



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

LA PERSECUZIONE DEI CRIMINI
INTERNAZIONALI. UNA RIFLESSIONE SUI
DIVERSI MECCANISMI DI RISPOSTA

DIE VERFOLGUNG DER
INTERNATIONALEN VERBRECHEN. EINE
ÜBERLEGUNG ZU DEN VERSCHIEDENEN
REAKTIONSMECHANISMEN

Atti del XLII
Seminario internazionale
di studi italo-tedeschi,
Merano 14-15 novembre 2014

Akten des XLII.
Internationalen Seminars
deutsch-italienischer Studien,
Meran 14.-15. November 2014

a cura di / herausgegeben von
ROBERTO WENIN
GABRIELE FORNASARI
EMANUELA FRONZA

2015



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

15

2015

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

Volume realizzato nell'ambito del progetto "Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali" - Bando "Post-doc 2011", finanziato dalla Provincia autonoma di Trento.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2015
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-648-1
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica – Napoli (ISBN 978-88-6342-827-8).

Novembre 2015

LA PERSECUZIONE DEI CRIMINI
INTERNAZIONALI. UNA RIFLESSIONE SUI
DIVERSI MECCANISMI DI RISPOSTA

DIE VERFOLGUNG DER INTERNATIONALEN
VERBRECHEN. EINE ÜBERLEGUNG ZU DEN
VERSCHIEDENEN REAKTIONSMEECHANISMEN

Atti del XLII	Akten des XLII.
Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014	Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014

a cura di / herausgegeben von

Roberto Wenin
Gabriele Fornasari
Emanuela Fronza

In collaborazione con / In Zusammenarbeit mit

ACCADEMIA DI STUDI ITALO-TEDESCHI – MERANO
AKADEMIE DEUTSCH-ITALIENISCHER STUDIEN – MERAN



Università degli Studi di Trento 2015

INDICE SOMMARIO - INHALTSÜBERSICHT

	Pagina Seite
<i>Roberto Wenin</i> Prefazione.....	IX
<i>Roberto Wenin</i> Vorwort.....	XIII
<i>Emanuela Fronza</i> Introduzione.....	XV
IL LIVELLO INTERNAZIONALE DIE INTERNATIONALE EBENE	
I. SESSIONE - ERSTER TEIL	
<i>Domenico Pulitanò</i> Problemi di una giustizia penale non statale.....	3
<i>Zusammenfassung in deutscher Sprache: Probleme einer nicht-staatlichen Strafjustiz</i>	21
<i>Giuseppe Nesi</i> La repressione dei crimini internazionali tra diritto di autodeterminazione dei popoli e affermazione della statualità	23
<i>Zusammenfassung in deutscher Sprache: Die Repression der internationalen Verbrechen zwischen dem Recht auf Selbstbestimmung der Völker und der Behauptung der Staatlichkeit.....</i>	45
<i>Gabriele Fornasari, Roberto Wenin</i> La giustizia di transizione.....	47
<i>Zusammenfassung in deutscher Sprache: Die Übergangsjustiz.....</i>	64

II. SESSIONE - ZWEITER TEIL

Flavia Lattanzi

I tribunali penali internazionali creati *ad hoc* dal Consiglio di sicurezza 67

*Zusammenfassung in deutscher Sprache: Die vom Un-
sicherheitsrat errichteten Ad-Hoc-Tribunale* 97

Matteo Costi

La *Special Investigative Task Force*: l'Unione europea come nuova attrice nella giustizia penale internazionale 99

*Zusammenfassung in deutscher Sprache: Die „Special Investi-
gative Task Force“: Die Europäische Union als neuer Akteur
der internationalen Strafjustiz* 108

IL LIVELLO NAZIONALE
DIE NATIONALE EBENE

I. SESSIONE - ERSTER TEIL

Manuel Cancio Meliá

Aufstieg und Fall des Weltrechtsgrundsatzes im spanischen Strafrecht..... 113

*Riassunto in lingua italiana: Ascesa e declino del principio di
giurisdizione universale nel diritto penale spagnolo* 126

Antje Du Bois-Pedain

Unrechtsaufarbeitung und Verantwortungszuschreibung durch Wahrheitskommissionen..... 129

Riassunto in lingua italiana: Le Commissioni per la verità come strumento per l'elaborazione del passato e l'ascrizione di responsabilità..... 142

	Pagina Seite
II. SESSIONE - ZWEITER TEIL	
<i>Bartolomeo Costantini</i>	
I processi per crimini di guerra davanti ai tribunali militari.....	147
<i>Zusammenfassung in deutscher Sprache: Die Prozesse wegen Kriegsverbrechen vor den Militärgerichten</i>	163
<i>Dieter Magsam</i>	
Der Völkermord 1994 in Ruanda vor europäischen Gerichten	165
<i>Riassunto in lingua italiana: Il genocidio in Ruanda del 1994 dinanzi ai tribunali europei</i>	191
<i>Roberto Wenin</i>	
L'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali. Una ri- flessione comparata sulle strategie di contrasto muovendo dalle norme in materia di condotte con finalità di terrorismo	193
<i>Zusammenfassung in deutscher Sprache: Die Harmonisierung des nationalen Strafrechts. Eine vergleichende Betrachtung der Strategien zur Bekämpfung des Terrorismus, ausgehend von den Normen, die Handlungen zu terroristischen Zwecken unter Strafe stellen</i>	224
Gli Autori - Die Verfasser	227

PREFAZIONE

Roberto Wenin

Il presente volume raccoglie gli atti del XLII Seminario di studi italo-tedeschi, intitolato «La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta», organizzato dall'Accademia di studi italo-tedeschi di Merano in collaborazione con la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento e svoltosi a Merano il 14 e 15 novembre 2014.

La pubblicazione del volume, che si inserisce nell'ambito del progetto di ricerca «Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali», è stata resa possibile grazie al finanziamento della Provincia autonoma di Trento, cui va il più sentito ringraziamento.

L'attenzione verso diverse forme di reazione a gravi crimini di natura internazionale offre l'occasione per rimeditare le tradizionali categorie penalistiche, di fronte alla pressione della modernità e alla dimensione sovranazionale assunta dai crimini in oggetto.

Nell'ambito di quelle che sono le sfide cui è esposto il moderno diritto penale, si pone l'interrogativo circa l'idoneità dello stesso a confrontarsi con una realtà assai dinamica e fluida. Alcuni dei crimini di cui ci si occupa, si pensi al terrorismo, paiono, infatti, sfuggire ai tratti caratteristici del diritto penale tradizionale, incentrato sul rapporto cittadino-Stato e abituato a confrontarsi su di un piano culturale di natura essenzialmente omogenea.

Il diritto penale internazionale diviene, dunque, un luogo di dialettica fra culture giuridiche, nel quale l'accostamento di aggettivi che rinviano per loro natura a logiche distinte (financo in taluni aspetti fisiologicamente incompatibili), come «penale» e «internazionale», solleva di primo acchito significative perplessità, e, tuttavia, è proprio tale natura ibrida e innovativa a rendere la materia stimolante, offrendo spunti ai fini di una rinnovata riflessione anche a livello nazionale.

La natura dei crimini in esame impone, quindi, di superare quelli che sono i tradizionali confini e schemi nazionali per aprirsi al dialogo sui diversi meccanismi di reazione, sforzandosi al contempo di individuare un modello razionale che fissi limiti e funzioni dei vari strumenti, precludendo sovrapposizioni e ridondanze.

La necessità di una riappacificazione sociale ha spinto, talora, verso modelli di giustizia di transizione, imponendo al penalista di interrogarsi sulla forza di resistenza di alcuni principi cardine che ne hanno segnato la formazione. Il diritto penale, con le sue regole e i suoi processi, non può che essere una parte della risposta nel difficile percorso volto a riaffermare, sulle macerie lasciate da sistemi politici illiberali, i principi di una convivenza civile. Tale acquisita consapevolezza consente di non esporre il diritto penale ad eccessivi «carichi emotivi», mantenendo ferma l'essenza dei suoi principi di derivazione liberale.

Al contempo, sotto il profilo della prevenzione dei crimini, non si può che constatare con amarezza l'attuale «crisi di solitudine» (F. Mantovani) che attraversa il diritto penale, essendo ormai venuta meno la prioritaria contropinta culturale-sociale. Il graduale processo di «anonimizzazione» innescato dalla società di massa e aggravato dalla spersonalizzazione, legata in parte al progresso e all'«isolamento tecnologico», ha portato ad una riduzione del bagaglio di valori pre-giuridici.

Per quanto concerne la persecuzione dei crimini internazionali, negli ultimi due decenni si è assistito alla proliferazione di vari meccanismi, anche molto diversi; si pensi non solo ai due Tribunali *ad hoc*, alla Corte penale internazionale permanente o ai numerosi processi che sono stati celebrati a livello nazionale, ma anche alle c.d. corti ibride, all'internazionalizzazione di procedure domestiche o alle diverse forme di Commissioni per la verità e riconciliazione; o, ancora, ai *juicios por la verdad*. Le risposte internazionali si sono affiancate o, talora, sostituite a risposte nazionali. Spesso alle risposte retributive, ispirate allo schema del *malum passionis propter malum actionis*, si sono preferite risposte restaurative.

Il seminario, del quale si pubblicano qui gli atti, si proponeva di dare conto di questo paesaggio eterogeneo, di individuare quelli che sono gli attori della giustizia penale internazionale – nelle diverse forme che

essa può assumere – e di discutere gli aspetti e le tensioni a cui, di volta in volta, le singole opzioni in specifici contesti possono dare luogo.

La scelta di una trattazione bilingue trae ispirazione dalla tradizione dell'Accademia di studi italo-tedeschi di Merano, volta ad incentivare e promuovere lo scambio culturale e scientifico fra l'area linguistica italiana e quella tedesca, e trova conforto nella vicinanza della riflessione dogmatica che lega queste due realtà.

VORWORT

Roberto Wenin

Der vorliegende Sammelband enthält die Beiträge der XLII. Tagung deutsch-italienischer Studien, welche am 14. und 15. November 2014 in Meran stattfand und den Titel „Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen“ trug. Die Tagung wurde von der Akademie deutsch-italienischer Studien in Zusammenarbeit mit der juristischen Fakultät der Universität Trient veranstaltet.

Die Veröffentlichung dieses Bandes im Rahmen des Forschungsprojekts „Strafrecht und Modernität. Die neuen Herausforderungen zwischen Terrorismus, technologischem Fortschritt und grundlegenden Garantien“ wurde durch die finanzielle Unterstützung der Autonomen Provinz Trient, der unser aufrichtiger Dank gilt, ermöglicht.

Indem das Augenmerk auf die verschiedenen Reaktionsformen auf die Verbrechen internationaler Natur gerichtet wird, ergibt sich angesichts des Modernisierungsdrucks und des supranationalen Aspektes dieser Verbrechen die Möglichkeit, die herkömmlichen strafrechtlichen Kategorien zu überdenken.

Im Rahmen der Herausforderungen, mit denen das moderne Strafrecht konfrontiert ist, stellt sich die Frage, ob dieses überhaupt geeignet ist, sich mit äußerst dynamischen und unbeständigen Tatsachen auseinanderzusetzen. Einige der Verbrechen, mit denen wir uns befassen, wie z.B. der Terrorismus, scheinen sich in der Tat der Natur des herkömmlichen Strafrechts zu entziehen. In dessen Mittelpunkt stand die Beziehung Bürger-Staat und man bewegte sich in einem im Wesentlichen homogenen kulturellen Rahmen.

Das internationale Strafrecht wird somit zu einem Ort der dialektischen Begegnung zwischen verschiedenen Rechtskulturen, wo das Zusammentreffen von Adjektiven, die ihrer Natur gemäß verschiedenen logischen Mustern entstammen, und zuweilen unter bestimmten Ge-

sichtspunkten sogar physiologisch inkompatibel sind („strafrechtlich“ und „international“), in einem ersten Moment Zweifel aufwirft und Ratlosigkeit hervorruft. Und trotzdem ist es gerade diese hybride und innovative Natur, welche dem Thema seinen Reiz verleiht und auch im nationalen Rahmen eine neue Betrachtung ermöglicht.

Die Schaffung eines übergesetzlichen Völkerrechts zur Ahndung der gravierendsten Verletzungen der Menschenrechte nach den Nürnberger Prozessen gilt als der Silberstreif eines neuen Morgens einer zivilisierten Menschheit (M. Cancio Meliá).

Die Natur der Verbrechen, mit denen wir uns befassen, zwingt dazu, herkömmliche Grenzen und Schemen zu überwinden um sich einem Dialog über die verschiedenen Mechanismen zu ihrer Bekämpfung zu öffnen, wobei es zugleich darum geht, ein rationales Schema zu finden, welches die Funktionen und Grenzen der verschiedenen Instrumente festlegt sowie Überschneidungen und Redundanzen vermeidet.

In den letzten zwei Jahrzehnten ist die Anzahl der möglichen Reaktionen auf internationale Verbrechen exponentiell gestiegen; man denke nicht nur an die zwei UN-Ad-hoc-Tribunale, den Internationalen Strafgerichtshof oder die zahlreichen nationalen Prozesse, sondern auch an die sog. hybriden Strafgerichte, die verschiedenen Wahrheitskommissionen und die „juicios por la verdad“. Internationale Antworten stellen sich an die Seite der nationalen und zuweilen ersetzen sie diese sogar. Die restaurative Justiz wird oft der retributiven vorgezogen.

Die Tagung, deren Beiträge hier veröffentlicht werden, hat sich zum Ziel gesetzt, Erwägungen zu diesem heterogenen Erscheinungsbild anzustellen, die Akteure der internationalen Justiz in ihren verschiedenen Erscheinungsformen zu ermitteln, sowie die Diskussion zu den Spannungen, welche durch die jeweiligen Lösungen in verschiedenen Kontexten entstehen können, anzuregen.

Der Tradition der Akademie folgend sind die Beiträge zum Teil in italienischer und zum Teil in deutscher Sprache verfasst.

INTRODUZIONE

Emanuela Fronza

Il paesaggio della giustizia penale internazionale è profondamente mutato negli ultimi venticinque anni. All'inizio degli anni '90, infatti, si è aperta una nuova fase per la persecuzione dei crimini internazionali: per la prima volta vengono creati dei meccanismi per tutelare a livello giurisdizionale quei diritti umani che già avevano trovato riconoscimento nelle numerose Convenzioni internazionali adottate dopo la fine della seconda guerra mondiale e dopo i processi di Norimberga. Tale salto qualitativo è segnato, innanzitutto, dall'istituzione da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite dei Tribunali speciali per la ex-Jugoslavia e per il Ruanda. Questo processo di sviluppo della giustizia penale internazionale si consolida, pochi anni dopo, con la creazione della Corte penale internazionale permanente. La svolta, tuttavia, non si esaurisce solo nella creazione di meccanismi per applicare e perseguire effettivamente i crimini internazionali, ma anche nella loro proliferazione e diversificazione. Le risposte alle gravissime violazioni dei diritti umani si sono moltiplicate a livello nazionale e/o internazionale e hanno assunto forme eterogenee, in taluni casi inedite. Geometrie nuove si rinvengono anche con riferimento alle modalità di articolazione tra sovranità punitiva statale e internazionale: con l'istituzione della Corte penale internazionale, infatti, si sono attivate dinamiche prima inesistenti, quali quelle che derivano dal principio di complementarità.

Tale complessa configurazione pone nuove questioni nell'ambito di una più ampia riflessione su quali siano le risposte legittime, necessarie ed opportune per perseguire gravissime violazioni dei diritti umani, quali il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra.

Il Seminario italo-tedesco, di cui in questo volume si pubblicano gli atti, aveva come obiettivo principale quello di creare un'occasione per una riflessione comune e interdisciplinare sulle trasformazioni dei diversi meccanismi creati per perseguire i crimini internazionali, sulla

complessità che accompagna il momento in cui si opta per una via retributiva o restaurativa, e, infine, per evidenziare la creatività emersa in tale ambito negli ultimi anni.

Dato l'oggetto prescelto, il Seminario doveva necessariamente avere una natura interdisciplinare, sviluppando un dialogo tra persone con esperienze, formazioni e mentalità differenti. Di qui la decisione di invitare penalisti e internazionalisti, studiosi e pratici con esperienze significative presso i diversi meccanismi competenti per le gravissime violazioni dei diritti umani.

Solo questo metodo avrebbe consentito di ragionare in maniera rigorosa sulle molteplici risposte che sono state e che vengono continuamente elaborate a livello domestico ed internazionale, nonché sulle tante e cruciali questioni che accompagnano ogni delicato processo in cui si deve optare per una via di persecuzione dei crimini internazionali di carattere interno o internazionale, retributivo o riconciliativo. Queste coordinate teoriche, tuttavia, non coprono l'insieme di tutte le risposte elaborate sino ad ora: una pluralità di dimensioni – nazionale, internazionale e regionale – emerge in modo evidente, così come una molteplicità di declinazioni e di meccanismi non sempre di facile inquadramento attorno ai due macro paradigmi, retributivo e riconciliativo.

All'interno, ad esempio, del paradigma retributivo, accanto ai tribunali interni e internazionali, negli anni vi è stato il proliferare di una nuova forma di giurisdizione: i c.d. Tribunali misti o ibridi come, ad esempio, le Camere straordinarie per la Cambogia, la Corte speciale per la Sierra Leone o, ancora, il Tribunale Speciale per il Libano. L'atto istitutivo varia a seconda dei meccanismi e può avere carattere internazionale o nazionale; il diritto applicabile è di norma quello domestico spesso integrato, a diversi livelli, con il diritto internazionale e, infine, per quanto attiene alla composizione del collegio giudicante, giudici nazionali possono affiancare giudici internazionali.

Peculiare risulta anche l'iniziativa assunta dall'Unione europea con riferimento ai crimini commessi in Kosovo. Quest'ultima, ad oggi ancora in una fase esclusivamente di indagini, potrebbe portare alla creazione del primo Tribunale *ad hoc* ibrido sotto l'egida dell'Unione europea.

Parallelamente, tuttavia, in alcune situazioni per fare fronte ai crimini internazionali si scelgono meccanismi differenti, riconducibili al paradigma riconciliativo: si pensi a tutte le diverse esperienze di Commissioni per la verità, alternative o concorrenti con i meccanismi di giustizia penale retributiva. Basti qui citare, a titolo di esempio, l'esperienza sudafricana, oramai conclusasi, la Commissione colombiana, recentemente istituita, e quella, inedita, per la verità e la dignità in Tunisia.

Ancora, sempre a livello nazionale, possono citarsi i *Juicios por la verdad*, in Argentina. Tale meccanismo, nonostante la cornice penalistica (la sede, infatti, in cui questi processi si tengono sono ordinari Tribunali nazionali), non è finalizzato alla punizione, ma ad una dichiarazione sui fatti, senza l'irrogazione di alcuna sanzione.

Tuttavia i percorsi di persecuzione dei crimini internazionali non si esauriscono in soluzioni sempre inquadrabili nelle coordinate sopra citate (riconciliativa/retributiva; nazionale/internazionale). Si ritrovano anche altre esperienze che difficilmente possono essere incasellate: basti a tale riguardo menzionare i *Gacaca* in Ruanda, ma anche le Commissioni di inchiesta, le *Fact finding Commissions* o, ancora, le Commissioni storiche, e infine altre istituzioni, del tutto peculiari, come l'*Institute for Historical Remembrance* in Polonia che riunisce anche funzioni di indagine sui crimini per cui è competente.

Tale molteplicità di meccanismi apre una serie di questioni relative alla relazione tra diritti umani e strumento penale e sul ruolo e sullo spazio che quest'ultimo può assumere nel perseguire violazioni gravissime: in particolare quali criteri devono guidare l'opzione di un meccanismo nazionale o internazionale, retributivo o riconciliativo? E ancora: quali variabili devono essere considerate fondamentali per scegliere se istituire un unico meccanismo o, invece, più meccanismi concorrenti?

Una riflessione sulle diverse risposte per la persecuzione dei crimini internazionali impone altresì di confrontarsi con le dinamiche di internazionalizzazione che stanno mutando profondamente l'universo penalistico. A tale riguardo risulta cruciale l'individuazione dei criteri che possono regolare la coesistenza di diverse dimensioni di persecuzione (attraverso, ad esempio, principi come quello della complementarità introdotto dallo Statuto della Corte penale permanente), nonché valutare quanto l'insorgere di istituzioni internazionali compri (o espanda) il

ricorso a criteri di cooperazione infrastatuale classici, quale quello di giurisdizione universale, molto più antico e creato proprio per rimediare all'assenza di istituzioni giudiziarie extrastatali.

L'internazionalizzazione della persecuzione dei crimini si pone peraltro non solo a livello di *post factum*, ma altresì nell'ottica di una progressiva armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, imponendo l'adozione di un metodo comparato che consenta di cogliere il reale contenuto delle modifiche normative, introdotte spesso in adeguamento ad obblighi internazionali.

