ius ad bellum* nell'ambito esterno, nei rapporti con gli altri Stati. Solo un potere sovrano, difende Ferrajoli, potrebbe garantire, secondo il realismo elementare del primo contrattualismo, con il monopolio della forza e del potere di infliggere la morte, la difesa della vita contro gli attentati di delinquenti interni e di nemici esterni<sup>232</sup>.

Non si può negare che la *sovranità*, nel suo senso classico, non esiste più, diventando una sovranità 'limitata', o 'parziale', o 'condivisa', il che è contraddittorio con la sua definizione. Gli Stati nazionali si trovano sotto pressione in due situazioni: la prima, a causa delle esigenze di uno Stato minimalista, nel quale l'autonomia riduce le scelte ristrette all'applicazione delle norme neoliberiste, e della deregolamentazione dei mercati, mediante la privatizzazione dei servizi; la seconda, a causa del deperimento progressivo del quadro sociale, avendo come risultato l'esigenza di uno Stato forte e di un apparato regolatore efficiente<sup>233</sup>. Le corporazioni multinazionali sono oggi agenti dominanti nell'economia mondiale, in possesso di grandi budget rispetto a quelli di molte nazioni. Come cita Beck<sup>234</sup>, ci sono buone ragioni per pensare che gli spazi e le istituzioni giuridiche internazionali non siano più un lusso, ma una necessità per tutti gli Stati nell'era globale, precisamente perché durante la globalizzazione gli Stati nazionali non perdono solo il potere decisionale e normativo su diversi campi, ma perfino il controllo sull'applicazione di leggi che regolano. Entra in scena quello che l'autore chiama di paradossale *principio dell'autofortificazione tramite l'autoidebollimento*: lo Stato nazionale è costretto a delegare i suoi strumenti alle istanze transnazionali cooperative per aumentare le sue possibilità di controllo, perché solo in questo modo potrà rinnovare e ampliare il suo potere di influenza e conformazione nella sua nuova

---

<sup>231</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 482-3.

<sup>232</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 487.

<sup>233</sup> DUPAS, Gilberto. *Atores e poderes na nova ordem global. Assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação*. São Paulo: Unesp, 2005, p. 28.

<sup>234</sup> BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 234-5.

condizione di Stato post-nazionale. Conforme all'autore, l'interesse *di* Stato lo costringe a liberarsene degli interessi *dello* Stato.

La superazione democratica dello Stato costituzionale moderno avviene attraverso la rifondazione del diritto internazionale, non della sovranità, bensì dell'autonomia dei popoli. Ripensare lo Stato e l'ordine internazionale sotto l'ottica di un *costituzionalismo globale garantista* significa ripensare la propria democrazia costituzionale, in questo momento analizzata di forma cosmopolita, nelle quattro dimensioni proposte da Ferrajoli: a) *politica*: con il diritto di autodeterminazione dei popoli e la democratizzazione delle Nazioni Unite; b) *civile*: con la proclamazione di una carta internazionale dei beni fondamentali; c) *liberale*: con la libertà e l'uguaglianza giuridica delle differenze e l'analisi della cittadinanza non più come un privilegio di *status* dei paesi ricchi; e d) *sociale*: con le garanzie dei diritti sociali e lo sviluppo globale, alleati a un controllo sopranazionale. Questo tema sarà analizzato nel prossimo item.

### **3.2 Dal costituzionalismo nell'antichità al costituzionalismo globale: la democrazia a livello sopranazionale**

*La storia del costituzionalismo non è altro che la ricerca dell'uomo politico di limitazioni al potere assoluto esercitato da chi detiene il potere*  
LOEWENSTEIN

Il costituzionalismo, per Canotilho, è la teoria (o ideologia) che evidenzia il principio del governo limitato indispensabile alla garanzia dei diritti in dimensione strutturante dell'organizzazione politico-sociale di una comunità<sup>235</sup>. Oggigiorno si discute sul *costituzionalismo ampio*, come fenomeno legato al fatto di che tutto lo stato possiede una costituzione in qualsiasi epoca dell'umanità, indipendentemente dal regime politico adottato, e in un *costituzionalismo in senso stretto*, come tecnica giuridica di tutela delle libertà che ha reso possibile ai cittadini l'esercizio dei suoi diritti e garanzie fondamentali<sup>236</sup>, in conformità a costituzioni scritte.

---

<sup>235</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 51.

<sup>236</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

La nascita del costituzionalismo, indica Loewenstein, avviene nell'Antichità classica, tra gli ebrei, quando furono stabilite, nello Stato teocratico, limitazioni al potere politico che assicurò ai profeti la legittimità per fiscalizzare gli atti governamentali che estrapolassero i limiti biblici<sup>237</sup>. La Carta Magna (1215), nel Medioevo, e i *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679), *Bill of Rights* (1689) e *Act of Settlement* (1701), nell'Età Moderna, sono documenti storici che rappresentano il progresso del costituzionalismo, anche se in un piano meramente formale. L'Età Contemporanea, con la comparsa delle costituzioni scritte, fa sorgere il costituzionalismo liberale classico del XVIII secolo, e conseguentemente lo Stato Liberale come forma di resistenza all'assolutismo dell'epoca. La costituzione si presenta, in questo momento, come 'concetto politico e filosofico'<sup>238</sup>, affermandosi con il movimento illuminista<sup>239</sup>, che segnava la supremazia dell'individuo, la limitazione del potere dei governanti e la ricerca della ragione.

Come il diritto all'uguaglianza era assicurato solo dal punto di vista formale, la scelta ideologica assenteista dello Stato Liberale fece aumentare le disuguaglianze sociali alimentate dal liberalismo economico, causando la sua crisi, soprattutto dopo la Prima Guerra Mondiale, dando luogo a diversi movimenti sociali, come le Rivoluzioni Messicana (1910) e Russa (1917). Proprio di questa fase, il costituzionalismo moderno o sociale si caratterizza dallo Stato Sociale come prestatore positivo e principale garante dei diritti fondamentali<sup>240</sup>, generando documenti storici importanti, come la Costituzione Messicana del 1917 e quella di Weimar del 1919, oltre a influenzare, profondamente, la Costituzione Brasiliana del 1934.

---

<sup>237</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 154.

<sup>238</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 225.

<sup>239</sup> "L'idea di Costituzione ebbe un impulso associato ai concetti dell'Illuminismo, l'ideologia rivoluzionaria del XVIII secolo. Questa cosmovisione ha cinque idee-chiave che esprimono i concetti di Individuo, Ragione, Natura, Felicità e Progresso. In realtà, essa concepisce l'uomo come un individuo, o come un essere individuale, di vita e di diritti propri, da non confondere con il collettivo, e neppure si fonde a esso. Questo individuo è eminentemente razionale, determina la sua volontà per una ragione che accetta solo quello che si può dimostrare. La ragione, pertanto, che rifiuta il pregiudizio, cioè, tutto ciò che non può essere spiegato oggettivamente. Tale individuo razionale vive in un mondo governato, in ultima analisi, dalla natura buona e lungimirante. Fa questa natura risultano leggi (naturali) che portano alle migliori situazioni possibili, a patto che non si imbarazzino. Cercano la felicità che è l'obiettivo dell'uomo. Obiettivo ad essere cercato sulla terra e non in Cielo come era il caso della salvezza eterna, obiettivo fissato per l'uomo dal Cristianesimo. Infine, l'ottimismo per il futuro, perché l'uomo, le sue condizioni di vita, la sua conoscenza, sono sempre in formazione, in corso". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6.

<sup>240</sup> C'è un "cambiamento di atteggiamento dello Stato sulle persone, (...) fondato sul principio della non-neutralità, e destinato ad intervenire in campo economico al fine di avere una società meno disuguale". SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 45-6.

Il ‘totalitarismo costituzionale’ segna il costituzionalismo contemporaneo, basato sul modello di ‘costituzione programmatica’. Viene attribuita a Lerche l’idea di una ‘costituzione dirigente’, ossia, la costituzione dello Stato interveniente è caratterizzata da una serie di direttive costituzionali che configurano imposizioni permanenti per il legislatore<sup>241</sup>. Canotilho, nella seconda edizione del suo compendio *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*<sup>242</sup>, afferma che la costituzione dirigente è concepita “come il blocco di norme costituzionali in cui si definiscono i fini e compiti dello Stato, si stabiliscono direttive e statuiscono imposizioni. La costituzione dirigente si avvicina, così, alla nozione di costituzione programmatica”.

Vincolando il legislatore, eteronomamente, la teoria costituzionale dirigente diventa possibile, effettivamente, l’idea di conferire efficacia ai diritti fondamentali di natura prestazionale, rivelando il suo carattere oggettivo<sup>243</sup>. Per Canotilho, “un aspetto veramente nucleare, dal punto di vista della costituzione dirigente, è quello della dipendenza legale dei diritti fondamentali che presuppongono la prestazione dello Stato (...). L’ ‘atto di trasformazione’ del legislatore democratico sorge così, non come un atto che ‘trasforma’ le pretese astratte delle norme costituzionali in pretese soggettive individuali, ma come atto creatore di presupposti concreti, necessari all’esercizio di un diritto sociale”<sup>244</sup>. In questo senso, l’autore rifiuta la tesi di diritti prestazionali come *ratio legis*<sup>245</sup>, e li inserisce come *legis*, pronti ad essere effettuati in caso di violazione.

La critica, però, avviene nel senso in cui la ‘teoria della costituzione dirigente’ tenderebbe a munire completamente di tutela giuridica l’attività di governo, rendendola infattibile. Per Bercovici, “la Teoria della Costituzione, forse eccessivamente preoccupata con le questioni d’interpretazione costituzionale e del controllo di costituzionalità, non riesce a trattare di forma soddisfacente i problemi politici, sociali ed economici inerenti al nuovo ordine costituzionale in un paese

---

<sup>241</sup> Nesse sentido: BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. “Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito constitucional”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 115.

<sup>242</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 224.

<sup>243</sup> ALMEIDA, Roberto Ney Fonseca de. *O Poder Judiciário: da Teoria Clássica à crise da Constituição Dirigente*. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Universidade de Fortaleza, 2008, p. 86.

<sup>244</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra editora, 1994, p. 368-9.

<sup>245</sup> Il metodo di interpretazione teleologico si fonda sulla *ratio legis* o intento della legge.

periferico. Le soluzioni presentate si situano sempre tra lo strumentalismo costituzionale e la credenza nel Potere Giudiziario come ‘salvatore della Repubblica’ o l’adozione di concezioni processuali della Costituzione, limitata ad un ‘strumento di governo’ o una ‘carta simbolo di identità nazionale’<sup>246</sup>. L’uso esagerato dello strumentalismo costituzionale su tutta la riflessione costituzionale brasiliana ha contribuito alla perdita d’importanza della propria costituzione, la cui crisi, per essere superata, dipenderebbe dalla sua effettiva politicizzazione, così come del ritorno alla Teoria dello Stato<sup>247</sup>.

Esiste una tendenza - inesorabile, conforme Canotilho<sup>248</sup> - del ‘dirigismo costituzionale’ di muoversi in direzione al diritto comunitario, espresso nei trattati internazionali dell’Unione Europea: con questa, il contenuto programmatico delle norme migra verso le norme giuridiche rilasciate dai trattati, che prevedono, di forma molto chiara, che l’Unione Europea, e non gli Stati isolatamente, tratteranno di questioni come la creazione di posti di lavoro, il diritto di andare, venire e stare, del ‘cittadino’ europeo, tra altre prestazioni fondamentali che prima erano portate a fine dallo Stato<sup>249</sup>. Questo ‘dirigismo comunitario’ è anche condiviso da André Tavares<sup>250</sup>, quando sostiene una fase attuale del *costituzionalismo globalizzato*, che vuole diffondere l’idea di protezione ai diritti umani e di propagazione a tutte le nazioni.

Oggigiorno si discute sul ‘costituzionalismo del futuro’, con l’obiettivo di consolidare i cosiddetti diritti umani ‘di terza dimensione’, incorporando all’idea di costituzionalismo sociale i valori del costituzionalismo fraterno e solidale, perfezionando e stabilendo un equilibrio tra costituzionalismo moderno e alcuni eccessi del costituzionalismo contemporaneo<sup>251</sup>. Nel *costituzionalismo fraterno*<sup>252</sup>, l’essere

---

<sup>246</sup> BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição...*, op. cit., p. 77.

<sup>247</sup> Nesse sentido: STRECK, Lênio Luiz. In: *Diálogos Constitucionais Brasil e Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 317-335.

<sup>248</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas...*, op. cit., 2ª ed., p. XXIX-XXX.

<sup>249</sup> ALMEIDA, Roberto Ney Fonseca de. *O Poder Judiciário: da Teoria Clássica à crise da Constituição Dirigente...*, op. cit., p. 96.

<sup>250</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15-6.

<sup>251</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

<sup>252</sup> “Infatti, se si considera lo sviluppo storico del Costituzionalismo, si può facilmente giudicare che era liberale, inizialmente, e poi sociale. Arrivando, ai giorni nostri, alla tappa fraterna della sua esistenza. Dal momento che si capisce per **Costituzionalismo Fraterno** questa fase in cui le Costituzioni incorporano alle franchigie liberali e sociali di ogni popolo sovrano la dimensione di Fraternità; cioè, la dimensione delle azioni statali affermative, che sono attività che assicurano l’apertura di opportunità per i settori sociali storicamente svantaggiati, come, ad esempio, per i neri, i disabili e le donne (oltre, quindi, la semplice eliminazione dei pregiudizi). Il costituzionalismo fraterno raggiunge la dimensione della lotta per l’affermazione del valore dello sviluppo, dell’ambiente ecologicamente equilibrato, della democrazia e anche alcuni aspetti dell’urbanistica come diritti fondamentali. Tutto ciò dal punto di vista

umano occupa il centro del sistema giuridico, dove le attività dei poteri statali dovranno cercare la garanzia della loro dignità. In questo contesto si inseriscono le comprensioni sul ‘diritto al minimo esistenziale’<sup>253</sup>, così come la necessità di realizzazione della giustizia sociale e distributiva, tramite la distribuzione dei beni comuni alla collettività<sup>254</sup>.

In questo ‘costituzionalismo futuro’, o ‘costituzionalismo a venire’, che in verità si tratta della proiezione ‘post-neocostituzionalista’, o semplicemente ‘post-costituzionalista’, si evidenziano le idee del giurista argentino José Roberto Dromi, per il quale il futuro del costituzionalismo ‘deve essere influenzato fino ad identificarsi con la verità, la solidarietà, il consenso, la continuità, la partecipazione, l’integrazione e l’universalità’<sup>255</sup>. Si tratta, conforme all’autore, di una costituzione ‘a venire’, che dovrebbe consacrare sette valori fondamentali: *verità*: la costituzione non può continuare a generare false aspettative, ossia, il costituente potrà ‘promettere’ solo quello che è fattibile, dovendo essere trasparente ed etico; *solidarietà*: si tratta di nuova prospettiva dell’uguaglianza, basata sulla solidarietà dei popoli, sulla dignità della persona umana e sulla giustizia sociale; *consenso*: la costituzione del futuro dovrà essere frutto di consenso democratico; *continuità*: quando di riforma la costituzione, la rottura deve prendere in considerazione i progressi già conquistati; *partecipazione*: si riferisce all’effettiva partecipazione dei ‘corpi intermediari della società’, consacrando l’idea di democrazia partecipativa e dello Stato di Diritto democratico; *integrazione*: si tratta delle previsione degli organi sovranazionali per l’impianto di una integrazione

---

dell’interazione umana, per fare una vera comunità; cioè, una comunione di vita, coscienti di che tutti gli esseri umani sono sulla stessa barca, non possono sfuggire allo stesso destino o al destino storico”. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 216. Inoltre: “La fraternità illuminista inserisce una determinata quota di complessità nel freddo primato del giusto sul buono, e cerca, in effetti, di alimentare con le calde passioni il clima rigido dei rapporti politici. Ma c’è, contemporaneamente, la necessità di trasferire il modello di amicizia alla dimensione della fraternità, tipica della comunione di destini derivati dalla nascita e indipendente dalle differenze. Quindi, è necessario trasformarlo in codice, di farne una regola, con tutti i paradossi, ma anche con tutte le aperture che comporta. Per questo il ‘**diritto fraterno**’ che si configura, allora, in tempi illuministi, vivendo, da quel momento in poi, come una condizione esclusa, ma non eliminata, abbandonata ma, allo stesso tempo, presente”. RESTA, Eligio. *Il Diritto fraterno*. 1ª ed. Bari: Laterza, 2002, p. 7.

<sup>253</sup> Inteso come il “diritto alle condizioni minime di esistenza umana degna, che non può essere oggetto dell’intervento dello Stato e che ancora richiede prestazioni statali positive”. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

<sup>254</sup> MACHADO, Clara Cardoso. *Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno*, disponibile in: <[http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj\\_fraterno.pdf](http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf)>, consultato nel 06 gennaio 2011.

<sup>255</sup> DROMI, José Roberto. *La reforma constitucional: el constitucionalismo del ‘por-venir’, in ENTERRÍA, Eduardo García de; ARÉVALO, Manuel Clavero (coord.), “El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana”*. Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya/Civitas, 1997.

spirituale, morale, etica e istituzionale tra i popoli; *universalizzazione*: si riferisce alla consacrazione dei diritti fondamentali internazionali nelle costituzioni future, facendo prevalere il principio della dignità della persona umana di forma universale e allontanando, in questo modo, qualsiasi forma di disumanizzazione.

In Ferrajoli, la costruzione di una sfera pubblica mondiale passa tramite un modello di federazione e di costituzionalismo sopranazionale, basato su una doppia separazione e limitazione reciproca dell'insieme di poteri politici ed economici: quella *federativa* tra istituzioni federative sovranazionali e istituzioni federative statali, e quella *costituzionale* tra istituzioni di governo e istituzioni di garanzia. Tale modello dovrà, inoltre, essere articolato conforme allo schema federativo e multilivello della democrazia costituzionale, nelle sue quattro dimensioni: politica, civile, liberale e sociale<sup>256</sup>.

Diventa importante, in un primo posto, l'esatta comprensione della distinzione fatta in precedenza (item 2.2) tra *funzioni e istituzioni di governo* e *funzioni e istituzioni di garanzia* tra *primarie* e *secondarie*. Questa distinzione come si è visto, è un corollario del paradigma della democrazia costituzionale, basata sui limiti e vincoli fondamentali imposti per la garanzia dei diritti costituzionali stabiliti, conforme alle funzioni di governo, e sulla separazione di queste delle funzioni di garanzia<sup>257</sup>. A livello globale la distinzione diventa ancor più necessaria.

Le funzioni e le istituzioni di governo, essendo delegate all'esercizio di attività discrezionali, di scelta e d'innovazione politica legate alla *sfera del decidibile*, sono tanto più legittimate quanto rappresentative e, per questo, vicine al corpo elettorale. Come già citato, una democrazia rappresentativa planetaria basata sul principio una testa/un voto non avrebbe senso, soprattutto perché essa non è pertinente alla natura delle funzioni di difesa dei diritti umani, rigidamente ancorata sui corrispondenti principi universali stabiliti, come norme tetiche<sup>258</sup>, in conformità alle

---

<sup>256</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 572.

<sup>257</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 549.

<sup>258</sup> Le norme tetiche sono le norme che danno vita, esse stesse, alle situazioni o agli status giuridici con esse disposti, essendo immediatamente (o teticamente) prescrittive. Sono tetiche, per esempio, le norme della prima parte delle Costituzioni italiana e brasiliana sui diritti fondamentali; o le norme penali con cui determinati atti sono vietati come reati; o, ancora, le norme del Codice Civile che conferiscono la capacità giuridica e la capacità di agire. In questi casi le norme non *regolano*, ma *sono* esse stesse le situazioni o gli status con esse ascritti. E ciò che esse 'regolano' non sono i diritti con esse stabiliti, ma gli atti e i comportamenti che ne sono il legittimo esercizio; non i divieti con esse prescritti, ma gli atti che li

carte costituzionali internazionali. Oltre alle funzioni e istituzioni di governo, devono essere create, a livello internazionale, le funzioni e istituzioni di garanzia, vincolate alle garanzie dei diritti fondamentali universalmente stabiliti e legati alla sfera del *non decidibile*: da un lato, le funzioni e istituzioni di garanzia *primaria*, conferite alla tutela dei diritti di libertà e alla soddisfazione dei diritti sociali; dall'altro, le funzioni giurisdizionali di garanzia *secondaria*, per la correzione e riparo delle violazioni delle garanzie primarie. Nei due casi si trattano di funzioni e d'istituzioni delle quali non si esige la rappresentazione politica, anzi la separazione delle funzioni di governo, consistendo il loro esercizio e la loro legittimazione nella tutela, anche se contro la maggioranza, dei diritti fondamentali di tutti gli esseri umani<sup>259</sup>.

La costruzione di una sfera pubblica internazionale, quanto alle garanzie dei diritti fondamentali, passa per la creazione o per il potenziamento di una serie d'istituzioni internazionali di garanzia. In questo senso, la nascita della *corte penale internazionale*, che sarà analizzata nella seconda parte di questa tesi è stato uno degli eventi più significativi finora.

Lo schema dell'ordinamento internazionale difeso da Ferrajoli, riflette il modello federativo che ha come requisiti: (a) la distinzione e l'articolazione multilivello tra istituzioni sovranazionali o federative e istituzioni statali o federative; e (b) la presenza non solo delle norme, bensì di fonti sovranazionali sulla produzione di norme, destinate a entrare in vigore direttamente negli ordinamenti statali. Si tratta di uno standard diverso dell'attuale struttura dell'ONU, rappresentato da un fragile modello confederativo, caratterizzato unicamente dalla presenza di norme - come la proibizione di guerra e la tutela dei diritti umani - comuni a tutti gli Stati-Parte, ma privi di garanzie idonee<sup>260</sup>.

Il maestro italiano sostiene che l'odierna globalizzazione rappresenta una regressione del diritto alle sue forme premoderne. Il pluralismo degli ordinamenti, la sua concorrenza, la confusione e l'anarchia delle fonti che caratterizzano l'attuale rapporto tra gli Stati, istituzioni sovranazionali e istituzioni internazionali ricordano i fenomeni analoghi che caratterizzarono i sistemi giuridici premoderni, come la Chiesa,

---

violano; non gli status con esse istituiti, ma le persone o gli altri argomenti da esse qualificati. In FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 1, p. 420-1.

<sup>259</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 549-550.

<sup>260</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 552-3.

l'Imperio, i principati e le corporazioni. Avviene che oggi l'ordine internazionale ha una 'costituzione embrionaria'- la Carta dell'ONU e le diverse carte di diritti - che configura normativamente il paradigma di un costituzionalismo globale. Per questo, la costruzione di una sfera pubblica e di una democrazia globale può svilupparsi in conformità a un processo opposto a quello seguito dalle democrazie costituzionali negli ordinamenti nazionali: non più lo stato costituzionale di diritto come complemento dello stato legislativo di diritto, ma, al contrario, come il suo presupposto, ossia, come progetto normativo che impone la rifondazione del diritto internazionale tramite una legislazione di attuazione basata sulla ripartizione multilivello delle fonti e delle competenze, nella separazione tra istituzioni di governo e istituzioni di garanzia, nella riabilitazione, infine, del principio di legalità come limite e vincolo a tutti i poteri, pubblici e privati<sup>261</sup>.

Una *democrazia costituzionale multilivello*, per avere la sua coerenza e unità assicurate, presuppone alcuni elementi. Innanzitutto, lo spazio autonomo, di livello sovraordinato a tutti gli altri, riservato alle costituzioni: precisamente il livello sovraordinato delle norme sulla proibizione di guerra e la protezione dei diritti umani; questo spazio, suggerisce Ferrajoli, potrebbe essere mostrato tramite la generalizzazione del principio dei 'livelli di protezione', sancito dall'Unione Europea nell'art. 53 della Carta di Nizza. Al secondo posto, contro l'odierna configurazione, come diritti di libertà, dei diritti civili di autonomia sui quali si basa il mercato, il riconoscimento del carattere di poteri di tali diritti e della subordinazione del loro esercizio ai diritti primari fondamentali, sia di libertà, siano sociali. Il terzo elemento è lo sviluppo di una legislazione di attuazione del principio della pace e dei diritti fondamentali internazionalmente stipolati - tema che sarà discusso nel prossimo item -, idonea a rifondare il diritto internazionale sul principio di legalità. Come quarto elemento vi è il primato, nell'ordinamento internazionale, delle funzioni e delle istituzioni di garanzia in detrimento delle funzioni di governo, siano le prime quanto le ultime, connesse da un rapporto di sussidiarietà concernente le corrispondenti funzioni statali e infra - statali. Il quinto elemento del paradigma costituzionale di livello internazionale riguarda il tratto distintivo del modello federativo: l'articolazione multilivello della sfera pubblica e dei poteri pubblici ai quali si aggiungono, la tradizionale *separazione orizzontale* tra

---

<sup>261</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 555-6.

funzioni di governo e funzioni di garanzia, la *divisione* e/o la *separazione verticale* tra livelli federativi e livelli statali<sup>262</sup>.

La *dimensione politica* della teoria della democrazia cosmopolita di Ferrajoli viene caratterizzata dal diritto di autodeterminazione dei popoli e dalla democratizzazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite.

Il diritto di autodeterminazione dei popoli è il risultato dell'insieme di diritti soggettivi delle persone, composto dal popolo, come soggetto collettivo, potendo essere articolato in due dimensioni. Come *autodeterminazione interna*, consistente nel diritto dei popoli di decidere liberamente del loro statuto politico e di perseguire liberamente del loro sviluppo economico, sociale e culturale sul piano del diritto interno. Come *autodeterminazione esterna*, consistente nel medesimo diritto dei popoli quali soggetti giuridici della comunità internazionale. Mentre l'autodeterminazione interna corrisponde al diritto di resistenza o di 'ribellione contro la tirannia e l'oppressione', cui prefazione della Dichiarazione del 1948 allude, l'autodeterminazione esterna corrisponde al diritto dei popoli alle lotte di liberazione dell'occupazione o oppressione straniera<sup>263</sup>.

La seconda classe di norme internazionali relativa alla *democrazia politica* è quella diretta all'ordinamento internazionale. L'ordinamento delle Nazioni Unite, oggi, presenta due vizi gravi che pregiudicano il suo carattere democratico. Il primo viene rappresentato dalla posizione di privilegio assicurata alle cinque potenze vincitrici della Seconda Guerra Mondiale tramite la loro presenza nel Consiglio di Sicurezza come membri permanenti, inoltre hanno il diritto di veto con il quale ognuna può bloccare qualsiasi decisione. L'affronto alla propria Carta delle Nazioni Unite è evidente, quando prevede il 'principio di sovrana eguaglianza di tutti i suoi Membri' (art. 2°, item 1) e l' 'eguaglianza dei diritti dei popoli' (art. 1°, item 2). Il secondo è la mancanza di poteri effettivi di governo del proprio Consiglio di Sicurezza, e della debolezza, o ancora peggio, dell'assenza d'istituzioni di garanzia, risultando nell'ineffettività delle funzioni di tutela della pace e dei diritti umani che costituiscono la ragione sociale del paradigma costituzionale nel piano teorico, e dell'ONU, nel piano del diritto positivo.

---

<sup>262</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 559-560.

<sup>263</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 572-4.

In conformità alla Carta dell'ONU, sarà “costituito un Comitato di Stato Maggiore per consigliare e coadiuvare il Consiglio di Sicurezza in tutte le questioni riguardanti le esigenze militari del Consiglio di Sicurezza per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, l'impiego ed il comando delle forze messe alla sua disposizione, la disciplina degli armamenti e l'eventuale disarmo” (art. 47). Questo importante ‘Comitato di Stato Maggiore’, però, cui incombenza è ausiliare il Consiglio di Sicurezza a proposito del monopolio internazionale della forza, non è mai stato creato<sup>264</sup>.

Inoltre, sono le finalità dell'ONU promuovere il “progresso sociale e migliori condizioni di vita con ampia libertà” e impiegare un “meccanismo internazionale per promuovere il progresso economico e sociale di tutti i popoli”, conforme al prefazione della Carta. Il sistema delle Nazioni Unite, nel suo organigramma<sup>265</sup>, cita diversi organi appartenenti al Consiglio Economico e Sociale, come l'OIL, la FAO, l'UNESCO, l'OMS e il FMI, privi di rappresentatività sopranazionale e che oggi sviluppano un ruolo di governo sostanzialmente sottoposto agli interessi delle grandi potenze e delle loro economie<sup>266</sup>. Nonostante tali organi abbiano autorità decisiva sulle condizioni di vita di miliardi di persone, le loro delibere partono da impiegati che difendono i loro paesi e basano le loro decisioni unicamente su criteri commerciali e finanziari<sup>267</sup>.

La *dimensione civile* della teoria della democrazia cosmopolita è caratterizzata dalla creazione di una ‘Carta internazionale dei beni fondamentali’, idonea a fondare, insieme ai diritti di accesso dei quali i beni sono oggetto, limiti rigorosi tanto per il mercato quanto per la politica, come un vero ‘contratto naturale’.

La costruzione di una sfera pubblica sopranazionale, come sfera eteronoma riguardo al mercato e volta alla garanzia degli interessi generali e dei diritti di tutti, presuppone una rifondazione del principio della legalità come limite ai poteri economici

---

<sup>264</sup> Organigramma del Consiglio di Sicurezza dell'ONU: a) Organi sussidiari: Comitato contro il Terrorismo; Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda (TPIR); Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia (TPIJ); Comitato delle Forze Armate; Operazioni di Pace e Missioni Politiche; Comitato di Sanzioni (ad hoc); e Comitati Permanenti e Organi ad hoc; e b) Organo sussidiario Consultivo: Commissione di Consolidazione della Pace. Fonte: <<http://www.onu.org.br/img/organograma.png>>, consultato il 12 ottobre 2011.

<sup>265</sup> Fonte: <<http://www.onu.org.br/img/organograma.png>>, consultato il 10 ottobre 2011.

<sup>266</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 578.

<sup>267</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 579.

privati e alle loro vocazioni assolutiste. Ferrajoli, formula, in questa dimensione, *quattro indicazioni* sulla proiezione istituzionale. La prima è la restaurazione, anche a livello internazionale, del ruolo di governo della sfera pubblica e della sua separazione dalla sfera privata contro le tendenze invasive dell'ultima a proposito della prima, introducendo limiti e vincoli legali alla *lex mercatoria*. La seconda indicazione riguarda la protezione internazionale del lavoro, imposta dall'art. 23 della Dichiarazione Universale del 1948, che stabilisce il diritto "di ogni individuo" non solo "al lavoro" e "giusti e soddisfacenti condizioni di lavoro" ma anche "ad un uguale compenso per uguale lavoro" e precisamente "ad un giusto e soddisfacente compenso che assicuri a sé stesso e alla sua famiglia un'esistenza compatibile alla dignità umana". La terza dimensione consiste in affidare alla sfera pubblica, e non più al mercato, la produzione e la distribuzione dei beni fondamentali vitali che sono i beni sociali, come l'acqua, gli alimenti di base, le medicine essenziali. La quarta indicazione concerne i limiti imposti all'autonomia negoziale a causa del suo carattere nocivo dell'attività produttiva o dei beni prodotti: esempio di ciò - come si vedrà nel prossimo item - è il bisogno di introdurre, come garanzia alla pace, la proibizione e il commercio di armi, qualificate come 'beni illeciti' perché destinati a uccidere, il che favorirebbe, con il possibile disarmo delle persone e degli Stati, quel monopolio giuridico della forza, logica del diritto e della Carta dell'ONU<sup>268</sup>.

La *dimensione liberale* della teoria della democrazia cosmopolita viene caratterizzata dalla libertà e dall'uguaglianza giuridica delle differenze, così come dall'idea di cittadinanza.

L'uguaglianza consiste nella medesima titolarità degli stessi diritti fondamentali e, perciò, nell'uguale valore associato a tutte le differenze che fanno di qualsiasi persona un individuo diverso da tutti gli altri e di qualsiasi individuo una persona come tutte le altre. Tutti i diritti di libertà, come previsto negli arts. 3° al 14 e 18 al 20 della Dichiarazione Universale del 1948, sono, diretta o indirettamente, diritti all'identità di ognuno, indipendente dalle sue opinioni, credenze, filiazioni e condizioni personali o sociali. Qui si rivela anche il valore della separazione laica tra diritto e morale e tra diritto e natura. Tale separazione è il presupposto tanto dell'uguaglianza quanto della libertà, escludendo, da un lato, discriminazioni e punizioni basati sulla

---

<sup>268</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 583-4.

identità moralmente perversa o naturalmente criminale, e, da un altro, il ricorso al diritto come strumento di affermazione o di potenziamento di una determinata morale o ideologia<sup>269</sup>.

Ancora più incompatibile al principio di uguaglianza nei diritti e al paradigma di una democrazia liberale cosmopolita è l'idea della *cittadinanza* come un'insuperabile aporia del costituzionalismo sopranazionale. In questo periodo la cittadinanza dei paesi ricchi rappresenta l'ultimo privilegio di *status*: fattore di esclusione e discriminazione delle differenze personali dinanzi alla nascita, in contraddizione con l'uguaglianza e l'universalità dei diritti fondamentali sanciti come diritti della persona, e non (solo) del cittadino, dalla Dichiarazione Universale del 1948 e dai Patti del 1966. Si cerca, in particolare, di trasformare in diritti della *persona* gli unici due diritti di libertà il cui godimento è oggi, infatti, riservato ai solo *cittadini*: il diritto alla residenza e il diritto alla libertà di movimento<sup>270</sup>.

Vi è ancora un secondo ordine di presupposti della *dimensione liberale* della democrazia cosmopolita: lo sviluppo di un diritto penale internazionale all'altezza delle nuove forme globali assunte dalla criminalità del potere. In questo senso, come già citato, la più importante conquista finora è stata la creazione della *corte penale internazionale*, da poco in attività, "ma già dura e potentemente contrariata e sabotata"<sup>271</sup>, come verrà analizzato nella seconda parte di questa tesi. Si fa necessario l'ampliamento della competenza del TPI - oggi limitata al genocidio, ai crimini contro l'umanità, ai crimini di guerra, e forse in una proiezione futura, ai crimini di aggressione -, affinché possa esercitare la sua giurisdizione sulla macrocriminalità internazionale, come il terrorismo internazionale.

Finalmente, la quarta e ultima dimensione della democrazia a livello internazionale è la *dimensione sociale* - la più difficile, ma anche la più necessaria -, caratterizzata dalla garanzia dei diritti sociali e dello sviluppo globale, tramite la fiscalizzazione sopranazionale, così come dalla prestazione dei beni sociali vitali, come l'acqua, l'alimentazione di base e le medicine essenziali.

---

<sup>269</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 587-8.

<sup>270</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 588-9.

<sup>271</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 590-1.

Dinanzi all'enorme disuguaglianza generata dalla globalizzazione senza regole, varie promesse stabilite nell'ambito internazionale<sup>272</sup> seguono inadempite. Non vi è una politica sociale a livello planetario con l'obiettivo di diminuire, soddisfacendo il minimo vitale, l'enorme distruzione delle energie umane che impedisce lo sviluppo dei paesi poveri, occasionando una massiccia riduzione della prosperità e della crescita totale, oltre ad essere una minaccia crescente alla sicurezza globale. Il nesso tra le garanzie sociali e lo sviluppo economico vale di più, oggi, a livello internazionale che statale. È, perciò, legittimo supporre che la costruzione della democrazia costituzionale internazionale seguirà un percorso inverso a quello seguito dalle democrazie nazionali: non più dello stato liberale allo stato sociale, ma delle garanzie minime vitali a quelle delle libertà e della democrazia politica<sup>273</sup>.

La garanzia dei diritti sociali richiede la creazione di una sfera pubblica mondiale articolata su un sistema adeguato d'istituzioni internazionali: al primo posto la riforma delle istituzioni accademiche economiche e finanziarie - del Fondo Monetario, della Banca Mondiale e dell'Organizzazione Mondiale de Commercio -, che dovranno rivolgersi allo sviluppo economico dei paesi poveri; al secondo posto, il potenziamento delle istituzioni internazionali di garanzia, come la FAO, l'Organizzazione Mondiale della Salute e l' Organizzazione Internazionale del Lavoro; ancora, la creazione di nuove istituzioni internazionali di garanzia in materia di istruzione, di miglioramento delle risorse idriche e prevenzione delle catastrofi naturali<sup>274</sup>.

Oggi, sostiene Ferrajoli, sono tre le grandi emergenze sociali che richiedono interventi urgenti e radicali, per garantire l'accesso a innumerevoli beni sociali, alcuni naturali e altri artificiali, che compongono l'oggetto di altri tanti diritti sociali vitali: l'acqua, al primo posto, seguita dall'alimentazione e dalle medicine essenziali<sup>275</sup>. Il

---

<sup>272</sup> In questo senso la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, di cui agli artt. **22** ("Ogni individuo in quanto membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale nonché alla realizzazione, attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità") e **25** ("Ogni individuo ha il diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari, ed ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità vedovanza, vecchiaia o in ogni altro caso di perdita dei mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà").

<sup>273</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 592-3.

<sup>274</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 594.

<sup>275</sup> Sono *fondamentali* "i beni il cui accesso è garantito a tutti e ad ognuno perché oggetto di tanti altri diritti fondamentali e che, per questo, sono sottratti alla logica del mercato: come l'aria, l'acqua e altri beni del patrimonio ecologico dell'umanità, e ancora gli organi del corpo umano, i farmaci considerati

carattere fondamentale di tutti questi beni è un fenomeno relativamente recente, che ha cambiato profondamente il contenuto del più importante di tutti i diritti: il diritto alla vita, proclamato nell'art. 3° della Dichiarazione Universale. Nella tradizione liberale, questo diritto è stato concepito unicamente come un diritto all'immunità, ossia, di non essere ucciso. Nella società odierna, come dimostrano le migrazioni in massa, si è rotto il rapporto tra sopravvivenza, lavoro e iniziativa individuale autonoma. La miseria in cui vivono - e, soprattutto, muoiono - milioni di esseri umani per mancanza d'acqua, alimentazione e medicine essenziali, nonostante l'enorme aumento della ricchezza prodotta nel pianeta, è una prova di ciò<sup>276</sup>.

La costruzione di una sfera pubblica mondiale basata sul progetto democratico cosmopolita non è un'utopia, ma un ideale ad essere concretizzato. Per questo, sarebbe un segno di realismo politico se le grandi potenze, cominciando dagli Stati Uniti, si rendessero conto che il mondo è unito non solo dal mercato globalizzato, ma anche dal carattere globale e indivisibile della pace, dalla sicurezza, dalla democrazia e dai diritti fondamentali. La condizione essenziale ad una pace che non abbia la guerra come alternativa passa dalla democratizzazione della sfera internazionale e, ugualmente importante, dalla protezione universale dei diritti fondamentali. Come sarà analizzato nel prossimo item, senza riconoscimento e protezione dei diritti umani non esiste la democrazia; e senza democrazia non esiste la pace.

### **3.3 Dalla possibilità alla necessità di una sfera pubblica internazionale: universalizzazione dei diritti vitali come garanzia alla pace**

*Lo stato di pace fra esseri umani che vivono in reciproca vicinanza non è uno stato di natura (status naturalis), il quale è piuttosto uno stato di guerra. Questo stato di pace deve quindi essere istituito*  
KANT

---

'essenziali' o 'salva-vite' e simili". FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais...*, op. cit., p. 54.

<sup>276</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 596-8.

Da più di due secoli, da quando Kant pubblicò il suo *Per la Pace Perpetua* (1795), la democratizzazione del sistema internazionale è uno dei temi più discussi nell'ambito del diritto internazionale.

Quando parlava della coesistenza tra gli uomini, Kant identificava quello che sembrava essere un paradosso: “L’insocievole socievolezza”. Da un lato, la necessità che ogni individuo ha di vivere in società e, così, essere capito come uomo; dall’altro, l’antagonismo risultato dell’egoismo e della resistenza di un uomo a proposito della posizione di altri uomini. Il conflitto risulta in quello che l’autore denominò, nella quarta proposizione, di *Idea di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*<sup>277</sup>, sostenendo che l’umanità, per uscire dallo stato di natura, bisogna del ‘Diritto cosmopolitico’, che dovrà creare una confederazione di nazioni, risultando da ciò un Diritto derivato da un desiderio generale universale<sup>278</sup>. Negli articoli preliminari di *Per la Pace Perpetua*, Immanuel Kant elabora le condizioni necessarie per finire la guerra e stabilire la pace tra gli Stati, rifiutando la distinzione tra ‘guerra giusta’ e ‘guerra ingiusta’ usata dagli ‘incomodi consolatori’ Hugo Grozio, Samuel von Pufendorf ed Emmerich de Vattel nel diritto delle genti classico per giustificare il ‘diritto alla guerra’<sup>279</sup>. Ciò, egli sostiene, conduce gli Stati all’armamento preventivo e permette, dinanzi ad un’aggressione, che uno Stato si restituisca tramite la sua forza, invece di cercare riparo tramite i mezzi giuridici e pacifici. Per Kant, il ‘diritto alla guerra’ non è uno statuto giuridico, perché non viene determinato da ‘leggi esterne’ universalmente valide, ma da ‘massime unilaterali del potere’<sup>280</sup>.

Grozio, nel suo *De jure belli ac pacis* (1625)<sup>281</sup>, impose la necessità che la guerra non deve essere solo *giusta*, ma anche *legale*, a patto che soddisfi due condizioni: una di ordine oggettiva, perché era compito del diritto definire le cause per le quali si ammetterebbe il ricorso alla guerra; l’altra di carattere soggettivo, essendo necessaria la convinzione della sua utilità.

Cronologicamente la nozione di ‘guerra giusta’ è tanto antica quanto la propria guerra. Kemp sostiene che gli antichi registri di lotta collettiva già indicavano

---

<sup>277</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 25.

<sup>278</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos...*, ob. cit., p. 120.

<sup>279</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos...*, ob. cit., p. 133.

<sup>280</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos...*, ob. cit., p. 135.

<sup>281</sup> Disponibile in: <<http://www.constitution.org/gro/djbp.htm>>, consultato nel maggio 2011.

certe riflessioni morali da parte dei guerrieri, che prendevano in considerazione la situazione delle donne e dei bambini, e addirittura il trattamento concesso ai prigionieri. L'onore, esaltata in questi casi, era "una virtù morale sufficiente per rivestire la guerra d'interessi morali"<sup>282</sup>. Sant'Agostino, riflettendo sul tema, stabilì cinque condizioni per considerare 'giusta' una guerra: a) l'intenzione deve sempre essere quella di ristabilire la pace; b) l'obiettivo dovrà essere sempre quello di ristabilire la giustizia; c) la guerra deve essere accompagnata da una disposizione interna d'amore cristiano tra le parti; d) la guerra solo deve essere intrapresa sotto l'autorità di un sovrano legittimo; e) la condotta della guerra deve essere giusta. Per l'autore, essendo la guerra inevitabile, dovrà essere trattata come 'compito del re', perché 'l'atto di guerreggiare è un'estensione dell'atto di governare'<sup>283</sup>. La 'teoria della guerra giusta' sorge anche in Tommaso d'Aquino, che discute non solo lo *jus ad bellum* (diritto alla guerra al primo posto), ma anche lo *jus in bello* (diritto in guerra, dopo questa ha già cominciato). Secondo egli, "tre condizioni devono essere adempite affinché la guerra sia giusta. Al primo posto, l'autorità del Principe in carica per ordinare che si faccia la guerra. (...) Al secondo posto, una guerra giusta deve essere fatta per una giusta causa, ossia, è necessario che quelli che si attaccano siano colpevoli. (...) Inoltre, quelli che intraprendono una guerra giusta cercano la pace"<sup>284</sup>.

Autori più contemporanei, come Walzer<sup>285</sup> e Rawls<sup>286</sup>, sostengono che il *bellum justum* ha l'obiettivo di garantire una pace giusta e duratura, essendo i diritti umani la base dell'attuazione politica. In Walzer, la 'teoria della guerra giusta' si basa su un vocabolario universale e minimo, condiviso e perenne, sulla guerra<sup>287</sup>, che si traduce in parole come 'aggressione', 'neutralità', 'rendizione' o 'massacro', cui significato minimo è reiterato, così come nella distinzione tra combattenti e non-

---

<sup>282</sup> KEMP, Kenneth W. *Just War Theory & Nonpacifist Rivals*, 2000, p. 7-13. Disponibile in: <<http://courseweb.stthomas.edu/kwkemp/Papers/JWTR.pdf>>, consultato in maggio 2011.

<sup>283</sup> AGOSTINHO, S. *A cidade de Deus*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 161.

<sup>284</sup> TOMÁS DE AQUINO, S. *Suma Teológica*. II, q. 40, a.1, ad 1, 3. Trad. Coord. Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira. São Paulo: Edições Loyola, 2001-6.

<sup>285</sup> Per Walzer, i soldati contemporanei devono specchiarsi nel modo in cui i signori si comportavano, cioè, 'con onore e gentilezza'. WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas: uma argumentação moral com exemplos históricos*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 57-9.

<sup>286</sup> Per stabilire il suo "Diritto dei Popoli", Rawls elenca otto principi di giustizia che garantirebbero la libertà e l'uguaglianza tra i popoli. Tra questi, la 'guerra giusta' e il 'dovere di aiutare gli altri popoli che vivono in condizioni sfavorevoli'. RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins fontes, 2001, p. 47-8.

<sup>287</sup> WALZER, Michael. *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*. New York, Basic Books, 2000, p. 12.

combattenti e nella difesa dell'immunità degli ultimi<sup>288</sup>. Per l'autore, l'universalismo morale si manifesta essenzialmente nella protezione universale dei diritti alla vita e alla libertà, e del diritto all'autodeterminazione, inteso come la 'forma paradigmatica della reiterazione morale'<sup>289</sup>.

La teoria della guerra giusta finisce il dualismo tra *universalismo* e *particolarismo* e la tensione tra *liberalismo* e *comunitarismo* che è sottostante alla filosofia morale e politica di Walzer: infatti, non è possibile capire il ruolo centrale che la protezione dei diritti umani e del diritto all'autodeterminazione politica detiene nella concezione della guerra giusta walzeriana senza rapportarla alla difesa di una moralità minima, di tipo universalista, che si manifesta tramite un universalismo di reiterazione<sup>290</sup>. È la 'difesa universale dei diritti umani' che permette all'autore affermare che

la teoria della giustizia nella guerra può, in verità, basarsi su due diritti più importanti e largamente riconosciuti degli esseri umani nella sua forma più semplice (negativa): non essere privo di vita né di libertà. Quello che forse è più importante è che questi due diritti sembrano basare i giudici morali che si presentano spesso nei tempi di guerra<sup>291</sup>.

Il fondamento filosofico dei diritti umani è caratterizzato, come si vede, dal dibattito tra *liberalismo* e *comunitarismo*. Come riferisce Gonçalves<sup>292</sup>, mentre i 'liberisti' si considerano ereditieri di Locke, Hobbes, Stuart Mill e Kant, i 'comunitaristi' hanno le loro radici nell'aristotelismo, in Hegel e nella tradizione repubblicana del Rinascimento (come, ad esempio, in Machiavelli e *Il Principe*, che nulla più è di un trattato politico dove si afferma che il governante deve subordinare la sua condotta all'esito politico). I primi condividono l'idea di libertà e di coscienza, rispetto agli individui e sfiducia dinanzi alla minaccia di uno Stato paternalista; i 'comunitaristi' condividono la sfiducia concernente la morale astratta, hanno simpatia per l'etica delle virtù e una concezione politica con molto spazio per la storia delle

---

<sup>288</sup> WALZER, Michael. *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*. Notre Dame: Notre Dame University Press, 1994, p. 15.

<sup>289</sup> WALZER, Michael. *Nation and Universe*, in Grethe B. Peterson (ed.), *The Tanner Lecture on Human Values*, Salt Lake City: Utah University Press, 1990, p. 536.

<sup>290</sup> COSTA, Maria de Fátima Machado da. *Michael Walzer: A Teoria da Guerra Justa e o Terrorismo*. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Universidade do Minho, Braga, 2005, p. 7-8.

<sup>291</sup> WALZER, Michael. *As Esferas da Justiça: Em Defesa do Pluralismo e da Igualdade*. Trad. Nuno Valadas. Lisboa: Editorial Presença, 1999, p. 16.

<sup>292</sup> GONÇALVES, Gisela. *Comunitarismo ou liberalismo?* Universidade da Beira Interior, Covilhã, Portugal, setembro de 1998, disponibile in: <<http://bocc.ubi.pt/pag/goncalves-gisela-COMUNITARISMO-LIBERALISMO.html>>, consultato nell'11 agosto 2011.

tradizioni. Dal lato *liberale* vi sono autori tali, John Rawls, Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Bruce Ackerman e Charles Larmore; tra i *comunitaristi*, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Sandel, Will Kymlicka e Michael Walzer.

In *Una Teoria della Giustizia*, Rawls cerca la fattibilità tra uguaglianza e libertà negli aspetti fattuali e giuridici, evocando la primazia del giusto sul bene:

Si ritiene che ogni membro della società possieda un'inviolabilità fondata sulla giustizia su cui neppure il benessere della società nel suo complesso può prevalere. La giustizia nega la possibilità che la perdita di libertà per qualcuno possa essere compensata da un maggior bene condiviso da altri (...) Perciò, in una società equa le libertà di basi sono analizzate come presupposti e i diritti assicurati dalla giustizia non sono soggetti alla negoziazione politica o al calcolo d'interessi personali<sup>293</sup>.

Per l'autore, una società bene-ordinata sarebbe quella che, al contrario di una comunità o associazione, si compone di un sistema chiuso e autosufficiente, il quale si accede tramite la nascita e si esce tramite la morte:

Una società democratica ben-ordinata non è una comunità, nemmeno, in termini generale, un'associazione. Vi sono due differenze tra una società democratica e un'associazione. La prima, supponiamo che in una società democratica, come qualsiasi società politica, deve essere vista come un sistema sociale completo e chiuso. È completo perché è autosufficiente e ha spazio per tutti i principali obiettivi della vita umana. È anche chiuso (...) perché si accede tramite la nascita e si esce tramite la morte. Non abbiamo un'identità anteriore al nostro arrivo in società: non siamo venuti da altro luogo, ci incontriamo in tale società e in tale posizione sociale, con i vantaggi e svantaggi, conforme alla nostra buona o cattiva fortuna<sup>294</sup>.

I liberali abbracciano il concetto di costituzione come strumento di garanzia dell'autonomia privata, cui ruolo è di garantire i diritti fondamentali del cittadino, salvaguardandoli contro qualsiasi interferenza esterna, anche quelle oriunde dalla sovranità popolare. La funzione primordiale della costituzione, secondo la visione

---

<sup>293</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 30.

<sup>294</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 84-5.

liberale, è di garantire al cittadino la possibilità di assumere la sua concezione ragionevole sulla vita degna e di rendere concreti gli obiettivi a essa inerenti<sup>295</sup>.

La teoria liberale di Rawls ha i presupposti di base criticati da MacIntyre, che ritiene ‘assorda’ la concezione di persona come individuo ‘senza legami’, che si sovrappone alla società e che non contribuisce con l’obiettivo di ricostruzione della comunità. Contro l’idea liberale di Rawls, di un soggetto autonomo, MacIntyre propone un soggetto integrato, frutto di una costruzione sociale, ossia, qualsiasi individuo possiede un’appartenenza etico-politica che lo lega agli altri e lo costituisce individualmente<sup>296</sup>. Riferisce Alasdair MacIntyre che

il progetto di fondare un tipo di ordine sociale, nel quale gli individui possano emanciparsi della contingenza e particolarità della tradizione, ricorrendo a norme genuinamente universali e indipendente dalla tradizione, non è stato, e non è, un progetto di filosofi. È stato ed è ancora il progetto della società liberale moderna e individualista, e le ragioni più convincenti che abbiamo per credere che la speranza di universalità razionale indipendente della tradizione è un’illusione, derivano dalla storia di questi progetto. Perché, nel corso di questa storia, il liberalismo che ha cominciato come un appello ai supposti principi di razionalità condivisa, contro ciò che si considerava la tirannia della tradizione, è stato trasformato in tradizione le cui continuità sono parzialmente definite dall’interminabilità del dibattito di tali principi. Questa interminabilità che, dal punto di vista del liberalismo nascente, era un grave errore ad essere rimediato il più rapidamente possibile, è diventato, al meno agli occhi di alcuni liberali, un tipo di virtù<sup>297</sup>.

In questo contesto, i diritti umani, conforme al fondamento politico-filosofico, possono essere inseriti nel piano dell’*individuo* (la priorità, per i liberali, si trova nei diritti individuali, che precedono qualsiasi forma di determinazione collettiva) o ampliati in relazione alle *comunità concrete* (la priorità, per i comunitaristi, sta nella forma di vita comunitaria).

Dalla dottrina liberale sorge l’*universalismo*, che rivendica l’uguaglianza di diritti di qualsiasi individuo come tale, con libertà per sottoscrivere o assumere un determinato contesto etnico, culturale o politico, così come basa la società politica e le

---

<sup>295</sup> TALAVERAS, Rafael Francisco Molina. *Liberalismo, comunitarismo e teoria do discurso - sobre as interpretações da justiça na democracia*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Filosofia e Ciências da UNESP, Marília, 2009, p. 22.

<sup>296</sup> VICENTE, José João Neves. *A crítica de MacIntyre à teoria da justiça de Rawls*. In “Trilhas Filosóficas”, Revista do Curso de Filosofia da Universidade do Rio Grande do Norte (UERN), Ano III, número 2, jul-dez, 2010, p. 111.

<sup>297</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 361.

sue istituzioni sulla volontà dei soggetti associati - i cittadini. Quest'affermazione di un'individualità liberata da qualsiasi confine sociale e culturale di appartenenza, così come l'uguaglianza di base tra gli uomini, basata sulla razionalità comune, è un presupposto dell'affermazione transculturale dei diritti umani e della possibilità di stabilire un confine comune di convivenza in un mondo ogni volta più unificato in virtù dello sviluppo tecnologico, l'interrelazione dei processi economici e i mezzi di comunicazione<sup>298</sup>. Bauman<sup>299</sup>, a proposito, considera che il multiculturalismo tenda a legittimare forme di autoritarismo politico e di conservatorismo sociale, subendo il rischio di "trasformare la multiculturalità in un multicomunitarismo"<sup>300</sup>.

La dottrina comunitarista si collega al *relativismo* e al *multiculturalismo*. Per i relativisti, la nozione di diritti è intimamente collegata al sistema politico, economico, culturale e sociale vigente in determinata società, di modo che non ci sarebbe una morale universale, perché ogni cultura ha il suo discorso sui diritti umani<sup>301</sup>. Le società adottano diversi sistemi di credenze morali dipendendo dalla sua storia, tradizioni, circostanze geografiche e visioni del mondo - non esistendo un modo per giudicarle, perché non ha criterio oggettivo e universale valutabile per tale proposito. Nonostante ciò, i relativisti ammettono che diversi sistemi di credenze a volte possono convergere e concordare con un corpo di valori, che sarebbe mera coincidenza

---

<sup>298</sup> ECHEVERRÍA, Javier Peña. Identidad comunitaria y universalismo. Londrina: Crítica, v. 2, n. 5, out.-dez. 1996, p. 5.

<sup>299</sup> "Differenze culturali profonde o insignificanti, visibili o quasi inesistenti, sono utilizzate per la costruzione frenetica di mura difensive e lanciamissili. 'Cultura' diventa sinonimo di fortezza assediata, e in una fortezza assediata gli abitanti sono costretti a manifestare ogni giorno, con incrollabile fedeltà e astenersi da rapporti cordiali con gli stranieri. La 'difesa della comunità' deve avere la precedenza su tutti gli altri impegni. Sedersi a tavola con 'stranei', stare nella loro compagnia negli stessi luoghi, per non parlare di innamorarsi o di sposarsi al di fuori dei confini della comunità, sono segni di tradimento e motivi di ostracismo e di esilio. Comunità così costruite, diventano espedienti che mirano principalmente perpetuare la divisione, la separazione e l'isolamento". BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade. A busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 127.

<sup>300</sup> "Può essere utile fare una distinzione tra il 'multiculturale' e 'multiculturalismo'. Multiculturale è un termine qualificativo. Descrive le caratteristiche sociali e i problemi di governabilità presentati da qualsiasi società in cui diverse comunità culturali convivono e cercano di costruire una vita insieme, pur mantenendo qualcosa di 'originale' della loro identità. Al contrario, il termine 'multiculturalismo' è sostantivo. Si riferisce alle strategie e alle politiche adottate per governare o gestire i problemi della diversità e molteplicità generati da società multiculturali". HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. 9ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 50.

<sup>301</sup> VASCONCELOS, Renato Barbosa de. *A fundamentação dos direitos humanos como pressuposto da efetividade de suas normas*. Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito UFC (on-line), a. 4, n. 10, ago./dez. 2010, p. 41, disponibile in: <<http://pt.scribd.com/doc/69466872/03-Renato>>, consultato nel giugno 2011.

e non implica un consenso, o che esistano credenze che oltrepassino le culture e sono dettate dalla natura umana, o verità universale<sup>302</sup>.

Ferrajoli<sup>303</sup> provoca: l'universalismo è compatibile, nel senso logico-formale della quantificazione universale dei soggetti ai quali i diritti fondamentali sono imputati, con il multiculturalismo?

Per il maestro italiano esiste un equivoco nella base della critica generata da vari difensori del multiculturalismo all'universalismo dei diritti fondamentali, interpretato come un'ennesima forma d'imperialismo dell'Occidente. Perché l'espressione 'universalismo' viene impiegata nel senso *assiologico* di valore universale e, per questo, oggettivo o razionale, o, peggio, nel senso *sociologico* della sua condivisione universale. Per il primo il significato della tesi dell'universalità è una tesi morale, mentre per il secondo è una tesi ideologica, empiricamente falsa. Se questi fossero gli unici significati dell'*universalismo*, la critica della cosiddetta 'universalità' dei diritti fondamentali derivanti da tesi multiculturaliste troverebbe una porta aperta<sup>304</sup>.

Per Luigi Ferrajoli, però, l'universalità dei diritti fondamentali non è solo compatibile con il rispetto alle differenze rivendicato dal multiculturalismo, ma rappresenta, inoltre, la sua principale garanzia<sup>305</sup>. Al primo posto, perché sono i diritti fondamentali, in speciale i diritti di libertà, che garantiscono l'uguale valore di tutte le differenze personali, cominciando da quelle culturali. Al secondo posto, perché i diritti fondamentali, come consacrati dall'esperienza storica del costituzionalismo, si configurano come leggi del più debole, in alternativa alla legge del più forte che vigerebbe nella sua assenza<sup>306</sup>. Herrera Flores, in argomentazione somigliante, difende la costruzione di una 'cultura dei Diritti' che coinvolga sia l'universalità delle garanzie sia il rispetto alle differenze, creando un mondo interconnesso dove il dialogo e la

---

<sup>302</sup> KRETSCHMANN, Ângela. *Universalidade dos direitos humanos e diálogo na complexidade de um mundo multicivilizacional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 341.

<sup>303</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 57.

<sup>304</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 58.

<sup>305</sup> "Si prenda come esempio la clitoridectomia o delle pratiche di segregazione della burka nel regime Talebano. È chiaro che in questi casi si infliggono alle donne lesioni gravi che nessun rispetto alle culture può giustificare, per la stessa ragione non è giustificabile il codice d'onore mafioso, l'omicidio per onore, o duelli o analoghi". In FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais...*, op. cit., p. 107.

<sup>306</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 59.

convivenza sono costanti<sup>307</sup>. Boaventura Santos considera superata la discussione tra *universalismo* e *relativismo*, intendendo che le due proposte sono nocive a una concezione di diritti umani che abbia il ruolo di bandiera emancipatoria, in una trasformazione cosmopolita. Per l'autore, al posto dell'universalismo, devono avvenire dialoghi interculturali sui temi d'interesse comune; e al posto del relativismo, lo sviluppo di criteri che permettano distinguere le politiche progressiste da quelle conservatrici<sup>308</sup>.

La discussione, come si vede, ha come base il confronto di comprensione del mondo come rappresentazione di particolarismi che convivono, ma si escludono, e di universalismi che s'impegnano come processi e rappresentazioni di fatti globali<sup>309</sup>.

La Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, nell'epoca in cui fu concepita (1948) contava su 48 adesioni. Da quell'epoca finora il progresso è notevole, con vari punti positivi dell'*universalismo*: in questo momento sono 193 i paesi segnatari<sup>310</sup>, e la Carta dei Diritti Umani è il documento più tradotto al mondo<sup>311</sup>. Dalla Dichiarazione Universale del 1948, si è sviluppata una nuova branca del diritto caratterizzata come un diritto di protezione: il 'Diritto Internazionale dei Diritti Umani'. Il processo di universalizzazione dei diritti umani iniziò la sua fase legislativa con l'elaborazione di patti e trattati che apportarono un carattere veramente normativo ai diritti consacrati, e di valutazione e riaffermazione dei principi tramite le conferenze mondiali in materia<sup>312</sup>. Esempio di ciò è il Patto Internazionale di Diritti Civili e Politici (ICCPR: *International Covenant on Civil and Political Rights*), del 1966, in cui prefazione reitera l'universalità e l'indivisibilità dei diritti umani, principi già consacrati

---

<sup>307</sup> Herrera Flores parla dell'esempio della fotografia, che evidenzia determinato punto e, centralizzando il foco in ciò, elimina le altre immagini che lo circondano. Alla fine, quello che è stato escluso diventa più importante dell'incluso. FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos Direitos Humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 155-7.

<sup>308</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos*. Lua Nova - Revista de Cultura e Política, n.º 39. São Paulo: CEDEC, 1997, p. 105-124.

<sup>309</sup> BRAGA, Leonardo Carvalho. *O debate Cosmopolitismo x Comunitarismo sobre Direitos Humanos e a Esquizofrenia das Relações Internacionais*. Revista "Contexto Internacional", vol. 30, n.º 1, jan./abr. 2008, Rio de Janeiro, p. 159. Disponibile in [in em <http://www.scielo.br/pdf/cint/v30n1/04.pdf>](http://www.scielo.br/pdf/cint/v30n1/04.pdf), consultato il 15 agosto 2011.

<sup>310</sup> Fonte: [<http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/paises-membros/>](http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/paises-membros/), consultato il 10 ottobre 2011.

<sup>311</sup> "From Abkhaz to Zulu": la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo fu tradotta in più di 300 idiomi, conforme il rispettivo sito ufficiale, [in em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/WorldRecord.aspx>](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/WorldRecord.aspx), consultato nel 10 ottobre 2011.

<sup>312</sup> HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. *Introdução ao direito internacional dos direitos humanos*. Disponibile in: [in: <http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual\\_de\\_Direitos\\_Acesso\\_aos\\_Sistemas\\_global\\_e\\_Regional.pdf>](http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual_de_Direitos_Acesso_aos_Sistemas_global_e_Regional.pdf), consultato nel em 16 agosto 2011.

dalla Dichiarazione Universale, come il diritto alla vita (art. 6°), il diritto a non essere sottoposto alla tortura (art. 7°) e il diritto a non essere tenuto in stato di schiavitù o in stato di servitù (art. 8°), tra altri. Oltre a ciò, il Patto elenca diritti che non costavano della Dichiarazione Universale, come il diritto all'autodeterminazione (art. 1°), il diritto a non essere imprigionato per il solo motivo che non è in grado di adempiere a un obbligo contrattuale (art. 11) e il diritto delle minoranze all'identità culturale, religiosa e linguistica (art. 27).

È la propria Dichiarazione Universale del 1948 che porta il nesso tra diritti umani e pace. In conformità al prefazione<sup>313</sup>, devono essere assicurati come diritti fondamentali tutti quei diritti vitali la cui garanzia è condizione necessaria alla pace<sup>314</sup>. Bobbio, sul tema, riferisce che l'ideale di pace perpetua deve essere perseguito tramite una progressiva democratizzazione del sistema internazionale, che non può essere separata dalla graduale e ogni volta più effettiva protezione dei diritti dell'uomo oltre i limiti di ogni stato. Conforme al maestro italiano:

Diritti dell'uomo, democrazia, pace, sono tre momenti necessari dello stesso movimento storico: senza i diritti dell'uomo riconosciuti ed effettivamente protetti, non esiste democrazia; senza democrazia, non esistono le condizioni minime alla soluzione pacifica dei conflitti che sorgono tra gli individui, tra i gruppi e tra quelle grandi collettività tradizionalmente indocili e tendenzialmente autocratiche che sono gli Stati, anche se democratici con i propri cittadini<sup>315</sup>.

La garanzia della pace, per Ferrajoli<sup>316</sup>, ha tre punti fondamentali: (a) il monopolio giuridico della forza, (b) la destituzione delle armi e degli eserciti e (c) la

---

<sup>313</sup> Preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948: "Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo; Considerato che il disconoscimento e il disprezzo dei diritti dell'uomo hanno portato ad atti di barbarie che offendono la coscienza dell'umanità, e che l'avvento di un mondo in cui gli esseri umani godono della libertà di parola e di credo e della libertà dal timore e dal bisogno è stato proclamato come la più alta aspirazione dell'uomo; Considerato che è indispensabile che i diritti dell'uomo siano protetti da norme giuridiche, se si vuole evitare che l'uomo sia costretto a ricorrere, come ultima istanza, alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione; Considerato che è indispensabile promuovere lo sviluppo dei rapporti amichevoli tra le Nazioni; Considerato che i popoli delle Nazioni Unite hanno riaffermato nello Statuto la loro fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nell'eguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna, ed hanno deciso di promuovere il progresso sociale e un migliore tenore di vita in una maggiore libertà; Considerato che gli Stati membri si sono impegnati a perseguire, in cooperazione con le Nazioni Unite, il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; Considerato che una concezione comune di questi diritti e di queste libertà è della massima importanza per la piena realizzazione di questi impegni (...)"

<sup>314</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais...*, op. cit., p. 107-8.

<sup>315</sup> BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino, Einaudi, 1990, p. 254.

<sup>316</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 521.

costruzione di una sfera pubblica internazionale. La prima garanzia ha come conseguenza la proibizione della guerra, affinché il suo uso legittimo sia quello previsto dalla Carta dell'ONU: legittima difesa e azioni di polizia, a livello locale e sopranazionale. La seconda garanzia riguarda un progressivo ed esteso disarmo, tramite convezioni internazionali rigide sulla proibizione della produzione, del commercio e della detenzione delle armi non destinate all'esercizio di funzioni di polizia. Inoltre, in uno stato di diritto internazionale, gli eserciti, nel senso tradizionale delle forze armate destinate alle guerre, sono istituzioni illecite, poiché è proibita sia la guerra, siano le armi delle quali fanno uso. La terza garanzia - costruzione di una sfera pubblica internazionale - ha l'obiettivo di assicurare i diritti vitali di tutti: l'art. 55 della Carta dell'ONU<sup>317</sup>, da un lato, mostra una connessione tra pace e sicurezza, e, dall'altro, un sviluppo economico e sociale, pieno impiego e garanzia dei diritti umani<sup>318</sup>.

Non vi è dubbio che la Carta dell'ONU abbia proporzionato una base legislativa alle lotte politiche a favore dei diritti vitali, cui processo ha permesso la formazione di un sistema normativo internazionale di diritti umani. Come riferisce Sikkink, “il Diritto Internazionale dei Diritti Umani presuppone come legittima e necessaria la preoccupazione di attori statali e non statali riguardo al modo con cui gli abitanti di altri Stati sono trattati. La rete di protezione dei diritti umani internazionali vuole definire quello che è materia di esclusiva giurisdizione domestica degli Stati”<sup>319</sup>. E aggiunge: “I diritti individuali di base non sono dominio esclusivo dello Stato, ma costituiscono una legittima preoccupazione della comunità internazionale”. Questa ‘prospettiva di democrazia global’, per Richard Falk, continua ad essere l'obiettivo generale primordiale di tutti quelli che sono impegnati in costruire un governo umanista per tutti i popoli del pianeta<sup>320</sup>.

---

<sup>317</sup> Art. 55 della Carta dell'ONU: “Al scopo di creare le condizioni di stabilità e di benessere che sono necessarie per avere rapporti pacifici ed amichevoli fra le nazioni, basate sul rispetto del principio dell'uguaglianza dei diritti o dell'autodeterminazione dei popoli, le Nazioni Unite promuoveranno: a) un più elevato tenore di vita, il pieno impiego della mano d'opera, e condizioni di progresso e di sviluppo economico e sociale; b) la soluzione dei problemi internazionali economici, sociali, sanitari e simili, e la collaborazione internazionale culturale ed educativa; c) il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione”.

<sup>318</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 522-6.

<sup>319</sup> SIKKINK, Kathryn. *Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America*. In: *International Organizations*, Massachusetts, IO Foundation e Massachusetts Institute of Technology, 1993, pp. 413 e 441.

<sup>320</sup> Per l'autore, “il futuro resta aperto a un ampio spettro di possibilità, in particolare quelli direttamente legate alla governabilità umanista globale. La storia internazionale recente, associata alla fine pacifica della Guerra Fredda e alla lotta con successo contro il colonialismo, ha confermato che i risultati positivi

La creazione della Corte Penale Internazionale segue questa prospettiva di protezione universale dei diritti umani. Una volta consacrati i beni giuridici ad essere universalmente tutelati e, stabilite, per conseguenze, le infrazioni internazionali che possano compromettere la comunità globale in generale, si è mostrata necessaria l'istituzione di una corte penale internazionale di carattere permanente e autonomo, come forma di prevenire e reprimere reati che, dinanzi alla loro speciale gravità, “sono considerati una minaccia alla pace, alla sicurezza e al benessere dell’Umanità”<sup>321</sup>. A proposito della prevenzione, il TPI limita la ripetizione di reati contro l’umanità commessi nel passato<sup>322</sup> (funzione preventiva generale negativa), oltre a ristabilire la credibilità delle legge penale internazionale<sup>323</sup> (funzione preventiva generale positiva); in termini repressivi, la Corte ha l’obiettivo di cercare la responsabilizzazione penale di agenti ai quali si imputa la pratica di gravi violazioni ai diritti umani, sanando eventuali errori attribuiti a tribunali nazionali, molti di questi assenti di imparzialità, lasciando impuni certe autorità statali<sup>324</sup>.

Nonostante tutti i progressi, lo Statuto di Roma, che ha istituito la Corte Penale Internazionale, possiede innumerevoli lacune: oltre a non prevedere, come reati d’interesse globale, il traffico internazionale di droghe, reati ambientali internazionali e il proprio terrorismo internazionale (che hanno un carattere transnazionale e toccano beni giuridici che interessano a diversi Stati), dispone sui diversi istituti che, al meno in tesi, troveranno seria resistenza alla loro compatibilità con l’ordine costituzionale interno degli Stati-membri (in Brasile, per esempio, si veda come clausola costituzionale petrea, l’inadempimento della sentenza passata in giudicato, l’ergastolo,

---

o auspicabili si sono verificati anche quando la maggior parte degli strumenti di analisi ci fanno credere che questi risultati sono praticamente impossibili”. FALK, Richard. *Globalização Predatória - uma crítica*. Lisboa: Edição Instituto Piaget, 2001, p. 300-2.

<sup>321</sup> Preambolo dello Statuto di Roma del Tribunale Penale Internazionale.

<sup>322</sup> “Memori che nel corso di questo secolo, milioni di bambini, donne e uomini sono stati vittime di atrocità inimmaginabili che turbano profondamente la coscienza dell’umanità (...)”. Preambolo dello Statuto di Roma del Tribunale Penale Internazionale.

<sup>323</sup> “Risoluti a garantire in modo duraturo il rispetto e l’applicazione della giustizia internazionale (...)”. Preambolo dello Statuto di Roma del Tribunale Penale Internazionale.

<sup>324</sup> “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; Rammentando che è dovere di ciascun Stato esercitare la propria giurisdizione penale nei confronti dei responsabili di crimini internazionali (...)”. Preambolo dello Statuto di Roma del Tribunale Penale Internazionale.

l'extradizione di cittadini nazionali e l'imprescrittibilità dei reati<sup>325</sup>, che può essere relativizzato, conforme si vedrà nella seconda parte di questo studio, nell'ambito del diritto penale internazionale). Inoltre, come il Trattato di Roma non fu ratificato da grandi potenze - come gli Stati Uniti, Russia, Cina, Giappone, Corea del Nord, Israele, Arabia Saudita, India, Pakistano e Indonesia -, "i suoi primi, incerti e timidi passi non lasciano l'aspettativa, al meno in un breve termine, di una effettiva capacità di garanzia. L'impunità, perciò, è la regola"<sup>326</sup>.

Pertanto, nella seconda parte di questa tesi, saranno discussi i seguenti temi:

**Capitolo 1: LE BASI DELLO STATUTO DI ROMA: DAL DIRITTO INTERNO AO DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE:** 1.1 Premesse: diritto (penale) internazionale e dogmatica; 1.2 Macrocriminalità e diritto penale internazionale: dei crimini internazionali in senso ampio alla competenza *ratione materiae* dello Statuto di Roma; 1.3 Contributi a una corte penale internazionale permanente: dell'istituzione di tribunali *ad hoc* alla creazione dello Statuto di Roma. **Capitolo 2: L'ISTITUZIONE DELLO STATUTO DI ROMA TRA DIRITTO MATERIALE, PROCESSO E UNIVERSALITÀ DELLA GIURISDIZIONE: DAL PARADIGMA PROTOGARANTISTA AL PARADIGMA GARANTISTA FORTE NELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE:** 2.1 Elaborazione dello Statuto di Roma e fonti del diritto penale internazionale: paradigma protogarantista; 2.2 Comprensione dei crimini internazionali come norme *jus cogens*: paradigma garantista forte; 2.3 Principi generali di diritto penale internazionale e procedura penale internazionale e universalità della giurisdizione: consolidazione del paradigma garantista nell'ambito internazionale. **Capitolo 3: LO STATUTO DI ROMA TRA INCOMPATIBILITÀ, LACUNE, ANTINOMIE E CASO PRATICO: I *PRINCIPIA IURIS* NEL DIRITTO PENALE MONDIALE E L'APPLICAZIONE DEL PARADIGMA GARANTISTA NEL CASO *THOMAS LUBANGA DYILO*:** 3.1 Statuto di Roma e referenziale normativista: (in)compatibilità con l'ordine costituzionale brasiliano; 3.2 Colmatando lacune e risolvendo antinomie: l'ineffettività strutturale dello Statuto di Roma; 3.3 Caso *Thomas Lubanga Dyilo* e referenziale empirista: applicazione dei *principia iuris* nel diritto penale internazionale.