Confrontarsi con la natura stratificata ed eterogenea dei meccanismi creati per perseguire i crimini internazionali consente l'individuazione degli attori della giustizia penale internazionale, così permettendo di ragionare sui diversi volti assunti dalla sovranità in uno scenario segnato dalla mondializzazione del diritto e della giustizia. Per quanto riguarda gli attori, oltre a quelli che operano in modo diretto e manifesto nella scelta dei meccanismi di persecuzione dei crimini internazionali, se ne scorgono altri, meno immediatamente visibili, perché nuovi o perché appartenenti a organismi non direttamente competenti a giudicare gli individui, ma che hanno in tale ambito un'influenza significativa. Questi ultimi, infatti, dettano linee guida circa gli obblighi di persecuzione dei crimini internazionali e, dunque, in definitiva, anche su come vanno bilanciate dinanzi a tali gravissime violazioni le esigenze di pace/giustizia e riconciliazione, nonché su come risolvere la tensione, antica, tra legalità e giustizia. Ci riferiamo, in particolare, alle Corti Costituzionali, alla Corte internazionale di Giustizia e, infine, alle Corti europea e interamericana per i diritti umani. Queste ultime, in particolare negli anni recenti, hanno influito profondamente sulle scelte per le risposte ai crimini internazionali, sia attraverso decisioni di riferimento sul principio di legalità (si pensi al caso *Simòn*), sull'amnistia e, infine, creando nuovi diritti, come il «diritto alla verità».

Tenere conto di tali attori e mettere a fuoco in che modo essi partecipano ad elaborare le risposte ai crimini internazionali consente di individuare una serie di profili di notevole importanza.

In generale, in primo luogo, la riflessione sui meccanismi di persecuzione dei crimini internazionali deve confrontarsi con un dato essen-

ziale per comprendere le dinamiche in atto, ovvero la centralità delle vittime.

Tale aspetto è particolarmente rilevante perché nel nome dei diritti delle vittime si tende a preferire una via retributiva o vengono creati dei diritti nuovi, come quelli succitati «alla verità» e «alla giustizia» che possono avere un impatto significativo anche rispetto a scelte già compiute, riaprendo dei processi per crimini risalenti anche ad un passato molto remoto. Si pensi, ad esempio, come la giurisprudenza della Corte interamericana e quella delle Corti Supreme abbia avuto l'effetto di mettere in discussione alcune delle vie percorse da singoli Stati, quali l'Argentina, proprio con riferimento alla persecuzione dei crimini internazionali, permettendo così la riapertura dei processi.

Tali constatazioni fanno sorgere altri interrogativi: è auspicabile la partecipazione delle vittime o non è forse meglio rispondere alla esigenza di verità e di narrazione espressa dalle vittime con meccanismi (alternativi o concorrenti), quali le Commissioni per la verità? Come tradurre ed articolare le istanze di pace, verità, giustizia e riconciliazione?

Sempre a livello generale, il tema del Seminario evidenzia talune dinamiche proprie dei processi di mondializzazione del diritto e della giustizia, segnatamente la circolazione del precedente, ma anche degli argomenti e delle citazioni contenute nelle pronunce.

Sono, infatti, numerose le decisioni di questi organismi suscettibili di influenzare le scelte su come perseguire gli individui responsabili di crimini internazionali.

Infine, seppure attraverso l'osservazione di singoli profili e precise trasformazioni, emerge un altro dato di carattere generale, ovvero quello per cui dinanzi a conflitti complessi o a contesti molto specifici, si tende a localizzare le risposte ai crimini internazionali, sia attraverso la preferenza per un meccanismo nazionale o quanto meno misto, sia attraverso il ricorso a forme di giustizia tradizionali.

Se da alcuni elementi di carattere generale passiamo ad elementi più specifici il tema oggetto del Seminario pone tanti e problematici profili, su cui è opportuna una riflessione interdisciplinare.

In primo luogo, un aspetto centrale attiene al rapporto tra strumento penale e tempo. È noto come una caratteristica dei crimini internaziona-

li sia, a causa della loro gravità, l'imprescrittibilità. Quest'ultima ha una serie di ricadute di notevole rilievo e permette anche di celebrare processi c.d. tardivi, ovvero a distanza di molti anni dalla commissione dei crimini. Quale funzione può essere assegnata a processi celebrati quaranta, cinquant'anni a volte anche sessant'anni dopo? Come superare le difficoltà di testimoni non più viventi o che comunque hanno perso una precisa memoria su come si svolsero i fatti, dato il lungo tempo trascorso?

In secondo luogo, un altro aspetto di grande interesse riguarda le funzioni e l'opportunità, nella scelta dei meccanismi di risposta ai crimini internazionali, di un processo distante, questa volta geograficamente e non temporalmente, dal territorio di commissione delle violazioni. Come noto, tale configurazione crea grandi difficoltà in fase di indagini, aumenta, per ovvii motivi i costi di amministrazione della giustizia, e, infine, può essere all'origine di una mancanza di legittimazione dell'organismo giudiziario. È pur vero, tuttavia, che in taluni casi è necessario, come provano, ad esempio, alcune situazioni dinanzi alla Corte penale internazionale, un intervento extrastatuale. Il rischio, altrimenti, potrebbe essere quello di non perseguire i responsabili di tali gravissime violazioni.

E ancora, una riflessione sulle diverse esperienze pone l'interrogativo su quale debba essere la lingua del processo penale.

E, infine, emerge il quesito sulle modalità con cui vengono istituiti e formati questi Tribunali, sui criteri e sulle procedure di nomina dei giudici internazionali, ove si opti per questo tipo di meccanismo. Anche tale specifico profilo incide, in maniera molto significativa, sul carattere democratico e dunque anche sulla legittimazione di questi organismi.

Questi alcuni degli aspetti su cui si è cercato riflettere in questo secondo Seminario internazionale promosso dall'Accademia di Studi italo-tedeschi e dalla Facoltà di Giurisprudenza di Trento.

In tal modo si spera di contribuire ad una riflessione, necessaria e più ampia, sulle trasformazioni della giustizia penale (internazionale) e sui profili tanto complessi e tanto problematici che entrano in gioco sul come e in che momento rispondere alle gravissime violazioni dei diritti umani.

IL LIVELLO INTERNAZIONALE
DIE INTERNATIONALE EBENE

I. SESSIONE - ERSTER TEIL

PROBLEMI DI UNA GIUSTIZIA PENALE NON STATUALE

Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. *Il modello idealtipico di diritto penale.* 2. *I diritti umani come ragioni (le più stringenti) di tutela mediante il penale, e come limiti del penale, particolarmente vulnerabili anche agli strumenti del penale.* 3. *Crimini internazionali e giustizia penale internazionale.* 4. *L'utopia della pace perpetua.*

1. Il modello idealtipico di diritto penale

Invitato a tenere la prima relazione in un convegno dedicato alla persecuzione dei crimini internazionali, ho pensato a una riflessione non sulle attuali forme della giustizia penale internazionale (una materia sulla quale non ho particolari competenze), ma su problemi di inquadramento di tale materia nell'orizzonte complessivo dei problemi del diritto penale.

Nella riflessione teorica e nella storia degli ordinamenti giuridici statuali, il diritto penale è collegato alla soluzione del problema hobbesiano della costituzione di un ordinamento che assicuri la pacifica convivenza disponendo del monopolio della forza. Per uscire dal *bellum omnium contra omnes*, dalla libertà selvaggia dello «stato di natura», gli uomini accettano di sottomettersi ad un potere sovrano, quello dello Stato, il *grande Leviatano*, Dio mortale a cui viene conferito il monopolio della forza (*covenants, without sword, are but words*) ed il potere di porre ed attuare le leggi che tutti sono tenuti a rispettare¹. La paura delle punizioni serve a legare gli uomini *to the performance of the covenants*, all'obbedienza e attuazione dei patti e delle leggi da cui dipende la possibilità di una convivenza sicura.

¹ T. HOBBS, *Leviathan*, 1668; in edizione italiana, Milano, 2004. Citazioni dal cap. XVII, § 1.

Un modello idealtipico di diritto penale statale, incorporante i tratti essenziali del diritto penale moderno (dei sistemi penali degli Stati moderni), può essere così tratteggiato:

- il diritto penale è un settore dell'ordinamento definito da una particolare tecnica normativa o modo di disciplina: un sistema di precetti rafforzati da sanzioni afflittive severe per il caso di inosservanza;
- l'applicazione del diritto penale è affidata ad un apparato pubblico di *law enforcement*;
- il diritto penale ha a che fare con valori e/o funzioni in cui entrano in gioco, in vario modo e mistura, esigenze (pretese) di giusta retribuzione, di prevenzione generale, di prevenzione speciale.

A questi elementi strutturali, di per sé neutri rispetto a valori di giustizia, possono corrispondere contenuti (oggetti di tutela, criteri di responsabilità, garanzie) anche molto diversi. Nell'orizzonte della democrazia liberale il diritto penale è costruito secondo tecniche di legalità formale, orientato alla difesa di diritti, beni e interessi propri di una società di uomini liberi, rispettoso dei diritti umani, ancorato a criteri di responsabilità soggettiva e di umanità delle risposte sanzionatorie. Sul piano processuale, funziona attraverso le istituzioni del giusto processo, su impulso (di regola) di un organo pubblico, nel contraddittorio fra accusa e difesa dinanzi a un giudice imparziale. L'inserzione di questi elementi trasforma tendenzialmente il modello, da *idealtipico* in senso weberiano, in modello *ideale* sul piano dei valori.

Nei moderni ordinamenti statuali, il diritto penale ha a che fare con il monopolio statale della forza; è lo strumento più pervasivo e più costrittivo che lo Stato di diritto possa legittimamente adoperare in tempo di pace. Più d'ogni altro settore dell'ordinamento, adopera la spada insieme alla bilancia: la forza delle ragioni, che sulla bilancia sono pesate, ma anche le ragioni della forza, della violenza istituzionalizzata.

Come ha scritto uno dei grandi intellettuali della modernità, «è il mezzo specifico della violenza, semplicemente, come tale, messo a disposizione delle associazioni umane, quello che determina la particola-

rità di ogni problema etico della politica»². È proprio il monopolio statale della forza che dà senso al diritto penale, sorreggendo la sua pretesa di validità e di cogenza uguale per tutti e di non illusoria effettività nell'ambito in cui il monopolio della forza è principio normativo e (tendenzialmente) realtà. Anche sulla forza (oltre che su un'etica più o meno condivisa) poggiano sia la credibilità e l'efficacia dei precetti, sia le possibilità di una effettiva applicazione delle sanzioni, nei confronti di destinatari cui l'uso della forza è inibito.

L'essere *espressione del monopolio statale della forza* – una forza che si è storicamente affermata e che riesce tendenzialmente a farsi valere – è parte del modello idealtipico del diritto penale così come storicamente lo conosciamo. Come tale, è parte anche del modello ideale del diritto penale liberale, i cui principi costitutivi hanno appunto a che fare con la modulazione (e limitazione) dell'uso legittimo della forza da parte del soggetto (lo Stato) che insieme alla bilancia ha in mano la spada della giustizia. È questo lo sfondo – etico e politico, prima che giuridico – su cui si pongono i cruciali problemi ben noti ai penalisti, relativi ai criteri di legittimazione dell'intervento penale, alla selezione dei campi d'intervento, al sistema delle risposte al reato, alle garanzie necessarie.

2. I diritti umani come ragioni (le più stringenti) di tutela mediante il penale, e come limiti del penale, particolarmente vulnerabili anche agli strumenti del penale

Il diritto penale è strutturalmente «arma a doppio taglio»: pretende di legittimarsi come strumento di tutela dei diritti e delle libertà, funziona come strumento di limitazione e compressione di libertà e di diritti, sia mediante la previsione di precetti e norme di comportamento, sia mediante la previsione legislativa e la eventuale successiva irrogazione di sanzioni severe.

I diritti della tradizione liberale hanno fin dall'origine anche una funzione di argine al penale, sotto forma di libertà negative. Funziona-

² M. WEBER, *La politica come professione*, in ID., *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1966, 115.

no come *Abwehrrechte*, diritti di difesa. Nella conformazione del diritto penale è in gioco, con particolare intensità, il *rapporto fra la sfera dei diritti e libertà individuali e la sfera dei poteri statuali*.

I principi fondamentali del diritto penale, sia formali (principio di legalità), sia sostanziali (principio di tutela di beni giuridici; principio di colpevolezza), hanno un significato, ad un tempo, di fondazione e di delimitazione dell'intervento penale. Dal punto di vista politico, la dottrina di orientamento liberale pone in primo piano la funzione di delimitazione: il diritto penale, fondato su principi di garanzia dell'individuo di fronte all'autorità, è limite invalicabile (oltre che strumento) dell'uso della forza in relazione al problema criminalità.

Le ragioni specifiche e i rischi specifici del penale suggeriscono di utilizzare tale strumento entro limiti particolarmente ristretti. La sfera del *non penalmente illecito* comprende molte cose che, nella valutazione dell'ordinamento giuridico complessivo, non sono lecite, o comunque non valutate positivamente. Limiti all'intervento penale possono essere ragionevolmente ravvisati anche in relazione a qualcosa che non è un diritto fondamentale, anzi nemmeno un diritto, ma qualcosa di *oscuro*, di valutato negativamente. L'idea del penale come *extrema ratio* di tutela – chiaramente espressa già da Beccaria – pone i confini del penale lungo una linea che non è il confine generale fra il lecito e l'illecito, ma taglia fuori, accanto all'area del positivamente lecito, anche aree di «appena tollerato» senza essere positivamente un diritto, e persino fatti eticamente e/o giuridicamente riprovati. *Non omne quod licet honestum est*.

Qualsiasi diritto o interesse riconosciuto dall'ordinamento giuridico può teoricamente candidarsi come oggetto di tutela mediante la coercizione legale, e/o come limite alla coercizione legale. Diritti e doveri giuridici hanno radice in bisogni e interessi che preesistono al diritto e che chiedono riconoscimento e tutela al diritto. Taluni diritti (possiamo definirli diritti *umani* o diritti *fondamentali*) avanzano *pretese* di tutela particolarmente intensa, per le quali il penale si candida come strumento (almeno tendenzialmente) necessario³.

³ M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992.

All'ordine giuridico, e alla spada del diritto penale, si richiede innanzi tutto la tutela della vita e dell'integrità fisica. Il nucleo essenziale del diritto alla vita corrisponde (con varianti storicamente condizionate) al precetto *non uccidere*⁴. Difendere la propria vita è un diritto naturale, anche per l'assolutista Hobbes, e questo diritto è così fondamentale che un eventuale patto di non difendersi dalla forza con la forza sarebbe nullo⁵. Per lo Stato, la tutela della vita dalla violenza è ragione d'esistenza, obbligo primario e condizione di legittimazione.

Nel suo nucleo fondamentale (naturale?) il diritto penale ha a che fare con ragioni che, nella riflessione filosofica attorno ai diritti, sono state collegate all'idea della *priorità del male*, intesa come problema che interpella il diritto sotto forma di richieste ineludibili di protezione. Le concezioni del bene – della vita buona – possono essere diverse; in società liberali, legittimamente diverse. Una convergenza possibile – e necessaria perché un ordine qualsivoglia si costituisca – è connessa invece all'idea ed all'esperienza del male, anche a partire da diverse concezioni del bene⁶. Il diritto penale nasce su un terreno che ha a che fare con le condizioni minimali d'una convivenza che intenda mettere al bando pratiche di sopraffazione, di crudeltà, di negazione dell'altro.

Al di là delle diverse concezioni dei diritti umani, il riconoscimento del male è la premessa su cui può fondarsi una giustizia penale *neutra rispetto alle diverse concezioni del bene e delle forme politiche*⁷, e che perciò possa essere largamente condivisa.

Introdurre il tema dei diritti umani – quali diritti particolarmente importanti, *fondamentali* – significa avanzare pretese di tutela più forti, nell'uno e nell'altro senso che può interessare il problema penale: diritti umani come oggetto privilegiato di tutela *tramite* lo strumento penale, e come oggetto di tutela *dal* penale. Definire diritto fondamentale una

⁴ J. HERSCH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Milano, 2008, 91.

⁵ T. HOBBS, *Leviatano*, XIV, n. 29.

⁶ Cfr. S. VECA, *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Milano, 2005, 15 s. (in precedenza, il tema era stato svolto da Veca nella postfazione alla traduzione italiana dello scritto di M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*). Cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *Il rifiuto dell'ingiustizia come fondamento minimo*, in AA.VV., *Lezioni su Bobbio*, Torino, 2006, 81 s.

⁷ Questa prospettiva affiora in M. DELMAS-MARTY, *Les crimes* cit., 64 s.

richiesta «significa definirla non negoziabile, almeno nel linguaggio comune»⁸; quanto meno, dovremmo forse precisare, non negoziabile in un determinato contesto. E ciò comporta una serie di problemi, bene evidenziati dai sostenitori di una concezione *minimalista* dei diritti umani.

Nell'ambito dei problemi di legittimità e opportunità di soluzioni penalistiche, la rilevanza specifica dei diritti *umani* sta nel peso ad essi attribuito. Da un lato l'esigenza di tutela penale, che l'ideologia liberale corrente incorpora nel principio (o meglio, idea regolativa) della *stretta necessità*, può irrigidirsi in necessità *obbligante*; dall'altro lato, il limite all'intervento penale, rappresentato dal diritto umano, pretende di valere come *invalidabile*.

A queste esigenze corrispondono rischi contrapposti. Da un lato, il rischio di pericolosi arretramenti dello strumento penale, tutela tendenzialmente necessaria – ancorché amara – di fronte al male radicale. È il rischio, forse, più intenso, perché rimette in gioco la soluzione del problema hobbesiano. Dall'altro lato, il rischio d'intrusione del diritto penale in terreni che non competono a Cesare (al potere di coercizione giuridica) ma alla sfera dell'autonomia personale, o d'un uso sproporzionato della violenza legale. Sono questi ultimi (l'eccesso di incriminazioni e/o di severità punitiva) i rischi quantitativamente più diffusi, alimentati anche da istanze di seria protezione dei diritti brandendo la spada della giustizia.

La *grande illusione che i diritti umani siano al di sopra della politica*, quando sono invece *una forma di politica*, può essere d'ostacolo alla ricerca di soluzioni condivise, fra interlocutori aperti all'ascolto delle ragioni degli altri. «L'inflazione dei diritti – la tendenza a definire come un diritto tutto ciò che può essere desiderabile – finisce per erodere la legittimità di un nucleo difendibile di diritti». D'altro canto, «la politica non è fatta solo di dibattiti. Il linguaggio dei diritti umani serve anche a ricordarci che ci sono abusi decisamente intollerabili e giustificazioni di questi abusi che sono inaccettabili»⁹. La non negoziabilità di certi diritti è legata alla non negoziabilità del non tollerabile¹⁰. Vi sono

⁸ M. IGNATIEFF, *op. cit.*, 25.

⁹ Citazioni da M. IGNATIEFF, *op. cit.*, 26, 92, 27.

¹⁰ E. GARZON VALDÉS, *Tolleranza, responsabilità e stato di diritto*, Bologna, 2003.

diritti (definiamoli *diritti umani*) che per il diritto penale rappresentano, da un lato, limiti invalicabili all'intervento, e, dall'altro lato, necessità ineludibili d'intervento. Nella *società dei diritti*, il diritto penale è l'ultimo piano di un edificio normativo della cui base i diritti sono parte essenziale, e condizionano il diritto penale vuoi nella tipizzazione degli illeciti, vuoi sotto forma di cause di giustificazione¹¹.

3. *Crimini internazionali e giustizia penale internazionale*

Il problema dei crimini internazionali: la violenza massiva in un ambito che sta fuori – di diritto o di fatto – della portata della soluzione hobbesiana e westafaliana. Un uso della violenza che, pur non necessariamente iscritto in scenari di guerra fra Stati, si estrinseca in violenze paragonabili a situazioni di guerra, e pone problemi non tanto differenti. Scenari di grande debolezza dello Stato, di collasso delle istituzioni e/o dell'ordinata convivenza, entrata in scena di gruppi armati. Terrorismo, genocidio, guerra: problemi del male radicale, per i quali la soluzione hobbesiana, statale, non funziona.

È appunto il rapporto con la forza – e la debolezza – degli Stati sovrani che sta alla radice dei problemi specifici del diritto internazionale penale, e di istituzioni di giustizia non collegate ad un potere che dispone del monopolio della forza. Sta qui la distanza della giustizia penale internazionale dal modello idealtipico hobbesiano della giustizia penale statale.

Le moderne concezioni del sistema penale, orientate dallo *Zweckgedanke*, pongono in primo piano la funzione di prevenzione generale, che ci si attende dalla *minaccia legale* di pena¹². L'applicazione della pena in concreto ha rilievo ai fini della credibilità (e quindi dell'efficacia preventiva) della minaccia legale.

¹¹ M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Il penale nella società dei diritti*, Bologna, 2010.

¹² Una rivisitazione di questi temi in G. DE VERO, *Prevenzione generale e 'condanna dell'innocente'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 990 s.

Anche per la giustizia penale internazionale la prevenzione generale è un obiettivo auspicato¹³. Per i fatti delittuosi che interessano la giustizia internazionale, il presupposto normativo della prevenzione generale, sia negativa che positiva, poggia sulla generale incriminazione di tali delitti da parte degli ordinamenti statuali, prima ancora che dal diritto penale internazionale¹⁴.

Nessun sistema normativo è condizione sufficiente dell'efficacia preventiva; sia l'osservanza della legge sia l'efficienza del *law enforcement* dipendono da una pluralità di fattori; i livelli di efficacia (o di inefficacia) possono variare e variano. Il funzionamento del diritto penale come tecnica di dissuasione e deterrenza, o come contributo alla formazione e stabilizzazione di valori, è per sua natura un problema perdurante nel tempo, sempre aperto alla verifica e alla possibile falsificazione alla luce dell'esperienza.

È naturale, dunque, che la giustizia penale internazionale sconti la mancanza o quanto meno la maggiore debolezza delle condizioni del *law enforcement*, rispetto agli ordinamenti statuali che dispongono, al loro interno, del monopolio della forza e di apparati istituzionali forti. Ed è comprensibile che la sua efficacia si mostri là dove la Corte riesca a svolgere la sua funzione di supplenza rispetto a Stati deboli, se non collassati.

Rispetto agli Stati e alle istituzioni politiche della Comunità internazionale, le istituzioni di giustizia penale internazionale sono deboli. Debolezza, da un lato, di fronte a poteri di condizionamento (fattuali e normativi) da parte dei potenti sulla scena internazionale. E debolezza, anche, di fronte ai problemi (assolutamente centrali per la giustizia internazionale) di contrasto a forme gravissime di criminalità di Stato, o pilotata da Stati canaglia.

Paradossalmente, è proprio la debolezza rispetto agli Stati che ha fatto nascere la giustizia penale internazionale come *giustizia dei vincitori*; non necessariamente in senso negativo, di giustizia di parte, ma in un senso per così dire strutturale, di per sé neutro rispetto ai valori, gra-

¹³ R. TOSCANO, *La violenza, le regole*, Torino, 2006.

¹⁴ A. MARTINI, *Il principio nulla poena sine lege e la determinazione delle pene*, in A. CASSESE, M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, 229 s.

vido però di pericoli. L'effettiva sottoposizione alla spada della giustizia internazionale dipende da reali rapporti di forza: di una forza di cui l'istituzione di giustizia non ha il monopolio, che è nelle mani degli Stati, e che può essere, in misura consistente, nelle mani (anche) degli autori dei più gravi crimini contro l'umanità e contro la pace. La possibilità di giustizia dipende non solo dalle pesature sulla bilancia, ma anche dall'incrociarsi delle spade, mettendo in gioco livelli di uso della forza molto maggiori che nella giustizia penale statale normale.

La giustizia penale internazionale, ancora in gestazione, va incontro a problemi di effettività, al rischio di rappresentare ideologicamente un *universalismo inefficace*¹⁵. In conclusione, dice il già citato protagonista di esperienze fondanti, «l'importanza del Tribunale si può vedere soltanto alla lunga»¹⁶.

Paradossalmente collegato al rischio di universalismo inefficace è quello, apparentemente contrapposto, di *effettività imperialista*¹⁷. La giustizia penale internazionale è stata e tende ad essere una *giustizia dei vincitori*, sin dai grandi processi di Norimberga e di Tokio dopo la seconda guerra mondiale¹⁸. Le pretese di universalismo, indipendenza e imparzialità della funzione giudiziaria sono a rischio di collisione (altri ha scritto: collidono) con la genesi particolaristica di istituzioni quali i Tribunali *ad hoc* istituiti negli anni '90 (ex-Jugoslavia, Ruanda) e con la sostanziale dipendenza politica dalla volontà delle grandi potenze¹⁹. La gestione dei grandi processi del dopoguerra è stata criticata (fra l'altro) per avere evitato aspetti che avrebbero potuto mettere in discussione comportamenti delle potenze vincitrici; mentre il vero coraggio consiste nel denunciare i crimini commessi dalla propria parte e non quelli commessi dall'avversario²⁰. Di fatto, nessuno Stato vincitore ha finora

¹⁵ M. DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 5, 8 s.

¹⁶ A. CASSESE, *op. ult. cit.*, 163.

¹⁷ M. DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica...*, cit., 9.

¹⁸ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Bari, 2006.

¹⁹ D. ZOLO, *op. cit.*, 63.

²⁰ Affermazione citata come di Bertrand Russell, in T. SCOVAZZI, *La repressione internazionale dei crimini di guerra: alcune divagazioni sul tema della giustizia dei vincitori*, in (nota 12), 125 s.

accettato che suoi militari siano sottoposti a processo in un Tribunale internazionale.

Di fronte a valutazioni diametralmente contrapposte sulla giustizia penale internazionale, l'ottica consueta delle riflessioni sul penale – sui campi di tensione che attraversano il problema penale – può aiutare a ricomporre un quadro di riflessioni in cui ragioni e rischi, luci ed ombre, siano elementi ugualmente legittimi e meritevoli di considerazione. Diritto e giustizia penale internazionale visti in prima battuta come problemi, anche e soprattutto da chi vada alla ricerca (o al consolidamento) di soluzioni positive.

Rischi di deriva sono stati evidenziati da un acuto osservatore del nostro tempo²¹. Sono rischi che, a ben vedere, possono riguardare la giustizia penale in genere.

Deriva *politica*, là dove la «giustizia» sia pilotata per colpire avversari del regime di turno. È un rischio ben presente in istituzioni estranee alla civiltà giuridica liberale, ma può essere legato anche ad usi selettivi di una «giustizia dei vincitori» nel senso più ambiguo del termine.

Deriva *storica*, là dove i giudici pretendano (o sia loro richiesto) non solo di accertare verità fattuali, ma anche «verità di interpretazione», cioè la ricerca del senso degli avvenimenti²². La giustizia istituzionale non è attrezzata a un tale compito, e in un mondo di libertà non è competente ad imporre alcuna interpretazione dei fatti storici.

Deriva *educativa*, o morale, là dove la giustizia punitiva finisca per rafforzare nel suo pubblico (quello del paese in cui ha sede la Corte) la convinzione di essere dalla parte del bene; mentre il valore educativo del processo sarebbe tanto più grande, ove il processo si svolgesse nel paese in cui è stato commesso il delitto, e venisse favorito un percorso di trasformazione interiore in un pubblico che si sente simile all'accusato (e potrebbe averne condiviso i valori).

Questi rilievi sono stati presentati da Todorov non come un invito a rinunciare ad una giustizia imperfetta, ma come ammonimenti da tenere presenti, nel procedere in maniera modesta ed empirica a partire dalle condizioni esistenti. D'altra parte (così conclude la stimolante riflessio-

²¹ T. TODOROV, *Les limites de la justice*, in A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, 2002, 39 s.

²² Cfr. T. TODOROV, *Le morali della storia*, Torino, 1995, 176 s.

ne) sognare una giustizia assoluta sarebbe non solo vano, ma nefasto: derive moralistiche sono nocive. Ma una vita senza giustizia non sarebbe una vita umana. Dobbiamo cercare, aristotelicamente, una via mediana, entro il campo di tensione ben noto ai penalisti, fra ragioni e rischi del penale.

In un contesto in cui la funzione di prevenzione generale sia debole, come (allo stato) nel diritto internazionale penale, il senso del «penale» si gioca sulla sua capacità di esprimere (di produrre) giustizia. Giustizia retributiva, credo debba ammettere anche chi non si sente a suo agio nell'orizzonte dell'idea retributiva.

Seguendo Hannah Arendt, partirei dalla considerazione (non di mero fatto, ma anche di valore) che i più gravi delitti contro la pace e contro l'umanità (quelli che costituiscono l'oggetto della nascente giustizia penale internazionale) pongono esigenze verso le quali la forma della giustizia penale è una risposta necessaria, anche se non sufficiente. Necessaria non come reazione vendicativa, ma come affermazione (quanto meno simbolica) della persistente validità e vigenza di un *nomos* senza il quale non ci può essere vita e convivenza fra uomini. Chi ha commesso delitti contro l'umanità, è giusto che sia chiamato personalmente a renderne conto di fronte ad istituzioni di giustizia che rappresentano idealmente (e tangibilmente) l'intera comunità degli uomini.

4. *L'utopia della pace perpetua*

Se si prende sul serio il problema della *prevenzione* dei crimini internazionali, si apre uno scenario che eccede di molto gli scenari consueti del penale; ha a che fare con le forme più gravi di violenza collettiva, e pone problemi di come *governare il mondo*. Così come, nell'orizzonte statale, l'efficacia preventiva del diritto penale chiama in causa non solo e non principalmente le istituzioni giudiziarie, ma l'intero sistema istituzionale e sociale, così nell'orizzonte internazionale chiama in causa il complessivo sistema di relazioni internazionali e di *forze* in campo. Forze in tutti i sensi: statuali e non, legali e illegali; di

Stati (più o meno) liberaldemocratici, o decentemente autoritari²³, o francamente criminali; di istituzioni internazionali; di gruppi armati di qualsiasi natura.

Se questa è la dimensione dei problemi che si scaricano sul penale – nella forma di crimini di guerra e contro l'umanità – appare evidente che una risposta adeguata non può essere data dalla giustizia penale, ma solo (e con difficoltà) del sistema internazionale. Una utile linea di riflessione mi sembra possa essere trovata nell'utopia kantiana della pace perpetua²⁴; che significa, come ha osservato Habermas, «dare limiti sia alla pace che alla guerra»²⁵. Per salvaguardare la pace, occorre *pacis imponere morem*²⁶.

Senza ripercorrere in questa sede i tanti aspetti (e i tanti problemi) dell'utopia kantiana, essa ci interessa come cornice di problemi che toccano anche il diritto penale (e in particolare, un sistema penale internazionale). Ci interessa non come modello storicamente datato, ma come punto di partenza di revisioni e sviluppi che riguardano²⁷ la sovranità esterna ed interna degli Stati, e la stessa idea di pace.

Lo sviluppo di maggior interesse, in quest'ottica, mi sembra il legame (in termini moderni) fra pace, diritti dell'uomo e democrazia: «momenti necessari dello stesso movimento storico»²⁸, *in nuce* nelle idee kantiane del diritto cosmopolitico e della «forma repubblicana» (cioè di caratteristiche «interne» degli Stati) come premesse e condizioni della pace fra Stati²⁹ sovrani³⁰.

²³ Nell'orizzonte di un ragionevole diritto dei popoli viene realisticamente riconosciuta la legittimità di società gerarchiche a condizione che non siano espansionistiche, che siano accettate dai governati, che non volino i diritti umani. Cfr. J. RAWLS, *I diritti dei popoli*, Torino, 2001, 99 s.; M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia*, cit., 40.

²⁴ Le citazioni che seguiranno sono da I. KANT, *La pace perpetua*, con prefazione di S. VECA, Milano, 2006.

²⁵ J. HABERMAS, *L'idea kantiana della pace perpetua due secoli dopo*, in ID., *L'inclusione dell'altro*, Milano, 1998, 179.

²⁶ VIRGILIO, *Eneide*, VI, v. 852.

²⁷ J. HABERMAS, *op. cit.*, 190.

²⁸ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, VII.

²⁹ I. KANT, *op. cit.*, 54; S. VECA, *Prefazione*, cit., 15.

Il «secondo articolo definitivo per la pace perpetua» recita, com'è noto, che «il diritto internazionale deve fondarsi su un federalismo di liberi Stati»³¹. Questa idea di un durevole autovincolo di Stati sovrani è parsa insufficiente, lasciando «indeterminata la questione decisiva, vale a dire come garantire la durata nel tempo dell'autovincolo»³². D'altra parte, ancora oggi, nelle riflessioni su come governare il mondo, il nodo della sovranità statale resta irrisolto. All'idea di un governo mondiale viene contrapposta l'idea che la sovranità nazionale «a dispetto dei pericoli di disuguaglianza e di guerra... è un modo di proteggere culture storiche distinte, di carattere a volte nazionale e a volte etnico-religioso»; un potere mondiale accentrato, che abbia fatto venire meno le articolazioni regionali, potrebbe portare a un terribile dispotismo; il problema è di «superare il decentramento radicale degli Stati sovrani senza creare un singolo regime centrale onnipotente»³³.

Per pensare la pace occorre non solo una limitazione della sovranità esterna, ma anche della sovranità interna. La riflessione illuministica sulla guerra, anche prima di Kant, ha colto criticamente il nesso fra monarchia assoluta e politica di potenza³⁴. Condizione necessaria, anche se non sufficiente, di una pace duratura viene riconosciuta la giustizia delle forme di governo entro gli Stati. In questo stesso senso va il riconoscimento di un «diritto cosmopolitico», da Kant originariamente pensato nella forma riduttiva di «diritto di ospitalità», ma che modernamente può svilupparsi in diritti più esigenti³⁵, ed implica il riconoscimento che agli uomini, alle persone singole, devono essere riconosciuti diritti che valgono a fronte della comunità degli Stati. Se preso

³⁰ «Nessuno stato può intromettersi con la violenza nella Costituzione e nel governo di un altro Stato»: così il quinto principio preliminare per la pace perpetua: I. KANT, *op. cit.*, 48.

³¹ I. KANT, *op. cit.*, 59.

³² J. HABERMAS, *op. cit.*, 182.

³³ M. WALZER, *Governare il mondo*, in ID., *Sulla guerra*, Bari, 2004, 174, 185. N. URBINATI, *Ai confini della democrazia*, Roma, 2007.

³⁴ Cfr. A. BURGIO, *Per una storia dell'idea di pace perpetua*, in appendice a I. KANT, *op. cit.*, 122.

³⁵ Interessanti riflessioni in S. BENHABIB, *I diritti degli altri*, Milano, 2006.

sul serio, «il diritto cosmopolitico deve essere istituzionalizzato in maniera tale da vincolare i singoli governi»³⁶.

Nelle riflessioni politologiche o filosofiche su questi grandi temi della pace e del governo del mondo, riferimenti al «penale» non mancano. Quando per es. Michael Walzer fa il quadro delle istituzioni di cui c'è bisogno per un nuovo ordine internazionale, comincia ovviamente dall'ONU («c'è bisogno di una ONU con una forza militare in grado di effettuare interventi umanitari e missioni di pace»), e chiude con l'affermazione che «c'è bisogno anche di un Tribunale mondiale». Un Tribunale, secondo il citato autore, «che abbia il potere di effettuare arresti per conto proprio, ma che debba cercare l'appoggio dell'ONU di fronte all'opposizione di qualsiasi Stato»³⁷.

Jurgen Habermas, scrivendo nel 1995 sull'idea kantiana della pace perpetua due secoli dopo, dopo aver rilevato l'assenza di un Tribunale penale che esamini e decida su casi accertati di violazione dei diritti umani, e dopo avere attribuito un rilievo positivo di precedenti alle Corti penali del dopoguerra, prosegue osservando che «il punto debole per una tutela globale dei diritti dell'uomo è la mancanza di un potere esecutivo che, se necessario, possa imporre agli Stati nazionali, mediante interventi diretti sulla loro autorità, l'osservanza della dichiarazione dei diritti umani»³⁸. L'indicazione che se ne trae è che «riformulare modernamente l'idea kantiana di una soluzione cosmopolitica allo stato di natura vigente tra gli Stati significa promuovere energicamente la riforma delle Nazioni Unite e perfezionare strutture sovranazionali d'intervento nelle diverse regioni della terra. In sostanza, si tratta di migliorare il quadro istituzionale per la politica dei diritti umani», dei quali Habermas sostiene in modo convincente la natura specificamente giuridica, ancorché di origine morale³⁹.

Accanto agli aspetti istituzionali, grande rilievo viene inoltre attribuito allo sviluppo di una società civile o «sfera pubblica» internazionale⁴⁰.

³⁶ J. HABERMAS, *op. cit.*, 191.

³⁷ M. WALZER, *op. cit.*, 186.

³⁸ J. HABERMAS, *op. cit.*, 194.

³⁹ J. HABERMAS, *op. cit.*, 199 s.

⁴⁰ M. WALZER, *op. cit.*, 179-80; J. HABERMAS, *op. cit.*, 187 s.

Nel quadro generale di un possibile buon governo del mondo, il diritto penale internazionale vede riconosciuto il suo spazio, ed insieme i suoi limiti. I problemi di efficacia della tutela dei diritti umani vengono posti sul conto di istituzioni *politiche* del sistema internazionale: di un'ONU che si auspica diventi più forte, munita di *strutture sovranazionali d'intervento nelle diverse regioni della terra*. Una politica dei diritti umani, capace di opporsi a violenze criminali di massa, ha bisogno della forza, anzi (secondo una drammatica presa d'atto) della forza *militare*, in ragione della forza di cui i criminali (i nemici) dispongono.

La prevenzione generale dei crimini contro l'umanità – i crimini gravissimi affidati alla competenza della giustizia penale internazionale – non è, strutturalmente, alla portata di istituzioni di giustizia. Non lo è oggi, posto che gli organi di giustizia hanno bisogno di una forza di cui non essi dispongono; ma nemmeno domani, qualora si trattasse di contrastare Stati criminali o gruppi armati che dispongano di una forza consistente. A questo livello, operazioni di polizia internazionale, volte a intervenire su crimini di guerra o contro l'umanità, nel momento in cui siano perpetrati o addirittura in prevenzione, non si distinguono dalla guerra se non nelle fantasiose operazioni onomastiche⁴¹ di occultamento della violenza posta in essere.

Introduco questa notazione in termini neutri, sul piano descrittivo: non come soluzione, bensì come premessa dei problemi di legittimità di guerre umanitarie o presentate come tali. Quale che ne sia la soluzione, i problemi della «violenza umanitaria» sono problemi ineludibili nella risposta ai fenomeni criminali di cui il diritto penale internazionale si occupa. La formula «operazioni di polizia internazionale», se da un lato occulta (intende occultare e legittimare) la sostanza di guerra, dall'altro lato pone in evidenza la contiguità di tale tipo di operazioni con la funzione di tutela – di polizia preventiva, e non tardivamente repressiva – cui dovrebbe servire il diritto penale internazionale.

Prendere sul serio la prevenzione generale dei crimini internazionali, significa affrontare i drammatici problemi di una *responsibility to protect*, e dell'eventuale uso della forza militare. Sono questioni ben note

⁴¹ Traggo questa espressione da T. MAZZARESE, *Guerra e diritto. Note a margine di una tesi kelseniana*, nel sito *Jura gentium*.

al diritto penale, là dove si tratta di giustificare e delimitare reazioni difensive che abbiano bisogno di ricorrere a mezzi di per sé offensivi. La legittimità della difesa – anche del soccorso difensivo – dipende da una serie di condizioni. proporzione, *ultima ratio*, minimo necessario per raggiungere l’obiettivo di protezione, e ragionevoli prospettive di successo. In questo contesto può essere discusso il problema (anzi la tragedia) di interventi umanitari, a tutela dei diritti umani, che comportano alti rischi e possibili sacrifici per i diritti umani⁴²: delimita la legittimità dell’intervento nella prospettiva di un’etica della responsabilità, a prezzo della presa d’atto dell’impossibilità di intervenire nei casi in cui si dovrebbero contrastare forze troppo consistenti.

Le considerazioni fin qui svolte ci dicono che l’efficacia preventiva del diritto penale internazionale, ed anche il suo *enforcement* nell’attualità delle azioni criminali, dipendono in ultima analisi da *forze* e da poteri istituzionali che non sono e non possono essere quelli di istituzioni «di giustizia», politicamente neutre e politicamente irresponsabili. Il contributo alla prevenzione generale, che la giustizia penale internazionale può dare, è strutturalmente, e non solo contingentemente limitato. È, forse, un contributo che non va oltre la riaffermazione di valori e di verità fattuali; non passa per la deterrenza, si esaurisce nella posizione dei precetti e poi nella capacità di assicurare una giusta retribuzione, funzionale (ancorché non sufficiente) alla tenuta del sistema.

Un’ultima notazione. Come il diritto penale degli Stati, anche il diritto penale internazionale dovrebbe porre argini sia alla violenza illegale, sia alla violenza istituzionale. Come tutte le istituzioni legate all’uso della forza, il penale è un’istituzione ad altro rischio; e dobbiamo averlo ben presente anche quando, anzi proprio quando la forza della legalità deve essere usata contro minacce le più gravi.