---

<sup>325</sup> La Costituzione Federale Brasiliana considera due crimini imprescrittibili (art. 5°, XLII e XLIV): la pratica del razzismo e l'azione di gruppi armati, civili o militari, contro l'ordine costituzionale e lo Stato democratico.

<sup>326</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 1, p. 539.

## **PARTE 2 – GARANTISMO, STATUTO DI ROMA E TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE: I *PRINCIPIA IURIS* NEL DIRITTO PENALE MONDIALE**

### **CAPITOLO 1. LE BASI DELLO STATUTO DI ROMA: DAL DIRITTO INTERNO AL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE**

#### **1.1 Premessa: diritto (penale) internazionale e dogmatica giuridica**

*Il diritto internazionale è l'insieme di regole e istituzioni giuridiche che disciplinano la società internazionale e mirano a stabilire la pace e la giustizia e a promuovere lo sviluppo*  
*JEAN TOUSCOZ*

Nonostante l'esistenza d'indizi storici antichi su un 'diritto penale internazionale'<sup>327</sup>, la sua autonomia scientifica è una conquista recente, sviluppandosi dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, evento segnato dalla 'possibilità di estinzione dell'umanità'<sup>328</sup>. Nel diritto internazionale umanitario, le norme che regolavano i conflitti armati furono rafforzate per limitare i loro effetti, che non si limitavano alla conquista dei territori<sup>329</sup>; nel campo dei diritti umani, dinanzi alle manifestazioni esacerbate che avevano come priorità gli stati, fu operato un vero cambiamento di paradigma a favore della persona umana<sup>330</sup>, culminando con la

---

<sup>327</sup> Bassiouni afferma ciò che probabilmente fu la prima rivelazione storica del 'diritto penale internazionale': la clausola di estradizione del Trattato di Pace del 1280 a.C, tra il re degli Hititas e Ramses II d'Egitto. Secondo l'autore, i rapporti tra questi popoli antichi fecero sorgere la necessità di una cooperazione internazionale, al fine di garantire l'effettiva attuazione del 'diritto penale interno'. In: BASSIOUNI, M. Cherif. *Derecho Penal Internacional - Proyecto de Código Penal Internacional*. Madrid: Tecnos, 1983, p. 51-2.

<sup>328</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 210.

<sup>329</sup> RAIZMAN, Daniel Andrés. *O Direito Penal Internacional. A Necessidade de uma Limitação Discursiva*. In "Direito Penal Internacional Estrangeiro e Comparado". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 44.

<sup>330</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal. Parte Geral*. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 194.

creazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e la sottoscrizione, nel 1948, della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani. Nasce, così, la necessità di 'internazionalizzazione' dei diritti umani, le cui libertà e garanzie diventano temi che interessano - e, soprattutto, costringono - la comunità globale.

Tali avvenimenti determinano l'indebolimento del 'sistema vestfaliano' dei rapporti internazionali - dove lo Stato era l'unico soggetto internazionale - , passando ad essere riconosciuto l'essere umano, ugualmente, come soggetto di diritto delle norme internazionali. Kelsen afferma a proposito che

il Diritto internazionale regola la condotta mutua degli Stati; ma ciò non significa che il Diritto internazionale imponga doveri e conferisca diritti solo agli Stati, e non agli individui. È erronea l'opinione tradizionale di che i soggetti del Diritto internazionale sono solo gli Stati e non gli individui, che il Diritto Internazionale, a causa della sua natura, è incapace di costringere e autorizzare gli individui<sup>331</sup>.

La discussione tra le dottrine *statalista*, per la quale lo Stato è l'unico soggetto di diritto internazionale, e *individualista*, che colloca l'individuo come soggetto unico in questa branca del diritto, si riflette nella polemica '*dualismo-monismo*' sui conflitti tra gli ordinamenti interno e internazionale.

La teoria statalista si basa sul *dualismo* e decorre dalla concezione positivista del diritto internazionale. Si attribuisce a Carl Heinrich Triepel la tesi dualista<sup>332</sup>, seconda la quale il diritto interno di ogni Stato e il diritto internazionale sono due sistemi indipendenti e distinti, ossia, costituiscono circoli che non si intercettano (sono meramente contigui), nonostante siano ugualmente validi<sup>333</sup>. Dalla concezione proposta da Triepel avviene la denominata 'teoria dell'incorporazione'<sup>334</sup>, secondo la quale perché una norma internazionale fosse applicata internamente in un determinato Stato, sarebbe necessaria, inizialmente, la sua trasformazione in diritto interno, incorporandola al suo sistema giuridico. La norma di diritto interno, conforme Jorge Miranda, vale indipendentemente dalla norma di diritto internazionale: "Una norma

---

<sup>331</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 334.

<sup>332</sup> RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o direito internacional e o direito interno*. Conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do Mercosul. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 38.

<sup>333</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

<sup>334</sup> MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. *Derecho internacional público: parte general*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 1995, p. 504.

appartenente a un sistema non può valere, come tale, all'interno di un altro sistema; è solo (in una posizione radicale) un mero fatto per questo; al massimo, il suo contenuto potrà essere qui ripreso, riprodotto o trasformato, creandosi così una nuova norma<sup>335</sup>.

Il dualismo si basa su alcune regole: (a) mentre il diritto interno controlla i rapporti tra gli individui, o tra loro e il proprio Stato nella sfera del suo rispettivo territorio statale, il diritto internazionale pubblico regola i rapporti tra i suoi soggetti, denominando questo rapporto di 'interstatale'; (b) gli individui, come citato precedentemente, non sono considerati soggetti nel piano del diritto internazionale pubblico; (c) le norme del diritto interno hanno validità solo nella sfera dei propri Stati, mentre le norme emanate dal diritto internazionali sono elaborate per vigere oltre alla sfera degli Stati; (d) le norme del diritto internazionale pubblico derivano dalla volontà comune o collettiva, la quale si manifesta, espressamente, tramite i trattati-leggi sottoscritti dagli Stati e, tacitamente, come pratica internazionale in vari Stati; (e) le regole provenienti dall'ordinamento interno non ha l'intenzione di generare obblighi tra gli Stati, ossia, non creano obblighi nella sfera internazionale<sup>336</sup>.

Silva Cunha enumera diverse critiche alla tesi dualista, come: (a) la diversità di fondamento del diritto internazionale e del diritto interno che non coinvolge il diritto internazionale comune, formato da norme consuetudinarie e principi generali di diritto<sup>337</sup>; (b) la diversità delle fonti non è neanche argomento decisivo, perché solo nell'apparenza è valido. In verità, una cosa è l'origine sociale, o fonte materiale di norme, e altra i processi o modi come si esprimono, vuol dire, le fonti formali. Esse hanno solo carattere tecnico. Se sono diverse, in uno e nell'altro caso, è perché è diversa la struttura delle due società in cui funzionano; l'origine sociale delle norme internazionali e interne, vuol dire, la sua fonte materiale, è comune perché riconduce sempre ai fattori d'ordine sociale che le hanno fatto necessarie; (c) oltre a ciò, la consuetudine non è solo fonte del diritto internazionale, perché molti Stati, principalmente quelli del sistema giuridico angloamericano, lo includono nel sul elenco

---

<sup>335</sup> MIRANDA, Jorge. *Direito internacional público I*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1995, p. 167-8.

<sup>336</sup> RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o direito internacional e o direito interno...*, op. cit., p. 46-7.

<sup>337</sup> Rezek afferma che i dualisti "rilevano la diversità delle fonti di produzione delle norme giuridiche, ricordando sempre i limiti di validità di tutto il diritto nazionale, e osservando che la norma del diritto delle genti non opera all'interno di nessun Stato, tranne quando esso, dopo averlo accettato, promuove l'introduzione sulla sfera domestica". REZEK, Francisco. *Direito Internacional - Curso Elementar*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5.

privativo di mezzi di formazione e rivelazione del Diritto, avendo in Inghilterra una funzione superiore alla legge; (d) la diversità di soggetti né sempre si verifica, perché, sia nel diritto internazionale, sia nel diritto degli Stati, coesistono norme con destinatari diversi. Del diritto internazionale fanno parte norme che hanno come destinatari individui, e nei diritti degli Stati la maggior parte delle norme di diritto pubblico ha come destinatari i propri Stati; (e) per ultimo, gli argomenti della differente struttura delle società statali e internazionale e dell'applicabilità nell'ordine interno delle norme contrarie alle internazionali hanno un valore molto ridotto. La struttura diversa delle due società ha conseguenze solo d'ordine organico e formale, che si vede nei diversi processi tecnici utilizzati dai due ordini giuridici. La continuazione della vigenza delle norme contrarie al diritto internazionale significa solo che i mezzi di cui dispone il diritto internazionale per garantire la loro applicabilità non sono sufficientemente capaci<sup>338</sup>. Sulla stessa scia, Mazzuoli afferma che la dottrina dualista è abbastanza fragile nella sua costruzione e non può essere immune a critiche:

(...) riconoscere la diversità di fonti tra il Diritto interno e il Diritto Internazionale è accettare un assordato terminologico di conseguenze fatali alla concezione generale del Diritto. Senza ambedue i sistemi - l'interno e l'internazionale - sono contrapposti, uno di loro inevitabilmente sarà non-giuridico. Basta sapere quale<sup>339</sup>.

La dottrina individualista, d'altronde, si basa sul *monismo* e ha origine hegeliana<sup>340</sup>, sostenendo l'esistenza di un solo sistema universale. Come riferisce Jorge Miranda,

“le correnti moniste - che sono molte, e diverse - affermano l'unità sistematica delle norme del Diritto internazionale e delle norme di Diritto interno. Questi ordinamenti si comunicano e hanno un rapporto, uno non può ignorare l'altro e devono avere mezzi di rilevanza reciproca delle rispettive fonti. La natura profonda delle norme è identica o somigliante e, ancora, niente impedisce che norme di questa o di quell'origine possano reggere le stesse situazioni della vita, gli stessi rapporti, le stesse materie, dovendo stabilirsi forme di articolazione”<sup>341</sup>.

---

<sup>338</sup> CUNHA, Joaquim da Silva. *Direito internacional público: introdução e fontes*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 77-8.

<sup>339</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público...*, op. cit., p. 71.

<sup>340</sup> Hegel sostiene che lo Stato sia la rappresentazione dell'assoluto, e la sua volontà innegabile sia la realtà dell'idea etica, in cui la libertà raggiunge la pienezza dei suoi diritti e diventa la legge suprema di fronte agli individui, il cui dovere supremo è quello di appartenere allo Stato. Inoltre, lo Stato firma trattati internazionali, ma rimane in un livello superiore a essi, dato che il rapporto interstatale è il rapporto tra gli Stati che sono indipendenti. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia do Direito*. In “Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio”. Trad. Benedetto Croce, 1951, p. 474, §§ 257-8.

<sup>341</sup> MIRANDA, Jorge. *Direito internacional público I...*, op. cit., p. 168.

Si parla di un *monismo giusnaturalista*, per cui l'unità del Diritto è fissata in un elemento metagiuridico; in un *monismo logico*, difeso da Kelsen, nel quale l'unità non deriva da fattori esterni al Diritto, ma proprio 'del' Diritto; e in un monismo storico, che basa l'unità del Diritto in un'evoluzione storico-culturale.

Il *monismo giusnaturalista* si basa sull'unità del Diritto in virtù dell'identità di un elemento metagiuridico, da dove provengono le norme fondamentali della convivenza umana, o che a tali norme dà la validità ultima, radicale. Da ciò risultano varie correnti in conformità all'oggetto indicato come fonte primaria e unitiva delle regole giuridiche, come il monismo giusnaturalista teologico, che fissa l'unità del Diritto nell'unità della vita e del cosmo, creazione di Dio, nella cui volontà splende la natura. Il *monismo logicista* si basa sulla logica e sulla teoria della conoscenza creata da Kelsen. Per l'autore, fatta l'astrazione delle categorie psicologiche, storiche, assiologiche e sociali, il Diritto pubblico è una piramide di norme, dove la norma fondamentale si trova nel suo vertice. Così, la scienza del Diritto non ha come oggetto, fenomeni naturali, bensì regole obbligatorie. Vuole solo l'unità della conoscenza normativa, che è determinata dall'unicità di un unico sistema di norme. Per questa corrente, il dualismo è inaccettabile, nella misura in cui distrugge l'unità in un rapporto di coordinazione. Ciò perché non è possibile ammettere due o più sistemi di norme valide senza riferimento a uno stesso fondamento. Infine, il *monismo storicista* sostiene che l'unità del Diritto pubblico si origina dall'unità della coscienza giuridica, accanto all'unità empirica dell'evoluzione storico-culturale. Il diritto è una parte dell'evoluzione storica, e il Diritto interno e internazionale sono, nella stessa misura, espressioni della coscienza giuridica, non permettendo separare artificialmente lo sviluppo di queste forme dall'ordine giuridico interno e internazionale. Diritto interno e internazionale sono il risultato da uno stesso momento storico, perché l'uomo non possiede due coscienze giuridiche parallele<sup>342</sup>.

Per quanto riguarda la gerarchia tra il diritto internazionale e il diritto interno, il monismo è classificato in *internazionalista* (monismo basato sul diritto internazionale) e in *nazionalista* (monismo basato sul diritto interno).

---

<sup>342</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito internacional público...*, op. cit., p. 137-141. Ancora: HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 30.

Il *monismo internazionalista* risulta dall'antivolontarismo, sviluppato principalmente dalla Scuola di Vienna<sup>343</sup>, i cui maggiori rappresentanti sono Hans Kelsen, Alfred Verdross e Josef Kunz, affermandosi nello scenario mondiale a partire dal XX secolo, particolarmente dopo la Seconda Guerra Mondiale. Tale concezione sostiene l'unicità dell'ordine giuridico sotto la supremazia del diritto esterno, cui ordini interni si sarebbero conformati. Il Diritto *deriva* dal Diritto internazionale, che rappresenta un ordine giuridico gerarchicamente superiore<sup>344</sup>.

Il monismo con preponderanza nel diritto internazionale si divide in due concezioni: la moderata e la radicale. Per il *monismo moderato*, il conflitto tra una norma di diritto interno e l'altra di diritto internazionale non implica l'invalidazione della prima, potendo generare solo la sua inefficacia o la responsabilità internazionale degli Stati. Invece, per il *monismo radicale*, le norme del diritto interno solo saranno valide se rispettano le norme del diritto internazionale. Qualsiasi norma interna che entri in conflitto con la norma internazionale sarà considerata nulla<sup>345</sup>.

Kelsen, originalmente, si sovrappone quando formula la *teoria pura del Diritto*, enunciando la conosciuta piramide delle norme: una norma ha la sua origine e rimuove la sua obbligatorietà della norma immediatamente superiore. Al vertice della piramide vi è la norma fondamentale, la norma-base, la *Grundnorm*. Conforme all'autore,

(...) la norma fondamentale è l'instaurazione del fatto fondamentale della creazione giuridica e può, in questi termini, essere designata come costituzione nel senso logico-giuridico, per distinguere dalla Costituzione in senso giuridico-positivo. Essa è il punto di partenza di un processo: il processo della creazione del Diritto positivo<sup>346</sup>.

Come si osserva, Kelsen, nella sua prima fase, difende un 'monismo radicale' in cui qualsiasi norma del diritto interno, per essere valida, deve rispettare la norma del diritto internazionale.

---

<sup>343</sup> Celso Mello si riferisce anche alla *Duguit e Politis*, e con essi a tutta la scuola realista francese, che ha aggiunto argomenti sociologici al 'monismo internazionalista'. Questo è il caso di *Scelle*, che afferma l'esistenza di diverse società formate da uomini, che isolavano il loro diritto; esistendo una norma internazionale, questa revocarebbe norme rimosse delle società private che fossero in conflitto. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 106.

<sup>344</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público...*, op. cit., p. 74.

<sup>345</sup> RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o direito internacional e o direito interno...*, op. cit., p. 67.

<sup>346</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 222.

Invece il 'monismo moderato' appartiene alla seconda fase adottata da Kelsen - sotto l'influenza di Alfred Verdross -, dove passò a considerare la *Grundnorm* come norma di diritto internazionale, la regola consuetudinaria, i *pacta sunt servanda*, che avrebbero la primazia su tutte le regole interne<sup>347</sup>. Nella visione moderata, il giudice nazionale deve applicare sia il diritto internazionale, sia il diritto interno del suo Stato, facendolo, però, in conformità a ciò che viene espressamente previsto nel suo ordinamento domestico, specialmente nella Costituzione, applicandosi, in caso di conflitto, la massima *lex posterior derogat priori* (criterio cronologico), conosciuta nel diritto americano come regola *later in time*<sup>348</sup>.

Il monismo moderato, perciò, non prega la prevalenza del diritto internazionale sul diritto interno, o vice-versa, visto che li uguaglia e determina la precedenza degli ordini giuridici a partire da un criterio cronologico.

La concezione monista non è avversa a critiche. Rezek riferisce che i monisti kelseniani si voltano alla prospettiva ideale relativa all'instaurazione di un ordine unico, e denunciano, d'ora in poi, alla luce della realtà, l'errore dell'idea dove lo Stato potrebbe, o possa ancora oggi, sopravvivere in una situazione di ostilità o indifferenza dinanzi all'insieme di principi e norme che compongono la generalità del diritto delle genti. I monisti della linea nazionalista danno rilievo speciale alla sovranità di ogni Stato e al decentramento della società internazionale. Sono propensi, in questo modo, al 'culto della costituzione', affermando che nel suo testo, al quale nessun si può sovrapporre in questo momento, si troverà l'esatto grado di prestigio ad essere attribuito alle norme internazionali scritte e consuete. Se è certo che pochissimi autori, al di fuori del contesto sovietico, si sono impegnati dottrinalmente con il monismo nazionalista, non è meno certo che quest'idea guida le convinzioni giudiziarie in vari paesi dell'occidente, quando le corti affrontano il problema del conflitto tra norme di diritto internazionale e di diritto interno<sup>349</sup>.

---

<sup>347</sup> Patrícia Ribeiro afferma che, in questa fase, oltre ad essere un politico latitante disgustato con il nuovo ordine politico instaurato da Adolf Hitler, Kelsen è stato influenzato dalla concezione anglo-americana 'The International Law is a part of the land', il cui testo originale è 'the Law of Nations is held to be a part of law of the land' (testo attribuito a Blackstone, XVIII secolo). Con le sue nuove idee, Kelsen allontanava il libero arbitrio (teoria della libera scelta) dei giudici quando sceglievano quale norma sarebbe fondamentale". In: RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o direito internacional e o direito interno...*, op. cit., p. 68-9.

<sup>348</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público...*, op. cit., p. 76.

<sup>349</sup> REZEK, Francisco. *Direito Internacional - Curso Elementar*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5.

Nell'ambito internazionale, la prevalenza della posizione *monista internazionalista* è innegabile. In un parere datato del 1930, la Corte Permanente di Giustizia Internazionale dichiarò essere principio di diritto internazionale quello in cui, nei rapporti tra potenze contrastanti in un trattato, le disposizioni di una legge interna non possono prevalere su quelle del trattato<sup>350</sup>. Inoltre, la propria Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati (1969) consacrò espressamente il *monismo internazionalista* nel suo articolo 27, secondo il quale un Stato-parte nella convenzione “non può invocare le disposizioni del suo diritto interno per giustificare l'inadempimento di un trattato”.

Nel caso brasiliano, la Costituzione Federale del 1988 non fece nessuna distinzione tra giurisdizione interna e giurisdizione internazionale, limitandosi a riferire che compete privatamente al Presidente della Repubblica celebrare trattati *ad referendum* del Congresso Nazionale (art. 84, VIII), così come sarà compito di quest'ultimo risolvere definitivamente sui trattati o atti internazionali che abbiano responsabilità o impegni dannosi al patrimonio nazionale (art. 49, I). Da questi dispositivi, Mazzuoli<sup>351</sup> sostiene “la primazia del Diritto Internazionale sul Diritto interno, che procede ancora di più quando certe materie della legislazione interna violano trattati o principi imperativi del Diritto Internazionale generale, ad esempio delle norme de *jus cogens*”<sup>352</sup>, come quelle norme internazionali di protezione dei diritti umani.

La materia fu oggetto di analisi del *Supremo Tribunal Federal*<sup>353</sup> nel 1978, quando fu giudicato il Ricorso Straordinario 80.004, in cui si decise che una legge interna superveniente potrebbe colpire un trattato in vigore, eccetto quelli che si riferiscono a materia tributaria, conforme all'articolo 98 del Codice Tributario brasiliano<sup>354</sup>. Dopo essere incorporato alla legislazione interna, il trattato si trova in condizione di uguaglianza con le altre leggi ordinarie (perciò, gerarchicamente inferiore

---

<sup>350</sup> Pubblicato dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale: serie B, n. 17, p. 32. Altro esempio è il *caso delle Zone Franche*: viene deciso che la Francia non potrebbe usare la legislazione interna come privilegio, in relazione agli obblighi della sfera internazionale (Corte Permanente di Giustizia Internazionale: serie B, n. 7, p. 16).

<sup>351</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público...*, op. cit., p. 78.

<sup>352</sup> Come sarà visto (capitolo 2, item 2.2), la regola *jus cogens* é assoluta: non dipende, per la sua applicazione, dalla volontà delle parte interessate, visto che devono assicurare valori e interessi collettivi essenziali della comunità internazionale.

<sup>353</sup> Il *Supremo Tribunal Federal* (STF) è la Corte Costituzionale brasiliana.

<sup>354</sup> Art. 98 del Codice Tributario brasiliano: “I trattati e le convenzioni internazionali revocano o modificano la legislazione tributaria interna, e saranno osservati da quelle che la sopravvengano”.

alla Costituzione), e tutte le contraddizioni che si presentano dovrebbero essere risolte con criteri temporali di soluzione di antinomie apparenti.

Il giudizio è criticato perché rappresenta un retrocesso nel trattamento giurisprudenziale della materia, visto che basato su autori dualisti come Triepel<sup>355</sup>. Vi sono segni di riorientamento giurisprudenziale del STF a partire dal voto del Ministro Gilmar Ferreira Mendes nel giudizio del Ricorso Straordinario 466.343, del 2008<sup>356</sup>, nel quale afferma la necessità di rivedere l'orientamento della Corte, essendo anacronistica la tesi di legalità ordinaria dei trattati internazionali, anche perché è tendenza mondiale del costituzionalismo contemporaneo dare prestigio alle norme internazionali, principalmente quelle che considerano l'uomo il centro delle loro preoccupazioni<sup>357</sup>.

Con l'Emendamento Costituzionale n° 45/2004, fu aggiunto il § 3° all'art. 5° della Costituzione brasiliana, stabilendo che i trattati e le convenzioni internazionali sui *diritti umani* che siano approvati, in ogni Casa del Congresso Nazionale, in due turni, per tre quinti dei voti dei rispettivi membri, saranno equivalenti agli emendamenti costituzionali. I diritti umani sorgono come una preoccupazione del costituente brasiliano: nelle disposizioni costituzionali transitorie si lotta per la creazione di una corte internazionale di diritti umani (art. 7° degli ADCT<sup>358</sup>); la Repubblica Federativa del Brasile basa i suoi rapporti internazionali sulla prevalenza dei diritti umani (art. 4°, II, della Costituzione). Come afferma Mazzuoli, sarebbe una fallacia parlare in protezione internazionale di diritti senza la contropartita delle responsabilità dell'individuo nel piano internazionale<sup>359</sup>.

La creazione della corte penale internazionale risponde alla necessità storica della comunità globale a proposito di una corte competente che possa giudicare reati gravi contro i diritti umani. In questo senso, il citato Emendamento Costituzionale 45/04 aggiunse il § 4° all'art. 5° della Costituzione brasiliana, disponendo che “il Brasile si sottomete alla giurisdizione della Corte Penale Internazionale cui creazione abbia

---

<sup>355</sup> CASELLA, Paulo Borba. *O Protocolo de Madri sobre Registro Internacional de Marcas e sua Aplicação no Brasil*. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, São Paulo, n. 82, mar./abr., 2007, p. 28-30.

<sup>356</sup> In conformità all'art. 7°, § 7°, della Convenzione Americana dei Diritti Umani (Patto di San José della Costa Rica), la Corte Costituzionale brasiliana decise che “è illecito l'arresto civile del depositario infedele, indipendente dalla modalità di deposito”.

<sup>357</sup> ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 214.

<sup>358</sup> Atti delle Disposizioni Costituzionali Transitorie.

<sup>359</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público...*, op. cit., p. 844.

manifestato adesione”, basandosi sul monismo con primazia del diritto internazionale<sup>360</sup>.

Il TPI consolida il *diritto penale internazionale* come un sistema di diritto penale della comunità internazionale<sup>361</sup>. Tradizionalmente, il termine ‘diritto penale internazionale’ coinvolge tutta l’attività sviluppata dalle corti internazionali che si occupa della criminalità internazionale: la giurisdizione delle corti nazionali per giudicare i reati internazionali, il diritto applicato dalle corti nazionali a questi reati e la cooperazione giudiziale interstatale per la loro repressione<sup>362</sup>. Tra i penalisti, è consueto parlare di ‘diritto penale internazionale’ a proposito del Diritto pubblico interno, e in ‘diritto internazionale penale’ in relazione alla branca del Diritto che oggettivamente imputa pene ai trasgressori della legge penale internazionale<sup>363</sup>. Come riferisce Ariel Dotti:

L’importanza della materia viene dimostrata dall’inesistenza del Diritto Penale Internazionale e del Diritto Internazionale Penale. Mentre il primo è definito dall’insieme di disposizioni penali di interesse di due o più paesi nei loro territori, il secondo è definito come l’insieme di norme penali che puntano la repressione che costituisce violazione del Diritto Internazionale. Le regole sull’estraterritorialità della legge penale (CP, art. 7°), l’efficacia della sentenza straniera (CP, art. 9°) e l’extradizione (Legge n.° 6.815, del 19.8.1980) e altre situazioni giuridiche sono esempi del Diritto Penale Internazionale nell’applicazione delle regole del diritto domestico, come un dovere giuridico nella repressione di certi reati. La lotta contro la criminalità organizzata con rami transnazionali (narcotraffico, terrorismo, traffico di donne, riciclaggio di denaro, ecc) è uno degli obiettivi del Diritto Internazionale Penale, che crea inoltre figure tipiche (genocidio, i crimini di guerra, contro la pace, ecc..) e crea tribunali internazionali, come avviene con la Corte Militare Internazionale di Norimberga, istituito nel 1945 e integrato da giudici dei paesi alleati (EUA, Russia, Francia e Inghilterra), per giudicare gli accusati dei reati praticati durante la II Grande Guerra (1939-1945)<sup>364</sup>.

---

<sup>360</sup> Oltre la discussione tra ‘monismo’ e ‘dualismo’, Ferrajoli parla di un ‘pluralismo’: “Negli orientamenti più recenti, infine, si parla, anche alla luce degli sviluppi del diritto internazionale, anziché di dualismo, di *pluralismo degli ordinamenti*: nel senso che i diritti statali formano una pluralità di ordinamenti ed anche nel senso, possiamo aggiungere, che lo stesso diritto internazionale è formato da una pluralità di istituzioni e dei relativi enti e ordinamenti. Soprattutto, poi, si è riconosciuto che tra queste svariate istituzioni esistono molteplici rapporti diversi - di coordinamento, di sussidiarietà, di subordinazione, di integrazione - determinati dalle diverse norme di diritto positivo ad esse appartenenti”. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 484-5.

<sup>361</sup> AMBOS, Kai. *La parte general del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino. Berlín: Duncker und Humblot, 2005, p. 35.

<sup>362</sup> CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 15.

<sup>363</sup> SALIM, Alexandre Aranalde. *Teoria da Norma Penal*, Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2008, p. 121.

<sup>364</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 109.

Mello, che differenzia ‘diritto penale internazionale’ e ‘diritto internazionale penale’, riconosce che la distinzione non è chiara nella pratica, il che porta a una discussione sulla sua utilità. L’autore afferma:

In verità, nel Diritto Penale Internazionale odierno non vi è la preponderanza di norme interne, né di norme internazionali per determinare la sua definizione. Nel suo ambito, si trovano sia norme internazionali come, ad esempio, quelle previste dai trattati e convenzioni, sia norme di diritto interno con connotazione internazionale. In questo modo, non si può parlare in un ‘Diritto Internazionale Penale’ destinato a contenere le norme internazionali relative a fatti che possano ferire l’ordine pubblico internazionale o che costituiscano infrazioni al diritto delle genti. Della stessa forma, il termine ‘Diritto Penale Internazionale’ non deve essere riservata, solo, alle norme penali interne con connotazione internazionale. Per questo, autori contemporanei come Bassiouni, Lombois e Koering-Joulin preferiscono il termine Diritto Penale Internazionale<sup>365</sup>.

È innegabile l’interdisciplinarietà esistente nella discussione: allo stesso tempo in cui tratta di reati transnazionali, oggetto di studio del diritto penale interno, si preoccupa, inoltre, con i meccanismi di cooperazione penale internazionale, oggetto di studio del diritto internazionale. D’altra parte, la Costituzione brasiliana scelse il termine “Corte Penale Internazionale” (e non “Corte Internazionale Penale”), stesso termine utilizzato nel Decreto Legislativo n° 112/02 e nel Decreto n° 4.388/02, che hanno approvato e promulgato in Brasile, rispettivamente, il testo dello Statuto di Roma della ‘Corte Penale Internazionale’. Così, questa tesi utilizzerà i termini ‘diritto penale internazionale’, ‘tribunale penale internazionale’ e ‘corte penale internazionale’<sup>366</sup>.

Poiché l’oggetto di studio del ‘diritto penale internazionale’ si estende alla protezione penale della comunità internazionale e quella dei beni giuridici sopranazionali, dinanzi alla repressione dei cosiddetti ‘reati internazionali propri’. È ciò che sarà discusso nel prossimo item.

## **1.2 Macrocriminalità e diritto penale internazionale: dei crimini internazionali in senso ampio alla competenza *ratione materiae* dello Statuto di Roma**

---

<sup>365</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito penal e direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 15. Aínda: MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público...*, op. cit, p. 1009-10.

<sup>366</sup> Nello stesso senso: BASSIOUNI. M. Cherif. *Sources and Theory of International Criminal Law*. In “International Criminal Law”. 3ª ed. Leiden: Brill, 2008, p. 4.

*Oggi sappiamo che l'assassinio non è il  
peggio che l'uomo può infliggere all'uomo.*  
HANNAH ARENDT

Alcuni autori, tra loro Pellet<sup>367</sup>, vedono nella 'pirateria', pratica molto conosciuta nei XVII e XVIII secoli, l'origine del diritto penale internazionale<sup>368</sup>. Con essa, si cominciò ad accettare la possibilità di responsabilizzazione individuale dinanzi ad una trasgressione internazionale. Come il 'pirata' era considerato un nemico dell'umanità (*hostes humani generis*), tutti gli Stati erano atti a processarlo, giudicarlo e punirlo, indipendentemente dalla sua nazionalità.

Agli atti di pirateria si susseguirono i cosiddetti 'crimini di guerra', che sorsero come crimini internazionali nella seconda metà del XIX secolo, stimolati da due fattori: (a) codificazione del diritto consuetudinario della guerra, rappresentata dai seguenti documenti: Codice di Lieber (1863), risultante dall'Ordine Militare n.° 100 del Presidente Lincoln, come 'Istruzioni per il governo degli eserciti degli Stati Uniti nel campo', applicato durante la Guerra Civile americana (1861-1865); Manuale di Oxford (1880), adottato dall'Istituto di Diritto Internazionale; e Codificazione dell'Aia (1899-1907); e (b) importanti giudizi realizzati alla fine della Guerra Civile americana, come: Henry Wirz, un caso di serio maltrattamento di prigionieri di guerra, portato alla Commissione Militare nordamericana (1865); vari casi portati alle Corti Marziali nordamericane nel 1902, durante il conflitto armato nordamericano contro gli insorgenti nelle Filippine, consegnati dalla Spagna agli Stati Uniti tramite un trattato nel 1898<sup>369</sup>.

Alla fine del XIX secolo cominciarono a sorgere diversi trattati e convenzioni riconoscendo l'illiceità di certe condotte individuali, come la Convenzione di Ginevra (1864), la Dichiarazione di San Pietroburgo (1868), la Dichiarazione di

---

<sup>367</sup> PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 592.

<sup>368</sup>In conformità all'art. 101 della Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (1982), "Si intende per **pirateria** uno qualsiasi degli atti seguenti: a) ogni atto illecito di violenza o di sequestro, od ogni atto di rapina, commesso a fini privati dall'equipaggio o dai passeggeri di una nave o di un aeromobile privati, e rivolti: i) nell'alto mare, contro un'altra nave o aeromobile o contro persone o beni da essi trasportati; ii) contro una nave o un aeromobile, oppure contro persone e beni, in un luogo che si trovi fuori della giurisdizione di qualunque Stato; b) ogni atto di partecipazione volontaria alle attività di una nave o di un aeromobile, commesso nella consapevolezza di fatti tali da rendere i suddetti mezzi nave o aeromobile pirata; c) ogni azione che sia di incitamento o di facilitazione intenzionale a commettere gli atti descritti alle lettere 'a' o 'b'".

<sup>369</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal*. Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54-5.

Bruxelles (1874) e le due Convenzioni di Pace dell'Aia (1899 e 1907), che disponevano, tra altri temi, sulla prevenzione della guerra e sulla disciplina della conduzione di ostilità. Come riferisce Szurek, però, lo sviluppo delle regole relative al diritto di guerra non è accompagnato da una determinazione internazionale di sanzioni penali applicabili, restando la repressione a criterio delle leggi nazionali. “Gli Stati sono totalmente liberi per punire o no gli atti commessi dalle loro truppe contro il nemico o da loro commessi”, afferma l'autrice<sup>370</sup>. Per questo, la creazione del Tribunale Internazionale di Norimberga, e posteriormente quello di Tokyo, costituì un *turning point* per la categorizzazione dei reati internazionali: prima, perché fino al 1945 (eccezione fatta al Trattato di Versailles, a proposito dell'Imperio tedesco), ufficiali statali *senior* non furono mai responsabilizzati personalmente dai loro errori, che ricadevano sullo Stato o sulle persone *low-ranking*; seconda, perché sorsero due nuove categorie di crimini internazionali: i crimini contro la pace e i crimini contro l'umanità<sup>371</sup>.

La consolidazione del concetto di *crimine internazionale* avviene quando Roberto Ago<sup>372</sup> divenne, nel 1976, relatore della Commissione di Diritto Internazionale dell'ONU, definendolo nell'art. 19 del 'Progetto di Articoli sulla Responsabilità Internazionale':

#### Articolo 19 - Crimini e Delitti Internazionali

1 - Un'azione di uno Stato che costituisce la violazione di un'obbligazione internazionale è un'azione internazionalmente illecita, indipendentemente dall'oggetto di obbligazione internazionale violata. 2 - Un'azione internazionalmente illecita risultante da una violazione, da parte dello Stato, di un'obbligazione internazionale essenziale alla protezione di interessi fondamentali della comunità internazionale, la cui violazione è riconosciuta come un reato da questa comunità nel suo insieme, costituisce un crimine internazionale. 3 - In conformità al comma 2° e alle norme del Diritto Internazionale in vigore, un crimine internazionale può essere il risultato, ad esempio, di: a) una violazione grave di un'obbligazione internazionale di importanza essenziale al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, come quella che vieta l'aggressione; b) una violazione grave di un'obbligazione internazionale di importanza essenziale

---

<sup>370</sup> SZUREK, Sandra. *La Formation du Droit International Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal. In: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coord.), “Droit International Pénal”, Paris: CEDIN Paris X, Editions A. Pedone, 2000, p. 17.

<sup>371</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal...*, op. cit., p. 56.

<sup>372</sup> Roberto Ago fu presidente dei lavori di elaborazione della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, Presidente della Commissione di Diritto Internazionale dell'ONU e Presidente della Corte Internazionale di Giustizia.

alla salvaguardia del diritto di autodeterminazione dei popoli, come quelle che vietano l'istituzione o la manutenzione della forza di dominazione coloniale; c) una violazione grave in larga scala di un'obbligazione internazionale di importanza essenziale alla salvaguardia dell'essere umano, come quelle che vietano la schiavitù, il genocidio e l'*apartheid*; d) una violazione grave di un'obbligazione internazionale di importanza essenziale alla salvaguardia e protezione dell'ambiente, come quelle che vietano l'inquinamento massivo dell'atmosfera o dei mari. 4 - Qualsiasi azione internazionalmente illecita che non sia un crimine internazionale in conformità al comma 2° costituisce un delitto internazionale.

Pellet<sup>373</sup> afferma che sono tre i principali elementi del concetto di 'crimine internazionale' stabilito nell'articolo 19 del progetto: il primo considera il crimine un'azione internazionalmente illecita; il secondo è che quest'azione, internazionalmente illecita, è il risultato dell'inadempimento di un'obbligazione internazionale essenziale alla protezione degli interessi fondamentali della società internazionale; il terzo è che quest'azione deve essere riconosciuta come crimine da tutta la comunità degli Stati<sup>374</sup>. L'autore risalta inoltre la distinzione fatta da Ago tra crimini e reati internazionali - i 'delitti' sono definiti per esclusione, ossia, sono atti illeciti che non costituiscono 'crimini' internazionali -, visto che il *genocidio*, ad esempio, non può essere considerato un illecito internazionale della stessa gravità delle altre infrazioni internazionali:

Nonostante la forte e appassionata campagna contro la nozione di Crimini di Stato realizzata da molti paesi potenti e appoggiata da alcuni membri della Commissione di Diritto Internazionale, includendo il nuovo relatore speciale, la distinzione tra quello che viene definito 'delitto' e 'crimine' risponde a una necessità incontestabile e deve essere mantenuta<sup>375</sup>.

---

<sup>373</sup> PELLET, Alain. *Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!* In "European Journal of International Law", Firenze, v. 10, n. 2, p. 425-434, 1999. Disponibile in: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/10/2/425.full.pdf>>, consultato il 16 dicembre 2011.

<sup>374</sup> Fernanda Jankov, in una posizione simile a Pellet, afferma che i 'crimini internazionali' devono cumulativamente implicare: 1. Le violazioni alle norme consuetudinarie internazionali e alle disposizioni dei trattati che sanciscono e codificano il diritto consuetudinario, o ancora contribuiscono alla sua formazione; 2. Norme al fine di preservare i valori considerati importanti per l'intera comunità internazionale, in modo vincolante per tutti gli Stati e gli individui (sono presenti in importanti strumenti internazionali, quali la Carta delle Nazioni Unite del 1945, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 e il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966); 3. Vi è un interesse universale nel perseguimento di questi crimini. Rispettati determinati requisiti, gli imputati possono essere giudicati e puniti da *qualsiasi Stato*, indipendentemente dal vincolo territoriale o della nazionalità dell'autore o della vittima; 4. Nel caso in cui l'autore abbia agito in carica ufficiale, o come un funzionario dello Stato *de jure* o *de facto*, per conto della quale abbia praticato condotta vietata, è precluso di rivendicare il godimento dell'immunità dalla giurisdizione civile o penale dello Stato straniero, o sulla base del diritto consuetudinario applicabile ai funzionari dello Stato, nell'esercizio delle loro funzioni. In JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal...*, op. cit., p. 57-9.

<sup>375</sup> PELLET, Alain. *Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!...*, op. cit., p. 425.

Nel 2001 l'articolo 19 fu tolto da James Crawford, relatore speciale della 'Responsabilità Internazionale dello Stato' dal 1998, che giudicò il dispositivo inadeguato perché diceva l'ovvio, visto che gli articoli 1° e 3° del progetto presentavano, implicitamente, gli stessi mandamenti. Come riferisce Marques<sup>376</sup>, Crawford tolse l'articolo e lo sostituì da due articoli dedicati alle 'violazioni gravi di un'obbligazione risultante da una norma imperativa del Diritto Internazionale generale', recuperando, in questo modo, la nozione di violazione dello *jus cogens* senza adottare la nozione di crimine internazionale. Questa violazione è considerata grave quando l'inadempimento dalla parte dello Stato responsabile è flagrante e sistematico. Il progetto, però, non presenta un elenco di queste norme imperative alle quali fa riferimento. In conformità al relatore del progetto, queste norme sono quelle ampiamente accettate dalla società internazionale, come quelle che vietano il genocidio, l'aggressione e l'*apartheid*<sup>377</sup>.

Analizzando le convenzioni che trattano di temi connessi al diritto penale internazionale, tra queste il Tribunale Militare Internazionale di Norimberga<sup>378</sup>, il Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente<sup>379</sup>, il Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia<sup>380</sup>, il Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda<sup>381</sup> e la Corte Penale Internazionale<sup>382</sup>, ci si arriva a 28 reati internazionali, che sono: aggressione; mercenarismo; genocidio; reati contro l'umanità; reati di guerra; terrorismo nucleare; furto di materiali nucleari; *apartheid*; schiavitù e fattispecie connesse; tortura e altre forme di trattamenti crudeli; sperimentazione umana illecita; pirateria; pirateria aerea e illeciti contro la sicurezza aerea internazionale; illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima e delle piattaforme d'alto mare; minaccia o uso della forza contro persone protette internazionalmente; crimini contro il personale delle Nazioni Unite; cattura di ostaggi civili; uso di esplosivi; uso illecito del servizio postale; finanziamento

---

<sup>376</sup> MARQUES, Guilherme Bez. *A responsabilidade internacional dos Estados e a noção de crimes internacionais*. Revista Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 8, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2007, disponibile in: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/405/154>>, consultato il 12 settembre 2011.

<sup>377</sup> MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 43.

<sup>378</sup> La Carta del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga è disponibile in: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>>, consultato l'11 ottobre 2011.

<sup>379</sup> La trascrizione del processo del Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente è disponibile in: <<http://www.ibiblio.org/hyperwar/PTO/IMTFE/IMTFE-8.html>>, consultato l'11 ottobre de 2011.

<sup>380</sup> Il sito ufficiale del Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia è: <<http://www.icty.org/>>, consultato il 12 ottobre 2011.

<sup>381</sup> Il sito ufficiale del Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda è: <<http://www.unictt.org/>>, consultato il 12 ottobre 2011.

<sup>382</sup> Il sito ufficiale del Tribunale Penale Internazionale è : <<http://www.icc-cpi.int/>>, consultato il 12 de ottobre 2011.

del terrorismo; traffico illecito di stupefacenti; crimine organizzato; distruzione e/o furto di tesori nazionali; illeciti contro certi elementi dell'ambiente protetti internazionalmente; traffico illecito di materiale osceno; falsificazione e contraffazione; interferenza illecita con i cavi sottomarini internazionali; corruzione di pubblici ufficiali stranieri.

Bassiouni<sup>383</sup> riferisce che come avviene in altre politiche legislative, una gerarchia di norme è basata su criteri oggettivi e/o giudizi valutativo-soggettivi, suggerendo la distinzione dei crimini internazionali in tre grandi categorie: (1) *jus cogens* (come la pirateria, i crimini di guerra, la schiavitù, il traffico di esseri umani, i crimini contro l'umanità, l'aggressione e il genocidio); (2) potenziale *jus cogens* (come il terrorismo nucleare, o traffico di stupefacenti, l'ostaggio di aeronavi e altri illeciti contro la sicurezza aerea, cattura di ostaggi civili, i reati contro le Nazioni Unite e il crimine organizzato); e (3) altri (come interferenza illecita con i cavi sottomarini internazionali; traffico internazionale di materiale osceno e corruzione di pubblici ufficiali stranieri). Non vi è gerarchia tra i crimini internazionali, eccezione fatta ai reati *jus cogens* (nota 349), più importanti degli altri - il genocidio, come citato (nota 372), non può essere considerato pareggiato al crimine di uso illecito di servizio postale.

Lo Statuto di Roma, però, limitò la sua giurisdizione per *i crimini di maggior gravità che interessano la comunità internazionale nel suo insieme*<sup>384</sup>, associando, in questo modo, due elementi essenziali: la gravità del reato e la preoccupazione della comunità internazionale. Il suo art. 5° elenca i reati di competenza della Corte Penale Internazionale<sup>385</sup>, tra cui i crimini di genocidio, contro l'umanità, di guerra e di aggressione (allegato I). L'elenco, come si vede, è più ristretto del sopraccitato, solitamente incontrato nelle leggi internazionali o discusso durante la Commissione di Diritto Internazionale (CDI)<sup>386</sup>, la quale, dalla adozione da parte

---

<sup>383</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law*, Vol. I, 3ª ed. Leiden: Brill, 2008, p. 138.

<sup>384</sup> Preambolo dello Statuto di Roma del Tribunale Penale Internazionale.

<sup>385</sup> Non si può dimenticare del articolo 70 dello Statuto di Roma: la Corte eserciterà la propria giurisdizione sui reati commessi ai danni della amministrazione della sua giustizia, come, ad esempio, presentare falsa testimonianza; presentare elementi di prova che le parti conoscono essere falsi o falsificati; o corrompere un funzionario della Corte.

<sup>386</sup> SUNGA, Lyal S. *The emerging system of international criminal law: developments in codification and implementation*. Haia: Kluwer, 1997.

dell'Assemblea Generale dei 'principi di Norimberga' (1947)<sup>387</sup>, provò di fare la progressiva codificazione del diritto penale internazionale.

Sunga afferma che lo Statuto di Roma non impose la responsabilità individuale criminale per i seguenti casi: minaccia di aggressione, intervento coloniale, uso e finanziamento di mercenari, terrorismo internazionale e traffico internazionale di stupefacenti. Tutti questi 'candidati' all'inclusione furono esclusi, nonostante la CDI, in qualche situazione, abbia proposto la loro inclusione. Tra questi crimini, alcuni richiedono un relativo sostegno presso la comunità internazionale, che disciplinò le condotte tipiche nei trattati o, in scala minore, nel diritto consuetudinario internazionale. Una minoranza di delegazioni sembrava determinata a stringere lo spettro di crimini nello Statuto il più possibile, giacché non desiderava l'istituzione della Corte in sé. Percepito che tale obiettivo non sarebbe raggiunto, cercò di ridurre il più possibile la messa in opera della Corte Penale Internazionale. Però, alla fine, la vasta maggioranza delle delegazioni partecipanti alla Conferenza di Roma riuscì ad ottenere l'approvazione del trattato in conformità a proposte più costruttive<sup>388</sup>.

Dopo calorosi dibattiti nella Conferenza di Roma del 1998 sui crimini che sarebbero, o no, inclusi nell'ambito della giurisdizione della Corte Penale Internazionale, il testo finale dove consta la risposta, anche se controversa, a questa polemica questione viene riprodotto nell'art. 5° dello Statuto<sup>389</sup>:

#### **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>387</sup> Risoluzione dell'Assemblea generale 95(I), adottata l'11 de dezembro de 1946: "*Affirmation of the principles of international law recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal*", disponibile in: <[http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/ga\\_95-I/ga\\_95-I.html](http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/ga_95-I/ga_95-I.html)>, consultato il 14 ottobre 2011.

<sup>388</sup> SUNGA, Lyal S. *A competência ratione materiae da Corte Internacional Criminal: arts. 5º a 10 do Estatuto de Roma*. In "Tribunal Penal Internacional", São Paulo: RT, 2000, p. 193.

<sup>389</sup> FERNANDES, Jean Marcel. *La Corte Penal Internacional. Soberanía versus justicia universal*. Buenos Aires: Editorial Zavalía, 2008, p. 116.

Come si può osservare, sono stati eletti come ‘crimini più gravi’, ‘motivo di allarme per l’intera comunità internazionale’, il genocidio, i crimini contro l’umanità, i crimini di guerra e il crimine di aggressione. Si passa all’analisi di ognuno di loro.

## I. Genocidio

La nascita della nozione di genocidio, come lo conosciamo oggi, avviene dalla seconda guerra mondiale, avendo come il personaggio centrale il giurista polacco Lemkin, che trattò del tema perché voleva mostrare “l’orrore dell’eliminazione fisico-biologica, scientificamente pianificata e lucidamente attuata dal regime nazista, di ebrei, zingari e altri gruppi specifici”<sup>390</sup>. Fu Raphael Lemkin che chiese alle Nazioni Unite la creazione della ‘Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio’<sup>391</sup>, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la Risoluzione 260(III) nel 09 dicembre 1948 (con entrata in vigore nel 12 gennaio 1951), essendo il primo testo contenente un tipo penale autonomo di genocidio.

*Genocidio*, conforme Lemkin, non coinvolgeva, necessariamente, sterminio, ma azioni dirette contro la cultura, istituzioni, lingua, religione e integrità fisica di una collettività. Si cercava la distruzione della cultura e della vita sociale del gruppo oppresso, così come l’imposizione dello standard nazionalista dell’oppressore. Questa nozione espansiva del reato di genocidio anticipò la definizione dei crimini contro l’umanità nella Carta di Norimberga e servì come base per innumerevoli giudizi avvenuti dopo la Seconda Guerra Mondiale<sup>392</sup>.

L’Assemblea Generale delle Nazioni Unite cominciò, formalmente, a trattare della definizione di ‘genocidio’ nel 1947, e, nell’anno seguente, per unanimità,

---

<sup>390</sup> LEMKIN, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p. 79-95.

<sup>391</sup> Disponibile in: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/genocidio/conv48.htm>>, consultato il 13 novembre 2011.

<sup>392</sup> Tre casi di genocidio sono stati portati dinanzi al Supremo Tribunale Nazionale di Polonia, con l’accusato *Amon Leopold Goeth*, membro austriaco del partito nazista e delle SS; *Gauleiter Artur Greiser*, Deputato capo del partito nazista; e *Franz Rudolf Höss*, che era comandante ad Auschwitz e ‘plenipotenziario speciale per lo sterminio degli ebrei’. Tutti sono stati condannati a morte, e la Corte Suprema ha adottato il concetto di genocidio di Lemkin. In BASSIOUNI, M. Cherif, *International Criminal Law...*, op. cit., vol. I, p. 407.

adottò la Risoluzione 260 (*The International Convention on the Prevention and Punishment of the Crimes of Genocide*)<sup>393</sup>, definendolo così:

Uno dei seguenti atti effettuato con l'intento di distruggere, totalmente o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso in quanto tale:

- a) Uccidere membri del gruppo;
- b) Causare seri danni fisici o mentali a membri del gruppo;
- c) Influenzare deliberatamente le condizioni di vita del gruppo con lo scopo di portare alla sua distruzione fisica totale o parziale;
- d) Imporre misure tese a prevenire le nascite all'interno del gruppo;
- e) Trasferire forzatamente bambini del gruppo in un altro gruppo.

Ripetendo la definizione sopra nel suo art. 6° (allegato I), lo Statuto di Roma codifica una norma consuetudinaria internazionale<sup>394</sup>, come era già stato pronunciato dalla Corte Internazionale di Giustizia in un parere datato il 28 maggio 1951<sup>395</sup>. Il principale problema interpretativo legato al tema è l'esatta comprensione di "gruppo", componente essenziale della figura tipica, che solitamente viene lasciata alla totale discrezionalità del giudice.

Il Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda, nel caso *Akayesu*, per esempio, decise di adottare un criterio di carattere oggettivo, vincolando la filiazione al "gruppo" a un dato demografico: la nascita. Prendendo in considerazione che i *Tutsi* e gli *Hutu* hanno la stessa lingua e cultura, il Tribunale decise utilizzare il Codice Civile ruandese, che divide i cittadini in due gruppi, in conformità alla preferenza del modello antropologico patrilineo. Basata su questo criterio, la Corte concluse che gli *Hutu*, nel 1994, erano colpevoli della pratica di genocidio, visto che, oggettivamente i *Tutsi* erano un gruppo etnico caratterizzato dalla stabilità e continuità determinate dalla trasmissione ereditaria da padre a figlio<sup>396</sup>. A tale proposito, in questo stesso caso, il Tribunale per il Ruanda, riferendosi alla detenzione nei campi di concentramento e ai bombardamenti di città o di zone protette, definì in questo modo il genocidio: "*the method of destruction by which the perpetrator does not immediately kill the members of the group but which*

---

<sup>393</sup> Disponibile in: <<http://www.hrweb.org/legal/genocide.html>>, consultato il 13 novembre 2011.

<sup>394</sup> SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*. 2ª ed. Cambridge, United Kingdom: University Press Cambridge, 2004, p. 37.

<sup>395</sup> Disponibile in: <[http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum\\_1948-1991.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf)>, consultato il 13 novembre 2001.

<sup>396</sup> Processo disponibile in: <<http://www.unictr.org/tabid/128/Default.aspx?id=18&mnid=4>>, consultato il 14 novembre 2011.

*ultimately seek their physical destruction*”<sup>397</sup>; e affermò che i mezzi per infliggere deliberatamente alla popolazione condizioni di vita che puntano la distruzione sono: “*subjecting a group of people to a subsistence diet, systematic exclusion from homes and the reduction of essential medical services below minimum requirements*”<sup>398</sup>. Il genocidio è considerato dallo Statuto di Roma un crimine individuale, nonostante sia solitamente eseguito da una pluralità di agenti: è, come afferma Vilasi<sup>399</sup>, un ‘fenomeno collettivo’, di solito frutto di una pianificazione e di una struttura organizzata. Può essere praticato contro un’unica vittima (questa può essere la strategia del genocida per praticare il crimine), a patto che l’intento dell’agente sia la distruzione totale o parziale di gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, o contro una collettività di offesi. Oltre a ciò, al contrario di quanto stabilito nell’art. 3° della Convenzione del 1948<sup>400</sup>, lo Statuto di Roma non prevede, come atti punibili di genocidi, la complicità, la cospirazione, il tentativo e l’incitazione pubblica.

## II. Crimini contro l’umanità

I crimini contro l’umanità, come categoria di reati internazionali, ebbero origine negli eventi praticati durante la Prima Guerra Mondiale in Turchia. In quel momento, governanti della Francia, Gran Bretagna e Russia, alleati contro la Germania e la Turchia, sottoscrissero una dichiarazione congiunta il 28 maggio 1915, denunciando il numero espressivo di omicidi del popolo armeno in Turchia, dallo stesso governo turco ottomano, rivelando che tali atti costituivano ‘crimini contro la civilizzazione e l’umanità’, per i quali tutti i membri del governo turco dovrebbero essere responsabilizzati<sup>401</sup>.

Posteriormente, siccome alcuni di questi atti ‘contro la civilizzazione e l’umanità’ continuarono ad essere commessi durante la Seconda Guerra Mondiale,

---

<sup>397</sup> “Metodo di distruzione per il quale l’autore non uccide immediatamente i membri del gruppo, ma cerca, in ultima analisi, la sua distruzione fisica”. Processo citato nella nota anteriore.

<sup>398</sup> “Sottomettendo un gruppo di persone ad una dieta sostanziale, espulsione sistematica delle loro case e riduzione dei servizi medici essenziali al di sotto i requisiti minimi necessari”. Processo citato nella nota anteriore.

<sup>399</sup> VILASI, Antonella Colonna. *La Corte Penale Internazionale*. Roma: Edizioni Universitarie Romane, 2008, p. 75.

<sup>400</sup> Art. 3°: “Saranno puniti i seguenti atti: a) il genocidio; b) l’associazione di persone per commettere il genocidio; c) l’incitazione diretta e pubblica a commettere il genocidio; d) il tentativo di genocidio; e) i coautori nel genocidio”.

<sup>401</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law...*, op. cit., vol. I, p. 440.

rappresentanti degli alleati vittoriosi cominciarono le trattative, a Londra, tra giugno e agosto del 1945, per l'esatta definizione dei crimini contro l'umanità, portando le loro esperienze e concezioni legali (*common law*, comprensione marxista della legalità e tradizione civilista francese). Nel 1946, gli 'Alleati nell'Estremo Oriente' promulgarono una dichiarazione stabilendo il Tribunale Internazionale di Tokio, che prevedevano i seguenti 'crimini contro l'umanità': omicidio, sterminio, schiavitù, deportazione e altri atti inumani commessi contro qualsiasi popolazione civile, prima o durante la guerra; o persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi, in atto o legato a qualsiasi crimine di competenza del Tribunale, in violazione o no, della legislazione nazionale del paese dove venivano praticati<sup>402</sup>.

Lo Statuto del Tribunale per il Ruanda (art. 3°), ad esempio, afferma che il crimine contro l'umanità appartiene ad un attacco esteso e sistematico contro qualsiasi popolazione civile a livello nazionale, politico, etnico, razziale o religioso, seguito dalla pratica dei seguenti crimini: a) omicidio; b) sterminio; c) schiavitù; d) deportazione; e) imprigionamento; f) tortura; g) stupro; h) persecuzione per motivi politici, razziali e religiosi; i) altri atti inumani<sup>403</sup>. Questa definizione è abbastanza somigliante a quella adottata nel 1998 durante la Conferenza delle Nazioni Unite a Roma, la quale posteriormente constava dell'art. 7° dello Statuto di Roma come segue:

“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: Omicidio; Sterminio; Riduzione in schiavitù; Deportazione o trasferimento forzato della popolazione; Imprigionamento o altre gravi forme di privazione della libertà personale in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale; Tortura; Stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata e altre forme di violenza sessuale di analoga gravità; 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; Sparizione forzata delle persone; Apartheid; Altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale.

---

<sup>402</sup> Art. 6°(c) della Carta del Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente. Disponibile in: <<http://www.stephen-stratford.co.uk/imtcharter.htm>>, consultato il 10 settembre 2011.

<sup>403</sup> Disponibile in: <<http://www.unictt.org/Portals/0/English/Legal/Tribunal/English/2007.pdf>>, consultato l'11 settembre 2011.

Durante i lavori della Conferenza di Roma furono riportate parecchie divergenze tra i partecipanti sui termini “attacco alla popolazione civile” e “esteso o sistematico”, che constavano dell’art. 7° dello Statuto di Roma<sup>404</sup>. Per quanto riguarda il primo termine, le delegazioni accordarono sul fatto di che né tutti gli “attacchi” devono essere qualificati come “crimini contro l’umanità”, essendo necessaria una certa intensità, sotto la quale la competenza sarebbe esclusivamente nazionale. L’aggettivo “esteso” fu associato a un elevato numero di vittime: “*a massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims*”<sup>405</sup>, conforme redatto nella sentenza *Akayesu*<sup>406</sup>. Il termine “sistematico” viene specificato nel caso *Tadic*<sup>407</sup>, giudicato nel Tribunale Penale Internazionale per l’ex-Jugoslavia, come “*a pattern or methodical plan that is thoroughly organised and following a regular pattern on the basis of a common policy*”<sup>408</sup>.

Analizzando l’articolo 7° dello Statuto di Roma, si vede che il suo contributo più importante fu l’omissione della necessità dei ‘crimini di lesa umanità’ avvenuti nel contesto di *conflitti armati*, come fu constatato negli Statuti di Norimberga, Tokio, ex-Jugoslavia e Ruanda. In questo modo, si verifica che attualmente è fattibile l’avvenimento di ‘crimini contro l’umanità’ in tempo di pace, ampliando la possibilità di giurisdizione della Corte Penale Internazionale in questa materia.

### III. Crimini di guerra

Mancini riferisce che all’inizio vi era la tendenza di fare la distinzione tra *jus ad bellum* e *jus in bello*, nonostante i due termini siano stati formulati recentemente: il primo termine si riferisce al diritto di partecipare a una guerra legittima; il secondo, a quella branca del Diritto che, oltre a regolamentare la sospensione e la cessazione dell’ostilità, dispone sui limiti all’uso di forza durante il conflitto. Nell’ambito di questa seconda categoria avviene il concetto di ‘diritto internazionale umanitario’, come un

---

<sup>404</sup> VILASI, Antonella Colonna. *La Corte Penale Internazionale...*, op. cit., p. 77.

<sup>405</sup> “Azione in larga scala massiccia e frequente, realizzata collettivamente con serietà considerevole e diretta a una molteplicità di vittime”.

<sup>406</sup> Processo citato nella nota 392.

<sup>407</sup> Disponibile in: <<http://www.icty.org/cases/party/787/4>>, consultato l’ 11 settembre 2011.

<sup>408</sup> “Un piano modello o metodico che sia ben organizzato e che abbia un modello regolare, basato su una politica comune”.

insieme di norme riguardanti la protezione delle vittime e dei prigionieri di guerra. L'attenzione da parte del diritto sul fenomeno della guerra, purtroppo costante in tutte le epoche, è poco a poco direzionata alla questione che gravita prevalentemente sul *publicorum armorum iusta contentio*: sul problema della modalità di conduzione della guerra stessa ad un'altra parte belligerante (diritto bellico nel senso stretto) e sulla necessità di tutelare alcune categorie di soggetti (diritto umanitario). La crescente importanza che questi due aspetti ebbero negli ultimi due secoli avviene anche dall'esponentiale evoluzione degli armamenti mortali, tra cui quelli che causano grande sofferenza e distruzione in massa; e ancora al crescente coinvolgimento di civili nei conflitti armati, tipico del modello di 'guerra totale'<sup>409</sup>.

Non per caso, continua l'autore, il codice *Lieber*<sup>410</sup>, considerato la prima grande codificazione dello *jus in bello* moderno, avviene durante quella che fu considerata la prima guerra veramente moderna: la guerra di secessione americana. D'altra parte, lo *jus ad bellum* progressivamente assunse un significato diverso, il cui uso di forza fu eliminato da diversi strumenti internazionali, a cominciare della Carta dell'ONU del 1945, il cui art. 2°(4) dispone:

Nelle rispettive relazioni internazionali gli Stati Membri dovranno astenersi dalla minaccia o dall'uso della forza contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato e dall'adottare qualsiasi altro comportamento che risulti incompatibile con i fini delle Nazioni Unite<sup>411</sup>.

Crimini di guerra, secondo Cassese, sono serie violazioni delle norme consuetudinarie o, dove si può applicare, dei trattati che formano il 'corpus' del diritto internazionale umanitario dei conflitti armati<sup>412</sup>. Nel processo del caso *Tadic*<sup>413</sup>, il Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia citò che (a) i crimini di guerra devono consistere una seria violazione di una regola internazionale, ossia, devono costituire la violazione di una regola che protegga valori importanti, e questa violazione

---

<sup>409</sup> MANCINI, Stefano. *Diritto Penale Internazionale*, vol. II, Studi, Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, p. 237.

<sup>410</sup> Le *Instructions for the Government of the United States in the field*, promulgate il 24 aprile 1863 come *General Orders* n.°100 da parte del Presidente Lincoln, sono anche costituite come 'Codice Lieber', il nome del giurista francese che era il suo autore, Francis Lieber. Si tratta di 157 articoli che dispongono sul primo tentativo di codificazione di regole consuetudinarie che gli Stati tendevano a seguire nella conduzione di guerre e che in Europa si mostrerà come il modello di ispirazione per l'Istituto di Diritto Internazionale, che nel 1880 pubblicò *The laws of war on land*, più conosciuto come il 'Manuale de Oxford'. *Apud* MANCINI, Stefano. *Diritto Penale Internazionale...*, op. cit., p. 239.

<sup>411</sup> MANCINI, Stefano. *Diritto Penale Internazionale...*, op. cit., p. 239.

<sup>412</sup> CASSESE, Antonio. *International Criminal Law...*, op. cit., p. 47.

<sup>413</sup> Processo citato nella nota 392.

deve produrre gravi conseguenze alla vittima; (b) la regola violata deve appartenere al ‘corpus’ del diritto consuetudinario o essere parte del trattato applicabile; (c) la violazione deve portare, in conformità al diritto consuetudinario o convenzionale, la responsabilità criminale individuale della persona accusata di violazione.

La competenza del TPI per quanto riguarda i crimini di guerra è regolata nello Statuto di Roma dall’art. 8°, diviso in tre commi: il primo accerta la giurisdizione concernente questi reati, il secondo contiene l’elenco di condotte considerate ‘crimini di guerra’ e il terzo è una protezione del dovere e del diritto di ogni Stato di mantenere, ristabilire o difendere il suo ordine pubblico e la sua unità e integrità territoriale (allegato I).

In conformità all’articolo 8°, la Corte eserciterà la sua giurisdizione sui crimini di guerra “*in particular when committed as a part of a plan or policy or as part of a large-scale commission*”<sup>414</sup>. Vilasi<sup>415</sup> cita che la disposizione servì a conciliare la posizione di quelli che volevano limitare la punibilità solo ai crimini praticati che partivano da un piano o da una politica o ancora quelli commessi in larga scala, al contrario di quelli che volevano che fosse attribuita alla Corte la competenza su tutti i crimini di guerra, indipendentemente dalla ‘magnitudine e dalla presenza di una pianificazione’. La superazione della divergenza avviene con l’introduzione di una clausola “*opting-out*”, dell’art. 124 dello Statuto, che permette allo Stato-parte dichiarare, nei sette anni consecutivi all’entrata in vigore del Trattato, la possibilità di non accettare la competenza della Corte a proposito dei crimini di guerra commessi nel suo territorio o dai suoi cittadini (dichiarazione che può essere revocata a qualsiasi momento).

Per quanto riguarda gli elementi specifici, l’art. 8° si suddivide in quattro categorie, relative ai conflitti armati internazionali e non internazionali. La prima è rappresentata da: infrazioni gravi alle Convenzioni di Ginevra del 1949, relative a persone o beni protetti; altre violazioni gravi di leggi e usi applicabili ai conflitti armati internazionali; violazioni gravi dell’art. 3° comuni alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, commesse contro le persone che non partecipano direttamente alle ostilità, includendo i membri delle forze armate che abbiano deposto gli armamenti e quelli

---

<sup>414</sup> “In particolare quando commessi come parte di un piano, politica o una pratica in larga scala”.

<sup>415</sup> VILASI, Antonella Colonna. *La Corte Penale Internazionale...*, op. cit., p. 81.

impediti di continuare a combattere per malattie, lesioni, prigionia o qualsiasi altro motivo; e altre violazioni gravi delle leggi e costumi applicabili ai conflitti armati senza carattere internazionale. Nella seconda categoria convergono le norme consuetudinarie del diritto bellico, largamente codificate nel Regolamento allegato alla IV Convenzione dell'Aia del 1907, il I Protocollo Aggiuntivo del 1977 e gli altri strumenti multilaterali di diritto umanitario. La terza categoria coinvolge le 'violazioni gravi' dell'art. 3° comuni alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, che, conforme citato, riflette il diritto consuetudinario. La quarta e ultima categoria, "*other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character*"<sup>416</sup>, è relativa sia al diritto internazionale consuetudinario sia al II Protocollo Aggiuntivo del 1977 che si riferisce ai conflitti armati non internazionali<sup>417</sup>.

I particolari di queste categorie vengono criticati da autori come Schabas<sup>418</sup> e Cassese<sup>419</sup>, dinanzi alla difficoltà in valutare il tipo di conflitto armato coinvolto. La precisione sui testi legali, rispettando il principio di legalità, potrebbe avere l'effetto indiretto di contribuire all'impunità a causa dell'impossibilità d'interpretazioni dinamiche ed evolutive. Jankov, reiterando le critiche, aggiunge la dichiarazione della Camera d'Appello del Tribunale Penale dell'ex-Jugoslavia: "Le leggi dei conflitti armati non sono estatiche, ma in ragione dell'adattamento continuo rispondono alle necessità di un mondo in cambiamento"<sup>420</sup>.

Nonostante le critiche, l'allargamento della categoria dei crimini di guerra ai conflitti armati non internazionali risulta in un importante risultato raggiunto dallo Statuto, e, in conformità a Vilasi, "il primo esempio di riconoscimento convenzionale del carattere criminale di alcune violazioni del diritto applicabile ai conflitti interni"<sup>421</sup>. È importante citare, inoltre, che è considerato crimine di guerra il 'reclutamento' o l' 'arruolamento' di minori di 15 anni nelle forze armate nazionali o la loro 'partecipazione' attiva nelle ostilità<sup>422</sup>. Ciò potrebbe condurre a una situazione curiosa:

---

<sup>416</sup> "Altre violazioni gravi delle leggi e costumi applicabili nei conflitti armati che non abbiano carattere internazionale".

<sup>417</sup> VILASI, Antonella Colonna. *La Corte Penale Internazionale...*, op. cit., p. 81-2.

<sup>418</sup> SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court...*, op. cit., p. 54.

<sup>419</sup> CASSESE, Antonio. *International Criminal Law...*, op. cit., p. 59.

<sup>420</sup> Prosecutor vs. Kunarac et al. (Case n. IT-96-23 and IT-96-23/I-A), Judgment, 12 June 2002, par. 67: "... the laws of armed conflict are not static, but by continual adaptation follow the needs of a changing world". In: JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal...*, op. cit., p. 65.

<sup>421</sup> VILASI, Antonella Colonna. *La Corte Penale Internazionale...*, op. cit., p. 90-1.

<sup>422</sup> Statuto di Roma: art. 8°(2)(b)(xxvi); art. 8°(e)(vii).

mentre lo Statuto di Roma conferma lo *status* di ‘combattenti’ ai maggiori di 15 anni<sup>423</sup>, dispone che la giurisdizione si applica solo alle persone con età superiore ai 18 anni (art. 26). In questo modo, se un soggetto tra i 15 e i 17 anni pratica un crimine di guerra non può essere giudicato dal TPI, restando a disposizione della giurisdizione interna del suo Stato.

#### **IV. Crimini di aggressione**

L’art. 5° dello Statuto di Roma aggiunse il crimine di aggressione come un altro reato di competenza della Corte Penale Internazionale, condizionando l’esercizio della giurisdizione all’approvazione di una disposizione, in conformità agli articoli 121 e 123, che trattano, rispettivamente, degli emendamenti e di una revisione del Trattato:

Art. 5°(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”.

Il *Final Act* della Conferenza di Roma istituì la Commissione Preparatoria alla Corte (*PrepCom*) a “preparare proposte per una disposizione sull’aggressione, includendo la definizione e gli elementi costitutivi dei crimini di aggressione e le condizioni in cui il Tribunale Penale Internazionale deve esercitare la sua competenza per quanto riguarda questo crimine”<sup>424</sup>. Tali proposte sarebbero sottomesse all’Assemblea degli Stati-parti in una ‘Conferenza di Revisione’, per avere una definizione accettabile dei ‘crimini di aggressione’ e la loro inclusione nel testo del Trattato.

Tale *revisione* avviene in una conferenza di due settimane a Kampala, Uganda, nel periodo dal 31 maggio all’ 11 giugno 2010, con la partecipazione di circa 4,6 mila rappresentanti degli Stati e organizzazioni governative e non-governative. Tra altri temi, la Conferenza approvò la risoluzione con la quale viene alterato lo Statuto di

---

<sup>423</sup> In questo senso l’art. 77 del Protocollo Aggiuntivo I alle Convenzioni di Ginevra del 1949, disponibile in: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/470?OpenDocument>>, consultato il 12 settembre 2011.

<sup>424</sup> Atto finale della Conferenza Diplomatica delle Nazioni Unite dei Plenipotenziari per l’istituzione di una Corte Penale Internazionale, risoluzione F, 7, U.N. Doc. A/CONF.183/10, 1998. Disponibile in: <<http://untreaty.un.org/cod/icc/prepcomm/prepfra.htm>>, consultato il 13 settembre 2011.

Roma, includendo la definizione di *crimine di aggressione* e le condizioni in cui la Corte Penale Internazionale potrà esercitare la sua competenza. L'esercizio effettivo di giurisdizione è ancora soggetto ad una decisione ad essere presa dopo il 1° gennaio 2017, dalla stessa maggioranza degli Stati-parti (richiesta per l'approvazione di un emendamento allo Statuto)<sup>425</sup>.

In questo modo, in continuazione all'art. 8° fu inserito il seguente testo:

#### **Articolo 8° bis**

1. Ai fini del presente statuto, una persona commette un 'crimine di aggressione' quando, essendo in grado di controllare in modo efficace, dirigere l'azione politica o militare di uno Stato, pianifica, prepara, avvia o compie un atto di aggressione che, per la loro natura, gravità e dimensioni, costituisce una flagrante violazione della Carta delle Nazioni Unite. 2. Ai fini del comma n°1, 'atto di aggressione' significa l'uso della forza armata da uno Stato contro la sovranità, l'integrità territoriale o l'indipendenza di un altro Stato, o di qualunque altra forma incompatibile con la Carta delle Nazioni Unite. Secondo la risoluzione 3314 (XXIX) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, del 14 dicembre 1974, uno degli atti seguenti, indipendentemente da una dichiarazione di guerra, sarà qualificato come un atto di aggressione: a) l'invasione o attacco da parte delle forze armate dal territorio di uno Stato verso l'altro Stato, o qualsiasi occupazione militare, anche se temporanea, derivante da tale invasione o attacco, o di qualsiasi annessione o l'uso della forza contro il territorio di un altro Stato o una parte dello stesso; b) bombardamento da parte delle forze armate di uno Stato nel territorio di un altro Stato o l'utilizzo di qualsiasi arma da uno Stato contro il territorio di un altro Stato; c) il blocco dei porti o delle coste di uno Stato da parte delle forze militari di un altro Stato; d) un attacco da parte delle forze armate di uno Stato contro le forze armate di terra, mare o aria di un altro Stato o contro la sua flotta mercantile o aerea; e) l'uso delle forze armate di uno Stato che rientrano nel territorio di un altro Stato con il consenso dello Stato recettore, in violazione delle condizioni stabilite nell'accordo o qualsiasi estensione della loro presenza in tale territorio, dopo la cessazione dell'accordo; f) l'azione di uno Stato nel permettere che nel suo territorio, disponibile a un altro Stato, sia usato per perpetrare un atto di aggressione contro uno Stato terzo; g) l'invio da uno Stato, o per conto suo, di bande armate, gruppi irregolari o mercenari che svolgono atti di forza armata contro un altro Stato di tale gravità che sono simili agli atti di cui sopra, o il suo sostanziale coinvolgimento in tali atti.

All'articolo 15 dello Statuto di Roma è stato aggiunto il seguente emendamento:

#### **Articolo 15 bis**

---

<sup>425</sup> Risoluzione *RC/Res.6*, approvata unanimemente nella 13<sup>a</sup> sessione plenaria l'11 giugno 2010, disponibile in: <<http://www.icc-cpi.int/nr/exeres/dea630a9-e656-4870-a2a8-1ebfa35857cb.htm>>, consultato il 16 novembre 2011.

### **Esercizio della giurisdizione sul crimine di aggressione**

(Remissione da uno Stato, *proprio motu*)

1. La Corte può esercitare la propria giurisdizione sul crimine di aggressione di cui alle lettere "a" e "c" dell'articolo 13, fatte salve le disposizioni del presente articolo. 2. La Corte può esercitare la propria giurisdizione sui crimini di aggressione commessi solo un anno dopo la ratifica o accettazione degli emendamenti da parte da trenta Stati Parti. 3. La Corte ha giurisdizione sul crimine di aggressione, a norma del presente articolo, a condizione che una decisione sia presa dopo il 1 ° gennaio 2017, dalla stessa maggioranza degli Stati Parti richiesta per l'approvazione di una modifica dello Statuto. 4. La Corte può, a norma dell'articolo 12, esercitare la propria giurisdizione per un crimine di aggressione, risultante da un atto di aggressione commesso da uno Stato Parte, quando lo Stato parte abbia dichiarato in precedenza che non accetta questa responsabilità mediante il deposito di una dichiarazione sulla responsabilità del Segretario. Il ritiro di tale dichiarazione può essere fatto in qualsiasi momento e sarà preso in considerazione dallo Stato Parte entro un periodo di tre anni. 5. Nel caso di uno Stato parte al presente Statuto, la Corte non esercita la sua giurisdizione sui crimini di aggressione quando è commesso da cittadini di questo Stato o sul suo territorio. 6. Se il Pubblico Ministero conclude che vi sono ragionevoli motivi per avviare un'indagine su un crimine di aggressione, in primo luogo si verificherà se il Consiglio di Sicurezza abbia stabilito l'esistenza di un atto di aggressione commesso da parte dello Stato interessato. Il Pubblico Ministero comunica al Segretario Generale delle Nazioni Unite sulla situazione dinanzi alla Corte, allegando le informazioni e i documenti pertinenti. 7. Quando il Consiglio di Sicurezza avrà fatto questa determinazione, il Pubblico Ministero può avviare un'indagine su un crimine di aggressione. 8. Quando una tale determinazione non sarà compiuta entro sei mesi dalla data di notifica, il Pubblico Ministero potrà avviare procedimenti di indagine in relazione ad un crimine di aggressione, fino a quando la sezione di indagini preliminari, in conformità con le disposizioni di cui all'articolo 15, avrà autorizzato l'apertura di un'indagine relativa ad un crimine di aggressione, e il Consiglio di Sicurezza non abbia deciso diversamente, in conformità con l'articolo 16. 9. Una determinazione che ci fosse un atto di aggressione effettuato da un organo straneo al Tribunale non pregiudica le stesse constatazioni della Corte ai sensi del presente Statuto. 10. Questo articolo si considera fatte salve le disposizioni corrispondenti all'esercizio della giurisdizione su altri crimini di cui all'articolo 5 .

Accade che, nonostante si riconosca il ruolo del Consiglio di Sicurezza per determinare l'esistenza di un 'atto di aggressione', la Conferenza ha deciso di permettere al Procuratore del TPI, in assenza di tale determinazione, di iniziare le indagini d'ufficio, o su richiesta di uno Stato-parte, a patto che sia autorizzato dalla Sezione di Indagini Preliminari. In qualsiasi modo, si deve attendere il termine di *vacatio legis*, che finirà il 1° gennaio 2017, quando allora il TPI sarà autorizzato a esercitare la sua giurisdizione sui crimini di aggressione, a patto che ci sia una decisione

in questo senso dalla maggioranza degli Stati-parti, necessaria alla approvazione di una alterazione dello Statuto.

Discusso questo tema che si riferisce alla competenza *ratione materiae* della Corte Penale Internazionale, si discuterà, nel prossimo item, come la creazione di un tribunale internazionale di carattere *permanente* ha costituito un progresso a proposito dei modelli anteriori, caratterizzati dall'istituzione di tribunali penali internazionali di eccezione.

### **1.3 Contributi a una corte penale internazionale permanente: dall'istituzione di tribunali *ad hoc* alla creazione dello Statuto di Roma**

*Il Tribunale di Norimberga resterà come una macchia della civilizzazione contemporanea: ha fatto tabula rasa del 'nullum crimen, nulla poena sine lege' (con un processo all'improvviso, di effetto retroattivo, ha incriminato fatti preteriti e imposto ai suoi autori l'impiccagione' e pene puramente arbitrarie)*  
NÉLSON HUNGRIA

Vi sono diversi antecedenti storici che riportano tribunali penali di carattere internazionali: a) nel 1268, a Napoli, Conradin von Hohenstafen, Duca di Suabia, fu condannato e executato in un processo criminale di carattere internazionale per aver iniziato una guerra ingiusta; b) nel 1474 un tribunal *ad hoc* composto da ventotto giudici dell'Austria, Francia, Berna e città e Cavalieri dell'Alto Rin sentenziò a morte il governatore di Breisach, Germania, Landvogt Peter von Hagenbach, per 'violazioni al diritto di Dio e degli uomini', poiché aveva istaurato un regime di arbitrarietà contro gli abitanti della regione e dei territori vicini; c) Jeremy Bentham, nel 1789, propose l'istituzione di altri tipi di giurisdizione criminale internazionale contro i violatori di impegni assunti tra Stati. Tali proposte - di Bentham e, ancora prima, di Antonio Mariani, del 1461 - si trovano nel 'Patto di Alleanza e Federazione tra il Re Luigi XI, il Re Giovanni di Boemia e il Gran Ducato di Venezia', e nell'opera *A Plan for an Universal and Perpetual Peace*, rispettivamente<sup>426</sup>.

Fu Gustave Moynier, uno dei fondatori del Comitato Internazionale della Croce Rossa, a lanciare la prima proposta per la creazione di una 'corte penale

---

<sup>426</sup> FERNANDES, Jean Marcel. *La Corte Penal Internacional...*, op. cit., 29-30.

internazionale', in riunione del Comitato Internazionale della Croce Rossa tenutasi il 03 gennaio 1872<sup>427</sup>. Fino alla proposta di Moynier, i processi per infrazione al diritto umanitario erano di responsabilità di tribunali *ad hoc*, costituiti, generalmente, dalla parte vincitrice. Fernandes riferisce che, posteriormente, il 28 gennaio 1872, Moynier pubblica il 'Progetto di Convegno relativo all'istituzione di un organo giudiziario internazionale per la prevenzione e repressione delle violazioni della Convenzione di Ginevra', nel *Bulletin International des Sociétés de secours aux militaires blessés*, dove difendeva un diritto internazionale penale perché credeva che i tribunali degli Stati belligeranti non avrebbero l'imparzialità necessaria per giudicare gli imputati di violazione della citata Convenzione, dovuto alla pressione interna che soffrivano. Un organo giudiziario internazionale non avrebbe tale problema e potrebbe dettare le sue decisioni con più libertà. Così, in solo dieci articoli, Moynier stabilì le regole del tribunale internazionale proposto. L'organo, responsabile per la garanzia dell'applicazione della Convenzione di Ginevra del 1864, sarebbe competente per giudicare crimini di guerra tra due o più potenze contrattanti. Sarebbe permanente, ma senza disporre di una struttura fissa. Una 'legge penale internazionale', oggetto di un trattato che sarebbe complementare alla Convenzione di Ginevra, dovrebbe prevedere le possibili sanzioni applicabili ai condannati, e sulla responsabilità dei belligeranti il pagamento delle spese procedurali<sup>428</sup>.

Oltre alle critiche ricevute - la principale era l'assenza di definizione dei crimini imputabili - e la sua non accettazione dagli Stati, eccezione fatta alla Svizzera, il *progetto Moynier* fu considerato eccessivamente progressista per la sua epoca, prevedendo indennizzo alle vittime e una competenza automatica ed esclusiva in caso di conflazioni tra i segnati, che eviterebbe problemi risultanti dall'assenza di una giurisdizione internazionale.

Con la fine della Prima Guerra Mondiale fu ripresa l'idea di costituzione di una corte penale internazionale permanente, perché, con il Trattato di Versailles, fu menzionato un giudizio in congiunto che sarebbe organizzato dai vincitori del conflitto

---

<sup>427</sup> HALL, Christopher Keith. *La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente*. Revista de la Cruz Roja, n. 14, marzo 1998. Disponibile in: <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlkq.htm>>, consultato l' 11 novembre de 2011.

<sup>428</sup> FERNANDES, Jean Marcel. *La Corte Penal Internacional...*, op. cit., p. 31-2.

armato<sup>429</sup>. Il Trattato di Versailles prevede, nel suo articolo 227<sup>430</sup>, l'istituzione di un tribunale criminale permanente per giudicare il Kaiser Guglielmo II e altri criminali di guerra, processo che non si realizzò mai, a causa della negativa dell'Olanda di estradare l'Imperatore, dal paese dove si era rifugiato. Come riferisce Cassese<sup>431</sup>, quello era il momento in cui la 'sovranità dello Stato' era ancora considerata norma di base della comunità internazionale, eccezionalmente valorizzata.

Dopo, nel 1920, il 'Comitato Consultivo di Giuristi', convocato per redigere il progetto di un 'Tribunale Internazionale di Giustizia Permanente', suggerì che l' 'Alto Tribunale di Giustizia Internazionale' avesse uguale "competenza per giudicare crimini che costituissero rottura dell'ordine pubblico internazionale o crimini contro il diritto universale delle nazioni, inviati dall'Assemblea o dal Consiglio delle Nazioni Unite". Mesi dopo, però, tale proposta, considerata 'prematura' dall'Assemblea dell'ONU, fu semplicemente rifiutata<sup>432</sup>. Tali iniziative dimostravano lo sforzo di vari organismi internazionali nel tentativo di costituire una corte penale internazionale di carattere permanente, che, in quell'epoca, il maggiore ostacolo era sempre l'eccezionale valore dato alle questioni di sovranità nazionale.

Il periodo successivo alla Seconda Guerra Mondiale fu segnato dalla creazione, con successo, di tribunali penali internazionali ad hoc (come i tribunali di Norimberga, Tokyo, ex-Jugoslavia e Ruanda) e altri modelli di tribunali penali internazionali (come i tribunali istituiti in Sierra Leone, Cambogia, Kosovo, Timor Est e Iraq).

---

<sup>429</sup> In questo senso: PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Antecedentes históricos do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 98, 2003, p. 575.

<sup>430</sup> Articolo 227 del Trattato di Versailles: "Le Potenze alleate e associate accusano pubblicamente Guglielmo II di Hohenzollern, già Imperatore di Germania, per crimine supremo contro la morale internazionale e la sacrosanta autorità dei trattati. Sarà istituito un tribunale speciale per processare l'accusato, al quale saranno garantite le fondamentali garanzie del diritto di difesa. Il tribunale sarà formato da cinque giudici, ciascuno nominato da una delle seguenti Potenze: gli Stati Uniti d'America, la Gran Bretagna, la Francia, l'Italia e il Giappone".

<sup>431</sup> CASSESSE, Antonio. *De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional*. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (org.). "O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional". Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 5.

<sup>432</sup> Fonte: *International Criminal Court and the Resolutions of the Committee of Jurists*, 3 BYIL, 1922, p. 80, citato in "The Path to the Hague: Selected Document on the Origin of the ICTY". The Hague: United Nations, 1996, p. 7.

## I. Tribunale di Norimberga

Durante la Seconda Guerra Mondiale il governo britannico dovette affrontare il problema del trattamento da riservare ai maggiori responsabili per i crimini commessi contro la popolazione civile nei territori occupati dalla Germania.

Winston Churchill, nel maggio 1942, propose l'istituzione di una commissione d'inchiesta sulla responsabilità delle Nazioni Unite, al fine di raccogliere le prove dei crimini commessi dai nazisti, con il sostegno immediato degli Stati Uniti. L'anno successivo, anche l'Unione Sovietica e la Cina sostennero la suddetta inchiesta, fu istituita a Mosca, il 30 ottobre 1943, la 'Dichiarazione sulle atrocità', nella quale si affermava che gli alleati avevano 'prove documentate sulle atrocità, massacri ed esecuzioni di massa'<sup>433</sup>. La *Dichiarazione di Mosca* può essere considerata come l'atto di nascita del Tribunale di Norimberga.

L'istituzione del Tribunale di Norimberga, tuttavia, non fu unanime, anche tra gli Stati Uniti e Gran Bretagna, in quanto vi erano alcune proteste contro il processo e a favore di metodi più radicali di punizione dei colpevoli. Una delle più drastiche posizioni è venuta con il Ministro delle Finanze americano, Henry Morgenthau, incaricato di elaborare un piano radicale di disindustrializzazione della Germania, che dovrebbe essere accompagnata da misure di internamento di massa e dei lavori forzati per i capi nazionali-socialisti. Contro tali metodi e a favore di un processo regolare si manifestarono il Ministro di Guerra, Henry Stimson, e il Segretario degli Affari Esteri, Cordell Hull. Nel settembre 1944, il capo del 'Dipartimento di Servizi Speciali' del governo degli Stati Uniti, Murray Bernays, preparò un memorandum intitolato 'processo contro i criminali di guerra in Europa', che fu poi utilizzato per formulare l'accusa a Norimberga. In particolare, fu Bernays che, per primo, elaborò la tesi accusatoria di 'congiura' contro il più alto potere nazionalista-socialista. Franklin D. Roosevelt e Winston Churchill, invece, preferivano ancora il 'Piano Morgenthau'. L'alternativa alle esecuzioni sommarie fu rafforzata dopo che il 'Piano Morgenthau' fu reso pubblico dalla stampa, suscitando ondate di indignazione, in modo che il nuovo presidente degli Stati Uniti, Truman, di formazione giuridica, si manifestasse in modo esplicito a favore del processo regolare. Ciò avvenne nell'aprile del 1945, e pochi giorni

---

<sup>433</sup> CATTARUZZA, Marina. *Il processo di Norimberga tra storia e giustizia*, Torino: UTET Libreria, 2006, p. 2.

dopo l'Unione Sovietica, la Gran Bretagna e la Francia approvarono l'istituzione del *due process of law*<sup>434</sup>.

Più tardi, alla Conferenza di Potsdam<sup>435</sup>, fu annunciata la creazione di un tribunale militare per giudicare i principali criminali di guerra tedeschi. Il 1° agosto 1945 i rappresentanti dei tre governi alleati (Gran Bretagna, Stati Uniti e Unione Sovietica), riferendosi alla 'Dichiarazione di Mosca', confermarono la loro intenzione di attribuire agli imputati un procedimento equo e rapido.

## II. Tribunale di Tokio

Nel luglio 1945, due settimane prima della conclusione della Conferenza di Londra (che avrebbe deciso come il mondo avrebbe punito i criminali di guerra nazisti di alto rango), i quattro paesi che vinsero la Seconda Guerra Mondiale (Regno Unito, Stati Uniti, Unione Sovietica e Francia) rilasciarono la 'Dichiarazione di Potsdam' (nota 432), annunciando, a sorpresa di molti, la loro intenzione di citare in giudizio i distinti rappresentanti dei governi giapponesi per i crimini stessi. Poi, il 19 gennaio 1946, il generale Douglas MacArthur, Comandante Supremo delle potenze alleate in Giappone, approvò, nella forma di un ordine esecutivo, la 'Carta di Tokyo', che istituiva la costituzione, la giurisdizione e le funzioni della 'Corte Militare Internazionale per l'Estremo Oriente' (IMTFE - *International Military Tribunal for the Far East*)<sup>436</sup>, che divenne noto come 'Tribunale di Tokyo'. Proprio come la 'Carta di Norimberga', la

---

<sup>434</sup> In questo senso: LEON, Goldensohn, *As entrevistas de Nuremberg*. São Paulo: Cia da Letras, 2005, p. 08 e segs.

<sup>435</sup> La Conferenza di Potsdam si è tenuta presso Cecilienhof, residenza del principe Wilhelm Hohenzollern, a Potsdam, nella Germania occupata, dal 16 luglio 1945. I partecipanti erano l'Unione Sovietica (il Segretario Generale del Partito Comunista Joseph Stalin), il Regno Unito (Premier Winston Churchill) e gli Stati Uniti (Presidente Harry Truman). L'incontro aveva come obiettivo decidere le punizioni per la sconfitta della Germania nazista, che aveva accettato la resa incondizionata nove settimane prima, nel famoso (*VE Day*), avvenuta l'8 maggio 1945. Inoltre, la conferenza comprendeva anche le discussioni sulla creazione dell'ordine del dopoguerra, le questioni di trattati di pace, e i combattimenti agli effetti della guerra. Sul tema: CASSESE, Antônio. *De Nuremberg a Roma...*, op. cit., p. 7; Ancora: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Coleção Para Entender: Para Entender o Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 76.

<sup>436</sup> La trascrizione del processo del Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente è disponibile in: <<http://www.ibiblio.org/hyperwar/PTO/IMTFE/IMTFE-8.html>>, consultato l'11 ottobre 2011.

‘Carta di Tokyo’, uscita il 26 aprile 1946, comprendeva i crimini contro la pace e l’umanità<sup>437</sup> appena citati.

Il Tribunale di Tokyo fu stabilito sulla stessa base politico-giuridica del Tribunale di Norimberga, e nello stesso contesto storico della Seconda Guerra Mondiale. Tuttavia, i procedimenti legali contro gli asiatici erano molto diversi, con un carattere troppo vendicativo e viziato, soprattutto quando si afferma che fu il veicolo utilizzato dagli Stati Uniti come rappresaglia per l’attacco di *Pearl Harbor*<sup>438</sup>.

Quando si confrontano le strutture dei Tribunali di Norimberga e di Tokyo le differenze sembrano essere solo di forme (numero dei giudici o le lingue di lavoro). I risultati concreti del processo in Asia, tuttavia, furono molto diversi. Furono giudicati 28 individui. Di questi, due sono morti e uno rimase con gravi problemi mentali prima della fine del processo, essendo 25 i condannati (a morte o a prigione). A Tokio non ci furono assoluzioni, a differenza dell’avvenuto in Europa.

Si fanno diverse critiche al Tribunale Militare Internazionale per l’Estremo Oriente, in particolare: l’imperatore Hirohito, forse il maggior responsabile della partecipazione giapponese nella Seconda Guerra Mondiale, e decisivo nell’attacco a *Pearl Harbor*, non fu portato in Tribunale; tra i rilasciati vi è il capo di un centro medico, noto come ‘Unità 731’, che si trova nella città cinese di Harbin, dove i medici giapponesi eseguivano esperimenti di guerra batteriologica e chimica sui prigionieri di guerra; nessuno degli ‘scienziati’ fu giudicato dato che avevano negoziato la loro libertà con i risultati delle loro ‘scoperte’<sup>439</sup>.

Sembra che l’ideale di giustizia in Giappone sia rimasto in secondo piano, che riflette, in realtà, il potere di un paese - gli Stati Uniti dell’America. Mentre a Norimberga vi erano quattro fiscali (uno per ogni paese alleato), a Tokyo gli ispettori delle potenze alleate erano solo collaboratori dei fiscali americani. Da non dimenticare che il più grave di tutti i crimini commessi, quello delle bombe nucleari su Hiroshima e Nagasaki, non fu oggetto del giudizio.

---

<sup>437</sup> RÖLING, B.V.A.; CASSESE, Antonio. *The Tokyo Trial and Beyond*. Oxford: Polity Press, 1993, p. 2.

<sup>438</sup> In questo senso: BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro. De Nuremberg a Haia*. Trad. Luciana Pinto Venâncio. Barueri: Manole, 2004, p. 37-9. Ancora: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 68.

<sup>439</sup> BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry, *A justiça penal internacional...*, op. cit., p. 28-31.

### III. Tribunale per l'ex-Jugoslavia

Il Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia (ICTY - *International Criminal Trial for the Former Yugoslavia*)<sup>440</sup> fu istituito nel 1993 per decisione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite<sup>441</sup>. Conforme all'art. 24(1) della Carta delle Nazioni Unite, la responsabilità primaria del Consiglio di Sicurezza è quella di mantenere e ristabilire la pace e la sicurezza internazionali.

Una situazione grave per quanto riguarda la guerra e i conflitti etnici si verificò quando la Repubblica Federale dell' Jugoslavia iniziò a disintegrarsi intorno al 1990. Diversi rapporti rivelavano le atrocità contro i civili, facendo con che l'ex-Segretario di Stato Americano, Cyrus Vance, e l'ex-Ministro degli Affari Esteri britannico, David Owen, cercassero accordi di pace, senza nessun effetto. Nel ottobre 1992, il Segretario di Stato americano, Lawrence Eagleburger, emanò, attraverso il Consiglio di Sicurezza, una risoluzione<sup>442</sup> che istituiva una 'Commissione di Tecnici' per indagare le accuse di violazioni gravi delle leggi umanitarie internazionali, che avvenivano nell'ex-Jugoslavia, la quale, nel dicembre dello stesso anno, suggerì la creazione di un tribunale internazionale per giudicare la condotta di eventuali responsabili. Eagleburger, nell'occasione, citò che gli alleati degli Stati Uniti avrebbero reagito con un 'imbarazzante silenzio', quando accusò pubblicamente Slobodan Milosevic, Radovan Karadzic e gli altri leader serbi, sostenendo la creazione di un 'secondo Norimberga'<sup>443</sup>.

La relazione finale del Comitato di Tecnici è un documento che impressiona quando si racconta, in dettaglio, il livello di violenza nell'ex-Jugoslavia: circa 200.000 jugoslavi furono uccisi, 50.000 torturati e 20.000 violentati; furono trovati 700 campi di concentramento e 150 fosse comuni<sup>444</sup>.

---

<sup>440</sup> Il sito ufficiale del Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia è: <<http://www.icty.org/>>, consultato il 12 ottobre 2011.

<sup>441</sup> Res. 827 del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, Doc. S/RES/827, del 25 maggio 1993.

<sup>442</sup> Res. 780 del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, Doc. S/RES/780, del 06 ottobre 1992.

<sup>443</sup> In questo senso: BROWN, Bartram S. *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. In BASSIOUNI, M. Cherif. "International Criminal Law", op. cit., vol. III, p. 69.

<sup>444</sup> Relazione finale della Commissione di Tecnici (*Final Report of the Commission of Experts*), Consiglio di Sicurezza dell'ONU, Risoluzione 780, Doc. S/1994/674, del 27 maggio 1994, disponibile in:

Il lavoro della Commissione culminò nella creazione del ‘Tribunale Penale Internazionale per l’*ex*-Jugoslavia’, il cui statuto fu adottato dal Consiglio di Sicurezza dell’ONU con la risoluzione 827, del 25 maggio 1993<sup>445</sup>. Gli 11 giudici della Corte furono successivamente eletti per un mandato di 4 anni nell’Assemblea-Generale dell’ONU, che avverrebbe nel novembre 1993.

Il Tribunale Penale Internazionale per l’*ex*-Jugoslavia ha accusato 161 persone, e ha concluso i processi in relazione a 126 di loro. Finora 35 casi sono ancora in corso<sup>446</sup>.

#### **IV. Tribunale del Ruanda**

Prima dell’indipendenza del Ruanda, nel 1962, i membri della minoranza *tutsi* dominavano la vita politica ed economica del paese. Durante la transizione verso l’indipendenza, i membri della maggioranza etnica *hutu* presero posizioni politiche e iniziarono campagne di persecuzione contro i *tutsi*. Di conseguenza, un gran numero di *tutsi* fuggì verso i paesi vicini al Ruanda, da dove rilasciavano attacchi periodici ai concittadini, cercando di riprendere il potere. Come risposta, gli *hutu* iniziarono a commettere atti di violenza contro i *tutsi* rimasti nel Ruanda. I rifugiati *tutsi* in Uganda formarono il chiamato Fronte Patriottico di Ruanda (RPF - *Rwandan Patriotic Front*), un’organizzazione dedicata a far ritornare i *tutsi* in patria. Tra il 1990 e il 1992, il suddetto Fronte Patriottico condusse numerosi attacchi contro il territorio del Ruanda, tentando, senza successo, riconquistare il potere. Ciò fece aumentare la repressione contro i *tutsi* rimanenti nel Paese. Gli attacchi del Fronte Patriottico, unito a una crisi economica senza precedenti, fece con che il Presidente del Ruanda, Habyarimana, cercasse una soluzione pacifica per tutti gli interessati<sup>447</sup>.

Di fronte ad una situazione già deteriorata, l’aereo in cui viaggiava Habyarimana fu abbattuto (un episodio finora inspiegato) mentre ritornava dalle

---

<[http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un\\_commission\\_of\\_experts\\_report1994\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf)>, consultato il 12 ottobre 2011.

<sup>445</sup> Disponibile in: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_827\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf)>, consultato il 12 ottobre 2011.

<sup>446</sup> Informazioni ottenute sul sito <<http://www.icty.org/>>, consultato il 12 ottobre 2011.

<sup>447</sup> Sul tema: MAGNARELLA, Paul J. *Justice in Africa: Rwanda’s Genocide, Its Courts, and the UN Criminal Tribunal*. Aldershot, England: Ashgate Publishing, 2000.

negoziazioni sul processo di attuazione dell'accordo, causando la sua morte. Questo fatto, nel 7 aprile 1994, scatenò un'ondata di violenza e di morte con connotazioni politiche ed etniche. La Premier del governo interino stabilito ad Arusha, Agathe Uwilingiyimana, *hutu* moderata, l'ufficio dei ministri e gli ufficiali del governo stabilito ad Arusha (tutti *tutsis* o *hutus* moderati) e l'UNAMIR<sup>448</sup> furono i primi bersagli, dopo gli attacchi massicci a *hutus* moderati, e, soprattutto, a *tutsis*, per sterminare l'etnia. Inoltre, l'autorità governativa fu disintegrata. Il governo interino che assunse nell'aprile 1994 con un colpo di stato occultò e incoraggiò il genocidio<sup>449</sup>.

Sui fatti avvenuti nel Ruanda nel 1994, Dallaire affermò:

L'accordo di pace era un documento complesso risultato della risoluzione del presidente della Tanzania, Ali Hassan Mwinyi, ad Arusha, per quasi due anni di negoziati difficili. Ciò che non era evidente, per noi, seduti a New York, era quello che l'accordo nascondeva, piuttosto che risolvere, i principali problemi di come dividere il potere tra i parti in conflitto e come insediare i rifugiati in Ruanda, alcuni dei quali avevano lasciato il Paese quaranta anni prima e avevano figli che si consideravano cittadini ruandesi. Né abbiamo analizzato la situazione dei diritti umani nel paese, dopo tanta lotta. Quest'informazione era disponibile a New York, ma a causa della mancanza di condivisione delle informazioni tra i servizi delle

---

<sup>448</sup> Camila Lippi afferma che l'UNAMIR consisteva nella missione di pace inviata in Ruanda dall'ONU, al fine di controllare il cessate il fuoco e il processo di smilitarizzazione. Questa missione fu istituita in risposta alla domanda delle parti contraenti della Dichiarazione di Arusha per una Forza Neutrale Internazionale (FNI), che avesse un ruolo attivo nell'impianto e controllo degli accordi. I sostenitori della Dichiarazione di Arusha speravano che la FNI garantisse la sicurezza generale del paese, promuovesse sicurezza per i civili, identificasse i flussi di armi e neutralizzasse i gruppi armati. L'UNAMIR aveva un mandato estremamente limitato, conforme al capitolo VI della Carta dell'ONU, con l'uso delle armi autorizzate solo per autodifesa, il cui mandato fu istituito dalla risoluzione 872 del 1993. In: LIPPI, Camila Soares. *O Tribunal Penal Internacional para Ruanda sob uma perspectiva de gênero: um estudo do caso Akayesu*. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Universidade do Rio de Janeiro, 2011, p. 55. Il mandato dell'UNAMIR, stabilito dalla terza clausola della Risoluzione 872 (1993) del Consiglio era la seguente: "(a) Contribuire alla sicurezza della città di Kigali, anche all'interno dell' 'area sicura per le armi' stabilite dalle parti nel e intorno alla città; (b) verificarne il rispetto del cessate il fuoco, per stabilire la creazione di accasermamento e di assemblea e alla delimitazione della nuova zona demilitarizzata, e nuove procedure per la smilitarizzazione; (c) monitorare la sicurezza del periodo finale del mandato del governo di transizione, al fine di precedere le elezioni; (d) assistere il disarmo delle mine, inizialmente attraverso programmi di allenamento; (e) indagare, su richiesta delle parti o di propria iniziativa, i casi di presunta inosservanza delle disposizioni dell'accordo di pace di Arusha per l'integrazione delle forze armate, e indagare su tali casi con le parti responsabili, e informare, se del caso, il Segretario generale; (f) sorvegliare il processo di rimpatrio dei rifugiati e degli dislocati interni ruandesi per verificarlo se avviene di forma sicura e ordinata; (g) contribuire al coordinamento delle attività di assistenza umanitaria in collaborazione al gruppo di operazioni di soccorso; (h) indagare e segnalare gli incidenti relativi alle attività della gendarmeria e della polizia". Disponibile in: <<http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/540/63/PDF/N9354063.pdf?OpenElement>>, consultato il 13 ottobre 2011.

<sup>449</sup> RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança Internacional e Direitos Humanos: a Prática da Intervenção Humanitária no Pós-Guerra Fria*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 134-5.

agenzie dell'ONU e delle organizzazioni non governative (ONG), nessuno ce ne aveva fornito, finché non siamo arrivati al paese nel mese di ottobre 1993<sup>450</sup>.

La violenza aveva acchiappato Uganda: le prime sei settimane di massacri continui ebbero come risultato l'80% di vittime fatali nel territorio, percentuale cinque volte superiore a quello dei campi concentramento nazisti durante la Seconda Guerra Mondiale<sup>451</sup>.

Il genocidio finalmente ebbe fine il 18 luglio 1994, quando il governo *hutu* lasciò il Paese, con la conseguente assunzione del potere da parte del Fronte Patriottico del Ruanda, a Kigali. Più di 800.000 furono uccise durante gli scontri, durati circa tre mesi, facendo con che il caso in Ruanda entrasse nella storia come il più veloce genocidio già praticato in tutti i tempi. La maggior parte delle vittime apparteneva al gruppo etnico *tutsi*, tra civili, donne, bambini, neonati e anziani<sup>452</sup>. Nel aprile 1994, un rappresentante del Fronte Patriottico del Ruanda nelle Nazioni Unite indirizzò una lettera al Presidente del Consiglio di Sicurezza, riferendo che il suo popolo aveva sofferto un genocidio e richiedeva l'installazione di un tribunale per il processo dei responsabili dei massacri. Il Consiglio di Sicurezza dell'ONU dichiarò che gli atti di genocidio erano crimini punibili secondo il diritto internazionale, emanando la risoluzione 925<sup>453</sup>. L'8 novembre 1994, il Consiglio di Sicurezza emanò la Risoluzione 955<sup>454</sup>, stabilendo il 'Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda', incaricato di giudicare le persone responsabili di gravi violazioni del diritto umanitario, verificatesi in quel paese.

Finora 73 casi furono analizzati dal tribunale per il Ruanda, con 59 persone condannate alla pena di privazione della libertà che, a seconda del reato, varia dai nove mesi al carcere a vita<sup>455</sup>.

---

<sup>450</sup> DALLAIRE, Roméo. *Shake the hands with the devil: the failure of humanity in Rwanda*. New York: Carroll & Graf, 2005, p. 54.

<sup>451</sup> PRUNIER, Gérard. *The Rwanda crisis 1959-1994: history of a genocide*. London: Hurst, 1995, p. 261.

<sup>452</sup> Fonte: site *BBC Brasil.com*, disponibile in: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2006/08/060820\\_kenia\\_genocidio\\_crg.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2006/08/060820_kenia_genocidio_crg.shtml)>, consultato il 13 ottobre 2011.

<sup>453</sup> Disponibile in: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/244/54/PDF/N9424454.pdf?OpenElement>>, consultato il 13 ottobre 2011.

<sup>454</sup> Disponibile in: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement>>, consultato il 13 ottobre 2011.

<sup>455</sup> Informazioni ottenute sul sito <[www.unictt.org](http://www.unictt.org)>, consultato il 13 ottobre 2011.

## V. Modelli misti di giustizia penale internazionale

Bassiouni<sup>456</sup> afferma che la Commissione di Tecnici istituita dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU per indagare sulle violazioni del diritto umanitario internazionale verificatosi nell'ex-Jugoslavia, ruppe il silenzio della comunità internazionale sulle questioni importanti riguardanti la giustizia penale internazionale, riconosciuta e sancita dalle Nazioni Unite. Come accennato in precedenza, nel breve periodo tra il 1993 e il 1994, il Consiglio di Sicurezza istituì sia il Tribunale per l'ex-Jugoslavia sia il Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda. Funzionari di governo e la società civile internazionale videro tali sviluppi come un segno che la comunità internazionale si era finalmente impegnata a garantire un sistema 'permanente' di giustizia penale internazionale. Tuttavia, il Consiglio di Sicurezza dell'ONU, a quel tempo, era di fronte a ogni tipo di difficoltà nella gestione del post-conflitto, diventando, per motivi politici, 'selettivo' in relazione al suo intervento.

Mentre il Consiglio di Sicurezza instaurava in Sierra Leone un modello di giustizia per indagare sulle violazioni del post-conflitto, in Liberia interessò solo il ripristino della pace. In Cambogia, il Consiglio di Sicurezza dell'ONU, allo stesso tempo, intervenne per ripristinare la pace e stabilire un tribunale di giustizia. In Kosovo e Timor Est, lo stesso organo affrontò alcune problematiche legate al ripristino della pace e accertamento, attraverso i tribunali, dei crimini avvenuti durante i conflitti<sup>457</sup>.

Le ultime iniziative dell'ONU ebbero luogo in Afghanistan e in Iraq. Gli accordi di Berlino determinarono che la Germania assumesse i dettami della sicurezza in aree specifiche di Kabul, effettivo solo nel mese di aprile 2003<sup>458</sup>. Per quanto riguarda l'Iraq, alla luce delle circostanze in cui avvennero l'invasione e la successiva occupazione del Paese, il ruolo del Consiglio di Sicurezza fu limitato. Tuttavia, la comunità internazionale fu determinante nel creare l'Alta Corte Penale dell'Iraq', istituita non come un tribunale ibrido internazionale, ma puramente nazionale. Lì, il procuratore è iracheno, i giudici sono iracheni, il Tribunale è stabilito sul suolo

---

<sup>456</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law...*, op. cit., vol. III, p. 155.

<sup>457</sup> LINTON, Suzannah. *Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice*. In "Criminal Law Forum", n. 12, The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 185-246.

<sup>458</sup> L'assistenza delle Nazioni Unite in Afghanistan (UNAMA - *The United Nations Assistance in Afghanistan*) è condotta e sostenuta dal Dipartimento delle Operazioni per la Pace. La morte di Osama Bin Laden in Afghanistan dalla CIA, nel maggio 2011, fu celebrata dall'allora Segretario Generale dell'OTAN, Anders Fogh Rasmussen, come "un successo significativo negli sforzi per combattere il terrorismo globale". Fonte: sito <[www.unama-afg.org](http://www.unama-afg.org)>, consultato il 20 settembre 2011.

iracheno, e si ha come base il codice penale iracheno, anche se la Corte ha giurisdizione sui crimini di carattere internazionale, come il genocidio, i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità<sup>459</sup>.

Nonostante limitati ai conflitti nei loro territori, i tribunali *ad hoc* e i modelli misti di giustizia penale internazionale diedero grande stimolo alla nascita di una Corte Penale Internazionale permanente, essendo fondamentale alla creazione del TPI.

## **CAPITOLO 2. L'ISTITUZIONE DELLO STATUTO DI ROMA TRA DIRITTO MATERIALE, PROCESSO E UNIVERSALITÀ DELLA GIURISDIZIONE: DAL PARADIGMA PROTOGARANTISTA AL PARADIGMA GARANTISTA RIGIDO NELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE**

### **2.1 Elaborazione dello Statuto di Roma e fonti di diritto penale internazionale: paradigma protogarantista**

*L'accordo per la creazione di una Corte Penale Internazionale, nonostante tutte le previsioni di fallimento, e nonostante l'opposizione persistente dello Stato più potente, permetterà, per la prima volta nella storia, dar luogo, in una giurisdizione permanente, a giudici provenienti dai cinque continenti, che applicheranno un insieme di principi universalmente definiti*  
**MIREILLE DELMAS-MARTY**

Dal 1995 l'Assemblea-Generale dell'ONU convocò due comitati con l'obiettivo di produrre il cosiddetto 'testo consolidato' del 'Progetto di Statuto per l'Istituzione di una Corte Penale Internazionale' (*Draft Statute for the Establishment of an International Criminal Court*). In quell'anno il 'Comitato per l'Istituzione di una Corte Penale Internazionale' deliberò su diverse questioni sostanziali, ma non diede inizio alla sua scrittura. Nel 1996, tale collegiato fu sostituito dal 'Comitato Preparatorio per l'Istituzione di una Corte Penale Internazionale' (*PrepCom*), che preparò un Progetto di Statuto (*Draft Statute*) e un Progetto di Legge Finale (*Final Draft Act*), con

---

<sup>459</sup> ZAPPALÀ, Salvatore. *La giustizia penale Internazionale*, Bologna: Il Mulino, 2005, p. 71.

116 articoli distribuiti in 173 pagine, rappresentando una moltitudine di scelte relative ai dispositivi interi o a determinate parole o espressioni<sup>460</sup>.

Il 15 giugno 1998, delegati provenienti da tutto il mondo si riunirono presso la sede della FAO, a Roma, per iniziare una Conferenza Diplomatica in un periodo di cinque settimane, sulla creazione di una 'corte penale internazionale'. Fu eletto Presidente della Plenaria Giovanni Conso, Presidente del Comitato Pieno Philippe Kirsch e Presidente del Comitato di Redazione M. Cherif Bassiouni. I temi principali erano discussi nel Comitato Pieno, per essere poi inoltrati a un gruppo di lavoro incaricato di una discussione più dettagliata, con la redazione di un testo di impegno. Dopodiché, il risultato di questi gruppi era inviato al Comitato Pieno per la discussione e l'approvazione. La responsabilità del Comitato Pieno, com'è noto, era quella di sviluppare un 'Progetto di Statuto' che potrebbe essere trasmesso alla plenaria per l'adozione definitiva<sup>461</sup>.

Come rilevò il Presidente del Comitato Pieno, Philippe Kirsch, l'ultima sessione dell'organo ebbe inizio il venerdì, 17 luglio, alle 18:00. Tutti i posti a sedere erano occupati, e un gran numero di delegati esauriti assisteva in piedi, in qualsiasi spazio disponibile, in fondo alla sala. Altri delegati, osservatori di ONG e rappresentanti dei media affollavano i corridoi al di fuori delle sale, dove si poteva sentire la trasmissione a circuito chiuso. Dopo un lungo dibattito, lo Statuto fu inviato alla Plenaria, solo alle 22:00, in cui gli Stati Uniti richiesero una votazione del documento non-registrata. Lo Statuto di Roma fu adottato da una maggioranza schiacciante di 120 voti a favore, 7 contrari e 21 astensioni, concludendo drammaticamente gli anni di sforzi per la sua elaborazione e compiendo un ulteriore passo verso un TPI indipendente ed efficace. Poiché la votazione finale non fu registrata, non si può affermare quali Stati votarono a favore o si sono astenuti. Si sa, tuttavia, che votarono contro gli Stati Uniti, Libia, Israele, Iraq, Cina, Siria e Sudan<sup>462</sup>.

---

<sup>460</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal...*, op. cit., p. 30.

<sup>461</sup> In questo senso: "Normas de Procedimento da Conferência de Roma", UN Doc. A/CONF.183/6 (23 de junho de 1998), itens 48 a 52. Disponibile in: <<http://www.un.org/icc/ruleproc.htm>>, consultato il 21 settembre 2011.

<sup>462</sup> KIRSCH, Philippe; ROBINSON, Darryl. *A Construção do Acordo na Conferência de Roma*. In "O Direito Penal no Estatuto de Roma", Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 31-2.

Oltre allo Statuto di Roma, fu approvato il 17 luglio 1998 un *Final Act*<sup>463</sup> che prevedeva l'istituzione di un Comitato Preparatorio per l'Assemblea-Generale dell'ONU. Tra i compiti che devono essere svolti dalla Commissione, si evidenzia l'elaborazione del 'regolamento procedurale' (*rules of procedure and evidence*<sup>464</sup>) e gli 'elementi costitutivi dei crimini' (*elements of crimes*<sup>465</sup>), "che aiuteranno la Corte a interpretare e applicare gli articoli 6°, 7° e 8°" (crimini di genocidio contro l'umanità e di guerra, rispettivamente).

In adempimento all'art. 126, lo Statuto di Roma entrò in vigore il 1° luglio 2002, e conta finora su 117 Stati-parti, di cui 32 africani, 16 asiatici, 18 dell'Europa Orientale, 26 dell'America Latina e dei Caraibi e 25 dell'Europa Occidentale<sup>466</sup>.

In aggiunta alle *rules of procedure and evidence* e degli *elements of crimes*, lo Statuto di Roma stabilì negli articoli 21 e 22 (Allegato I) una gerarchia tra le *fonti*, indicando quali 'principi del diritto penale internazionale' devono essere rispettati. Stabilì, inoltre, come principi generali: il *non bis in idem*, il *nullum crimen sine lege*, il *nulla poena sine lege* e l'irretroattività *ratione personae*, presenti, rispettivamente, negli articoli 20, 22, 23 e 24 (Allegato I). Partendosi dal presupposto che il 'diritto penale internazionale' è una branca del 'diritto internazionale pubblico', è necessaria la giusta comprensione dell'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, secondo il quale:

---

<sup>463</sup> UN Doc.A/CONF.183/10. Disponibile in: <<http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/final.htm>>, consultato il 21 settembre 2011.

<sup>464</sup> Art. 51 dello Statuto di Roma: "1. Il Regolamento di procedura e di prova entra in vigore al momento della sua adozione da parte dell'Assemblea degli Stati Parti a maggioranza di due terzi dei suoi membri. 2. Possono proporre emendamenti al Regolamento di procedura e di prova: a) ogni Stato Parte; b) i giudici agenti a maggioranza assoluta; c) il Procuratore. Tali emendamenti entrano in vigore al momento della loro adozione a maggioranza di due terzi dei membri dell'Assemblea degli Stati Parti. 3. Dopo l'adozione del Regolamento di procedura e di prova, nei casi di emergenza in cui una determinata situazione sottoposta alla Corte non è prevista da detto Regolamento, i giudici possono a maggioranza di due terzi stabilire regole provvisorie che si applicheranno fino a quando l'Assemblea degli Stati Parti, nella sua riunione ordinaria o straordinaria successiva, non le adotti, le modifichi o le respinga. 4. Il Regolamento di procedura e di prova, le relative modifiche e le regole provvisorie sono conformi alle norme del presente Statuto. Gli emendamenti al Regolamento di procedura e di prova, nonché le regole provvisorie, non si applicano retroattivamente a scapito della persona oggetto di un'inchiesta, di azioni giudiziarie o di condanna. 5. In caso di conflitto fra lo Statuto ed il Regolamento di procedura e di prova, prevale lo Statuto".

<sup>465</sup> Art. 9° dello Statuto di Roma: "1. Gli elementi dei crimini sono di ausilio per la Corte nell'interpretazione e nell'applicazione degli articoli 6°, 7° e 8°. Devono essere adottati dall'Assemblea degli Stati Parte a maggioranza di due terzi dei membri. 2. Modifiche agli elementi dei crimini possono essere proposte da: a) qualsiasi Stato Parte; b) i giudici, con decisione a maggioranza assoluta; c) il Procuratore. Le modifiche sono adottate dall'Assemblea degli Stati Parte a maggioranza di due terzi dei membri. 3. Gli elementi dei crimini e le relative modifiche devono essere compatibili con il presente Statuto".

<sup>466</sup> Fonte: <<http://www.icc-cpi.int>>, consultato il 21 settembre 2011.

1. La Corte, cui è affidata la missione di regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte, applica: a) le convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite; b) la consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accettata come diritto; c) i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili; d) con riserva della disposizione dell'articolo 59, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni, come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche.

Il contenuto delle norme del diritto internazionale deriva da 'fonti materiali', mentre le 'fonti formali', descritte di forma non esauriente nell'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, corrispondono alla "formulazione e all'introduzione di questo contenuto del Diritto Positivo"<sup>467</sup> (sono le convenzioni e le consuetudini internazionali, i principi generali del diritto, la dottrina e la giurisprudenza). Coen cita altre fonti, come le decisioni unilaterali degli Stati con implicazioni nel diritto internazionale pubblico, le decisioni adottate dalle organizzazioni internazionali (che potrebbero essere menzionate quando dello Statuto della CIG, in quanto queste organizzazioni non avevano, allora, personalità giuridica di diritto internazionale) e la *soft law*, che può essere uguagliata a una fonte di diritto internazionale. Per *soft law*, s'intendono gli strumenti sviluppati dagli Stati e da altri attori del diritto internazionale, non giuridicamente vincolanti, ma che influenzano la condotta dei soggetti di diritto internazionale (come, ad esempio, le risoluzioni dell'Assemblea-Generale dell'ONU o gli strumenti elaborati dalla Banca Mondiale)<sup>468</sup>.

Come fonti primarie vi sono i trattati e il diritto consuetudinario; come fonti secondarie, quelle derivate dalle regole consuetudinarie e dalle disposizioni dei trattati, principi generali del diritto penale internazionale o i principi generali del diritto; e, infine, vi sono i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili<sup>469</sup>. La *gerarchia* di queste fonti viene stabilita nell'art. 21 dello Statuto di Roma, che definisce il 'diritto applicabile' nei seguenti termini:

1- La Corte applica: a) in primo luogo, il presente Statuto, gli elementi dei crimini e il Regolamento di procedura e di prova; b) in secondo luogo, ove occorra, i trattati applicabili ed i principi e le regole di diritto internazionale, ivi compresi i

---

<sup>467</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 102.

<sup>468</sup> COEN, Paulo Cipriano. *Cosmopolitismo, democracia e tribunal penal internacional: reflexos no ordenamento constitucional brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada perante as Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Curitiba, 2010, p. 115-6.

<sup>469</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal...*, op. cit., p. 33.

principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati; c) in mancanza, i principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine, purché tali principi non siano in contrasto con il presente Statuto, con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti. 2. La Corte può applicare i principi di diritto e le norme giuridiche quali risultano dall'interpretazione fornite nelle proprie precedenti decisioni. 3. L'applicazione e l'interpretazione del diritto ai sensi del presente articolo devono essere compatibili con i diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti e devono essere effettuate senza alcuna discriminazione fondata su ragioni quali il genere sessuale come definito nell'articolo 7 paragrafo 3, l'età, la razza, il colore, la lingua, la religione o il credo, le opinioni politiche o le altre opinioni, la nazionalità, l'origine etnica o sociale, le condizioni economiche, la nascita o le altre condizioni personali.

Schabas<sup>470</sup> riferisce che l'istituzione di una gerarchia tra le fonti del diritto penale internazionale (art. 21), e l'indicazione di quali principi di questa branca del Diritto devono essere osservati (art. 22) stabilisce una 'gerarchia tripla' (*three-tiered hierarchy*, conforme all'autore). Ciò significa che nel vertice si trovano lo Statuto, gli elementi di crimini e le regole di procedura e prova; dopo i trattati, i principi e le norme del diritto internazionale applicabili (in particolare le Convenzioni dell'Aia del 1899 e del 1907, di Ginevra del 1949 e i suoi protocolli aggiuntivi del 1977, tutti relativi al 'diritto internazionale dei conflitti armati'); e in terzo luogo vi è il diritto interno degli Stati, in particolare i principi generali, quali fonti indipendenti, ma sussidiarie.

Per Cassese<sup>471</sup>, si deve prima cercare le regole dei trattati o le norme che si trovano in questi strumenti internazionali (risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, per esempio, come nel caso dei tribunali per l'ex-Jugoslavia e il Ruanda), dove tali norme possono conferire giurisdizione alla Corte o al Tribunale e tracciare la loro procedura. In assenza di tali regole, si deve utilizzare il diritto consuetudinario o i trattati implicitamente o esplicitamente riferiti. Se anche questa determinazione non è possibile, si cercano i principi generali del diritto penale internazionale (che possono raggiunti da un processo di induzione o generalizzazione, dalle regole dei trattati e dal diritto consuetudinario) o i principi generali del diritto. Rimanendo ancora delle difficoltà, si ricorre ai principi generali del diritto penale comune per le nazioni civili.

---

<sup>470</sup> SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court...*, op. cit., p. 90.

<sup>471</sup> CASSESE, Antonio. *International Criminal Law...*, op. cit., p. 26.

E 'innegabile che la creazione del TPI in materia di protezione (universale) dei diritti dell'uomo rappresenta un progresso enorme. Il prefazione dello Statuto di Roma raccomanda l'istituzione di una Corte Penale Internazionale di carattere permanente e indipendente, competente per il processo dei crimini più gravi che interessano l'intera comunità internazionale. Non servirebbe a nulla l'esistenza di un 'diritto penale internazionale' senza l'istituzione di una Corte che lo facesse valere. Come diceva Celso de Albuquerque Mello prima dell'istituzione del TPI, "questo Diritto (*il diritto internazionale penale*) è estremamente debole a causa della mancanza di una giustizia internazionale penale"<sup>472</sup>.

Inoltre, con la Corte Penale Internazionale è stato rafforzato il principio della responsabilità penale degli individui per la pratica di reati contro il diritto internazionale. Come cita Cachapuz de Medeiros,

Situare l'individuo come soggetto di diritti e doveri a livello internazionale costituisce l'idea corrente fin dai giorni in cui Hugo Grozio pone le basi del moderno Diritto delle Genti. Il grande giurista olandese non concordava con la nozione comune nel secolo scorso - con i vertici tuttora vivi - che il Diritto Internazionale deve limitarsi a disciplinare i rapporti tra gli Stati. L'evoluzione accelerata della protezione internazionale dei Diritti Umani dopo la Seconda Guerra Mondiale portò profondi cambiamenti sul ruolo dell'individuo nel contesto internazionale, sottolineando, in primo luogo, i diritti, e quindi i doveri individuali. Così, l'idea che gli individui dovrebbero essere ritenuti responsabili a livello internazionale per i crimini contro il proprio Diritto delle Genti non è nuova. Lo Statuto di Roma aggiunge, tuttavia, un contesto sorprendente. Per la prima volta, alle definizioni di reati, un trattato internazionale aggiunge principi generali del Diritto Penale e regole chiare di Procedura Penale. Ciò colma la lacuna delle Convenzioni di Ginevra del 1949, sempre criticate per aver dato troppo poca attenzione alle norme sostantive e aggettive della Scienza Giuridica Penale<sup>473</sup>.

Tuttavia, per quanto riguarda le *fonti* del diritto penale internazionale, in particolare la *consuetudine internazionale*, il progresso del paradigma garantista in questo contesto è ancora insufficienti<sup>474</sup>.

---

<sup>472</sup> Mello, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 2° vol. 10ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 766.

<sup>473</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O tribunal penal internacional e a constituição brasileira*. In: "O que é o tribunal penal internacional". Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000 (série ação parlamentar, n. 110). Disponibile in: <[http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha\\_tpi.htm#SUM%20C3%81RIO](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm#SUM%20C3%81RIO)>, consultato il 22 settembre 2011.

<sup>474</sup> Per Ferrajoli, anche le 'consuetudini' devono rispettare la gerarchia delle norme: "Quest'ultima circostanza consente di inserire anche le consuetudini entro la gerarchia delle norme, e precisamente a un

Jankov afferma che il diritto convenzionale soffre il problema della mancanza di un sistema coerente per l'organizzazione del diritto internazionale penale. Gli strumenti esistenti sono incompleti, per esempio, l'articolo VI della Convenzione sul Genocidio, che non stabilisce chiaramente una giurisdizione universale, e si accontentò in assegnare giurisdizione territoriale e competenza a un tribunale internazionale inesistente all'epoca e che sarebbe creato solo nel 1° luglio 2002, con l'entrata in vigore dello Statuto del Tribunale Penale Internazionale. Oltre a questo, la necessità di contare con una legislazione nazionale comporta grande difficoltà, soprattutto per la questione dell'esistenza di diversi sistemi giuridici, in particolare la tradizione continentale, con la sua ampia codificazione, e la *common law* anglosassone, base del *case-law*<sup>475</sup>.

Inoltre, l'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (comma 1, lettera 'c') parla di "nazioni civili"<sup>476</sup>, lo che è aperto alle critiche: si usa il termine 'nazione', piuttosto che il termine 'Stato Sovrano'; si fa una chiara distinzione tra Stati (se vi sono 'nazioni civilizzate' è perché vi sono anche 'nazioni non civilizzate'); non si sa quale sarebbe il numero minimo soddisfacente di Stati per farne un principio di diritto riconosciuto a livello internazionale. L'equivoco riguardante le fonti del diritto internazionale si trova, come dichiarato da Brownlie<sup>477</sup>, nella falsa impressione che ci sia un processo di creazione di leggi come avviene nell'ambito domestico, tramite le determinazioni costituzionali. Non vincola i destinatari alle norme prodotte (in questo caso, gli Stati), come avviene internamente, ma solo il consenso generale degli Stati in relazione a un dispositivo particolare, convertendolo in norma di applicazione generale.

Vi è ancora, per confermare il 'paradigma protogarantista' del diritto internazionale, l'esistenza del *diritto internazionale consuetudinario*, propagandato come "superiore alla legge convenzionale" da alcuni autori<sup>478</sup>, in quanto applicabile a tutti gli Stati<sup>479</sup>. La prova dell'esistenza di norme consuetudinarie si basa

---

livello inferiore a quello delle norme prodotte da fonti formali". In: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 1, p. 921.

<sup>475</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal...*, op. cit., p. 36.

<sup>476</sup> "1. La Corte, la cui funzione sia decidere conforme al diritto internazionale le controversie cui siano sottomesse, dovrà applicare: (...) c) i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili".

<sup>477</sup> BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 14.

<sup>478</sup> SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas. *Le Role Relatif des Différentes Sources du Droit International Pénal: Dont Les Principes Généraux de Droit*. Chapitre 5. Apud ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit International Pénal*, Paris: Cedin, Editions A. Pedone, 2000, p. 60.

<sup>479</sup> Mazzuoli afferma che "non vi è differenza gerarchica tra le consuetudini e i trattati internazionali". In MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público...*, op. cit., p. 108.

necessariamente sulla constatazione di due elementi: (a) la ‘prassi degli Stati’ deve riflettere la norma (il requisito della generalità); (b) gli stati dovrebbero seguire questa linea guida con l'intenzione di obbedire a ciò che è legalmente citato (requisito dell’*oppinio juris sive necessitatis*)<sup>480</sup>.

Ci sono due correnti che cercano di giustificare la dottrina dell’obbligatorietà del diritto consuetudinario internazionale: la *volontaristica* e l’*oggettivistica* (o *antivolontaristica*). Per i volontaristi, tra i quali Grozio, Bynkershoek, Vattel e Rochel, la base della consuetudine si trova nel tacito consenso degli Stati. Gli oggettivisti, d'altra parte, difendono il diritto internazionale consuetudinario come espressione di una regola oggettiva, esterno e superiore alla volontà degli Stati. Considerata come una risposta ai volontaristi, la volontà, per la dottrina oggettivista, non determina l'obbligatorietà del diritto internazionale. È su questa premessa che sorse la ‘teoria della coscienza giuridica collettiva’, inizialmente sostenuta da Savigny, in base alla quale il fondamento del costume è ‘la coscienza sociale del gruppo’ e il dovere di rispettarlo ed eseguirlo, conforme alla ragione (Le Fur) e il diritto obiettivo (Duguit e Scelle)<sup>481</sup>. Nessuna di queste correnti è avversa alle critiche. Il volontarismo non può spiegare come i nuovi Stati, che ovviamente non hanno avuto l'opportunità di esprimere il loro consenso perché non esistevano, dovevano obbedire il diritto consuetudinario internazionale. L’oggettivismo, a sua volta, oltre a creare un concetto molto ampio e impreciso per giustificare il costume, riduce al minimo la volontà sovrana degli Stati, poiché la legittimità e l'obbligatorietà del diritto internazionale consuetudinario devono essere ricercate nelle regole internazionali, che sono autonome e indipendenti di qualsiasi decisione statale.

Per quanto riguarda il diritto penale, e il ‘diritto penale internazionale’ non potrebbe essere diverso, diventa necessaria una legge *stretta*, come in nessun altro settore del Diritto. Un costume può essere adottato e poi abbandonato, data la sua natura dinamica. La legge incriminatoria, invece, presuppone anteriorità, formalità, certezza e tassatività. D'Amato, analizzando il caso Nicaragua *vs.* United States, dove la Corte Internazionale di Giustizia applicò il diritto consuetudinario, afferma: “L'oscurità

---

<sup>480</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal...*, op. cit., p. 38.

<sup>481</sup> MORE, Rodrigo Fernandes. *Fontes do direito internacional*, p. 7-8. Disponibile in: <<http://more.com.br/artigos/Fontes%20do%20Direito%20Internacional.pdf>>, consultato il 23 settembre 2011.

teorica della Corte significò solo una opportunità di carriera per alcuni osservatori che, come me, volevano fornire alla assente teoria del costume”<sup>482</sup>.

Decisione opposta avviene nel Tribunale Militare Internazionale per l'ex-Jugoslavia, quando del processo del caso *Vasiljevic*<sup>483</sup>. Il 14 giugno 1992, Mitar Vasiljevic mantene in carcere privato circa 70 bosniaci musulmani, tra cui donne, bambini e anziani, in una casa nella città di Nova Mahala, Visegrad. Mitar Vasiljevic, Milan Lukic e Sredoje Lukic, tra altri, in comune accordo, chiusero il gruppo in una stanza e misero fuoco alla residenza. Inoltre, Vasiljevic, con una torcia elettrica, inquadrava le persone che cercavano di fuggire attraverso le finestre, mentre Milan Lukic e Sredoje Lukic sparavano nella loro direzione, con le armi di fuoco, uccidendole o ferendole. L'azione dei tre citati provocò la morte di quasi tutte le vittime; quelle che sono sopravvissute all'incendio rimasero con lesioni gravi.

Una delle accuse attribuita a Vasiljevic, facendo riferimento alla ‘violenza contro la vita e le persone’, venne redatta nell’art. 3° dello Statuto del Tribunale per l'ex-Jugoslavia: “*Violations of the laws or customs of war*”<sup>484</sup>. La Corte, escludendo la possibilità del costume servire come fonte di incriminazione, assolve l'imputato da queste accuse, affermando che:

202. Se il diritto internazionale consuetudinario non si dispone a definire con sufficiente precisione un crimine menzionato nello Statuto, la *Trial Chamber* non ha altra scelta che non astenersi dall'esercitare a questo proposito la sua giurisdizione, anche se tale reato viene indicato come offesa punibile nello Statuto. Questo perché, prendendo in prestito l'affermazione di un tribunale militare degli Stati Uniti a Norimberga, tutto ciò che è contenuto nello statuto della corte in materia di diritto internazionale consuetudinario sarebbe esercitato di potere, e non l'applicazione del diritto.

203. Poiché non esiste una definizione esatta di che cosa possa significare nel diritto consuetudinario la ‘pratica della violenza alla vita e alla persona’,

---

<sup>482</sup> D'AMATO, Anthony. *The Concept of Custom in International Law*. In “Trashing Customary International Law”. *American Journal of International Law*, v. 81, n. 1, 1987, p. 101-5.

<sup>483</sup> Mitar Vasiljevic faceva parte di un gruppo paramilitare noto come *Eagles Milan Lukic White*, essendo stato accusato dal Tribunale Penale Internazionale per la ex-Jugoslavia per le sue azioni durante la guerra in Bosnia. Sono stati attribuiti a Vasiljevic sei crimini contro l'umanità e quattro violazioni delle usi di guerra. Lui è stato condannato in quattro reati, a una pena di 20 anni di reclusione, che fu poi ridotta a 15 anni dopo il processo delle risorse. Lui è attualmente in carcere in Austria. La sentenza è disponibile sul sito: <<http://www.icty.org/case/vasiljevic/4>>, accesso il 24 settembre 2011.

<sup>484</sup> “*Violações das leis ou costumes da guerra*”. Disponibile in: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept09\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf)>, consultato il 24 settembre 2011.

identificata dallo Statuto, la *Trial Chamber* considera inesistente quest'offesa, con conseguente responsabilità penale personale, in base a questa branca del diritto.

204. Il Tribunale, quindi, assolve l'imputato dall'accusa di violenza contro la vita e la persona di cui ai punti 7 (*Drina River incident*) e 13 (*Pionirska Street incident*) della denuncia.

Come afferma Jankov, vi sono diversi sistemi giuridici nazionali negli Stati, da qui la rilevanza del 'diritto di creazione giudiziale' (*case law*). I giudici abituati ai sistemi di *common law* tendono a dare grande importanza ai casi come 'precedenti', e sono più inclini ad applicarli senza questionare se evidenziano o consacrano una regola del diritto consuetudinario o se si basano su un determinato trattato. È importante ricordare che, per un approccio tipico di *common law*, i precedenti sono giuridicamente vincolanti, non svolgendo un mero ruolo di ausiliari. D'altra parte, i giudici dei paesi di *civil law* tendono a considerare tali precedenti alla luce del loro *status* giuridico, ignorandoli nel caso in cui non soddisfino i requisiti della codificazione. Per l'autrice, "questa differenza quanto alla formazione culturale dei giudici internazionali tende a portare a decisioni diverse"<sup>485</sup>.

Non si nega l'importanza del costume internazionale nella formazione e nello sviluppo del diritto internazionale<sup>486</sup>. Tuttavia, l'imposizione di crimini, indipendentemente dal diritto convenzionale, a patto che il diritto consuetudinario li abbia istituito, denota chiaramente l'ostacolo all'imposizione del paradigma garantista che si pretende consolidare a livello internazionale. Cassese fa un interessante confronto tra le nozioni di 'crimini contro l'umanità' previste nel diritto consuetudinario internazionale con quelle disposte nell'articolo 7° dello Statuto di Roma: "In certi aspetti, l'articolo 7° stabilisce e chiarisce il diritto consuetudinario, in alcuni è più ristretto del diritto internazionale consuetudinario, in altri, l'articolo 7°, al contrario, è più ampio dello scopo del diritto consuetudinario internazionale"<sup>487</sup>.

Diventa necessaria, quindi, la positivazione del diritto di costume in materia penale, compresa l'obbedienza allo Statuto di Roma stesso, che, nel suo art. 22(2), cita: "La previsione di un crimine sarà stabilita di forma precisa e non sarà

---

<sup>485</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal...*, op. cit., p. 39-40.

<sup>486</sup> Mazzuoli afferma che la consuetudine ha stabilito un corpo di norme applicabili in varie sfere del diritto delle genti, e permette la creazione di regole generali che sono le regole-fondamento della costituzione della società internazionale. In MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público...*, op. cit., p. 103.

<sup>487</sup> CASSESE, Antonio. *International Criminal Law...*, op. cit., p. 91.

permesso il ricorso all'analogia. In caso di ambiguità, sarà interpretata a favore della persona oggetto d'indagini, accusata o condannata". Eppure, la mera osservanza dei brocardi *nullum crimen sine lege* (art. 22) e *nulla poena sine lege* (art. 23) non basta per raggiungere 'il paradigma garantista forte' nell'ambito del diritto penale internazionale. Inoltre, altre condizioni si fanno necessarie, come sarà discusso nei prossimi titoli, a cominciare dall'esatta comprensione dei crimini internazionali - specialmente quelli disposti nello Statuto di Roma -, come norme *jus cogens*.

## 2.2 Comprensione dei crimini come norme *jus cogens*: paradigma garantista forte

(...) se si può affermare che il diritto umanitario è lo scudo,  
il diritto penale internazionale è la spada  
BASSIOUNI

Analizzando la struttura del diritto internazionale, Jankov cita che uno dei punti fondamentali è la questione della cosiddetta 'normatività relativa', che, secondo Shelton<sup>488</sup>, coinvolge la *gerarchia tra le fonti e le norme*, implicando in regole di riconoscimento per le quali il diritto è differenziato dalla norme 'senza forza giuridica' (*not legally binding*). Da questa prospettiva, la dottrina individua l'esistenza di norme superiori o perentorie che prevalgono sulle altre norme ed costringono tutti gli Stati, indipendentemente dal loro consenso<sup>489</sup>. La questione è se le norme del 'diritto internazionale' e, in particolare, quelle di 'diritto penale internazionale', hanno carattere *jus dispositivum* o *jus cogens*.

La regola *cogente* è assoluta, e non dipende, per la sua applicazione, dalla volontà delle parti interessate. La regola *dispositiva*, invece, ammette, in base all'autonomia della volontà degli individui, la modifica o addirittura l'esclusione. Mentre la prima vuole garantire valori e interessi collettivi essenziali della comunità internazionale, la seconda vuole soddisfare gli interessi individuali degli Stati stessi.

Dalle norme *jus cogens* decorre un concetto relativamente nuovo di obbligazione internazionale, che è la *obligatio erga omnes*, a causa della comunità

---

<sup>488</sup> SHELTON, Dinah. *International Law and 'Relative Normativity'*. Chapter 5, 145-172. In: EVANS, Malcolm D. (org.). "International Law. New York: Oxford University Press, 2003, p. 145

<sup>489</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal...*, op. cit., p. 47.

internazionale nel suo insieme. A differenza degli obblighi internazionali ordinarie, in base alle quali uno Stato solo si vincola a un altro di forma bilaterale, gli obblighi *erga omnes* sono relative a tutti gli Stati, in considerazione alla loro importanza collettiva. Un esempio di questo è venuto con il caso *Barcelona Traction*, giudicato il 5 febbraio 1970. Secondo la Corte Internazionale di Giustizia,

Una distinzione fondamentale deve essere tracciata tra gli obblighi di uno Stato in relazione alla comunità internazionale nel suo insieme, e quelle che vengono 'vis-à-vis' da un altro Stato ... Per la sua natura, la prima riguarda tutti gli Stati. Data l'importanza dei diritti coinvolti, tutti gli Stati possono essere considerati come aventi interessi legali per la loro protezione; queste sono gli obblighi *erga omnes*<sup>490</sup>.

L'identificazione degli obblighi *erga omnes*, sulla comunità internazionale nel suo insieme, presuppone “un interesse collettivo, basato sull'esistenza di beni comunitari, considerato degno di tutela giuridica e determina una solidarietà a livello universale”<sup>491</sup>. La Commissione del Diritto Internazionale offre di per sé un esempio, commentando l'inquinamento in alto mare in violazione dell'art. 194 della Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare. Anche se questo inquinamento avrà un impatto diretto su uno o su alcuni Stati, gli altri sono anche considerati lesati dalla violazione di forma indiretta, poiché tutti hanno a cuore la conservazione dell'ambiente marino, così come l'intera comunità internazionale<sup>492</sup>.

Come afferma Guido Soares, “l'impulso decisivo per la ripresa storica della discussione dell'esistenza di principi superiori alla piena autonomia della volontà degli Stati fu, senza dubbio, opera della Commissione del Diritto Internazionale dell'ONU, responsabile, in particolare, della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969”<sup>493</sup>. La regola di *jus cogens* è definita dall'articolo 53 della suddetta Convenzione come “una norma imperativa del diritto internazionale generale”, che sia “accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale degli Stati nel suo insieme come norma alla quale non è consentita alcuna deroga e che può essere modificata solo da un'altra norma del diritto internazionale generale avente la stessa natura”. Questo significa che

---

<sup>490</sup> Disponibile in: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>>, consultato il 24 settembre 2011.

<sup>491</sup> VILLALPANDO, Santiago. *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*. Paris: PUF, 2005, p. 103-4.

<sup>492</sup> *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries* (2001), United Nations, 2008, p. 119, Disponibile in: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>, consultato il 24 settembre 2011.

<sup>493</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 131.

qualsiasi trattato in conflitto con una norma imperativa è nullo *ab initio* se la norma esiste già, a conclusione del trattato, o diventa nullo e si estingue se il diritto imperativo è sopravvenuto.

La responsabilità statale per la commissione di illeciti internazionali è oggetto di studio della Commissione di Diritto Internazionale delle Organizzazioni delle Nazioni Unite da più di cinquanta anni. Dal 1950, la Commissione lavora per la sistematizzazione e la codificazione del diritto di responsabilità internazionale degli Stati. Le difficoltà della materia spiegano il lungo periodo e la successione dei diversi giuristi internazionali rinomati nella direzione dei lavori. Nel 1996, il primo progetto di codificazione è stato finalmente elaborato, ma l'audacia di alcuni punti (come la creazione del concetto di 'crimine internazionale') e la complessità di altri (come il sistema in diverse tappe concepito per responsabilizzare uno Stato), fece con che questo progetto fosse abbandonato e un altro venisse proposto, il 'Progetto del 2001'<sup>494</sup>.

Negli 'Articoli sulla Responsabilità Internazionale dello Stato' della CDI (*International Law Commissions's Articles on State Responsibility*), nonostante non esista un riferimento espresso ai 'crimini internazionali', si parla in *serie violazioni delle obbligazioni perentorie*. Crawford afferma che mentre le "norme perentorie del diritto internazionale generale rilevano lo scopo e la priorità ad essere data a un certo numero di obblighi fondamentali, l'obbiettivo degli obblighi verso la comunità internazionale nel suo insieme è essenzialmente l'interesse giuridico di tutti gli Stati, nella sua osservanza, cioè, conforme agli articoli presenti, e ad essere autorizzati a invocare la responsabilità di ogni Stato per la loro violazione"<sup>495</sup>. L'art. 40 prevede due criteri per la definizione delle 'violazioni serie' di obbligazioni perentorie della legge internazionale: il primo è relativo al fondamento dell'obbligazione violata, che deve derivare da una norma perentoria del diritto internazionale generale; il secondo qualifica l'intensità della violazione, che deve essere considerata seria dinanzi alla sua scala e carattere<sup>496</sup>. Un unico caso di tortura, ad esempio, non sarebbe sufficiente per inquadrare lo Stato in questo capitolo, essendo necessario che tale pratica sia reiterata e sistematica, ossia, che

---

<sup>494</sup> ANDRADE, Isabela Piacentini de Andrade. *Responsabilidade internacional do estado por violaçao do jus cogens*. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v. 5, n. 5, jan./jun., 2007, p. 06.

<sup>495</sup> CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002, p. 244.

<sup>496</sup> Disponibile in <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>, consultato il 25 settembre 2011.

sia organizzata e deliberata<sup>497</sup>. L'art. 41, invece, prevede conseguenze specifiche alle 'violazioni serie', stabilendo un regime specifico per gli obblighi basati sulle regole *jus cogens*<sup>498</sup>. Conforme all'art. 41(1), gli Stati devono cooperare per impedire le violazioni serie enunciate nell'art. 40.

La discussione sulle regole *jus cogens* non è nuova, esistendo nei lavori di Francisco de Vitória<sup>499</sup> e Grozio<sup>500</sup>. Attualmente, però, l'approfondimento del tema risorge nell'ambito del cosiddetto 'costituzionalismo globale'. Canotilho sostiene che i rapporti internazionali devono essere ogni volta di più regolati in termini 'di diritto e di giustizia', si convertendo il diritto internazionale in un vero 'ordine imperativo', al quale non manca un nucleo materiale duro - lo *jus cogens* internazionale -, base sia della politica e rapporti internazionali, sia della propria costruzione costituzionale interna. Per l'autore,

Al di là dello *jus cogens*, il diritto internazionale tende a diventare sostegno dei rapporti internazionali attraverso un aumento progressivo dei diritti umani - per quanto non siano già parte dello *jus cogens* - a norma giuridica di condotta politica, interna ed esterna. Le ultime premesse - lo *ius cogens* e i *diritti umani* -, legati al ruolo dell'organizzazione internazionale, forniranno un quadro ragionevole per il costituzionalismo globale<sup>501</sup>.

---

<sup>497</sup> CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility...*, op. cit., p. 247.

<sup>498</sup> Villalpando afferma: "Per quanto riguarda la sua funzione, gli obblighi di cui all'articolo 41 rafforzano la salvaguardia dei beni o valori collettivi di assegnare agli Stati il ruolo di 'garanti forzati' dell'applicazione della responsabilità internazionale. Mentre nel regime ordinario di responsabilità collettiva l'invocazione degli obblighi secondari dello Stato inadempiente viene consegnata all'iniziativa discrezionale degli Stati, il regime aggravato impone una serie di requisiti minimi in materia di atti illeciti e garantisce così il raggiungimento di determinati obiettivi fondamentali della responsabilità comunitaria. In questo modo, la curiosa impressione iniziale si spiega: la situazione giuridica dello Stato competente è in realtà influenzata da rimbalzo, poiché la reazione (vincolante) degli altri Stati avrà l'effetto di portarlo al compimento dell'obbligo di porre fine all'illiceità e privarlo di certi frutti ottenuti dalla violazione dell'obbligo primario. Da questo punto di vista, le conseguenze supplementari codificate dal CDI, lungi di costituire aspetti secondari e insignificanti nel contesto di un regime aggravato, si posizionano come una pietra angolare di un sistema per garantire l'applicazione delle garanzie minime in materia di responsabilità". In: VILLALPANDO, Santiago. *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats...*, op. cit., p. 384.

<sup>499</sup> "(...) per Vitoria, il diritto delle genti vincola gli Stati nei suoi rapporti esterni, non solo come *ius dispositivum* (diritto dispositivo) con la forza dei propri patti, ma anche come *ius cogens* (diritto cogente) come forza di legge". In: FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 09.