Proprio nei casi più gravi, di criminalità di Stato o pilotata o coperta dallo Stato, può venire colpito, di fatto, solo chi è stato sconfitto; e il livello di uso della forza, necessario per venire a capo dei commessi delitti, è così elevato da mettere in crisi l’idea di una *peace through law*, secondo la nobile formula kelseniana⁴³: che, dicono i critici, «è

⁴² Cfr. per es. gli interventi raccolti, in occasione della guerra del Kosovo del 1999, nel fascicolo di *Ragion pratica*, 1999, n. 13.

⁴³ H. KELSEN, *La pace attraverso il diritto*, Torino, 1990.

apparsa un'illusione illuministica, con il suo ottimismo normativo e il suo ingenuo universalismo cosmopolitico»⁴⁴.

Citiamo ancora Kant: «Il giurista che ha assunto a simbolo la bilancia del diritto e accanto a essa la spada della giustizia si serve comunemente di quest'ultima non solo per allontanare dalla prima tutte le influenze esterne, ma anche per aggiungere, su un piatto della bilancia che non vuole scendere, il peso della spada (*vae victis*). È questa la più grossa tentazione del giurista»⁴⁵. Il mondo del penale è particolarmente esposto a questa tentazione, o forse dovremmo dire a questa illusione, di poter gettare sulla bilancia della giustizia una spada che è però *a doppio taglio*, uno buono (di tutela) e uno cattivo (di violenza e oppressione). Nella dimensione internazionale, la spada sono le moderne armi di distruzione, che tali restano nelle mani di chiunque. Una difesa effettiva dalla violenza non può passare attraverso una violenza legale parimenti distruttiva. C'è bisogno vitale di un *jus ante bellum* e di una politica che – adempiendo alla *responsibility to protect* – non sia quella dell'uso della forza, ma riesca a prevenirlo.

Come il diritto penale degli Stati, ma in misura molto maggiore, la giustizia penale internazionale – quella dei crimini di guerra e contro l'umanità – non avrà raggiunto il suo scopo *di prevenzione* se non quando saranno azzerate le ragioni d'intervento; quando saranno chiuse le porte della guerra e *furor impius intus... fremit ore cruento*, come dice il verso virgiliano⁴⁶ citato da Kant. Ma la citazione non è del tutto tranquillizzante: ci dice che il mostro è incatenato (potrà essere incatenato dalla alleanza degli Stati), ma resta il pericolo che il furore torni a dilagare.

Può tornare a dilagare, ci mostrano le vicende di questi anni, anche nelle forme della reazione al crimine. Anche questi sono problemi che toccano una giustizia penale mondiale (non solo quella internazionale) che intenda fondarsi sull'universalismo dei diritti *dell'uomo*: non diritti politici del cittadino, ma diritti legati al riconoscimento della uguale dignità di qualsiasi persona umana, e ad un principio di responsabilità

⁴⁴ D. ZOLO, *op.cit.*, 67.

⁴⁵ I. KANT, *op. cit.*, 80.

⁴⁶ VIRGILIO, *Eneide*, I, 294-96.

che dovrebbe valere allo stesso modo nei confronti di tutti, compresi i potenti del mondo.

PROBLEME EINER NICHT-STAATLICHEN STRAFJUSTIZ

Der Beitrag enthält folgende Schwerpunkte:

1. Das staatliche Strafrecht als Teillösung der Hobbesschen Frage nach der Bildung eines Rechtssystems, das das friedlichen Zusammenleben bei Bestehen eines staatlichen Macht-monopols gewährleistet; Belohnung und Abschreckung als Merkmale des Strafrechts; die Ambivalenz strafrechtlicher Mittel;
2. Die Rolle der Menschenrechte als (am meisten zwingendes) Argument für den strafrechtlichen Schutz einerseits und als Grenze für das Strafrecht andererseits; Menschenrechte als strafrechtlich besonders sensibler Bereich;
3. Das Problem der internationalen Verbrechen: Massengewalt in einem Bereich, der – rechtlich oder faktisch – außerhalb der Reichweite der Hobbesschen und Westfälischen Lösung liegt. Aus dieser Problematik ergibt sich die Frage nach geeigneten Antworten auf:
das Erfordernis der Gerechtigkeit angesichts schwerwiegender Verbrechen; die Zweideutigkeit (und Unausweichlichkeit?) des Rechts der Sieger;
das Problem der Abschreckung bei Konflikten zwischen starken Mächten (aktuelles Beispiel: der Nahe Osten); Gewalt als Bedingung für Schutz;
4. Gerechtigkeit und Menschenrechtspolitik; kann es eine Menschenrechtspolizei geben? Probleme des Einsatzes von Gewalt (humanitärer Krieg?); Probleme der Vergangenheitsbewältigung und Alternativen zum Strafrecht; die Utopie des ewigen Friedens;
5. Die Diskussion um das internationale Strafrecht und die dem Strafrecht anhaftende Ambivalenz.

Der Jurist, der die Waage des Rechts und, nebenbei auch das Schwert der Gerechtigkeit sich zum Symbol gemacht hat, bedient sich gemeinhin des letzteren, nicht um nur alle fremden Einflüsse von dem ersteren abzuhalten, sondern, wenn die eine Schale nicht sinken will,

das Schwert mit hinein zu legen (*vae victis*), wozu er die größte Versuchung hat (E. Kant).

Im internationalen Zusammenhang sind die modernen Massenvernichtungswaffen das Schwert. Eine effektive Verteidigung dagegen kann nicht durch eine ebenso destruktive Gewalt erfolgen. Vielmehr sind ein *jus ante bellum* und eine Politik, welche nicht Gewalt gebraucht sondern ihr vorbeugt, unbedingt erforderlich.

LA REPRESSIONE DEI CRIMINI INTERNAZIONALI TRA DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE DEI POPOLI E AFFERMAZIONE DELLA STATUALITÀ

Giuseppe Nesi

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. La repressione dei crimini internazionali e l'affermazione della statualità come diritto di autodeterminazione esterna. 3. Giustizia penale internazionale e diritto dei popoli all'autodeterminazione nella prassi della Corte penale internazionale. 4. Considerazioni conclusive.*

1. Introduzione

I mutamenti epocali verificatisi nei rapporti internazionali nell'ultimo quarto di secolo hanno prodotto conseguenze significative riguardo ad alcuni degli aspetti più rilevanti della vita di relazione internazionale. Principi fondamentali come quello della non ingerenza negli affari interni degli Stati sono stati interpretati e applicati in maniera diversa rispetto al passato. Stessa sorte è toccata a principi quali l'autodeterminazione dei popoli che sembravano avere raggiunto, soprattutto in situazioni di decolonizzazione, una certa stabilità. Le divergenze d'interpretazione e di applicazione di questi e altri principi fondamentali del diritto internazionale hanno assunto particolare rilevanza nei casi in cui siano entrati tra loro in contrasto, con le conseguenze che ne derivano dal punto di vista operativo. Basti pensare all'esigenza di reprimere i crimini internazionali commessi nel corso di conflitti armati, da un lato e, dall'altro, l'inesistenza o inadeguatezza di sistemi giurisdizionali nazionali che tali crimini avrebbero dovuto reprimere. Per soddisfare questa esigenza si è assistito alla «reviviscenza» dell'idea di giustizia penale internazionale e alla creazione di tribunali penali internazionali di varia natura che, inevitabilmente, hanno portato a riflettere, tra l'altro, sulle caratteristiche essenziali dello Stato nel senso del diritto internazionale e sulla sovranità statale, nonché sulla stessa legittimità della

creazione dei tribunali penali internazionali, in particolare di quelli istituiti dal Consiglio di sicurezza¹.

Nelle brevi considerazioni che seguono proverò a delineare il rapporto che si è determinato tra repressione dei crimini internazionali, creazione di uno Stato e sua partecipazione alla vita di relazione internazionale da un lato, e principio di autodeterminazione dei popoli nelle sue diverse ricostruzioni dall'altro, nel tentativo di illustrare come tale rapporto si è sviluppato in anni recenti. I casi che verranno richiamati saranno quelli nei quali sono state prese posizioni molto decise in merito all'impatto della giustizia penale internazionale all'«essere Stato» e rispetto agli affari interni di uno Stato. Allo stesso tempo, sarà interessante verificare come gli Stati direttamente interessati hanno reagito rispetto all'esigenza di reprimere i crimini internazionali commessi nei loro territori. E ciò soprattutto nei casi in cui la comunità internazionale, o buona parte di essa, ha ritenuto che la repressione di quei crimini non potesse essere affidata a Stati considerati «unwilling or unable» a svolgere tale funzione; ovvero quando l'accettazione della giustizia penale internazionale e la cooperazione con essa per reprimere i suddetti crimini sono state poste come condizioni pregiudiziali per l'avvio di un negoziato volto all'ammissione dello Stato in questione in un'organizzazione internazionale.

In questo quadro è di certo rilevante la circostanza che allorché il Consiglio di sicurezza creò i Tribunali penali internazionali *ad hoc* per l'ex-Iugoslavia e per il Ruanda, il principio di autodeterminazione dei popoli non venne tenuto in considerazione. Lo scopo dell'istituzione dei Tribunali era fondamentalmente la repressione dei crimini interna-

¹ Per una forte presa di posizione sulla mancanza di legittimità del Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia v. G. ARANGIO-RUIZ, *The Establishment of the International Criminal Tribunal for the former Territory of Yugoslavia and the Doctrine of Implied Powers of the United Nations*, in F. LATTANZI, E. SCISO (a cura di), *Dai Tribunali penali internazionali ad hoc a una Corte permanente*, Napoli, 1996, 31 ss. Per un diverso punto di vista, v. L. CONDORELLI, *Legalità, legittimità, sfera di competenza dei tribunali penali ad hoc creati dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite*, *ivi*, 47 ss.; e P. PICONE, *Sul fondamento giuridico del Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia*, *ivi*, 65 ss. Sul più ampio tema del ruolo svolto dai Tribunali penali internazionali *ad hoc*, v. F. LATTANZI, *I Tribunali penali internazionali creati ad hoc dal Consiglio di sicurezza*, in questo volume, 67 ss.

zionali commessi in quei conflitti e dunque la punizione dei maggiori responsabili di quei crimini. Allo stesso modo, pochi e per lo più indiretti riferimenti all'autodeterminazione dei popoli si ritrovano nei lavori preparatori dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale. E quando ciò avviene, il principio di autodeterminazione è richiamato per lo più a proposito della necessità di distinguere il terrorismo dalla «legittima lotta» per l'autodeterminazione, oppure in casi in cui i partecipanti esprimono perplessità sulla possibile interferenza della Corte penale internazionale negli affari interni². Nonostante gli scarsi riferimenti al principio di autodeterminazione dei popoli in quella fase storica, appare innegabile che la giustizia penale internazionale possa in realtà interferire tanto con la dimensione esterna quanto con quella interna del principio. Di fatto, in tempi recenti la Corte penale internazionale ha ricevuto e riceve critiche proprio perché ignorerebbe le conseguenze del proprio operato sull'autodeterminazione dei popoli oppure andrebbe addirittura contro tale principio³.

² *United Nations Conference of the Establishment of an International Criminal Court*, Rome 15 June-17 July 1998, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, Official Records, Volume II, 75 (China and Brazil), 78 (Armenia), 110 (Oman), 123-124 (China), 172 (Syrian Arab Republic), 281 (Egypt).

³ V., più di recente, A. BABINGTON-ASHAYE, *The International Criminal Court and Its Potential Impact on Development in Africa*, in M. KAMGA, M. M. MBENGUE (a cura di), *L'Afrique et le droit international: variations sur l'organisation internationale, Liber Amicorum Raymond Ranjeva*, Paris, 2013, 45 ss.; P. LABUDA, *The International Criminal Court and Perceptions of Sovereignty, Colonialism and Pan-African Solidarity*, in *African Yearbook of International Law*, 2015, 289 ss. In alcuni casi sembrerebbe adombrarsi l'ipotesi – in qualche modo in voga all'epoca della decolonizzazione – che anche nel diritto internazionale contemporaneo la lotta per l'autodeterminazione potrebbe giustificare la commissione di crimini internazionali. Questa ipotesi è da respingere dal momento che «international law should operate in a normatively coherent manner in assigning legal burdens and responsibilities to all the relevant actors involved in a situation where a claim of external self-determination is asserted. This entails making both state and non-state actors responsible for the way that violence and other coercive actions (e.g. “ethnic cleansing”) are used to either further or frustrate a claim of self-determination. International law today is evolving so as to regulate internal and external conflict, whether conducted by state or non-state actors, through a framework combining elements of human rights, the law of war, and international criminal justice,

Nelle pagine che seguono tenterò di spiegare come in realtà esista un rapporto tra il principio di autodeterminazione dei popoli e quello che è alla base della giustizia penale internazionale, e cioè l'obbligo di repressione dei crimini internazionali. Preciserò anche come il rapporto tra il ricorso alla (o l'accettazione della) giustizia penale internazionale e l'autodeterminazione dei popoli attraversi il tema della creazione dello Stato e della sua affermazione come attore nei rapporti internazionali. In particolare, descriverò in primo luogo quale impatto la giustizia penale internazionale può avere rispetto allo Stato e a entità che aspirano ad essere riconosciute come Stati e come la posizione che viene da questi assunta rispetto alla giustizia penale internazionale possa rafforzare o indebolire, in casi specifici, situazioni territoriali incerte o poco definite. Come vedremo, la disamina di questo rapporto ha condotto in realtà a conclusioni disomogenee anche riguardo agli effetti della giustizia penale internazionale sull'autodeterminazione in situazioni che appaiono tra loro simili (par. 2). Saranno poi esaminate le posizioni di quegli Stati che criticano la giustizia penale internazionale poiché essa avrebbe conseguenze negative, tra l'altro, sul diritto all'autodeterminazione. Dal momento che queste posizioni riguardano principalmente le attività poste in essere dalla Corte penale internazionale in Africa, sembra opportuno ricordare attraverso quali meccanismi la Corte è stata attivata in quel contesto geografico per comprendere meglio come si è configurato (o come è stato percepito) il rapporto tra autodeterminazione dei popoli e giustizia penale internazionale (par. 3). Il paragrafo finale sarà dedicato a brevi considerazioni conclusive, ma come vedremo di certo non definitive.

what Teitel calls Humanity Law (Teitel, *Humanity's Law*, Oxford, 2011). This framework abhors gaps in legal rights and responsibilities, especially concerning the protection of persons and peoples. That a claim for external self-determination has resulted in the recognition of the international community of statehood should not for example excuse the independence movement and its members of responsibility for acts committed prior to the achievement of statehood and the very same should go for the existing state or other groups who may have fought against the independence bid» (R. HOWSE, R. TEITEL, *Humanity Bounded and Unbounded: The Regulation of External Self-Determination under International Law*, in *Law & Ethics of Human Rights*, De Gruyter, vol. 7, Issue 2, 2013; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-78. Disponibile a SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2359600>, 54).

2. La repressione dei crimini internazionali e l'affermazione della statualità come diritto di autodeterminazione esterna

A proposito dell'impatto della giustizia penale internazionale sull'autodeterminazione in contesti caratterizzati da situazioni territoriali post-conflittuali non definite, l'accettazione della – e la cooperazione con la – giustizia penale internazionale è vista come un elemento che potrebbe contribuire a rafforzare la legittimità dello Stato (ovvero di entità che aspirano a diventare Stato) nei cui territori sono stati commessi crimini internazionali.

Mi riferisco in primo luogo alla Palestina, dove l'accettazione e la promozione della giustizia penale internazionale sono state percepite come strumenti per legittimare e rafforzare il processo di autodeterminazione esterna volto all'affermazione della Palestina come Stato, e dunque soggetto di diritto internazionale. In tempi recenti le autorità palestinesi hanno tentato più volte di portare di fronte alla Corte penale internazionale alcuni casi per i quali essa avrebbe potuto avere competenza. Questi tentativi sono stati collegati dalla stessa Corte penale internazionale al concetto di statualità. Mi riferisco, ad esempio, alla posizione assunta dal Procuratore rispetto alla dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte depositata dalle autorità palestinesi il 22 gennaio 2009 secondo l'art. 12.3 dello Statuto, che prevede che uno Stato non parte possa accettare la giurisdizione della Corte. In tale circostanza infatti il Procuratore sostenne, a oltre tre anni di distanza dalla dichiarazione palestinese, che la perdurante incertezza circa la sussistenza della statualità in capo alla Palestina impediva a quest'ultima di accettare la giurisdizione della Corte⁴. In realtà, forse anche perché a conoscenza dell'orientamento del Procuratore, le autorità palestinesi tentarono, senza successo, già nel settembre del 2011 di essere ammesse a pieno titolo alle Nazioni Unite attraverso la procedura prevista dall'articolo 4 della Carta. Dopo la presa di posizione assunta dal Procuratore nell'aprile 2012 e sopra ricordata, nell'autunno di quell'anno gli

⁴ Come riportato nel documento dell'Ufficio del Procuratore della Corte penale internazionale («Situation in Palestine») del 3 aprile 2012 reperibile all'indirizzo: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf>.

Stati vicini alle posizioni della Palestina e che dunque erano a favore della sua statualità promossero l'adozione della risoluzione 67/19 del 29 novembre 2012 con cui la Palestina ottenne lo *status* di Stato osservatore in Assemblea Generale. Anche alcuni dei Paesi che votarono a favore della risoluzione misero tuttavia in guardia la Palestina dall'utilizzare l'adozione della risoluzione come strumento per accedere allo Statuto di Roma⁵. Tuttavia, dopo l'adozione della risoluzione e dopo un ulteriore aspro conflitto armato con Israele nell'estate del 2014 nella striscia di Gaza e nelle aree vicine che causò diverse vittime e distruzioni, le autorità palestinesi dichiararono – ribadendo la posizione assunta nel 2009 – di essere pronte ad accettare la giurisdizione della Corte penale internazionale in relazione a quegli eventi. Inoltre il 31 dicembre 2014, dopo la mancata adozione di un progetto di risoluzione da parte del Consiglio di sicurezza diretto a far riconoscere la sovranità della Palestina sulla striscia di Gaza e sui territori occupati nonché su Gerusalemme est entro il 2017, la Palestina decise di accedere allo Statuto di Roma poiché, secondo le autorità palestinesi, era questo l'unico modo per superare lo stallo creatosi in Consiglio di sicurezza in merito alla questione. Sembra evidente che le autorità palestinesi in questo caso non abbiano visto la giustizia penale internazionale come un ostacolo alla creazione dello Stato ovvero ai progressi dei negoziati di pace. Al contrario, il ricorso alla giustizia penale internazionale viene percepito come uno degli strumenti attraverso i quali affermare che la Palestina è uno Stato.

⁵ Più precisamente, in quella occasione molti Stati dichiararono che il sostegno all'adozione della risoluzione sullo *status* della Palestina in Assemblea Generale non doveva essere interpretato come incoraggiamento a ricorrere alla Corte penale internazionale. Ad esempio, il Rappresentante permanente d'Italia all'ONU, l'Ambasciatore Cesare Ragagnoli, dichiarò: «Italy decided to vote in favour of resolution 67/19. We took that decision in the light of the information we received from President Abbas on the constructive approach he intends to take after this vote. I refer in particular to his readiness to resume direct negotiations without preconditions and to refrain from seeking membership in other specialized agencies in the current circumstances, or pursuing the possibility of the jurisdiction of the International Criminal Court. With regard to the latter, Italy would not accept instrumental actions intended to question Israel's inalienable right to defend itself or to have recourse to measures necessary to protect the lives of its citizens» (A/67/PV.44, 29 November 2012, 18 s.).

Coloro che non condividono questa interpretazione dei rapporti tra giustizia penale internazionale e autodeterminazione (Stati Uniti, Regno Unito, alcuni Stati dell'Unione europea nonché Israele) ritengono invece che l'accessione della Palestina allo Statuto di Roma metta in pericolo i negoziati di pace e avrà ripercussioni negative su diverse altre questioni. Questi Stati ritengono inoltre che una soluzione alla controversia sulla statualità della Palestina possa essere raggiunta soltanto attraverso negoziati politici⁶. Ciononostante il 2 gennaio 2015 la Palestina ha presentato formale domanda di accessione allo Statuto di Roma del quale è effettivamente divenuta parte a decorrere dal 1° aprile 2015⁷. I futuri e per il momento imprevedibili sviluppi chiariranno se l'accessione della Palestina allo Statuto rafforzerà le sue pretese all'autodeterminazione.