<sup>500</sup> Cançado Trindade afferma che, data la necessità storica di regolare i rapporti degli Stati emergenti, Grozio affermava che i rapporti internazionali sono soggetti a norme giuridiche, e non alla 'ragione di stato', che è incompatibile con l'esistenza della comunità internazionale: quest'ultima non può prescindere dal Diritto. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 12.

<sup>501</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1354.

Come si è visto nella prima parte di questo lavoro (capitolo 2, item 2.1), il passaggio dello *stato legislativo di diritto*, caratterizzato dal principio di legalità, allo *stato costituzionale di diritto*, caratterizzato dalla subordinazione della legge stesa a una legge superiore (la Costituzione, gerarchicamente sovraordinata alla legislazione ordinaria), consolida il paradigma garantista nella teoria di Luigi Ferrajoli. Il *costituzionalismo garantista* equivalente, come descritto nella parte precedente di questa tesi (capitolo 2, item 2.2), a un progetto normativo che richiede la sua analisi attraverso la costruzione, mediante politiche e leggi d'attuazione, di garanzie idonee e istituzioni di garanzie.

In questo senso, le regole dello *jus cogens* sono l'origine di un principio fondamentale del diritto internazionale, poiché attraverso di esso il 'diritto delle genti' obbliga gli Stati sovrani nei loro rapporti esterni. Questo diritto internazionale vincolante viene consacrato, in particolare, nella Dichiarazione Universale del 1948, facendolo assumere una protezione dei diritti umani non solo costituzionale, ma internazionale sugli stessi Stati, anche se non esiste nessuna previsione nel diritto interno. Jorge Miranda fa riferimento a un 'diritto internazionale fondamentale' o 'costituzionale':

Si potrebbe, quindi, parlare sul diritto internazionale fondamentale o costituzionale, in Diritto strutturante dei rapporti internazionali e della comunità internazionale stessa; in un insieme di norme che definiscono la posizione giuridica dei soggetti di tali rapporti e il contesto in cui si sviluppano - alcuni dei quali (gli *ius cogens* ...) determinano la nullità di tutte le altre che sono in conflitto tra loro (articoli 53 e 64 della legge Convenzione di Vienna del Diritto dei Trattati); e anche gli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite che prevalgono sui obblighi di qualsiasi altro accordo (art. 103 della Carta)<sup>502</sup>.

Verificata la violazione di una norma imperativa, la risposta non è nel piano delle nullità, conforme alla previsione della Convenzione di Vienna, essendo necessario entrare nel campo della responsabilità internazionale.

In questo senso, la caratterizzazione di alcuni crimini internazionali - che sono innegabilmente 'gravi violazioni delle obbligazioni perentorie' - come norma *jus cogens* impone agli Stati la *obligatio erga omnes* di agire, sia impedendo la loro pratica,

---

<sup>502</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 29-30.

sia adottando misure per evitare l'impunità dei rispettivi autori. Per Shelton<sup>503</sup> i crimini internazionali, come ad esempio gli obblighi *erga omnes*, dovrebbero ricevere questa designazione perché gli atti che sanciscono sono considerati di tale importanza per la comunità internazionale che, quando commessi, generano la responsabilità individuale.

Si sostiene in questa tesi che le norme del 'diritto penale internazionale' devono essere caratterizzate come norme *jus cogens*, diventando, in questo modo, 'regole perentorie'. Si è d'accordo con Friedrich quando cita che lo *jus cogens* "trova sempre meno opposizione dagli studiosi e una minore contestazione dagli Stati. Quanto all'accettazione, essa cresce ogni giorno e diventa parte della coscienza e del discorso internazionale, e il suo contenuto viene stabilito conforme ai valori della comunità internazionale che si consolidano e vengono riconosciuti come superiori"<sup>504</sup>.

Lo Statuto di Roma è chiaro quando stabilisce la competenza del TPI per il processo dei "reati più gravi che preoccupano la comunità internazionale nel suo insieme" (articolo 5). Essendo riconosciuto il carattere cogente dei crimini internazionali ai sensi dello Statuto, la conseguenza sarà l'*obligatio erga omnes* agli Stati, ossia, l'osservanza obbligatoria, sia in tempo di guerra, sia in tempo di pace. Afferma Bassiouni:

Considerare la configurazione di alcuni crimini internazionali come parte dello *jus cogens* implica il dovere di procedere o ad estradare; la non applicabilità delle norme in materia di prescrizione; l'universalità della giurisdizione su questi crimini, indipendentemente dal luogo in cui sono commessi, di chi (compresi i capi di Stato), contro quale categoria di vittime, a prescindere dal contesto in cui si sono verificati (pace o guerra)<sup>505</sup>.

Come accennato nel capitolo 1 della seconda parte di questa tesi (item 1.2), vi sono autori che, come Bassiouni, distinguono i crimini internazionali da tre grandi categorie: (a) *jus cogens* (come la pirateria, i crimini di guerra, la schiavitù, il traffico di essere umani, i crimini contro l'umanità, l'aggressione e il genocidio); (b) potenziale *jus cogens* (come il terrorismo nucleare, il traffico illecito di stupefacenti, la rapina di aerei e altri atti illeciti contro la sicurezza aerea, la cattura di ostaggi civili, i delitti contro le Nazioni Unite e il crimine organizzato); e (c) altri (come l'interferenza illecita con i cavi

---

<sup>503</sup> SHELTON, Dinah. *International Law and 'Relative Normativity'*..., op. cit., p. 149.

<sup>504</sup> FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 182.

<sup>505</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale - Un quadro teorico*. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 66.

sottomarini internazionali, il traffico internazionale di materiale osceno e la corruzione di pubblici ufficiali stranieri)<sup>506</sup>. Secondo l'autore, esiste sufficiente fondamento giuridico per concludere che l'aggressione, il genocidio, i crimini contro l'umanità, la pirateria, la schiavitù, il traffico di essere umani e la tortura potrebbero essere inseriti nella categoria *jus cogens*: (1) vi sono dichiarazioni internazionali (la cosiddetta 'opinione iuris internazionale') che attesta che tali crimini sono considerati parte del diritto generale consuetudinario; (2) il contenuto generale di preamboli e di altre disposizioni del trattato applicabili a questi crimini indicano che essi godono di un grado superiore nel diritto internazionale; (3) il gran numero di stati che ratificarono i trattati in riguardo a questi crimini; (4) le indagini internazionali *ad hoc* e le accuse contro gli esecutori di questi crimini<sup>507</sup>.

I crimini internazionali di grado *jus cogens*, perciò, si configurano in norme di osservanza obbligatoria, che oltrepassano i limiti del principio *pacta sunt servanda* e non si sottomettono all'arbitrio degli Stati. Essi sono, per così dire, in un livello gerarchico superiore alle altre norme del diritto internazionale, che riflette i valori fondamentali che consustanziano l'ordine pubblico internazionale, e "perciò conformano e restringono la produzione normativa degli Stati e delle Organizzazioni Internazionali, nonché della giurisprudenza delle Corti e i Tribunali Arbitrali Internazionali"<sup>508</sup>.

Vi è un evidente legame nello Statuto di Roma tra la tutela universale dei diritti umani e la repressione dei crimini internazionali. Secondo il suo prefazione, gli Stati-parti:

- consapevoli che tutti i popoli sono uniti da stretti vincoli e che le loro culture formano un patrimonio da tutti condiviso, un delicato mosaico che rischia in ogni momento di essere distrutto;
- memori che nel corso di questo secolo, milioni di bambini, donne e uomini sono stati vittime di atrocità inimmaginabili che turbano profondamente la coscienza dell'umanità;
- riconoscendo che crimini di tale gravità minacciano la pace, la sicurezza ed il benessere del mondo;

---

<sup>506</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law*, Vol. I, 3<sup>a</sup> ed. Leiden: Brill, 2008, p. 138.

<sup>507</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Le fonti e il contenuto del diritto penale Internazionale...*, op. cit., p. 69-70.

<sup>508</sup> PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Normas Cogentes no Direito Internacional Público*. In PEREIRA, Antônio. C. A.; MELLO, Celso R. D. de Albuquerque (orgs.). *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 87-109.

- 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;
- rammentando che è dovere di ciascun Stato esercitare la propria giurisdizione penale nei confronti dei responsabili di crimini internazionali;
- ribadendo gli scopi ed i principi della Carta delle Nazioni Unite ed in modo particolare il dovere di tutti gli Stati di astenersi dal ricorrere all'uso della minaccia o della forza contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica degli altri Stati o in contrasto, in qualsiasi altro modo, con gli scopi delle Nazioni Unite;
- Evidenziando, a tale riguardo, che nessuna disposizione del presente Statuto può essere interpretata nel senso di autorizzare uno Stato Parte ad intervenire in un conflitto armato o negli affari interni di un altro Stato;
- determinati ad istituire, a tali fini e, nell'interesse delle generazioni presenti e future, una Corte penale internazionale permanente e indipendente, collegata con il sistema delle Nazioni Unite, competente a giudicare sui crimini più gravi motivo di allarme per l'intera comunità internazionale (...).

La caratterizzazione dello *jus cogens* come fonte normativa dell'ordinamento giuridico internazionale fu presa, ad esempio, dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani per decidere un caso paradigmatico - *Ximenes Lopes vs. Stato brasiliano*<sup>509</sup> -, poiché, per la prima volta, il Brasile sarebbe stato condannato per violazione dei diritti umani in un tribunale internazionale, di fronte alla morte di Damião Lopes Ximenes, paziente psichiatrico ricoverato presso un istituto privato che operava in collaborazione con il sistema pubblico di salute. È interessante l'analisi critica redatta tramite un voto in separato dal giudice Antônio Cançado Trindade, in cui comprendeva che la Corte avrebbe dovuto capitolare, nell'ambito del cosiddetto *jus*

---

<sup>509</sup> “La Commissione há presentado la richiesta in questo caso com l’obiettivo di fare la Corte decidere se lo Stato era responsabile per la violazione dei diritti consacrati negli articoli 4 (Diritto alla Vita), 5 (Diritto all’Integrità Personale), 8 (Garanzie Giudiziarie) e 25 (Protezione Giudiziaria) della Convenzione Americana, per quanto riguarda l’obbligo stabilito nell’articolo 1.1 (Obbligo di rispettare i diritti) dello stesso strumento, in detrimento del signor Damião Ximenes Lopes..., con disabilità mentale che, per le supposte condizioni inumane e degradanti presunti del suo ricovero in ospedale, i presunti pestaggi e attentati contro l’integrità personale che si presume essere stato vittima da parte dei funzionari della casa di riposo Guararapes...; per la sua morte mentre era sottoposto a trattamento psichiatrico; e la presunta mancanza di indagini e di garanzie giudiziarie che caratterizzano il suo caso e lo rimane impune. La presunta vittima è stata ricoverata il 1° ottobre 1999 per ricevere un trattamento psichiatrico nella Casa di Riposo Guararapes, un centro privato di assistenza psichiatrica, che operava sotto il sistema sanitario pubblico in Brasile, chiamato *Sistema Único de Saúde*.. nel comune di Sobral, Stato del Ceará. Il Signor Damiano Lopes Ximenes morì il 4 ottobre 1999 nella Casa di Riposo Guararapes, dopo tre giorni di ricovero”. Disponibile in : <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>, item 2, consultato il 26 settembre 2011.

*cogens*, non solo la regola che vieta la tortura e l'imposizione di pene crudeli e trattamento inumano. Secondo il magistrato, si perdette l'opportunità di qualificare altre disposizioni della Convenzione Americana sotto la 'norma imperativa del diritto internazionale pubblico', in particolare quelle che garantiscono il diritto di accesso alla giustizia e equo processo legale.

Segue parte del voto:

A mio parere, nella sentenza del caso Ximenes Lopes, nel determinare non solo le violazioni agli articoli 4 e 5 della Convenzione (riconosciute dallo Stato), ma anche degli articoli 8(1) e 25 della Convenzione, si dovrebbe andare oltre, per quanto riguarda questi ultimi, estendendo il dominio dello *jus cogens* anche al diritto di accesso alla giustizia in *lato senso*, lì comprese le garanzie del equo processo. (...) Spero che la Corte possa in breve fare questo passo qualitativo in avanti, nella costruzione della giurisprudenza, visto che non l'ha fatto in questa sentenza del caso Ximenes Lopes. Dal giorno in cui verrà fatto - si spera molto presto - renderà più difficile la ripetizione di storie come quelle di Electra e Irene in mezzo all'impunità<sup>510</sup>.

Se il termine *jus cogens* significa 'il diritto che costringe', dove la norma *jus cogens* occupa 'il rango gerarchico più alto tra tutte le altre norme'<sup>511</sup>, è innegabile che i crimini internazionali (quelli "più gravi che preoccupano la comunità internazionale nel suo insieme", ai sensi dell'art. 5 dello Statuto di Roma) cominciano a far parte di questo livello.

Ma, come fu detto, non è solo la repressione dei 'crimini contro l'umanità', che diventa condizione innegoziabile degli Stati, la quale caratterizzerà il 'paradigma garantista forte' sulla scena internazionale. Un'altra condizione perché questo avvenga dipenderà dai 'principi generali del diritto internazionale', che saranno ugualmente provvisti di carattere *jus cogens*, comportandosi come regole perentorie che implicano l'esistenza o che impongono l'introduzione, a livello internazionale, di norme consistenti sulle proibizioni di lesioni o obblighi di prestazione, che sono le sue rispettive garanzie. Una delle sue più importanti conseguenze sarà l'introduzione di una 'giurisdizione universale'. Questo sarà il tema ad essere discusso nel prossimo item.

---

<sup>510</sup> Disponibile in: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>, item 47, consultato il 26 settembre 2011.

<sup>511</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Le fonti e il contenuto del diritto penale Internazionale...*, op. cit., p. 68.

### 2.3 Principi generali di diritto penale internazionale e procedura penale internazionale e universalità della giurisdizione: consolidazione del paradigma garantista nell'ambito internazionale

*(...) I re hanno il diritto di chiedere la pena non solo sulla base di danni contro se stessi o dei loro sudditi, ma a causa anche dei danni che non li riguardano direttamente, che però violano eccessivamente le leggi della natura o delle nazioni in relazione a qualsiasi persona*  
GROZIO

Dopo l'esito della Seconda Guerra Mondiale, le potenze alleate iniziarono il processo dei grandi criminali di guerra nazisti del III Reich, istituendo i tribunali di Norimberga e di Tokyo (seconda parte di questa tesi, item 1.3)<sup>512</sup>. Due punti, in particolare, sono stati attaccati dalla difesa degli accusati: in primo luogo, l'istituzione di tribunali *ad hoc*, in violazione del principio del giudice naturale; dopo, l'offesa al principio di anteriorità, giacché vi era la tipizzazione dei crimini dopo la loro commissione<sup>513</sup>.

Istituita in conformità a un sentimento vendicativo in cui i vincitori avrebbero giudicato gli sconfitti, la Corte Internazionale di Norimberga aveva un carattere molto più politico che giuridico. Inoltre, in evidente contraddizione, il Tribunale di Norimberga, in conformità alla 'responsabilità n.º IV' (crimini contro l'umanità), accusò i capi nazisti di aver istituito tribunali d'eccezione, affermando che "la creazione di Tribunali specifici per gli avversari del regime nazista nel III Reich costituiva attività criminale e contraria al Diritto"<sup>514</sup>. Mello cita:

---

<sup>512</sup> "Con la capitolazione della Germania, la Dichiarazione del 5 giugno 1945, per quanto riguarda la 'sconfitta della Germania e la decisione della suprema autorità in questo paese dagli Stati Uniti, Francia, Regno Unito e l'Unione Sovietica', prevedeva nell'articolo 11 gli obblighi dello Stato sconfitto rispetto ai cosiddetti 'criminali di guerra': a) I principali leader nazisti designati dagli alleati e tutte le persone, in qualsiasi momento, nominati o designati dal loro grado o la loro funzione, perché sospette di aver commesso, ordinato o incoraggiato crimini di guerra o atti di violenza simili, saranno arrestati e messi a disposizione dei governi alleati; b) Nella stessa situazione sta un cittadino di qualsiasi Nazioni Unite, che è accusato di aver commesso violazioni delle leggi del suo paese, e può in qualsiasi momento essere identificato o designato in virtù della sua laurea, il suo grado o il suo lavoro dai rappresentanti degli alleati; c) Le autorità e il popolo tedesco saranno soggetti a tutte le politiche stabilite dagli alleati sulla detenzione, potendo essere messi alla sua disposizione". In: GONÇALVES, Joannisval Brito. *Tribunal de Nuremberg: a Gênese de uma Nova Ordem no Direito Internacional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 72-3.

<sup>513</sup> FERRO, Ana Luíza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 103.

<sup>514</sup> Fonte: <[http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/judcont.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp)>, consultato l'11 ottobre 2011.

La critica che dichiarava Norimberga un tribunale di eccezione non può essere negata. I giudici furono scelti dai vincitori, senza alcun criterio previo. Il Tribunale fu estinto dopo aver proferito il giudizio. Le sentenze furono ‘negoziare’ tra i giudici. Gli stessi tedeschi nel 1945 e il 1946 dicevano agli alleati che dovrebbero essere eliminati, o, ancora, perché processarli se erano già stati condannati [*sic*]. Il giudice-Presidente della Corte Suprema, Harlam F. Stone, che aveva difeso, in precedenza, il processo dei criminali tedeschi, affermava che il Tribunale di Norimberga era un ‘linciaggio rumoroso messo in scena (diretto) da Jackson’<sup>515</sup>.

Durante i processi di Norimberga la discussione principale girò, in un primo momento, intorno al ‘principio di responsabilità penale individuale’, poi si è evoluto nel ‘principio di colpevolezza’: ciò significava che, anche nel diritto penale internazionale, il *personal guilt* (colpevolezza personale) dovrebbe essere correlato all’accertamento di un autore, oggettiva e soggettivamente considerato, responsabile degli atti da lui commessi, e che a tale responsabilità non corrispondesse nessuna obiezione’<sup>516</sup>. Nonostante tutte le critiche, il Tribunale di Norimberga lasciò come eredito il suo Statuto, stabilendo quello che viene conosciuto come ‘i principi di Norimberga’, oggi materia di base nel diritto penale internazionale, addirittura con la sua riproduzione nel Trattato di Roma del 1998.

L’Assemblea-Generale dell’ONU, nel 1947, incaricò la Commissione di Diritto Internazionale di formulare ‘i principi del diritto internazionale riconosciuti dallo Statuto e dalle sentenze del Tribunale di Norimberga’, oltre a preparare un ‘progetto di codice in materia dei delitti contro la pace e la sicurezza dell’umanità’. In conformità al testo, sono ‘principi di diritto penale internazionale’: a) la responsabilità penale degli individui nell’ambito internazionale (principi I e II); b) il fatto che un soggetto abbia commesso un crimine internazionale agendo in qualità di capo di Stato o alto funzionario non lo esime dalla responsabilità penale internazionale personale (principio III); c) il fatto che un soggetto abbia agito in esecuzione di un ordine non lo esime dalla propria personale responsabilità penale internazionale (principio IV); d) il soggetto imputato di crimine internazionale ha diritto ad un equo processo imparziale; e) quali sono i reati che costituiscono crimini internazionali punibili dal diritto internazionale (principio VI); f) la complicità costituisce crimine di diritto internazionale (principio

---

<sup>515</sup> MELLO, Celso Duvidier de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 441.

<sup>516</sup> AMBOS, Kai. *La parte general del Derecho Penal Internacional...*, op. cit., p. 73-4.

VII)<sup>517</sup>. La strada, come si vede, fu tracciata dall'inserzione di tali principi nello Statuto di Roma. Il Rapporto della Commissione responsabile per l'elaborazione della Corte Penale Internazionale, del 1996, concluse che il principio dell'irretroattività, sia in relazione al crimine (*nullum crimen sine lege*), sia in relazione alla pena (*nulla poena sine lege*) era fondamentale a qualsiasi sistema legale criminale, suggerendo che constasse di forma chiara e concisa nello Statuto di Roma<sup>518</sup>.

L'attuazione del Tribunale Penale Internazionale si basa su diversi principi penali e procedurali fondamentali, come: la riserva legale, l'irretroattività, la responsabilità penale individuale, l'imputabilità, l'irrelevanza della qualifica ufficiale, la responsabilità dei comandanti e di altri superiori e l'imprescrittibilità (principi penali); così come la presunzione d'innocenza, la neutralità e l'imparzialità del giudice, l'equità e la durata ragionevole della procedura e la necessità della presenza dell'accusato durante il processo (principi di procedura penale).

### **I. Principi penali fondamentali previsti nello Statuto di Roma**

Il 'principio di legalità' disposto sugli articoli 22 e 23, per i quali "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" (*nullum crimen sine lege*), e "una persona che è stata condannata dalla Corte può essere punita solo in conformità alle disposizioni del presente Statuto" (*nulla poena sine lege*). Con il 'principio di irretroattività', "la Corte ha competenza solo sui crimini di sua competenza, commessi dopo l'entrata in vigore del presente Statuto" (art. 11 - competenza *ratione temporis*), e "nessuno è penalmente responsabile in forza del presente Statuto per un comportamento precedente all'entrata in vigore dello Statuto" (art. 24 - non retroattività *ratione personae*). Il 'principio della responsabilità penale individuale', di cui all'art. 25, cita che chiunque commette un crimine sottoposto alla giurisdizione della Corte è individualmente responsabile e non pregiudica la responsabilità degli Stati nel diritto internazionale. L'art. 26 stabilisce il 'principio

---

<sup>517</sup> Disponibile in: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7\\_1\\_1950.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf)>, consultato l'11 ottobre 2011.

<sup>518</sup> *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, vol. I, U.N. GAOR, 51 st Sess., Supp. N. 22, U.N. Doc. A/51/22 (1996). Disponibile in: <<http://www.iccnw.org/documents/Memorandum.pdf>>, consultato il 26 settembre 2011.

dell'imputabilità', con l'esclusione di giurisdizione del TPI delle persone di età inferiore a 18 anni. Il 'principio dell'irrelevanza della qualifica ufficiale' di cui all'art. 27, si applica a tutti in modo uguale senza qualsivoglia distinzione basata, in modo particolare sulla qualifica ufficiale di capo di Stato o di governo, di membro di un governo o di un parlamento, di rappresentante eletto o di agente di uno Stato, non esonera in alcun caso una persona e non costituisce in quanto tale motivo di riduzione della pena. Nell'art. 28 viene previsto il 'principio di responsabilità dei capi militari e di altri superiori gerarchici': questi capi militari o queste persone non hanno preso tutte le misure necessarie e ragionevoli in suo potere per impedire o reprimere l'esecuzione dei crimini. Il 'principio dell'imprescrittibilità', di cui all'art. 29, con il quale i crimini di competenza della Corte non sono soggetti ad alcun termine di prescrizione.

## **II. Principi fondamentali di procedura penale previsti nello Statuto di Roma**

Il 'principio di presunzione d'innocenza', di cui all'art. 66 dello Statuto, viene così disposto: "Chiunque è presunto innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia dimostrata dinanzi alla Corte, in conformità con la legislazione applicabile". Dalla presunzione d'innocenza decorrono 'il principio dell'onere della prova' ("Al Procuratore spetta l'onere di provare la colpevolezza dell'imputato" - art. 66, 2) e il 'principio *in dubio pro reo*' ("Per condannare l'imputato, la Corte deve accertare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio" - art. 66, 3). Per garantire la 'neutralità e imparzialità del giudice', lo Statuto di Roma prevede l'elezione, dall'Assemblea degli Stati-parti, di candidati nominati dagli Stati contraenti. Conforme Cassese, "un meccanismo sapiente per rinforzare ulteriormente l'indipendenza dei giudici, di cui all'art. 36(9)(a) dello Statuto, poiché essi non sono rieleggibili, dopo aver concluso i loro mandati"<sup>519</sup>. Inoltre, per fortificare la loro indipendenza, l'art. 40 riferisce: "1. I giudici esercitano le loro funzioni in completa indipendenza. 2. I giudici non esercitano alcuna attività che potrebbe essere incompatibile con le loro funzioni giudiziarie o far dubitare della loro indipendenza. 3. I giudici tenuti ad esercitare le loro funzioni a tempo pieno presso la sede della Corte non

---

<sup>519</sup> CASSESE, Antonio. *Lineamenti di diritto Internazionale penale - II. Diritto processuale*. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 93.

devono esercitare alcuna altra attività di carattere professionale. 4. Ogni questione che potrebbe sorgere a proposito dei paragrafi 2 e 3 è decisa a maggioranza assoluta dei giudici. Quando una questione concerne un giudice, tale giudice non parteciperà all'adozione della decisione". Il 'principio di equa udienza e durata ragionevole del processo' viene disposto nell'art. 67, tra i 'diritti dell'imputato'<sup>520</sup>. Da esso decorre anche 'il principio di essere informato prontamente e dettagliatamente sulla natura della procedura' (art. 67, 1). Il 'principio dell'imputato essere presente nel corso del processo' viene previsto nell'art. 63(1) dello Statuto, dispositivo che va all'incontro di alcune decisioni prese dalla Corte Europea di Diritti Umani sul tema. Nel caso *Poitrimol vs. Francia*, ad esempio, viene deciso che:

È fondamentale che l'imputato sia presente, perché ha il diritto di essere ascoltato, sia dalla necessità di verificare l'esattezza delle sue dichiarazioni e confrontarle con quelle della vittima - i cui interessi devono essere protetti - e dei testimoni<sup>521</sup>.

Avviene, quindi, che l'incorporazione di tali garanzie fondamentali per il diritto penale internazionale cambia l'esercizio stesso della giurisdizione internazionale, non più una sottomissione acritica e incondizionata ai trattati, ma una soggezione ai propri principi come vere norme giuridiche, dotate di supremazia, con osservazione vincolante e obbligatoria<sup>522</sup>.

---

<sup>520</sup> Art. 67 dello Statuto di Roma: "Nell'accertamento delle accuse, l'imputato ha diritto ad una pubblica ed equa udienza condotta in modo imparziale, tenendo conto delle disposizioni del presente Statuto e ha diritto almeno alle seguenti garanzie minime, in piena uguaglianza: a) essere informato prontamente e dettagliatamente sulla natura, il motivo e il contenuto delle accuse, in una lingua che egli comprende e parla perfettamente; b) avere il tempo e le facilitazioni adeguate per preparare la sua difesa e comunicare liberamente e riservatamente con il legale di sua scelta; c) essere giudicato senza indebito ritardo; d) fermo restando l'articolo 63 paragrafo 2, essere presente al processo, condurre la difesa personalmente o attraverso il suo legale di fiducia, essere informato, nel caso in cui non disponga di un difensore, del suo diritto di averne uno e, ogni qualvolta l'interesse della giustizia lo richieda, vedersi assegnare d'ufficio un difensore dalla Corte senza oneri economici se non ha i mezzi per remunerarlo; e) esaminare, o fare esaminare i testimoni a carico ed ottenere la presenza e l'esame dei testimoni a scarico alle stesse condizioni di quelli a carico. L'imputato ha inoltre diritto di far valere mezzi di difesa e di presentare altri elementi di prova ammissibili ai sensi del presente Statuto; f) avere gratuitamente l'assistenza di un interprete qualificato e delle traduzioni necessarie per soddisfare i requisiti di equità, se non è in grado di comprendere e di parlare perfettamente la lingua utilizzata nelle procedure seguite dinanzi alla Corte o nei documenti presentati alla stessa; g) non essere costretto a testimoniare contro sé stesso o a confessare la propria colpevolezza, e di rimanere in silenzio, senza che il silenzio venga valutato nel determinare la colpevolezza o l'innocenza; h) senza dover prestare giuramento, fare una dichiarazione scritta o orale in propria difesa; i) non subire l'imposizione dell'inversione dell'onere della prova o dell'onere della confutazione della prova".

<sup>521</sup> Disponibile in: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=poitrimol%20v.%207C%20france&sessionId=85811669&skin=hudoc-en>>, item 35, consultato il 26 settembre 2011.

<sup>522</sup> Criticando la distinzione tra *regole* e *principi* proposta da Ronald Dworkin e ripresa da Robert Alexy come 'uno dei pilastri fondamentali della costruzione della teoria dei diritti fondamentali', afferma

Un altro caso che può illustrare l'argomento discusso in questo studio - nel senso che i principi penali e procedure penali devono essere intesi come norme *jus cogens* e, quindi, di osservanza impositiva - è quello discusso presso la Commissione Inter-Americana dei Diritti Umani e rilasciato dall'opinione consultiva di n.º 18, che tratta della condizione giuridica e dei diritti dei lavoratori immigrati illegali<sup>523</sup>. Il parere ebbe origine da una petizione del Messico, riflettendo la preoccupazione per la situazione dei loro cittadini emigrati illegalmente negli Stati Uniti. Il governo messicano affermò, in sintesi, una violazione dei principi di uguaglianza e non discriminazione (ampiamente protetti nei trattati internazionali), in quanto la legislazione e la politica del lavoro americane non supportano gli immigrati illegali allo stesso modo che i suoi cittadini<sup>524</sup>. In conformità a questa premessa, fu sollevata dinanzi alla Corte, tra l'altro, quale sarebbe il carattere dei principi di uguaglianza e non discriminazione all'interno della gerarchia delle norme del diritto internazionale. Si trascrive una parte del voto del giudice Antônio Cançado Trindade:

Nel presente parere consultivo sulla *Condizione Giuridica e sui Diritti dei Migranti privi di documenti*, la Corte Interamericana riconobbe che il suddetto principio fondamentale di uguaglianza e non discriminazione, nella fase attuale di evoluzione del Diritto Internazionale, 'cominciò a far parte del dominio dello *jus cogens*'; su questo principio, che 'permea tutto l'ordinamento giuridico' - la Corte aggiunse correttamente - 'viene basata l'intera struttura giuridica dell'ordine pubblico nazionale e internazionale' (comma 101, e conforme alle risoluzioni 2 e 4). La Corte, inoltre, non si esonerò di fare riferimento all'evoluzione del concetto dello *jus cogens*, che trascende l'ambito, sia del diritto dei trattati, sia del diritto della responsabilità internazionale degli Stati, al fine di raggiungere il diritto internazionale generale e i propri fondamenti d'ordine giuridico internazionale (comma 98-99). A sostegno di questo importante pronunciamento della Corte, vorrei aggiungere alcune riflessioni. (...) Le

---

Ferrajoli: "Principi e regole sono ugualmente norme, semplicemente formulate in modo diverso: uni con riferimento al suo proposito, altri con riferimento alla loro violazione e alla loro successiva applicazione. La prova è che le stesse regole, comprese quelle penali delle quali si richiede la massima tassatività, quando sono osservate diventano principi, che non si applicano, ma sono rispettati: per esempio, il rispetto delle norme in materia di omicidio o di lesioni fisiche o sul furto equivale al rispetto dei principi della vita, dell'integrità fisica e della proprietà privata. Al contrario, anche i principi quando vengono violati, appaiono come le regole, che non vengono rispettate, ma si applicano; per esempio, il principio costituzionale dell'uguaglianza, quando viene violato: la regola precisamente, che vieta le discriminazioni". In: FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*, trad. André Karam Trindade, disponibile in: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>, consultato il 10 agosto 2011.

<sup>523</sup> Fonte: TAVARES, Rodrigo de Souza. *O jus cogens na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e algumas reflexões sobre a teoria do direito*. Revista da Universidade UNIGRANRIO. Disponibile in: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/555/524>>, consultato il 26 settembre 2011.

<sup>524</sup> In questo senso: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

manifestazioni dello *jus cogens* internazionale sono presenti nel modo come i trattati dei diritti umani sono stati interpretati e applicati: le limitazioni previste ai diritti umani che sanciscono sono interpretate in modo restrittivo, salvaguardando lo Stato di Diritto, e dimostrando che i diritti umani non appartengono al dominio dello *jus dispositivum*, e non possono essere considerati semplicemente come ‘negoziabili’, ma piuttosto permeano l’ordine giuridico nazionale e internazionale. In sintesi e conclusione, sul punto in esame, l’emergenza e la consacrazione dello *ius cogens* evocano le nozioni di ordine pubblico internazionale e la gerarchia delle norme giuridiche, nonché la prevalenza dello *jus necessarium* sullo *jus voluntarium*; lo *jus cogens* viene presentato come l’espressione giuridica della propria comunità internazionale nel suo insieme, che, alla fine, diventa consapevole di se stessa, e dei principi e valori fondamentali che la guidano<sup>525</sup>.

Questo è il vero ‘paradigma garantista’ del diritto penale internazionale, caratterizzato da una normatività forte, di tipo regolativo, ossia, dalla tesi di che la maggior parte dei principi penali e di procedura penali internazionali fondamentali si comporta come regole<sup>526</sup>, implicando l’esistenza o imponendo l’introduzione di norme consistenti in proibizioni di lesione o obbligazione di prestazione che sono le loro rispettive garanzie.

Una delle garanzie più importanti ad essere introdotta, senza la quale il diritto penale internazionale perde la sua effettività (item 3.2, in seguito), è esattamente il *principio dell’universalità della giurisdizione*<sup>527</sup>.

La caratterizzazione del diritto come *unitario* o *frammentario* consiste, secondo Koskenniemi, in una questione di prospettiva. La ‘frammentazione’ del diritto internazionale si sviluppa in tre livelli: nel primo, occorre che l’ermeneutica del diritto internazionale passa ad essere realizzata da diversi soggetti, per ampliare le possibilità interpretative e contribuire alla rovina della sua unità; in secondo, avviene la creazione di nuovi regimi come eccezioni delle norme del diritto internazionale generale, come è il caso dei trattati dei diritti umani; in terzo livello si identificano regimi in opposizioni contro se stessi (transazioni commerciali contro l’ambiente; diritti umani contro le leggi umanitarie; legge del mare contro norme comunitarie)<sup>528</sup>. Tra gli studi concernenti la

---

<sup>525</sup> Disponibile in: <[http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id\\_Pais=20](http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=20)>, consultato il 26 settembre 2011.

<sup>526</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo...*, op. cit.

<sup>527</sup> Afferma Ferrajoli: “Quanto alle garanzie secondarie occorrerebbe aggiungere, alla Corte Penale Internazionale per i crimini contro l’umanità, altri giurisdizioni obbligatorie - pur se sussidiarie rispetto a quelle statali - in materia di lavoro e di diritti civili e sociali”. In: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 552.

<sup>528</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *Global legal pluralism: multiple regimes and multiple modes of thought*. Harvard, 5 March 2005. Disponibile in: <<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/>>

possibile ‘unificazione’ del diritto internazionale, si evidenzia la proposta di Klaus Günther e il suo ‘codice universale della legalità’<sup>529</sup>. Afonso riferisce che il punto di partenza dalla proposta di Günther risiede nel riconoscimento dell’influenza del pluralismo legale in una situazione di globalizzazione complessa. Il legislatore nazionale, sia per incapacità tecnica, sia per morosità, non si configura più come istanza suprema della produzione normativa con applicazione a livello transazionale. L’esistenza e il rafforzamento di sistemi autoregolativi devono essere intesi come inevitabili riflessi della logica della globalizzazione dei mercati e del progresso tecnologico nei domini del diritto internazionale. Tuttavia, oltre a un universo plurale di razionalità normative, il Diritto - interno e internazionale - sarebbero in costante interazione con altre specie di sistemi normativi. In questo modo, se considerate da un punto di vista esterno, le norme legali prodotte da diverse sfere e i loro rispettivi attori sarebbero in costante interazione con altri sistemi normativi attuanti nella società<sup>530</sup>.

È dall’adozione di una ‘procedura democratica’ che il contenuto del ‘codice universale della legalità’ potrà essere identificato. Il processo storico dell’affermazione della democrazia è marcatamente da una stretta correlazione con lo sviluppo dei diritti umani. Ciò si spiega, secondo Günther<sup>531</sup>, dal fatto che la democrazia è concepita come condizione *sine qua non* alla concezione dei diritti umani, allo stesso tempo in cui il fenomeno della positivizzazione di questi diritti rafforza il principio democratico attuante nello Stato-Nazione e nel diritto internazionale<sup>532</sup>.

---

MKPluralism-Harvard-05d[1].pdf>, consultato il 27 settembre 2011. Ancora: KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 242-3.

<sup>529</sup> GÜNTHER, Klaus. *Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as a Problem of Legal Theory*. Disponibile in: <<http://www1.law.nyu.edu/clppt/program2003/readings/gunther.pdf>>, consultato il 27 settembre 2011.

<sup>530</sup> AFONSO, Henrique Weil. *Unidade e fragmentação do direito internacional: o papel dos direitos humanos como elemento unificador*. Disponibile in: <[http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume4/arquivos\\_pdf/sumario/art\\_v4\\_III.pdf](http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume4/arquivos_pdf/sumario/art_v4_III.pdf)>, consultato il 27 settembre 2011.

<sup>531</sup> GÜNTHER, Klaus. *Rechtspluralismus und universal Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem*. In: Wingert, L., and Klaus Günther (Ed.). *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*. Frankfurt AM Main: Suhrkamp, 2001, p. 539-567. *Apud* AFONSO, Henrique Weil. *Unidade e fragmentação do direito internacional...*, op. cit.

<sup>532</sup> “C’è dunque un nesso razionale tra democrazia e diritto. Ovviamente il diritto positivo non implica affatto la democrazia ben potendo accadere, a causa della separazione giuspositivistica tra diritto e giustizia (...), che esso sia sommariamente ingiusto e antidemocratico. Ma non vale l’implicazione inversa. La democrazia implica necessariamente il diritto. Può ben esserci, certamente, diritto senza democrazia. Ma non può esserci democrazia senza diritto”. In: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 13-4.

Gli ideali kantiani<sup>533</sup> di un diritto cosmopolitico e di una repubblica mondiale basata sulla ragione, conformano il punto di partenza della concezione universalistica dell'ordine pubblico, diluendo il potere degli Stati e facendo con che l'attenzione ai diritti umani guadagni contorni globali.

Ed è per questo, come riferisce Jankov<sup>534</sup>, un numero considerabile di Stati adottò, in generale con limitazioni, un principio che permette l'esercizio della giurisdizione in relazione a atti di non nazionali, nei quali le circostanze, includendo la natura del crimine, giustificano la repressione come questione di politica pubblica internazionale. Alcuni autori, suggeriscono che, nella ipotesi di esistenza di un trattato multilaterale per la repressione di determinata condotta che recasse preoccupazione internazionale, si potrebbe parlare di *giurisdizione universale*.

Nell'Assemblea Generale dell'ONU tenutasi a New York il 15 ottobre 2010, il Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR) fece la seguente dichiarazione ufficiale:

Il CICR accoglie con soddisfazione l'interesse del Sesto Comitato e della Segretaria Generale in merito alla portata e all'applicazione del principio di giurisdizione universale. Questo argomento è di grande rilevanza per l'effettiva attuazione del diritto internazionale umanitario. Pertanto, il CICR ha un particolare interesse su questo tema. Oggi, vogliamo ricordare brevemente agli Stati Membri i principi che disciplinano l'esercizio di giurisdizione su gravi violazioni del diritto umanitario, vale a dire, i crimini di guerra. Da oltre 60 anni, le Convenzioni di Ginevra del 1949 chiedono agli Stati di istituire e di esercitare la giurisdizione universale su gravi violazioni definite in queste convenzioni. In realtà, le Convenzioni di Ginevra prevedono che le Alte Parti Contraenti hanno l'obbligo di perseguire presunti trasgressori, a prescindere dalla loro nazionalità e dal paese in cui la violazione si è verificata, e portarli a propri tribunali o consegnarli ad un'altra Alta Parte Contraente per il processo. Questa regola fu stabilita nel 1949, dopo la Seconda Guerra Mondiale, quando gli Stati cercavano di garantire congiuntamente che le persone che commettersero gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra non trovassero un rifugio sicuro da nessuna parte. Questo consenso è ancora più valente nei giorni di oggi poiché le Convenzioni di Ginevra sono state universalmente ratificate. Con questa ratifica è necessario stabilire ed esercitare la giurisdizione universale su gravi violazioni. Questo vale per tutti gli Stati. Per gli Stati Parti il Protocollo Aggiuntivo I, gli stessi obblighi si stendono alle violazioni gravi definite nel presente protocollo. Per il CICR, è incoraggiante vedere che diversi Stati hanno incluso tali obblighi nella loro legislazione nazionale. Queste leggi non resteranno solo in ambito teorico. Molti imputati sono stati processati in tribunali nazionali in

---

<sup>533</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004.

<sup>534</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal...*, op. cit., p. 102-3.

diversi Stati per le violazioni gravi basate sulla giurisdizione universale. Ma tutti gli Stati hanno l'obbligo di attuare fedelmente le Convenzioni di Ginevra e di istituire una giurisdizione universale su gravi violazioni nel loro territorio. Sfortunatamente, questo non è il caso oggi<sup>535</sup>.

Per Cançado Trindade, il *principio della giurisdizione universale* comporta la non applicabilità delle limitazioni legali per quanto riguarda i crimini che colpiscono l'umanità stessa, superando il classico principio di territorialità del diritto penale. Questa giurisdizione universale è condivisa tra gli Stati, in modo che ciascuno di loro possa citare in giudizio i responsabili di violazioni dei diritti umani. L'autore si riferisce al caso *Dusan Tadic*, giudicato dal Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia, in cui si afferma che i crimini che hanno portato alla creazione di quella corte *ad hoc* sono andati oltre la dimensione meramente nazionale, costituendo vera violazione del 'diritto internazionale' e del 'diritto internazionale umanitario' che trascende gli interessi di ogni Stato, che non si poteva basare nei suoi diritti sovrani, che non possono e non devono prevalere sul diritto della comunità internazionale per affrontare adeguatamente le condotte che riguardano tutta l'umanità e scuotono la coscienza di tutte le nazioni del mondo<sup>536</sup>.

Si difende in questa tesi che il Tribunale Penale Internazionale non solo si inserisce in questo nuovo modello di 'concezione universalista' ma addirittura deve essere così, altrimenti non sarà raggiunto l'ideale garantista a livello internazionale. Con il TPI, si dimostra possibile l'esercizio della giurisdizione penale oltre la sfera pubblica dello Stato, lasciando a esso, e non agli Stati, l'esclusiva decisione di avviare un'indagine o un processo. Inoltre, come ben detto da Kowalski,

il Tribunale sviluppa la sua azione centrato sull'individuo. Dall'inizio del processo, tramite la giustizia, gli obiettivi di tutela e promozione dei diritti umani e della restrizione alla forza e la minorazione dei suoi effetti sulle popolazioni civili. Nell'ambito del TPI, questi sono obiettivi che riflettono una preoccupazione con la dignità universale della persona umana, una preoccupazione attribuibile alla comunità internazionale e non solo allo Stato<sup>537</sup>.

---

<sup>535</sup> Disponibile in: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/statement/united-nations-universal-jurisdiction-statement-2010-10-15.htm>>, consultato il 27 settembre 2011.

<sup>536</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law*. Haia: Martinus Hijhoff Publishers, 2005, p. 435.

<sup>537</sup> KOWALSKI, Mateus. *O Tribunal Penal Internacional. Reflexões para um teste de resistência aos seus fundamentos*. Janus.net, e-journal of International Relations, vol. 2, n.º 2, 2011, disponibile in: <[http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol2\\_n2/pt/pt\\_vol2\\_n2\\_art6.pdf](http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol2_n2/pt/pt_vol2_n2_art6.pdf)>, consultato il 27 settembre 2011.

Nel caso del capo sudanese *Omar Hassan al Bashir*, dinanzi ai conflitti della regione di Darfur, che avrebbero lasciato più di 300 mila morti e 2,5 milioni di persone senza tetto dal 2003, questo imputato ebbe la sua prigionia decretata dal TPI, dopo la richiesta di investigazione da parte del Consiglio di Sicurezza dell'ONU. Su *Bashir*, gravano accuse di pratica di crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra<sup>538</sup>. Nonostante la Corte non si sia manifestata espressamente al riguardo, sembra chiara la applicazione del 'principio dell'universalità della giurisdizione' dal TPI, specialmente se considerato che il Sudan non è segnatario dello Statuto di Roma.

I principi fondamentali incorporati allo Statuto di Roma si costituiscono come fonte di legittimazione giuridica o interna del diritto penale internazionale. La protezione dei diritti fondamentali già incorporati dall'ordinamento (*principia iuris et in iure*) diventa, infine, il presupposto garantista per un modello di democrazia cosmopolitica, sul quale implica non solo il 'diritto', ma pure la 'garanzia dei diritti'. Se lo 'stato costituzionale di diritto' si caratterizza dalla rigida subordinazione della legge ad una legge superiore, che è la costituzione, nell'ambito internazionale questa soggezione - anche del TPI - deve avvenire riguardo a quell' 'embrionale costituzione del mondo'<sup>539</sup>: la Carta dell'ONU (1945), la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (1948) e i due Patti sui diritti civili, politici, economici, sociali e culturali (1966). Ciò, sommato al carattere di cogenza dei principi internazionali e all'universalità della giurisdizione, consolidano il 'paradigma garantista' nell'ambito del diritto penale internazionale.

La questione, è, tuttavia, se il trattato di Roma, con i suoi successi e errori, fu progettato all'interno di questo proclamato modello garantista. Per questo motivo nel prossimo capitolo viene analizzata la struttura dello Statuto di Roma, esaminando se compatibile all'ordine costituzionale brasiliano e se dotato di lacune e antinomie che ne determinano l' 'ineffettività strutturale', analizzando, infine, una situazione concreta ancora in giudizio al TPI, il caso *Thomas Lubanga Dyilo*, esempio - come difeso in questa tesi - dell'applicazione della teoria di Ferrajoli nell'ambito del diritto penale internazionale.

---

<sup>538</sup> Disponibile in: <<http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/icc02050109?lan=en-GB>>, consultato il 27 settembre 2011.

<sup>539</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 487.

### **CAPITOLO 3. LO STATUTO DI ROMA TRA INCOMPATIBILITÀ, LACUNE, ANTINOMIE E CASO PRATICO: I *PRINCIPIA IURIS* NEL DIRITTO PENALE MONDIALE E L'APPLICAZIONE DEL PARADIGMA GARANTISTA NEL CASO *THOMAS LUBANGA DYILO***

#### **3.1 Statuto di Roma e referenziale normativista: (in)compatibilità con l'ordine costituzionale brasiliano**

*Il diritto non rende coerente tutte le differenze. Esso è solo il potere, a meno che gli spiriti siano pronti ad accettare la condivisione dei sensi*  
DELMAS-MARTY

L'analisi del profilo delle costituzioni contemporanee diventa indispensabile alla discussione dei temi riguardanti l'integrazione alle norme del Tribunale Penale Internazionale. Intesa la nozione di costituzione oltre i confini della mera organizzazione statale, lontano dai "Patti, Carte di Franchigia, Contratti di Colonizzazione, Leggi Fondamentali monarchiche, Contratto Sociale, Illuminismo o Costituzionalismo Liberista"<sup>540</sup>, si ottiene una carta garantista dell'ottemperanza dei diritti individuali e collettivi, richiedendo inserzioni post-positivistiche che sanciscono i valori più cari alla società. Non basta l'obbedienza gerarchica delle regole: il rispetto alla costituzione avviene, questo sì, dalla stretta osservanza ai riferimenti assiologici, etici e morali presenti nel testo costituzionale. Come nel modello odierno le costituzioni hanno forza normativa che oltrepassa il classico positivismo giuridico, la difficoltà si trova in identificare i 'limiti materiali' del TPI, nel caso di un eventuale conflitto con l'ordine costituzionale interno degli Stati Membri.

Come negli altri ordinamenti complessi e democratici avvenuti dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, il potere costituente originario, in Brasile, stabilì certe

---

<sup>540</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 4-8.

‘clausole limitate’<sup>541</sup>, tra le quali ‘i diritti e le garanzie individuali’. Il divieto all’ergastolo, all’extradizione di nazionali, la prescrittibilità dei crimini come regola e il rispetto alla cosa giudicata, sono alcuni esempi d’istituti previsti nella Costituzione brasiliana come ‘garanzie fondamentali’ e ‘diritti individuali e collettivi’. Intanto, la sua ammissibilità nell’ambito internazionale fece con che alcuni autori cogitassero su un’*incostituzionalità intrinseca allo Statuto di Roma*, che “ha luogo quando il trattato, nonostante sia rispettata tutta la procedura costituzionale di conclusione stabilita dal Diritto interno, contiene norme che violano i dispositivi costituzionali”<sup>542</sup>.

La costituzione brasiliana vieta la pena di ‘ergastolo’ ai condannati per atti criminali commessi sul territorio nazionale, divieto, come sopraccitato, che viene espresso nell’elenco dei diritti e delle garanzie fondamentali ritenute ‘clausole limitate’ (art. 5, XLVII, b). Lo Statuto di Roma, d’altra parte, ammette l’ergastolo “se giustificato dall’estrema gravità del crimine e dalla situazione personale del condannato” (art. 77, 1, b). La ‘pena di morte’ non consta dell’elenco di sanzioni presenti nello Statuto. Questa esclusione, però, non fu facilmente accettata da alcuni Stati-parti, in particolare quelle le cui leggi nazionali prevedono l’applicazione della pena capitale. Ruanda, Arabia Saudita, Sierra Leone, Singapore e alcuni paesi caraibici come Trinidad e Tobago, sostennero che sarebbe inaccettabile che ‘criminali internazionali’ avessero un trattamento più blando dal TPI, invece della loro giurisdizione interna; data la gravità dei reati che rientrano nella giurisdizione interna della Corte internazionale, dicevano, solo la pena di morte sarebbe considerata giusta<sup>543</sup>. D’altra parte, molti Stati, compresi gli Stati Uniti (che ammettono la pena di morte nella loro legislazione interna), si opposero alla sua inclusione nello Statuto, che alla fine ha prevalso. Come afferma Tiveron<sup>544</sup>, l’accettazione dell’ergastolo fu l’unico consenso possibile tra le delegazioni le cui divergenze non erano semplicemente tecniche, riflettendo le profonde differenze di valori di base. Infine, la pena di ergastolo fu accettata con reticenze, cercando di ridurre la sua incompatibilità con la costituzione di alcuni paesi, si è convenuto che

---

<sup>541</sup> Art. 60, § 4°, della Costituzione brasiliana: “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”.

<sup>542</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público...*, op. cit., p. 865.

<sup>543</sup> MAIA, Marielle. *Tribunal penal internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 72.

<sup>544</sup> TIVERON, Raquel. *Aspectos históricos, jurídicos, filosóficos e políticos do tribunal penal internacional e seu impacto no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada perante o Centro de Ensino Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, 2005. Disponibile in: <<http://www.uniceub.br/pdf/RaquelTiveron-DissertacaoFinal.pdf>>, consultato il 28 settembre 2011.

potrebbe essere imposta solo se giustificata dalla estrema gravità del reato, e che ci sarebbe stata una revisione obbligatoria della pena, dopo venticinque anni, momento in cui il tribunale avrebbe valutato se la pena di morte dovrebbe o non essere ridotta<sup>545</sup>.

La dottrina, di forma maggioritaria, intende che la sottomissione del Brasile allo Statuto di Roma non comporterebbe l'incostituzionalità dell'emendamento costituzionale n.° 45<sup>546</sup>, sostenendo che i limiti costituzionali patri riguardano il diritto interno, e non l'ordine internazionale. Sylvia Steiner, giudice brasiliano ora in carica presso il Tribunale Penale Internazionale, afferma:

Il Tribunale Penale Internazionale si occupa di reati diversi da quelli previsti dalle Leggi Penali ordinarie, e della dannosità che trascende il territorio nazionale. Così, il divieto costituzionale non potrebbe estendersi al tipo di reato sottomesso alla giurisdizione della Corte. Inoltre, se la stessa Costituzione prevede come principio della Repubblica la guida del Paese, nelle sue relazioni internazionali, dalla prevalenza dei diritti fondamentali, è certo che nelle sue relazioni con la comunità internazionale non potrebbe opporsi alle norme che si riferiscono esclusivamente alla disciplina delle loro istituzioni interne<sup>547</sup>.

Per Bahia<sup>548</sup>, il conflitto è soltanto 'apparente', giacché la Costituzione brasiliana prevede pene più severe (pena di morte in caso di guerra dichiarata dal Presidente della Repubblica - art. 5°, XLVII, *a*), non vi è alcuna ragione per escludere la meno grave (l'ergastolo). Inoltre, si sostiene che la Corte Suprema disapproverebbe "l'estensione transnazionale del divieto della pena all'ergastolo, il che significa che tale

---

<sup>545</sup> Statuto di Roma, art. 110: "3. 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. 4. Al momento del riesame di cui al paragrafo 3, la Corte può ridurre la pena qualora essa constati che una o più delle seguenti condizioni sono realizzate: a) la persona ha, sin dall'inizio ed in modo costante, manifestato la sua volontà di cooperare con la Corte nelle sue inchieste e durante il procedimento; b) la persona ha facilitato spontaneamente l'esecuzione di decisioni ed ordinanze della Corte in altri casi, in modo particolare aiutandola a localizzare e fornendo assistenza per i beni oggetto di decisioni che ne ordinano la confisca, per il pagamento di una sanzione pecuniaria o di un risarcimento che possono essere utilizzati a vantaggio delle vittime; oppure c) altri fattori previsti nel Regolamento di procedura e di prova attestano un cambiamento di circostanze evidente, con conseguenze degne di nota e tali da giustificare la riduzione della pena".

<sup>546</sup> Art. 5°, § 4°, della Costituzione brasiliana, incluso dall'EC 45/2004: "Il Brasile si sottomette alla giurisdizione del Tribunale Penale Internazionale alla cui creazione ha manifestato adesione".

<sup>547</sup> STEINER, Sylvia H. F. *O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira*. O que é Tribunal Penal Internacional - Brasília: Câmara dos Deputados, coordenação de publicações, 2000. Série Ação Parlamentar, n° 110, p. 37.

<sup>548</sup> BAHIA, Saulo José Casali. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA, Salvador, v. 10, 2002, p. 45-50.

estensione senza l'appoggio su un trattato o legge non può essere applicata”<sup>549</sup>. Sono citati, inoltre, casi in cui la Corte Costituzionale brasiliana non avrebbe impedito l'estradizione passiva in situazioni in cui la persona estradata avrebbe sofferto, nello Stato richiedente, la pena del carcere a vita<sup>550</sup>. Succede che l'attuale comprensione della Corte Suprema è un'altra, come si può vedere dal voto del ministro Celso de Melo, nella Estradizione 855, giudicata il 26/08/2004:

L'estradizione sarà concessa solo dalla Corte Suprema, nel caso di fatti punibili con l'ergastolo, se lo Stato richiedente s'impegnerà, formalmente, dinanzi al Governo Brasiliano, di commutarla in pena non superiore alla durata massima consentita dalla legge penale del Brasile (art. 75 CP), giacché, le richieste di estradizioni - di cui all'art. 5º, XLVII, 'b', della Costituzione della Repubblica, vieta le sanzioni penali di carattere perpetuo - essendo necessariamente soggette all'autorità gerarchico-normativa della Legge Fondamentale brasiliana. Dottrina. Nuova comprensione derivata dal riesame da parte della Corte Suprema nella sua giurisprudenza in materia di estradizione passiva.

Tale decisione rifletterà su un altro istituto previsto dallo Statuto di Roma, quello del 'surrender'. Ai sensi dell'art. 5º, LI, della Costituzione brasiliana, “nessun brasiliano sarà estradato, tranne il naturalizzato, nel caso di reato comune commesso prima della naturalizzazione, o di provato coinvolgimento nel traffico di stupefacenti e farmaci simili, secondo la legge”. Lo Statuto di Roma, a sua volta, può richiedere 'consegna di individuo' a qualsiasi Stato in cui territorio si trovi (artt. 58, 5; 89, 1).

Spesso si confonde l' 'estradizione' con l' 'atto di consegna previsto dal TPI': la prima, vietata dalla Costituzione brasiliana in relazione ai brasiliani nati, è l' istituto tradizionale nella cooperazione giudiziaria internazionale, che esiste quando uno Stato consegna un individuo accusato o già condannato per un reato alla giustizia di un altro Stato, competente per giudicarlo e punirlo; l'ultimo (*surrender*), avviene nel caso specifico di adempimento di un ordine fatto da un'organizzazione di protezione internazionale dei diritti umani, come il TPI<sup>551</sup>. Così, l' 'estradizione' è la consegna di

---

<sup>549</sup> In questo senso: RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. In: “Tribunal Penal Internacional”. CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.). São Paulo: RT, 2000, p. 274.

<sup>550</sup> Esempio: *caso Russel Weisse* (Estradizione n.º 426, giudicato dal STF il 04/09/1985), il cui emendamento è il seguente: "1. Processo che soddisfa le condizioni necessarie per la consegna della persona interessata. 2. Il Tribunale intende, a maggioranza, non fare riserva per la commutazione dell'ergastolo in pena restrittiva della libertà, per mancanza di previsione dalla legge o dal trattato. 3. Richiesta di estradizione concessa”.

<sup>551</sup> RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira...*, op. cit., p. 268.

un individuo da uno Stato ad un altro, in conformità a un trattato, convenzione o diritto interno; *'surrender'*, a sua volta, è la consegna di un individuo da uno Stato alla Corte, in conformità a quanto disposto dallo Statuto di Roma. Mentre l'*'estradizione'* è un atto di collaborazione *orizzontale*, perché si verifica quando uno stato mette l'individuo a livello fisico a disposizione della Corte di un altro Stato, il *'surrender'* si manifesta *verticalmente*, in quanto è l'atto tramite il quale uno Stato trasferisce determinata persona a una Corte Internazionale alla quale appartiene<sup>552</sup>. In Brasile, non vi è alcun ostacolo costituzionale all'adempimento dell'*'ordine di consegna'* di un accusato nazionale al TPI, poiché la Costituzione vieta solo *'l'estradizione'* dei cittadini. Tuttavia, se si mantiene la posizione sopraccitata della Corte Costituzionale, si ritiene che il *surrender* sarà consentito solo se la Corte Penale Internazionale si sarà impegnata a non imporre la pena di carattere perpetuo<sup>553</sup>.

Sulla materia attinente alla *'prescrizione'*, in Brasile, tranne che in due casi (il razzismo e le attività di gruppi armati, civili o militari, contro l'ordine costituzionale e lo Stato democratico - art. 5°, XLIII e XLIV, della Costituzione), la regola è la possibilità di prescrizione dei reati. Lo Statuto di Roma, però, ha una regola contraria al riguardo: "I crimini di competenza della Corte non sono soggetti ad alcun termine di prescrizione" (art. 29). Sono varie le prospettive su cui si basano la *prescrizione*. Tre gruppi, tuttavia, meritano particolare menzione: il primo si basa sulla situazione soggettiva del reo, invocando la sua mancanza di identità personale prodotta dal passaggio del tempo, le sofferenze da lui subite nel corso degli anni o anche l'emendamento rivelatore della non-commissione dei crimini durante tale periodo; il secondo gruppo si basa sull'ottica dello Stato, ritenendo che l'usura del tempo rende difficile la ricostruzione delle prove, aggiungendo incertezza al processo e rendendo possibile l'errore giudiziario; il terzo richiama il punto di vista sociale, sia perché il corso degli anni indebolisce l'allarme collettivo creato dal danno, sia perché questo non farà parte della memoria delle nuove generazioni e, alla fine, viene dimenticato dalla

---

<sup>552</sup> SALIM, Alexandre Aranalde. *Teoria da Norma Penal...*, op. cit., p. 159-160.

<sup>553</sup> In un altro processo (Estradizione 994, giudicato 19/12/2005), il STF decise: "Data la possibilità di comminazione della pena all'ergastolo, si deve osservare l'attuale giurisprudenza di questa Corte Suprema per esigere che lo Stato richiedente si impegni in non applicare questo tipo di pena, meno ancora la pena capitale, in caso di condanna dell'impunito (Ext. 855). L'estradizione è concessa con le restrizioni di cui sopra".

generazione che l'ha vissuto<sup>554</sup>. Tuttavia, dopo la Seconda Guerra Mondiale e a conoscenza dell'estensione delle atrocità naziste, il diritto penale internazionale passò a non riconoscere più la prescrizione. Per quanto riguarda le violazioni internazionali dei diritti umani, la non-prescrizione fu affermata dalla 'Convenzione delle Nazioni Unite' del 26 novembre 1968, che dispose sulla "imprescrittibilità dei crimini di guerra e contro l'umanità". A sua volta, la 'Convenzione Europea sull'imprescrittibilità dei Crimini contro l'Umanità e dei Crimini di guerra', tenutasi a Strasburgo nel 1974, indica che l'imprescrittibilità risulta dalla necessità di salvaguardare la dignità umana in tempo di guerra e in tempo di pace, sperando che la repressione di questi crimini non trovi mai nell'estinzione, a causa del corso di tempo, del processo penale o dell'esecuzione della pena, uno ostacolo.

Velloso elenca alcuni argomenti su cui si basano l'imprescrittibilità dei crimini internazionali: a) la prescrizione non è un diritto naturale o una libertà fondamentale, poiché non è riconosciuta da tutti gli ordinamenti giuridici (nei paesi di tradizione giuridica derivante dal *common law*, per esempio, l'istituto viene praticato in proporzioni abbastanza limitate); b) la prescrizione non è 'diritto comune', perché i crimini internazionali hanno come vittima l'essere umano, in modo che la sua repressione non dovrebbe essere disciplinata dai principi del diritto interno; c) l'impossibile dimenticanza e l'improbabile pentimento improbabile: si confuta, qui, il 'principio della dimenticanza', fondamento classico dell'istituto di prescrizione penale, che non si applicherebbe ai crimini contro l'umanità; d) l'argomento di espiazione morale respinto: si svuotano le tesi soggettiviste, che esaltano la trasformazione dell'identità dell'autore del reato a causa del corso del tempo di tempo (l'idea del pentimento non esiste per il genocida); e) l'esemplarità richiesta: se gli autori dei crimini contro i diritti umanitari agiscono in circostanze specifiche, difficili da riprodurre più tardi, e se la ricorrenza, in questi casi, è necessariamente poco probabile, la punibilità esemplare produrrebbe il cambiamento delle ideologie criminali; f) la prova facilitata: la

---

<sup>554</sup> In questo senso: GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal*, Parte Geral, vol. 2. São Paulo: RT, 2007, p. 928; JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 18-20; SALIM, Alexandre Aranalde. *Teoria da Norma Penal...*, op. cit., p. 165.

dottrina dell'imprescrittibilità confuta la tesi del deperimento delle prove nel corso del tempo<sup>555</sup>.

Per quanto riguarda l'ordine costituzionale interno, s'intende che la Costituzione brasiliana restringe l'imprescrittibilità a due crimini, il che non significa che questo elenco non possa essere esteso, specialmente a causa del trattato internazionale di protezione ai diritti umani, evitando, con questo, una possibile impunità dei delitti praticati contro l'umanità.

Un altro apparente conflitto tra il trattato di Roma e l'ordine costituzionale brasiliano riguarda l'istituzione della 'cosa giudicata'. Ai sensi dell'art. 5°, XXXVI, della Costituzione brasiliana, "la legge non pregiudicherà il diritto acquisito, l'atto giuridico perfetto e la cosa giudicata". Lo Statuto di Roma, però, ammette un nuovo processo in due ipotesi: "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: a) mirava a sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale per crimini di competenza della Corte; o b) in ogni caso non era stato condotto in modo indipendente ed imparziale, nell'aspetto delle garanzie di un processo equo previste dal diritto internazionale, o era stato condotto in modo da essere incompatibile, date le circostanze, con l'intenzione di assicurare la persona interessata alla giustizia" (art. 20, 3).

Si sostiene, in primo luogo, che non esiste condizione di gerarchia tra il TPI e il STF, in quanto assente il rapporto giuridico tra la decisione interna e la decisione internazionale. Come affermato da Ramos in una situazione simile, ciò avviene con la Corte Interamericana dei Diritti Umani, la cui giurisdizione fu riconosciuta dal Brasile con il Decreto Legislativo 89/98. Questa Corte potrà analizzare la responsabilità internazionale dello Stato brasiliano per violazioni dei diritti umani, anche quando l'atto ritenuto violatore della Convenzione Americana dei Diritti Umani sia stato rilasciato dalla propria Corte Costituzionale<sup>556</sup>.

---

<sup>555</sup> VELLOSO, Ana Flavia. *A imprescritibilidade dos crimes internacionais*. Disponibile in: <[http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Ana\\_Flavia\\_Velloso\\_a\\_imprescritibilidade.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Ana_Flavia_Velloso_a_imprescritibilidade.pdf)>, consultato il 29 de setembro de 2011.

<sup>556</sup> RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira...*, op. cit., p. 278.

Inoltre, se il TPI “è complementare alle giurisdizioni penali nazionali” (art. 1° dello Statuto di Roma), tale sussidiarietà potrebbe, in teoria, portare a processi ingannatori, formalmente istituiti con il solo scopo di proteggere della giurisdizione penale internazionale i rispettivi responsabili. Come gli Stati hanno il dovere di cooperare nella detenzione, estradizione e punizione degli accusati di crimini di guerra e crimini contro l'umanità<sup>557</sup>, giudicandoli o consegnandoli a organi internazionali, la simulazione di un processo dimostra, ovviamente, che il requisito di cui sopra non fu rispettato in modo soddisfacente, facendo con che il TPI ordini la consegna dei responsabili a un nuovo processo, questa volta serio e dinanzi al diritto penale internazionale.

La Costituzione brasiliana, nella sua prefazione, definisce la società brasiliana come una società fraterna e pluralista, fondata sull'armonia sociale e impegnata, sul piano interno e internazionale, a risolvere pacificamente i conflitti, avendo come valori la libertà, la sicurezza, il benessere, lo sviluppo, l'uguaglianza e la giustizia<sup>558</sup>. La dignità della persona umana è ‘fondamento’ (art. 1°, III della Costituzione) e la prevalenza dei diritti umani è ‘principio’ (art. 4°, II, della Costituzione) della Repubblica Federativa del Brasile. Inoltre, l'8 dicembre 2004 fu sancito l'Emendamento Costituzionale n.° 45, che, oltre a conferire *status* costituzionale ai trattati sui diritti umani, afferma che il Brasile si sottopone alla giurisdizione del Tribunale Penale Internazionale<sup>559</sup>. Così, da una comprensione del contesto della tradizione giuridica, la conclusione non può essere altra che la compatibilità tra le regole del TPI e delle norme costituzionali brasiliane: infatti, non avrebbe ragione per il Brasile, in un primo momento, propugnare per la formazione di un tribunale internazionale dei diritti umani<sup>560</sup>, come è il caso della Corte Penale Internazionale, e dopo utilizzare la stessa costituzione per ostacolare il funzionamento di tale istituzione.

---

<sup>557</sup> Risoluzione 3074 (XXVIII) dell'Assemblea Generale dell'ONU, del 3 dicembre 1973.

<sup>558</sup> Prefazione della Costituzione brasiliana: “Noi, rappresentanti del popolo brasiliano, riuniti nell'Assemblea Nazionale Costituente per istituire uno Stato Democratico, destinato ad assicurare l'esercizio dei diritti sociali e individuali, la libertà, la sicurezza, il benessere, lo sviluppo, l'uguaglianza e la giustizia come valori supremi di una società fraterna, pluralista e senza pregiudizi, fondata sull'armonia sociale e impegnata, sul piano interno e internazionale, a risolvere pacificamente i conflitti, promulghiamo, con la protezione di Dio, la seguente COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA FEDERALE DEL BRASILE”.

<sup>559</sup> Art. 5° della Costituzione brasiliana: “§ 3°. I trattati e convenzioni internazionali sui diritti umani approvati, in ciascuna Casa del Congresso Nazionale, in due turni, per tre quinti dei voti dei rispettivi membri, saranno equivalenti agli emendamenti costituzionali. § 4°. Il Brasile si sottomete alla giurisdizione del Tribunale Penale Internazionale alla cui creazione abbia manifestato adesione”.

<sup>560</sup> Art. 7° dell'Atto delle Disposizioni Costituzionali Transitorie: “Il Brasile propugnerà per la formazione di un tribunale internazionale dei diritti umani”.

Come gli altri Stati-parti, il Brasile non perde la sovranità quando aderisce allo Statuto di Roma e osserva i suoi precetti. Al contrario: per il semplice fatto di partecipare a un trattato multilaterale come questo<sup>561</sup>, lo Stato riafferma la sua sovranità e dimostra che la preoccupazione della comunità internazionale riguardante i diritti umani è anche sua.

Lo Statuto di Roma, però, non è immune a critiche. Nonostante l'innegabile progresso portato, giacché la creazione del TPI rappresenta l'istituzione della garanzia secondaria nell'ambito internazionale, vi sono lacune e antinomie che denotano l'ineffettività strutturale' del Trattato, come sarà discusso nel prossimo item.

### **3.2 Colmando lacune e risolvendo antinomie: l'ineffettività strutturale dello Statuto di Roma**

*Qualunque siano le ragioni di base per il fallimento dell'allargamento della giurisdizione delle corti e dei tribunali penali internazionali a queste tre categorie di crimini, si può solo guardare con profondo rammarico la limitazione dell'ambito di applicazione della giustizia penale internazionale.*

CASSESE

*(sui crimini di aggressione, tortura e terrorismo)*

Come analizzato nella prima parte di questa tesi (item 2.2), la 'democrazia sociale', nella teoria di Luigi Ferrajoli, assume la quarta dimensione della 'democrazia costituzionale', garante della proposta di materializzazione della 'democrazia liberale'. Sulla base della democrazia sociale si fondano i diritti sociali, i cosiddetti *diritti fondamentali primari positivi*, come definito dal maestro italiano<sup>562</sup>, giacché a proposito delle aspettative di prestazione da parte del potere statale, vincolandolo a ciò che è obbligatorio decidere. Tuttavia, per l'introduzione delle sue rispettive garanzie - siano le *primarie* o *secondarie* -, i diritti fondamentali richiedono le 'leggi d'attuazione', cui

---

<sup>561</sup> Alla fine dei lavori della Conferenza Di Roma, il 17 luglio 1998, Kofi Annan, allora Segretario Generale dell' ONU, ha descritto la creazione di una Corte Penale Internazionale permanente "come un presente della speranza per le future generazioni e un gigantesco passo avanti nella marcia dei Diritti Umani Internazionali e nell'obbedienza alla Legge", aggiungendo che si trattava di "una conquista la quale, alcuni anni fa, nessuno credeva essere possibile". In: CHOUKR, Fauzi Hassan. *O Brasil e o Tribunal Penal Internacional - Abordagem Inicial à Proposta de Adaptação da Legislação Brasileira*. "O Direito Penal no Estatuto de Roma". AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 61.

<sup>562</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 392.

assenza dell'una o dell'altra viene identificata nel paradigma garantista come *ineffettività strutturale*<sup>563</sup>. L'autore afferma:

C'è infine un ultimo tipo di ineffettività che occorre identificare e che è certamente il più grave: è quello che chiamerò *'ineffettività strutturale'* o di sistema, e che dipende dalle lacune di garanzia, siano esse primarie o secondarie, determinate dall'inosservanza delle norme sulla produzione. In particolare, chiamerò *'ineffettività strutturale primaria'* ineffettività strutturale consistente in una lacuna di norme primarie e *'ineffettività strutturale secondaria'* quella consistente in una lacuna di norme secondarie<sup>564</sup>.

Si è visto che Ferrajoli chiama *forte* un diritto provvisto di garanzie primarie e secondarie<sup>565</sup>. Sono *primarie* le garanzie 'sostanziali', o di 'primo grado', volte appunto a realizzare l'effettività dei diritti soggettivi. Sono *secondarie* le garanzie 'strumentali', o di 'secondo grado', le quali sono volte ad assicurare quanto meno un'effettività secondaria, tramite l'annullabilità o la responsabilità per gli atti commessi in violazione delle prime<sup>566</sup>. Le garanzie *secondarie*, come si è visto, sono sussidiarie alle garanzie *primarie*, volte all'effettuazione dei diritti positivamente lesati/minacciati di lesione o prestazione, attuando tramite criteri coercitivi, in cui l'uso regolato della forza è la propria negazione della legge del più forte e della logica del potere selvaggio<sup>567</sup>.

Il tema, nonostante sia specialmente fecondo nell'ambito dei rapporti internazionali, verrà limitato, in questa tesi, all'analisi del Trattato di Roma.

Innanzitutto, mancano le 'garanzie primarie' dinanzi alla competenza limitata dello Statuto di Roma, che non raggiunge il terrorismo internazionale, il narcotraffico, il commercio di armi, le organizzazioni mafiose multinazionali, gli attacchi devastanti all'ambiente e alla salute e i colpi di stato.

Con gli attentati dell'11 settembre 2001, si può dire che l'ordine internazionale, a livello simbolico, si è polarizzato tra 'amici' e 'nemici'<sup>568</sup>, in uno stato hobbesiano dove i problemi di sicurezza ebbero un posto di rilievo. Sono cambiate priorità, alleanze e partnership degli attori principali (Stati Uniti, UE, Cina, Russia e

---

<sup>563</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 1, p. 695-701, e vol. 2, p. 79.

<sup>564</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 1, p. 699.

<sup>565</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 1, op. cit., p. 694-5.

<sup>566</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 1, op. cit., p. 668-9.

<sup>567</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, vol. 1, op. cit., p. 869.

<sup>568</sup> Sul tema: SCHMITT, Carl. *O Conceito de Político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

Giappone), con il terrorismo, come affermato da Barbosa<sup>569</sup>, inserito al centro dell'agenda internazionale, dove rimarrà come un fatto permanente nella cooperazione per la sicurezza e la formulazione di politica estera di tutti i paesi. Per Cunha<sup>570</sup>, anche processi integrazionisti di tipo economico, come il 'Mercato Comune del Sud' (Mercosul) e l' 'Associazione delle Nazioni del Sudest Asiatico' (ASEAN - *Association of Southeast Asian Nations*), furono costretti a prendere in considerazione gli aspetti di sicurezza più seriamente. Nonostante non esista interesse unanime in una 'cooperazione internazionale contro il terrorismo'<sup>571</sup>, il Consiglio di sicurezza dell'ONU presta particolare attenzione alla questione, e elenca sul suo sito ufficiale<sup>572</sup>, 29 risoluzioni antiterroristiche<sup>573</sup>.