⁶ Secondo la posizione del delegato statunitense a proposito della risoluzione 67/19: «We have always been clear that only through direct negotiations between the parties can the Palestinians and Israelis achieve the peace that both deserve – two States for two peoples, with a sovereign, viable and independent Palestine living side by side in peace and security with a Jewish and democratic Israel» (A/67/PV.44, 29 November 2012, 13) e più specificatamente rispetto agli effetti negativi legati all'accessione della Palestina allo Statuto di Roma: <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2015/01/235695.htm>. Simile posizione fu assunta da Canada (A/67/PV.44, 29 November 2012, 8-9), Israele (A/67/PV.44, 29 November 2012, 5-7) e Repubblica Ceca (A/67/PV.44, 29 November 2012, 19-20). Il Regno Unito si astenne sulla risoluzione ma espresse preoccupazioni a proposito del futuro, eventuale coinvolgimento della Corte penale internazionale come risultato della possibile accessione della Palestina allo Statuto di Roma: «We also sought an assurance from the Palestinians that they would not pursue immediate action in United Nations agencies and the International Criminal Court, since that would make a swift return to negotiations impossible» (A/67/PV.44, 29 November 2012, 15). E così anche la Germania: «It is our expectation that the Palestinian leadership will not take unilateral steps on the basis of today's resolution 67/19 that could deepen the conflict and move us further away from a peaceful settlement» (A/67/PV.44, 29 November 2012, 15).

⁷ I fatti qui ricordati sono sintetizzati e ben analizzati da L. DANIELE, *La Palestina aderisce alla Corte penale internazionale: e ora?*, in *SIDIBlog*, 10 gennaio 2015, reperibile all'indirizzo: <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1251>. Sulle pretese di statualità alla luce del principio di autodeterminazione dei popoli v. M. LONGOBARDO, *Lo Stato di Palestina: emersione fattuale e autodeterminazione dei popoli prima e dopo il riconoscimento dello status di Stato non membro delle Nazioni Unite*, in M. DISTEFANO (a cura di), *Il principio di autodeterminazione dei popoli alla prova del nuovo millennio*, Padova, 2014, 9 ss. (sp. 21-28).

Questo è un caso in cui la dimensione esterna dell'autodeterminazione, e cioè il diritto dei popoli a determinare il proprio *status* politico e di essere liberi da dominazione straniera – incluso il diritto alla creazione di uno Stato indipendente – potrebbe in realtà essere corroborata dalla posizione assunta riguardo alla giustizia penale internazionale da chi intende affermare tale diritto.

Nonostante il contesto geo-politico e storico sia completamente diverso, la medesima linea di ragionamento è stata seguita in un altro caso, ancora in pieno sviluppo. Mi riferisco all'individuazione dei presunti responsabili di crimini internazionali e di altri crimini (quali il traffico di organi) commessi o «iniziati» (ad esempio, rapimenti) in Kosovo e proseguiti altrove alla fine del secolo scorso nel territorio di quella che all'epoca era ancora una provincia autonoma della Serbia. In tale contesto la creazione delle «Specialist Chambers and the Specialist Prosecutor's Office» in Kosovo, con assistenza internazionale e giurisdizione sui suddetti crimini, decisa nel 2014 è vista dalle autorità del Kosovo come un modo per rispondere alle gravi accuse contenute nel rapporto Marty del 12 dicembre 2010 su «Trattamento inumano di individui e traffico illecito di organi umani in Kosovo». Accettare che vengano svolte indagini e siano perseguiti gli eventuali responsabili dei crimini internazionali in quel contesto dovrebbe secondo le autorità del Kosovo favorire il riconoscimento internazionale del Kosovo e la sua ammissione alle organizzazioni internazionali. La decisione del Governo del Kosovo d'incorporare in un nuovo articolo della Costituzione la creazione delle Camere e dell'Ufficio del Procuratore, ha formato oggetto di giudizio da parte della Corte Costituzionale che il 15 aprile 2015 si è pronunciata a favore della conformità dell'articolo con la Costituzione⁸.

⁸ Constitutional Court of the Republic of Kosovo, Judgment in case KO 26/15, of 15 April 2015 on «Assessment of an Amendment to the Constitution of the Republic of Kosovo proposed by the Government of the Republic of Kosovo», sp. par. 23. Il primo comma del nuovo Articolo statuisce: «1. To comply with its international obligations in relation to the Council of Europe Parliamentary Assembly Report Doc 12462 of 7 January 2011, the Republic of Kosovo may establish Specialist [N.B. Il termine «Specialist» nel testo in inglese corrisponde a «Specialized» nel testo in albanese e a «Special» nel testo in serbo] Chambers and a Specialist Prosecutor's Office within the justice system of Kosovo. The organisation, functioning and jurisdiction of the Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office shall be regulated by this Article and by a

Appare chiaro che il ruolo dell'Unione europea nel prospettare questa soluzione sia stato molto incisivo; si tratta di uno strumento voluto soprattutto dall'Unione europea (e dagli Stati Uniti) e in cui gran parte dell'attività investigativa è stata e sarà presumibilmente svolta da personale europeo⁹.

Secondo parte della comunità internazionale, in situazioni post-conflittuali gli Stati interessati dovrebbero assumere una posizione in favore della giustizia penale internazionale dal momento che attraverso la sua accettazione quegli Stati possono superare i conflitti interni e dimostrare la loro disponibilità a punire i responsabili dei crimini internazionali commessi nei loro territori. La disponibilità ad accettare la creazione di un tribunale penale internazionale o internazionalmente assistito assume maggiore valore allorché tale operazione può comportare il coinvolgimento di individui che ricoprono ruoli politicamente rilevanti e che in precedenza avevano lottato per l'indipendenza del Paese¹⁰. Appare chiaro che la scelta di istituire un meccanismo di questo tipo è stata fatta dalle autorità del Kosovo nella piena consapevolezza che tale scelta era funzionale a rafforzare la loro legittimità e ad assicurare una

specific law». In relazione all'oggetto del presente articolo ha certamente rilievo il fatto che il gruppo parlamentare che con maggiore decisione si è opposto all'istituzione delle Camere e dell'Ufficio del Procuratore è denominato «Self-determination». La posizione di questo gruppo parlamentare a proposito dell'impatto che la giustizia penale internazionale ha sull'autodeterminazione dei popoli è chiaramente enunciato nel testo della decisione della Corte Costituzionale (par. 24-34). Si veda anche *Human Rights Watch, Kosovo: Approve Special Court for Serious Abuses*, 11 April 2014, all'hyperlink <http://www.hrw.org/news/2014/04/11/kosovo-approve-special-court-serious-abuses>.

⁹ Decisione del Consiglio 2014/685/CFSP, del 29 settembre 2014: «EULEX Kosovo should support re-located judicial proceedings within a Member State, in order to prosecute and adjudicate criminal charges arising from the investigation into the allegations» (nuovo testo dell'art. 3.a dell'Azione comune 2008/124/CFSP, adottata il 4 febbraio 2008).

¹⁰ *Where the past isn't even past. A Special Court to try Kosovars for war crimes moves closer*, in *The Economist*, June 20th-26th, 2015. A proposito, tra l'altro, del contributo dato dall'Unione europea alle attività investigative in Kosovo e alla genesi di tale contributo che è legata, secondo l'autore, al Rapporto Marty, v. le interessanti considerazioni di M. COSTI, *La Special Investigative Task Force: l'Unione europea come nuova attrice nella giustizia penale internazionale*, in questo volume, 99 ss.

risposta di tipo giudiziario alle accuse che avevano oscurato la lotta per l'indipendenza.

Infine, a proposito dell'impatto della giustizia penale internazionale sulla reputazione di uno Stato si può osservare che alcuni degli Stati che oggi criticano la posizione delle autorità palestinesi mentre sostengono il ricorso alla giustizia penale internazionale in Kosovo sono fra gli Stati che – alla fine degli anni '90 e nella prima decade di questo secolo – hanno affermato con forza che Serbia e Croazia dovevano consegnare i latitanti presenti sul proprio territorio al Tribunale penale internazionale per l'ex-Iugoslavia¹¹. Infatti, allorché in quei Paesi dovevano ancora essere catturati pochi (sebbene importanti) latitanti, l'Unione europea ha subordinato l'attivazione o il proseguimento del loro processo di integrazione nell'Unione alla condizione che cooperassero con il Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia. In quell'epoca alcuni suggerirono addirittura che la mancanza di cooperazione avrebbe dovuto condurre all'adozione di sanzioni internazionali contro gli Stati inadempienti. In realtà, in quel momento storico, nonostante forti resistenze in alcuni settori delle pubbliche opinioni nazionali, appare innegabile che la cooperazione con il Tribunale penale internazionale per l'ex Iugoslavia sia stata percepita come uno strumento per gli Stati dell'ex Iugoslavia per essere riabilitati e reinseriti nella comunità internazionale.

¹¹ Per la posizione degli Stati Uniti v., ad esempio, *Congressional Serial Set, 108th Congress, 1st session, House Document 108-91 (2003-2004)*, 16: «The United States continues to consider the apprehension, detention, and trial of Bosnian Serb [...] Radovan Karadzic and Ratko Mladic to be of the highest priority, not only in the interest of justice, but also to facilitate Dayton implementation in BiH and stabilize the region. Their refusal to surrender and ability to avoid apprehension sustains Serb extremism, inhibits the establishment of the trust among ethnic communities, undermines the credibility of the international community, and retards the rule of law». Successivamente, di un certo interesse è la dichiarazione del Segretario di Stato americano, Condoleezza Rice, che dopo l'arresto di Ante Gotovina sosteneva, il 9 dicembre 2005: «The United States calls on the Government of Serbia-Montenegro and the Bosnian Serb authorities to fulfill their international obligations to the Hague Tribunal without any further delay, in particular through the apprehension and transfer to The Hague of Radovan Karadzic and Ratko Mladic, for whom the Tribunal's doors will always remain open» (http://zagreb.usembassy.gov/press_20051209_en.html).

In estrema sintesi: nel caso della Palestina l'accessione allo Statuto di Roma (e quindi l'accettazione della giustizia penale internazionale) è stata percepita come una via per affermare il diritto all'autodeterminazione esterna sul cammino verso la statualità. Nel caso del Kosovo, l'accettazione e la promozione della giustizia penale internazionale – addirittura consacrata in una disposizione della Costituzione e confermata dalla Corte Costituzionale – sembrano consolidare la posizione dello Stato e la sua capacità di partecipare al «commercio giuridico internazionale». Nei casi di Croazia e Serbia l'adempimento dell'obbligo di cooperare con la giustizia penale internazionale nella cattura dei presunti autori dei crimini internazionali è invece considerato preliminare all'ammissione, o alla maggiore integrazione, degli Stati interessati nelle organizzazioni regionali di riferimento. Si può dunque dire che, perlomeno nei casi esaminati, il rapporto fra giustizia penale internazionale e autodeterminazione dei popoli sembra offrire un *feedback* positivo nel quale la prima promuove la seconda.

3. Giustizia penale internazionale e diritto dei popoli all'autodeterminazione nella prassi della Corte penale internazionale

Tra coloro che invece sostengono che la giustizia penale internazionale abbia avuto ricadute negative sull'autodeterminazione dei popoli non possono non annoverarsi alcuni Stati africani secondo i quali essa avrebbe costituito un elemento di destabilizzazione nelle relazioni internazionali, uno strumento politico che attenta alla pace e alla sicurezza, un'ingerenza negli affari interni e uno strumento attraverso il quale una parte di un conflitto tenta di «criminalizzare» la parte antagonista e, dunque, di delegittimarla¹². Secondo queste ricostruzioni la giustizia penale internazionale avrebbe dunque pesanti ripercussioni sull'autodeterminazione interna di alcuni Stati africani. In realtà in alcuni casi una o più delle parti in conflitto, spesso sospettate di essere responsabili

¹² V. A. BABINGTON-ASHAYE, *The International Criminal Court and Its Potential Impact on Development in Africa*, cit.; e P. LABUDA, *The International Criminal Court and Perceptions of Sovereignty, Colonialism and Pan-African Solidarity*, cit., *supra*, nota 3.

della commissione di crimini internazionali, svolgono un ruolo assai significativo nei negoziati di pace; in questi casi l'intervento esterno della Corte viene considerato come elemento di «disturbo» in una situazione interna già alquanto complessa. E così la Corte penale internazionale ha ricevuto, da parte di alcuni Stati africani, dure critiche di «neo-colonialismo» fino ad essere sarcasticamente definita «Corte penale africana».

Tentando d'individuare dei parametri che possano essere utilizzati per comprendere qual è stato l'impatto dell'esercizio della giustizia penale internazionale sulle dinamiche politiche interne soprattutto nel continente africano potrebbe essere utile analizzare quanto avvenuto in relazione ai diversi meccanismi di attivazione previsti dallo Statuto di Roma, alla luce della prassi della Corte. A questo proposito si possono distinguere tre diverse situazioni, e cioè il deferimento da parte di uno Stato, quello da parte del Consiglio di sicurezza, e l'iniziativa unilaterale, *proprio motu*, del Procuratore¹³.

L'eventualità che uno Stato parte dello Statuto di Roma potesse deferire una situazione al Procuratore perché questo aprisse un'indagine appariva alquanto remota al momento dell'adozione dello Statuto. L'iniziale diffidenza verso questo strumento di deferimento scaturiva principalmente dalla tradizionale riserva degli Stati a intervenire negli affari interni di un altro Stato qualora fosse in gioco un inadempimento rispetto a obblighi derivanti da trattati multilaterali (specialmente nel campo dei diritti umani, nel nostro caso in quello del diritto penale internazionale). Apparve dunque sorprendente che le prime tre situazioni venissero deferite alla Corte penale internazionale non in una prospettiva inter-statale – e cioè lo Stato A che deferisce una situazione in cui venivano commessi crimini internazionali nello Stato B – ma attraverso il cosiddetto *self-referral*, e cioè allorché lo Stato denunciava quanto avveniva sul proprio territorio o parte di esso che, a causa di un conflitto interno, non era da esso pienamente controllato¹⁴.

¹³ Cfr. artt. 12, 13 e 15 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale.

¹⁴ Mi riferisco alle modalità di attivazione della giurisdizione della Corte in Uganda, Repubblica Democratica del Congo e Repubblica Centrafricana. La medesima procedura fu seguita riguardo alla situazione in Mali (deferita al Procuratore nel 2012, con apertura delle indagini nel 2013) e nuovamente in Repubblica Centrafricana, dove una

Un'analisi caso per caso e di tipo empirico delle situazioni appena ricordate e dei successivi sviluppi giudiziari fa emergere almeno due tipi di sfide alla legittimità e al funzionamento della giustizia penale internazionale come disegnata dallo Statuto di Roma. In primo luogo, governi nazionali deboli potrebbero essere tentati di far ricorso alla Corte come strumento per combattere gli oppositori politici interni e allo stesso tempo guadagnare una certa credibilità internazionale attraverso il coinvolgimento, che potrebbe dirsi «opportunistico» (da parte dello Stato), della Corte. E bisogna riconoscere che una situazione di questo genere potrebbe addirittura creare imbarazzo alla Corte allorché il *self-referral* venga sostanzialmente incoraggiato dal Procuratore, com'è avvenuto nel caso dell'Uganda. Le non sempre chiare relazioni instauratesi fra il primo Procuratore, Luis Moreno Ocampo, e il governo ugandese sono state oggetto di pesanti critiche a causa di una presunta mancanza di trasparenza nelle scelte operate dal Procuratore che ha seriamente messo in pericolo la percezione dell'indipendenza della Corte, anche agli occhi della popolazione locale. In secondo luogo, una volta che la competenza della Corte è stata accertata, frequentemente gli Stati coinvolti assumono comportamenti contraddittori rispetto agli obblighi di cooperazione che hanno di fronte alla Corte e al Procuratore, il che spesso denota la natura opportunistica del deferimento della situazione alla Corte. E cioè, la Corte viene sostenuta fino a quando essa serve, seppure indirettamente, gli interessi del governo nelle sue politiche interne e nei rapporti con gli altri Paesi. È proprio ciò che è avvenuto in Uganda dove le autorità statali, escludendo quelle circoscritte aree nelle quali opera la Lord's Resistance Army, non hanno efficacemente adempiuto ai loro obblighi in materia di indagini e di repressione dei crimini, benché fossero concretamente in condizione di farlo.

La possibilità di ampliare l'ambito territoriale e personale della giurisdizione della Corte attraverso le risoluzioni del Consiglio di sicurezza adottate sulla base del capitolo VII della Carta dell'ONU (deferimenti da parte del Consiglio di sicurezza) pone ulteriori problemi in

seconda situazione è stata aperta nel settembre 2014 in seguito a una nuova richiesta delle autorità di quel Paese.

merito ai rapporti tra Stati, Nazioni Unite e Corte penale internazionale allorché si discute di pretese di autodeterminazione e/o di transizioni politiche. Fino ad oggi situazioni di questo genere si sono presentate, benché in condizioni molto diverse, in Sudan-Darfur e in Libia. In estrema sintesi può dirsi che in tali circostanze possono presentarsi quattro tipi di problemi. Il primo è quello del rischio di *double standard* nella selezione delle situazioni sulle quali il Consiglio di sicurezza si pronuncia. Tali decisioni sono fatalmente condizionate dal calcolo politico dei cinque membri permanenti del Consiglio; in questi casi apparirebbe evidente il rischio di frammentazione dell'esercizio della giustizia penale internazionale e le possibili conseguenze negative delle decisioni del Consiglio di sicurezza riguardo alla possibilità della Corte di adempiere il suo mandato. In secondo luogo, potrebbero nascere problemi dalla mancanza di cooperazione da parte delle autorità nazionali. Una volta che una situazione relativa a uno Stato che non sia parte allo Statuto di Roma – e che dunque si suppone, sebbene questo potrebbe discutersi, non abbia alcun obbligo di cooperazione con la Corte secondo quanto previsto dalle parti IX e X dello Statuto – sia stata deferita alla Corte, il Procuratore potrebbe trovarsi nell'impossibilità concreta di svolgere indagini indipendenti e le decisioni della Corte avrebbero scarse possibilità di essere attuate. Basti pensare a quanto avvenuto nel caso del Sudan-Darfur dove il Presidente al-Bashir, recentemente rieletto in elezioni assai contestate, gode internamente di una posizione di forza che gli permette di essere virtualmente immune da qualsiasi decisione della Corte, il che lo ha addirittura indotto a sfidare la Corte recandosi in Stati membri dello Statuto, più di recente, nell'estate del 2015, in Sudafrica durante il Summit dell'Unione africana. In quella circostanza, tuttavia, soltanto il precipitoso rimpatrio di al-Bashir dopo una richiesta di fermo da parte dei giudici sudafricani ne evitò l'arresto¹⁵. Un terzo problema che potrebbe emergere dal deferimento da parte del Consiglio

¹⁵ I due mandati d'arresto contro al-Bashir, il primo Capo di Stato a dover rispondere del crimine di genocidio davanti alla Corte penale internazionale, non sono ancora stati eseguiti, e dunque egli è da considerare latitante. Per quanto avvenuto al 25° Summit dell'Unione Africana, a Johannesburg, nei mesi scorsi, v.: <http://justiceinconflict.org/2015/06/16/bashir-in-south-africa-defeat-victory-or-both-for-international-criminal-justice/>; <http://www.bbc.com/news/world-africa-33157407>.

di sicurezza delle Nazioni Unite è quello derivante dalle critiche e dall'aperta opposizione di organizzazioni intergovernative di carattere regionale, specialmente quando gli interessi d'importanti rappresentanti politici o addirittura di capi di Stato e/o di governo vengono in gioco. La reazione veemente dell'Unione Africana e la sua condanna delle attività della Corte offrono un chiaro esempio del possibile conflitto fra esercizio della giurisdizione penale internazionale e la tendenza a proteggere i leader politici nazionali utilizzando l'argomento del rispetto dell'autodeterminazione dei popoli e dei processi democratici nazionali¹⁶. Quarto, anche quando le autorità nazionali siano ritenute «willing and able» a perseguire gli individui indicati dal Consiglio di sicurezza, la situazione politica in questi Stati può degenerare molto rapidamente rendendo in realtà le autorità nazionali incapaci di dare attuazione agli obblighi internazionali. Un esempio assai controverso di questa ipotesi si è verificato nel caso di Abdullah Al-Senussi, ex capo dell'intelligence militare del colonnello Gheddafi, contro il quale il procedimento avviato dalla Corte penale internazionale si concluse il 24 luglio 2014 con la conferma unanime da parte dell'Appeals Chamber della decisione della Pre-Trial Chamber I dell'11 ottobre 2013, e quindi con la decisione di consegnare Al-Senussi alla Libia, affinché fosse ivi processato. In realtà, la grave instabilità della situazione interna in Libia avrebbe dovuto indurre la Corte quanto meno a riflettere sull'idoneità del sistema giudiziario libico ad occuparsi del caso, e adottare una decisione che tenesse conto della situazione. Vi è di più, il deterioramento della situazione in Libia intervenuto tra la decisione della Pre-Trial Chamber e quella dell'Appeals Chamber, non è stato considerato da quest'ultima perché richiamando la decisione sull'ammissibilità nel caso Saif Al-

¹⁶ V. la dichiarazione del 2013 della sessione straordinaria dell'Unione Africana dove si è confermato il sostegno ai leader del Sudan e del Kenya reperibile al sito: <http://www.au.int/en/content/extraordinary-session-assembly-african-union>. Per un altro significativo esempio di aspra critica dell'operato della Corte, v. la posizione del Presidente dell'Uganda, favorevole a un recesso in massa dallo Statuto di Roma: <http://www.reuters.com/article/2014/12/12/us-africa-icc-idUSKBN0JQ1DO20141212>. L'idea che il Sudafrica fosse prossimo a recedere dallo Statuto di Roma fu diffusa proprio dopo il tentativo di arrestare al-Bashir (BBC, *South Africa may leave the ICC over Bashir arrest row*, reperibile a: <http://www.bbc.com/news/world-africa-33269126>).