Succede che, nonostante definito dalle Nazioni Unite<sup>574</sup>, lo Statuto di Roma non elenca il 'terrorismo internazionale' tra i crimini internazionali che sono sotto la giurisdizione del TPI. Anzi, per quanto riguarda la possibilità di esercitare la sua giurisdizione su terrorismo e il traffico internazionale di stupefacenti, la Corte Penale Internazionale cita<sup>575</sup>:

Nella conferenza di Roma gli stati non raggiunsero un accordo sulla definizione di terrorismo. Alcuni Stati ritennero che il trattamento dei crimini legati agli stupefacenti comporta problemi di indagine che eserciterebbero troppa pressione sui ricorsi della Corte. Altri ancora sostennero che questi crimini notori e dannosi non dovrebbero sfuggire alla giurisdizione della Corte. Per rispondere a questa

---

<sup>569</sup> BARBOSA, Rubens Antônio. *Os Estados Unidos pós 11 de setembro de 2001: implicações para a ordem mundial e para o Brasil*. In: *RBPI* 1, 2002, p. 72, 81-2.

<sup>570</sup> CUNHA, Ciro Leal M. da. *Terrorismo internacional e política externa brasileira após o 11 de setembro*. Dissertação apresentada no Mestrado em Diplomacia do IRBr, Brasília, 2010. Disponibile in <[http://www.direitointernacional.org/arquivos/20100603050127\\_arquivo.pdf](http://www.direitointernacional.org/arquivos/20100603050127_arquivo.pdf)>, consultato nel 05 ottobre 2011.

<sup>571</sup> Nye Jr. afferma che non vi è unanimità nella produzione del bene "no terrorism", in quanto ci sono gli Stati che utilizzano o sostengono il terrorismo. In: NYE JR., Joseph Samuel. *A North American perspective*. "The Trilateral Commission - Addressing the new international terrorism: prevention, intervention and multilateral cooperation". Washington D.C., The Trilateral Commission, 2003, p. 05-14.

<sup>572</sup> Disponibile in <<http://www.un.org/Docs/sc/>>, consultato il 05 ottobre 2011.

<sup>573</sup> Nella recente data del 31 gennaio 2012, il Consiglio di sicurezza dell'ONU ha chiesto un approccio coordinato e globale, per garantire la soluzione ai problemi incontrati nella regione del Sahel, che includono una crisi umanitaria, la mancanza di sviluppo socioeconomico, l'insicurezza e la minaccia del terrorismo. Disponibile in <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=41095&Cr=sahel&Cr1=>>>, consultato il 31 gennaio 2012.

<sup>574</sup> Risoluzione A/RES/50/53 dell'ONU, del 11 dicembre 1995: "gli atti criminali internazionali o calcolati per provocare uno stato di terrore nel pubblico in generale, realizzati da gruppi di persone o singoli per scopi politici, in ogni circostanza ingiustificabile, a prescindere dalle considerazioni di natura politica, filosofica, ideologica, razziale, etnica, religiosa o di altro tipo che possono essere invocate per giustificare tali atti". Disponibile in <<http://www.un.org/documents/ga/res/50/a50r053.htm>>, consultato il 05 ottobre 2011.

<sup>575</sup> Sito "domande e risposte" del TPI, disponibile in <<http://www.un.org/spanish/law/cpi.htm>>, consultato il 05 ottobre 2011.

preoccupazione la Conferenza di Roma approvò una risoluzione che raccomanda che la Conferenza di Riesame prenda in considerazione l'inclusione di tali crimini nella giurisdizione della Corte. Questa potrà, quindi, esercitare la propria giurisdizione sui crimini di terrorismo e traffico di stupefacenti avendo l'approvazione della Conferenza di Riesame.

Per Krieger, l'inclusione del 'terrorismo internazionale' nello Statuto di Roma incontrò forte opposizione della 'Lega degli Stati Arabi', soprattutto a causa del sostegno dato all' 'Organizzazione per la Liberazione della Palestina', quanto agli attacchi contro Israele<sup>576</sup>. Cassese, a sua volta, afferma che il principale motivo di esclusione del terrorismo nell'ambito della giurisdizione del TPI fu esattamente la mancanza di una definizione concettuale condivisa di questo crimine<sup>577</sup>.

L' 'ineffettività di primo grado'<sup>578</sup> del Trattato di Roma, in questo quesito, è evidente. Se mancassero, per garantire il diritto alla vita o il diritto di proprietà, norme penali contro l'omicidio o il furto, questi atti, in base al principio di stretta legalità penale, non sarebbero punibili come reati<sup>579</sup>. Questo è esattamente ciò che accade con il terrorismo che, come detto, non rientra nello Statuto di Roma come un crimine internazionale sotto la giurisdizione del TPI. Lo stesso vale per il traffico internazionale di stupefacenti e di armi, per i crimini ambientali di proporzioni sovranazionali, per le aggressioni provenienti dalle nuove tecnologie virtuali e informatiche, per le organizzazioni mafiose internazionali e per i colpi di stato. Come si è visto nella prima parte di questo studio (capitolo 2, item 2.2), la tutela dei diritti fondamentali già incorporati dall'ordinamento (*principia iuris et in iure*) è il presupposto garantista per un modello di *democrazia costituzionale*, che coinvolge non solo il 'diritto' come pure la 'garanzia dei diritti'. Sono proprio i *principia iuris tantum* ad esprimere, in un ordinamento nomo-dinamico, il 'dover essere' del diritto stabilito dal proprio diritto e, pertanto, la normatività dei *principia iuris et in iure*. In altre parole: sono i *principia iuris tantum* che, dando l'unità, la completezza e la coerenza, impongono all'ordinamento stesso l'introduzione di garanzie primarie e secondarie<sup>580</sup>.

---

<sup>576</sup> KRIEGER, César Amorim. *Direito internacional humanitário: o precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 167.

<sup>577</sup> CASSESE, Antonio. *Lineamenti di diritto Internazionale penale - II. Diritto sostanziale*. Bologna: Il Mulino, 2005, p. 167-8.

<sup>578</sup> "L'ineffettività di primo grado è l'ineffettività delle garanzie primarie". In: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 1, p. 697.

<sup>579</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 1, p. 673.

<sup>580</sup> FERRAJOLI, *Principia iuris...*, op. cit., vol. 1, p. 30.

In questo senso, meritano speciale attenzione le Disposizioni Finali contenute nello Statuto (articoli 121 al 123), perché prevedono emendamenti o alterazioni al Trattato di Roma dopo sette anni dalla sua entrata in vigore, consentendo una revisione al fine di migliorare i punti controversi e colmare le lacune che possano esistere, compresa l'introduzione di altri crimini di ambito internazionale, 'considerati gravi e che influenzano la comunità internazionale nel suo insieme'. Come afferma Ferrajoli,

Senza diritto penale (...) non sarebbero garantiti, in forza del principio *nullum crimen sine lege*, neppure il diritto alla vita e i diritti di libertà: e questo dovrebbe bastare a mostrare l'assurdità dell'abolizione penale, equivalente all'abolizione delle garanzie primarie, oltre che delle garanzie secondarie, dei diritti e di altri beni ritenuti fondamentali<sup>581</sup>.

Altra 'ineffettività strutturale' dello Statuto di Roma vincolata all'assenza di 'garanzia primaria' riguarda il *crimine di aggressione*. Come si è visto nella seconda parte di questa tesi (capitolo 1, item 1.2), l'art. 5° dello Statuto di Roma inserì il crimine di aggressione come un altro delitto sotto la giurisdizione della Corte Penale Internazionale, condizionando l'esercizio di tale giurisdizione, tuttavia, a una ulteriore definizione dei suoi elementi, che si sarebbe verificata solo nel 2010, in una conferenza riesame. Tuttavia, nonostante esista oggi il concetto di 'crimine di aggressione', l'effettivo esercizio della giurisdizione del TPI sul tema è ancora un'incognita. Questo perché, dal 1° gennaio 2017, la stessa maggioranza degli Stati-parti necessaria all'approvazione di un emendamento allo Statuto deciderà se la Corte, infine, potrà, o no, cominciare a giudicare questi crimini.

Vi è, in secondo luogo, l'ineffettività di secondo grado<sup>582</sup> nello Statuto di Roma dinanzi all'introduzione del 'principio di complementarità', in base al quale il TPI solo sarà legittimato all'esercizio della sua giurisdizione internazionale se lo Stato Parte non potrà, per primo, esercitare la sua giurisdizione interna<sup>583</sup>. Ciò significa che la Corte Penale Internazionale interverrà soltanto se ci sarà l'inerzia, l'incapacità o la 'non

---

<sup>581</sup> FERRAJOLI, *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 79.

<sup>582</sup> "L'ineffettività di secondo grado è l'ineffettività delle garanzie secondarie". In: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 1, p. 697.

<sup>583</sup> Art. 1° dello Statuto di Roma: "È istituita una Corte penale internazionale ('la Corte') in quanto istituzione permanente che può esercitare il suo potere giurisdizionale sulle persone fisiche per i più gravi crimini di portata internazionale, ai sensi del presente Statuto. Essa è complementare alle giurisdizioni penali nazionali. La sua giurisdizione ed il suo funzionamento sono regolati dalle norme del presente Statuto".

volontà' degli Stati-parti a processare e giudicare i responsabili di crimini previsti dallo Statuto di Roma.

Questo crea un dilemma: come non vi è alcuna sottrazione della competenza nazionale, il TPI attua solo quando vi è previo esaurimento dei ricorsi interni degli Stati-parti. Succede che il Trattato di Roma non fu ratificato da alcune grandi potenze (Cina, Russia, Giappone, India, Israele, Arabia Saudita, Corea del Nord, Pakistan e Indonesia), in particolare dagli Stati Uniti.

Il governo nordamericano firmò 'accordi bilaterali di immunità' (*bilateral immunity agreements* - BIAs) con vari paesi, in modo che essi non consegnino cittadini statunitensi alla Corte Penale Internazionale, minacciando, come forma di pressione, la sospensione degli aiuti militari ed economici. Circa 100 Stati firmarono tali 'BIAs'; altri 54 (tra cui Brasile, Sudafrica, Croazia, Costa Rica, Ecuador, Perù, Kenya, Namibia, Samoa, e Trinidad e Tobago) continuano a resistere alla pressione nordamericana e, pubblicamente, si pronunciano contro gli accordi bilaterali di immunità<sup>584</sup>.

Gli Stati Uniti si oppongono alla CPI affermando che i loro cittadini - principalmente militari e funzionari governativi - sarebbe soggetti a processi motivati politicamente. Sostengono che lo Statuto di Roma non prevede un maggior controllo del Tribunale o dei suoi giudici, né impone loro di rispondere adeguatamente al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite o al qualsiasi altro organismo democraticamente eletto, lo che consentirebbe l'instaurazione di processi contro pubblici impiegati e militari americani che sono particolarmente vulnerabili di fronte al 'ruolo unico dell'America nel campo della sicurezza globale'<sup>585</sup>. Il mancato interesse degli Stati Uniti in collaborare con il TPI raggiunge il suo apice con l' "American Service-Members' Protection Act"<sup>586</sup> (Atto di Protezione dei Membri del Servizio degli Stati Uniti), edito il 30 luglio 2003, che vieta la Corte Penale Internazionale di esercitare la sua giurisdizione sui cittadini americani, dando al loro Presidente la prerogativa di usare 'tutti i mezzi necessari ed adeguati' per salvare e liberare questi prigionieri dal (o per conto) del TPI.

---

<sup>584</sup> Dati disponibili in: <[http://www.coalitionfortheicc.org/documents/CICCFIS\\_BIAstatus\\_current.pdf](http://www.coalitionfortheicc.org/documents/CICCFIS_BIAstatus_current.pdf)>, consultato il 06 ottobre 2011.

<sup>585</sup> TIVERON, Raquel. *Aspectos históricos, jurídicos, filosóficos e políticos do tribunal penal internacional e seu impacto no ordenamento jurídico brasileiro...*, op. cit., p. 129.

<sup>586</sup> Disponibile in: <<http://www.state.gov/t/pm/rls/othr/misc/23425.htm>>, consultato il 06 ottobre 2011.

È noto che la giurisdizione del TPI è molto più ristretta di quella degli Stati Parti: in primo luogo, dinanzi alla sua competenza *ratione materiae*, che ricade solo su quattro tipi di crimini (genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimini di aggressione); in secondo luogo, dinanzi alla sua competenza *ratione temporis*, che può essere esercitata solo dopo l'entrata in vigore dello Statuto di Roma; in terzo luogo, in vista della sua competenza *ratione personae*, che ricade solo sulle persone fisiche (sono esclusi della giurisdizione del TPI, quindi, gli Stati e altre organizzazioni internazionali). Questa restrizione, insieme alla necessità di 'complementarietà' o 'sussidiarietà', denota un'evidente ineffettività strutturale dello Statuto.

A differenza dei Tribunali Internazionali per l'ex-Jugoslavia<sup>587</sup> e per il Ruanda<sup>588</sup>, che stabilivano una *giurisdizione concorrente* con la giurisdizione delle corti nazionali, la regola nel TPI, come detto, è la *sussidiarietà*. Ciò significa che la Corte Penale Internazionale esercita la sua giurisdizione solo se: a) le giurisdizioni nazionali 'non sono in grado' o 'non vogliono'; b) il reato è molto grave; e c) non esiste la cosa giudicata (art. 17, 1 del Trattato di Roma). Come afferma Jankov<sup>589</sup>, il più grande difetto dello Statuto per quanto riguarda il coordinamento delle giurisdizioni penali internazionali si trova nel prefazione, il quale non dichiara esplicitamente che gli Stati sono competenti a titolo complementare a processare e giudicare i crimini descritti, secondo il principio della giurisdizione universale, affermando soltanto che "è dovere di ogni Stato esercitare la propria giurisdizione penale nei confronti dei responsabili di crimini internazionali" e che "il Tribunale Penale Internazionale, istituito dal presente Statuto, è complementare alle giurisdizioni penali nazionali". Lo statuto non comprende l'importanza della definizione del diritto di esercizio della giurisdizione universale, così

---

<sup>587</sup> Art. 9° del TPIJ: "Competenza concorrente. 1 - Il Tribunale Internazionale e i tribunali nazionali hanno competenza concorrente per perseguire le persone per gravi violazioni del diritto umanitario internazionale commesse nel territorio dell'ex Jugoslavia a partire dal 1° gennaio 1991. 2 - Il Tribunale Internazionale ha prevalenza sui giudici nazionali. In ogni fase del processo, il Tribunale Internazionale può richiedere formalmente ai giudici nazionali a rinunciare alla loro competenza in suo favore, in conformità del presente Statuto e dal Regolamento di procedura e di prova della Corte Internazionale".

<sup>588</sup> Art. 8° del TPIR: "Competenza concorrente. 1 - Il Tribunale Internazionale per il Ruanda e i tribunali nazionali hanno competenza concorrente per perseguire le persone per gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio del Ruanda, e i cittadini del Ruanda per le violazioni commesse nel territorio degli Stati vicini, tra il 1° gennaio 1994 al 31 dicembre 1994. 2 - Il Tribunale Internazionale per il Ruanda ha prevalenza sui giudici nazionali di tutti gli Stati. In ogni fase del processo, il Tribunale internazionale per il Ruanda può richiedere formalmente ai giudici nazionali di rinunciare alla giurisdizione di fronte a del presente Statuto e del regolamento di procedura e di prova del Tribunale internazionale per il Ruanda".

<sup>589</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal...*, op. cit., p. 237.

come la determinazione delle sue condizioni minime obbligatorie, vale a dire, l'applicazione della massima *aut dedere aut judicare*<sup>590</sup>.

D'altra parte, quest' 'ineffettività di secondo grado' esiste anche perché la Corte Penale Internazionale non avere mezzi per attuare direttamente le proprie decisioni. Per Bassiouni, un modello ideale di 'esecuzione diretta' dovrebbe includere non solo un organo giudicante, ma anche essere un sistema internazionale di giustizia penale verticalmente integrato e globale, costituito da tutti i componenti individuati nei sistemi di giustizia penale interni: indagini, procedure, decisioni, sanzioni e esecuzione delle pene. I Tribunali Militari Internazionali di Norimberga e di Tokyo ne sono stati esempi. Poiché il TPI, secondo l'autore, non può essere considerato

un sistema di attuazione verticalmente integrato e globale della giustizia penale internazionale, poiché deve fidarsi della cooperazione degli Stati per l'arresto e la consegna degli imputati all'assistenza giudiziaria e per l'adempimento delle loro sentenze. Inoltre, le obbligazioni di cooperare con la Corte e di assisterla, sono volte soltanto a quelli Stati che possono diventare parti della Convenzione che l'ha istituita. Ciò rende la Corte Penale internazionale un foro giudiziario internazionale, ma non un sistema globale di giustizia penale internazionale<sup>591</sup>.

Questo modello 'indiretto' di esecuzione dipende dagli Stati che, volontariamente, acconsentono a far parte dell'accordo multilaterale, vincolandosi alla comunità internazionale. In conformità all'art. 98(1) dello Statuto, "La Corte non può presentare una richiesta di assistenza che costringerebbe lo Stato richiesto ad agire in modo incompatibile con gli obblighi che gli 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". L' 'ineffettività strutturale' della Corte, a tale riguardo, si fa presente un'altra volta: mentre l'articolo 27 stabilisce che la qualifica ufficiale di un individuo non lo esime dalla responsabilità, l'articolo 98 stabilisce che le immunità saranno accettate dallo Statuto. L' 'antinomia' resta ancora più evidente a fronte della formulazione ambigua dell'articolo 98, che non chiarisce se il costume e i

---

<sup>590</sup> La locuzione *aut dedere aut judicare* è un addattamento moderno della espressione usata da GROZIO: *aut dedere aut punire* (estraditare o punire). Nelle parole di GROZIO (1625): "Uno Stato di solito non permette che altro Stato invii un esercito armato al suo territorio per arrestare i criminali di guerra che vogliono punire. È necessario che lo Stato del territorio in cui si trova il colpevole sia convinto di due cose: che esso stesso punisca il colpevole, in base alla richiesta di un altro Stato, o che lo invii con le proprie mani in modo che sia punito con un processo da esso condotto". In: JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal...*, op. cit., p. 181.

<sup>591</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Le fonti e il contenuto del diritto penale Internazionale...*, op. cit., p. 188-9.

trattati proteggono i cittadini di Stati che non fanno parte dello Statuto di Roma o, piuttosto, se si applica a tutti gli Stati.

Si sostiene in questa tesi che la questione, avventata dall'articolo 98 - e qui sono nuovamente invocati i *principia iuris tantum* - non è se l'individuo sarà o no giudicato, ma da quale giurisdizione sarà giudicato, sotto pena di arrivare alla conclusione illogica che un Paese, da un lato, dovrebbe arrestare il suo Capo di Stato, consegnandolo al TPI, e, dall'altro, dovrebbe rispettare l'immunità giurisdizionale dei Capi di Stati stranieri.

Un caso recente illustra la questione. Il 19 ottobre 2011, il TPI ha emesso una decisione sollecitando alla Repubblica del Malawi la presentazione, fino all'11 novembre 2011, di informazioni sulla presunta non conformità con le richieste di cooperazione emesse dal Tribunale per l'arresto e consegna del Presidente sudanese *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. La Corte, nell'occasione, è venuta a conoscenza, tramite diversi mezzi di comunicazione, di che *Omar Al Bashir* aveva visitato la Repubblica del Malawi il 14 ottobre 2011, rivolgendo all'Ambasciata Malawi a Bruxelles una nota in cui ricordava quel Paese dei suoi obblighi di legge come Stato parte dello Statuto di Roma e chiedendo la sua collaborazione per l'arresto e la consegna di *Al Bashir* caso fosse tornato sul territorio malawiano. La Repubblica del Malawi ha affermato, come risposta, che non eseguirebbe l'ordine del TPI alla luce delle disposizioni di cui all'articolo 98. Riconoscendo l'esistenza di 'tensione inerente' tra gli articoli 27(2) e 98(1) dello Statuto, la Corte ha argomentato che l'accettazione del primo implicherebbe la rinuncia al secondo, per quanto riguarda la questione dell'immunità nei processi in corso nel TPI (decisione promulgata il 12 dicembre 2011)<sup>592</sup>.

Se lo Stato Parte "non può invocare le disposizioni della sua propria legislazione interna per giustificare la mancata esecuzione di un trattato" (art. 27 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati), la conseguenza logica è che l'immunità di Capi o ex-Capi di Stato non dovrebbe essere invocata come una forma di opposizione ad un processo da un tribunale penale internazionale. Inoltre, ai sensi dell'art. 87(7) dello Statuto di Roma, "Se uno Stato Parte non aderisce ad una richiesta di cooperazione della Corte, diversamente da come previsto dal presente Statuto, impedendole in tal modo di esercitare le sue funzioni ed i suoi poteri in forza del

---

<sup>592</sup> Disponibile in <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1287184.pdf>>, consultato nel 30 gennaio 2012.

presente Statuto, la Corte può prenderne atto ed investire del caso l'Assemblea degli Stati parti, o il Consiglio di Sicurezza se è stata adita da quest'ultimo". Questa è stata la provvidenza presa dalla Corte Internazionale nel caso di *Al Bashir*, sopraccitato.

Queste 'ineffettività strutturali', siano di 'primo grado' (esempi: il mancato esercizio della giurisdizione del TPI sui crimini di aggressione; e la non previsione, nello Statuto di Roma, riguardo ai crimini che ledono la comunità internazionale nel suo insieme, come il terrorismo), siano di 'secondo grado' (esempi: giurisdizione ristretta e sussidiaria del TPI; l'impotenza del trattato sul rifiuto di ratifica da parte di molti paesi, specialmente gli Stati Uniti; l'incapacità di far rispettare le proprie decisioni; e l'impossibilità di eseguire le indagini su funzionari, in carica o no, degli Stati che non hanno ratificato lo Statuto di Roma<sup>593</sup>), denotano l'assenza di garanzie nell'ambito del diritto penale internazionale, o, come afferma Ferrajoli, 'la presenza della sola garanzia debole dell'obbligo di introdurle', i diritti fondamentali restano allo 'stato di principi', ovvero, di 'diritti deboli'<sup>594</sup>.

Al principio normativista dello Statuto di Roma (item 3.1) e alla sua ineffettività strutturale (item 3.2), verrà contrapposto (nel prossimo item) il referenziale empirista rappresentato dal caso *Thomas Lubanga Dyilo*, in corso presso la Corte Penale Internazionale, dove si potrà verificare il paradigma garantista in sede del diritto penale internazionale.

### **3.3 Caso *Thomas Lubanga Dyilo* e referenziale empirista: applicazione dei *principia iuris* nel diritto penale internazionale**

*L'interesse pubblico è escluso quando la sua applicazione rifiuta all'imputato l'opportunità di comprovare la sua innocenza.*  
*CASO DYILO - TPI - TRIAL CHAMBER I*  
*(13 luglio 2008)*

---

<sup>593</sup> La Risoluzione 1422 del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, del 12 luglio 2002, stabilisce che nell'emergere di casi che coinvolgono funzionari o dipendenti, in attività o meno, appartenenti a uno Stato collaboratore che non faccia parte dello Statuto di Roma per gli atti o omissioni relative alle operazioni stabilite o autorizzate dalle Nazioni Unite, non ci sarà, per un periodo di 12 mesi dal 1° luglio 2002, indagini o processi, a meno che il Consiglio di Sicurezza decida in modo contrario. Disponibile in: <<http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/477/61/PDF/N0247761.pdf?OpenElement>>, consultato il 06 ottobre 2011.

<sup>594</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 80.

Il Tribunale Penale Internazionale, come si è visto nella seconda parte di questo studio (capitolo 2, item 2.1), fu creato dallo Statuto di Roma nel 1998, Trattato vigente dal 1° luglio 2002. Attualmente vi sono 14 processi in corso dinanzi a tale Corte: 1 in Uganda, 4 nella Repubblica Democratica del Congo, 4 in Sudan, 1 nella Repubblica Centrafricana, 2 nella Repubblica del Kenya, 1 in Libia e 1 nella Costa d'Avorio; nessuno passato in giudicato finora<sup>595</sup>.

Durante le indagini sul caso cui risponde l'imputato *Thomas Lubanga Dyilo* sorse un dibattito che interessa a questa tesi, rivelando l'applicazione pratica della teoria di Ferrajoli nell'ambito internazionale. Si passa alla comprensione del caso suddetto<sup>596</sup>.

### **I. Ituri prima del 1° luglio 2002**

Ituri è un distretto nella provincia orientale della Repubblica Democratica del Congo, e confina con l'Uganda e il Sudan. La sua popolazione è di circa 3,5 e 5,5 milioni di persone; 100.000 di esse vivono nel capoluogo, Bunia. La popolazione di Ituri ha 20 gruppi etnici, all'incirca formati in gran parte da *hemas*, *alurs*, *biras*, *lendus* e *ngitis*.

### **II. L'imputato Thomas Lubanga Dyilo**

Thomas Lubanga Dyilo nacque nel 1960 a Jiba, Ituri, appartenente al gruppo etnico *hema*. Studiò nell'Università di Kisangani, laureandosi in psicologia. Iniziò la sua pratica politica alla fine 1999, quando fu eletto deputato ad Ituri. Nel 15 settembre 2000, Dyilo creò l'*Union des Patriots Congolais* (UPC), che aveva un 'braccio armato', il cosiddetto *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (FPLC). Nell'agosto 2002 l'UPC prese il controllo di Bunia. Nel settembre 2002 l'UPC fu rinominata *Union des Patriotes Congolais/Réconciliation et Paix* (UPC/RP), e Thomas Lubanga Dyilo divenne il suo presidente.

---

<sup>595</sup> I dati sono disponibile sul site del TPI: <<http://www.iccpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/>>, consultato il 30 gennaio 2012.

<sup>596</sup> Disponibile in: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0104/Related+Cases/ICC+0104+0106/Democratic+Republic+of+the+Congo.htm>>, consultato varie volte tra il 1° febbraio 2011 e il 1° febbraio 2012.

### **III. Accuse contro Thomas Lubanga Dyilo**

Nella denuncia fatta il 28 agosto 2006, il Pubblico Ministero insieme al TPI accusò Dyilo di infrazione dell'articolo 8°(2)(e)(vii) dello Statuto di Roma, imputandogli i seguenti crimini di guerra: “arruolamento di minori di 15 anni in gruppi armati” (le cosiddette FPLC, braccio militare dell'UPC dal settembre 2002), oltre ad “usarli per partecipare attivamente alle ostilità”. La Procura dichiarò che “i crimini si sono verificati in un contesto di conflitto armato senza carattere internazionale”. Su richiesta del Pubblico Ministero, nel 10 febbraio 2006 fu decretato l'arresto di Thomas Lubanga Dyilo, detenuto il 16 marzo 2006 e trasferito al Centro di Detenzione Provvisorio del TPI, ad Aia.

### **IV. Conseguenze della mancata divulgazione degli elementi escludenti di cui all' 54(3)(e) dello Statuto di Roma**

Conforme all'art. 54(3)(e), “Il Procuratore può: (...) impegnarsi a non divulgare, in nessuna fase della procedura, i documenti o le informazioni fornitigli a condizione che rimangano confidenziali e servano soltanto a ottenere nuovi elementi di prova, salvo se chi gli ha fornito le informazioni acconsente alla loro divulgazione”. Nel caso Lubanga Dyilo, il Pubblico Ministero ha sostenuto che l'art. 54(3)(e) gli ha imposto la *confidenzialità*, salvo se chi gli avesse fornito le informazioni autorizzasse la loro divulgazione, fatto che non si è verificato in quel processo nella maggior parte dei casi. Il Procuratore ha dichiarato, inoltre, che la Corte dovrebbe accettare la ‘realtà’ delle Nazioni Unite e delle ONG, responsabili dell'invio di gran parte del materiale che verrebbe analizzato, altrimenti tali enti ‘non avrebbero più fornito le prove’. L'art. 54(3)(e), secondo il Pubblico Ministero, ha la seguente interpretazione: gli accordi di confidenzialità non si limitano alle prove ottenute al solo scopo di generare nuove prove.

La realtà, in quel momento, era la seguente: il Pubblico Ministero, allo stesso momento in cui ha comunicato alla Corte che aveva ottenuto una serie di documenti che contenevano materiali ‘incriminanti’ e ‘escludenti’ relativi all'imputato, ha dichiarato inoltre che, in conformità all'art. 54(3)(e) dello Statuto, non potrebbe rivelarli perché non aveva il consentimiento dei fornitori di tale documentazione.

Dinanzi all'accettazione del ricorso difensivo, la Corte d'Appello ha ritenuto che: a) la divulgazione di prove escludenti in potere del Pubblico Ministero è un aspetto fondamentale del diritto dell'imputato ad un processo equo; b) il Pubblico Ministero non ha interpretato correttamente l'art. 54(3)(e) impedendo che l'insieme significativo di prove non fosse divulgato all'imputato, pregiudicandolo nella preparazione della sua difesa; c) il Tribunale, d'altro canto, non ha potuto effettuare la sua giurisdizione, perché non ha anche avuto accesso a tali materiali, essendo incapace di valutare se avevano, o meno, potenziale escludente.

La conseguenza, secondo la Corte Penale Internazionale, fu la 'rottura del processo a un livello che impedì la sua prosecuzione', essendo determinata la sospensione totale dei lavori<sup>597</sup>.

## **V. Analisi della decisione alla luce della teoria di Ferrajoli**

Come si è visto nella prima parte di questo studio (capitolo 2, item 2.2), il presupposto garantista per un modello di democrazia costituzionale passa per la protezione dei *principia iuris et in iure*, vale a dire, la tutela dei diritti fondamentali già incorporati dall'ordinamento. Come non basta la mera esistenza di tali diritti, diventa necessario introdurre le garanzie primarie e secondarie per conferire normatività ai *principia iuris et in iure*. Questo 'dover essere del diritto stabilito dal proprio diritto' sopravvenne dai *principia iuris tantum*, che recano unità, completezza e coerenza all'ordinamento giuridico.

Si sostiene in questa tesi che l'interpretazione data al dispositivo in questione dal procuratore della Corte rompe l' 'unità' invocata dallo Statuto di Roma per i diritti degli accusati. L'Articolo 54(3)(e) non può essere utilizzato come regola, poiché la confidenzialità del processo, e questo vale anche per il diritto penale internazionale, dovrebbe essere guidata dall'eccezionalità. Il carattere 'pubblico' dell'udienza è previsto dall'articolo 67(1) dello Statuto, eccetto quando il sigillo si fa necessario per proteggere le vittime e i testimoni, ai sensi dell'articolo 68(2) dello stesso Trattato.

---

<sup>597</sup> Successivamente, il 23 gennaio 2009, lo svolgimento del processo fu ripreso, visto che l'ONU, che forniva gran parte della documentazione, era d'accordo in autorizzare la divulgazione ai giudici della TPI. Il caso sta per essere deciso. La decisione è disponibile in: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc622878.pdf>>, consultato il 06 ottobre 2011.

Ancora: come citato nel caso Lubanga Dyilo, l'obiettivo dell'articolo 54(3)(e) è autorizzare il Pubblico Ministero a, eccezionalmente, raccogliere ed esaminare elementi probatori per 'ottenere nuovi elementi di prova' e non a utilizzare tali elementi all'interno del processo. Il dispositivo, perciò, deve essere interpretato di forma restrittiva e usato eccezionalmente.

Inoltre, lo Statuto di Roma impone al Pubblico Ministero il dovere di divulgare alla Corte e alla difesa le prove in suo possesso che possano, in qualche modo, favorire l'imputato. In conformità all'art. 54(1)(a): "Il Procuratore deve: ... per determinare la verità, estendere l'inchiesta a tutti i fatti ed elementi probatori eventualmente utili per determinare se vi è responsabilità penale secondo il presente Statuto, e, ciò facendo indaga sia a carico che a discarico". A sua volta, l'art. 67(2) afferma: "In aggiunta ad ogni altra comunicazione prevista dal presente Statuto, il Procuratore, non appena possibile, porta a conoscenza della difesa gli elementi di prova in suo possesso o a sua disposizione, che egli ritiene dimostrino o tendano a dimostrare l'innocenza dell'imputato, o ad attenuare la sua colpevolezza, o che siano tali da compromettere la credibilità degli elementi di prova a carico. In caso di dubbio sull'applicazione del presente paragrafo, decide la Corte".

Il fatto in discussione è il seguente: può il Pubblico Ministero decidere di non divulgare le prove, tra cui le escludenti, sia discarico, sia a carico? Deve prevalere la confidenzialità accordata dal Procuratore, ai sensi dell'articolo 54(3)(e), o l'obbligo di divulgare le prove raccolte o ricevute da lui, ai sensi dell'articolo 67(2)? La tensione avviene perché il Pubblico Ministero, accettando la documentazione con la condizione di rispettare la confidenzialità, si colloca in una posizione in cui o non divulga le prove che normalmente devono essere divulgate, violando il diritto dell'imputato a un processo equo, o, piuttosto, le divulga, in violazione all'accordo di confidenzialità firmato con chi ha fornito gli elementi probatori in questione.

In conformità alla decisione della Corte nel caso Lubanga Dyilo, il termine "materiale escludente" ("*exculpatory material*") serve a: a) mostrare o provare a dimostrare l'innocenza dell'imputato; b) ridurre la colpevolezza dell'imputato; e c) compromettere la credibilità delle prove raccolte dall'accusa. Oltre a ciò, quando tratta dei 'diritto dell'imputato', l'articolo 67(2) lascia la decisione alla Corte, in caso di dubbi sull'applicazione della 'confidenzialità'. Un'altra interpretazione porterebbe alla

conclusione che tutti i soggetti processuali - giudici, Pubblico Ministero, difesa, accusa - dipenderebbero dai fornitori di informazioni, visto che avrebbero la discrezionalità di preservare, o no, la confidenzialità dei documenti. Questa interpretazione, oltre ad essere inesatta, mette a rischio l'indipendenza del Pubblico Ministero stesso.

Il diritto alla divulgazione - e, ancor più, alla divulgazione di prove escludenti - è uno dei diritti fondamentali dell'imputato, la cui negazione non permette il raggiungimento di un processo equo. La sua importanza, in questo contesto, fu registrata in alcune decisioni della Corte Europea dei Diritti Umani:

Per avere un processo equo vi è un aspetto fondamentale relativo al processo penale (...) che esso sia contraddittorio e che vi sia parità di armi tra accusa e difesa. Il diritto a un processo contraddittorio significa, in un processo penale, che ad ambedue, accusa e difesa, deva essere data l'opportunità di conoscere e commentare le osservazioni e le prove presentate dall'altra parte. Inoltre, l'articolo 6°(1)<sup>598</sup> richiede, come del resto fa anche il Diritto inglese, che il Pubblico Ministero divulghi alla difesa tutte le prove materiali in suo possesso, a favore o contro l'imputato<sup>599</sup>.

La ricerca dell'unità, completezza e coerenza del Trattato di Roma (*principia iuris tantum*), e quindi la tutela dei diritti fondamentali incorporati dal diritto penale internazionale (*principia iuris et in iure*), passano attraverso la comprensione dell'articolo 21(3), dove la disposizione e l'interpretazione 'del diritto applicato conforme allo Statuto' dovranno essere coerenti con i 'diritti umani riconosciuti a livello internazionale'.

Se l'imputato viene impedito di articolare la sua difesa perché non ha accesso agli elementi probatori escludenti, la disposizione concessa al 'diritto applicabile' è in contrasto con i 'diritti umani riconosciuti a livello internazionale', in modo che, come ha deciso il TPI nel caso Lubanga Dyilo, "la necessità di mantenere l'efficacia del processo giudiziario come un potente agente di giustizia oltrepassa l'interesse della comunità mondiale nel giudicare le persone accusate di crimini contro

---

<sup>598</sup> Il riferimento è all'art. 6 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, disponibile in <<http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/005.htm>>, consultato nel 15 novembre 2011.

<sup>599</sup> Caso *Fitt vs. Reino Unido*, n.° 29777/96, giudicato il 16 febbraio 2000. Disponibile in: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=5&portal=hbkm&action=html&highlight=right%20%20to%20%20disclosure&sessionid=86019466&skin=hudoc-en>>, consultato il 15 novembre de 2011. Nello stesso senso: caso *V. vs. Finlândia*, n.° 40412/98, giudicato il 24 aprile 2007.

l'umanità, per peggiori che siano". La certezza di un equo processo non si limita al giudizio in se stesso, ma anche alle procedure preparatorie al processo<sup>600</sup>.

L'espansione del paradigma garantista nella sfera del diritto penale internazionale richiede che i principi fondamentali siano adottati come 'regole forti' per quanto riguarda i divieti di lesione e gli obblighi di prestazione, che sono le loro rispettive garanzie. Questa 'normatività forte', di tipo regolativo, si caratterizza dalla soggezione dello Statuto di Roma a quella - come definito da Ferrajoli<sup>601</sup> - 'embrionaria Costituzione mondiale': la Carta dell'ONU del 1945, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 e i due Patti sui Diritti Civili, Politici, Economici, Sociali e Culturali del 1966.

---

<sup>600</sup> "Nel caso *Lubanga Dyilo*, questa 'unità, completezza e coerenza' del Trattato fu ugualmente ricercata nella *dottrina dell'abuso del processo legale*, propria del *common law*. Nonostante l'assenza di una disposizione espressa, la Corte Penale Internazionale intese che la 'finalità' dello Statuto di Roma è quella di 'contenere le violazioni dei principi fondamentali di giustizia', come 'un mezzo per proteggere l'individuo contro le violazioni dei suoi diritti fondamentali'. La 'dottrina dell'abuso del processo legale' voleva, dall'origine, la tutela dei diritti umani: era richiamata dal Tribunale per rinviare o interrompere le procedure che violavano i diritti umani dell'imputato, come indebito ritardo, manovre abusive dall'accusa o eccessi nella condotta degli imputati davanti alla Corte". In: voto del Magistrato Georghios M. Pikis *nel caso Thomas Lubanga Dyilo*, dichiarato il 21 ottobre 2008, disponibile in: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc578371.pdf>>, consultato il 16 novembre 2011.

<sup>601</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 487.

## CONCLUSIONI. IL TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE TRA GARANTISMO E NOMOFILACHIA: IL DIRITTO PENALE MONDIALE

*Il crimine, la barbarie e il genocidio sono atti che fanno parte dell'umanità, di ciò che è caratteristico dell'uomo. Perché sono iscritti nel cuore del genere umano non possono essere eliminati dal funzionamento di ogni singolo soggetto o della collettività sociale, anche per conto di una presunta animalità esterna all'uomo. Il famoso 'bestia sporca' di Bertolt Brecht non viene dall'animalità, ma dall'uomo stesso che è abitato esclusivamente dalla forza della pulsione di morte, la più cieca, più compulsiva, più invadente. In altre parole, Eichmann a Gerusalemme non era un mostro privo di umanità, ma un soggetto la cui normalità confinava con la follia. Da qui l'orrore che proviamo quando sentiamo dire che ha condannato il sistema nazista pur rivendicando il suo giuramento di fedeltà a questo stesso sistema, l'abominevole. Esaminando le immagini del processo, vediamo perfettamente che se esiste la banalità del male, come diceva Hannah Arendt, essa non è l'espressione di un comportamento comune, ma di una follia omicida, la cui caratteristica sarebbe l'eccesso di normalità. Nulla è più vicino alla patologia che il culto della normalità portato all'estremo*  
ÉLISABETH ROUDINESCO

Con la costruzione proposta si cercò di analizzare la possibilità di estensione del paradigma garantista idealizzato da Luigi Ferrajoli nella sfera del diritto penale internazionale. Questa tesi ha i seguenti contributi conclusivi:

### **1° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: la teoria garantista di Luigi Ferrajoli è influenzata da dottrine illuministe e filosofico-utilitariste.**

§ 1°. La filosofia illuminista fa una valutazione ottimista della ragione umana, il cui uso critico è essenziale alla liberazione dei dogmi metafisici e superstizioni religiose.

§ 2°. Eventi come la Rivoluzione Francese fanno con che la razionalizzazione del Diritto abbia più forza basata sulla filosofia dell'illuminismo.

§ 3°. La condizione hobbesiana riferisce che è l'autorità, e non la verità, che detiene il potere di fare le leggi (*auctoritas, non veritas facit legem*), essendo presentata come una specie di 'garanzia legale positiva', in opposizione all'idea di un diritto anteriore e indipendente dallo stato.

§ 4°. Questa ‘garanzia legale positiva’ può essere considerata la nascita del sistema garantista, dalla comprensione della doppia funzione legittimatrice del diritto e dello Stato, rappresentata dalla separazione tra diritto e morale.

§ 5°. L’autonomizzazione del piano interno della validità giuridica (legittimazione) a proposito dei criteri esterni di giustizia (giustificazione) dei suoi contenuti, ebbe come risultato, in un primo momento, la limitazione del potere punitivo dello stato, e in questo modo la creazione di tecniche penali razionalmente idonee.

§ 6°. L’evoluzione della teoria garantista è influenzata da dottrine giuspositiviste di base filosofico-utilitaristica: cercasi il massimo benessere possibile al massimo numero dei cittadini, aumentandolo in previsione di che l’intervento statale deve essere contenuto, per causare la minor sofferenza possibile ai devianti.

§ 7°. Il rapporto illuminismo-utilitarismo-garantismo è circolare: basato sulle dottrine liberiste illuministe che determinarono la separazione tra diritto e morale, l’utilitarismo sostenne che la pena, dal punto di vista esterno al diritto, si mostrava necessaria per impedire un male maggiore, senza connotazione religiosa, etica o vendicativa.

§ 8°. Il garantismo sorge dalla trasposizione del principio *ex parte principis* al principio *ex parte populi*. Il primo si è caratterizzato dalla confusione tra diritto e morale, rilevando la ragione dello stato in detrimento della ragione di diritto, giacché si proponeva alla massima utilità possibile riguardo ai mezzi necessari utilizzati dal potere pubblico per raggiungere determinati fini. L’ultimo presenta due forme di giustificazione: una che cerca la massima utilità possibile alla maggioranza dei non-devianti; e altra che desidera la minima sofferenza possibile alla minoranza dei devianti.

§ 9°. La prima forma di giustificazione (*ex parte principis*) legittima il ‘diritto penale massimo’: perché è legata agli interessi di sicurezza sociale, non impone limiti alla punizione, giacché la felicità della maggioranza delle persone può essere ottenuta a qualsiasi prezzo.

§ 10. La seconda forma di giustificazione (*ex parte populi*) legittima il ‘diritto penale minimo’ e viene rappresentata dal garantismo proposto da Luigi Ferrajoli: poiché vincola la finalità della pena ugualmente ai suoi destinatari, che, nella

loro assenza, potrebbero causare mali ancora peggiori, equalizza benefici e costi e difende l'intervento penale al minimo necessario.

## **2° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: Il diritto penale è il primo modello giuridico del paradigma garantista.**

§ 1°. Il diritto penale rappresenta il maggior sforzo per minimizzare e disciplinare l'arbitrio e la prepotenza punitiva.

§ 2°. Vi è una doppia legittimazione del diritto penale: l'*esterna* (o giustificazione) e l'*interna* (o legittimazione in senso stretto). La prima si riferisce alla legittimazione del diritto penale attraverso i principi normativi esterni al diritto positivo, cioè, criteri di valutazione morali, politici o utilitari di tipo extra o meta-giuridico. La seconda si riferisce alla legittimazione del diritto penale con riferimento ai principi normativi interni, allo stesso ordinamento positivo, cioè, a criteri di valutazione giuridici.

§ 3°. La legittimazione esterna del diritto penale riguarda l'idea di *giustizia*: un sistema penale solo potrà essere considerato legittimo dal punto di vista esterno se considerato 'giusto' basato su criteri morali, politici o naturali.

§ 4°. La legittimazione interna del diritto si riferisce all'idea di *validità*: un sistema penale solo potrà essere considerato legittimo dal punto di vista interno se considerato 'valido', ossia, in conformità alle norme del diritto positivo che disciplinano la sua produzione.

§ 5°. La concezione garantista di diritto o di responsabilità penale si sviluppa tramite un modello limite composto da dieci implicazioni deontiche, o assiomi, o principi assiologici fondamentali, solo tendenzialmente e mai perfettamente soddisfabili, elaborato, soprattutto, dal pensiero giusnaturalista dei XVII e XVIII secoli, che li concepì come principi politici, morali o naturali di limitazione al potere penale assoluto.

§ 6°. Il sistema garantista "SG" si completa con dieci assiomi: tre connessi alla 'pena' (*nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege e nulla lex poenalis sine*

*necessitate*), tre vincolati al ‘reato’ (*nulla necessitas sine iniuria, nulla iniuria sine actione e nulla actio sine culpa*) e quattro corrispondenti al ‘processo’ (*nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione e nulla probatio sine defensione*).

§ 7°. Tali principi non si limitano a stabilire le condizioni di uso della nozione semantica riguardante la verità processuale, ma garantiscono l’immunità dei cittadini da interventi punitivi infondati o arbitrati. Si tratta di un modello di responsabilità penale non solo epistemologico di ‘razionalità del giudizio’, ma anche un modello regolativo di ‘giustizia formale’.

§ 8°. Siccome i principi sono interconnessi tra loro, ognuno sarà rinforzato dagli altri, ossia, la portata garantista di ognuno sarà più estesa nella misura in cui le condizioni stabilite saranno più numerose.

### **3° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: lo stato legislativo di diritto consolida il paradigma ‘protogarantista’.**

§ 1°. Il *giusnaturalismo* considera la natura come fonte trascendente di uno Stato ideale o, più specificatamente, di un diritto ideale e necessariamente giusto. Si basa sulla teoria del diritto premoderno e sull’illuminismo. È proprio dello stato premoderno.

§ 2°. Il *giuspositivismo* considera che gli uomini, indipendentemente dalla loro natura, creano norme per condurre una determinata società, in una determinata epoca, sempre mirando un determinato obiettivo. È proprio dello stato moderno.

§ 3°. Lo stato moderno nasce nella forma di *stato legislativo di diritto*, con l’affermazione del ‘principio di legalità’ come criterio esclusivo d’identificazione del diritto valido e, ancora prima, del diritto esistente, indipendentemente dalla sua valutazione come giusto.

§ 4°. Il principio di legalità si caratterizza come la *prima grande garanzia*, essendo un precetto basilare dello Stato di Diritto, sia in senso ampio (norma per i giudici, ai quali prescrive l’applicazione della legge come formulata), sia in senso stretto

(norma per il legislatore, al quale prescrive la tassatività e la precisione empirica delle formulazioni legali).

§ 5°. Con il passaggio dello stato premoderno allo stato legislativo di diritto, il sistema giuridico passa a essere inteso come chiuso, assiomaticizzato e gerarchizzato di norme, che richiedeva unità, completezza e coerenza del diritto e negava l'esistenza di lacune e antinomie giuridiche.

§ 6°. La separazione tra diritto e morale assume, da una parte, una giustificazione *interna*, dando luogo alla concezione giuspositivista del diritto e stabilendo la *tesi garantista teorica* di che i giudizi giuridici possiedono ampia autonomia riguardo a qualsiasi altro criterio che non sia stabilito esclusivamente dalla legge; dall'altra parte, la dicotomia tra validità e giustizia assume un *fondamento esterno*, collocando in evidenza la rivendicazione politica del principio della legalità e stabilendo la *tesi garantista assiologica*, rivolta all'uguaglianza e alla libertà dei cittadini, nella quale tanto il diritto quanto lo stato hanno finalità e limiti determinati.

§ 7°. Questa prima rottura viene identificata come paradigma 'protogarantista': il passaggio dello stato premoderno (diritto premoderno) allo stato legislativo di diritto (principio della legalità), nonostante sia determinante del *primo modello garantista di diritto*, rappresenta un 'garantismo ancora debole', giacché permette l'introduzione di modelli assolutisti, in cui il governante, con totale assenza di limiti al potere normativo, non si preoccupa delle garanzie fondamentali dei governati.

#### **4° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: il giuscostituzionalismo è il secondo modello giuridico del paradigma garantista.**

§ 1°. Lo *stato legislativo di diritto*, caratterizzato dal principio di legalità, viene sostituito dallo *stato costituzionale di diritto*, caratterizzato dalla rigida subordinazione della propria legge ad una legge superiore: la costituzione, gerarchicamente sopraordinata alla legislazione ordinaria.

§ 2°. L'introduzione delle costituzioni rigide nella seconda metà del secolo scorso si caratterizza come la *seconda grande garanzia*: in primo luogo, perché le leggi sono sottoposte non solo a norme *formali* sulla sua formazione, ma anche alle norme

*sostanziali* sul suo significato; in secondo posto cambia la propria forma dell'esercizio della giurisdizione, non più una soggezione acritica e incondizionata alla legge, indipendente dal suo contenuto, ma una soggezione alla propria costituzione e, perciò, alla legge solo se valida costituzionalmente; in terzo luogo perché è alterato il paradigma epistemologico della scienza giuridica, che non sarà più meramente esplicativa e avalutativa, passando ad essere critica e progettuale; in quarto luogo perché il costituzionalismo rigido, positivando il *dover essere* del diritto in norme costituzionali sostanziali, cambia lo statuto della dottrina dei limiti ai poteri dello Stato, formulandola non più come filosofia politica, ma sì come teoria giuridica dello 'stato di diritto della democrazia'.

§ 3°. Nel momento in cui i principi di indubitabile carica assiologica - come l'uguaglianza e la dignità della persona umana - hanno la loro forza normativa riconosciuta, il giuscostituzionalismo riprende il dibattito morale. Autori non positivisti (come Alexy, Dworkin e Atienza) sostengono che il riavvicinamento tra diritto e morale, conforme alla tesi di Radbruch dove le norme terribilmente ingiuste non hanno validità giuridica, indipendentemente dalle fonti autorizzate dell'ordinamento. D'altra parte, autori positivisti (come Ferrajoli, Guastini e Sanchís) riaffermano, anche dinanzi al giuscostituzionalismo, la separazione tra diritto e morale, nonostante riconoscano che ci sarà un innegabile accostamento sempre che il potere costituente renderà positivi i valori morali, conferendoli forza normativa.

§ 4°. Ferrajoli difende la divisione del costituzionalismo giuridico in *costituzionalismo gius-naturalista* e *costituzionalismo gius-positivista*. Dal primo ne deriva un costituzionalismo *argomentativo* o *principialista*, identificato dalla configurazione dei diritti fondamentali come valori o principi morali strutturalmente diversi dalle regole, perché dotati di una normatività più debole, affidata non più alla sussunzione, ma alla ponderazione legislativa e giudiziale. Dal costituzionalismo normativo o garantista, piuttosto, ne deriva un costituzionalismo *normativo* o *garantista*, caratterizzato da una normatività forte, di tipo regolativo, legato alla tesi di che la maggior parte dei (anche se non tutti) principi costituzionali, in speciale i diritti fondamentali, si comporta come regola, una volta che implica l'esistenza o impone l'introduzione di regole consistenti in divieti di lesione o obblighi di prestazione, che sono a loro volta le proprie garanzie.

**5° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: il costituzionalismo garantista di Luigi Ferrajoli equivale a un progetto normativo che deve essere compiuto tramite la costruzione, mediante politiche e leggi di attuazione, di garanzie idonee e istituzioni di garanzia.**

§ 1°. La rottura prodotta dal *giuspositivismo* ha causato la dissociazione tra giustizia e validità.

§ 2°. L'istituzione del giuscostituzionalismo ha causato la dissociazione tra validità e vigenza, cioè tra 'il dover essere costituzionale' e l' 'essere legislativo' del diritto.

§ 3°. Per il costituzionalismo positivista una legge è valida non solo perché è vigente, cioè, emanata nelle forme che permettono riconoscere l'appartenere a un determinato ordinamento, ma solo se, del resto, è coerente riguardo al loro contenuto, con le norme i costituzionali superiori.

§ 4°. I principia *iuris et in iure* sono interni al diritto positivo: sono diritti fondamentali già incorporati dall'ordinamento.

§ 5°. I principia *iuris tantum* sono esterni al diritto e retti dalla logica: stabiliscono unità, completezza e coerenza e impongono all'ordinamento stesso l'introduzione delle garanzie primarie e secondarie.

§ 6°. Per Ferrajoli un diritto è *forte* quando viene provvisto di garanzie primarie e secondarie. Sono *primarie* le garanzie sostanziali, o di primo grado, dove qualcuno ha il dovere di realizzare l'effettività di un diritto soggettivo. Sono *secondarie* le garanzie strumentali, o di secondo grado, dove qualcuno ha la titolarità del dovere per attuare o assicurare un'effettività secondaria, tramite l'annulabilità o la responsabilità per gli atti commessi in violazione delle prime.

§ 7°. La dimensione *formale* della democrazia (il *chi* e il *come*) è quella che si caratterizza, nella metafora del contratto sociale, dall'autonomia dei propri contraenti e consociati che concordano e convenzionano l'insieme di poteri costituiti, il quale, in altre parole, è norma di riconoscimento dei poteri legittimi e delle decisioni

formalmente valide di un ordinamento democratico. La concezione formale della democrazia si divide tra *democrazia politica* (esercizio di diritti politici) e *democrazia civile* (esercizio di diritti civili).

§ 8°. La concezione *sostanziale* della democrazia serve a qualificare e a limitare la democrazia *formale*, perché delegittima qualsiasi possibilità d'irruzione nelle basi del proprio sistema democratico, stipulando limiti e vincoli in qualsiasi sfera del potere. Per tanto, la ragione sociale dello stato e del diritto della democrazia *sostanziale* si basa sulla *democrazia liberale*, come un sistema di garanzie prevalentemente negative, e sulla *democrazia sociale*, come un sistema di garanzie prevalentemente positive.

§ 9°. La costituzionalizzazione dei diritti fondamentali consiste nell'ampliamento della '*sfera dell'indecidibile*', la quale, nel vecchio stato liberale, era tracciata essenzialmente dal diritto di libertà, e conseguentemente dai limiti e divieti imposti ai poteri pubblici, dove nessuna maggioranza potrebbe validamente decidere. Con la costituzionalizzazione dei diritti sociali, si è formata la '*sfera dell'indecidibile che*' e la '*sfera dell'indecidibile che non*', assentandosi limiti e vincoli di contenuti imposti dai diritti di libertà e dai diritti sociali.

§ 10. Ferrajoli propone una riconsiderazione della sfera pubblica oltre alla classica separazione montesquieuiana tra potere legislativo, potere esecutivo e potere giudiziario, concepita da un accordo istituzionale molto più elementare degli attuali: quella tra *funzioni e istituzioni di governo* e *funzioni e istituzioni di garanzia*, basata sulla diversità delle loro fonti di legittimazione. Le funzioni e istituzioni di governo si basano sulla 'rappresentatività politica', siano legislative o esecutive; le funzioni e istituzioni di garanzia si basano sulla 'soggezione alla legge', e precisamente sull' 'universalità dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti'.

**6° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: l'espansione del paradigma garantista nella sfera internazionale è misura necessaria alla protezione dei diritti umani.**

§ 1°. La globalizzazione dei cosiddetti ‘nuovi diritti’ fece con che alcuni pensatori (come Marshall, Bobbio, Bonavides, Macpherson, Sarlet, Bedin e Piovesan) consacrassero un’evoluzione lineare e cumulativa di *generazioni* (o *dimensioni*) successive di diritti, con l’obiettivo di precisare il contenuto, la titolarità, l’efficacia e l’effettuazione.

§ 2°. Conforme questa concezione, i diritti fondamentali di *prima generazione* sarebbero i diritti e le garanzie individuali e politici classici: libertà, uguaglianza, proprietà e sicurezza, caratterizzandosi come ‘diritti di difesa’, ossia, di resistenza alle varie forme di oppressione.

§ 3°. Nel trascorrere del XIX secolo, con la constatazione di che la dichiarazione formale di libertà e uguaglianza non forniva la garanzia della sua effettiva concretizzazione, alleata alle dottrine socialiste e allo scoppio del processo d’industrializzazione, furono proclamati i *diritti sociali, economici e culturali* basati sull’uguaglianza e con portata positiva, come ‘diritti di credito’ che hanno come titolare l’uomo nella sua individualità e come soggetto passivo lo Stato. Tali diritti, di *seconda generazione*, si caratterizzano per la concessione all’individuo di prestazioni sociali positive, come la salute, istruzione, assistenza sociale e lavoro.

§ 4°. I diritti fondamentali di *terza generazione*, o diritti di fraternità e solidarietà, si caratterizzano per il cambiamento di titolarità: la protezione non è più dell’uomo individualmente considerato, tantomeno dei suoi rapporti con lo Stato; la tutela, adesso, è di *categorie* o *gruppo di persone* (popolo, nazione, famiglia), ossia, di diritti di titolarità collettiva e diffusa, come l’ambiente sano, la qualità di vita, lo sviluppo, la comunicazione e l’autodeterminazione dei popoli.

§ 5°. Non vi è consenso sulla *quarta dimensione* dei diritti fondamentali. Alcuni autori, come Bobbio, dinanzi alle atrocità avvenute durante la Seconda Guerra Mondiale, in speciale le esperienze genetiche perpetrate nei campi di concentramento, si preoccupano con il *patrimonio biogenetico dell’individuo*, esaltando la protezione della persona umana e la propria umanizzazione del processo scientifico. Altri, come Bonavides, sostengono che la quarta generazione sia il risultato della *globalizzazione dei diritti fondamentali*, relativa all’universalizzazione nella sfera istituzionale che corrisponderebbe alla fase finale d’istituzionalizzazione dello Stato Sociale. Per questa

seconda corrente, la *quarta dimensione* dei diritti fondamentali verrebbe rappresentata dalla democrazia, dal diritto all'informazione e dal diritto al pluralismo.

§ 6°. Comincia ad essere suggerita, oggi, una *quinta generazione* dei diritti fondamentali, relativi all'internet e alla cibernetica, poiché il sistema giuridico si preoccupa della diffusione e dello sviluppo della tecnologia, il che coinvolge l'internazionalizzazione della giurisdizione delle frontiere fisiche tramite la 'grande rete'. Bonavides, un'altra volta, si manifesta diversamente. Dinanzi ai recenti atti terroristici, come l'avvenuto nel settembre 2001 nel World Trade Center, il pensatore sostiene che sia legittimo parlare del *diritto alla pace*, trasferito dalla *terza* alla *quinta* generazione.

§ 7°. Il rapporto annuale sullo sviluppo umano elaborato nel 2011, riferisce le enormi differenze tra il progresso e l'arretramento in diversi paesi. Un bambino norvegese, ad esempio, può vivere più di 30 anni se paragonato a un bambino nato nel Niger, e guadagnerà in media 85 dollari per ogni dollaro del bambino nigerino.

§ 8°. I dati rappresentano l'effetto tragico di un modello di sviluppo senza controllo come segno di un 'nuovo razzismo': che considera come certe, la miseria, la fame, la malattia e la morte di milioni di essere umani 'senza valore'.

§ 9°. L'unica possibilità razionale dinanzi all'attuale regressione dell'ordine internazionale alla guerra globale infinita come strumento di governo di una superpotenza è la trasformazione graduale dell'attuale - e in grande parte fallito - modello confederativo del diritto internazionale in un modello federativo: con l'unica incombenza di garantire la pace e i diritti fondamentali di tutti gli esseri umani del pianeta.

**7° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: la crisi della sovranità è paradossale, perché esiste un 'auto-rafforzamento tramite un auto-indebolimento' dagli Stati.**

§ 1°. L'idea di sovranità, in Bodin, viene associata alla persona del *governante*.

§ 2°. Quando lo Stato assoluto dà luogo allo Stato moderno, l'idea di sovranità è definitivamente trasferita dalla persona del sovrano alla *Nazione*.

§ 3°. La cosiddetta 'Pace di Vestfalia' fa dello Stato il centro di articolazione politica della società internazionale, che lotta per l'unità di potere e si presenta come potere sovrano che non riconosce nessun altro sopra di sé.

§ 4°. La crisi della sovranità comincia con la fine della Seconda Guerra Mondiale, quando lo Stato moderno passa a far parte di una comunità internazionale, retta da regole proprie legittimate tramite fonti abbastanza diverse, come trattati, convenzioni o il proprio diritto consuetudinario internazionale.

§ 5°. La *sovranità*, nel suo senso classico, non esiste più, diventando una 'sovranità limitata', o 'parziale', o 'condivisa', il che è contraddittorio con la sua definizione.

§ 6°. Sorge il paradossale *principio dell'auto-rafforzamento tramite l'autoindebolimento*: lo Stato nazionale è costretto a delegare i suoi strumenti alle istanze transnazionali cooperative per aumentare le sue possibilità di controllo, perché solo in questo modo potrà rinnovare e ampliare il suo potere di influenza e conformazione nella sua nuova condizione di Stato post-nazionale. Conforme Ulrich Beck, l'interesse di Stato lo costringe a liberarsene degli interessi *dello* Stato.

**8° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: la costruzione di una sfera pubblica mondiale è basata sulle dimensioni politiche, civili, liberali e sociali della 'teoria della democrazia cosmopolitica'.**

§ 1°. Il 'totalitarismo costituzionale' segna il costituzionalismo contemporaneo, basato sul modello di 'costituzione programmatica'.

§ 2°. Vi è una tendenza del 'dirigismo costituzionale' di muoversi in direzione al diritto comunitario, espresso nei trattati internazionali dell'Unione Europea: con questa, il contenuto programmatico delle norme migra verso le norme giuridiche rilasciate dai trattati, che prevedono, di forma molto chiara, che l'Unione Europea, e non gli Stati isolatamente, tratteranno di questioni come la creazioni di posti di lavoro, il

diritto di andare, venire e stare, del 'cittadino europeo', tra altre prestazioni fondamentali che prima erano portate a fine dallo Stato.

§ 3°. Oggigiorno si discute sul 'costituzionalismo del futuro', con l'obiettivo di consolidare i cosiddetti 'diritti umani di terza dimensione', incorporando all'idea di costituzionalismo sociale i valori del costituzionalismo fraterno e solidale, perfezionando e stabilendo un equilibrio tra costituzionalismo moderno e alcuni eccessi del costituzionalismo contemporaneo.

§ 4°. Per Ferrajoli, la costruzione di una sfera pubblica mondiale passa tramite un modello di federazione e di costituzionalismo sopranazionale, basato su una doppia separazione e limitazione reciproca dell'insieme di poteri politici ed economici: quella *federativa* tra istituzioni federate sovranazionali e istituzioni federative statali, e quella *costituzionale* tra istituzioni di governo e istituzioni di garanzia.

§ 5°. La costruzione di una sfera pubblica internazionale, quanto alle garanzie dei diritti fondamentali, passa per la creazione o per il potenziamento di una serie d'istituzioni internazionali di garanzia. La nascita del Tribunale Penale Internazionale, in questo senso, è stato uno degli eventi più significativi finora.

§ 6°. Una *democrazia costituzionale multilivello*, per avere la sua coerenza e unità assicurate, presuppone alcuni elementi: a) lo spazio autonomo, di livello sovraordinato a tutti gli altri, riservato alle costituzioni (precisamente il livello sovraordinato delle norme sulla proibizione di guerra e la protezione dei diritti umani); b) contro l'odierna configurazione, come diritti di libertà, dei diritti civili di autonomia sui quali si basa il mercato, il riconoscimento del carattere di poteri di tali diritti e della subordinazione del loro esercizio ai diritti primari fondamentali, sia di libertà, siano sociali; c) lo sviluppo di una legislazione di attuazione del principio della pace e dei diritti fondamentali internazionalmente stipolati idonea a rifondare il diritto internazionale sul principio di legalità; d) il primato, nell'ordinamento internazionale, delle funzioni e delle istituzioni di garanzia in detrimento delle funzioni di governo, siano le prime quanto le ultime, connesse da un rapporto di sussidiarietà concernente le corrispondenti funzioni statali e infra-statali; e) l'articolazione multilivello della sfera pubblica e dei poteri pubblici ai quali si aggiungono, alla tradizionale *separazione*

*orizzontale* tra funzioni di governo e funzioni di garanzia, la *divisione* e/o la *separazione verticale* tra livelli federativi e livelli statali.

§ 7°. La *dimensione politica* della teoria della democrazia cosmopolita viene caratterizzata dal diritto di autodeterminazione dei popoli e dalla democratizzazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite.

§ 8°. La *dimensione civile* della teoria della democrazia cosmopolita è caratterizzata dalla creazione di una 'Carta Internazionale dei Beni Fondamentali', idonea a fondare, insieme ai diritti di accesso dei quali i beni sono oggetto, limiti rigorosi tanto per il mercato quanto per la politica, come un vero 'contratto naturale'.

§ 9°. La *dimensione liberale* della teoria della democrazia cosmopolita viene caratterizzata dalla libertà e dall'uguaglianza giuridica delle differenze, così come dall'idea di cittadinanza.

§ 10. La quarta e ultima dimensione della democrazia a livello internazionale è la *dimensione sociale* - la più difficile, ma anche la più necessaria -, caratterizzata dalla garanzia dei diritti sociali e dello sviluppo globale, tramite la fiscalizzazione sopranazionale, così come dalla prestazione dei beni sociali vitali, come l'acqua, l'alimentazione di base e i farmaci essenziali.

**9° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: La pace è tanto più solida e i conflitti sono tanto meno violenti e scioccanti quanto più effettive ed estese sono le garanzie dei diritti fondamentali.**

§ 1°. Cronologicamente la nozione di 'guerra giusta' è tanto antica quanta la guerra stessa, e tanto gli autori classici (come Grozio, Sant'Agostino e Tommaso di Aquino) quanto gli autori contemporanei (come Walzer e Rawls) la definiscono.

§ 2°. La base filosofica dei diritti umani è caratterizzata dal dibattito tra *liberalismo* e *comunitarismo*, poiché possono essere inseriti nella sfera dell'*individuo* (la priorità per i liberali, si trova nei diritti individuali, prima di qualsiasi forma di *determinazione collettiva*) o ampliati in relazione alle *comunità concrete* (la priorità, per i comunitaristi, si trova nella forma di vita comunitaria).

§ 3°. Dalla dottrina liberale sorge l'*universalismo*, che rivendica l'uguaglianza di diritti di qualsiasi individuo come tale, con libertà per sottoscrivere o assumere un determinato ambiente etnico, culturale o politico, così come basa la società politica e le sue istituzioni sulla volontà dei cittadini.

§ 4°. La dottrina comunitarista si collega al *relativismo* e al *multiculturalismo*. Per i relativisti, la nozione di diritti è intimamente collegata al sistema politico, economico, culturale e sociale vigente in determinata società; in questo modo non ci sarebbe una morale universale, perché ogni cultura ha il suo discorso sui diritti umani.

§ 5°. Per Luigi Ferrajoli, però, l'universalità dei diritti fondamentali non è solo compatibile con il rispetto alle differenze rivendicato dal multiculturalismo, ma rappresenta, inoltre, la sua principale garanzia. Al primo posto perché sono i diritti fondamentali, in speciale i diritti di libertà, che garantiscono l'uguale valore di tutte le differenze personali, cominciando da quelle culturali. Al secondo posto, perché i diritti fondamentali, come consacrati dall'esperienza storica del costituzionalismo, si configurano come leggi del più debole, in alternativa alla legge del più forte che vigerebbe nella sua assenza.

§ 6°. Possono essere osservati vari punti positivi dell'*universalismo* nell'analisi della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani. Nell'epoca in cui fu concepita (1948) contava su 48 adesioni; in questo momento sono 193 i paesi segnatari, essendo il documento più tradotto al mondo. Dalla dichiarazione Universale del 1948, si è sviluppata una nuova branca del diritto caratterizzata come un diritto di protezione: il 'Diritto Internazionale dei Diritti Umani'.

§ 7°. La Dichiarazione Universale del 1948 porta il nesso tra diritti umani e pace. In conformità al preambolo, devono essere assicurati come diritti fondamentali tutti quei diritti vitali la cui garanzia è condizione necessaria alla pace.

§ 8°. La garanzia della pace, per Ferrajoli, richiede tre punti fondamentali: (a) il monopolio giuridico della forza, (b) la destituzione delle armi e degli eserciti e (c) la costruzione di una sfera pubblica internazionale.

§ 9°. La creazione della Corte Penale Internazionale segue questa prospettiva di protezione universale dei diritti umani. Una volta consacrati i beni giuridici ad essere universalmente tutelati, e stabilite, per conseguenze, le infrazioni internazionali che possano compromettere la comunità globale in generale, si è mostrata necessaria l'istituzione di una corte penale internazionale di carattere permanente e autonomo, come forma di prevenire e reprimere reati che, dinanzi alla loro gravità 'sono considerati una minaccia alla pace, alla sicurezza e al benessere dell'umanità'.

**10° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: nella sfera internazionale prevale la posizione monista internazionalista.**

§ 1°. L'autonomia scientifica del 'diritto penale internazionale' è una conquista recente, sviluppata dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, evento segnato dalla 'possibilità fatica di estinzione dell'umanità'.

§ 2°. Con la fine della Seconda Guerra Mondiale fu operato un vero cambiamento di paradigma a favore della persona umana, culminando con la creazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e la sottoscrizione, nel 1948, della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani. Tali avvenimenti determinano l'indebolimento del sistema vestfaliano dei rapporti internazionali - dove lo Stato era l'unico soggetto internazionale -, passando ad essere riconosciuto l'essere umano, ugualmente, come soggetto di diritto delle norme internazionali.

§ 3°. La discussione tra le dottrine *statali*, per la quale lo Stato è l'unico soggetto di diritto internazionale, e *individualista*, che colloca l'individuo come soggetto unico in questa branca del diritto, si riflette nella polemica '*dualismo-monismo*' sui conflitti tra gli ordinamenti interno e internazionale.

§ 4°. La 'teoria statalista' si basa sul *dualismo* e decorre dalla concezione positivista del diritto internazionale. Il diritto interno di ogni Stato e il diritto internazionale sono due sistemi indipendenti e distinti, ossia, costituiscono circoli che non si intercettano, nonostante siano ugualmente validi.

§ 5°. La 'teoria individualista' si basa sul *monismo* e ha origine hegeliana, sostenendo l'esistenza di un solo sistema universale. Si parla di un *monismo*

*giusnaturalista*, che difende l'unità della teoria, in cui il Diritto è fissato su un elemento metagiuridico; su un *monismo logico*, difeso da Kelsen, nel quale l'unità non deriva da fattori esterni al Diritto, ma proprio da esso, e in un *monismo storicista*, che sostiene che l'unità del Diritto si origina dall'unità dell'evoluzione storico-culturale.

§ 6°. Per quanto riguarda la gerarchia tra il diritto internazionale e il diritto interno, il monismo è classificato in *internazionalista* (monismo basato sul diritto internazionale) e in *nazionalista* (monismo basato sul diritto interno).

§ 7°. Il monismo del diritto internazionale si divide in due concezioni: la moderata e la radicale. Per il *monismo moderato*, il conflitto tra una norma di diritto interno e l'altra di diritto internazionale non implica l'invalidazione della prima, potendo generare solo la loro inefficacia o la responsabilità internazionale degli Stati. Invece, per il *monismo radicale*, le norme del diritto interno solo saranno valide se rispettano le norme del diritto internazionale. Qualsiasi norma interna che entri in conflitto con la norma internazionale sarà considerata nulla.

§ 8°. Nell'ambito internazionale, la prevalenza della posizione monista internazionalista è innegabile. In un parere datato del 1930, la Corte Permanente di Giustizia Internazionale dichiarò essere principio di diritto internazionale quello in cui, nei rapporti tra potenze contrastanti in un trattato, le disposizioni di una legge interna non possono prevalere su quelle del trattato.

§ 9°. Nel caso brasiliano, con l'Emendamento Costituzionale n° 45/2004, fu aggiunto il § 4° all'art. 5° della Costituzione brasiliana, stabilendo che il "Brasile si sottomette alla giurisdizione del Tribunale Penale Internazionale cui creazione abbia manifestato adesione". Avviene, in questo modo, la chiara scelta dal 'monismo con primazia del diritto internazionale'.

§ 10. Ferrajoli va oltre la discussione 'monismo-dualismo', sostenendo un '*pluralismo degli ordinamenti*': in primo luogo dinanzi allo sviluppo del diritto internazionale; in secondo perché i diritti statali formano una pluralità di ordinamenti; in terzo, perché il diritto internazionale è formato da una pluralità di istituzioni e dagli enti e ordinamenti.

**11° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: l'attuale competenza *ratione materiae* dello Statuto di Roma coinvolge solo i crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra; i crimini di aggressione potranno iniziare a essere giudicati dal TPI dopo il 1 ° gennaio 2017, a condizione che vi sia decisione in questo senso dalla stessa maggioranza degli Stati Parti richieste per l'approvazione di una modifica dello Statuto.**

§ 1°. Molti autori identificano nella 'pirateria' l'origine del diritto penale internazionale. Con essa, si cominciò ad accettare la possibilità di responsabilizzazione individuale dinanzi ad una trasgressione internazionale. Come il pirata era considerato un nemico dell'umanità (*hostes humani generis*), tutti gli Stati erano atti a processarlo, giudicarlo e punirlo, indipendentemente dalla sua nazionalità.

§ 2°. La consolidazione del concetto di *reato internazionale* avviene quando Roberto Ago divenne, nel 1976, relatore della Commissione di Diritto Internazionale dell'ONU, definendolo nell'art. 19 del 'Progetto di Articoli sulla Responsabilità Internazionale'.

§ 3°. Analizzando le convezioni che trattano di temi connessi al diritto internazionale, tra queste il Tribunale Militare Internazionale di Norimberga, il Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente, il Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia, il Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda e la Corte Penale Internazionale, si arriva a 28 reati internazionali.

§ 4°. Lo Statuto di Roma limitò la sua giurisdizione per *i crimini di maggior gravità che interessando la comunità internazionale nel suo insieme*, associando, in questo modo, due elementi essenziali: la gravità del reato e la preoccupazione della comunità internazionale. Il suo art. 5° elenca i reati di competenza della Corte Penale Internazionale tra cui i crimini di genocidio, contro l'umanità, di guerra e di aggressione.