Islam Gaddafi ha ritenuto che: «facts which postdate the Impugned Decision fall beyond the possible scope of the proceedings before the Pre-Trial Chamber and therefore beyond the scope of the proceedings on appeal»¹⁷.

In considerazione degli inconvenienti che derivano dagli altri due meccanismi di attivazione, molti osservatori hanno ritenuto che l'azione *proprio motu* del Procuratore costituirebbe l'unico meccanismo tale da permettere un'attivazione davvero indipendente della giurisdizione della Corte. Tuttavia, è innegabile che il Procuratore abbia impiegato anni prima di utilizzare questo meccanismo procedurale, e quando finalmente ha deciso di farvi ricorso, nella situazione riguardante il Kenya, questa scelta ha avuto risultati che non appare esagerato definire disastrosi in relazione alla percezione da parte dei Paesi africani (e del resto del mondo) del ruolo della Corte¹⁸. Le principali questioni sollevate dal ricorso a questa modalità di attivazione della giurisdizione della Corte sono fondamentalmente due: in primo luogo, l'intervento autonomo del Procuratore può avere conseguenze rilevanti sulle politiche nazionali interne, soprattutto quando esso riguardi crimini commessi nel periodo immediatamente successivo allo svolgimento di elezioni politiche e si focalizzi sulle responsabilità configurabili in capo a individui che, sulla base dei risultati del voto popolare, ricoprono importanti ruoli al vertice del Paese. Mi riferisco, a titolo di esempio, alle violenze esplose in Kenya dopo le elezioni del 2007 e alla messa in stato di accusa del Presidente eletto, Uhuru Muigai Kenyatta, e del suo vice, William Samoei Ruto e, successivamente, di Joshua Arap Sang¹⁹. Inoltre, l'intervento del Procuratore è stato da molti percepito, a livello tanto regionale quanto nazionale, come indebita ingerenza negli affari politici interni

¹⁷ <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1807073.pdf>, 20, par. 57.

¹⁸ Si è fatto fin qui ricorso alla procedura *proprio motu* in due circostanze, Kenya e Costa d'Avorio. In entrambe le occasioni il Procuratore è stato autorizzato ad aprire indagini formali dalla Pre-Trial Chamber competente. Su questo meccanismo di attivazione, la sua *raison d'être*, il suo funzionamento e gli inconvenienti da esso derivanti, v. W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court: Struggling to Find Its Way*, in A. CASSESE (a cura di), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, 2012, 250 ss.

¹⁹ Per completezza d'informazione è bene ricordare che il 5 dicembre 2014 il Procuratore ha ritirato l'accusa e la Corte ha accettato tale scelta.

dello Stato ed è stato dunque soggetto ad accuse di politicizzazione e critiche da parte di mass media, organizzazioni regionali (in particolare l'Unione Africana) e altri attori dell'area.

In generale, coloro che più hanno studiato il fenomeno della giustizia penale internazionale hanno sottolineato i rischi di politicizzazione del *proprio motu* da parte del Procuratore soprattutto in relazione alla indeterminatezza e vaghezza di standard quali la «gravità» ovvero l'«interesse della giustizia», che potrebbero condurre a decisioni arbitrarie da parte dell'Ufficio del Procuratore²⁰. Appare dunque innegabile che nei casi in cui il Procuratore ha agito *proprio motu* la giustizia penale internazionale ha avuto un impatto quanto meno discutibile sui profili interni dell'autodeterminazione con particolare riguardo alla partecipazione alla vita politica di coloro che, sulla base di un sostegno popolare, sono chiamati a ricoprire ruoli di particolare responsabilità nei Paesi nei quali i crimini internazionali sono stati commessi. Deve essere tuttavia chiarito nel modo più fermo che quest'ultima osservazione non implica da parte di chi scrive nessuna critica al principio generale per il quale coloro che sono ritenuti responsabili della commissione di crimini internazionali debbano essere indagati e se del caso perseguiti; tanto meno che, in nome di un malinteso «sostegno popolare», costoro possano godere di una qualsiasi forma d'immunità, peraltro del tutto esclusa dallo Statuto di Roma. Sembra invece a chi scrive che i rischi di strumentalizzazione e di politicizzazione delle azioni *proprio motu* debbano indurre il Procuratore a fare ricorso soltanto in casi estremi a tale meccanismo. Si aggiunga che la Pre-Trial Chamber può fungere da «argine», attraverso il passaggio dell'autorizzazione formale ad aprire un'indagine, rispetto ad eventuali iniziative «disinvolte» del Procuratore. Sarebbe comunque opportuno che l'Ufficio del Procuratore stabilisca una chiara «prosecutorial policy» in modo da evitare doppi standard o eccessi discrezionali senza adeguata motivazione delle scelte dell'Ufficio.

²⁰ W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court: Struggling to Find Its Way*, cit., 258 s.

4. Considerazioni conclusive

La prima parte di questo scritto (par. 2) è stata dedicata all'esame di come il ricorso alla giustizia penale internazionale sia stato direttamente o indirettamente utilizzato per rafforzare aspirazioni o pretese di statualità in diversi contesti.

Autodeterminazione dei popoli e giustizia penale internazionale si rafforzano a vicenda nella lettura che del loro rapporto reciproco è stata data dai responsabili dell'autorità palestinese. Attraverso l'accessione allo Statuto di Roma questi ritengono di avere fatto un considerevole passo in avanti verso l'affermazione della Palestina come Stato, al pari di quanto avvenuto, in altro contesto, con l'ammissione all'UNESCO o con l'adozione della risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU che ha riconosciuto alla Palestina lo *status* di «Stato osservatore». Attraverso la dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte, fatta ex art. 12.3 dello Statuto il 1° gennaio 2015 e «convalidata» dall'accessione e accettazione della Palestina come Stato parte dello Statuto, la Palestina esercita un diritto che soltanto uno Stato può esercitare, secondo quanto rilevato proprio dal Procuratore e secondo quanto previsto dallo Statuto di Roma. Non solo: la decisione del Procuratore di avviare l'esame preliminare della situazione (il 16 gennaio 2015) appare come un significativo sostegno all'autodeterminazione della Palestina all'interno della comunità internazionale ed è ben visto da molti dei sostenitori della giustizia penale internazionale. Soltanto il futuro potrà dire se questo esercizio di poteri «sovrani» da parte della Palestina favorirà ulteriori, positivi sviluppi nei negoziati di pace tra Israele e Palestina; al momento occorre riconoscere che non è così.

Nel caso del Kosovo, la disponibilità di quest'ultimo a creare un meccanismo di repressione dei crimini internazionali commessi nel suo territorio potrebbe indurre alcuni Stati che non l'hanno ancora fatto a riconoscere il Kosovo e facilitare l'ammissione di quest'ultimo nelle organizzazioni internazionali, anche se il mancato riconoscimento è spesso stato dovuto a ragioni diverse dall'atteggiamento assunto in passato dalle autorità del Kosovo rispetto all'esercizio della giustizia penale internazionale. L'auspicio è che il lavoro delle Specialist Chambers e dello Specialist Prosecutor's Office contribuisca a stabilizzare e ad

espandere i caratteri della statualità del Kosovo superando i traumi derivanti dalla situazione post-conflittuale. Più specificamente, la repressione dei crimini internazionali dovrebbe aiutare il Kosovo a migliorare la sua posizione all'interno della comunità internazionale, e rafforzare le sue caratteristiche di Stato nel senso del diritto internazionale promuovendo l'autodeterminazione del popolo del Kosovo, così come il rispetto per i diritti delle minoranze serbe in territorio kosovaro.

Caso diverso è quello di Serbia e Croazia. Entrambi questi Stati esistono, così come noi li conosciamo, soltanto da dopo la dissoluzione della Repubblica federativa socialista di Jugoslavia, mentre prima il loro territorio corrispondeva a quello delle omonime Repubbliche federate. Durante gli anni successivi all'inizio delle attività del Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia l'integrazione di quegli Stati nella comunità internazionale fu fatta dipendere in larga misura dalla loro accettazione della giustizia penale internazionale riguardo ai crimini commessi dai loro cittadini e dalla loro cooperazione con il Tribunale. Può dunque dirsi che man mano che il ricorso alla giustizia penale internazionale, concretizzatosi nelle attività del Tribunale penale internazionale *ad hoc*, ha acquisito maggiore rilevanza, la partecipazione di Serbia e Croazia alla vita di relazione internazionale è stata sempre più collegata alla loro cooperazione nella repressione dei crimini internazionali. Non si può tuttavia ignorare che la situazione nell'ex-Jugoslavia appaia per così dire paradigmatica delle difficoltà che la giustizia penale internazionale potrebbe dover affrontare allorché entra in conflitto con la sovranità dello Stato e con l'autodeterminazione dei popoli. Sono molte le ragioni per le quali il Tribunale penale internazionale è ancora attivo; una di queste risiede nel fatto che gli Stati nati dalla dissoluzione della Jugoslavia non sempre hanno cooperato con esso, benché debba riconoscersi che con il tempo la loro cooperazione ha raggiunto livelli significativi, e con essa l'apertura della comunità internazionale alle istanze di partecipazione avanzate da quegli Stati. Nel complesso, si potrebbe argomentare che gli Stati di nuova formazione – o altri attori che intendono dare attuazione al principio di autodeterminazione e aspirano ad essere riconosciuti come Stati – spesso tendono a presentarsi come soggetti responsabili, e cioè come soggetti che si assumono la responsabilità delle loro azioni e che sono pronti ad accettare

che propri cittadini o fatti accaduti sul proprio territorio siano assoggettati alla cognizione da parte dei tribunali internazionali, con evidenti ricadute dal punto di vista di come lo Stato viene percepito dalla comunità internazionale²¹.

Quanto appena ricordato in merito all'impatto che la posizione degli Stati riguardo alla repressione dei crimini internazionali può avere (o non avere) proprio sul loro «essere Stato» aiuta a formulare alcune conclusioni a proposito degli aspetti più problematici del rapporto fra giustizia penale internazionale e autodeterminazione dei popoli, aspetti che sono stati illustrati *supra* (par. 3) e che riguardano soprattutto l'analisi dei meccanismi di attivazione della Corte penale internazionale. L'analisi ivi condotta ha dimostrato che possono in realtà sorgere diversi problemi nei casi in cui, contrariamente a quanto si è visto soprattutto per Palestina e Kosovo, il ricorso alla giustizia penale internazionale non sembra andare nello stesso senso dell'affermazione del diritto all'autodeterminazione. Il primo problema è quello del meccanismo del *self-referral* da parte dello Stato, e cioè quelle situazioni in cui lo Stato da un lato riconosce la propria temporanea incapacità di adempiere l'obbligo di perseguire i crimini internazionali commessi nel proprio territorio e dall'altro, rinunciando a perseguire tali crimini, «amputa», seppure temporaneamente, il diritto di autodeterminazione (interna) dei popoli che hanno scelto la propria forma di governo della quale l'efficacia dell'apparato giurisdizionale è uno dei pilastri. A questo proposito ho osservato che la questione cruciale che nasce dal *self-referral* è la possibile strumentalizzazione da parte di Stati che tentano di delegittimare le opposizioni politiche facendo svolgere indagini contro di esse dall'Ufficio del Procuratore della Corte. Appare difficile non riconoscere che in questi casi, interferendo con le dinamiche politiche interne, il ricorso alla giustizia penale internazionale rischia di entrare in collisione con il diritto all'autodeterminazione. Questo problema è ancora più evidente sol che si consideri che spesso gli autori del *self-referral* sono pronti a

²¹ Per il rapporto tra soggettività e responsabilità in diritto internazionale v., per tutti, R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 5^a ed., Napoli, 1968, 534 s. Per un ulteriore, recente approfondimento delle idee di Quadri, v. G. ACQUAVIVA, *Subjects of International Law: a Power-Based Analysis*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, 1 ss. (sp. 46 ss.).

cooperare con la Corte solo quando questo coincide con i propri interessi, e cioè se coloro che devono essere perseguiti sono gli oppositori del governo, come avvenuto in Uganda, Repubblica Democratica del Congo e Repubblica Centrafricana.

I possibili contrasti tra l'esercizio della giustizia penale internazionale e il diritto di autodeterminazione sono ancora più evidenti nei casi in cui sia il Consiglio di sicurezza a deferire una situazione alla Corte. Le critiche alle quali la giustizia penale internazionale è in questi casi sottoposta s'incentrano soprattutto sul cosiddetto *double standard* e sulla non cooperazione degli Stati interessati. Dal momento che il Consiglio di sicurezza è un organo politico e non giurisdizionale, è agevole argomentare che le sue decisioni sono dettate non dall'esigenza di affermare la giustizia ma dai mutevoli interessi politici dei suoi membri. Coloro che sono colpiti dalle decisioni del Consiglio di sicurezza di deferire una situazione alla Corte possono facilmente sostenere che tali decisioni vanno contro il diritto di autodeterminazione. Di conseguenza, i governi degli Stati che sono colpiti dai deferimenti del Consiglio di sicurezza soltanto raramente hanno dimostrato di volere cooperare con le attività della Corte. Al contrario, si sono spesso adoperati in seno alle organizzazioni regionali per condannare l'operato della Corte, magari adducendo proprio la violazione del diritto di autodeterminazione e arrivando a chiedere agli Stati parti dello Statuto di Roma di recedere.

Neanche il deferimento *proprio motu* da parte del Procuratore può dirsi indenne dai problemi che abbiamo visto esistere in relazione agli altri tipi di *referral*. Dal momento in cui si è fatto per la prima volta ad esso ricorso, cinque anni dopo la creazione della Corte, il meccanismo del deferimento *proprio motu* è stato oggetto di critiche da parte della dottrina e degli Stati per i rischi di politicizzazione in esso insiti che portano all'accusa d'interferenza nei processi politici interni e che possono condurre alla violazione del diritto dei popoli all'autodeterminazione.

Per concludere, la repressione dei crimini internazionali è oggi un obiettivo condiviso pressoché dall'intera comunità internazionale, come dimostrato dall'enorme sviluppo della giustizia penale internazionale nell'ultimo quarto di secolo. Entità che aspirano ad essere riconosciute come Stati, e Stati che desiderano essere integrati nella comunità in si-

tuazioni post-conflittuali sono portati ad accettare la giustizia penale internazionale e la cooperazione con essa anche in casi cui la repressione dei crimini internazionali potrebbe colpire le loro leadership, con conseguenze sull'autodeterminazione interna. Si è tuttavia constatato che in altri contesti la natura prettamente politica del diritto di autodeterminazione dei popoli è stata invece manipolata o strumentalizzata da parte di coloro che – anche qui si tratta spesso di autorità di governo – ostacolano il corso della giustizia penale internazionale per proteggere i loro interessi «personali».

In queste pagine si è tentato di dimostrare che coloro che fanno ricorso o dimostrano di accettare la giustizia penale internazionale per affermare o rafforzare la propria statualità agiscono solitamente in buona fede di fronte alla comunità internazionale; mentre lo stesso non può dirsi per chi si nasconde dietro il diritto di autodeterminazione dei popoli come se si trattasse di uno scudo per sottrarsi alla responsabilità per la commissione di crimini internazionali.

DIE REPRESSION DER INTERNATIONALEN VERBRECHEN ZWISCHEN DEM RECHT AUF SELBSTBESTIMMUNG DER VÖLKER UND DER BEHAUPTUNG DER STAATLICHKEIT

Im letzten Vierteljahrhundert fanden epochale Änderungen in den internationalen Beziehungen statt. Fundamentale Prinzipien, wie der Nichteinmischungsgrundsatz und das Recht auf Selbstbestimmung der Völker wurden anders als in der Vergangenheit interpretiert und angewandt. Oft geschah dies unter dem Druck der „Notwendigkeit“ internationale Verbrechen zu verfolgen. Der Beitrag beschreibt den Zusammenhang zwischen der Verfolgung internationaler Verbrechen (insb. durch die Schaffung internationaler Gerichtshöfe), dem Entstehen eines Staates und seinem „Erscheinen“ auf der Ebene der internationalen Beziehungen, und dem Recht auf Selbstbestimmung der Völker. Zwischen der „Notwendigkeit“ internationale Verbrechen zu verfolgen – welche die Basis des Völkerstrafrechts bildet – und dem Recht auf Selbstbestimmung der Völker besteht eine enge Beziehung. Manchmal wird die internationale Justiz zu einem Mittel für Gemeinschaften, die auf Anerkennung als Staat streben. Palästina sah den Beitritt zum Rom-Statut als ein Mittel, um sein Recht auf Selbstbestimmung zu behaupten und zu verstärken.

Bei vielen afrikanischen Staaten dagegen wird die internationale Strafjustiz als eine Einmischung in nationale Angelegenheiten und eine Beeinträchtigung des Rechts auf Selbstbestimmung empfunden. Der Internationale Gerichtshof wird im Rahmen der Kritik eines „Neokolonialismus“ als „Afrikanischer Gerichtshof“ bezeichnet. Vor allem dann, wenn das Eingreifen des Internationalen Gerichtshofs auf ein *self-referral*, unter Druck des *Prosecutors*, oder einer Resolution des UN-Sicherheitsrates beruht.

Der Beitrag hebt die Spannungen zwischen der internationalen Justiz und dem Recht auf Selbstbestimmung der Völker hervor. Die Berufung auf das Recht auf Selbstbestimmung darf jedoch keinesfalls als

Vorwand und gleichsam als „Schutzschild“ missbraucht werden, um sich der Verantwortung für internationale Verbrechen zu entziehen.

LA GIUSTIZIA DI TRANSIZIONE

Gabriele Fornasari, Roberto Wenin

SOMMARIO: 1. *Introduzione*. 2. *I diversi modelli di giustizia di transizione*. 2.1. *I modelli «puri»*. 2.2. *I modelli «spuri»*. 3. *La tensione tra istanze punitive e i principi del diritto penale*. 4. *Conclusioni*.

1. Introduzione

Nell'analisi dei vari meccanismi di reazione a crimini internazionali merita menzione la c.d. giustizia di transizione. In realtà essa non rappresenta un meccanismo di reazione in senso stretto, essa descrive invece una situazione nella quale il meccanismo è destinato ad operare e che ne condiziona la scelta rispetto agli obiettivi prefissati.

Con il termine giustizia di transizione si fa riferimento ad una tematica assai dibattuta in tempi recenti, le cui radici sono tuttavia lontane, poste addirittura nell'Antichità¹. Il quesito che essa evoca attiene al trattamento da riservare a coloro i quali hanno gestito una posizione di potere violando sistematicamente fondamentali diritti umani, nel momento in cui vi è stata una transizione verso una forma di governo invece rispettosa di tali diritti. Il tema costituisce oggetto di attenzione e approfondimento in maniera assolutamente trasversale; da diversi punti di vista esso può interessare storici, politologi, filosofi e naturalmente i giuristi. Se dapprima la giustizia di transizione ha attirato l'attenzione di costituzionalisti e internazionalisti, da ultimo anche i penalisti hanno dedicato ad essa studi e riflessioni. Da quando, infatti, lo sforzo, almeno a livello programmatico, è stato nel senso di emanciparsi da un sistema di giustizia dei vincitori, il diritto penale ha via via assunto un ruolo

¹ Per una ricostruzione storica delle «radici» della giustizia di transizione sia consentito rinviare a: G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013, 4 ss.

sempre più significativo. Le peculiarità del contesto di riferimento hanno tuttavia indotto modifiche e compromessi idonei a mettere in discussione alcuni istituti e principi che i penalisti ritenevano intoccabili.

Il passaggio storico fondamentale nel sistema della giustizia di transizione si ha subito dopo la fine della seconda guerra mondiale, con l'instaurazione di giudizi internazionali e nazionali aventi ad oggetto i fatti commessi durante l'occupazione tedesca e giapponese. Quanto caratterizza questi processi rispetto alle precedenti esperienze è dato dallo sforzo volto a superare un modello di «giustizia dei vincitori», nel quale si tendeva ad annullare anche le più elementari garanzie degli accusati in omaggio a un ideale di giustizia fortemente legato ad un concetto di palingenesi morale².

L'altro rilevante aspetto di interesse legato alle più recenti esperienze di giustizia di transizione è dato dal superamento dell'idea del monopolio penale, e dei principi cui esso si ispira, nel percorso di superamento del passato. A risposte di tipo retributivo si sono accostati, e talora sostituiti, strumenti di tipo risarcitorio o riparativo, o di tipo simbolico o, ancora, volti all'accertamento di verità storiche, talora affiancati dalla promessa di impunità totale o parziale, legata a comportamenti collaborativi nella ricostruzione del passato e del suo superamento. Da ciò nasce la riflessione sui modelli di giustizia di transizione – come si vedrà difficilmente riconducibili ad un modello unitario –, che ruota principalmente attorno alla scelta circa il ruolo che residua a favore del diritto e del processo penale.

2. I diversi modelli di giustizia di transizione

La riflessione sui diversi modelli di giustizia di transizione non appare affatto agevole, giacché i modelli di cui si discorre scontano peculiarità legate ai differenti contesti storico-sociologici in cui si inseriscono. Difficilmente, infatti, le transizioni realizzatesi si ispirano e sono riconducibili ad un modello «puro», ma sono per lo più il frutto di

² Si veda: P.P. PORTINARO, *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Milano, 2011, 95 ss.

compromessi e adeguamenti ispirati ad esigenze socio-politiche concrete, con modificazioni «in corso d'opera».

Occorre ricordare che i singoli modelli di giustizia di transizione raramente vengono adottati in via esclusiva; solitamente diversi modelli si affiancano in via alternativa (modello sudafricano) o addirittura cumulativa, come nel caso della Sierra Leone.

Da un punto di vista del penalista l'attenzione – più che sulla ricostruzione in termini strettamente classificatori dei diversi modelli e della loro distribuzione geografica – ricade sul ruolo, qualità e quantità, che al diritto penale viene riservato all'interno delle differenti strategie adottate.

2.1. I modelli «puri»

Un primo modello di giustizia di transizione può essere definito come modello «puro», privo di influenze e contaminazioni. Si tratta di una strategia volta al superamento del passato nella quale al diritto penale non viene riconosciuto alcun ruolo o all'inverso ci si affida integralmente per il «regolamento dei conti» allo svolgimento di processi penali secondo le ordinarie regole.

Esempi di soluzioni «pure», che cioè non hanno risentito di una contaminazione fra modelli, sono dati da due esperienze europee di transizione del XX secolo, ovvero quelle della Germania successiva alla dissoluzione della Repubblica democratica tedesca e della Spagna dopo la fine del regime franchista.

Il modello spagnolo può essere definito come il modello dell'oblio. In seguito alla morte di Francisco Franco, avvenuta il 20 novembre 1975, fu, infatti, da un lato avviato un processo di democratizzazione con libere elezioni, dall'altro, per quanto riguarda i crimini commessi durante la dittatura con due fondamentali atti normativi del 1976 e 1977 ci si mosse nel senso di una consapevole scelta a favore dell'oblio e dell'impunità³.

³ Così J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra Civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional*, in *Revista Instituto interamericano de derechos humanos*, n. 45, 2007, 123.

Il r.d.l. 30 luglio 1976, n. 10 dichiarò amnistiati tutti i delitti politici o comunque connessi alla lotta politica, mentre la successiva l. 15 ottobre 1977, n. 46 estendeva l'amnistia anche ai delitti commessi da autorità, funzionari ed agenti dell'ordine pubblico con motivo o in occasione dell'indagine e della persecuzione di atti di dissenso politico o ideologico e ai delitti commessi da funzionari e agenti dell'ordine pubblico contro l'esercizio dei diritti delle persone.

In entrambi i casi si faceva espressamente menzione alla necessità di dimenticare l'eredità del passato al fine di giungere a una convivenza e riconciliazione del popolo spagnolo.

Solo a distanza di molti anni, con la l. 26 dicembre 2007, n. 52, conosciuta come «Legge della memoria storica», fu attuato un ripensamento sugli anni della dittatura, prevedendo e ampliando certi diritti e stabilendo concrete misure a favore di coloro che avevano sofferto violenze e persecuzioni durante la guerra civile e il periodo della dittatura⁴. Si tratta anche in tal caso tuttavia di misure che prescindono dall'intervento del diritto penale.

Sul lato opposto si pone l'esperienza tedesca seguita alla caduta del muro di Berlino, incentrata esclusivamente sulla leva dello strumento penale. Si tratta in tal caso di un modello che può definirsi pan-penalistico.

Con la riunificazione delle due Germanie, il codice penale dell'ex Germania occidentale fu, con alcune eccezioni transitorie, esteso al territorio dell'ex Germania orientale. Ciò pose il problema del diritto sostanziale applicabile in relazione ai fatti commessi in precedenza.

Le tematiche più controverse riguardarono i processi relativi agli spari al muro di Berlino⁵, che si aprirono nei primi anni Novanta, i quali ebbero un ampio seguito mediatico.

⁴ Si tratta ad esempio della previsione della possibilità di ottenere indennizzi economici, di procedere alla localizzazione e individuazione delle vittime del regime, ecc. A commento della legge si veda: J.M. TERRADILLOS BASOCO, *La revisión del pasado y la Ley de Memoria Histórica*, in *Revista penal*, 2010, 151 ss.; A. GIL GIL, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, 2009, 99 ss.

⁵ Ci si riferisce alla condotta degli agenti di polizia che sparavano a coloro che cercavano di superare il confine, dando seguito agli ordini dei superiori, giuridicamente

I contrasti riguardarono *in primis* le fonti applicabili, la loro interpretazione, l'applicazione retroattiva di norme sfavorevoli. A tali tematiche si affiancarono i quesiti circa l'applicabilità delle disposizioni sul concorso di persone ai vertici politici, il possibile ambito operativo dell'istituto della prescrizione, il rapporto fra norme penali interne e obblighi di derivazione internazionale.

Se sul piano della tipicità del fatto non si ponevano particolari problemi di inquadramento, trattandosi in ogni caso di lesioni o omicidi, rimaneva il quesito circa la possibilità di invocare cause di non punibilità⁶. Sul presupposto dell'esistenza di principi generali sovraordinati la condotta fu ritenuta non scriminata; vi sarebbe stata infatti una chiara incompatibilità con la comune concezione di giustizia, peraltro consolidata in numerosi documenti internazionali. Il richiamo era alla nota «formula di Radbruch», elaborata negli anni quaranta dal celebre penalista e filosofo tedesco, che esclude la cogenza della legge laddove il contrasto tra la legge positiva e la giustizia giunga a un grado tale di intollerabilità che la legge in quanto «diritto ingiusto» debba arretrare di fronte alla giustizia⁷.

Altra questione assai dibattuta fu quella concernente la delicata questione della prescrizione dei fatti illeciti commessi nel quadro della violazione di diritti umani da parte del regime della DDR che si concretizzavano nella lesione di diritti fondamentali⁸. A prevalere nella giurisprudenza⁹ fu infine la tesi che considerava irrilevante ai fini della prescrizione il tempo trascorso dal momento del fatto sino al 3 ottobre

inequivocabili e vincolanti, e dunque nella convinzione della liceità – e in quanto tale era infatti qualificata dal diritto della DDR – della loro condotta.

⁶ Il riferimento è in particolare alla causa di giustificazione prevista al § 27 (*Anwendung von Schußwaffen*) della legge sui confini del 1982 (*Gesetz über die Staatsgrenze der Deutschen Demokratischen Republik*) che a certe condizioni permetteva l'uso di armi da fuoco al fine di impedire il passaggio non autorizzato del confine.

⁷ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Heidelberg, 1946, 16.

⁸ Si tratta di situazioni di abuso del diritto, di rapimenti, di violazioni della corrispondenza, ecc.

⁹ Cfr. BGH 18 gennaio 1994 (*BGH St. 40, 55*), con il successivo avallo della Corte costituzionale: BVerfG 12 maggio 1998, in *NStZ*, 1998, 456.

1990, data dell'entrata in vigore del Trattato di riunificazione¹⁰. Tale orientamento trovò poi il conforto dello stesso legislatore con la prima legge sulla prescrizione (*erstes Verjährungsgesetz*) del 26 marzo 1993, entrata in vigore il 4 aprile¹¹. Poiché alcuni processi rischiavano comunque di prescriversi il legislatore in seguito intervenne, altre due volte nel 1993 – con la seconda legge sulla prescrizione (*zweites Verjährungsgesetz*), entrata in vigore il 30 settembre¹² – e nel 1997 – con la terza legge sulla prescrizione (*drittes Verjährungsgesetz*), entrata in vigore il 31 dicembre¹³ –, per postergare anche il *dies ad quem*.

Si può dunque osservare come la soluzione tedesca pur ispirata a un modello pan-penalista ponga al contempo evidenti tensioni con i principi cardine di un diritto penale di stampo liberale, primo fra tutti il principio di legalità.

Accanto a tali modelli semplici o puri di transizione che hanno caratterizzato l'esperienza spagnola e quella tedesca, si possono individuare dei modelli spuri o misti.

2.2. I modelli «spuri»

In Italia nella transizione dal fascismo alla democrazia si assiste ad una combinazione diacronica di modelli. La prima reazione, quella attuata con d.l.g.lt. 27 luglio 1944, n. 159, era di stampo prettamente penale e lasciava poco spazio alla prospettiva del perdono e della riconciliazione. La minaccia della spada penale rimase peraltro tutt'altro che sterile, portando allo svolgimento di numerosi processi. Ben presto però la spinta punitiva si attenuò. Dapprima in via giudiziaria mediante lo strumento dell'interpretazione e quindi con l'intervento normativo. Con d.C.p.S. 22 giugno 1946, n. 4 fu concessa l'amnistia per i delitti politici commessi dopo l'8 settembre 1943 e gli atti di appoggio al fascismo e le condotte di collaborazionismo, con alcune eccezioni riguardanti la

¹⁰ *Einigungsvertrag (Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands)* dd. 31 agosto 1990 (BGBl. II, 885).

¹¹ BGBl. I, 1993, 392.

¹² BGBl. I, 1993, 1657.

¹³ BGBl. II, 1997, 3223.

particolare gravità dei fatti. Il decreto fu preceduto da un'amnistia per i reati politici commessi dagli antifascisti durante il fascismo (d.lt. 17 novembre 1945, n. 719) e prima ancora da un'amnistia per i delitti commessi dai partigiani antifascisti durante la resistenza (r.d. 5 aprile 1944, n. 96). Senza voler prendere posizione sulle critiche circa un eccessivo indulgenzialismo nell'applicazione delle norme richiamate, si può certo dire che emerge nella scelta italiana la volontà politica tendente a una forma di pacificazione sociale.

Altro modello misto di transizione è dato dall'esperienza sudafricana nell'ambito della gestione del superamento del regime dell'*apartheid* e del ricorso alle Commissioni per la verità e la riconciliazione. Rinviando alla trattazione a cura di Antje du Bois-Pedain contenuta in questo volume, per gli scopi del presente scritto ci limitiamo ad osservare come in Sudafrica non si verificò alcuno strappo rispetto ai principi del diritto penale, essendosi sempre applicate disposizioni in vigore al momento del fatto, senza essersi creata alcuna disposizione speciale.

Meritano un breve cenno le travagliate vicissitudini delle transizioni sudamericane¹⁴, caratterizzate da oscillazioni fra iniziali esigenze di pacificazione e recenti svolte «punitivistiche».

Pur presentando alcuni tratti simili, quali il ruolo delle forze armate, la natura particolarmente sanguinosa delle dittature, i vari modelli di superamento del passato che hanno riguardato i Paesi dell'America Latina si caratterizzano per elementi differenziali, talvolta non irrilevanti. Quanto tuttavia accomuna tali esperienze, distinguendole da altre realtà, è dato da un elemento di novità comune, rappresentato dal ruolo primario assunto da un attore inedito: la Corte interamericana per i diritti umani con sede a San José in Costa Rica¹⁵.

¹⁴ Per un quadro più completo delle questioni che hanno riguardato i Paesi dell'America Latina sia permesso rinviare a G. FORNASARI, *op. cit.* in nota 1, 77 ss.; ID., *Giustizia di transizione (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, 555 ss.

¹⁵ Per i necessari riferimenti sul ruolo e sul funzionamento della Corte si veda: S. GARCÍA RAMÍREZ, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Mexico, 2007, ID., *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, Mexico, 2002; S. MONDRAGÓN REYES, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 2010, 135 ss.; J.C. REMOTTI CARBONELL, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, 2003.

Questa Corte regionale diede un forte impulso e contribuì in modo decisivo a far prevalere la leva del diritto e del processo penale rispetto al ricorso ad altri strumenti ispirati all'idea di una pacificazione sociale. Occorre peraltro puntualizzare che questa funzione di impulso ebbe seguito assoluto solo in alcune realtà, mentre trovò resistenze in altre. Fu tuttavia proprio la giurisprudenza di tale Corte, in particolare con la sentenza «Barrios Altos»¹⁶ del 14 marzo 2001, che portò alla riapertura o apertura di processi penali conclusisi talora con severe condanne in Argentina e in Cile. In tale sentenza la Corte statuì che dovevano considerarsi incompatibili con la Convenzione interamericana dei diritti umani e quindi privi di effetto legale le disposizioni di amnistia, le disposizioni di prescrizione e la determinazione di cause di esclusione della responsabilità che mirassero a impedire le indagini e le sanzioni dei responsabili di gravi violazioni di diritti umani come la tortura, le esecuzioni sommarie, extralegali o arbitrarie e le sparizioni forzate, tutte vietate in quanto lesive di diritti inderogabili riconosciuti dal diritto internazionale dei diritti umani¹⁷.

Tale sentenza ha segnato l'inizio di una nuova fase di regolamento con il passato, contraddistinta per l'assoluto protagonismo delle corti penali¹⁸. La scelta della via penale tuttavia non sempre è risultata agevole, specie in presenza di principi ordinatori del diritto e della procedura penale. Emblematica in tal senso è stata l'esperienza argentina che a distanza di anni ha portato ad emersione le tensioni latenti innescate da una scelta di sostanziale impunità per i gravi fatti avvenuti durante il periodo dittatoriale (1976-1983). La svolta nel rapporto tra diritto penale e transizione si ebbe con l'inizio del nuovo millennio e culminò con la sentenza della Corte suprema del 14 giugno 2005 che, dando seguito alle argomentazioni già espresse dalla giurisprudenza di merito, giunse

¹⁶ La causa, come noto, prende le mosse dal massacro avvenuto in un quartiere di Lima il 3 novembre del 1991 da parte delle forze armate peruviane. Il quesito sottoposto alla Corte riguardava la compatibilità tra le leggi di amnistia proclamate in Perù con le obbligazioni derivanti dalla Convenzione interamericana dei diritti umani.

¹⁷ Cfr. punto 41 della sentenza. Il testo integrale è disponibile sul sito della Corte: www.corte.idh.or.cr.

¹⁸ Va rilevato che a rigore l'art. 68 della Convenzione limiterebbe l'efficacia vincolante delle decisioni della Corte ai soli Stati nei cui confronti viene proposto il ricorso.

a dichiarare l'illegittimità costituzionale della *Ley de Punto Final*¹⁹ e della *Ley de Obediencia Debida*²⁰. Nel fare ciò, probabilmente anche per giustificare il mutamento di rotta rispetto al proprio precedente con il quale aveva ritenuto le disposizioni legittime²¹, la Corte si richiamò alle norme internazionali divenute negli anni precedenti parti integranti dell'ordinamento giuridico interno in seguito alla loro ratifica e comportanti inequivocabilmente l'obbligo di perseguire come crimini contro l'umanità le violazioni dei diritti umani commesse durante la dittatura. Non solo: la Corte, pur nella consapevolezza della non vincolatività della decisione per lo Stato argentino, citò espressamente come autorevole precedente la sentenza «Barrios Altos». Ad avviso della Corte le gravi violazioni dei diritti umani che avevano caratterizzato la *guerra sucia* dovevano qualificarsi come crimini contro l'umanità in virtù del diritto consuetudinario e in quanto tali imprescrittibili, non suscettibili di amnistie manifeste o mascherate; su di esse dunque non poteva formarsi giudicato e l'applicazione retroattiva delle norme che le sanzionavano doveva considerarsi meramente apparente, dato che i fatti cui si riferivano, per quanto non espressamente previsti come reati dal diritto interno, erano già qualificabili come illeciti alla stregua della «coscienza giuridica universale» (*derecho universalmente válido*).

¹⁹ L. 26 dicembre 1986, n. 23.492. Si tratta di un provvedimento volto ad impedire l'inizio dell'azione penale per le violazioni di diritti umani e crimini politici violenti (ad eccezione dei casi di rapimenti di bambini e mutamento del loro stato civile) per coloro che non fossero già stati messi sotto accusa o non lo fossero nei sessanta giorni successivi all'emanazione della legge.

²⁰ L. 8 giugno 1987, n. 23.521. La legge interveniva sulla rilevanza della scusante dell'obbedienza all'ordine del superiore, stabilendo di fatto che in tutti i casi di condotte poste in essere da quadri intermedi o subordinati delle forze armate, delle forze di sicurezza o della polizia penitenziaria si doveva presumere, senza possibilità di prova contraria, che questi agissero in base ad un ordine vincolante del superiore, con conseguente incondizionata applicazione dell'esimente; nel caso invece in cui autore del fatto fosse stato un ufficiale superiore, ma non collocato ai vertici più alti della scala gerarchica, sarebbe spettato al giudice stabilire di volta in volta l'applicabilità della scusante. Anche in tal caso peraltro le disposizioni non erano valide per rapimenti e cambio di stato civile di bambini, nonché violenza sessuale.

²¹ Corte suprema Argentina 22 giugno 1987.

Emerge qui a livello locale quella tensione che fortemente ha caratterizzato il diritto penale internazionale, posto fra l'obbligo di fedeltà ad alcuni capisaldi del diritto penale di derivazione illuministico-liberale, *in primis* il principio di legalità, e la necessità di tener conto delle proprie peculiarità (diritto di natura principalmente consuetudinaria o patizia, particolare efferatezza dei crimini)²².

Interessanti profili di riflessione offre l'esperienza della Sierra Leone caratterizzata, come si anticipava nell'introduzione, dal contestuale operare di due distinti meccanismi di reazione: la Commissione per la verità e riconciliazione e la Corte speciale.

Nel 1999, al termine di un lungo e cruento conflitto iniziato nel 1991, ma con focolai di combattimento ancora in corso, fu firmato un accordo di pace (Accordo di Lomé del 7 luglio 1999)²³ fra il governo della Sierra Leone e il RUF (*Revolutionary United Front*) capeggiato dal caporale Foday Sankoh. L'accordo oltre a stabilire all'art. IX, intitolato «Pardon and Amnesty», un'amnistia generalizzata, preveda all'art. XXVI la costituzione di una Commissione per la verità e la riconciliazione, con lo scopo di creare una memoria storica imparziale delle violazioni e degli abusi del diritto internazionale umanitario, fare i conti con l'impunità, promuovere la pace e la riconciliazione, prevenire la ripetizione della violazione dei diritti umani. La Commissione aveva il compito di indagare le cause, la natura e l'estensione delle violazioni e del conflitto. La sua funzione era riconciliativa e catartica ed aveva per oggetto un'indagine sostanzialmente storica, da attuare in due fasi, la prima basata sulla raccolta delle testimonianze e la seconda sull'ascolto pubblico di queste ultime.

Sulla base dell'Accordo fra il governo e le Nazioni Unite del 16 gennaio 2002²⁴, fu istituita la Corte speciale per la Sierra Leone, un tribunale ibrido, formato sia da giudici locali che da giudici internaziona-

²² Cfr. M. CATENACCI, *“Legalità” e “tipicità del reato” nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2003, 16 s.

²³ Va rilevato che l'Accordo di Lomé era stato preceduto da un altro accordo del 1996, siglato sempre tra il governo e il RUF a Abidjan, in Costa d'Avorio, senza però che ad esso fosse seguita la cessazione delle ostilità e violenze.

²⁴ *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone and Statute of the Special Court for Sierra Leone*, 16 January 2002.

li, con il compito di perseguire le persone che avevano avuto le maggiori responsabilità per le gravi violazioni dei diritti umani.

Senza potersi soffermare sulla validità dell'amnistia prevista nell'accordo di Lomé, preme in questa sede evidenziare le tensioni cui ha dato luogo la contestuale presenza di due diversi meccanismi di reazione. Ci limitiamo ad osservare come anche in tal caso la legittimità della clausola di amnistia sia stata esclusa in ragione del conflitto con principi inderogabili di diritto internazionale, aventi valore di *ius cogens*²⁵.