§ 5°. Lo Statuto di Roma aggiunse il *crimine di aggressione* come un altro reato di competenza della Corte Penale Internazionale, condizionando l'esercizio della giurisdizione all'approvazione di una disposizione, in conformità agli articoli 121 e 123, (che trattano rispettivamente degli emendamenti e di una revisione del Trattato).

§ 6°. Tale *revisione* avviene in una conferenza di due settimane a Kampala, Uganda, nel periodo dal 31 maggio all'11 giugno 2010, con la partecipazione di circa 4,6 mila rappresentanti degli Stati e organizzazioni governative e non-governative. Tra altri temi, la Conferenza approvò la risoluzione con la quale viene alterato lo Statuto di Roma, includendo la definizione di *crimine di aggressione* e le condizioni in cui la Corte Penale Internazionale potrà esercitare la sua competenza. L'esercizio effettivo di giurisdizione è ancora soggetto ad una decisione ad essere presa dopo il 1° gennaio 2017, dalla stessa maggioranza degli Stati Parti richiesta per l'approvazione di un emendamento allo Statuto.

**12°           CONTRIBUTO   CONCLUSIVO:   i   tribunali   penali  
internazionali istituiti prima del TPI si caratterizzano come corti *ad hoc* e di  
eccezione.**

§ 1°. Vi sono diversi antecedenti storici che riportano tribunali penali di carattere internazionale, ma fu Gustave Moynier, uno dei fondatori del Comitato Internazionale della Croce Rossa, il primo a lanciare una proposta per la creazione di una 'Corte Penale Internazionale', in riunione del Comitato Internazionale della Croce Rossa tenutasi il 03 gennaio 1872.

§ 2°. Il periodo successivo alla Seconda Guerra Mondiale fu segnato dalla creazione, con successo, di tribunali penali internazionali *ad hoc* (come i tribunali di Norimberga, Tokyo, ex-Jugoslavia e Ruanda) e altri modelli di tribunali penali internazionali (come i tribunali istituiti in Sierra Leone, Cambogia, Kosovo, Timor Est e Iraq).

§ 3°. § 3°. L'istituzione del Tribunale di Norimberga, tuttavia, non fu unanime, anche tra gli Stati Uniti e Gran Bretagna, giacché vi erano alcune proteste contro il processo e a favore di metodi più radicali di punizione dei colpevoli. Una delle più rilevanti posizioni è venuta con il Ministro delle Finanze americano, Henry Morgenthau, incaricato di elaborare un piano radicale di disindustrializzazione della Germania, che dovrebbe essere accompagnata da misure di internamento di massa e dei lavori forzati per i capi nazionali-socialisti. L'alternativa alle esecuzioni sommarie si rinforzò dopo che il 'Piano Morgenthau' fu pubblicato dalla stampa, suscitando ondate

di indignazioni, in modo che il nuovo presidente americano Truman, di formazione giuridica, si manifestasse in modo esplicito a favore del processo regolare.

§ 4°. Il Tribunale di Tokyo fu stabilito sulla stessa base politico-giuridica del Tribunale di Norimberga, e nello stesso contesto storico della Seconda Guerra Mondiale. Tuttavia, i procedimenti legali contro gli asiatici erano molto diversi, con un carattere troppo vendicativo e crudele, soprattutto quando si afferma, che fu il veicolo utilizzato dagli Stati Uniti come rappresaglia per l'attacco a *Pearl Harbor*.

§ 5°. Il Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia fu istituito nel 1993 per decisione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Conforme all'art. 24(1) della Carta delle Nazioni Unite, la responsabilità primaria del Consiglio di Sicurezza è quello di mantenere e ristabilire la pace e la sicurezza internazionali.

§ 6°. L'8 novembre 1994, il Consiglio di Sicurezza emanò la Risoluzione 955, stabilendo il Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda, incaricato di giudicare le persone responsabili di gravi violazioni del diritto umanitario, verificatosi in quel paese.

**13° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: la consuetudine internazionale non può essere fonte incriminante del diritto penale internazionale, sotto pena di offesa al principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*.**

§ 1°. In adempimento all'art. 126, lo Statuto di Roma entrò in vigore il 1° luglio 2002, e conta finora su 117 Stati Parti, di cui 32 africani, 16 asiatici, 18 dell'Europa Orientale, 26 dell'America Latina e dei Caraibi e 25 dell'Europa Occidentale.

§ 2°. Lo Statuto di Roma stabilì negli articoli 21 e 22 una gerarchia tra le *fonti*, indicando quali 'principi del diritto penale internazionale' devono essere rispettati. Come fonti primarie vi sono i trattati e il diritto consuetudinario; come fonti secondarie, quelle derivate dalle regole consuetudinarie e dalle disposizioni dei trattati, principi generali del diritto penale internazionale o i principi generali del diritto; e infine, vi sono i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.

§ 3°. Vi è una ‘gerarchia tripla’: nel vertice si trovano lo Statuto, gli elementi di crimini e le regole di procedura e prova; dopo i trattati, i principi e le norme del diritto internazionale applicabili (in particolare alle Convenzioni dell’Aia del 1899 e del 1907, di Ginevra del 1949 e i suoi protocolli aggiuntivi del 1977, tutti relativi al ‘diritto internazionale dei conflitti armati’); e in terzo luogo vi è il diritto interno degli Stati, in particolare i principi generali, quali fonti indipendenti, ma sussidiarie.

§ 4°. Ci sono due correnti che cercano di giustificare la dottrina dell’obbligatorietà del diritto consuetudinario internazionale: la *volontaristica* e *l’oggettivistica* (o *antivolontaristica*). Per i volontaristi, la base della consuetudine si trova nel tacito consenso degli Stati. Gli oggettivisti, d’altra parte, difendono il diritto internazionale consuetudinario come espressione di una regola oggettiva, esterna e superiore alla volontà degli Stati.

§ 5°. Per quanto riguarda la consuetudine *internazionale*, il progresso del paradigma garantista è ancora insufficiente: l’imposizione di crimini indipendentemente dal diritto convenzionale, a patto che il diritto consuetudinario li abbia consacrati, stabilisce evidente ostacolo all’imposizione del paradigma garantista che si vuole consolidare nell’ambito internazionale.

#### **14° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: la comprensione dei crimini internazionali come norme *jus cogens* denota il paradigma garantista forte del diritto penale internazionale.**

§ 1°. La regola *cogente* è assoluta e non dipende, per la sua applicazione, dalla volontà delle parti interessate. La regola *dispositiva*, invece, ammette, in base all’autonomia della volontà degli individui, la modifica o addirittura l’esclusione. Mentre la prima vuole garantire valori e interessi collettivi essenziali della comunità internazionale, la seconda vuole soddisfare gli interessi individuali degli Stati stessi.

§ 2°. Dalle norme *jus cogens* decorre un concetto relativamente nuovo di obbligazione internazionale, che è *l’obligatio erga omnes*, a causa della comunità internazionale nel suo insieme. A differenza degli obblighi internazionali ordinari, in

base ai quali uno Stato solo si vincola a un altro di forma bilaterale, gli obblighi *erga omnes* sono relativi a tutti gli Stati, in considerazione alla loro importanza collettiva.

§ 3°. Le regole dello *jus cogens* sono l'origine di un principio fondamentale del diritto internazionale, poiché attraverso di esso il 'diritto delle genti' obbliga gli Stati sovrani nei loro rapporti esterni. Questo diritto internazionale vincolante viene consacrato, in particolare, nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, facendolo assumere una protezione dei diritti umani non solo costituzionale, ma internazionale sugli stessi Stati, anche se non esiste nessuna previsione nel diritto interno.

§ 4°. Verificata la violazione di una norma imperativa, la risposta non è nel piano delle nullità, conforme alla previsione della Convenzione di Vienna, essendo necessario entrare nel campo della responsabilità internazionale.

§ 5°. La caratterizzazione di alcuni crimini internazionali come norme *jus cogens* impone agli Stati l'*obligatio erga omnes* di agire, impedendo la loro pratica, sia adottando misure per evitare l'impunità dei loro autori, sia provvedendo ad evitare l'immunità dei rispettivi autori.

§ 6°. Esiste un nesso evidente nello Statuto di Roma tra la tutela universale dei diritti umani e la repressione dei crimini internazionali.

§ 7°. Se il termine *jus cogens* significa 'il diritto che costringe', dove la norma *jus cogens* occupa 'il rango gerarchico più alto tra tutte le altre norme', è innegabile che i crimini internazionali comincino a far parte di questo livello.

**15° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: i principi penali e di procedura penali internazionali sono norme *jus cogens*; il principio della giurisdizione universale deve essere condiviso tra tutti gli Stati, in modo che qualsivoglia potrà perseguire i responsabili di violazioni dei diritti umani, in qualsiasi luogo; i trattati si sottomettono all' 'embrionale costituzione del mondo'.**

§ 1°. L'Assemblea Generale dell'ONU, nel 1947, incaricò la Commissione di Diritto Internazionale di formulare i 'principi del diritto internazionale riconosciuti

dallo Statuto e dalle sentenze del Tribunale di Norimberga' come segue: a) la responsabilità degli individui nella sfera internazionale; b) l'impossibilità di esclusione di colpevolezza per aver attuato come Capo di stato o in esecuzione d'ordine di superiore gerarchico; c) diritto a un equo processo internazionale imparziale; d) quali sono i reati che costituiscono crimini internazionali punibili dal diritto internazionale; e) la complicità costituisce crimine di diritto internazionale.

§ 2°. Sono principi penali fondamentali previsti nello Statuto di Roma: (a) principio di legalità; (b) principio di non retroattività; (c) principio della responsabilità penale individuale; (d) principio dell'imputabilità; (e) principio dell'irrelevanza della qualifica ufficiale; (f) principio di responsabilità dei capi militari e di altri superiori gerarchici; (g) principio dell'imprescrittibilità.

§ 3°. Sono principi di procedura penali fondamentali previsti nello Statuto di Roma: (a) principio di presunzione d'innocenza; (b) principio dell'onere della prova; (c) principio *in dubio pro reo*; (d) principio della neutralità e imparzialità del giudice; (e) principio di equa udienza e durata ragionevole del processo; (f) principio di essere informato prontamente e dettagliatamente sulla natura della procedura; g) principio dell'imputato essere presente nel corso del processo.

§ 4°. Con il 'paradigma garantista' del diritto penale internazionale, caratterizzato da una normatività forte, di tipo regolativo, i principi penali e di procedura penali internazionali fondamentali si comportano come regole, implicando l'esistenza o imponendo l'introduzione di norme consistenti in proibizioni di lesione o obbligazione di prestazione che sono le loro rispettive garanzie.

§ 5°. Una delle garanzie più importanti ad essere introdotta, senza la quale il diritto penale internazionale perde la sua effettività, è il *principio dell'universalità della giurisdizione*.

§ 6°. Il *principio della giurisdizione universale* comporta la non applicabilità delle limitazioni legali per quanto riguarda i crimini che colpiscono l'umanità stessa, superando il classico principio di territorialità del diritto penale. Questa giurisdizione universale è condivisa tra gli Stati, in modo che ciascuno di loro possa citare in giudizio i responsabili di violazioni dei diritti umani.

§ 7°. Il Tribunale Penale Internazionale non solo si inserisce in questo nuovo modello di ‘concezione universalista’ ma addirittura deve essere così, altrimenti non sarà raggiunto l’ideale garantista a livello internazionale. Con il TPI, si dimostra possibile l’esercizio della giurisdizione penale, oltre la sfera pubblica dello Stato, lasciando a esso, e non agli Stati, l’esclusiva decisione di avviare un’indagine o un processo.

**16° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: non esiste incompatibilità assoluta tra lo Statuto di Roma e l’ordine costituzionale brasiliano; non ci sarà, però, la consegna di cittadini al TPI nel caso in cui venga imputato l’ergastolo.**

§ 1°. Come negli altri ordinamenti complessi e democratici avvenuti dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, il potere costituente originario, in Brasile, stabilì certe ‘clausole limitate’, tra le quali ‘i diritti e le garanzie individuali’.

§ 2°. Il divieto all’ergastolo e all’estradiizione di nazionali, la prescittibilità dei crimini come regola e il rispetto alla cosa giudicata, sono alcuni esempi d’istituti previsti nella Costituzione brasiliana, come ‘garanzie fondamentali’ e ‘diritti individuali e collettivi’.

§ 3°. Intanto, la sua ammissibilità nell’ambito internazionale fece con che alcuni autori cogitassero su un’*incostituzionalità intrinseca allo Statuto di Roma*, che ha luogo quando il trattato, nonostante sia rispettata tutta la procedura costituzionale di conclusione stabilita dal Diritto interno, contiene norme che violano i dispositivi costituzionali.

§ 4°. La costituzione brasiliana vieta la pena all’ergastolo ai condannati per atti criminali commessi sul territorio nazionale, divieto che viene espresso nell’elenco dei diritti e delle garanzie fondamentali. Lo Statuto di Roma, d’altra parte, ammette l’ergastolo se giustificato dall’estrema gravità del crimine e dalla situazione personale del condannato. Sul tema, in situazioni analoghe, la Corte Costituzionale brasiliana decise che lo Stato richiedente dovrà impegnarsi, formalmente, dinanzi al governo brasiliano, in non applicare l’ergastolo per un tempo superiore a 30 anni, termine massimo previsto nell’ art. 75 del Codice Penale brasiliano.

§ 5°. L'extradizione' e il *surrender* (atto di consegna di cittadini nazionali, previsto dal TPI) non sono istituti identici: il primo, vietato dalla Costituzione brasiliana riguardo ai brasiliani nati, è l'istituto tradizionale nella cooperazione giudiziaria internazionale, che esiste quando uno Stato consegna un individuo accusato o già condannato per un reato alla giustizia di un altro Stato, competente per giudicarlo e punirlo; l'ultimo (*surrender*), avviene nel caso specifico di adempimento di un ordine, fatto da un'organizzazione di protezione internazionale dei diritti umani, come il TPI.

§ 6°. in Brasile, tranne che in due casi (il razzismo e le attività di gruppi armati, civili o militari, contro l'ordine costituzionale e lo Stato democratico - art. 5, XLIII e XLIV, della Costituzione), la regola è la possibilità di prescrizione dei reati. Lo Statuto di Roma, però, ha una regola contraria al riguardo: "I crimini di competenza della Corte non sono soggetti ad alcun termine di prescrizione" (art. 29). Dopo la Seconda Guerra Mondiale e a conoscenza dell'estensione delle atrocità naziste, il diritto penale internazionale passò a non riconoscere più la prescrizione. Per quanto riguarda le violazioni internazionali dei diritti umani, la non-prescrizione fu affermata dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 26 novembre 1968, che dispose sulla "imprescrittibilità dei crimini di guerra e contro l'umanità".

§ 7°. Ai sensi dell'art. 5°, XXXVI, della Costituzione brasiliana, "la legge non pregiudicherà il diritto acquisito, l'atto giuridico perfetto e la cosa giudicata". Lo Statuto di Roma, però, ammette un nuovo processo in due ipotesi: "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: a) mirava a sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale per crimini di competenza della Corte; o b) in ogni caso non era stato condotto in modo indipendente ed imparziale, nell'aspetto delle garanzie di un processo equo previste dal diritto internazionale, o, era stato condotto in modo da essere incompatibile, date le circostanze, con l'intenzione di assicurare la persona interessata alla giustizia" (art. 20, 3).

§ 8°. Non ha nessuna condizione di gerarchia tra il TPI e la Corte Costituzionale brasiliana, in quanto assente il rapporto giuridico tra la decisione interna e la decisione internazionale. Inoltre, se il TPI "è complementare alle giurisdizioni penali nazionali" (art. 1° dello Statuto di Roma), tale sussidiarietà potrebbe, in teoria,

portare a processi ingannatori, formalmente istituiti con il solo scopo di proteggere della giurisdizione penale internazionale i rispettivi responsabili.

§ 9. La Costituzione brasiliana, nel suo preambolo, definisce la società brasiliana come una società fraterna e pluralista, fondata sull'armonia sociale e impegnata, sul piano interno e internazionale, a risolvere pacificamente i conflitti, avendo come valori la libertà, la sicurezza, il benessere, lo sviluppo, l'uguaglianza e la giustizia. La dignità della persona umana è il 'fondamento' e la prevalenza dei diritti umani è il 'principio' della Repubblica Federativa del Brasile.

§ 10. L'8 dicembre 2004 fu sancito l'Emendamento Costituzionale n°45 che, oltre a conferire *status* costituzionale ai trattati sui diritti umani, afferma che il Brasile si sottopone alla giurisdizione del Tribunale Penale Internazionale.

§ 11. Dal contesto della tradizione giuridica, la conclusione non può essere altra che la compatibilità tra le regole del TPI e delle norme costituzionali brasiliane: infatti, non avrebbe ragione per il Brasile, in un primo momento, propugnare per la formazione di un tribunale internazionale dei diritti umani, come è il caso della Corte Penale Internazionale, e dopo utilizzare la stessa costituzione per ostacolare il funzionamento di tale istituzione.

### **17° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: ha ineffettività strutturale di primo e secondo gradi nello Statuto di Roma.**

§ 1°. Sulla base della democrazia sociale si fondano i diritti sociali o diritti fondamentali primari positivi, giacché a proposito delle aspettative di prestazione da parte del potere statale, vincolandolo a ciò che è obbligatorio decidere. Tuttavia, per l'introduzione delle sue garanzie - siano le *primarie* o *secondarie* -, questi diritti richiedono le 'leggi d'attuazione', cui assenza viene identificata nel paradigma garantista come *ineffettività strutturale*.

§ 2°. Mancano, innanzitutto, 'garanzie primarie' dinanzi alla competenza ristretta dello Statuto di Roma, che non contempla il terrorismo internazionale, il narcotraffico, il commercio di armi, le organizzazioni mafiose multinazionali, le aggressioni devastanti all'ambiente, alla salute e i colpi di stato.

§ 3°. Altra ‘ineffettività strutturale’ dello Statuto di Roma, vincolata all’assenza di ‘garanzia primaria’, riguarda il *crimine di aggressione*, definito da poco dallo Statuto di Roma, che però dipende, per la sua attuazione, della votazione che avverrà soltanto a partire dal 1° gennaio 2017.

§ 4°. L’‘ineffettività di secondo grado’ nel Trattato di Roma dinanzi all’introduzione del ‘principio di complementarità’, in base al quale il TPI solo sarà legittimato all’esercizio della sua giurisdizione internazionale se lo Stato Parte non potrà, per primo, esercitare la sua giurisdizione interna. Ciò significa che la Corte Penale Internazionale interverrà soltanto se ci sarà l’‘inerzia’, l’‘incapacità’ o la ‘non volontà’ degli Stati-parti a processare e giudicare i responsabili di crimini previsti dallo Statuto di Roma.

§ 5°. Al contrario dei Tribunali Internazionali per l’ex-Jugoslavia e per il Ruanda, che stabilivano una *giurisdizione concorrente* alla giurisdizione delle corti nazionali, la regola nel TPI è la *sussidiarietà*.

§ 6°. L’‘ineffettività di secondo grado’ esiste anche perché la Corte Penale Internazionale non dispone di mezzi per attuare direttamente le proprie decisioni.

§ 7°. Altra ineffettività strutturale si fa presente: mentre l'articolo 27 dello Statuto di Roma stabilisce che la qualifica ufficiale di un individuo non lo esime dalla responsabilità, l'articolo 98 stabilisce che le immunità saranno accettate dallo Statuto. L’‘antinomia’ resta ancora più evidente a fronte della formulazione ambigua dell'articolo 98, che non chiarisce se la consuetudine e i trattati proteggono i cittadini di Stati che non fanno parte dello Statuto di Roma o, piuttosto, se si applica a tutti gli Stati.

**18° CONTRIBUTO CONCLUSIVO: Il caso caso *Thomas Lubanga Dyilo* è un esempio pratico dell’applicazione dei *principia iuris* nell’ambito del diritto penale internazionale.**

§ 1°. Nella denuncia fatta il 28 agosto 2006, il Pubblico Ministero insieme al TPI accusò *Dyilo* di infrazione dell’articolo 8°(2)(e)(vii) dello Statuto di Roma, imputandogli crimini di guerra (“arruolamento di minori di 15 anni in gruppi armati”, oltre ad “usarli per partecipare attivamente alle ostilità”).

§ 2°. Conforme all'art. 54(3)(e), "Il Procuratore può: (...) impegnarsi a non divulgare, in nessuna fase della procedura, i documenti o le informazioni fornitigli a condizione che rimangano confidenziali e servano soltanto a ottenere nuovi elementi di prova, salvo se chi gli ha fornito le informazioni acconsente alla loro divulgazione". Nel caso *Lubanga Dyilo*, il Pubblico Ministero ha sostenuto che l'art. 54(3)(e) gli ha imposto la confidenzialità, salvo se chi gli avesse fornito le informazioni autorizzasse la loro divulgazione, fatto che non si è verificato in quel processo nella maggior parte dei casi.

§ 3°. Il processo creò la seguente tensione: il Pubblico Ministero, allo stesso tempo che comunicò la Corte che aveva ottenuto documenti che contenevano materiali 'incriminanti' e 'escludenti' sull'imputato, dichiarò che in conformità all'art. 54(3)(e) dello Statuto non potrebbe divulgarli perché non aveva il permesso dei fornitori di tale documentazione.

§ 4°. L'interpretazione data al dispositivo in questione dal procuratore della Corte, rompe l'unità pregata dallo Statuto di Roma, a proposito dei diritti dell'imputato. L'articolo 54(3)(e) non può essere utilizzato come regola, visto che la confidenzialità del processo deve essere guidata dall'eccezionalità.

§ 5°. Lo Statuto di Roma impone al Pubblico Ministero il dovere di divulgare alla Corte e alla difesa prove in suo potere che possano, in qualsiasi modo, favorire l'accusato, in conformità agli articoli 54(1)(a) e 67(2).

§ 6°. Il diritto alla divulgazione - e ancor più, alla divulgazione di prove escludenti - è uno dei diritti fondamentali dell'imputato, la cui negazione non permette il raggiungimento di un processo equo.

§ 7°. La ricerca dell'unità, completezza e coerenza del Trattato di Roma (*principia iuris tantum*), e quindi la tutela dei diritti fondamentali incorporati dal diritto penale internazionale (*principia iuris et in iure*), constano dell'articolo 21(3), dove la disposizione e l'interpretazione 'del diritto applicato conforme allo Statuto' dovranno essere coerenti con i 'diritti umani riconosciuti a livello internazionale'.

§ 8°. Se l'imputato viene impedito di articolare la sua difesa perché non ha accesso agli elementi probatori escludenti, la disposizione concessa al 'diritto applicabile' è in contrasto con i 'diritti umani riconosciuti a livello internazionale'.

### **Considerazione finale:**

Se l'applicazione e l'interpretazione dei diritti previsti dallo Statuto di Roma devono essere 'compatibili con i diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti', 'senza alcuna discriminazione fondata su ragioni quali il genere sessuale, l'età, la razza, il colore, la lingua, la religione o il credo, le opinioni politiche o le altre opinioni, la nazionalità, l'origine etnica o sociale, o altre condizioni personali'<sup>602</sup>, i principi fondamentali relativi ai diritti dell'uomo, anche nell'ambito internazionale, non sono più fonte di giustificazione politica o esterna e passano ad essere fonte di legittimazione giuridica o interna del 'diritto penale mondiale'.

Perciò, pensare alla creazione di uno *stato internazionale di diritto* sarebbe intendere lo 'stato costituzionale di diritto' non più come complemento, com'è avvenuto con lo 'stato legislativo di diritto', ma come il presupposto di base, avendo il 'diritto penale mondiale' e il 'Tribunale Penale Internazionale' come garanzie, primaria e secondaria, introdotte nella difesa dei diritti e di altri beni ritenuti fondamentali.

La sfida attuale è quella di capire esattamente che l' 'embrionaria Costituzione mondiale' ha due connotazioni essenziali: una 'strutturale', perché deve essere al vertice del sistema di norme internazionali, e un'altra 'assiologica', perché deve conferire legittimità e limitazione ai poteri pubblici, per garantire la pace e proteggere i diritti dell'uomo. Solo allora sarà possibile respingere l'attuale modello globale, in cui il mondo sembra essere 'comandato' da una superpotenza che detiene il potere economico, politico e militare senza limiti, istituendo al suo posto un vero modello garantista di democrazia cosmopolitica.

La costruzione di una sfera pubblica mondiale dal paradigma di Ferrajoli<sup>603</sup> richiede l'introduzione di una serie di istituzioni internazionali di garanzia: in termini di 'garanzie primarie', presuppone rafforzare le istituzioni esistenti (dotare di mezzi la

---

<sup>602</sup> Articolo 21(3) dello Statuto di Roma: "L'applicazione e l'interpretazione del diritto ai sensi del presente articolo devono essere compatibili con i diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti e devono essere effettuate senza alcuna discriminazione fondata su ragioni quali il genere sessuale come definito nell'articolo 7 paragrafo 3, l'età, la razza, il colore, la lingua, la religione o il credo, le opinioni politiche o le altre opinioni, la nazionalità, l'origine etnica o sociale, le condizioni economiche, la nascita o le altre condizioni personali".

<sup>603</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 551-2.

FAO e l'Organizzazione mondiale della sanità, perché possano erogare le loro funzioni di prestazioni alimentari e sanitarie) e creare nuove (organismi internazionali per la tutela dell'ambiente, per garantire l'istruzione, per proteggere la privacy e inoltre fornire abitazioni per tutti); quanto alle 'garanzie secondarie', occorrerebbe aggiungere, al Tribunale Penale Internazionali, altre giurisdizioni sul diritto del lavoro, sui diritti civili e sui diritti sociali. Oltre a tutto questo, occorrerebbe istituire una giurisdizione costituzionale internazionale sulle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU.

Si tratta, come detto, di una sfida. Ma “senza la speranza della venuta di tempi migliori”, come disse Kant, “nessuna azione è possibile, perché solo questa speranza ispira gli uomini di pensiero corretto a fare qualcosa per il bene comune”<sup>604</sup>.

Nel suo classico *Essere e tempo*, Heidegger fa uso di un'antica allegoria di Iginio sulla Cura come metafora per basare la sua ontologia esistenziale. Conforme all'autore:

Cura, mentre traversava un fiume, trovò dell'argilla e la usò per modellare un uomo. Mentre medita su ciò che aveva creato, si avvicina Giove. Cura chiese a Giove di dare spirito a questa figura scolpita con l'argilla. Giove le concede con piacere. Quando, tuttavia, la Cura volle dare il suo nome alla figura, Giove glielo impedì e chiese che gli venisse dato il suo nome. Mentre Cura e Giove discutevano sui nomi, la Terra si alzò e volle che fosse dato il suo nome, dato che lei gli aveva offerto una parte del suo corpo. Cura, Giove e la Terra scelsero ad arbitro Saturno. Saturno diede la seguente sentenza, apparentemente giusta: Tu, Giove, perché diedi lo spirito, riceverai alla sua morte lo spirito; tu, Terra, perché gli regalò il corpo, riceverai il corpo. Ma perché la Cura per primo formò la creatura, la Cura l'avrà mentre vive. Come, tuttavia, vi è disaccordo sul nome, si chiamerà 'uomo' perché tratto da 'humus'<sup>605</sup>.

Quest'allegoria rappresenta la pretesa di che la Cura possieda l'uomo finché viva, presentando un'immagine dell'umanità dove la caratteristica più notevole, di origine, esperienza e finalità è la Cura. Il rapporto della Cura non è tra corpo fisico e ragione, ma tra esperienza umana e tempo (Saturno).

In Heidegger, la Cura ha un doppio senso, di 'angoscia' e anche di 'sollecitudine', che rappresenta due possibilità fondamentali e di conflitto. La 'Cura

---

<sup>604</sup> KANT, Immanuel. *Sopra il detto comune*. In: “Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto”, trad. Gioele Solari e Giovanni Vidari, ed. postuma a cura di Norberto Bobbio, Luigi Firpo, Vittorio Mathieu. Torino: Utet, 1995, p. 276. Ainda: ARENDT, Hanna. *Lições sobre a Filosofia Política de KANT*. Trad. André Duarte de Macedo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, p. 66.

<sup>605</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 263-4.

angoscia' (*sorge*) ritratta la lotta di ognuno per la sopravvivenza e per raggiungere una posizione più favorevole tra gli altri essere umani. La 'Cura sollecitudine' (*fürsorge*) significa interessarsi per la Terra e per l'umanità<sup>606</sup>. Accettare tale ambiguità come propria dell'essere umano conduce a una doppia comprensione: tanto la lotta per la sopravvivenza dinanzi all'attuale scena globalizzata (Cura come angoscia), quanto l'alterità dello sguardo sull'altro (Cura come sollecitudine).

'Curare', alla fine, significa 'curare se stesso' e 'curare l'Essere'. In ultima analisi, questo è l'obiettivo finale del paradigma garantista nella sfera internazionale.

---

<sup>606</sup> REICH W.T. *History of the notion of care*. In: Reich W.T., "Bioethics encyclopedia", New York: Mac Millan Library, 1995.

## REFERENZE BIBLIOGRAFICHE

ABBAGNANO, Nicola. *Dizionario di filosofia*. 3<sup>a</sup> ed. Torino: UTET, 2008.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AFONSO, Henrique Weil. *Unidade e fragmentação do direito internacional: o papel dos direitos humanos como elemento unificador*. Disponibile in: <[http://www.cedin.com.br/revistaeletronicavolume4/arquivos\\_pdf/sumario/art\\_v4\\_III.pdf](http://www.cedin.com.br/revistaeletronicavolume4/arquivos_pdf/sumario/art_v4_III.pdf)>, consultato il 27 settembre 2011.

AGOSTINHO, S. *A cidade de Deus*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ALMEIDA, Roberto Ney Fonseca de. *O Poder Judiciário: da Teoria Clássica à crise da Constituição Dirigente*. Tesi di Master presentata sull'Università de Fortaleza, 2008.

AMBOS, Kai. *La parte general del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino. Berlin: Duncker und Humblot, 2005.

ANDRADE, Isabela Piacentini de Andrade. *Responsabilidade internacional do estado por violação do jus cogens*. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 5, n. 5, jan./jun., 2007.

ARENDT, Hanna. *Lições sobre a Filosofia Política de KANT*. Trad. André Duarte de Macedo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

ATIENZA, Manuel. *Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico*, in “La teoría del derecho en el paradigma constitucional” (L. Ferrajoli, J.J. Moreso y M. Atienza), Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. *A Problemática dos Direitos Humanos no Mundo Globalizado*. Tesi di Master presentata sull'Università Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2007.

BAHIA, Saulo José Casali. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA, Salvador, v. 10, 2002.

BARBOSA, Rubens Antônio. *Os Estados Unidos pós 11 de setembro de 2001: implicações para a ordem mundial e para o Brasil*. In: RBPI 1, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Derecho Penal Internacional - Proyecto de Código Penal Internacional*. Madrid: Tecnos, 1983.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale - Un quadro teorico*. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Sources and Theory of International Criminal Law*. In "International Criminal Law". 3ª ed. Leiden: Brill, 2008.

BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law*, Vol. I, 3ª ed. Leiden: Brill, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade. A busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro. De Nuremberg a Haia*. Trad. Luciana Pinto Venâncio. Barueri: Manole, 2004.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. 2ª ed., Ijuí: UNIJUÍ, 1998.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Chapter XI, 'Of Human Dispositions in General', XI.2 II, disponibile in <<http://www.econlib.org/library/Bentham/bnthPML.html>>, consultato il 03 marzo 2011.

BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. "Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito constitucional". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Trad. Miguel da Costa Trindade. Coimbra: Coimbra, 1974.

BOBBIO, Norberto. *Giunaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1965.

BOBBIO, Norberto. *Il pensiero politico di Hobbes* - 1987. Disponibile in <http://www.4shared.com/dir/9011862/ba1eb697/sharing.html>, consultato il 02 marzo 2011.

BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino, Einaudi, 1990.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli Editore, 1996.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Org. Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. Trad. Pedro Bravo Gala. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *A Quinta Geração de Direitos Fundamentais*, in “Revista Direitos Fundamentais & Justiça”, n.º 3, abr./jun, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOSON, Gerson de Brito Mello. *Direito internacional público: o Estado em direito das gentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BRAGA, Leonardo Carvalho. *O debate Cosmopolitismo x Comunitarismo sobre Direitos Humanos e a Esquizofrenia das Relações Internacionais*. Revista “Contexto Internacional”, vol. 30, n.º 1, jan./abr. 2008, Rio de Janeiro, p. 159. Disponível in <<http://www.scielo.br/pdf/cint/v30n1/04.pdf>>, consultato il 15 agosto 2011.

BRANDÃO, Paulo de T. *A Tutela Judicial dos ‘novos’ Direitos: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania*. Tesi di Dottorato in Diritto. Florianópolis: CPGD, 2000.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BROWN, Bartram S. *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. In BASSIOUNI, M. Cherif. “International Criminal Law”, op. cit., vol. III.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSTAMANTE, Javier. *Derechos Humanos En El Ciberespacio*. Em “Derechos Humanos: La Condición Humana En La Sociedad Tecnológica”. Graciano González R. Arnaiz (coord.). Madrid: Tecnos, 1999.

CAMPBELL, Tom. *El sentido del positivismo jurídico*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, n° 25, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law*. Haia: Martinus Hijhoff Publishers, 2005.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARBONELL, Miguel. *Teoria del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

CARVALHO, David França Ribeiro de; DINIZ, Luciano dos Santos; RODRIGUES, Alessandra Mahé Costa. *Uma abordagem sobre a compreensão da soberania no decurso da história*, disponível in <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alessandra\\_mahe\\_costa\\_rodrigues.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alessandra_mahe_costa_rodrigues.pdf)>, consultato il 12 luglio 2011.

CASELLA, Paulo Borba. *O Protocolo de Madri sobre Registro Internacional de Marcas e sua Aplicação no Brasil*. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, São Paulo, n. 82, mar./abr., 2007.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio. *Lineamenti di diritto Internazionale penale - II. Diritto sostanziale*. Bologna: Il Mulino, 2005.

CASSESE, Antonio. *De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional*. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo. (org.). “O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional”. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

CASSESE, Antonio. *Lineamenti di diritto Internazionale penale - II. Diritto processuale*. Bologna: Il Mulino, 2006.

CATTARUZZA, Marina. *Il processo di Norimberga tra storia e giustizia*, Torino: UTET Libreria, 2006.

CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*. Torino: Giappichelli Editore, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *O Brasil e o Tribunal Penal Internacional - Abordagem Inicial à Proposta de Adaptação da Legislação Brasileira*. “O Direito Penal no Estatuto de Roma”. AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COEN, Paulo Cipriano. *Cosmopolitismo, democracia e tribunal penal internacional: reflexos no ordenamento constitucional brasileiro*. Tesi di Master presentata sulle Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil, Curitiba, 2010.

COLOMBO, Silvana. *Estado, soberania e poder: uma visão a partir da sociedade internacional*. Joaçaba: Espaço Jurídico, v. 8, n. 1, jan./jun. 2007.

COMANDUCCI, Paolo. *Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio*, em “Studi in onore di Franca De Marini”, Giuffrè, Milano: 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Maria de Fátima Machado da. *Michael Walzer: A Teoria da Guerra Justa e o Terrorismo*. Tesi di Master presentata sull'Università do Minho, Braga, 2005.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: De Palma, 1951.

CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002.

CRUZ, Paulo Marcio Cruz; MELO, Osvaldo Ferreira de. *Soberania e superação do estado constitucional moderno*. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, v. 1, n. 46, jul./dez. 2006.

CUNHA, Ciro Leal M. da. *Terrorismo internacional e política externa brasileira após o 11 de setembro*. Dissertação apresentada no Mestrado em Diplomacia do IRBr, Brasília, 2010. Disponível in <[http://www.direitointernacional.org/arquivos/20100603050127\\_arquivo.pdf](http://www.direitointernacional.org/arquivos/20100603050127_arquivo.pdf)>, consultato il 05 ottobre 2011.

CUNHA, Joaquim da Silva. *Direito internacional público: introdução e fontes*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DAHL, Robert A. *Sulla democrazia*. 2ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2006.

DALLAIRE, Roméo. *Shake the hands with the devil: the failure of humanity in Rwanda*. New York: Carroll & Graf, 2005.

D'AMATO, Anthony. *The Concept of Custom in International Law*. In "Trashing Customary International Law". American Journal of International Law, v. 81, n. 1, 1987.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1989.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DROMI, José Roberto. *La reforma constitucional: el constitucionalismo del 'porvenir'*, in ENTERRÍA, Eduardo García de; ARÉVALO, Manuel Clavero (coord.), “El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana”. Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya/Civitas, 1997.

DUPAS, Gilberto. *Atores e poderes na nova ordem global. Assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação*. São Paulo: Unesp, 2005.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKING, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKING, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKING, Ronald. *Law and Morals*. In “Justice in Robes”. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

ECHEVERRÍA, Javier Peña. *Identidad comunitaria y universalismo*. Londrina: Crítica, v. 2, n. 5, out.-dez. 1996.

FALK, Richard. *Globalização Predatória - uma crítica*. Lisboa: Edição Instituto Piaget, 2001.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERNANDES, Jean Marcel. *La Corte Penal Internacional. Soberanía versus justicia universal*. Buenos Aires: Editorial Zavalía, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *I Diritti fondamentali*. In “Diritti Fondamentali. Un dibattito Teorico”. Roma-Bari: Laterza, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2. Bari: Laterza, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Notas críticas y autocríticas em torno a la discusión sobre 'Derecho y Razón'*, in "Las Razones del Garantismo - Discutiendo con Luigi Ferrajoli". Bogotá: Temis, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Teoria axiomática do direito. Por uma refundação epistemológica da teoria do Direito*, em "Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico". Trad. Alexandre Aranalde Salim e Daniel Ustárroz. Barueri, Manole, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*, trad. Alexandre Aranalde Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*, trad. André Karam Trindade, disponibile in <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>, consultato il 10 agosto 2011.

FERRAJOLI, Luigi. FERRAJOLI, Luigi. *Funções de governo e funções de garantia. Comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana*. Disponibile in <[http://www.fmp.com.br/anexos\\_publicacoes/Prof%20Ferrajoli%20%20funzioni%20di%20governo%20e%20di%20garanzia.doc](http://www.fmp.com.br/anexos_publicacoes/Prof%20Ferrajoli%20%20funzioni%20di%20governo%20e%20di%20garanzia.doc)>, trad. Alexandre Aranalde Salim, consultato il 12 agosto 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRO, Ana Luíza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos Direitos Humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Curso del 17 marzo 1976*, em “Bisogna difendere la società”, Milano: Feltrinelli, 1998.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GIANFORMAGGIO, Letizia. *Derecho y Razón entre ser y deber ser*, in “Las Razones del Garantismo - Discutiendo con Luigi Ferrajoli”, Bogotá: Temis, 2008.

GOMES, Luiz Flávio (coord.); MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal*, vol. 1, Introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal*, vol. 2, Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Gisela. *Comunitarismo ou liberalismo?* Universidade da Beira Interior, Covilhã, Portugal, setembro de 1998, disponível in <<http://bocc.ubi.pt/pag/goncalves-gisela-COMUNITARISMO-LIBERALISMO.html>>, consultado 11 agosto 2011.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg: a Gênese de uma Nova Ordem no Direito Internacional*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUASTINI, Ricardo. *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

GÜNTHER, Klaus. *Rechtspluralismus und universal Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem*. In: Wingert, L., and Klaus Günther (Ed.). *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*. Frankfurt AM Main: Suhrkamp, 2001.

GÜNTHER, Klaus. *Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as a Problem of Legal Theory*. Disponibile in <<http://www1.law.nyu.edu/clppt/program2003/readings/gunther.pdf>>, consultato il 27 settembre 2011.

HALL, Christopher Keith. *La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente*. *Revista de la Cruz Roja*, n. 14, marzo 1998. Disponibile in <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlkq.htm>>, consultato il 11 novembre 2011.

HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. 9ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Responsabilità e pena: saggi di filosofia del diritto*, Milano: Edizioni di comunità, 1981.

HAZARD, Paul. *O Pensamento Europeu no século XVIII*, vol. II. Trad. Carlos Grifo Babo. Lisboa: Editorial Presença e Livraria Martins Fontes, sd.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia do Direito*. In "Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio". Trad. Benedetto Croce, 1951.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1995.

HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. *Introdução ao direito internacional dos direitos humanos*. Disponível in <[http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual\\_de\\_Direitos\\_Acesso\\_aos\\_Sistemas\\_global\\_e\\_Regional.pdf](http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual_de_Direitos_Acesso_aos_Sistemas_global_e_Regional.pdf)>, consultato il 16 agosto 2011.

HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. São Paulo: Landy, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviatano*. Trad. Arrigo Pacchi, Maria Vittoria Predaval, Riccarda Rebecchi, colab. Agostino Lupoli. Roma-Bari: Laterza, 2005.

HOBBS, Thomas. *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*. London: Bohn, 1839-45. 11 vols. Vol. 3. Chapter: XXVI: of civil laws. Disponível in <<http://oll.libertyfund.org/title/585/89870>>, consultato il 02 marzo 2011.

HUME, David, *Trattato sulla natura umana*, liv. III, parte I, p. 481-503.

HUPFFER, Haide Maria. *A Filosofia do Jusnaturalismo Moderno-Iluminista como Paradigma Precursor da Cientificidade do Direito*. Revista Temas Atuais de Processo Civil V.1, n.º 2, agosto de 2011.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

*International Criminal Court and the Resolutions of the Committee of Jurists*, 3 BYIL, 1922, p. 80, in “The Path to the Hague: Selected Document on the Origin of the ICTY”. The Hague: United Nations, 1996.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal*. Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Coleção Para Entender: *Para Entender o Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JELLINEK, George. *Teoria general del Estado*. 5ª ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Econômica, 1994.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal*. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: o que é o Iluminismo?*, publicação semanal Notícias de Büsching, Berlim, 13 de setembro de 1783.

KANT, Immanuel. *Sopra il detto comune*. In: “Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto”, trad. Gioele Solari e Giovanni Vidari, ed. postuma a cura di Norberto Bobbio, Luigi Firpo, Vittorio Mathieu. Torino: Utet, 1995.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria general del derecho y del estado*. 3ª ed. Ciudad de México: UNAM, 1969.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *La democrazia*. Bologna: Mulino, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *A doutrina do direito natural perante o tribunal da ciência*, in “O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência”. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KEMP, Kenneth W. *Just War Theory & Nonpacifist Rivals*, 2000, p. 7-13. Disponibile in <<http://courseweb.stthomas.edu/kwkemp/Papers/JWTR.pdf>>, consultato il 10 maggio 2011.

KIRSCH, Philippe; ROBINSON, Darryl. *A Construção do Acordo na Conferência de Roma*. In “O Direito Penal no Estatuto de Roma”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti. *Global legal pluralism: multiple regimes and multiple modes of thought*. Harvard, 5 March 2005. Disponibile in <[http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKPluralism-Harvard-05d\[1\].pdf](http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKPluralism-Harvard-05d[1].pdf)>, consultato il 27 settembre 2011.

KOWALSKI, Mateus. *O Tribunal Penal Internacional. Reflexões para um teste de resistência aos seus fundamentos*. Janus.net, e-journal of International Relations, vol. 2, n.º 2, 2011, disponibile in <[http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol2\\_n2/pt/pt\\_vol2\\_n2\\_art6.pdf](http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol2_n2/pt/pt_vol2_n2_art6.pdf)>, consultato il 27 settembre 2011.

KRETSCHMANN, Ângela. *Universalidade dos direitos humanos e diálogo na complexidade de um mundo multicivilizacional*. Curitiba: Juruá, 2008.

KRIEGER, César Amorim. *Direito internacional humanitário: o precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional*. Curitiba: Juruá, 2006.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEMKIN, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEON, Goldensohn, *As entrevistas de Nuremberg*. São Paulo: Cia da Letras, 2005.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiagos Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1963.

LINTON, Suzannah. *Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice*. In "Criminal Law Forum", n. 12, The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001.

LIPPI, Camila Soares. *O Tribunal Penal Internacional para Ruanda sob uma perspectiva de gênero: um estudo do caso Akayesu*. Tesi di Master presentata sull'Università do Rio de Janeiro, 2011.

LISZT, Franz Von. *La idea de fin en el derecho penal*. México: Edeval. 1994.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1970

LUBAN, David. *Liberalism, torture, and the ticking bomb*. Virginia Law Review, Vol. 91, October 2005.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MACHADO, Clara Cardoso. *Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno*, disponibile in <[http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj\\_fraterno.pdf](http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf)>, consultato il 10 gennaio 2011.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: ed. 34, 2004.

MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*. Disponibile in <[http://www.ibiblio.org/ml/libri/m/MachiavelliNB\\_IIPrincipe/main\\_h.html](http://www.ibiblio.org/ml/libri/m/MachiavelliNB_IIPrincipe/main_h.html)>, consultato il 10 aprile 2011.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2001.

MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da Justiça Econômica e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MAGNARELLA, Paul J. *Justice in Africa: Rwanda's Genocide, Its Courts, and the UN Criminal Tribunal*. Aldershot, England: Ashgate Publishing, 2000.

MAIA, Marielle. *Tribunal penal internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MANCINI, Stefano. *Diritto Penale Internazionale*, vol. II, Studi, Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.

MANTOVANI, Ferrando. *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, Riv. ital. dir. proc. penale, 2, 1997.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto penale*, Milano: Giuffrè, 1999.

MARQUES, Guilherme Bez. *A responsabilidade internacional dos Estados e a noção de crimes internacionais*. Revista Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 8, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2007, disponível in <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/File/405/154>>, consultato il 12 settembre 2011.

MARRAMAIO, Giacomo. *Dopo il Leviatano*. Individuo e comunità. Torino: Bollati Boringhieri, 2000.

MARSHAL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal*, vol. 1. Barcelona : Ediciones Ariel, 1962.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O tribunal penal internacional e a constituição brasileira*. In: "O que é o tribunal penal internacional". Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000 (série ação parlamentar, n. 110).

Disponibile in <[http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha\\_tpi.htm#SUM%20C3%81RIO](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm#SUM%20C3%81RIO)>, consultato il 22 settembre 2011.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito penal e direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 2º vol. 10ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. *Derecho internacional público: parte general*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 1995.

MILL, John Stuart. *O Utilitarismo* (1861). São Paulo: Ed. Iluminuras, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Direito internacional público I*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1995.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MORE, Rodrigo Fernandes. *Fontes do direito internacional*, p. 7-8. Disponível in <<http://more.com.br/artigos/Fontes%20do%20Direito%20Internacional.pdf>>, consultato il 23 settembre 2011.

MOURA, Adriana Galvão. *A Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Cidadania*. In *Constituição e Construção da Cidadania*. Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Paulo José Freire Teotônio (organizadores). Leme: JH Mizuno, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *As reformas da parte especial do Direito penal espanhol em 2003: da 'tolerância zero' ao 'direito penal do inimigo'*. Trad. Themis Maria Pacheco de Carvalho. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, RECj, 02.jan.05,

disponibile in <[http://revista.ampem.org.br/2005/02.01\\_ReformasParteEspecial-RECJ.02.01-05.pdf](http://revista.ampem.org.br/2005/02.01_ReformasParteEspecial-RECJ.02.01-05.pdf)>, consultato il 15 marzo 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal e Controle Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MURPHY, Mark C. *Was Hobbes a Legal Positivist?* Chicago: Ethics, n.º 105, 1995.

NAVARRO, Pablo. *Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante. N.º 24, 2001.

NEUENSCHWANDER, Juliana Magalhães. *História semântica do conceito de soberania: o paradoxo da soberania popular*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2000.

NEUMANN, Franz. *Lo stato democratico e lo stato autoritario*. Bologna: Mulino, 1973.

NYE JR., Joseph Samuel. *A North American perspective*. “The Trilateral Commission - Addressing the new international terrorism: prevention, intervention and multilateral cooperation”. Washington D.C., The Trilateral Commission, 2003.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *União europeia: processos de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 2003.

PARSONS, Talcott. *El sistema social*. Madrid: Revista de Occidente, 1966.

PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

PELLET, Alain. *Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!* In “European Journal of International Law”, Firenze, v. 10, n. 2, p. 425-434, 1999. Disponibile in <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/10/2/425.full.pdf>>, consultato il 16 dicembre 2011.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Normas Cogentes no Direito Internacional Público*. In PEREIRA, Antônio. C. A.; MELLO, Celso R. D. de Albuquerque (orgs.). Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Antecedentes históricos do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 98, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, in *Doxa*, n.º 21, II, 1998.

PRUNIER, Gérard. *The Rwanda crisis 1959-1994: history of a genocide*. London: Hurst, 1995.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal - Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2008.

RADBRUCH, Gustav. *Cinco minutos de filosofia do direito*. In “Filosofia do direito”. Trad. L. Cabral de Moncada. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RAIZMAN, Daniel Andrés. *O Direito Penal Internacional. A Necessidade de uma Limitação Discursiva*. In “Direito Penal Internacional Estrangeiro e Comparado”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, v. I, t. I. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1976.

RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. In: “Tribunal Penal Internacional”. CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.). São Paulo: RT, 2000.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins fontes, 2001.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REICH W.T. *History of the notion of care*. In: Reich W.T., “Bioethics encyclopedia”, New York: Mac Millan Library, 1995.

RESTA, Eligio. *Il Diritto fraterno*. 1ª ed. Bari: Laterza, 2002.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional - Curso Elementar*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o direito internacional e o direito interno*. Conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do Mercosul. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROBERTSON, Roland. *Globalização: teoria social e cultura global*. Trad. João R. Barroso. Petrópolis: Vozes, 2000.

RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança Internacional e Direitos Humanos: a Prática da Intervenção Humanitária no Pós-Guerra Fria*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Dykinson, 1989.

RÖLING, B.V.A.; CASSESE, Antonio. *The Tokyo Trial and Beyond*. Oxford: Polity Press, 1993.

RONCO, Mauro. *La legge penale*. Bolonha: Zanichelli, 2006.

ROSS, Alf. *Colpa, responsabilità e pena*, Milano: Giuffrè, 1972.

ROSS, Alf. *Do contrato social. Ensaio sobre a origem das línguas*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social. Ensaio sobre a origem das línguas*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: ou princípios do direito político*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso Sobre a Origem da Desigualdade*. Disponibile in <<http://www.culturabrasil.pro.br/dadesigualdaderousseau.htm>>, consultato l'11 aprile 2011.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. IER: Madrid, 1981.

SALIM, Alexandre Aranalde. *Teoria da Norma Penal*, Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2008.

SANCHÍS, L. Pietro. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Implicaciones*. In "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales". Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos*. Lua Nova - Revista de Cultura e Política, n.º 39. São Paulo: CEDEC, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Boaventura de Sousa Santos (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*. 2ª ed. Cambridge, United Kingdom: University Press Cambridge, 2004.

SCHIAVELLO, Aldo; VELLUZI, Vito. *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*. Torino: Giappichelli, 2005.

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

SCHMITT, Carl. *O Conceito de Político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

SEN, Amartya K. *Scelta, benessere, equità*. Bologna: Mulino, 2006.

SHECAIRA Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. Artigo publicado na Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, p. 165-176, outubro de 2009.

SHELTON, Dinah. *International Law and 'Relative Normativity'*. Chapter 5, 145-172. In: EVANS, Malcolm D. (org.). "International Law. New York: Oxford University Press, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Org. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SIKKINK, Kathryn. *Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America*. In: International Organizations, Massachusetts, IO Foundation e Massachusetts Institute of Technology, 1993.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas. *Le Role Relatif des Différentes Sources du Droit International Pénal: Dont Les Principes Généraux de Droit*. Chapitre 5. Apud ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit International Pénal*, Paris: Cedin, Editions A. Pedone, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002.

STEINER, Sylvia H. F. *O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira*. O que é Tribunal Penal Internacional - Brasília: Câmara dos Deputados, coordenação de publicações, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. In: *Diálogos Constitucionais Brasil e Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SUNGA, Lyal S. *The emerging system of international criminal law: developments in codification and implementation*. Haia: Kluwer, 1997.

SUNGA, Lyal S. *A competência ratione materiae da Corte Internacional Criminal: arts. 5º a 10 do Estatuto de Roma*. In "Tribunal Penal Internacional", São Paulo: RT, 2000.

SZUREK, Sandra. *La Formation du Droit International Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal. In: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coord.), “Droit International Pénal”, Paris: CEDIN Paris X, Editions A. Pedone, 2000.

TALAVERAS, Rafael Francisco Molina. *Liberalismo, comunitarismo e teoria do discurso - sobre as interpretações da justiça na democracia*. Tesi di Master presentata sulla Faculdade de Filosofia e Ciências da UNESP, Marília, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAVARES, Rodrigo de Souza. *O jus cogens na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e algumas reflexões sobre a teoria do direito*. Revista da Universidade UNIGRANRIO. Disponibile in <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/555/524>>, consultato il 26 settembre 2011.

TIVERON, Raquel. *Aspectos históricos, jurídicos, filosóficos e políticos do tribunal penal internacional e seu impacto no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada perante o Centro de Ensino Universitário de Brasília (UnICEUB), Brasília, 2005. Disponibile in <<http://www.uniceub.br/pdf/RaquelTiveron-DissertacaoFinal.pdf>>, consultato il 28 settembre 2011.

TOMÁS DE AQUINO, S. *Suma Teológica*. II, q. 40, a.1, ad 1, 3. Trad. Coord. Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira. São Paulo: Edições Loyola, 2001-6.

TOMÁS DE AQUINO, S. *Suma de teología*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. III, 32ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010.

VASCONCELOS, Renato Barbosa de. *A fundamentação dos direitos humanos como pressuposto da efetividade de suas normas*. Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito UFC (on-line), a. 4, n. 10, ago./dez. 2010, p. 41, disponibile in <<http://pt.scribd.com/doc/69466872/03-Renato>>, consultato il 18 luglio 2011.

VELLOSO, Ana Flavia. *A imprescritibilidade dos crimes internacionais*. Disponível in <[http://www.animapet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Ana\\_Flavia\\_Velloso\\_a\\_imprescritibilidade.pdf](http://www.animapet.com.br/primeira_edicao/artigo_Ana_Flavia_Velloso_a_imprescritibilidade.pdf)>, consultato il 29 settembre 2011.

VERDROSS, Alfred. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*. American Journal of International Law, v. 60, 1966.

VICENTE, José João Neves. *A crítica de MacIntyre à teoria da justiça de Rawls*. In “Trilhas Filosóficas”, Revista do Curso de Filosofia da Universidade do Rio Grande do Norte (UERN), Ano III, número 2, jul-dez, 2010.

VILASI, Antonella Colonna. *La Corte Penale Internazionale*. Roma: Edizioni Universitarie Romane, 2008.

VILLALPANDO, Santiago. *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*. Paris: PUF, 2005.

WALZER, Michael. *Nation and Universe*, in Grethe B. Peterson (ed.), *The Tanner Lecture on Human Values*, Salt Lake City: Utah University Press, 1990.

WALZER, Michael. *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*. Notre Dame: Notre Dame University Press, 1994.

WALZER, Michael. *As Esferas da Justiça: Em Defesa do Pluralismo e da Igualdade*. Trad. Nuno Valadas. Lisboa: Editorial Presença, 1999.

WALZER, Michael. *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*. New York, Basic Books, 2000.

WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas: uma argumentação moral com exemplos históricos*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Bustos Ramírez e Yañez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Novos Pressupostos para a Temática dos Direitos Humanos*, em “Direitos Humanos e Globalização - fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica”, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal. Parte Geral*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho penal*. 3ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993.

ZAPPALÀ, Salvatore. *La giustizia penale Internazionale*, Bologna: Il Mulino, 2005.

## ALLEGATO I

### STATUTO DI ROMA DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

*Adottato il 17 luglio 1998*

#### **Preambolo**

Gli Stati Parti del presente Statuto, consapevoli che tutti i popoli sono uniti da stretti vincoli e che le loro culture formano un patrimonio da tutti condiviso, un delicato mosaico che rischia in ogni momento di essere distrutto, memori che nel corso di questo secolo, milioni di bambini, donne e uomini sono stati vittime di atrocità inimmaginabili che turbano profondamente la coscienza dell'umanità, riconoscendo che crimini di tale gravità minacciano la pace, la sicurezza ed il benessere del mondo, 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, rammentando che è dovere di ciascun Stato esercitare la propria giurisdizione penale nei confronti dei responsabili di crimini internazionali, ribadendo gli scopi ed i principi della Carta delle Nazioni Unite ed in modo particolare il dovere di tutti gli Stati di astenersi dal ricorrere all'uso della minaccia o della forza contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica degli altri Stati o in contrasto, in qualsiasi altro modo, con gli scopi delle Nazioni Unite, evidenziando a tale riguardo che nessuna disposizione del presente Statuto può essere interpretata nel senso di autorizzare uno Stato Parte ad intervenire in un conflitto armato o negli affari interni di un altro Stato, determinati ad istituire, a tali fini e nell'interesse delle generazioni presenti e future, una Corte penale internazionale permanente e indipendente, collegata con il sistema delle Nazioni Unite competente a giudicare sui crimini più gravi motivo di allarme per l'intera comunità internazionale, evidenziando che la Corte penale internazionale istituita ai sensi del presente Statuto è complementare alle giurisdizioni penali nazionali, risoluti a garantire in modo duraturo il rispetto e l'applicazione della giustizia internazionale, hanno convenuto quanto segue:

#### **CAPITOLO I: ISTITUZIONE DELLA CORTE**

##### **Articolo 1 - La Corte**

È istituita una Corte penale internazionale ('la Corte') in quanto istituzione permanente che può esercitare il suo potere giurisdizionale sulle persone fisiche per i più gravi crimini di portata internazionale, ai sensi del presente Statuto. Essa è complementare alle giurisdizioni penali nazionali. La sua giurisdizione ed il suo funzionamento sono regolati dalle norme del presente Statuto.

##### **Articolo 2 - Rapporti della Corte con le Nazioni Unite**

La Corte instaura rapporti con le Nazioni Unite attraverso un accordo che dovrà essere approvato dall'Assemblea degli Stati Parte al presente Statuto e successivamente concluso dal Presidente della Corte a nome di quest'ultima.

### **Articolo 3 - Sede della Corte**

1. La sede della Corte è all'Aia, nei Paesi Bassi ('Stato ospitante').
2. La Corte e lo Stato ospitante stabiliscono un accordo di sede che sarà in seguito approvato dall'Assemblea degli Stati Parte, successivamente concluso dal Presidente della Corte a nome di quest'ultima.
3. Quando lo ritiene opportuno, la Corte può riunirsi in qualsiasi altro luogo, secondo le norme del presente Statuto.

### **Articolo 4 - Status giuridico e poteri della Corte**

1. La Corte possiede personalità giuridica internazionale. Essa ha anche la capacità giuridica necessaria per l'esercizio delle sue funzioni ed il conseguimento dei suoi obiettivi.
2. La Corte può esercitare le proprie funzioni ed i propri poteri, quali previsti nel presente Statuto, sul territorio di qualsiasi Stato Parte e, mediante una convenzione a tal fine, sul territorio di ogni altro Stato.

## **Capitolo II: GIURISDIZIONE, PROCEDIBILITÀ E NORMATIVA APPLICABILE**

### **Articolo 5 - Crimini di competenza della Corte**

1. La competenza della Corte è limitata ai crimini più gravi, motivo di allarme per l'intera comunità internazionale. La Corte ha competenza, 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.

### **Articolo 6 - Crimine di genocidio**

Ai fini del presente Statuto, per crimine di genocidio s'intende uno qualsiasi 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.

### **Articolo 7 - Crimini contro l'umanità**

1. Ai fini del presente Statuto, per crimine contro l'umanità s'intende uno qualsiasi 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 o 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 previsti dalle disposizioni del presente paragrafo o a crimini di competenza della Corte;
- i) Sparizione forzata di persone;
- j) Crimine di 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) Per 'attacco diretto contro popolazioni civili' s'intendono le condotte che implicano la reiterata commissione di atti previsti al paragrafo 1 contro qualsivoglia popolazione civile, 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 qualsiasi o dell'insieme dei poteri inerenti al diritto di proprietà, anche nel corso del traffico di persone, in particolare di donne e bambini;
- 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 ragioni 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 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 'crimine di 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 razziali, ed al fine di perpetuare tale regime;

i) per 'sparizione forzata di 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.

### **Articolo 8 - Crimini di guerra**

1. La Corte ha competenza a giudicare sui crimini di guerra, in particolare quando commessi come parte di un piano o di un disegno politico, o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala.

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 qualsiasi dei seguenti atti posti in essere contro persone o beni protetti dalle norme delle Convenzioni di Ginevra:

i) omicidio volontario;

ii) tortura o trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici;

iii) cagionare volontariamente grandi sofferenze o gravi lesioni all'integrità fisica o alla salute;

iv) distruzione ed appropriazione di beni, non giustificate da necessità militari o compiute su larga scala illegalmente ed arbitrariamente;

v) costringere un prigioniero di guerra o altra persona protetta a prestare servizio nelle forze armate di una potenza nemica;

vi) privare volontariamente un prigioniero di guerra o altra persona protetta del suo diritto ad un equo e regolare processo;

vii) deportazione, trasferimento o detenzione illegale;

viii) cattura di ostaggi.

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 qualsiasi dei seguenti atti:

i) dirigere intenzionalmente attacchi contro popolazioni civili in quanto tali o contro civili che non partecipino direttamente alle ostilità;

ii) dirigere intenzionalmente attacchi contro beni di carattere civile, e cioè beni che non siano obiettivi militari;

iii) dirigere intenzionalmente attacchi contro personale, installazioni, materiale, unità o veicoli utilizzati nell'ambito di una missione di soccorso umanitario o di mantenimento della pace in conformità della Carta delle Nazioni Unite, nella misura in cui gli stessi abbiano diritto alla protezione accordata ai civili ed alle proprietà civili previste dal diritto internazionale dei conflitti armati;

iv) lanciare intenzionalmente attacchi nella consapevolezza che gli stessi avranno come conseguenza la perdita di vite umane tra la popolazione civile, lesioni a civili o danni a proprietà civili ovvero danni

diffusi, duraturi e gravi all'ambiente naturale che siano manifestamente eccessivi rispetto all'insieme dei concreti e diretti vantaggi militari previsti;

v) attaccare o bombardare con qualsiasi mezzo, città, villaggi, abitazioni o costruzioni che non siano difesi, e che non costituiscano obiettivi militari;

vi) uccidere o ferire combattenti che, avendo deposto le armi o non avendo ulteriori mezzi di difesa, si siano arresi senza condizioni;

vii) fare uso improprio della bandiera bianca, della bandiera o delle insegne militari e dell'uniforme del nemico o delle Nazioni Unite nonché degli emblemi distintivi della Convenzione di Ginevra, cagionando in tal modo la perdita di vite umane o gravi lesioni personali;

viii) il trasferimento, diretto o indiretto, ad opera della potenza occupante, di parte della propria popolazione civile nei territori occupati o la deportazione e il trasferimento di tutta o di parte della popolazione del territorio occupato all'interno o all'esterno di tale territorio;

ix) dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici dedicati al culto, all'educazione, all'arte, alla scienza o a scopi umanitari, a monumenti storici, a ospedali e luoghi dove sono riuniti i malati ed i feriti, purché tali edifici non siano obiettivi militari;

x) assoggettare coloro che si trovano in potere del nemico a mutilazioni fisiche o ad esperimenti medici o scientifici di qualsiasi tipo, non giustificati da trattamenti medici, dentari o ospedalieri delle persone coinvolte né compiuti nel loro interesse, che cagionano la morte di tali persone e ne danneggiano gravemente la salute;

xi) uccidere o ferire a tradimento individui appartenenti alla nazione o all'esercito nemico;

xii) dichiarare che nessuno avrà salva la vita;

xiii) distruggere o confiscare beni del nemico, a meno che la confisca o la distruzione non siano imperativamente richieste dalle necessità della guerra;

xiv) dichiarare aboliti, sospesi od improcedibili in giudizio diritti ed azioni dei cittadini della nazione nemica;

xv) costringere i cittadini della nazione nemica, anche se al servizio del belligerante prima dell'inizio della guerra, a prendere parte ad operazioni di guerra dirette contro il proprio Paese;

xvi) saccheggiare città o località, ancorché prese d'assalto;

xvii) utilizzare veleno o armi velenose;

xviii) utilizzare gas asfissianti, gas tossici o gas simili nonché tutti i liquidi, le materie o i procedimenti analoghi;

xix) utilizzare proiettili che si espandono o si appiattiscono facilmente all'interno del corpo umano, quali i proiettili con l'involucro duro che non ricopre interamente la parte centrale o quelli perforati ad intaglio;

xx) utilizzare armi, proiettili, materie e metodi di guerra con caratteristiche tali da cagionare lesioni superflue o sofferenze non necessarie, o che colpiscano per loro natura in modo indiscriminato in violazione del diritto internazionale dei conflitti armati, a condizione che tali armi, proiettili, materie e metodi di guerra siano oggetto di un divieto d'uso generalizzato e rientrino tra quelli elencati in un allegato annesso al presente Statuto, a mezzo di un emendamento adottato in conformità delle disposizioni in materia contenute negli articoli 121 e 123;

xxi) violare la dignità della persona, in particolare utilizzando trattamenti umilianti e degradanti;

xxii) stuprare, ridurre in schiavitù sessuale, costringere alla prostituzione o alla gravidanza di cui all'articolo 7 paragrafo 2 capoverso f), imporre la sterilizzazione e commettere qualsiasi altra forma di violenza sessuale costituente violazione grave delle Convenzioni di Ginevra;

xxiii) utilizzare la presenza di un civile o di altra persona protetta per evitare che taluni siti, zone o forze militari divengano il bersaglio di operazioni militari;

xxiv) dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici, materiali, personale ed unità e mezzi di trasporto sanitari che usino, in conformità con il diritto internazionale, gli emblemi distintivi previsti dalle Convenzioni di Ginevra;

xxv) affamare intenzionalmente, come metodo di guerra, i civili privandoli dei beni indispensabili alla loro sopravvivenza, compreso il fatto di impedire volontariamente l'invio dei soccorsi previsti dalle Convenzioni di Ginevra;

xxvi) reclutare o arruolare fanciulli di età inferiore ai quindici anni nelle forze armate nazionali o farli partecipare attivamente alle ostilità.

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 qualsiasi degli atti di seguito enumerati, commessi contro coloro che non

partecipano direttamente alle ostilità, ivi compresi i membri delle Forze Armate che

hanno deposto le armi e coloro che non sono in grado di combattere per malattia, ferite, stato di detenzione o per qualsiasi altra causa:

i) atti di violenza contro la vita e l'integrità della persona, in particolare tutte le forme di omicidio, le mutilazioni, i trattamenti crudeli e la tortura;

ii) violare la dignità personale, in particolare trattamenti umilianti e degradanti;

iii) prendere ostaggi;

iv) emettere sentenze ed eseguirle senza un preventivo giudizio, svolto avanti un tribunale regolarmente costituito che offre tutte le garanzie giudiziarie generalmente riconosciute come indispensabili.

d) Il capoverso c) del paragrafo 2 si applica ai conflitti armati non di carattere internazionale e non si applica quindi a situazioni interne di disordine e tensione

quali sommosse, atti di violenza sporadici e isolati o atti di natura analoga.

e) Altre gravi violazioni 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 qualsiasi dei seguenti atti:

i) dirigere intenzionalmente attacchi contro popolazioni civili in quanto tali o contro civili che non partecipino direttamente alle ostilità;

ii) dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici, materiali, personale ed unità e mezzi di trasporto sanitari, che usino in conformità con il diritto internazionale gli emblemi distintivi delle Convenzioni di Ginevra;

iii) dirigere intenzionalmente attacchi contro personale, installazioni, materiale, unità o veicoli utilizzati nell'ambito di una missione di soccorso umanitario o di mantenimento della pace in conformità della Carta delle Nazioni Unite, nella misura in cui gli stessi abbiano diritto alla protezione accordata ai civili ed alle proprietà civili previste dal diritto Internazionale dei conflitti armati;

iv) dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici dedicati al culto, all'educazione, all'arte, alla scienza o a scopi umanitari, a monumenti storici, ospedali e luoghi dove sono riuniti i malati ed i feriti, purché tali edifici non siano obiettivi militari;

v) saccheggiare città o località, ancorché prese d'assalto;

vi) stuprare, ridurre in schiavitù sessuale, costringere alla prostituzione o alla gravidanza, imporre la sterilizzazione e commettere qualsiasi altra forma di violenza sessuale costituente violazione grave dell'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra;

vii) reclutare o arruolare fanciulli di età inferiore ai quindici anni nelle forze armate o in gruppi armati o farli partecipare attivamente alle ostilità;

viii) disporre un diverso dislocamento della popolazione civile per ragioni correlate al conflitto, se non lo richiedano la sicurezza dei civili coinvolti o inderogabili ragioni militari;

ix) uccidere o ferire a tradimento un combattente avversario;

x) dichiarare che nessuno avrà salva la vita;

xi) assoggettare coloro che si trovano in potere dell'avversario a mutilazioni fisiche o ad esperimenti medici o scientifici di qualsiasi tipo, non giustificati da trattamenti medici, dentari o ospedalieri delle persone interessate né compiuti nel loro interesse, che cagionano la morte di tali persone o ne danneggiano gravemente la salute;

xii) distruggere o confiscare beni dell'avversario, a meno che la confisca o la distruzione non siano imperativamente richieste dalle necessità del conflitto.

f) Il capoverso e) del paragrafo 2 si applica ai conflitti armati non di carattere internazionale e pertanto non si applica alle situazioni interne di disordine e tensione quali sommosse, atti di violenza sporadici e isolati o atti di natura analoga. 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 altri gruppi.

3. Nulla di quanto contenuto nelle disposizioni del paragrafo 2, capoversi c) ed e) può avere incidenza sulle responsabilità dei governi di mantenere o ristabilire l'ordine pubblico all'interno dello Stato o di difendere l'unità e l'integrità territoriale dello Stato con ogni mezzo legittimo.

#### **Articolo 9 - Elementi dei crimini**

1. Gli elementi dei crimini sono di ausilio per la Corte nell'interpretazione e nell'applicazione degli articoli 6, 7 e 8. Devono essere adottati dall'Assemblea degli Stati Parte a maggioranza di due terzi dei membri.

2. Modifiche agli elementi dei crimini possono essere proposte da:

a) qualsiasi Stato Parte;

b) i giudici, con decisione a maggioranza assoluta;

c) il Procuratore.

Le modifiche sono adottate dall'Assemblea degli Stati Parte a maggioranza di due terzi dei membri.

3. Gli elementi dei crimini e le relative modifiche devono essere compatibili con il presente Statuto.

#### **Articolo 10**

Nessuna disposizione del presente capitolo può essere interpretata nel senso di limitare o pregiudicare in qualsiasi modo, le norme del diritto internazionale esistenti o in formazione volte a finalità diverse da quelli del presente Statuto.

#### **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 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.

#### **Articolo 12 - Presupposti per l'esercizio della competenza**

1. Lo Stato che diviene parte del presente Statuto accetta con tale atto la competenza della Corte sui crimini di cui all'articolo 5.
2. Nelle ipotesi previste dall'articolo 13 lettere a) o c) la Corte può esercitare il proprio potere giurisdizionale se uno dei seguenti Stati, o entrambi, sono Parti del presente Statuto o hanno accettato la competenza della Corte in conformità delle disposizioni del paragrafo 3:
  - a) lo Stato nel cui territorio hanno avuto luogo l'atto o l'omissione in oggetto o, se il crimine è stato commesso a bordo di una nave o di un aeromobile, lo Stato della bandiera o di immatricolazione di tale nave o aeromobile;
  - b) lo Stato del quale la persona accusata ha la cittadinanza.
3. Se è necessaria, a norma delle disposizioni del paragrafo 2, l'accettazione di uno Stato non Parte del presente Statuto, tale Stato può, con dichiarazione depositata in Cancelleria, accettare la competenza della Corte sul crimine di cui trattasi. Lo Stato accettante coopera con la Corte senza ritardo e senza eccezioni, in conformità al capitolo IX.

#### **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 sul crimine in questione in forza dell'articolo 15.

#### **Articolo 14 - Segnalazione di una situazione ad opera di uno Stato Parte**

1. Uno Stato Parte può segnalare al Procuratore una situazione nella quale uno o più crimini di competenza della Corte appaiono essere stati commessi, richiedendo al Procuratore di effettuare indagini su questa situazione al fine di stabilire se una o più persone determinate debbano essere accusate di tali crimini.
2. Lo Stato che sottopone il caso indica per quanto possibile le circostanze pertinenti e

presenta la documentazione di supporto di cui dispone.

#### **Articolo 15 - Il Procuratore**

1. Il procuratore può iniziare le indagini di propria iniziativa sulla base di informazioni relative ai crimini di competenza della Corte.
2. Il Procuratore valuta la serietà delle informazioni ricevute. A tal fine può richiedere ulteriori informazioni agli Stati, agli organi delle Nazioni Unite, alle organizzazioni intergovernative e non governative o alle altre fonti affidabili che gli appaiono appropriate, e può ricevere deposizioni scritte o orali presso la sede della Corte.
3. Se il Procuratore conclude che v'è un ragionevole fondamento per avviare indagini, presenta alla Camera Preliminare una richiesta di autorizzazione alle indagini, unitamente ad ogni elemento di supporto raccolto. Le vittime possono essere rappresentate di fronte alla Camera Preliminare, in conformità al Regolamento di procedura e di prova.
4. Se la Camera Preliminare, dopo aver esaminato la richiesta e gli elementi giustificativi che l'accompagnano, ritiene che vi sia un ragionevole fondamento per avviare indagini e che il caso appaia ricadere nella competenza della Corte, essa dà la sua autorizzazione senza pregiudizio per le successive decisioni della Corte in materia di competenza e di procedibilità.
5. Una risposta negativa della Camera Preliminare non vieta al Procuratore di presentare una successiva richiesta fondata su fatti o elementi di prova nuovi, riferiti alla stessa situazione.
6. Se dopo la valutazione preliminare di cui ai paragrafi 1 e 2, il Procuratore conclude che le informazioni fornite non costituiscono un ragionevole fondamento per avviare indagini, ne informa coloro che le hanno fornite. Ciò non preclude al Procuratore la facoltà di prendere in esame, alla luce di fatti o elementi di prova nuovi, ulteriori informazioni a lui eventualmente sottoposte relative alla stessa situazione.

#### **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.

#### **Articolo 17 - Questioni relative alla procedibilità**

1. Con riferimento al decimo comma del preambolo ed all'articolo 1, la Corte dichiara improcedibile il caso se:
  - a) sullo stesso sono in corso di svolgimento indagini o procedimenti penali condotti da uno Stato che ha su di esso giurisdizione, a meno che tale Stato non intenda iniziare le indagini ovvero non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento;
  - b) lo stesso è stato oggetto di indagini condotte da uno Stato che ha su di esso giurisdizione e tale Stato ha deciso di non procedere nei confronti della persona interessata, a meno che la decisione non costituisca il risultato del rifiuto o dell'incapacità dello Stato di procedere correttamente;
  - c) la persona interessata è già stata giudicata per la condotta oggetto della denuncia e non può essere giudicata dalla Corte a norma dell'articolo 20 paragrafo 3;
  - d) il fatto non è di gravità sufficiente da giustificare ulteriori azioni da parte della Corte.

2. Al fine di decidere se ricorre in specifiche fattispecie il difetto di volontà dello Stato, la Corte valuta se, avuto riguardo alle garanzie di un processo equo riconosciute dal diritto internazionale sussistono una o più delle seguenti circostanze:

- a) il procedimento è o è stato condotto, ovvero la decisione dello Stato è stata adottata, nell'intento di proteggere la persona interessata dalla responsabilità penale per i crimini di competenza della Corte indicati nell'articolo 5;
- b) il procedimento ha subito un ritardo ingiustificato che, date le circostanze, è incompatibile con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia;
- c) il procedimento non è stato, o non è condotto in modo indipendente o imparziale, ed è stato, o è condotto in modo tale da essere - date le circostanze - incompatibile con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia.

3. Al fine di decidere se ricorre in specifiche fattispecie l'incapacità dello Stato, la Corte valuta se, a causa di un totale o sostanziale collasso ovvero della indisponibilità del proprio sistema giudiziario interno, lo Stato non abbia la capacità di ottenere la presenza dell'imputato o le prove e testimonianze necessarie, ovvero sia in qualunque altro modo incapace a svolgere il procedimento.

#### **Articolo 18 - Decisione preliminare in ordine alla procedibilità**

1. Quando alla Corte è stata segnalata una situazione ai sensi dell'articolo 13 capoverso a) ed il Procuratore ha determinato che vi sarebbe un ragionevole fondamento per avviare indagini ovvero quando il Procuratore inizia le indagini sulla base degli articoli 13 lettera c) e 15, lo stesso Procuratore ne dà notifica 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 tali 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.

2. Entro un mese dalla ricezione di tale notifica, 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.

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

4. 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. L'appello può essere trattato con procedura d'urgenza.

5. Quando ha sospeso le indagini come previsto al 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.

6. 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 elementi di prova o sussista un rilevante rischio che tali elementi di prova possano successivamente non essere disponibili.

7. 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.

#### **Articolo 19 - Questioni pregiudiziali sulla competenza della Corte e la procedibilità del caso**

1. La Corte accerta la propria competenza su qualsiasi caso portato dinanzi ad essa. La Corte può d'ufficio pronunciarsi sulla procedibilità del caso in conformità all'articolo 17.

2. Eccezioni in ordine alla procedibilità del caso, fondate sui motivi indicati nell'articolo 17, ovvero eccezioni in ordine alla competenza della Corte possono essere proposte da:

a) l'imputato o colui nei confronti del quale è stato emesso ai sensi dell'articolo 58 un mandato d'arresto o di comparizione;

b) lo Stato che ha giurisdizione riguardo al crimine in esame, per via del fatto che su tale caso sta conducendo o ha già condotto indagini o procedimenti penali; o

c) lo Stato del quale sia richiesta, ai sensi dell'articolo 12, l'accettazione della competenza.

3. Il Procuratore può richiedere alla Corte di pronunciarsi sulla questione di competenza o di procedibilità. Nei procedimenti relativi alla competenza o alla procedibilità, anche coloro che hanno segnalato la situazione ai sensi dell'articolo 13 e le vittime del crimine possono presentare osservazioni alla Corte.

4. L'improcedibilità di un caso o l'incompetenza della Corte possono essere eccepite per una sola volta dalle persone o dagli Stati indicati nelle disposizioni del paragrafo 2. L'eccezione deve essere proposta prima o nel momento iniziale del processo. In circostanze eccezionali, la Corte può autorizzare che l'eccezione sia proposta più di una volta o in un momento successivo alla fase di apertura del processo. Le eccezioni di improcedibilità proposte nella fase di apertura del processo o successivamente con l'autorizzazione della Corte possono essere fondate esclusivamente sull'articolo 17 paragrafo 1 capoverso c).

5. Gli Stati indicati alle disposizioni del paragrafo 2 capoversi b) e c) devono proporre l'eccezione il prima possibile.

6. Prima della conferma delle imputazioni, le eccezioni sulla procedibilità del caso e sulla competenza della Corte devono essere proposte alla Camera Preliminare. Dopo la convalida delle imputazioni, le stesse devono essere proposte alla Camera di primo grado. Le decisioni sulla competenza o la procedibilità possono essere impuginate avanti la Camera d'appello in conformità all'articolo 82.

7. Se lo Stato di cui al paragrafo 2, capoversi b) o c) propone un'eccezione, il Procuratore sospende le indagini sino a che la Corte non abbia adottato una decisione in conformità dell'articolo 17.

8. Pendente la decisione della Corte, il Procuratore può richiedere alla stessa l'autorizzazione:

a) a compiere gli atti di indagine necessari indicati nell'articolo 18 paragrafo 6;

- b) ad assumere dichiarazioni o deposizioni o testimonianze da testimoni, o a completare la raccolta e l'esame degli elementi di prova che abbiano avuto inizio prima della proposizione dell'eccezione; e
- c) ad impedire, in cooperazione con gli Stati interessati, che coloro nei cui confronti il Procuratore ha già richiesto un mandato d'arresto ai sensi dell'articolo 58 si rendano latitanti.

9. La proposizione dell'eccezione non incide sulla validità degli atti compiuti in precedenza dal Procuratore, o delle ordinanze o dei mandati emessi in precedenza dalla Corte.

10. Se la Corte ha dichiarato l'improcedibilità del caso ai sensi dell'articolo 17, il Procuratore può avanzare la richiesta per la revisione della decisione qualora accerti pienamente il verificarsi di fatti nuovi che abbiano fatto venire meno le ragioni sulle quali si fondava la precedente dichiarazione di improcedibilità del caso adottata ai sensi dell'articolo 17.

11. Se il Procuratore, con riferimento a quanto indicato nell'articolo 17, sospende le indagini può richiedere che lo Stato interessato gli fornisca informazioni sullo svolgimento della procedura. Tali notizie devono essere, a richiesta dello Stato in oggetto, tenute riservate. Se successivamente il Procuratore decide di procedere alle indagini deve darne formale notizia allo Stato la cui procedura era all'origine della sospensione.

#### **Articolo 20 - Ne bis in idem**

1. Se non diversamente previsto dal presente Statuto, nessuno può essere giudicato dalla Corte per atti costitutivi di crimini per i quali è stato precedentemente condannato o assolto dalla Corte stessa.

2. Nessuno può essere giudicato da una diversa giurisdizione per un crimine indicato nell'articolo 5 per il quale è già stato condannato o assolto dalla Corte.

3. 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:

a) mirava a sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale per crimini di competenza della Corte; o

b) in ogni caso non era stato condotto in modo indipendente ed imparziale, nel aspetto delle garanzie di un processo equo previste dal diritto internazionale, o era stato condotto in modo da essere incompatibile, date le circostanze, con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia.

#### **Articolo 21 - Normativa applicabile**

1. La Corte applica:

a) in primo luogo, il presente Statuto, gli elementi dei crimini e il Regolamento di procedura e di prova;

b) in secondo luogo, ove occorra, i trattati applicabili ed i principi e le regole di diritto internazionale, ivi compresi i principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati;

c) in mancanza, i principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine, purché tali principi non siano in contrasto con il presente Statuto, con il diritto Internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti.

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

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

### **CAPITOLO III: PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO PENALE**

#### **Articolo 22 - Nullum crimine 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.

#### **Articolo 24 - Non retroattività ratione personae**

1. Nessuno è penalmente responsabile in forza del presente Statuto per un comportamento precedente all'entrata in vigore dello Statuto.
2. 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.

#### **Articolo 25 - Responsabilità penale individuale**

1. La Corte è competente per le persone fisiche in conformità al presente Statuto.
2. Chiunque commette un crimine sottoposto alla giurisdizione della Corte è individualmente responsabile e può essere punito secondo il presente Statuto.
3. In conformità del presente Statuto, una persona è penalmente responsabile e può essere punita per un reato di competenza della Corte:
  - a) quando commette tale reato a titolo individuale o insieme ad un'altra persona o tramite un'altra persona, a prescindere se quest'ultima è o meno penalmente responsabile;
  - b) quando ordina, sollecita o incoraggia la perpetrazione di tale reato, nella misura in cui vi è perpetrazione o tentativo di perpetrazione di reato;
  - c) quando, in vista di agevolare la perpetrazione di tale reato, essa fornisce il suo aiuto, la sua partecipazione o ogni altra forma di assistenza alla perpetrazione o al tentativo di perpetrazione di tale reato, ivi compresi i mezzi per farlo;
  - d) contribuisce in ogni altra maniera alla perpetrazione o al tentativo di perpetrazione di tale reato da parte di un gruppo di persone che agiscono di comune accordo. Tale contributo deve essere intenzionale e, a seconda dei casi:

i) mirare a facilitare l'attività criminale o il progetto criminale del gruppo, nella misura in cui tale attività o progetto comportano l'esecuzione di un crimine sottoposto alla giurisdizione della Corte; oppure  
ii) essere fornito in piena consapevolezza dell'intento del gruppo di commettere il reato;

e) trattandosi di un crimine di genocidio, incita direttamente e pubblicamente altrui a commetterlo;

f) tenta di commettere il reato mediante atti che per via del loro carattere sostanziale rappresentano un inizio di esecuzione, senza tuttavia portare a termine il reato per via di circostanze indipendenti dalla sua volontà. Tuttavia la persona che desiste dallo sforzo volto a commettere il reato o ne impedisce in qualche modo l'espletamento, non può essere punita in forza del presente Statuto per il suo tentativo, qualora abbia completamente e volontariamente desistito dal suo progetto criminale.

4. Nessuna disposizione del presente Statuto relativa alla responsabilità penale degli individui pregiudica la responsabilità degli Stati nel diritto internazionale.

#### **Articolo 26 - Esclusione di giurisdizione per persone di età inferiore a 18 anni**

La Corte non ha competenza nei confronti di una persona minore di 18 anni al momento della pretesa perpetrazione di un crimine.

#### **Articolo 27 - Irrilevanza della qualifica ufficiale**

1. Il presente Statuto si applica a tutti in modo uguale senza qualsivoglia distinzione basata sulla qualifica ufficiale. In modo particolare la qualifica ufficiale di capo di Stato o di governo, di membro di un governo o di un parlamento, di rappresentante eletto o di agente di uno Stato non esonera in alcun caso una persona dalla sua responsabilità penale per quanto concerne il presente Statuto e non costituisce in quanto tale motivo di riduzione della pena.

2. Le immunità o regole di procedura speciale eventualmente inerenti alla qualifica ufficiale di una persona in forza del diritto interno o del diritto internazionale non vietano alla Corte di esercitare la sua competenza nei confronti di questa persona.

#### **Articolo 28 - Responsabilità dei capi militari e di altri superiori gerarchici**

Oltre agli altri motivi di responsabilità penale secondo il presente Statuto per reati di competenza della Corte:

a) Un comandante militare o persona facente effettivamente funzione di comandante militare è penalmente responsabile dei crimini di competenza della Corte commessi da forze poste sotto il suo effettivo comando o controllo o sotto la sua effettiva autorità e controllo, a seconda dei casi, quando non abbia esercitato un opportuno controllo su queste forze. Nei seguenti casi:

i) questo capo militare o questa persona sapeva o, date le circostanze, avrebbe dovuto sapere che le forze commettevano o stavano per commettere tali crimini; e

ii) questo capo militare o questa persona non ha preso tutte le misure necessarie e ragionevoli in suo potere per impedire o reprimere l'esecuzione o per sottoporre la questione alle autorità competenti a fini d'inchiesta e di azioni giudiziarie.

b) Per quanto concerne le relazioni fra superiore gerarchico e sottoposti, non descritte alla lettera a), il superiore gerarchico è penalmente responsabile per i reati di competenza della Corte commessi da sottoposti sotto la sua effettiva autorità o controllo, qualora egli non abbia esercitato un opportuno controllo su tali sottoposti nelle seguenti circostanze:

- i) il superiore gerarchico era a conoscenza, o ha deliberatamente trascurato di tenere conto di informazioni che indicavano chiaramente che tali subordinati commettevano o stavano per commettere detti crimini;
- ii) i crimini erano inerenti ad attività sotto la sua effettiva autorità e responsabilità;
- iii) il superiore gerarchico non ha preso tutte le misure necessarie e ragionevoli in suo potere per impedirne o reprimerne l'esecuzione o per sottoporre la questione alle autorità competenti ai fini d'inchiesta e di esercizio dell'azione penale.

#### **Articolo 29 - Imprescrittibilità**

I crimini di competenza della Corte non sono soggetti ad alcun termine di prescrizione.

#### **Articolo 30 - Elementi psicologici**

1. Salvo diversa disposizione, una persona non è penalmente responsabile e può essere punita per un crimine di competenza della Corte solo se l'elemento materiale è accompagnato da intenzione e consapevolezza.

2. Ai sensi del presente articolo, vi è intenzione quando:

- a) trattandosi di un comportamento, una persona intende adottare tale comportamento;
- b) trattandosi di una conseguenza, una persona intende causare tale conseguenza o è consapevole che quest'ultima avverrà nel corso normale degli eventi.

3. Vi è consapevolezza ai sensi del presente articolo quando una persona è cosciente dell'esistenza di una determinata circostanza o che una conseguenza avverrà nel corso normale degli eventi. 'Intenzionalmente' e 'con cognizione di causa' vanno interpretati di conseguenza.

#### **Articolo 31 - Motivi di esclusione dalle responsabilità penali**

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

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

ragionevole per allontanare tale minaccia, a patto che non abbia inteso causare un danno maggiore di quello che cercava di evitare. Tale minaccia può essere stata:

- i) sia esercitata da altre persone, o
- ii) costituita da altre circostanze indipendenti dalla sua volontà.

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

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

#### **Articolo 32 - Errore di fatto o di diritto**

1. Un errore di fatto è motivo di esclusione dalla responsabilità penale solo se annulla l'elemento psicologico del reato.

2. Un errore di diritto concernente la questione di sapere se un determinato tipo di comportamento costituisce un reato passibile della giurisdizione della Corte non è motivo di esclusione dalla responsabilità penale. Tuttavia, un errore di diritto può essere motivo di esclusione dalla responsabilità penale quando annulla l'elemento psicologico del reato, o sulla base di quanto previsto dall'articolo 33.

#### **Articolo 33 - Ordini del superiore gerarchico e ordine di legge**

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

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

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

### **CAPITOLO IV: COMPOSIZIONE ED AMMINISTRAZIONE DELLA CORTE**

#### **Articolo 34 - Organi della Corte**

Gli organi della Corte sono i seguenti:

- a) Presidenza;
- b) Sezione degli appelli, Sezione di primo grado e Sezione preliminare;
- c) Ufficio del Procuratore;
- d) Cancelleria.

#### **Articolo 35 - Esercizio delle funzioni da parte dei giudici**

1. Tutti i giudici sono eletti come membri a tempo pieno della Corte e sono disponibili per esercitare le loro funzioni a tempo pieno non appena ha inizio il loro mandato.

2. I giudici che compongono la presidenza esercitano le loro funzioni a tempo pieno dal momento in cui sono eletti.

3. La Presidenza può, in funzione del carico di lavoro della Corte ed in consultazione con gli altri giudici, decidere periodicamente in che misura questi ultimi sono tenuti ad esercitare le loro funzioni a tempo pieno. Le decisioni adottate a tale riguardo non pregiudicano le disposizioni dell'articolo 40.

4. Le intese finanziarie concernenti i giudici che non sono tenuti ad esercitare le loro funzioni a tempo pieno sono stabilite secondo l'articolo 49.

### **Articolo 36 - Qualificazioni, candidatura ed elezione dei giudici**

1. Subordinatamente alle disposizioni del paragrafo 2, la Corte si compone di 18 giudici.

2. a) La Presidenza, agente in nome della Corte, può proporre di aumentare il numero dei giudici fissato al paragrafo 1, motivando debitamente la sua proposta. Questa è comunicata senza indugio a tutte le parti dall'ufficio di Cancelleria.

b) Successivamente la proposta è esaminata in una riunione dell'Assemblea degli Stati Parte, convocata conformemente all'articolo 112. Essa è considerata adottata se è approvata in questa riunione a maggioranza di due terzi dei membri dell'Assemblea degli Stati Parte. Essa entra in vigore alla data stabilita dall'Assemblea degli Stati Parte.

c) i) Quando una proposta di aumentare il numero dei giudici è stata adottata secondo il capoverso b), l'elezione dei giudici supplementari avviene alla successiva riunione dell'Assemblea degli Stati parti secondo i paragrafi 3 a 8 e l'articolo 37 paragrafo 2; ii) Quando una proposta di aumentare il numero dei giudici è stata adottata ed è divenuta effettiva secondo i capoversi b) e c) sotto capoverso i), la Presidenza può proporre in qualsiasi momento in seguito, qualora il carico di lavoro della Corte lo giustifichi, di ridurre il numero dei giudici purché tale numero non scenda al di sotto di quello stabilito al paragrafo 1. La proposta è esaminata secondo la procedura stabilita ai capoversi a) e b). Se è adottata, il numero dei giudici diminuisce gradualmente mano a mano che il mandato dei giudici in esercizio giunge a scadenza, fino a quando non venga raggiunto il numero richiesto.

3. a) I giudici sono selezionati fra persone che godono di un'elevata considerazione morale, conosciute per la loro imparzialità ed integrità e che presentano tutti i requisiti richiesti nei loro rispettivi Stati per l'esercizio delle massime cariche giudiziarie.

b) Ogni candidato ad un seggio alla Corte deve:

i) avere una competenza riconosciuta in diritto e procedura penale, nonché la necessaria esperienza di processo penale, sia in qualità di giudice, di procuratore, di avvocato o in ogni altra qualità analoga; oppure ii) avere una competenza riconosciuta in settori pertinenti del diritto internazionale, come il diritto internazionale umanitario ed i diritti dell'uomo, nonché una vasta esperienza in una professione giuridica particolarmente significativa ai fini dell'attività giudiziaria della Corte;

c) ogni candidato ad un seggio alla Corte deve avere un'ottima conoscenza ed una pratica corrente di almeno una delle lingue di lavoro della Corte.

4. a) I candidati ad un seggio alla Corte possono essere presentati da ogni Stato Parte al presente Statuto:

i) secondo la procedura di presentazione di candidature alle massime cariche giudiziarie nello Stato in questione; oppure

ii) secondo la procedura di presentazione di candidature alla Corte Internazionale di Giustizia prevista nello Statuto di quest'ultima. Le candidature sono accompagnate da una dichiarazione dettagliata che dimostra che il candidato presenta i requisiti previsti al paragrafo 3.

b) Ciascuno Stato parte può presentare la candidatura di una persona per una determinata elezione. Tale persona non deve necessariamente averne la nazionalità, ma in ogni caso deve essere in possesso di quella di uno Stato Parte.

c) L'Assemblea degli Stati parti può decidere di costituire, come opportuno, una commissione consultiva per l'esame delle candidature. La composizione ed il mandato di tale Commissione sono definite dall'Assemblea degli Stati Parti.

5. Ai fini dell'elezione, vengono predisposte due liste di candidati: La lista A, contenente i nomi dei candidati in possesso dei requisiti di cui al paragrafo 3, capoverso b), sottocapoverso i); La lista B, contenente i nomi dei candidati in possesso dei requisiti di cui AL paragrafo 3, capoverso b), sottocapoverso ii). Ogni candidato in possesso delle competenze richieste per figurare sulle due liste può scegliere quella su cui presentarsi. Alla prima elezione, almeno nove giudici saranno eletti fra i candidati della lista A ed almeno cinque giudici fra quelli della lista B. Le elezioni successive saranno organizzate in modo da mantenere una proporzione analoga fra i giudici qualificati eletti fra i candidati delle due liste.

6. a) I giudici sono eletti a scrutinio segreto in una riunione dell'Assemblea degli Stati parti 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 parti 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.

7. La Corte non può annoverare più di un cittadino dello stesso Stato. A tale riguardo una persona che può essere considerata come cittadina di più di uno Stato sarà considerata cittadino dello Stato in cui esercita abitualmente i suoi diritti civili e politici.

8. a) Nella scelta dei giudici gli Stati parti tengono conto della necessità di assicurare nella composizione della Corte:

i) la rappresentanza dei principali ordinamenti giuridici del mondo;

ii) un'equa rappresentanza geografica; e

iii) un'equa rappresentanza di uomini e donne.

b) Gli Stati Parti tengono altresì conto del bisogno di assicurare la presenza di giudici specializzati in talune questioni, comprese le questioni relative alla violenza contro donne o bambini.

9. a) Subordinatamente al capoverso b), i giudici sono eletti per un mandato di nove anni e, fatto salvo il capoverso c) e l'articolo 37 paragrafo 2, essi non sono rieleggibili.

b) Nella prima elezione, un terzo dei giudici eletti designati mediante sorteggio, sono nominati per un mandato di tre anni; un terzo dei giudici eletti designati mediante sorteggio sono nominati per un mandato di sei anni; gli altri giudici sono nominati per un mandato di nove anni.

c) Un giudice nominato per un mandato di tre anni in applicazione del sottoparagrafo b) è rieleggibile per un mandato completo.

10. Nonostante le disposizioni del paragrafo 9, un giudice assegnato a una Camera di primo grado o d'appello secondo l'articolo 39, che ha iniziato dinanzi a questa Sezione la trattazione di un causa di primo grado o d'appello rimane in funzione fino a quando la causa non è risolta.

#### **Articolo 37 - Seggi vacanti**

1. I seggi divenuti vacanti sono ricoperti mediante elezione in conformità all'articolo 36.

2. Un giudice eletto ad un seggio divenuto vacante completa il mandato del suo predecessore; se la durata del mandato da portare a termine è inferiore o pari a tre anni, egli è rieleggibile per un intero mandato secondo l'articolo 36.

### **Articolo 38 - Presidenza**

1. Il Presidente ed il Primo e Secondo vicepresidente sono eletti a maggioranza assoluta dei giudici. Essi sono eletti per tre anni o fino alla scadenza del loro mandato di giudice se quest'ultimo termina prima di tre anni. Sono rieleggibili una sola volta.

2. Il Primo Vicepresidente sostituisce il Presidente quando quest'ultimo è impedito o ricusato. Il secondo Vicepresidente sostituisce il Presidente quando quest'ultimo ed il Primo Vicepresidente sono entrambi impediti o ricusati.

3. Il Presidente, il primo Vicepresidente ed il Secondo Vicepresidente compongono la Presidenza la quale è incaricata:

a) di una corretta amministrazione della Corte, ad eccezione dell'ufficio del Procuratore; e

b) delle altre funzioni conferitele secondo il presente Statuto.

4. Nell'esercizio delle competenze di cui al paragrafo 3 capoverso a), la Presidenza agisce in coordinazione con il Procuratore, al quale chiede il consenso per tutte le questioni d'interesse comune.

### **Articolo 39 - Sezioni**

1. Il prima possibile dopo l'elezione dei giudici, la Corte si organizza in sezioni come previsto dall'articolo 34 paragrafo b). La Sezione degli appelli è composta dal presidente e da altri quattro giudici; la Sezione di primo grado e la Sezione preliminare sono ciascuna composte da almeno sei giudici. L'assegnazione dei giudici alle Sezioni è fondata sulla natura delle funzioni attribuite a ciascuna di esse e sulle competenze ed esperienza dei giudici eletti alla Corte, in modo tale che ciascuna sezione includa in misura adeguata membri con competenze specializzate in diritto e procedura penale, ed in diritto internazionale. La Sezione preliminare e la Sezione di primo grado sono composte in prevalenza da giudici aventi esperienza in materia di procedimenti penali.

2. a) Le funzioni giudiziarie della Corte sono esercitate in ciascuna sezione dalle Camere.

b) i) La Camera di appello è composta da tutti i giudici della sezione degli appelli.

ii) Le funzioni della Camera di primo grado sono esercitate da tre giudici della Sezione di primo grado.

iii) Le funzioni della Camera preliminare sono esercitate sia da tre giudici della Sezione preliminare, sia da un solo giudice di tale Sezione secondo il presente Statuto e il Regolamento di procedura e di prova.

c) Nessuna disposizione del presente paragrafo vieta la costituzione concomitante di più di una camera di primo grado o camera preliminare quando il carico di lavoro della Corte lo esiga.

3. a) I giudici assegnati alla Sezione preliminare ed alla Sezione di primo grado vi siedono per tre anni; essi continuano a sedervi oltre questo termine fino alla soluzione di qualsiasi caso da essi trattato in tali sezioni.

b) I giudici assegnati alla Sezione degli appelli vi siedono per tutta la durata del loro mandato.

4. I giudici assegnati alla Sezione degli appelli siedono esclusivamente in questa Sezione. Nessuna disposizione del presente articolo vieta l'applicazione provvisoria di giudici della Sezione di primo grado alla Sezione preliminare o viceversa, se la Presidenza ritiene che ciò sia necessario in considerazione del carico di lavoro della Corte, rimanendo inteso che un giudice che ha partecipato alla fase preliminare di una questione non è in alcun caso autorizzato a sedere nella Camera di primo grado investita della stessa questione.

### **Articolo 40 - Indipendenza dei giudici**

1. I giudici esercitano le loro funzioni in completa indipendenza.
2. I giudici non esercitano alcuna attività che potrebbe essere incompatibile con le loro funzioni giudiziarie o far dubitare della loro indipendenza.
3. I giudici tenuti ad esercitare le loro funzioni a tempo pieno presso la sede della Corte non devono esercitare alcuna altra attività di carattere professionale.
4. Ogni questione che potrebbe sorgere a proposito dei paragrafi 2 e 3 è decisa a maggioranza assoluta dei giudici. Quando una questione concerne un giudice, tale giudice non parteciperà all'adozione della decisione.

#### **Articolo 41 - Esonero e ricasazione dei giudici**

1. La Presidenza può esonerare un giudice, a sua richiesta, dalle funzioni che gli sono attribuite in forza del presente Statuto secondo il Regolamento di procedura e di prova.
2. a) Un giudice non può partecipare alla soluzione di qualsiasi causa in cui la sua imparzialità potrebbe ragionevolmente essere messa in dubbio per qualsivoglia ragione. Un giudice può essere ricasato per un determinato caso, secondo il presente paragrafo, in modo particolare se è già intervenuto, in precedenza, a qualsiasi titolo, nella stessa questione dinanzi alla Corte o in una causa penale connessa, a livello nazionale, in cui la persona che è ora oggetto di inchiesta o di azione giudiziaria era implicata. Un giudice può altresì essere ricasato per altri motivi previsti dal Regolamento di procedura e di prova.  
b) Il procuratore o la persona oggetto di un'inchiesta o di azioni giudiziarie può chiedere la ricasazione di un giudice in forza del presente paragrafo.  
c) Ogni questione relativa alla ricasazione di un giudice è decisa a maggioranza assoluta dei giudici. Il giudice di cui si domanda la ricasazione, può presentare le sue osservazioni in merito, ma non partecipa alla decisione.

#### **Articolo 42 - Ufficio del Procuratore**

1. L'Ufficio del Procuratore opera indipendentemente in quanto organo distinto nell'ambito della Corte. Esso è incaricato di ricevere le comunicazioni ed ogni informazione debitamente valutata relativa ai reati di competenza della Corte, di esaminarle, di condurre le inchieste e di sostenere l'accusa dinanzi alla Corte. I membri di questo Ufficio non sollecitano né agiscono su istruzioni provenienti da fonti esterne.
2. L'Ufficio è diretto dal Procuratore. Quest'ultimo ha piena autorità per quanto concerne la gestione amministrativa dell'Ufficio ivi compreso il personale, le installazioni ed altre risorse. Il Procuratore è assistito da uno o più vice-procuratori, abilitati ad effettuare tutti gli atti richiesti dal Procuratore secondo il presente Statuto. Il procuratore ed i vice-procuratori sono di nazionalità diverse. Essi esercitano le loro funzioni a tempo pieno.
3. Il procuratore ed i vice-procuratori devono godere di un'elevata considerazione morale ed avere solide competenze ed una vasta esperienza pratica in materia di azioni giudiziarie o di processi in cause penali. Essi debbono avere un'ottima conoscenza e pratica corrente di almeno una delle lingue di lavoro della Corte.
4. Il Procuratore è eletto a scrutinio segreto dall'Assemblea degli Stati Parti 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.

5. Né il Procuratore né i Vice Procuratori esercitano attività che rischiano di essere incompatibili con le loro funzioni in materia di azioni giudiziarie o di far dubitare della loro indipendenza. Essi non esercitano alcuna altra attività di carattere professionale.

6. La Presidenza può esonerare il Procuratore o un Vice Procuratore, a sua richiesta, dalle sue funzioni in un determinato caso.

7. Né il Procuratore né i Vice Procuratori possono partecipare alla soluzione di una questione in cui la loro imparzialità potrebbe ragionevolmente essere contestata per un motivo qualsiasi. Sono tra l'altro ricusati nell'ambito di una causa, secondo il presente paragrafo, se in precedenza erano già intervenuti a qualsiasi titolo in tale causa dinanzi alla Corte o in una causa penale connessa, a livello nazionale, nella quale la persona oggetto d'inchiesta o di azioni giudiziarie era implicata.

8. Ogni questione relativa alla ricusazione del Procuratore o di un Vice Procuratore è decisa dalla Camera di Appello.

a) La persona oggetto di un'inchiesta o di azioni giudiziarie può in qualsiasi momento chiedere la ricusazione del Procuratore o di un Vice Procuratore per i motivi enunciati nel presente articolo.

b) Il Procuratore o il Vice Procuratore interessato, a seconda dei casi, può presentare le sue osservazioni in merito.

9. Il Procuratore nomina consiglieri che sono specialisti in diritto per talune questioni, comprese quelle concernenti le violenze sessuali, le violenze per motivazioni sessiste e Le violenze contro bambini.

#### **Articolo 43 - Ufficio di Cancelleria**

1. L'Ufficio di Cancelleria è responsabile degli aspetti non giudiziari dell'amministrazione e dei servizi della Corte, fatte salve le funzioni e le competenze del Procuratore definite all'articolo 42.

2. L'Ufficio di Cancelleria è diretto dal Cancelliere che è il principale funzionario amministrativo della Corte. Il Cancelliere esercita le sue funzioni sotto l'autorità del Presidente della Corte.

3. Il Cancelliere ed il Vice Cancelliere devono essere persone di comprovata moralità e di vasta competenza, con un'ottima conoscenza ed una pratica corrente di almeno una delle lingue di lavoro della Corte.

4. I giudici eleggono il Cancelliere a maggioranza assoluta e a scrutinio segreto, in considerazione di eventuali raccomandazioni dell'Assemblea degli Stati Parti. Ove necessario, essi eleggono allo stesso modo un Vice Cancelliere su raccomandazione del Cancelliere.

5. Il Cancelliere è eletto per cinque anni, è rieleggibile una volta ed esercita le sue funzioni a tempo pieno. Il Vice Cancelliere è eletto per cinque anni o per un mandato più breve, secondo quanto può essere deciso a maggioranza assoluta dei giudici; esso è chiamato ad esercitare le sue funzioni secondo le esigenze del servizio.

6. Il Cancelliere istituisce nell'ambito dell'Ufficio di cancelleria, una Divisione di assistenza per le vittime ed i testimoni. Tale Divisione è incaricata, in consultazione con l'ufficio del Procuratore, di consigliare e di aiutare in ogni altro modo appropriato i testimoni, le vittime che compaiono dinanzi alla Corte e le altre persone che potrebbero essere messe in pericolo dalle deposizioni di tali testimoni, nonché di prevedere le misure e disposizioni da prendere per garantire la loro protezione e sicurezza. Il personale

della Divisione include specialisti nell'aiuto alle vittime di traumi, compresi i traumi susseguenti a violenze sessuali.

#### **Articolo 44 - Il personale**

1. Il Procuratore ed il Cancelliere nominano il personale qualificato necessario nei loro rispettivi servizi compresi, per quanto riguarda il Procuratore, gli inquirenti.
2. Nel reclutare il personale, il Procuratore ed il Cancelliere provvedono ad assicurarsi i servizi di persone che presentano, al più alto grado, competenza, integrità ed efficienza, tenuto conto, *mutatis mutandis*, dei criteri enunciati all'articolo 36 paragrafo 8.
3. Il Cancelliere, di comune accordo con la Presidenza ed il Procuratore, propone lo Statuto del personale con le norme per la nomina, la remunerazione e la cessazione dalle funzioni. Lo Statuto del personale è approvato dall'Assemblea degli Stati Parti.
4. La Corte può, in circostanze eccezionali, avvalersi delle conoscenze di personale messo gratuitamente a disposizione da Stati Parti, organizzazioni intergovernative o organizzazioni non governative, per aiutare qualsiasi organo della Corte nei suoi lavori. Il Procuratore può accettare questa offerta per quanto riguarda l'Ufficio del Procuratore. Tali persone messe gratuitamente a disposizione sono impiegate in conformità alle direttive che saranno stabilite dall'Assemblea degli Stati Parti.

#### **Articolo 45 - Impegno solenne**

Prima di entrare in funzione secondo il presente Statuto, i giudici, il Procuratore, i Vice Procuratori, il Cancelliere ed il Vice Cancelliere assumono, in sessione pubblica, l'impegno solenne di esercitare le loro competenze in completa imparzialità e coscienza.

#### **Articolo 46 - Perdita di funzioni**

1. Un giudice, il Procuratore, un Vice Procuratore, il Cancelliere o il Vice Cancelliere, è sollevato dalle sue funzioni in base ad una decisione adottata secondo il paragrafo 2, nei casi in cui:
  - a) venga accertato che ha commesso un errore grave o un'inadempienza grave ai doveri che gli sono imposti dal presente Statuto come previsto nel Regolamento di procedura e di prova, oppure b) lo stesso si trova nell'incapacità di esercitare le sue funzioni come definite dal presente Statuto.
2. La decisione relativa alla perdita di funzioni di un giudice, del Procuratore, di un Vice Procuratore in applicazione del paragrafo 1 è adottata dall'Assemblea degli Stati Parti a scrutinio segreto:
  - a) nel caso di un giudice, a maggioranza di due terzi degli Stati Parti su raccomandazione adottata a maggioranza di due terzi degli altri giudici;
  - b) nel caso del Procuratore, a maggioranza assoluta degli Stati Parti,
  - c) nel caso di un Vice Procuratore, a maggioranza assoluta degli Stati parti su raccomandazione del Procuratore.
3. La decisione relativa alla perdita di funzione del Cancelliere o del Vice Cancelliere è adottata a maggioranza assoluta dei giudici.
4. Un giudice, un Procuratore, un Vice Procuratore, un Cancelliere o Vice Cancelliere il cui comportamento o attitudine ad esercitare le funzioni previste dal presente Statuto sono contestati in forza del presente articolo ha ogni facoltà di produrre e ricevere elementi di prova e di far valere i suoi argomenti secondo il Regolamento di procedura e di prova. Non è prevista in altro modo la sua partecipazione all'esame della questione.

#### **Articolo 47 - Misure disciplinari**

Un giudice, un Procuratore, un Vice Procuratore, un Cancelliere o un Vice Cancelliere che abbia commesso una colpa di gravità minore di quella menzionata all'articolo 46 paragrafo 1, è oggetto di misure disciplinari secondo il Regolamento di procedura e di prova.

#### **Articolo 48 - Privilegi ed immunità**

1. La Corte gode nel territorio di ciascuno Stato Parte dei privilegi e delle immunità necessari per l'adempimento del suo mandato.

2. I giudici, il Procuratore, i Vice Procuratori ed il Cancelliere beneficiano nell'esercizio delle loro funzioni o relativamente a tali funzioni dei privilegi ed immunità concessi ai Capi delle Missioni diplomatiche. Dopo la scadenza del loro mandato essi continuano a beneficiare dell'immunità da qualsiasi procedimento legale per parole, scritti ed atti inerenti all'esercizio delle loro funzioni ufficiali.

3. Il Vice Cancelliere, il personale dell'ufficio del Procuratore ed il personale dell'Ufficio di Cancelleria godono dei privilegi, immunità ed agevolazioni necessarie per l'esercizio delle loro funzioni in conformità all'accordo sui privilegi e le immunità della Corte.

4. Gli avvocati, esperti, testimoni o altre persone la cui presenza è richiesta presso la sede della Corte beneficiano del trattamento necessario per il buon funzionamento della Corte secondo l'accordo sui privilegi e le immunità della Corte.

5. I privilegi e le immunità possono essere aboliti:

a) nel caso di un giudice o di un Procuratore, mediante decisione presa a maggioranza assoluta dei giudici;

b) nel caso del Cancelliere, dalla Presidenza;

c) nel caso dei Vice Procuratori e del personale dell'ufficio del Procuratore, dal Procuratore;

d) nel caso del Vice Cancelliere e del personale dell'Ufficio di Cancelleria, dal Cancelliere.

#### **Articolo 49 - Retribuzioni, indennità e rimborso spese**

I giudici, il Procuratore, i Vice Procuratori, il Cancelliere ed il Vice Cancelliere percepiscono Le retribuzioni, indennità e rimborsi stabilite dall'Assemblea degli Stati Parti. Tali retribuzioni ed indennità non saranno ridotte nel corso del mandato.

#### **Articolo 50 - Lingue ufficiali e lingue di lavoro**

1. Le lingue ufficiali della Corte sono l'inglese, l'arabo, il cinese, lo spagnolo, il francese ed il russo. Le decisioni della Corte nonché altre decisioni che risolvono questioni fondamentali sottoposte alla Corte sono pubblicate nelle lingue ufficiali. La Presidenza determina, secondo i criteri stabiliti dal Regolamento di procedura e di prova, quali decisioni possono essere considerate ai fini del presente paragrafo come risolutive di questioni fondamentali.

2. Le lingue di lavoro della Corte sono l'inglese ed il francese. Il Regolamento di procedura e di prova definisce i casi in cui altre lingue ufficiali possono essere utilizzate come lingue di lavoro.

3. Su richiesta di ogni parte ad una procedura o di ogni Stato autorizzato ad intervenire in una procedura, la Corte autorizza l'impiego, per tale parte o Stato, di una lingua diversa dall'inglese o dal francese qualora lo ritenga giustificato.

#### **Articolo 51 - Regolamento di procedura e di prova**

1. Il Regolamento di procedura e di prova entra in vigore al momento della sua adozione da parte dell'Assemblea degli Stati Parti a maggioranza di due terzi dei suoi membri.

2. Possono proporre emendamenti al Regolamento di procedura e di prova:

- a) ogni Stato Parte,
- b) i giudici agenti a maggioranza assoluta,
- c) il Procuratore.

Tali emendamenti entrano in vigore al momento della loro adozione a maggioranza di due terzi dei membri dell'Assemblea degli Stati Parti.

3. Dopo l'adozione del Regolamento di procedura e di prova, nei casi di emergenza in cui una determinata situazione sottoposta alla Corte non è prevista da detto Regolamento i giudici possono a maggioranza di due terzi stabilire regole provvisorie che si applicheranno fino a quando l'Assemblea degli Stati Parti, nella sua riunione ordinaria o straordinaria successiva, non le adotti, le modifichi o le respinga.

4. Il Regolamento di procedura e di prova, le relative modifiche e le regole provvisorie sono conformi alle norme del presente Statuto. Gli emendamenti al Regolamento di procedura e di prova, nonché le regole provvisorie non si applicano retroattivamente a scapito della persona oggetto di un'inchiesta, di azioni giudiziarie o di condanna.

5. In caso di conflitto fra lo Statuto ed il Regolamento di procedura e di prova, prevale lo Statuto.

#### **Articolo 52 - Regolamento della Corte**

1. I giudici adottano a maggioranza assoluta, secondo il presente Statuto ed il Regolamento di procedura e di prova, il Regolamento della Corte necessario per garantire il funzionamento quotidiano della stessa.

2. Il Procuratore ed il Cancelliere sono consultati per l'elaborazione del Regolamento della Corte e di ogni emendamento relativo.

3. Il Regolamento della Corte ed ogni emendamento relativo acquisiscono effetto sin dal momento della loro adozione, a meno che i giudici non decidano diversamente. Immediatamente dopo essere stati adottati, essi saranno comunicati agli Stati Parti, per osservazioni. Essi rimangono in vigore se la maggioranza degli Stati Parti non formula obiezioni al riguardo entro sei mesi.

### **CAPITOLO V: INDAGINI ED ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE**

#### **Articolo 53 - Apertura di un'indagine**

1. 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:

- a) se le informazioni in suo possesso forniscono un ragionevole fondamento per supporre che un reato di competenza della Corte è stato o sta per essere commesso;
- b) se il caso è o sarebbe procedibile secondo l'articolo 17; e
- c) 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.

Se determina che non v'è un ragionevole fondamento per un'azione giudiziaria e se la sua determinazione unicamente fondata sul capoverso c), il Procuratore ne informa la Camera preliminare.

2. Se, successivamente all'inchiesta, il Procuratore conclude che non v'è un fondamento sufficiente per intentare un'azione giudiziaria:

a) in quanto manca una base sufficiente di fatto o di diritto per chiedere un mandato d'arresto o una citazione di comparizione in applicazione dell'articolo 58;

b) in quanto il caso è improcedibile in forza dell'articolo 17; oppure

c) in quanto un'azione giudiziaria non sarebbe nell'interesse della giustizia in considerazione di tutte le circostanze, ivi compresa la gravità del reato, gli interessi delle vittime, l'età o l'handicap del presunto autore ed il suo ruolo nel reato allegato, egli informa della sua conclusione e delle ragioni che l'hanno motivata la Camera preliminare e lo Stato che ha adito secondo l'articolo 14, oppure il Consiglio di Sicurezza in caso di cui all'articolo 13 paragrafo b).

3. a) Su richiesta dello Stato che l'ha adita secondo l'articolo 14 (o del Consiglio di Sicurezza se si tratta di un caso di cui all'articolo 13 paragrafo b), la Camera preliminare può prendere in esame la decisione di non intentare un'azione giudiziaria adottata dal Procuratore in attuazione dei paragrafi 1 o 2, e chiedere al Procuratore di reconsiderarla.

b) Inoltre la Camera preliminare può, di sua iniziativa, esaminare la decisione del Procuratore di non intentare un'azione giudiziaria qualora tale decisione sia esclusivamente fondata sulle considerazioni di cui al paragrafo 1, capoverso c) e al paragrafo 2, capoverso c). In tal caso, la decisione del Procuratore ha effetto solo se convalidata dalla Camera preliminare.

4. Il Procuratore può in ogni momento reconsiderare la sua decisione di aprire o meno un'inchiesta o d'intentare o meno un'azione giudiziaria sulla base di nuovi fatti o informazioni.

#### **Articolo 54 - Doveri e poteri del Procuratore in materia d'inchieste**

1. Il Procuratore:

a) per determinare la verità, estende l'inchiesta a tutti i fatti ed elementi probatori eventualmente utili per determinare se vi è responsabilità penale secondo il presente Statuto, e, ciò facendo indaga sia a carico che a discarico;

b) adotta le misure atte a garantire l'efficacia delle inchieste e delle azioni giudiziarie vertenti su reati di competenza della Corte, tenendo conto degli interessi e della situazione personale delle vittime e dei testimoni, compresi l'età, il sesso come definito nell'articolo 7 paragrafo 3 e lo stato di salute, nonché della natura del reato, in modo particolare se quest'ultimo comporta violenze sessuali, violenze di carattere sessista o violenze commesse contro bambini;

c) rispetta pienamente i diritti delle persone enunciate nel presente Statuto.

2. Il Procuratore può effettuare inchieste sul territorio di uno Stato:

a) in conformità alle disposizioni del capitolo IX; oppure

b) con l'autorizzazione della Camera preliminare in forza dell'articolo 57 paragrafo 3 capoverso d).

3. Il Procuratore può:

a) raccogliere ed esaminare elementi probatori;

b) convocare ed interrogare persone indagate, vittime e testimoni;

c) chiedere la cooperazione di qualsiasi Stato od organizzazione o accordo intergovernativi in conformità alle loro competenze o al loro rispettivo mandato;

- d) concludere ogni intesa o accordo che non sia contrario alle disposizioni del presente Statuto e che può essere necessario per facilitare la cooperazione di uno Stato, di un'organizzazione intergovernativa o di una persona;
- e) impegnarsi a non divulgare, in nessuna fase della procedura, i documenti o le informazioni fornitigli a condizione che rimangano confidenziali e servano soltanto a ottenere nuovi elementi di prova, salvo se chi gli ha fornito le informazioni acconsente alla loro divulgazione; e
- f) prendere o chiedere che siano prese le misure necessarie per garantire la confidenzialità delle informazioni raccolte, la protezione delle persone o la preservazione degli elementi probatori.

#### **Articolo 55 - Diritti delle persone durante l'indagine**

1. Nell'ambito di un'inchiesta aperta in applicazione del presente Statuto una persona:

- a) non è obbligata a testimoniare contro di sé, né a dichiararsi colpevole;
- b) non è sottoposta ad alcuna forma di coercizione, costrizione o minaccia né a tortura o altra forma di pena o di trattamento crudele, inumano o degradante;
- c) beneficia a titolo gratuito, se non è interrogata in una lingua che comprende e parla senza difficoltà, dell'assistenza di un interprete competente e di tutte le traduzioni rese necessarie da esigenze di equità; e
- d) non può essere arrestata o detenuta arbitrariamente, non può essere privata della libertà se non per i motivi previsti e secondo le procedure stabilite nel presente Statuto.

2. Qualora vi sia motivo di ritenere che una persona abbia commesso un reato sottoposto alla giurisdizione della Corte e che questa persona debba essere interrogata sia dal Procuratore sia dalle autorità nazionali in forza di una domanda fatta in applicazione delle disposizioni del capitolo IX, questa persona ha inoltre i seguenti diritti, di cui è informata prima di essere interrogata:

- a) essere informata, prima di essere interrogata, che vi è motivo di ritenere che essa ha commesso un reato rientrante nella giurisdizione della Corte;
- b) rimanere in silenzio, senza che di questo silenzio si tenga conto per determinare la sua colpevolezza o innocenza;
- c) essere assistita da un difensore di sua scelta oppure, se ne è sprovvista, da un difensore assegnato d'ufficio ogni qualvolta gli interessi della giustizia lo esigano, senza dovere in questo caso pagare una retribuzione qualora non ne abbia i mezzi; e
- d) essere interrogata in presenza del suo avvocato, a meno che non abbia volontariamente rinunciato al suo diritto di essere assistita da un avvocato.

#### **Articolo 56 - Ruolo della Camera preliminare in relazione ad un'opportunità d'indagine irripetibile**

1. a) Se il Procuratore considera che un'inchiesta costituisce un'occasione unica, che può non più presentarsi in seguito, di raccogliere una testimonianza o una deposizione, o di esaminare, raccogliere o verificare elementi probatori ai fini di un processo, egli ne avvisa la Camera preliminare.

b) La Camera preliminare può in tal caso, su richiesta del Procuratore, prendere tutte le misure necessarie per garantire l'efficacia e l'integrità della procedura ed in modo particolare proteggere i diritti della difesa.

c) Salvo diversa ordinanza della Camera preliminare, il Procuratore fornirà le informazioni del caso alla persona che è stata arrestata o che è comparsa in base ad una citazione rilasciata nell'ambito dell'inchiesta di cui al capoverso a), affinché tale persona possa essere ascoltata sulla questione.

2. Le misure di cui al paragrafo 1, capoverso b) possono consistere:

- a) nel formulare raccomandazioni o promulgare ordinanze relative alla conduzione della procedura;
- b) nell'ordinare che sia stilato un processo - verbale della procedura;
- c) nel nominare un esperto;
- d) nell'autorizzare l'avvocato di una persona, arrestata o comparsa davanti alla Corte in base ad una citazione, a partecipare alla procedura oppure, se l'arresto o la comparizione non hanno ancora avuto luogo o l'avvocato non è ancora stato prescelto, nel designare un avvocato che tutelerà e rappresenterà gli interessi della difesa;
- e) nell'incaricare uno dei suoi membri o se del caso uno dei giudici disponibili della Sezione preliminare o della Sezione di primo grado di formulare raccomandazioni o promulgare ordinanze relativamente alla raccolta e preservazione degli elementi probatori e alle audizioni;
- f) nel prendere ogni altra misura necessaria per raccogliere o preservare gli elementi probatori.

3. a) Quando il Procuratore non ha chiesto le misure di cui al presente articolo ma la Camera dei giudici preliminari è d'avviso che tali misure siano necessarie per preservare elementi probatori che ritiene essenziali per la difesa nel corso del processo, essa consulta il Procuratore per sapere se quest'ultimo aveva buone ragioni per non chiedere tali misure. Se, a seguito della consultazione la Camera conclude che il fatto di non aver richiesto tali misure non è giustificato essa può prendere misure di sua iniziativa.

b) Il Procuratore può impugnare la decisione della Camera preliminare di agire di propria iniziativa in forza del presente paragrafo. L'appello è trattato con procedura d'urgenza.

4. L'ammissibilità degli elementi di prova preservati o raccolti ai fini del processo, in attuazione del presente articolo, o la loro registrazione, è regolata dall'articolo 69, il loro valore essendo quello attribuito alle stesse dalla Camera di primo grado.

#### **Articolo 57 - Funzioni e poteri della Camera preliminare**

1. A meno che il presente Statuto non disponga diversamente, la Camera dei giudici preliminari esercita le sue funzioni secondo le disposizioni del presente articolo.

2. a) Le decisioni rese dalla Camera preliminare in forza degli articoli 15, 18, 19, 54 paragrafo 2, 61 paragrafo 7 e 72 sono prese a maggioranza dei giudici che la compongono.

b) In tutti gli altri casi, un solo giudice della Camera preliminare può esercitare le funzioni previste dal presente Statuto, salvo diversa disposizione del Regolamento di procedura e di prova o salvo decisione opposta della Camera dei giudici preliminari presa a maggioranza.

3. Oltre alle altre funzioni che le sono conferite in forza del presente Statuto, la Camera dei giudici preliminari può:

- a) su richiesta del Procuratore, promulgare ordinanze e decretare i mandati eventualmente necessari ai fini di un'inchiesta;
- b) su richiesta di una persona arrestata o comparsa in base ad una citazione secondo l'articolo 58, pronunciare ogni ordinanza, comprese le misure di cui all'articolo 56, o sollecitare ogni partecipazione a titolo del capitolo IX eventualmente necessaria per aiutare la parte a predisporre la sua difesa;
- c) ove necessario, garantire la protezione e la riservatezza della vittima e dei testimoni, la preservazione delle prove, la protezione delle persone arrestate o comparse a seguito di una citazione, nonché la protezione delle informazioni relative alla sicurezza nazionale;

- d) autorizzare il Procuratore a prendere alcune misure in materia d'inchiesta sul territorio di uno Stato Parte senza essersi assicurato la cooperazione di questo Stato in applicazione del capitolo IX, nel caso in cui, pur tenendo conto per quanto possibile delle opinioni di questo Stato, la Camera preliminare abbia determinato, nel caso in specie, che tale Stato è manifestamente incapace di dar seguito ad una richiesta di cooperazione, vista la mancanza di qualsiasi autorità, o componente del suo ordinamento giudiziario nazionale competente, atta a dar seguito alla richiesta di cooperazione in forza del capitolo IX;
- e) quando un mandato d'arresto o citazione di comparizione è stato rilasciato in forza dell'articolo 58, sollecitare la cooperazione degli Stati in forza dell'articolo 93 paragrafo 1 capoverso k), tenendo debitamente conto della consistenza degli elementi probatori e dei diritti delle parti interessate, come previsto nel presente Statuto e nel Regolamento di procedura e di prova, per prendere misure cautelari a fini di confisca, soprattutto nell'interesse superiore delle vittime.

**Articolo 58 - Rilascio da parte della Camera preliminare di un mandato d'arresto o di un ordine di comparizione**

1. In qualsiasi momento dopo l'apertura di un'inchiesta, la Camera preliminare, su richiesta del Procuratore, emette un mandato d'arresto contro una persona se, dopo aver esaminato la richiesta e gli elementi probatori, o altre informazioni fornite dal Procuratore, essa è convinta:

- a) che vi siano motivi ragionevoli di ritenere che tale persona abbia commesso un reato di competenza della Corte; e
- b) che l'arresto di tale persona sembri necessario per garantire:
- i) la comparizione della persona al processo;
- ii) che la persona non ostacoli o metta a repentaglio le indagini o il procedimento dinanzi alla Corte, oppure
- iii) se del caso, impedire che la persona continui in quel reato o in reato connesso che ricade sotto la giurisdizione della Corte o che scaturisce dalle stesse circostanze.

2. La richiesta del Procuratore contiene i seguenti elementi:

- a) il nome della persona in questione ed ogni altro elemento d'identificazione utile;
- b) un riferimento preciso al reato di competenza della Corte che si presuppone la persona abbia commesso;
- c) un breve esposto dei fatti che si presume costituiscano il reato in oggetto;
- d) un riassunto degli elementi di prova che forniscono motivi ragionevoli di ritenere che la persona abbia commesso tale reato; e
- e) i motivi per i quali il Procuratore giudica necessario procedere all'arresto di tale persona.

3. Il mandato d'arresto contiene i seguenti elementi:

- a) il nome della persona in oggetto ed ogni altro elemento utile d'identificazione;
- b) un preciso riferimento al reato di competenza della Corte che giustifichi l'arresto;
- e c) un breve esposto dei fatti che si presume costituiscano il reato in oggetto.

4. Il mandato d'arresto rimane in vigore fino a quando la Corte non abbia deciso diversamente.

5. Sulla base del mandato d'arresto, la Corte può chiedere il fermo o l'arresto e la consegna della persona secondo il capitolo IX.

6. Il Procuratore può chiedere alla Camera preliminare di modificare il mandato d'arresto riqualificando i reati che vi sono menzionati o aggiungendo nuovi reati. La Camera preliminare modifica il mandato d'arresto quando ha motivi ragionevoli di ritenere che la persona ha commesso i reati riqualificati o nuovi reati.

7. Il Procuratore può chiedere alla Camera preliminare di rilasciare una citazione di comparizione in luogo di un mandato d'arresto. Se la Camera preliminare è convinta che vi siano motivi ragionevoli di ritenere che la persona abbia commesso il reato di cui è imputata, e che una citazione di comparizione è sufficiente a garantire che si presenterà dinanzi alla Corte, essa rilascia la citazione con o senza condizioni restrittive di libertà (diverse dalla detenzione) se la legislazione nazionale lo prevede. La citazione contiene i seguenti elementi:

- a) il nome della persona in oggetto ed ogni altro elemento utile d'identificazione;
- b) la data di comparizione;
- c) un preciso riferimento al reato di competenza della Corte che si presume la persona abbia commesso; e
- d) un breve esposto dei fatti che si presume costituiscano reato. La citazione è notificata alla persona.

#### **Articolo 59 - Procedura di arresto nello Stato di detenzione preventiva**

1. Lo Stato Parte che ha ricevuto una richiesta di fermo o di arresto e di consegna prende immediatamente provvedimenti per fare arrestare la persona di cui trattasi, secondo la sua legislazione e le disposizioni del capitolo IX.

2. Ogni persona arrestata è senza indugio deferita all'autorità giudiziaria competente dello Stato di detenzione, che accerta, secondo la legislazione di tale Stato:

- a) che il mandato concerne effettivamente tale persona;
- b) che questa persona è stata arrestata secondo una procedura regolare;
- c) che i suoi diritti sono stati rispettati.

3. La persona arrestata ha diritto di chiedere all'autorità competente dello Stato di detenzione preventiva la libertà provvisoria, in attesa di essere consegnata.

4. Nel pronunciarsi su questa domanda, l'autorità competente dello Stato di detenzione preventiva esamina se, in considerazione della gravità dei reati allegati, sussistano circostanze urgenti ed eccezionali tali da giustificare la libertà provvisoria e se sussistono le garanzie che permettono allo Stato di detenzione di adempiere il suo obbligo di consegnare la persona alla Corte. L'autorità competente dello Stato di detenzione non è abilitata a verificare se il mandato d'arresto è stato regolarmente rilasciato secondo i capoversi a) e b) del paragrafo 1 dell'articolo 58.

5. La Camera preliminare è informata di qualsiasi richiesta di libertà provvisoria e formula raccomandazioni all'autorità competente dello Stato di detenzione. Prima di pronunciare la sua decisione, quest'ultima tiene pienamente conto di tali raccomandazioni, comprese, se del caso, quelle vertenti sulle misure atte ad impedire l'evasione della persona.

6. Se è concessa la libertà provvisoria, la Camera preliminare può chiedere rapporti periodici sul regime di libertà provvisoria.

7. Dopo l'ordine di consegna da parte dello Stato di detenzione, la persona è al più presto consegnata alla Corte.

#### **Articolo 60 - Procedura iniziale dinanzi alla Corte**

1. Non appena la persona è consegnata alla Corte o compare dinanzi ad essa volontariamente, o in base ad una citazione, la Camera dei giudici preliminari accerta che essa sia stata informata dei reati di cui è accusata e dei diritti che le sono riconosciuti dal presente Statuto, compreso il diritto di chiedere la libertà provvisoria in attesa di essere giudicata.
2. Una persona colpita da un mandato d'arresto può chiedere la libertà provvisoria in attesa di essere giudicata. Se la Camera preliminare accerta la sussistenza delle condizioni enunciate all'articolo 58 paragrafo 1, la persona è mantenuta in detenzione. Diversamente la Camera preliminare dispone la libertà provvisoria con o senza condizioni.
3. La Camera preliminare riesamina periodicamente la sua decisione relativa alla libertà provvisoria o al mantenimento in detenzione. Essa può farlo in qualsiasi momento su richiesta del procuratore o della persona. Essa può inoltre modificare la sua decisione relativa alla detenzione, alla libertà provvisoria o alle condizioni di quest'ultima, se giudica che l'andamento della situazione lo giustifichi.
4. La Camera preliminare si accerta che la detenzione prima del processo non si prolunghi in modo eccessivo a causa di un ritardo ingiustificabile imputabile al Procuratore. Se tale ritardo avviene la Corte esamina la possibilità di concedere la libertà provvisoria con o senza condizioni.
5. Se del caso, la Camera preliminare può emettere un mandato d'arresto per garantire la comparizione di una persona posta in libertà.

#### **Articolo 61 - Convalida delle accuse prima del processo**

1. Fatto salvo il paragrafo 2, entro un termine ragionevole dopo la consegna della persona alla Corte o la sua comparizione volontaria dinanzi alla stessa, 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.
2. 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:
  - a) ha rinunciato al suo diritto di essere presente; oppure
  - b) si è data alla fuga o è introvabile, e tutto quanto era ragionevolmente possibile fare è stato fatto per garantire la sua comparizione dinanzi alla Corte 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.
3. In un ragionevole periodo di tempo prima dell'udienza, la persona:
  - a) riceve una notifica scritta delle imputazioni sulle quali il Procuratore intende basarsi per chiedere il rinvio a giudizio; e
  - b) 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.

4. 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.

5. All'udienza, il Procuratore sostiene ciascuna delle accuse con elementi probatori sufficienti a comprovare l'esistenza di motivi sostanziali per ritenere che la persona abbia 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.

6. All'udienza la persona può:

- a) contestare le accuse;
- b) contestare gli elementi di prova prodotti dal procuratore; e
- c) presentare elementi di prova.

7. Al termine dell'udienza, la Camera preliminare determina se esistono prove sufficienti che forniscano motivi sostanziali per ritenere che la persona abbia commesso ciascuno dei reati di cui è accusata. In base alla sua determinazione, la Camera preliminare:

- a) convalida le accuse per le quali ha concluso che sussistano prove sufficienti e rinvia la persona dinanzi ad una Camera di primo grado perché vi sia giudicata sulla base delle accuse convalidate;
- b) rifiuta di convalidare le accuse per le quali ha concluso che non vi sono prove sufficienti;
- c) rinvia l'udienza e chiede al Procuratore di considerare:
  - i) di fornire elementi probatori supplementari, o di procedere a nuove inchieste relativamente ad una particolare accusa; oppure
  - ii) 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.

8. Anche se la Camera dei giudizi preliminari rifiuta di convalidare un'imputazione, nulla vieta al Procuratore di richiederne nuovamente la convalida, se fornisce elementi probatori supplementari a sostegno della sua domanda.

9. Dopo la convalida delle accuse e prima che il processo abbia inizio, il Procuratore può modificare le accuse con l'autorizzazione della Camera dei giudizi preliminari 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 di primo grado.

10. Ogni mandato già decretato cessa di avere effetto per qualsiasi accusa non convalidata dalla Camera dei giudizi preliminari o ritirata dal Procuratore.

11. Dopo che le accuse sono state convalidate in conformità al presente articolo, la Presidenza istituisce una Sezione di primo grado la quale, subordinatamente al paragrafo 9 e all'articolo 64 paragrafo 4, s'incarica della successiva fase procedurale e può esercitare ogni funzione di competenza della Camera dei giudizi preliminari che risulti pertinente e appropriata.

## **CAPITOLO VI: IL PROCESSO**

### **Articolo 62 - Luogo del processo**

Se non diversamente stabilito, il luogo del processo è la sede della Corte.

### **Articolo 63 - Processo in presenza dell'imputato**

1. L'imputato è presente nel corso del processo.
2. Qualora l'imputato, presente dinanzi alla Corte, disturbi in modo persistente lo svolgimento del processo, la Camera di primo grado può ordinare che sia espulso dall'aula dell'udienza, e decidere che segua il processo e fornisca istruzioni al suo legale dall'esterno dell'aula, se del caso usando mezzi tecnologici di comunicazione. Tali provvedimenti verranno adottati solo in circostanze eccezionali, dopo che altre alternative ragionevoli si saranno dimostrate inadeguate, e solo per la durata strettamente necessaria.

#### **Articolo 64 - Funzioni e poteri della Camera di primo grado**

1. Le funzioni ed i poteri della Camera di primo grado descritti nel presente articolo saranno esercitati in conformità con il presente Statuto e con il Regolamento di procedura e di prova.
2. La Camera di primo grado garantirà che il processo sia equo e celere, e che si svolga nel pieno rispetto dei diritti dell'imputato ed avendo il debito riguardo per la protezione delle vittime e dei testimoni.
3. Nel momento in cui un caso è sottoposto a processo in conformità al presente Statuto, la Camera di primo grado incaricata del caso:
  - a) conferisce con le parti ed adotta le procedure necessarie a facilitare lo svolgimento equo e celere dei procedimenti;
  - b) decide la lingua o le lingue da usare durante il processo;
  - c) ferme restando tutte le altre disposizioni applicabili del presente Statuto, provvede a divulgare i documenti e le informazioni precedentemente non divulgati, con sufficiente anticipo rispetto all'inizio del processo, al fine di consentire un'adeguata preparazione dello stesso.
4. La Camera di primo grado, qualora necessario per il suo efficace ed equo funzionamento, può rinviare le questioni preliminari alla Camera preliminare, o, in caso di necessità, ad un altro giudice disponibile della Sezione preliminare di quest'ultima.
5. Previa notifica alle parti, la Camera preliminare, qualora opportuno, può ordinare di unire o separare i capi d'accusa a carico di più di un imputato.
6. Nell'espletare le sue funzioni precedentemente al processo o nel corso dello stesso, la Camera di primo grado, qualora necessario, può:
  - a) esercitare le funzioni della Camera preliminare di cui all'articolo 61 paragrafo 11;
  - b) chiedere la comparizione e la testimonianza dei testi e la produzione di documenti e di altre prove avvalendosi, ove necessario, dell'assistenza degli Stati, come previsto nel presente Statuto;
  - c) provvedere a proteggere le informazioni riservate;
  - d) ordinare che vengano prodotti elementi di prova, oltre a quelli già raccolti precedentemente al processo o presentate dalle parti durante il processo;
  - e) provvedere a proteggere gli imputati, i testimoni e le vittime; e
  - f) deliberare su qualunque altra questione pertinente.
7. Il processo è pubblico. Tuttavia, la Camera di primo grado può stabilire che, in determinate circostanze, alcune udienze si svolgano a porte chiuse, ai fini indicati all'articolo 68, ovvero per proteggere informazioni riservate o delicate che vengono fornite nelle deposizioni.
8. a) All'inizio del processo, la Camera di primo grado fa dare lettura all'imputato delle accuse convalidate in precedenza dalla Camera preliminare. La Camera di primo grado verifica che l'imputato

comprenda la natura delle imputazioni e gli concede la possibilità di ammettere la propria colpevolezza, in conformità con l'articolo 65, o di dichiararsi innocente.

b) Durante il processo, il giudice che presiede può impartire istruzioni su come condurre la procedura, anche al fine di garantirne l'equo ed imparziale svolgimento. Ferme restando eventuali direttive del presidente, le parti possono presentare elementi di prova, come previsto dalle disposizioni del presente Statuto.

9. La Camera di primo grado, su richiesta di una parte o d'ufficio, ha fra l'altro, facoltà di:

a) decidere sull'ammissibilità o la rilevanza delle prove; e

b) adottare tutti i provvedimenti necessari per mantenere l'ordine durante l'udienza.

10. La Camera di primo grado si assicura che vengano redatti e conservati a cura del Cancelliere i verbali integrali del processo, riflettenti in modo accurato i lavori.

#### **Articolo 65 - Procedure in caso di ammissione di colpevolezza**

1. Nel caso in cui l'imputato ammetta la sua colpevolezza, in conformità all'articolo 64 paragrafo 8 (a), la Camera di primo grado deciderà se:

a) l'imputato comprende la natura e le conseguenze dell'ammissione di colpevolezza;

b) l'ammissione sia resa volontariamente dall'imputato dopo essersi sufficientemente consultato con il proprio difensore;

c) l'ammissione di colpevolezza sia avvalorata dagli elementi del caso, contenuti:

i) nelle accuse formulate dal Procuratore ed ammesse dall'imputato;

ii) nel materiale prodotto dal Procuratore a supporto delle accuse, ed accettato dall'imputato;

iii) in qualunque altra prova, quale le deposizioni di testimoni prodotte dal Procuratore o dall'imputato.

2. Se la Camera di primo grado è convinta che le condizioni di cui al paragrafo 1 sono adempiute considera che l'ammissione di colpevolezza, insieme con qualsiasi altra prova aggiuntiva prodotta, formino gli elementi costitutivi del crimine a cui si riferisce l'ammissione di colpevolezza, può riconoscere l'imputato colpevole per tale crimine.

3. Nel caso in cui la Camera di primo grado non sia convinta che sussistono le condizioni di cui al paragrafo 1, essa considera che l'ammissione di colpa non è stata resa, nel qual caso ordina che il processo continui seguendo le procedure processuali ordinarie previste dal presente Statuto e può rinviare il caso ad un'altra camera di primo grado.

4. Nel caso in cui ritenga che, nell'interesse della giustizia, ed in particolare nell'interesse delle vittime, sia necessaria un'esposizione più completa dei fatti, la Camera di primo grado può:

a) chiedere al Procuratore di produrre ulteriori elementi di prova, comprese le deposizioni di testimoni; oppure b) ordinare che il processo continui seguendo le procedure ordinarie previste dal presente Statuto, nel qual caso riterrà la dichiarazione di colpevolezza non avvenuta e potrà rinviare il caso ad un'altra Camera di primo grado.

5. Le discussioni fra il Procuratore e la difesa su eventuali modifiche dei capi d'accusa, sull'ammissione di colpevolezza o la pena da pronunciare non saranno vincolanti per la Corte.

#### **Articolo 66 - Presunzione d'innocenza**

1. Chiunque è presunto innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia dimostrata dinanzi alla Corte, in conformità con la legislazione applicabile.

2. Al Procuratore spetta l'onere di provare la colpevolezza dell'imputato.
3. Per condannare l'imputato, la Corte deve accertare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio.

#### **Articolo 67 - Diritti dell'imputato**

1. Nell'accertamento delle accuse, l'imputato ha diritto ad una pubblica ed equa udienza condotta in modo imparziale, tenendo conto delle disposizioni del presente Statuto e há diritto almeno alle seguenti garanzie minime, in piena uguaglianza:

- a) essere informato prontamente e dettagliatamente sulla natura, il motivo e il contenuto delle accuse, in una lingua che egli comprende e parla perfettamente;
- b) avere il tempo e le facilitazioni adeguate per preparare la sua difesa e comunicare liberamente e riservatamente con il legale di sua scelta;
- c) essere giudicato senza indebito ritardo;
- d) fermo restando l'articolo 63 paragrafo 2, essere presente al processo, condurre la difesa personalmente o attraverso il suo legale di fiducia, essere informato, nel caso in cui non disponga di un difensore, del suo diritto di averne uno e, ogni qualvolta l'interesse della giustizia lo richieda, vedersi assegnare d'ufficio un difensore dalla Corte senza oneri economici se non há i mezzi per remunerarlo;
- e) esaminare, o fare esaminare i testimoni a carico ed ottenere la presenza e l'esame dei testimoni a discarico alle stesse condizioni di quelli a carico. L'imputato há inoltre diritto di far valere mezzi di difesa e di presentare altri elementi di prova ammissibili ai sensi del presente Statuto;
- f) avere gratuitamente l'assistenza di un interprete qualificato e delle traduzioni necessarie per soddisfare i requisiti di equità, se non è in grado di comprendere e di parlare perfettamente la lingua utilizzata nelle procedure seguite dinanzi alla Corte o nei documenti presentati alla stessa;
- g) non essere costretto a testimoniare contro sé stesso o a confessare la propria colpevolezza, e di rimanere in silenzio, senza che il silenzio venga valutato nel determinare la colpevolezza o l'innocenza;
- h) senza dover prestare giuramento, fare una dichiarazione scritta o orale in propria difesa;
- i) non subire l'imposizione dell'inversione dell'onere della prova o dell'onere della confutazione della prova.

2. In aggiunta ad ogni altra comunicazione prevista dal presente Statuto, il Procuratore, non appena possibile, porta a conoscenza della difesa gli elementi di prova in suo possesso o a sua disposizione, che egli ritiene dimostrino o tendano a dimostrare l'innocenza dell'imputato, o ad attenuare la sua colpevolezza, o che siano tali da compromettere la credibilità degli elementi di prova a carico. In caso di dubbio sull'applicazione del presente paragrafo, decide la Corte.

#### **Articolo 68 - Protezione delle vittime e dei testimoni e loro partecipazione al processo**

1. La Corte adotta provvedimenti atti a proteggere la sicurezza, il benessere fisico e psicologico, la dignità e la riservatezza delle vittime e dei testimoni. Nel fare ciò, la Corte terrà conto di tutti i fattori rilevanti, compresi l'età, il sesso come definito all'articolo 7 paragrafo 3, la salute, e la natura del reato, in particolare, ma non esclusivamente, quando il crimine comporta violenze sessuali, violenze di carattere sessista o violenze contro i bambini. Il Procuratore adotterà tali provvedimenti, in particolare durante l'indagine e nel corso dell'azione penale. Detti provvedimenti non pregiudicheranno, né saranno contrari ai diritti della difesa e alle esigenze di un processo equo e imparziale.

2. Come eccezione al principio della pubblicità dei dibattimenti di cui all'articolo 67, Le Camere della Corte, per proteggere le vittime ed i testimoni o un imputato, possono svolgere una parte qualsiasi dei procedimenti a porte chiuse, ovvero consentire che le deposizioni siano rese con mezzi elettronici o con altri mezzi speciali. In particolare, tali misure saranno applicate nel caso di vittime di violenza sessuale o di bambini che sono vittime o testimoni, tranne nei casi in cui la Corte decida diversamente, tenuto conto di tutte le circostanze, ed in particolare delle opinioni della vittima o del testimone.
3. Nel caso in cui siano coinvolti interessi personali delle vittime, la Corte consente che siano manifestate ed esaminate le loro opinioni e preoccupazioni, in una fase dei lavori che la Corte considererà appropriata ed in modo da non pregiudicare né contrastare i diritti dell'imputato ad un processo equo e imparziale. Tali opinioni e preoccupazioni possono essere presentate dal rappresentante legale delle vittime, quando la Corte lo ritenga opportuno, in base al Regolamento di procedura e di prova.
4. La Divisione per le Vittime ed i Testimoni può consigliare il Procuratore e la Corte su opportuni provvedimenti protettivi, disposizioni in materia di sicurezza, consulenza ed assistenza, come previsto all'articolo 43 paragrafo 6.
5. Nel caso in cui la divulgazione di elementi di prova e di informazioni, ai sensi del presente Statuto, possa mettere gravemente in pericolo la sicurezza di un testimone o di componenti della sua famiglia, il Procuratore, in qualsiasi procedura intrapresa prima dell'inizio del processo, può astenersi dal divulgare tali elementi di prova o informazioni, presentandone una sintesi. Tali provvedimenti saranno attuati in modo da non pregiudicare né contrastare i diritti dell'imputato e le esigenze di un processo equo e imparziale.
6. Gli Stati possono chiedere l'adozione delle misure necessarie per garantire la protezione dei loro funzionari o agenti e la protezione di informazioni confidenziali o delicate.

#### **Articolo 69 - Prove**

1. Prima di testimoniare, ogni teste, in conformità con il Regolamento di procedura e di prova, si impegna a dire tutta la verità.
2. La testimonianza di un teste in udienza sarà resa di persona, fatte salve le misure enunciate all'articolo 68 o nel Regolamento di procedura e di prova. La Corte può altresì autorizzare un teste a fornire una deposizione orale o una registrazione con l'ausilio di tecnologia video o audio, ed a presentare documenti o trascrizioni scritte, fermo restando il presente Statuto ed in conformità al Regolamento di procedura e di prova. Tali provvedimenti non pregiudicheranno, né contrasteranno con i diritti della difesa.
3. Le parti potranno presentare elementi di prova rilevanti per il caso, in conformità con l'articolo 64. La Corte ha facoltà di chiedere che vengano presentati tutti gli elementi di prova che riterrà necessari per stabilire la verità.
4. La Corte può pronunciarsi sulla rilevanza e l'ammissibilità di ogni elemento di prova, in conformità con il Regolamento di procedura e di prova, in considerazione, fra l'altro, del valore probante dell'elemento di prova e se essa possa compromettere lo svolgimento di un processo equo o l'equa valutazione della testimonianza di un teste.
5. La Corte rispetta le regole sulla riservatezza previste nel Regolamento di procedura e di prova.
6. La Corte non richiede la prova dei fatti notori, ma può farne oggetto di constatazione giudiziale.
7. Gli elementi di prova ottenuti in violazione del presente Statuto o dei diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti non sono ammissibili nel caso in cui:

a) la violazione metta seriamente in dubbio la credibilità degli elementi di prova;

oppure

b) l'ammissione della prova comprometterebbe e pregiudicherebbe gravemente l'integrità del procedimento.

8. Nel decidere sulla rilevanza o l'ammissibilità degli elementi di prova raccolti da uno Stato, la Corte non si pronuncia sull'applicazione della legislazione nazionale di questo Stato.

#### **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 elementi di prova che le parti conoscono essere falsi o falsificati;

c) subornare testi, 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.

2. I principi e le procedure che disciplinano l'esercizio della giurisdizione della Corte sulle violazioni di cui al presente articolo saranno quelli previsti nel Regolamento di procedura e di prova. Per fornire cooperazione internazionale alla Corte in relazione ai procedimenti di cui al presente articolo ci si atterrà alla legislazione interna dello Stato a cui ci si rivolge.

3. In caso di condanna, la Corte può infliggere una pena detentiva non superiore a cinque anni, o un'ammenda, in conformità con il Regolamento di procedura e di prova, oppure entrambe.

4. a) Gli Stati Parte estendono le norme del loro diritto penale che sanzionano i reati contro l'integrità 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;

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

#### **Articolo 71 - Sanzioni per comportamento scorretto dinanzi alla Corte**

1. La Corte può sanzionare le persone che, dinanzi alla stessa, assumono comportamenti scorretti, anche disturbando i lavori o rifiutando deliberatamente di osservarne gli ordini, con provvedimenti amministrativi diversi dalla detenzione, quali ad esempio l'allontanamento temporaneo o definitivo dall'aula, un'ammenda o altri provvedimenti analoghi previsti nel Regolamento di procedura e di prova.

2. Il regime delle sanzioni indicate al paragrafo 1 è stabilito nel Regolamento di procedura e di prova.

#### **Articolo 72 - Protezione delle informazioni attinenti la sicurezza nazionale**

1. Il presente articolo si applica in tutti i casi in cui, rivelando informazioni o documenti di uno Stato, a parere di tale Stato, si pregiudicherebbero i suoi interessi di sicurezza nazionale. Tali casi comprendono quelli che rientrano nell'ambito dell'articolo 56 paragrafi 2 e 3, dell'articolo 61 paragrafo 3, dell'articolo 64 paragrafo 3, dell'articolo 67 paragrafo 2, dell'articolo 68 paragrafo 6, dell'articolo 87 paragrafo 6 e dell'articolo 93, nonché i casi che potrebbero presentarsi in qualunque altra fase del procedimento nel quale tale divulgazione di notizie può venire in rilievo.
2. Il presente articolo si applicherà altresì nei casi in cui una persona a cui è stato chiesto di fornire informazioni o elementi di prova si è rifiutata di farlo, o ha rinviato la questione allo Stato, affermando che la divulgazione avrebbe pregiudicato gli interessi di sicurezza nazionale di uno Stato e lo Stato in questione confermi che, a suo parere, la divulgazione pregiudicherebbe i suoi interessi attinenti alla sicurezza nazionale.
3. Nulla nel presente articolo compromette i requisiti di riservatezza applicabili ai sensi dell'articolo 54 paragrafo 3 (e) ed (f), ovvero l'applicazione dell'articolo 73.
4. Qualora uno Stato venga a sapere che le informazioni o i documenti di Stato stanno per essere o potrebbero essere divulgati in qualunque fase dei procedimenti, e ritenga che la loro rivelazione comprometterebbe i suoi interessi di sicurezza nazionale, tale Stato avrà il diritto di intervenire perché la questione venga risolta in conformità con il presente articolo.
5. Qualora, a parere di uno Stato, divulgare informazioni comprometterebbe i suoi interessi di sicurezza nazionale, lo Stato adotterà tutti i provvedimenti del caso, agendo di concerto con il Procuratore, la difesa, la Camera preliminare o la Camera di primo grado, a seconda dei casi, per cercare di risolvere la questione in maniera cooperativa. Tali provvedimenti possono comprendere:
  - a) la modifica o il chiarimento della richiesta;
  - b) una decisione della Corte in merito alla pertinenza delle informazioni o delle prove richieste, ovvero una decisione relativa alla possibilità di ottenere la prova, sebbene pertinente, da fonte diversa dallo Stato a cui è stata richiesta;
  - c) ricevere le informazioni o le prove da una fonte diversa o in forma diversa;
  - d) un accordo sulle condizioni alle quali potrebbe essere fornita assistenza, compresi, fra l'altro, presentazione di sintesi o redazioni rettifiche, limiti alla divulgazione, uso di procedimenti a porte chiuse o ex parte, o applicazione di altre misure di protezione autorizzate dallo Statuto o dal Regolamento di procedura e di prova.
6. Quando saranno stati adottati tutti i ragionevoli provvedimenti per risolvere la questione in maniera cooperativa, e lo Stato ritenga che non vi siano modi o condizioni alle quali le informazioni o i documenti potrebbero essere presentati o divulgati senza compromettere i suoi interessi di sicurezza nazionale, esso ne informerà il Procuratore o la Corte indicando i motivi specifici della sua decisione, a meno che un esposto preciso di tali motivi non pregiudichi gli interessi di sicurezza nazionale dello Stato.
7. In seguito, se decide che gli elementi di prova sono rilevanti e necessari per stabilire la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, la Corte può agire come segue:
  - a) se la divulgazione di informazioni o di documenti è sollecitata nell'ambito di una richiesta di cooperazione secondo il capitolo IX, o nelle circostanze descritte al paragrafo 2, e lo Stato abbia invocato il motivo di rifiuto di cui all'articolo 93 paragrafo 4:

i) prima di giungere alle conclusioni di cui al paragrafo 7 (a) (ii), la Corte può chiedere ulteriori consultazioni, comprese se del caso udienze a porte chiuse ed ex parte, onde esaminare le considerazioni dello Stato,

ii) qualora la Corte concluda che, adducendo il motivo di rifiuto di cui all'articolo 93 paragrafo 4, nella fattispecie lo Stato a cui è stata rivolta la richiesta non stia agendo in ottemperanza degli obblighi che gli incombono in forza del presente Statuto, la Corte può rinviare la questione, in conformità con l'articolo 87 paragrafo 7, specificando i motivi in base ai quali è giunta a tale conclusione, e

iii) la Corte può trarre, nel giudicare l'imputato, tutte le conclusioni che ritiene appropriate nella fattispecie circa l'esistenza o l'inesistenza del fatto; o

b) in tutte le altre circostanze:

i) ordinare la divulgazione, oppure

ii) nella misura in cui non ordina la divulgazione, trarre ogni conclusione che ritenga appropriata nella fattispecie, nel giudicare l'imputato, circa l'esistenza o l'inesistenza di un fatto.

### **Articolo 73 - Informazioni o documenti provenienti da terzi**

Qualora la Corte chieda ad uno Stato Parte di produrre un documento o informazioni in sua custodia, in suo possesso o sotto il suo controllo, ad esso rivelati da uno Stato, un'organizzazione intergovernativa o un'organizzazione internazionale in maniera riservata, lo Stato Parte cercherà di ottenere dalla fonte il consenso a divulgare tale documento o informazione. Qualora la fonte sia uno Stato Parte, questo acconsentirà alla divulgazione del documento o dell'informazione, oppure si impegnerà a risolvere la questione della sua divulgazione con la Corte, ferme restando Le disposizioni dell'articolo 72. Nel caso in cui la fonte non sia uno Stato Parte e neghi il consenso alla divulgazione, lo Stato a cui è stata rivolta la richiesta informerà la Corte di non essere in grado di presentare il documento o l'informazione, a causa di un obbligo pregresso di riservatezza assunto con la fonte.

### **Articolo 74 - Requisiti per la sentenza**

1. Tutti i giudici della Camera di primo grado saranno presenti in ogni fase del processo e nel corso delle deliberazioni. La Presidenza, caso per caso, può designare, in base alla disponibilità, uno o più giudici supplenti che dovranno essere presenti in ogni fase del processo e sostituire un membro della Camera di primo grado nel caso in cui questi non possa più presenziare.

2. La decisione della Camera di primo grado sarà adottata in base alle sue valutazioni delle prove ed a tutto il procedimento. La decisione non andrà al di là dei fatti e delle circostanze descritte nei capi d'accusa e relativi emendamenti. La Corte può basare la sua decisione solo sulle prove ad essa presentate e discusse al processo.

3. I giudici si sforzano di esprimere una decisione all'unanimità, in mancanza della quale la decisione sarà presa dalla maggioranza dei giudici.

4. Le deliberazioni della Camera di primo grado rimarranno segrete.

5. La decisione sarà messa per scritto e conterrà un rendiconto completo e ragionato delle risultanze della Camera di primo grado sulle prove e le conclusioni. La Camera di Primo Grado emanerà una sola sentenza. Nel caso in cui non vi sia unanimità, la sentenza della Sezione di Primo Grado conterrà i pareri della maggioranza e quelli della minoranza. La sentenza o una sintesi della stessa sarà letta in pubblica udienza.

### **Articolo 75 - Riparazioni a favore delle vittime**

1. La Corte stabilisce i principi applicabili a forme di riparazione come la restituzione, l'indennizzo o la riabilitazione da concedere alle riparazioni alle vittime o ai loro aventi diritto. Su tale base la Corte, può, su richiesta o di sua spontanea volontà in circostanze eccezionali, determinare nella sua decisione l'entità e la portata di ogni danno, perdita o pregiudizio cagionato alle vittime o ai loro aventi diritto, indicando i principi che guidano la sua decisione.
2. La Corte può emanare contro una persona condannata un'ordinanza che indica la riparazione dovuta alle vittime o ai loro aventi diritto. Tale riparazione può avere forma, in modo particolare, di restituzione, d'indennizzo o di riabilitazione. Se del caso, la Corte può decidere che l'indennizzo concesso a titolo di riparazione sia versato tramite il Fondo di garanzia di cui all'articolo 79.
3. Prima di emanare un ordine ai sensi del presente articolo, la Corte può sollecitare e tener conto delle osservazioni della persona condannata, delle vittime, delle altre persone interessate o degli Stati interessati, e delle osservazioni formulate a nome di tali persone o dei loro aventi diritto.
4. Nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti dal presente articolo, dopo che una persona è stata condannata per un reato che rientra nella giurisdizione della Corte, quest'ultima può stabilire se, per dare effetto ad un ordine che può emanare ai sensi del presente articolo, sia necessario ricorrere ai provvedimenti di cui all'articolo 93 paragrafo 1.
5. Gli Stati Parte fanno applicare le decisioni ai sensi del presente articolo come se le disposizioni dell'articolo 109 fossero applicabili al presente articolo.
6. Nulla nel presente articolo sarà interpretato come lesivo dei diritti che la legislazione nazionale o internazionale riconoscono alle vittime.

### **Articolo 76 - Condanne**

1. In caso di verdetto di condanna, la Camera di primo grado stabilisce la pena da applicare in considerazione delle conclusioni e degli elementi di prova rilevanti presentati al processo.
2. Fatti salvi i casi in cui si applica l'articolo 65, e prima della fine del processo, la Camera di primo grado può tenere d'ufficio, e su richiesta del Procuratore o dell'imputato, un'ulteriore udienza per prendere conoscenza di ogni nuova conclusione e di ogni nuovo elemento di prova rilevante ai fini della definizione della pena, in conformità con il Regolamento di procedura e di prova.
3. Nei casi in cui si applica il paragrafo 2, la Camera di primo grado ascolta le osservazioni previste all'articolo 75 nel corso dell'udienza supplementare di cui al paragrafo 2 e, ove necessario, nel corso di ogni nuova udienza.
4. La sentenza è pronunciata in udienza pubblica e, ove possibile, in presenza dell'imputato.

## **CAPITOLO VII: PENE**

### **Articolo 77 - 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; o
  - 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 dal Regolamento di procedura e di prova;

b) la confisca di profitti, beni ed averi ricavati direttamente o indirettamente dal crimine, fatti salvi i diritti di terzi in buona fede.

#### **Articolo 78 - Determinazione della pena**

1. Nel determinare la pena, la Corte tiene conto, secondo il Regolamento di procedura e di prova, di elementi quali la gravità del reato e la situazione personale del condannato.

2. Nel pronunciare una pena di reclusione, la Corte detrae il tempo trascorso, su suo ordine, in detenzione. La Corte può inoltre detrarre ogni altro periodo trascorso in detenzione per condotte collegate al crimine.

3. Se una persona è riconosciuta colpevole di più reati, la Corte quantifica sia la pena per ciascun reato che quella cumulativa, specificando la durata totale dell'imprigionamento. Tale durata non può essere inferiore a quella della pena più alta applicata per un singolo crimine e non può superare i 30 anni di reclusione o l'ergastolo previsto all'articolo 77 paragrafo 1 capoverso b).

#### **Articolo 79 - Fondo di garanzia per le vittime**

1. È istituito, con decisione dell'Assemblea degli Stati Parte, un Fondo a beneficio delle vittime dei reati di competenza della Corte e delle loro famiglie.

2. La Corte può ordinare che gli importi e gli altri beni acquisiti mediante ammenda o confisca siano devoluti al Fondo.

3. Il Fondo è gestito in conformità ai criteri stabiliti dall'Assemblea degli Stati Parte.

#### **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.

### **CAPITOLO VIII: APPELLO E REVISIONE**

#### **Articolo 81 - Appello contro la sentenza di condanna o la determinazione della pena**

1. Può essere proposto appello, secondo il Regolamento di procedura e di prova, contro una decisione resa in forza dell'articolo 74, secondo le seguenti modalità:

a) il Procuratore può proporre appello per uno dei seguenti motivi:

- i) vizio di procedura,
- ii) errore di fatto,
- iii) errore di diritto;

b) la persona dichiarata colpevole, o il Procuratore a nome di questa persona, può proporre appello per uno dei seguenti motivi:

- i) vizio di procedura,
- ii) errore di fatto,
- iii) errore di diritto,

iv) qualunque altro motivo che pregiudica l'equità o la regolarità della procedura o della decisione.

2. a) Il Procuratore o il condannato possono, secondo il Regolamento di procedura e di prova, impugnare la pena pronunciata, per via di mancanza di proporzione fra la stessa ed il crimine.

b) Se, in occasione dell'appello proposto contro la pena pronunciata, la Corte ritiene che esistano motivi tali da giustificare l'annullamento, in tutto o in parte, della decisione sulla colpevolezza, essa può invitare

il Procuratore o il condannato ad invocare i motivi enunciati all'articolo 82 paragrafo 1 capoversi a) o b) e pronunziarsi sulla decisione sulla colpevolezza secondo l'articolo 83.

c) La stessa procedura si applica se, in occasione di un appello concernente unicamente la decisione sulla colpevolezza, la Corte giudica che vi sono motivi che giustificano una riduzione della pena in forza del paragrafo 2, capoverso a).

3. a) A meno che la Camera di primo grado non decida diversamente, la persona riconosciuta colpevole rimane in stato di detenzione durante la procedura di appello.

b) Se la durata della detenzione supera la durata della pena pronunciata, la persona riconosciuta colpevole è rimessa in libertà; tuttavia, se anche il Procuratore propone appello, la liberazione può essere subordinata alle condizioni enunciate al capoverso c) seguente.

c) In caso di assoluzione, l'accusato è immediatamente rimesso in libertà, fatte salve tuttavia le seguenti condizioni:

i) in circostanze eccezionali valutati tra l'altro il rischio di evasione, la gravità del reato e la probabilità di successo dell'appello, la Camera di primo grado su richiesta del Procuratore può ordinare che l'imputato rimanga in detenzione durante la procedura di appello;

ii) contro la decisione della Camera di primo grado prevista dal capoverso c) i) può essere proposto appello secondo il Regolamento di procedura e di prova.

4. Subordinatamente alle disposizioni del paragrafo 3 capoversi a) e b), l'esecuzione della decisione sulla colpevolezza o la pena è sospesa durante il periodo utile per proporre appello e durante il corso del giudizio di appello.

#### **Articolo 82 - Appello contro altre decisioni**

1. Ciascuna parte può proporre appello contro una delle seguenti decisioni, secondo il Regolamento di procedura e di prova:

a) decisione sulla competenza o l'ammissibilità;

b) decisione che concede o nega la liberazione della persona oggetto d'inchiesta o di azioni giudiziarie;

c) decisione della Camera preliminare di agire di sua iniziativa in forza dell'articolo 56 paragrafo 3;

d) decisione che solleva una questione di natura tale da incidere in maniera significativa sullo svolgimento equo e rapido della procedura o sull'esito del processo e la cui soluzione immediata da parte della Camera d'appello potrebbe secondo il parere della Camera preliminare o della Camera di primo grado far progredire notevolmente la procedura.

2. Una decisione della Camera preliminare, fondata sull'articolo 57 paragrafo 3 capoverso d) può essere impugnata dallo Stato interessato o dal Procuratore con l'autorizzazione della Camera preliminare e l'appello in questione sarà trattato mediante un giudizio direttissimo.

3. L'appello ha effetto sospensivo solo se la Camera lo ordina, sulla base di una domanda presentata secondo il Regolamento di procedura e di prova. 4. Il rappresentante legale delle vittime, la persona condannata o il proprietario in buona fede dei beni assegnati con ordinanza emessa in forza dell'articolo 75 possono presentare appello contro tale ordinanza, come previsto nel Regolamento di procedura e di prova.

#### **Articolo 83 - Procedura d'appello**

1. Ai fini delle procedure previste all'articolo 81 e nel presente articolo, la Camera d'appello ha tutti i poteri della Camera di primo grado.

2. Se la Camera d'appello conclude che la procedura oggetto di appello è affetta da vizi tali da pregiudicare la regolarità della decisione o della condanna, o che la decisione o la condanna oggetto di appello sono gravemente viziate da un errore di fatto o di diritto essa può:

a) annullare o modificare la decisione o la condanna; oppure

b) ordinare un nuovo processo dinanzi un'altra Camera di primo grado. A tal fine la Camera d'appello può rinviare una questione di fatto dinanzi alla Camera di primo grado inizialmente adita affinché quest'ultima decida la questione e le faccia rapporto, oppure può essa stessa chiedere elementi probatori per essere in grado di decidere. Quando la sola persona condannata, o il Procuratore a suo nome, hanno presentato appello contro la decisione o la condanna, quest'ultima non può essere modificata a scapito della persona condannata.

3. Se, nell'ambito di un appello contro una condanna, la Camera d'appello constata che la pena è sproporzionata rispetto al reato, essa può modificarla secondo il capitolo VII.

4. La sentenza della Camera d'appello è adottata a maggioranza dei giudici e pronunciata in udienza pubblica. La sentenza è motivata. Se non vi è unanimità, la sentenza deve contenere i pareri della maggioranza e della minoranza, ma un giudice può far valere un'opinione individuale o un'opinione dissidente su una questione di diritto.

5. La Camera di appello può pronunciare la sua sentenza in assenza della persona prosciolta o condannata.

#### **Articolo 84 - Revisione della condanna o della pena**

1. La persona dichiarata colpevole oppure, se è deceduta, il coniuge, i figli, i genitori o ogni persona vivente al momento del suo decesso che essa ha espressamente designato per scritto a tal fine, o il Procuratore a nome di questa persona possono adire la Camera d'appello con una domanda di revisione della decisione definitiva sulla colpevolezza o la pena per i seguenti motivi:

a) è emerso un fatto nuovo che:

i) non era conosciuto al momento del processo, senza che ciò possa essere imputato, in tutto o in parte, al ricorrente; e

ii) se fosse stato constatato al momento del processo avrebbe probabilmente comportato un diverso verdetto;

b) risulta che un elemento probatorio decisivo stabilito durante il processo e sulla base del quale si è stabilita la colpevolezza era falso, contraffatto o falsificato;

c) uno o più giudici che hanno concorso alla decisione sulla colpevolezza o che hanno convalidato le imputazioni hanno commesso nel caso in oggetto un atto costituente errore grave o inadempimento ai loro doveri, di gravità sufficiente da far sì che siano esonerati dalle loro funzioni in attuazione dell'articolo 46.

2. La Camera d'appello respinge la domanda se la ritiene infondata. Se giudica che la domanda si basa su validi motivi essa può, a seconda di come convenga:

a) convocare nuovamente la Sezione di primo grado che ha reso la sentenza iniziale;

b) istituire una nuova Sezione di primo grado; o

c) rimanere investita del caso, in vista di determinare, dopo aver inteso le parti secondo le modalità previste nel Regolamento di procedura e di prova, se la sentenza debba essere riveduta.

#### **Articolo 85 - Risarcimento alle persone arrestate o condannate**

1. Chiunque sia stato vittima di un arresto o di una detenzione illegale ha diritto alla riparazione.
2. Se una condanna definitiva è in seguito annullata in quanto un fatto nuovo, o recentemente rivelato, dimostra che è stato commesso un errore giudiziario, la persona che ha subito una pena in ragione di detta condanna è risarcita in conformità alle leggi, a meno che non sia provato che il non aver rivelato il fatto in tempo utile è imputabile alla stessa persona in tutto o in parte.
3. In circostanze eccezionali, qualora la Corte scopra sulla base di elementi affidabili che è stato commesso un errore giudiziario grave e manifesto essa può, a sua discrezione, concedere un risarcimento secondo i criteri enunciati nel Regolamento di procedura e di prova, ad una persona che era stata liberata a seguito di un proscioglimento definitivo o in quanto il procedimento giudiziario era cessato per via di questo fatto.

### **CAPITOLO IX: COOPERAZIONE INTERNAZIONALE ED ASSISTENZA GIUDIZIARIA**

#### **Articolo 86 - Obbligo generale di cooperare**

Secondo le disposizioni del presente Statuto gli Stati parti cooperano pienamente con la Corte nelle inchieste ed azioni giudiziarie che la stessa svolge per reati di sua competenza.

#### **Articolo 87 - Richieste di cooperazione: disposizioni generali**

1. a) La Corte è abilitata a rivolgere richieste di cooperazione agli Stati parti. Tali richieste sono trasmesse per via diplomatica o mediante ogni altro canale appropriato che ciascuno Stato parte può scegliere al momento della ratifica, accettazione o approvazione del presente Statuto o dell'adesione allo stesso. Ogni ulteriore modifica di tale scelta deve essere effettuata da ciascun Stato parte in conformità al Regolamento di procedura e di prova.
- b) Se del caso, e fatte salve le disposizioni del capoverso a), le richieste possono altresì essere trasmesse attraverso l'Organizzazione internazionale di polizia criminale (INTERPOL) od ogni organizzazione regionale competente.
2. Le richieste di cooperazione ed i documenti giustificativi afferenti sono sia redatti in una lingua ufficiale dello Stato richiesto, o accompagnati da una traduzione in detta lingua, sia redatti in una delle lingue di lavoro della Corte o accompagnati da una traduzione in questa lingua a seconda della scelta fatta dallo Stato richiesto al momento della ratifica, accettazione o approvazione del presente Statuto o dell'adesione allo stesso. Ogni ulteriore modifica di tale scelta sarà effettuata in conformità al Regolamento di procedura e di prova.
3. Lo Stato richiesto rispetta il carattere riservato delle richieste di cooperazione e dei documenti a sostegno della richiesta, salvo nella misura in cui la loro divulgazione è necessaria per dar seguito alla richiesta.
4. Per quanto concerne le richieste di assistenza presentate ai sensi del presente capitolo, soprattutto in materia di protezione delle informazioni, la Corte può prendere i provvedimenti necessari per garantire la sicurezza ed il benessere fisico o psicologico delle vittime, dei potenziali testimoni e dei loro familiari. La Corte può chiedere che ogni informazione fornita a titolo del presente capitolo sia comunicata ed

elaborata in modo tale da preservare la sicurezza ed il benessere fisico o psicologico delle vittime, dei potenziali testimoni e dei loro familiari.

5. a) La Corte può invitare ogni Stato non parte del presente Statuto a prestare assistenza a titolo del presente capitolo sulla base di un'intesa ad hoc o di un accordo concluso con tale Stato o su ogni altra base appropriata.

b) Se, avendo concluso con la Corte un'intesa ad hoc o un accordo, lo Stato non parte al presente Statuto non fornisce l'assistenza che gli viene richiesta in forza di tale intesa o accordo, la Corte può informarne l'Assemblea degli Stati parti, o il Consiglio di Sicurezza se è stata adita da quest'ultimo.

6. La Corte può chiedere informazioni o documenti ad ogni organizzazione intergovernativa. Essa può inoltre sollecitare altre forme di cooperazione e di assistenza di cui abbia convenuto con tale organizzazione e che sono conformi alle competenze o al mandato di quest'ultima.

7. Se uno Stato Parte non aderisce ad una richiesta di cooperazione della Corte, diversamente da come previsto dal presente Statuto, impedendole in tal modo di esercitare le sue funzioni ed i suoi poteri in forza del presente Statuto, la Corte può prenderne atto ed investire del caso l'Assemblea degli Stati parti, o il Consiglio di Sicurezza se è stata adita da quest'ultimo.

#### **Articolo 88 - Procedure disponibili secondo la legislazione nazionale**

Gli Stati parti si adoperano per predisporre nel loro ordinamento nazionale, procedure appropriate per realizzare tutte le forme di cooperazione indicate nel presente capitolo.

#### **Articolo 89 - Consegna di determinate persone alla Corte**

1. La Corte può presentare a qualsiasi Stato nel cui territorio è suscettibile di trovarsi la persona ricercata una richiesta di arresto e consegna, unitamente alla documentazione giustificativa indicata all'articolo 91, e richiedere la cooperazione di questo Stato per l'arresto e la consegna di tale persona. Gli Stati Parti rispondono ad ogni richiesta di arresto e di consegna secondo le disposizioni del presente capitolo e le procedure previste dalla loro legislazione nazionale.

2. Se la persona di cui si sollecita la consegna ricorre dinanzi ad una giurisdizione nazionale mediante un'impugnazione fondata sul principio *ne bis in idem*, come previsto all'articolo 20, lo Stato richiesto consulta immediatamente la Corte per sapere se vi è stata nella fattispecie una decisione sull'ammissibilità. Se è stato deciso che il caso era ammissibile, lo Stato richiesto dà seguito alla domanda. Se la decisione sull'ammissibilità è pendente, lo Stato richiesto può rinviare l'esecuzione della domanda fino a quando la Corte non abbia deliberato.

3. a) Gli Stati parti autorizzano il trasporto attraverso il loro territorio, conformemente alle procedure previste dalla loro legislazione nazionale, di ogni persona trasferita alla Corte da un altro Stato, salvo nel caso in cui il transito attraverso il loro territorio ritarderebbe la consegna.

b) Una richiesta di transito è trasmessa dalla Corte secondo l'articolo 87. Essa contiene:

i) i dati segnaletici della persona trasportata,

ii) un breve esposto dei fatti e della loro qualificazione giuridica,

iii) il mandato d'arresto e di consegna.

c) La persona trasportata è in stato di detenzione durante il transito.

d) Non è necessaria alcuna autorizzazione se la persona è trasportata per via aerea e se nessun atterraggio è previsto sul territorio dello Stato di transito.

e) Se un atterraggio imprevisto ha luogo sul territorio dello Stato di transito, quest'ultimo può esigere dalla Corte la presentazione di una domanda di transito nelle forme stabilite al capoverso b). Lo Stato di transito pone la persona trasportata in detenzione sino alla ricezione di tale domanda e all'effettivo passaggio in transito. Tuttavia la detenzione ai sensi del presente capoverso non può prolungarsi oltre 96 ore dopo l'atterraggio imprevisto se la domanda non è stata ricevuta nel frattempo.

4. Se la persona reclamata è oggetto di un'azione giudiziaria o scontata una pena nello Stato richiesto per un reato diverso da quello per il quale si richiede la sua consegna alla Corte, tale Stato, dopo aver deciso di aderire alla domanda, si consulta con la Corte.

#### **Articolo 90 - Richieste concorrenti**

1. Se uno Stato parte riceve dalla Corte, secondo l'articolo 89, una richiesta di consegna e peraltro riceve da un altro Stato una richiesta di estradizione della stessa persona per lo stesso comportamento che costituisce la base del reato per il quale la Corte domanda la consegna della persona, tale Stato ne informa la Corte e lo Stato richiedente.

2. Se lo Stato richiedente è uno Stato parte, lo Stato richiesto dà la precedenza alla domanda della Corte:

a) se la Corte ha deciso, in applicazione degli articoli 18 o 19, che il caso oggetto della richiesta di consegna è ammissibile, in considerazione dell'inchiesta svolta o di un'azione giudiziaria intentata dallo Stato richiedente, rispetto alla domanda di estradizione di quest'ultimo, oppure b) se la Corte prende la decisione di cui al capoverso a) a seguito della notifica effettuata dallo Stato richiesto in applicazione del paragrafo 1.

3. Quando la Corte non ha preso la decisione di cui al paragrafo 2 capoverso a), lo Stato richiesto può, se lo desidera, incominciare ad istruire la richiesta di estradizione dello Stato richiesto in attesa che la Corte si pronunci come previsto al capoverso b). Esso non estrada la persona fino a quando la Corte non ha giudicato che il caso non è ammissibile. La Corte si pronuncia con giudizio direttissimo.

4. Se lo Stato richiedente è uno Stato non parte al presente Statuto, lo Stato richiesto se non è tenuto per via di un obbligo internazionale ad estradare l'interessato verso lo Stato richiedente dà la precedenza alla richiesta di consegna della Corte se quest'ultima ha giudicato che il caso era ammissibile.

5. Quando un caso di competenza del paragrafo 4 non è stato giudicato ammissibile dalla Corte, lo Stato richiesto può, se lo desidera, incominciare ad istruire la richiesta di estradizione dello Stato richiedente.

6. Nei casi in cui si applica il paragrafo 4 ma lo Stato richiesto è tenuto, per via di un obbligo internazionale, ad estradare la persona verso lo Stato non parte richiedente, lo Stato richiesto decide se sia il caso di consegnare la persona alla Corte o di estradarla verso lo Stato richiedente. Nella sua decisione, lo Stato richiesto tiene conto di tutte le considerazioni rilevanti, in modo particolare:

a) dell'ordine cronologico delle richieste;

b) degli interessi dello Stato richiedente, in modo particolare, se del caso, del fatto che il reato è stato commesso sul suo territorio e della nazionalità delle vittime e della persona reclamata; e

c) della possibilità che la Corte e lo Stato richiedente raggiungano ulteriormente un accordo circa la consegna di tale persona.

7. Se uno Stato parte riceve dalla Corte una richiesta di consegna di una persona e riceve peraltro da un altro Stato una richiesta di estradizione della stessa persona per lo stesso comportamento diverso da quello che costituisce il reato per il quale la Corte domanda la consegna della persona:

a) lo Stato richiesto dà la precedenza alla domanda della Corte, se non è tenuto, per via di un obbligo internazionale, ad estradare l'interessato verso lo Stato richiedente;

b) se è tenuto, per via di un obbligo internazionale, ad estradare la persona verso lo Stato richiedente, lo Stato richiesto decide sia di consegnarla alla Corte sia di estradarla verso lo Stato richiedente. Nella sua decisione, esso tiene conto di tutte le considerazioni pertinenti, in modo particolare quelle enunciate al paragrafo 6, pur concedendo una particolare attenzione alla natura ed alla relativa gravità del comportamento in causa.

8. Se, a seguito di una notifica ricevuta in applicazione del presente articolo, la Corte ha giudicato un caso come inammissibile e l'extradizione verso lo Stato richiedente è ulteriormente rifiutata, lo Stato richiesto notifica la decisione della Corte.

#### **Articolo 91 - Contenuto della richiesta di arresto e di consegna**

1. Una richiesta di arresto e di consegna deve esser effettuata per scritto. In caso di emergenza essa può essere effettuata con ogni mezzo che lasci un'impronta scritta, a condizione di essere convalidata secondo le modalità previste all'articolo 87 paragrafo 1 capoverso a).

2. Se la domanda concerne l'arresto e la consegna di una persona oggetto di un mandato d'arresto rilasciato dalla Camera di giudizio preliminare in forza dell'articolo 58, essa deve contenere o essere accompagnata da un fascicolo contenente i seguenti documenti giustificativi:

a) dati segnaletici della persona ricercata, sufficienti ad identificarla e le informazioni relative al luogo dove probabilmente si trova;

b) una copia del mandato d'arresto; e

c) i documenti, dichiarazioni ed informazioni che possono essere pretesi nello Stato richiesto per procedere alla consegna; tuttavia le esigenze dello Stato richiesto non devono essere più onerose in questo caso rispetto alle richieste d'extradizione presentate in applicazione di trattati o di intese concluse fra lo Stato richiesto ed altri Stati e dovrebbero anzi, se possibile, esserlo di meno, in considerazione del carattere particolare della Corte.

3. Se la richiesta concerne l'arresto e la consegna di una persona che è già stata riconosciuta colpevole, essa contiene o è accompagnata da un fascicolo contenente i seguenti documenti giustificativi:

a) una copia di qualsiasi mandato d'arresto relativo a tale persona;

b) una copia della sentenza;

c) informazioni attestanti che la persona ricercata è effettivamente quella indicata nella sentenza;

d) se la persona ricercata è stata condannata ad una pena, una copia della condanna assieme, nel caso di una pena di detenzione, all'indicazione della parte di pena che è già stata scontata ed alla parte che resta da scontare.

4. Su richiesta della Corte, uno Stato parte intrattiene con quest'ultima, sia in generale, sia a proposito di una particolare questione, consultazioni sulle condizioni previste dalla sua legislazione interna che potrebbero applicarsi secondo il paragrafo 2 capoverso c). Nell'ambito di tali consultazioni lo Stato parte informa la Corte delle particolari esigenze della sua legislazione.

#### **Articolo 92 - Fermo**

1. In caso di emergenza, la Corte può chiedere il fermo della persona ricercata in attesa che siano presentati la richiesta di consegna ed i documenti giustificativi di cui all'articolo 91.

2. La richiesta di fermo può essere effettuata con ogni mezzo che lascia un'impronta scritta e deve contenere:

- a) i dati segnaletici della persona ricercata, sufficienti ad identificarla e le informazioni relative al luogo dove probabilmente si trova;
- b) un breve esposto dei reati per i quali la persona è ricercata e dei fatti che sarebbero costitutivi di tali reati, ivi compreso, se possibile, la data ed il luogo dove sarebbero avvenuti;
- c) una dichiarazione attestante l'esistenza, a carico della persona ricercata, di un mandato d'arresto o di un verdetto di colpevolezza;
- d) una dichiarazione indicante che farà seguito una richiesta di consegna della persona ricercata.

3. Una persona in stato di fermo può essere rimessa in libertà se lo Stato richiesto non ha ricevuto la richiesta di consegna ed i documenti giustificativi di cui all'articolo 91 nel termine stabilito dal Regolamento di procedura e di prova. Tuttavia questa persona può consentire ad essere consegnata prima della scadenza di detto termine se la legislazione dello Stato richiesto lo consente. In questo caso, lo Stato richiesto procede al più presto a consegnarla alla Corte.

4. La rimessa in libertà della persona ricercata prevista al paragrafo 3 non pregiudica il suo successivo arresto e la sua consegna, se la richiesta di consegna accompagnata dai documenti giustificativi viene presentata in seguito.

#### **Articolo 93 - Altre forme di cooperazione**

1. Gli Stati Parti ricevono secondo le disposizioni del presente capitolo e le procure previste dalla loro legislazione nazionale, le richieste di assistenza della Corte connesse ad un'inchiesta o azione giudiziaria, e concernenti:

- a) l'identificazione di una persona, il luogo dove si trova o la localizzazione dei beni;
- b) la raccolta di elementi di prova comprese le deposizioni fatte sotto giuramento e la produzione di elementi probatori comprese le perizie ed i rapporti di cui la Corte necessita;
- c) l'interrogatorio di persone che sono oggetto di un'inchiesta o di azioni giudiziarie;
- d) il significato di documenti, compresi gli atti di procedura;
- e) le misure atte a facilitare la comparizione volontaria dinanzi alla Corte di persone che depongono in quanto testimoni o esperti;
- f) il trasferimento temporaneo di persone in forza del paragrafo 7;
- g) l'esame di località o di siti, in modo particolare la riesumazione e l'esame di cadaveri sotterrati in fosse comuni;
- h) l'esecuzione di perquisizioni e confische;
- i) la trasmissione di fascicoli e documenti compresi i fascicoli ed i documenti ufficiali;
- j) la protezione di vittime e di testimoni e la preservazione di elementi di prova;
- k) l'identificazione, la localizzazione, il congelamento o la confisca del prodotto di reati, di beni, averi e strumenti connessi ai reati, per eventualmente confiscarli fatti salvi i diritti di terzi in buona fede;
- l) ogni altra forma di assistenza non vietata dalla legislazione dello Stato richiesto volta ad agevolare l'inchiesta e l'azione giudiziaria relative ai reati di competenza della Corte.

2. La Corte è abilitata a garantire ad un teste o esperto che compare in sua presenza il fatto che non sarà né perseguito, né detenuto, né da essa sottoposto a qualsiasi restrizione della sua libertà personale per un atto od omissione precedenti alla sua partenza dallo Stato richiesto.
3. Se l'esecuzione di una particolare misura di assistenza descritta in una richiesta presentata in forza del paragrafo 1 è vietata nello Stato richiesto in forza di un principio giuridico fondamentale di applicazione generale, lo Stato richiesto intraprende senza indugio consultazioni con la Corte per tentare di risolvere la questione. Durante tali consultazioni, si esamina se l'assistenza può essere fornita in altro modo o accompagnata da determinate condizioni. Se la questione non è risolta all'esito delle consultazioni la Corte modifica la domanda.
4. In conformità con l'articolo 72, uno Stato parte può respingere totalmente o parzialmente una richiesta di assistenza solo se tale richiesta verte sulla produzione di documenti o la divulgazione di elementi probatori relativi alla sua sicurezza o difesa nazionale.
5. Prima di respingere una richiesta di assistenza di cui al paragrafo 1 (capoverso I), lo Stato richiesto determina se l'assistenza può essere fornita a determinate condizioni o potrebbe essere fornita in seguito, o in forma diversa, rimanendo inteso che se la Corte o il Procuratore accettano queste condizioni, essi saranno tenuti ad osservarle.
6. Lo Stato richiesto che respinge una richiesta di assistenza fa conoscere senza indugio Le sue ragioni alla Corte o al Procuratore.
7. a) La Corte può chiedere il trasferimento temporaneo di una persona detenuta a fini d'identificazione o per ottenere una testimonianza o altre forme di assistenza. Tale persona può essere trasferita se sono soddisfatte le seguenti condizioni:
- i) la persona acconsente, liberamente e con cognizione di causa, ad essere trasferita; e
  - ii) lo Stato richiesto acconsente al trasferimento subordinatamente alle condizioni eventualmente concordate tra detto Stato e la Corte.
- b) La persona trasferita continua ad essere sotto controllo cautelare. Dopo che la finalità del trasferimento è stata conseguita, la Corte rinvia senza indugio questa persona nello Stato richiesto.
8. a) La Corte preserva il carattere confidenziale dei documenti e delle informazioni raccolte salvo nella misura necessaria all'inchiesta ed alle procedure descritte nella richiesta.
- b) Lo Stato richiesto può se del caso comunicare documenti o informazioni al Procuratore a titolo confidenziale. Il Procuratore può utilizzarli solo per raccogliere nuovi elementi probatori.
- c) Lo Stato richiesto può, sia d'ufficio sia su richiesta del Procuratore autorizzato, acconsentire in un secondo tempo alla divulgazione di tali documenti o informazioni. Questi possono in tal caso esser utilizzati come mezzo di prova secondo le disposizioni dei capitoli V e VI e del Regolamento di procedura e di prova.
9. a) i) Se uno Stato Parte riceve dalla Corte e da un altro Stato, a seguito di un obbligo internazionale richieste concorrenti aventi un oggetto diverso dalla consegna o estradizione, esso farà il possibile, in consultazione con la Corte e con questo altro Stato, per dar seguito alle due richieste, se del caso differendo l'una o l'altra o assoggettandola a condizioni.
- ii) In mancanza di quanto sopra, la concorrenza delle richieste è risolta secondo i principi stabiliti all'articolo 90.

b) Tuttavia, quando la richiesta della Corte concerne informazioni, beni o persone sotto il controllo di uno Stato terzo o di un'organizzazione internazionale in virtù di un accordo internazionale, lo Stato richiesto ne informa la Corte e quest'ultima indirizza la sua domanda allo Stato terzo o all'Organizzazione internazionale.

10. a) Se riceve una richiesta in tal senso, la Corte può cooperare con lo Stato parte che svolge un'inchiesta o un processo vertente su un comportamento che costituisce reato sottoposto alla giurisdizione della Corte, o un reato grave secondo il diritto interno di tale Stato e prestargli assistenza.

b) i) L'assistenza comprende, tra l'altro:

a) la trasmissione di deposizioni, documenti ed altri elementi di prova raccolti nel corso di un'inchiesta o processo svolti dalla Corte; e b) l'interrogatorio di ogni persona detenuta per ordine della Corte;

ii) Nel caso di cui al capoverso b) i) a): a) la trasmissione di documenti ed altri elementi di prova ottenuti con l'assistenza di un Stato esige il consenso di detto Stato; b) la trasmissione di deposizioni, documenti ed altri elementi probatori forniti da un teste o da un esperto avviene secondo le disposizioni dell'articolo 68.

c) La Corte può, alle condizioni enunciate al presente paragrafo, dar seguito ad una richiesta di assistenza emanante da uno Stato che non è parte al presente Statuto.

#### **Articolo 94 - Differimento della messa in opera di una richiesta per via di inchieste o procedimenti giudiziari in corso**

1. Se l'esecuzione immediata di una richiesta dovesse nuocere al corretto svolgimento dell'inchiesta o dei procedimenti giudiziari in corso in un caso diverso da quello cui si riferisce la domanda, lo Stato richiesto può ritardare l'esecuzione della richiesta per un periodo di tempo stabilito di comune accordo con la Corte. Tuttavia il rinvio non dovrà prolungarsi oltre quanto sia necessario per portare a termine l'inchiesta o i procedimenti giudiziari in oggetto nello Stato richiesto. Prima di decidere di ritardare l'esecuzione della richiesta, lo Stato richiesto considera se l'assistenza può essere fornita immediatamente a determinate condizioni.

2. Se viene presa la decisione di soprassedere all'esecuzione della richiesta in applicazione del paragrafo 1, il Procuratore può chiedere l'adozione di provvedimenti per preservare gli elementi di prova fondandosi sull'articolo 93 paragrafo 1 capoverso j).

#### **Articolo 95 - Differimento dell'esecuzione di una richiesta per via di un'eccezione d'inammissibilità**

Se la Corte esamina un'eccezione d'inammissibilità in applicazione degli articoli 18 e 19, lo Stato richiesto può soprassedere all'esecuzione di una richiesta presentata in forza del presente capitolo fino a quando la Corte non abbia specificatamente ordinato che il Procuratore può continuare a raccogliere elementi di prova in applicazione degli articoli 18 e 19.

#### **Articolo 96 - Contenuto di una richiesta vertente su altre forme di cooperazione previste dall'articolo 93**

1. Una domanda vertente su altre forme di cooperazione di cui all'articolo 93 deve essere effettuata per scritto. In caso di emergenza, essa può essere effettuata con ogni altro mezzo che lascia un'impronta scritta, a condizione di essere convalidata secondo modalità indicate all'articolo 87 paragrafo 1 a).

2. La richiesta contiene o è accompagnata, se del caso, da un fascicolo contenente i seguenti elementi:

- a) un breve esposto dell'oggetto della richiesta e della natura dell'assistenza richiesta comprese le basi giuridiche ed i motivi della richiesta;
- b) informazioni il più dettagliate possibile sulla persona o il luogo che devono essere individuati o localizzati in modo che l'assistenza possa essere fornita;
- c) un breve esposto dei fatti essenziali che giustificano la domanda;
- d) l'esposto dei motivi e la spiegazione dettagliata delle procedure o condizioni da rispettare;
- e) ogni informazione che può essere pretesa dalla legislazione dello Stato richiesto per dar seguito alla richiesta; e
- f) ogni altra informazione utile affinché l'assistenza richiesta possa essere fornita.

3. Se la Corte lo domanda, uno Stato parte intrattiene con essa sia in generale sia a propósito di una particolare questione consultazioni sulle condizioni previste dalla sua legislazione che potrebbero applicarsi come previsto al paragrafo 2 capoverso e). Nell'ambito di tali consultazioni lo Stato parte informa la Corte di particolari esigenze della sua legislazione.

4. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì, se del caso, ad una richiesta d'assistenza indirizzata alla Corte.

#### **Articolo 97 - Consultazioni**

Quando uno Stato parte, investito di una richiesta ai sensi del presente capitolo, constata che la stessa solleva difficoltà che potrebbero intralciarne o impedirne l'esecuzione, esso consulta senza indugio la Corte per risolvere il problema. Tali difficoltà potrebbero, in modo particolare, essere Le seguenti:

- a) le informazioni non sono sufficienti per dar seguito alla richiesta;
- b) nel caso di una richiesta di consegna, la persona reclamata rimane introvabile malgrado ogni sforzo dispiegato, oppure l'inchiesta svolta ha permesso di determinare che la persona che si trova nello Stato richiesto non è manifestamente quella indicata dal mandato; o
- c) il fatto che lo Stato richiesto sarebbe costretto, per dar seguito alla richiesta nella forma in cui si trova, di infrangere un obbligo convenzionale che già ha nei confronti di un altro Stato.

#### **Articolo 98 - Cooperazione in relazione a rinuncia ad immunità e consenso alla consegna**

1. La Corte non può presentare una richiesta di assistenza che costringerebbe lo Stato richiesto ad agire in modo incompatibile con gli obblighi che gli 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.

2. 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.

#### **Articolo 99 - Esecuzione delle richieste presentate a titolo degli articoli 93 e 96**

1. Lo Stato richiesto dà seguito alle richieste di assistenza secondo la procedura prevista dalla sua legislazione e, a meno che tale legislazione non lo vieti, nel modo precisato nella richiesta, segnatamente applicando la procedura indicata nella richiesta o autorizzando le persone che vi sono designate ad essere presenti ed a partecipare alla messa in opera della richiesta.

2. Se la richiesta è urgente, i documenti o elementi probatori prodotti in risposta alla richiesta sono a domanda della Corte inviati con urgenza.

3. Le risposte dello Stato richiesto sono comunicate nella loro lingua e forma originali.

4. Fatti salvi gli altri articoli del presente capitolo, qualora ciò sia necessario per eseguire efficacemente una richiesta alla quale può essere dato seguito senza dover ricorrere a misure di costrizione, in modo particolare quando si tratta di sentire una persona o di raccogliere la sua deposizione a titolo volontario, anche senza che le autorità dello Stato parte richiesto siano presenti, se ciò è determinante per una efficace esecuzione della richiesta, o d'ispezionare un sito pubblico o altro luogo pubblico senza modificarlo, il Procuratore può attuare l'oggetto della domanda direttamente sul territorio dello Stato secondo le seguenti modalità:

a) quando lo Stato richiesto è lo Stato sul cui territorio si presume che il reato sia stato commesso e vi è stata una decisione sull'ammissibilità in conformità agli articoli 18 o 19, il Procuratore può mettere direttamente in opera la richiesta dopo aver avuto con lo Stato richiesto le consultazioni più ampie possibili;

b) negli altri casi, il Procuratore può eseguire la richiesta, previa consultazione con lo Stato parte richiesto ed in considerazione di condizioni o ragionevoli preoccupazioni che tale Stato può aver fatto valere. Se lo Stato richiesto accerta che l'esecuzione di una richiesta ai sensi del presente sotto-paragrafo presenta difficoltà, esso consulta immediatamente la Corte per porvi rimedio.

5. Le disposizioni che autorizzano la persona sentita o interrogata dalla Corte ai sensi dell'articolo 72 ad invocare le limitazioni previste al fine d'impedire la divulgazione d'informazioni confidenziali connesse con la sicurezza nazionale si applicano altresì all'esecuzione delle richieste di assistenza ai sensi del presente articolo.

#### **Articolo - 100 Spese**

1. Le spese ordinarie afferenti alla messa in opera della richiesta sul territorio dello Stato richiesto sono a carico di detto Stato ad eccezione delle seguenti spese, che sono a carico della Corte:

a) spese connesse ai viaggi ed alla protezione dei testimoni e degli esperti o al trasferimento, in forza dell'articolo 93, di persone detenute;

b) spese di traduzione, d'interpretazione e di trascrizione;

c) spese di viaggio e di soggiorno dei giudici, del Procuratore, dei Vice Procuratori, dell'Ufficio del Cancelliere, del Vice Cancelliere e dei membri del personale di tutti gli organi della Corte;

d) costo di ogni perizia o rapporto chiesto dalla Corte;

e) spese connesse al trasporto di una persona consegnata alla Corte da uno Stato di detenzione;

f) previa consultazione, tutte le spese straordinarie che la messa in opera di una richiesta può comportare.

2. Le disposizioni del paragrafo 1 si applicano, se del caso, alle richieste indirizzate alla Corte dagli Stati parti. In questo caso, la Corte si assume a carico le spese ordinarie di messa in opera.

#### **Articolo 101 - Regola della specialità**

1. Una persona consegnata alla Corte in applicazione del presente statuto non può essere perseguita, punita o detenuta in ragione di comportamenti precedenti alla sua consegna, a meno che questi ultimi non costituiscano la base dei reati per i quali la persona è stata consegnata.

2. La Corte può sollecitare allo Stato che le ha consegnato una persona, una deroga alle condizioni di cui al paragrafo 1. Essa fornisce, se del caso, informazioni supplementari secondo l'articolo 91. Gli Stati parti sono abilitati a concedere una deroga alla Corte e non devono lesinare sforzi a tal fine.

#### **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) 'estradizione' significa per uno Stato consegnare una persona ad un altro Stato in applicazione di un trattato, di una convenzione o della sua legislazione nazionale.

#### **CAPITOLO X: ESECUZIONE**

##### **Articolo 103 - Ruolo degli Stati nell'esecuzione delle pene detentive**

1. a) Le pene detentive sono scontate in uno Stato designato dalla Corte, da una lista di Stati che hanno informato la Corte della loro disponibilità a ricevere persone condannate.

b) Nel dichiarare la propria disponibilità a ricevere persone condannate, uno Stato può anettere alla sua accettazione condizioni che devono essere approvate dalla Corte ed essere conformi alle disposizioni del presente capitolo.

c) Lo Stato designato in un determinato caso fa sapere rapidamente alla Corte se accetta o meno la designazione.

2. a) Lo Stato incaricato dell'esecuzione avverte la Corte di ogni circostanza, ivi compresa la realizzazione di ogni condizione concordata in applicazione del paragrafo 1, tale da modificare sensibilmente le condizioni o la durata della detenzione. La Corte deve essere avvisata con un anticipo di almeno 45 giorni di ogni circostanza di questo tipo, conosciuta o prevedibile. Durante questo periodo di tempo, lo Stato incaricato dell'esecuzione non prende alcuna misura che potrebbe essere contraria ai suoi obblighi di cui all'articolo 110.

b) Se la Corte non può accettare le circostanze di cui al capoverso a), essa ne informa lo Stato incaricato dell'esecuzione e procede in conformità all'articolo 104 paragrafo 1.

3. Quando esercita il suo potere di designazione secondo il paragrafo 1, la Corte tiene conto:

- a) del principio secondo il quale gli Stati parti devono condividere la responsabilità dell'esecuzione delle pene detentive secondo i principi di equa ripartizione enunciati nel Regolamento di procedura e di prova;
- b) delle regole convenzionali del diritto internazionale generalmente accettate che disciplinano il trattamento dei detenuti;
- c) delle opinioni della persona condannata;
- d) della nazionalità della persona condannata; e
- e) di ogni altro fattore relativo alle circostanze del reato, alla situazione della persona condannata o all'esecuzione effettiva della pena che possono guidare la scelta dello Stato incaricato.

4. Se nessun Stato è designato come previsto al paragrafo 1, la pena detentiva è scontata in un istituto penitenziario messo a disposizione dallo Stato ospite, in condizioni definite nell'accordo di sede di cui all'articolo 3 paragrafo 2. In questo caso, le spese afferenti all'esecuzione della pena sono a carico della Corte.

##### **Articolo 104 - Modifica della designazione dello Stato incaricato dell'esecuzione**

1. La Corte può decidere in qualsiasi momento di trasferire il condannato nella prigione di un altro Stato.
2. La persona condannata può in qualsiasi momento chiedere alla Corte di essere trasferita fuori dallo Stato incaricato dell'esecuzione.

#### **Articolo 105 - Esecuzione della pena**

1. Fatte salve le condizioni che uno Stato avrà potuto stabilire secondo l'articolo 103 paragrafo 1 capoverso b), la pena detentiva è vincolante per tutti gli Stati parti che non possono in alcun caso modificarla.
2. La Corte ha il diritto di pronunciarsi su un appello o richiesta di revisione della sua decisione di colpevolezza o di pena. Lo Stato incaricato dell'esecuzione non impedisce al condannato di presentare tale domanda.

#### **Articolo 106 - Sorveglianza dell'esecuzione della pena e condizioni di detenzione**

1. L'esecuzione di una pena di reclusione è soggetta al controllo della Corte. Essa è conforme alle regole convenzionali internazionali ampiamente accettate che regolano il trattamento dei detenuti.
2. Le condizioni di detenzione sono disciplinate dalla legislazione dello Stato incaricato dell'esecuzione. Esse sono conformi alle regole convenzionali internazionali ampiamente accettate che disciplinano il trattamento dei detenuti. In nessun caso possono essere più o meno favorevoli di quelle che lo Stato incaricato dell'esecuzione applica ai condannati detenuti per crimini simili.
3. Le comunicazioni fra i condannati e la Corte sono senza impedimenti.

#### **Articolo 107 - Trasferimento del condannato che ha terminato di scontare la pena**

1. Dopo avere scontato la pena, una persona che non è cittadina dello Stato incaricato dell'esecuzione può essere trasferita secondo la legislazione dello Stato incaricato dell'esecuzione, in uno Stato che è tenuto ad accoglierla, o in altro Stato che accetta di accoglierla, tenendo conto di qualsiasi desiderio espresso dalla persona di essere trasferita in detto Stato, salvo se lo Stato incaricato dell'esecuzione autorizza tale persona a rimanere sul suo territorio.
2. Le spese afferenti al trasferimento del condannato in un altro Stato in applicazione del paragrafo 1 sono a carico della Corte se nessun Stato le prende a carico.
3. Subordinatamente alle disposizioni dell'articolo 108, lo Stato di detenzione può altresì, in applicazione della sua legislazione, estradare o consegnare in altra maniera la persona a uno Stato che ha chiesto la sua estradizione, o la sua consegna, a fini di giudizio o di esecuzione di una pena.

#### **Articolo 108 - Limiti in materia di procedimenti giudiziari o di condanne per altre infrazioni**

1. Il condannato detenuto dallo Stato incaricato dell'esecuzione non può essere né perseguito, né condannato o estradato verso uno Stato terzo per un comportamento anteriore al suo trasferimento nello Stato incaricato dell'esecuzione, salvo se la Corte ha approvato tale azione giudiziaria, condanna o estradizione a richiesta dello Stato incaricato dell'esecuzione.
2. La Corte delibera sulla questione dopo aver sentito il condannato.
3. Il paragrafo 1 cessa di applicarsi se il condannato risiede volontariamente per più di 30 giorni sul territorio dello Stato incaricato dell'esecuzione dopo aver scontato la totalità della pena pronunciata dalla Corte o ritorna sul territorio dello Stato dopo averlo lasciato.

#### **Articolo 109 - Esecuzione di sanzioni pecuniarie e di misure di confisca**

1. Gli Stati parti fanno eseguire le sanzioni pecuniarie e le misure di confisca ordinate dalla Corte in forza del capitolo VII, fatti salvi i diritti dei terzi in buona fede e secondo la procedura prevista dalla loro legislazione interna.

2. Se uno Stato parte non è in grado di attuare l'ordinanza di confisca, dovrà prendere misure per recuperare il valore del prodotto, dei beni o degli averi di cui la Corte ha ordinato la confisca, fatti salvi i diritti dei terzi in buona fede.

3. I beni o i proventi della vendita di beni immobiliari o, se del caso, di altri beni ottenuti da uno Stato parte in esecuzione di una sentenza della Corte, sono trasferiti alla Corte.

#### **Articolo 110 - Esame da parte della Corte della questione di una riduzione di pena**

1. Lo Stato incaricato dell'esecuzione non può liberare la persona detenuta prima della espiazione della pena pronunciata dalla Corte.

2. La Corte ha sola il diritto di decidere una riduzione di pena. Essa si pronuncia dopo aver sentito la persona.

3. 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.

4. Al momento del riesame di cui al paragrafo 3, la Corte può ridurre la pena qualora essa constati che una o più delle seguenti condizioni sono realizzate:

a) la persona ha, sin dall'inizio ed in modo costante, manifestato la sua volontà di cooperare con la Corte nelle sue inchieste e durante il procedimento;

b) la persona ha facilitato spontaneamente l'esecuzione di decisioni ed ordinanze della Corte in altri casi, in modo particolare aiutandola a localizzare e fornendo assistenza per i beni oggetto di decisioni che ne ordinano la confisca, per il pagamento di una sanzione pecuniaria o di un risarcimento che possono essere utilizzati a vantaggio delle vittime; oppure c) altri fattori previsti nel Regolamento di procedura e di prova attestano un cambiamento di circostanze evidente, con conseguenze degne di nota e tali da giustificare la riduzione della pena.

5. Se, in occasione del riesame di cui al paragrafo 3, la Corte decide che non è il caso di ridurre la pena, essa in seguito rivedrà la questione della riduzione di pena negli intervalli previsti nel Regolamento di procedura e di prova, ed applicando i criteri che vi sono enunciati.

#### **Articolo 111 - Evasione**

Se una persona condannata evade dal luogo di detenzione e fugge dallo Stato incaricato dell'esecuzione della pena, tale Stato può, dopo aver consultato la Corte, chiedere allo Stato in cui la persona si trova, la consegna di tale persona in applicazione di accordi bilaterali o multilaterali in vigore, oppure chiedere alla Corte di sollecitare la consegna di detta persona secondo il capitolo IX. Quando la Corte sollecita la consegna di una persona, può ordinare che sia consegnata allo Stato nel quale scontava la pena o altro Stato da essa designato.

### **CAPITOLO XI: ASSEMBLEA DEGLI STATI PARTE**

#### **Articolo 112 - Assemblea degli Stati parti**

1. È istituita un'Assemblea di Stati parti del presente Statuto. Ciascuno Stato parte dispone di un rappresentante che può essere assistito da supplenti e consiglieri. Gli altri Stati che hanno firmato il presente Statuto o l'Atto finale possono partecipare all'Assemblea a titolo di osservatori.

2. L'Assemblea:

- a) esamina ed adotta, se del caso, le raccomandazioni della Commissione preparatoria;
- b) impartisce alla Presidenza, al Procuratore ed al Cancelliere orientamenti generali per l'amministrazione della Corte;
- c) esamina i rapporti e le attività dell'Ufficio di Presidenza istituito in forza del paragrafo 3 e prende provvedimenti appropriati;
- d) esamina ed approva il bilancio preventivo della Corte;
- e) decide in conformità con l'articolo 36 se sia opportuno modificare, se del caso, il numero dei giudici;
- f) esamina in conformità con l'articolo 87 paragrafi 5 e 7 ogni questione relativa alla mancanza di cooperazione;
- g) espleta ogni altra funzione compatibile con le disposizioni del presente Statuto e con il Regolamento di procedura e di prova.

3.

- a) L'Assemblea avrà un Ufficio di Presidenza composto da un presidente, due vicepresidenti e 18 membri da essa eletti con mandati triennali.
- b) L'Ufficio di Presidenza avrà carattere rappresentativo, in considerazione, fra l'altro, di un'equa distribuzione geografica e di un'adeguata rappresentanza dei principali ordinamenti giuridici del mondo.
- c) L'Ufficio di Presidenza si riunisce ogni qualvolta sia necessario, ma almeno una volta l'anno. Esso assiste l'Assemblea nell'espletamento delle sue responsabilità.

4. L'Assemblea può istituire tutti gli organi sussidiari che giudica necessari, ivi compreso un organo di sovrintendenza per l'ispezione, la valutazione e l'investigazione della Corte, al fine di migliorare la sua efficienza ed il suo rendimento.

5. Il presidente della Corte, il Procuratore ed il Segretario o loro rappresentanti possono partecipare, come opportuno, alle riunioni dell'Assemblea e dell'Ufficio di Presidenza. 6. L'Assemblea si riunisce una volta l'anno e, se le circostanze lo esigono, tiene sessioni straordinarie, presso la sede della Corte o presso la sede principale delle Nazioni Unite. Salvo se diversamente specificato nel presente Statuto, le sessioni straordinarie possono essere convocate dall'Ufficio di Presidenza d'ufficio o a domanda di un terzo degli Stati Parti.

7. Ciascuno Stato Parte dispone di un voto. Ogni sforzo dovrà essere fatto per pervenire a decisioni mediante consenso nell'Assemblea e nell'Ufficio di Presidenza. Se non si raggiunge il consenso, e salvo se diversamente stabilito nello Statuto:

- a) le decisioni su questioni di merito devono essere approvate da una maggioranza di due terzi dei presenti e votanti; la maggioranza assoluta di Stati parti costituisca il quorum per la votazione;
- b) le decisioni su questioni di procedura devono essere adottate mediante una maggioranza semplice degli Stati parti presenti e votanti.

8. Uno Stato parte che è in ritardo con il pagamento dei suoi contributi finanziari alle spese della Corte non dispone di voto in Assemblea e nell'Ufficio di Presidenza, se l'ammontare dei suoi versamenti non

pagati è pari o superiore all'ammontare dei contributi dovuti dallo stesso per i due anni precedenti. Tuttavia, l'Assemblea può autorizzare tale Stato parte a votare in Assemblea e nell'Ufficio di Presidenza quando accerti che l'inadempienza di pagamento è dovuta a condizioni che non dipendono dal controllo dello Stato Parte.

9. L'Assemblea adotta le sue regole di procedura.

10. Le lingue ufficiali e di lavoro dell'Assemblea sono quelle dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

## **CAPITOLO XII: FINANZIAMENTO**

### **Articolo 113 - Disposizioni finanziarie**

Salvo diversa disposizione formale, tutte le questioni finanziarie relative alla Corte ed alle riunioni dell'Assemblea degli Stati parti, ivi compreso l'Ufficio di Presidenza e gli organi sussidiari della stessa, sono disciplinate dal presente Statuto, dal Regolamento finanziario e dalle Regole di gestione finanziaria adottate dall'Assemblea degli Stati parti.

### **Articolo 114 - Pagamento delle spese**

Le spese della Corte e dell'Assemblea degli Stati parti, nonché dell'Ufficio di Presidenza e degli organi sussidiari della stessa, sono pagate mediante le risorse finanziarie della Corte.

### **Articolo 115 - Risorse finanziarie della Corte e dell'Assemblea degli Stati parti**

Le risorse finanziarie della Corte e dell'Assemblea degli Stati parti includendo l'Ufficio di Presidenza e gli organi sussidiari, provengono, secondo quanto previsto nel bilancio preventivo deciso dall'Assemblea degli Stati Parti, dalle seguenti fonti:

a) contributi degli Stati parti;

b) risorse finanziarie fornite dell'Organizzazione delle Nazioni Unite subordinatamente all'approvazione dell'Assemblea generale, in modo particolare per quanto concerne le spese per l'adozione della Corte da parte del Consiglio di sicurezza.

### **Articolo 116 - Contributi volontari**

Fermo restando l'articolo 115, la Corte può ricevere ed utilizzare a titolo di risorse supplementari i contributi volontari di Governi, Organizzazioni internazionali, privati, società ed altri enti, secondo i criteri stabiliti in materia dall'Assemblea degli Stati parti.

### **Articolo 117 - Calcolo dei contributi**

I contributi degli Stati parti sono calcolati sulla base di un tariffario per le rispettive quote, stabilito di comune accordo, basato sul tariffario adottato dall'Organizzazione delle Nazioni Unite per il suo bilancio preventivo ordinario, ed adeguato in conformità ai principi sui quali quest'ultimo tariffario si fonda.

### **Articolo 118 - Revisione annuale dei conti**

I registri, i libri ed i conti della Corte, compresi i suoi stati patrimoniali annuali, sono oggetto ogni anno di un controllo da parte di un revisore dei conti indipendente.

## **CAPITOLO XIII: CLAUSOLE FINALI**

### **Articolo 119 - Soluzione delle controversie**

1. Ogni controversia relativa alle funzioni giudiziarie della Corte è risolta mediante una decisione della Corte.

2. Ogni altra controversia fra due o più Stati Parti relativa all'interpretazione o applicazione del presente Statuto che non è risolta per via negoziale entro tre mesi dopo il suo inizio, è rinviata all'Assemblea degli Stati parti. L'Assemblea può adoperarsi per risolvere essa stessa la controversia, oppure formulare raccomandazioni su altri mezzi processuali per risolverla, ivi compreso mediante il deferimento alla Corte internazionale di giustizia in conformità allo Statuto di quest'ultima.

#### **Articolo 120 - Riserve**

Nessuna riserva può essere apportata al presente Statuto.

#### **Articolo 121 - Emendamenti**

1. Alla scadenza di un periodo di sette anni a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente Statuto, ogni Stato parte potrà esprimere proposte di emendamento allo stesso. Il testo di ogni proposta di emendamento è sottoposto al Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite che lo comunica senza indugio a tutti gli Stati parti.

2. Non prima di tre mesi dopo la data di tale comunicazione, la successiva Assemblea di Stati parti decide, a maggioranza dei presenti e votanti, se ricevere o meno la proposta.

L'Assemblea può trattare tale proposta direttamente o convocare una Conferenza di revisione se la questione in oggetto lo giustifica.

3. L'adozione di un emendamento, in una riunione dell'Assemblea degli Stati parti o ad una Conferenza di revisione esige, qualora non sia possibile pervenire ad un consenso, una maggioranza di due terzi di Stati parti.

4. Subordinatamente alle disposizioni del paragrafo 5, un emendamento entra in vigore. Nei confronti di tutti gli Stati parti un anno dopo che sette ottavi di tali Stati hanno depositato i loro strumenti di ratifica o di accettazione presso il Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite.

5. Un emendamento agli articoli 5, 6, 7 e 8 dello Statuto entra in vigore nei confronti degli Stati parti che lo hanno accettato un anno dopo il deposito dei loro strumenti di ratifica o di accettazione. Nel caso di uno Stato parte che non ha accettato l'emendamento, la Corte non esercita la sua competenza per un reato oggetto di un emendamento, se tale reato è stato commesso da cittadini di tale Stato parte, o sul territorio dello stesso.

6. Se un emendamento è stato accettato da sette ottavi degli Stati parti in conformità al paragrafo 4, ogni Stato parte che non ha accettato l'emendamento può recedere dal presente Statuto con effetto immediato, nonostante l'articolo 127 paragrafo 1 ma subordinatamente alle disposizioni dell'articolo 127 paragrafo 2, dando notifica del suo recesso non più tardi di un anno dopo l'entrata in vigore di tale emendamento.

7. Il Segretario Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite comunica a tutti gli Stati parti gli emendamenti adottati in una riunione dell'Assemblea degli Stati parti o ad una Conferenza di revisione.

#### **Articolo 122 - Emendamenti alle disposizioni di carattere istituzionale**

1. Ogni Stato parte può proporre, in qualsiasi momento, nonostante la norma dell'articolo 121 paragrafo 1, emendamenti alle disposizioni del presente Statuto di carattere esclusivamente istituzionale, vale a dire gli articoli 35, 36 paragrafi 8 e 9, 37, 38, 39 paragrafi 1 (prime due frasi), 2 e 4, 42 paragrafi 4 a 9, 43, paragrafi 2 e 3, 44, 46, 47 e 49. Il testo di ogni proposta di emendamento sarà sottoposto al Segretario Generale delle Nazioni Unite o ad ogni altra persona designata dall'Assemblea degli Stati parti, che lo farà rapidamente circolare a tutti gli Stati parti e ad altri partecipanti all'Assemblea.

2. Gli emendamenti presentati in attuazione del presente articolo, per i quali non è possibile pervenire ad un consenso, sono adottati dall'Assemblea degli Stati parti o da una Conferenza di revisione a maggioranza di due terzi degli Stati parti. Tali emendamenti entrano in vigore nei confronti di tutti gli Stati parti, sei mesi dopo la loro adozione da parte dell'Assemblea o della Conferenza, a seconda dei casi.

#### **Articolo 123 - Revisione dello Statuto**

1. Sette anni dopo l'entrata in vigore del presente Statuto, il Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite convocherà una Conferenza di revisione per esaminare ogni emendamento al presente Statuto. L'esame potrà concernere in modo particolare, ma non esclusivamente, la lista dei reati di cui all'articolo 5. La Conferenza sarà aperta a coloro che partecipano all'Assemblea degli Stati parti, alle stesse condizioni.

2. In qualsiasi momento successivo, su richiesta di uno Stato parte ed ai fini enunciati al paragrafo 1, il Segretario Generale delle Nazioni Unite, con l'approvazione della maggioranza degli Stati parti, convocherà una Conferenza di revisione.

3. L'adozione e l'entrata in vigore di ogni emendamento al presente Statuto, esaminato ad una Conferenza di revisione, sono regolate dalle disposizioni dell'articolo 121 paragrafi 3 a 7.

#### **Articolo 124 - Disposizione transitoria**

Nonostante le disposizioni dell'articolo 12 paragrafi 1 e 2, uno Stato che diviene parte al presente Statuto può, nei sette anni successivi all'entrata in vigore dello Statuto nei suoi confronti, dichiarare di non accettare la competenza della Corte per quanto riguarda la categoria di reati di cui all'articolo 8 quando sia allegato che un reato è stato commesso sul suo territorio o da suoi cittadini. Tale dichiarazione può essere ritirata in qualsiasi momento. Le disposizioni del presente articolo saranno riesaminate nella Conferenza di revisione prevista all'articolo 123 paragrafo 1.

#### **Articolo 125 - Firma, ratifica, accettazione, approvazione o adesione**

1. Il presente Statuto sarà aperto alla firma degli Stati, in Roma, presso la sede dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura, il 17 luglio 1998. Successivamente a tale data, rimarrà aperto alla firma in Roma presso il Ministero degli Affari esteri della Repubblica italiana fino al 17 ottobre 1996. Dopo tale data, lo Statuto rimarrà aperto alla firma in New York, presso la sede delle Nazioni Unite, fino al 31 dicembre 2000.

2. Il presente Statuto è sottoposto alla ratifica, accettazione o approvazione degli Stati firmatari. Gli strumenti di ratifica, accettazione o approvazione saranno depositati presso il Segretario Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite.

3. Il presente Statuto sarà aperto all'adesione di tutti gli Stati. Gli strumenti di adesione saranno depositati presso il Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite.

#### **Articolo 126 - Entrata in vigore**

1. Il presente Statuto entra in vigore il primo giorno del mese dopo il sessantesimo giorno successivo alla data di deposito del sessantesimo strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione presso il Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite.

2. Nei confronti di ciascun Stato che ratifica, accetta, approva il presente Statuto o vi aderisce dopo il deposito del sessantesimo strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione lo Statuto

entra in vigore il primo giorno del mese dopo il sessantesimo giorno successivo al deposito da parte di questo Stato del suo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione.

**Articolo 127 - Recesso**

1. Ogni Stato Parte può, mediante notifica scritta indirizzata al Segretario generale delle Nazioni Unite recedere dal presente Statuto. Il recesso ha effetto un anno dopo la data in cui la notifica è stata ricevuta, a meno che la notifica non specifichi una data posteriore.
2. Il recesso di uno Stato non lo esonera dagli obblighi posti a suo carico dal presente Statuto quando ne era parte, compresi tutti gli obblighi finanziari derivanti, né pregiudica ogni cooperazione concordata con la Corte in occasione di inchieste e procedure penali alle quali lo Stato che recede aveva il dovere di cooperare, ed iniziate prima della data in cui il recesso è divenuto effettivo; tale recesso non impedisce neppure di continuare ad esaminare qualsiasi questione di cui la Corte aveva già cominciato l'esame prima della data alla quale il recesso è divenuto effettivo.

**Articolo 128 - Testi autentici**

L'originale del presente Statuto, i cui testi in arabo, cinese, francese, inglese, russo e spagnolo fanno ugualmente fede, sarà depositato presso il Segretario Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite che ne farà avere una copia certificata conforme a tutti gli Stati. In fede di che, i sottoscritti a tal fine debitamente autorizzati dai loro rispettivi governi hanno firmato il presente Statuto.

Fatto a Roma, il diciassette luglio millenovecentonovantotto.