Quanto alla convivenza tra Corte e Commissione è facilmente intuibile come l'operare contestuale di tali due organismi diede luogo a difficili problemi di coordinamento. Particolarmente delicata fu la questione relativa alle testimonianze rese dinnanzi alla Commissione. L'eventualità che le deposizioni rese fossero in seguito utilizzate per un' persecuzione penale davanti alla Corte, peraltro limitata nel suo agire dalle regole e restrizioni della procedura penale, costituiva significativo deterrente che rischiava di rendere sostanzialmente impossibile il lavoro della Commissione²⁶.

L'esperienza della Sierra Leone rivela quanto sia problematico far coesistere due meccanismi di transizione diversi, uno volto precipua-

²⁵ La Comunità internazionale non si oppose all'accordo, riservandosi tuttavia di darne un'interpretazione che facesse in ogni caso salva la possibilità di perseguire gli autori dei crimini internazionali (cfr. in tal senso la dichiarazione del Rappresentante speciale del Segretario generale alla firma del trattato, quella del Segretario generale stesso nel *Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone* del 4 ottobre 2000 §§ 22 ss. e la risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1315 del 14 agosto 2000). Nello stesso senso si pone l'art. 10 dello statuto della Corte speciale. A riguardo, anche in relazione alla pronuncia del Camera d'Appello della Corte speciale del 14 marzo 2004 nel caso Kallon e Kamara sul punto, si rinvia a: A. CASSESE, *The Special Court and International Law. The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 1130 ss.; L.N. SADAT, *The Lomé Amnesty Decision of the Special Court for Sierra Leone*, in C.C. JALLOH (a cura di), *The Sierra Leone Special Court and its Legacy The Impact for Africa and International Criminal Law*, New York, 2014, 311 ss.

²⁶ Significativo appare in tal senso il caso «Hinga Norman» per il quale si rinvia a: N. BOISTER, *Failing to get to the Heart of the Matter in Sierra Leone? The Truth Commission is Denied Unrestricted Access to Chief Hinga Norman*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 1100 ss.; G. FORNASARI, *Giustizia di transizione (diritto penale)*, cit. in nota 14, 564 s.

mente alla riconciliazione sociale e all'accertamento della verità storica, l'altro all'accertamento di specifiche responsabilità penali, se non si definiscono normativamente i reciproci rapporti²⁷.

Non è possibile, anche per gli scopi del presente scritto, soffermarsi sulle numerose altre esperienze nazionali che certamente meriterebbero attenzione²⁸. Quanto preme evidenziare è la diversità e peculiarità dei diversi modelli di transizione, rispondenti a scelte politiche dei singoli Paesi, a fronte però di un dato unitario, rappresentato nell'ottica del penalista dalla tensione rispetto a quelli che più volte abbiamo definito i principi cardine di un diritto penale di stampo liberale.

3. *La tensione tra istanze punitive e i principi del diritto penale*

In molte delle esperienze citate emerge con forza l'esigenza di evitare che gravi violazioni dei diritti umani possano andare esenti da pena. Tale riscoperta esigenza punitiva si trova però a fare i conti con una scelta passata che nell'immediatezza del conflitto si muoveva nel senso di un indulgenzialismo ispirato ad esigenze di pacificazione sociale e riconciliazione. Alla stregua di quanto precede l'attuale pan-punitivismo ha dunque condotto a misure atte a sottoporre a grave *stress* alcuni dei principi cardine del diritto penale. Si va dall'annullamento di atti di amnistia alla riapertura di termini di prescrizione già scaduti con disposizioni o interpretazioni aventi carattere retroattivo; ancora si disapplicano retroattivamente cause di non punibilità o si applicano fattispecie incriminatrici inesistenti al momento dei fatti; infine, viene riconosciuto alla consuetudine un ruolo di possibile fonte di norme penali.

Poste tali premesse, esigenze di metodologia scientifica impongono una differenziazione fra istituti accumulati dal medesimo *nomen iuris*.

²⁷ Sul punto si veda A. BISSET, *Truth Commissions and Criminal Courts*, Cambridge, 2012 (con specifico riferimento al caso della Sierra Leone pagine 90 ss.); A. SESAY, *To Compete or to Complement? Assessing the Relationship between the Sierra Leone Special Court and the Truth and Reconciliation Commission*, in C.C. JALLOH (a cura di), *op. cit.* in nota 25, 481 ss.

²⁸ Per l'analisi dell'esperienza colombiana, uruguaiana, cilena, peruviana si rinvia nuovamente agli scritti citati in nota 14.

È possibile infatti distinguere fra varie tipologie di amnistia. Esistono autoamnistie il cui unico scopo è di sottrarre a pena i detentori di potere prima che essi si siano determinati a cederlo²⁹ e amnistie concesse da un regime democratico, come atto di clemenza al fine di favorire la riconciliazione. Mentre nel primo caso la misura non soddisfa alcuna esigenza né retributiva, né di pacificazione sociale e quindi non si sottrae alle censure di legittimità, altro discorso si può fare per i casi in cui l'amnistia sia più articolata, subordinata a specifiche condizioni e volta al perseguimento di un fine «superiore» rispetto a quello meramente retributivo del *malum passionis propter malum actionis*. La valutazione sulla legittimità della misura è in tal caso di natura principalmente politica investendo un giudizio di opportunità. Su tali premesse la tendenza a delegittimare indistintamente qualunque tipo di amnistia in ragione della necessità di punire sempre e comunque pare infine difficilmente condivisibile. Premesso che all'amnistia dovrebbero in ogni caso affiancarsi meccanismi reattivi volti alla riparazione morale e materiale del torto in termini di ricostruzione storica dei fatti e «risarcimento» dei danni subiti dalle vittime, non può negarsene a priori la legittimità senza un'analisi delle peculiari condizioni che le hanno generate e degli scopi perseguiti³⁰. Anche l'idea retributiva, nella sua accezione più moderna e credibile, non può prescindere dall'obiettivo della preservazione della comunità che si riconosce nell'ordinamento giuridico. Su tali premesse appare discutibile, oltre alla legittimità giuridica, la stessa opportunità politica di interventi di abrogazione retroattiva di provvedimenti che hanno contribuito a un difficile percorso di riappacificazione sociale. Tantomeno convince la prospettazione – non si comprende bene se in termini meramente descrittivi o in un'ottica fondativa – di

²⁹ Una situazione per certi versi ibrida potrebbe rappresentarsi nel caso in cui l'amnistia costituisca per così dire merce di scambio al fine della cessione del potere e della definizione «diplomatica» del conflitto sociale.

³⁰ Rimane naturalmente difficile e in parte certamente politica la definizione del *test di legittimità* che giudichi sull'ammissibilità della singola misura. È possibile tuttavia a nostro avviso individuare degli indicatori di legittimità che si fondano in parte sulla presenza delle altre misure «risarcitorie» già richiamate e in parte su valutazioni di impatto sociale.

amnistie transizionali ad efficacia temporanea³¹. E ciò non solo per esigenze di salvaguardia dello stato di diritto, correndosi il rischio di inquinare tutto il meccanismo politico-giudiziario, ma anche per esigenze strettamente utilitaristiche. L'abuso dello strumento lo renderebbe inidoneo allo scopo, con la conseguenza che una volta svelata la fallacia, verrebbe meno la credibilità *pro futuro* del meccanismo e dunque il suo contributo anche solo temporaneo alla pacificazione sociale.

Come per l'amnistia occorre operare un distinguo anche rispetto alla prescrizione.

L'imprescrittibilità di crimini lesivi di diritti fondamentali si è affermata come dogma nell'ambito del diritto penale internazionale, andando a condizionare anche le legislazioni nazionali. Non è questa la sede per soffermarsi sulla opportunità e possibilità di condividere tale dogma, prima ancora che sul piano giuridico, su quello metafisico. Piuttosto pare opportuno in questa sede interrogarsi sul fatto se la retroazione di tale imprescrittibilità ispirata ad un pan-punitivismo possa apparire giustificata nella particolare situazione dei processi di transizione.

Il tratto comune della prescrizione potrebbe affermarsi nella concezione personalistica che ispira gli ordinamenti liberaldemocratici; essa consentirebbe in altre parole di far venire meno la soggezione dell'individuo alle esigenze punitive, senza rimanere eternamente condizionato alla prospettiva della persecuzione penale³².

Ciò posto, pare legittima la possibilità di far decorrere i termini di prescrizione di gravi violazioni di diritti umani non dal momento del fatto, ma dal momento in cui, essendosi instaurato un regime democratico, è concretamente divenuto penalmente perseguibile quel fatto. Le violazioni commesse da chi detiene un potere illiberale non sono generalmente perseguibili durante il tempo in cui il potere resta nelle mani dei loro perpetratori. Una tale soluzione non pare rappresentare una

³¹ Cfr. G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Padova, 2011, 261 ss.

³² Esigenza questa che si fa particolarmente sentita nell'ambito del moderno pan-penalismo e dell'ipertrofia penale con conseguente perdita di efficacia selettiva del diritto penale sostanziale. Sul punto sia consentito rinviare alle recenti riflessioni sviluppate in R. WENIN, *Disposizioni sull'addestramento nell'uso di armi: un sintomo della degenerazione della coerenza sistemica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1912 ss.

violazione dei principi dello Stato di diritto, né un allontanamento dalla *ratio essendi* dell'istituto della prescrizione, che si fonda sì sulla inazione della macchina della giustizia, ma non sulla sua volontà di non punire.

Diverso giudizio meritano invece quegli interventi normativi volti a modificare *ex post* la determinazione del *dies ad quem* al fine di porre rimedio ad inefficienze dell'apparato giudiziario. Tali inefficienze, non già impossibilità, non possono in linea di principio farsi ricadere sul singolo, che finirebbe per essere strumentalizzato attraverso la retroazione di una disposizione volta a porre rimedio ad una disfunzionalità di sistema, così violandosi il legittimo affidamento ingenerato.

Per quanto concerne infine l'applicazione retroattiva di norme incriminatrici, essa parrebbe frustrare le esigenze di pacificazione sociale ponendosi quale residuo di un giustizia dei vincitori sui vinti. Il richiamo al diritto consuetudinario onde escludere una reale applicazione retroattiva, richiama la dicotomia *nullum crimen sine lege/nullum crimen sine iure*, trattandosi di stabilire, soprattutto nell'ottica di un contagio ad altri settori, diversi dai gravi crimini contro l'umanità, se il diritto penale sia pronto a passare dal primo al secondo principio.

Non si può sottacere il rischio di un indebolimento, difficilmente accettabile secondo i canoni della tradizione liberal-garantista continentale, del principio che si regge sull'affidamento dei consociati nelle norme penali vigenti e nell'interpretazione giudiziale che ne viene data al momento della condotta³³.

Rimane in ogni caso il nodo sull'individuazione della pena concretamente applicabile la cui determinazione rischierebbe di essere assegnata per intero al giudice, senza precisi vincoli normativi³⁴.

³³ Anche se in senso realistico occorre osservare come in molti casi la qualità della stessa legge penale sia ormai «così pregiudicata dalla produzione quantitativamente inflazionistica e qualitativamente sciatta (M. Ainis) da rendere nulla più che una finzione appunto la possibilità per il cittadino di “regolare” il proprio comportamento sulla conoscenza previa di una norma sufficientemente chiara»: F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna 2005, 90.

³⁴ Infatti, anche volendosi ammettere la validità della fonte consuetudinaria ai fini dell'individuazione della condotta punibile, non potrebbe invece rinvenirsi nei testi convenzionali la pena da applicare, nemmeno in modo approssimativo.

4. Conclusioni

Nelle righe che precedono si è cercato di evidenziare le peculiarità di quelle che sono le situazioni riconducibili alla nozione di giustizia di transizione e dei momenti di tensione rispetto ad alcuni capisaldi del diritto penale di matrice liberaldemocratica.

Nell'ambito della riflessione sui diversi meccanismi di risposta a gravi crimini internazionali il contributo mira ad evidenziare come una valutazione sulla scelta dello strumento non possa prescindere dall'analisi delle contingenze che quella situazione hanno generato e che connotano il contesto in cui lo strumento è destinato ad operare. Perdere di vista tale dato significherebbe inficiare l'analisi scientifica, vanificando in radice il processo di astrazione volto all'edificazione di un sistema concettuale di meccanismi reattivi teoreticamente prospettabili.

Da penalisti il quesito che ci poniamo attiene al ruolo che il diritto penale può assumere in contesti di transizione sociale. La domanda in realtà ne evoca un'altra relativa ai margini di torsione che il diritto penale «classico» può sopportare senza rinnegare sé stesso e in principi che lo ispirano. Le tensioni cui il diritto penale è esposto coinvolgono nodi centrali, legati a fondamenti costituzionali – il sistema delle fonti, l'idea di legalità, il potere sovrano di amnistiare – o alla natura stessa dello *ius puniendi*, come la possibilità di dare un significato al passare del tempo attraverso la prescrizione dei reati. Certezze che sono scosse dal disvelarsi di crimini orribili, capaci di turbare le coscienze.

La risposta ai quesiti evocati passa necessariamente attraverso una presa di coscienza circa il ruolo reale che al diritto penale può essere attribuito, senza sovraccaricarlo di aspettative e funzioni che non gli sono proprie.

Nel contesto dei crimini in commento la caratteristica principale del diritto penale risiede nella sua «capacità individualizzante». Nella misura in cui contribuisce all'individuazione dei profili che legittimano l'ascrizione di una responsabilità individuale esso concorre a scongiurare l'idea di una colpa collettiva o di gruppo e ad intaccare i presupposti

di una conflittualità futura³⁵. Ciò non toglie che nel contesto di un conflitto su larga scala vi siano altri strumenti dotati di maggiore flessibilità³⁶ che forse meglio possono contribuire a cercare le cause diffuse della violenza in cui si inserisce il singolo atto e a riconoscere il giusto ruolo alle vittime, agevolando in tal modo l'edificazione di un percorso di riappacificazione e perdono sociale.

In determinate situazioni il diritto penale risulta inevitabilmente sovraesposto e il caricarlo di eccessive aspettative espone ad un inevitabile fallimento emotivo o ad una torsione dei suoi principi.

Se dunque si desidera dare una risposta che non sia meramente emotiva all'esigenza di riaffermare sulle macerie lasciate da sistemi politici illiberali i principi di una convivenza civile, ci si rende subito conto che il diritto penale, con le sue regole e con i suoi processi, può essere solo una parte della risposta; e questo consente di non indugiare nel tenere ferma l'essenza dei principi penalistici di derivazione liberale.

³⁵ Cfr. G. WERLE, *Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, in *ZStW*, 1997, vol. 109, 822 s. Tali esigenze di individualizzazione del richiamo e responsabilizzazione del singolo sono alla base della rivoluzione antropocentrica che a far data dai giudizi di Tokyo e Norimberga ha caratterizzato il sistema della giustizia penale internazionale. Sul rapporto tra responsabilità individuale, statale e collettiva sia permesso rinviare a: R. WENIN, *La responsabilità individuale nel diritto penale internazionale*, in G. FORNASARI, R. WENIN (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale. Atti del XXVII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 26-27 ottobre 2007. Aktuelle Probleme der internationalen Strafjustiz : Akten des XXVII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 26.-27. Oktober 2007*, Trento, 2009, 149 ss.

³⁶ Così Antje du Bois-Pedain nel presente volume con riferimento alle Commissioni per la verità e riconciliazione.

DIE ÜBERGANGSJUSTIZ

Als «Übergangsjustiz» (*Transitional Justice*) bezeichnet man Prozesse, Praktiken und Organisationsformen, die darauf abzielen, Verbrechen einer gewaltsamen Vergangenheit eines Gemeinwesens nach einem gesellschaftspolitischen Umbruch (z.B. Bürgerkrieg, politischem Wandel, Sturz der Vorgängerregierung) aufzuarbeiten, um den Prozess des Überganges von einer Diktatur in eine Demokratie oder vom Krieg zum Frieden zu unterstützen. Seit einigen Jahren haben sogenannte «Transitional Justice»-Ansätze zur Aufarbeitung der konflikthaften Vergangenheit von Gesellschaften verstärkt auch unter den Strafrechtlern an Bedeutung gewonnen.

Zu der «Übergangsjustiz» gehören nicht nur Verfahren vor nationalen und internationalen Tribunalen, sondern viele unterschiedliche Instrumente und Mechanismen, wie Wahrheits- und Versöhnungskommissionen, Reparationszahlungen für die Überlebenden von Kriegsverbrechen, Rehabilitationsprogramme und symbolische Wiedergutmachungen. Diese Instrumente zielen nicht nur auf die Herstellung von Gerechtigkeit, sondern auch und vor allem auf gesellschaftliche Aussöhnung.

Der Beitrag versucht die verschiedenen Modelle der «Übergangsjustiz» zu analysieren. Dabei wird zwischen «reinen» und hybriden Modellen unterschieden.

Im reinen Modell wird entweder auf das Strafrecht Rückgriff genommen oder es kommt umgekehrt gar nicht zum Tragen. Demgegenüber wird das Strafrecht im gemischten Modell von anderen Mechanismen, wie z.B. Wahrheits- und Versöhnungskommissionen, begleitet.

In diesem Zusammengang wird das Spannungsverhältnis zwischen der Übergangsjustiz und den Grundprinzipien eines liberalen Strafrechts, vor allem dem Gesetzlichkeitsprinzip, herausgehoben.

Zusammenfassend wird festgestellt, dass bei beiden Modellen das Strafrecht nur einen Teil der Lösung von Transitionsprozessen darstellen kann. Dies ermöglicht es im Strafrecht die strengen liberalen Grundprinzipien zu erhalten.

IL LIVELLO INTERNAZIONALE
DIE INTERNATIONALE EBENE

II. SESSIONE - ZWEITER TEIL

I TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI CREATI *AD HOC* DAL CONSIGLIO DI SICUREZZA

Flavia Lattanzi

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *La pace attraverso il diritto.* 3. *La competenza razione personae.* 4. *La competenza razione loci e razione materiae.* 5. *La competenza razione temporis e il completamento dell'attività dei due Tribunali.* 6. *Il rapporto fra i due Tribunali ad hoc e le giurisdizioni nazionali.* 7. *Non c'è pace senza giustizia.*

1. Introduzione

Il miglior deterrente per crimini lesivi di interessi comuni alla generalità degli Stati – i c.d. *delicta iuris gentium* – è rappresentato dal maggior rischio per l'individuo – esecutore materiale, superiore gerarchico, complice – di essere penalmente perseguito, piuttosto che dalla (o in aggiunta alla) possibilità di far valere l'eventuale responsabilità dello Stato per non aver prevenuto e/o represso o per aver esso stesso commesso le violazioni per decisione o per mano dei suoi organi.

Il rischio per l'individuo – privato o organo di Stato – di essere punito aumenta naturalmente nella misura in cui gli Stati realizzino a tal fine una cooperazione che permetta, nel caso in cui il sospettato sia un organo statale, il giudizio anche in Stati diversi da quello di appartenenza, in deroga alla norma internazionale sulle immunità. In un primo tempo a ciò si è arrivati soltanto a fini di tutela del combattente una guerra fra Stati, con la possibilità per le giurisdizioni interne di perseguire gli individui responsabili di crimini di guerra anche se organi dello Stato nemico.

In verità, fino al Trattato di Versailles i giudizi erano limitati al periodo del conflitto, in ragione tanto del fatto che i membri delle forze armate di una Parte belligerante si trovavano solitamente nelle mani dell'altra, quanto della prassi delle amnistie, di norma contemplate dai

trattati di pace. A Versailles, invece, abbandonata tale prassi, emerse l'esigenza di assicurare i criminali alla giustizia anche a conflitto ormai concluso, compreso il principale responsabile della stessa guerra di aggressione del 1914: Guglielmo II, che però trovò rifugio nei Paesi Bassi.

Del resto il sistema repressivo del I dopoguerra fallì anche perché le giurisdizioni statali non si mostrarono sollecite ad assicurare alla giustizia neppure gli altri criminali di guerra.

L'intento di operare al di fuori della logica dei vincitori che si ergano a giudici dei vinti contribuì, fra le due guerre mondiali, all'emergere dell'idea di istituire una corte penale internazionale, per la quale furono elaborati, a livello tanto intergovernativo che non governativo, numerosi progetti¹. Ma, anche a causa delle successive vicende belliche, nessuno dei progetti andò a buon fine.

Neppure il sistema creato dopo la II guerra mondiale ha portato a risultati soddisfacenti, nonostante la creazione dei due tribunali c.d. internazionali, ma che, in verità, erano soltanto dei tribunali militari comuni alle Potenze vincitrici. Tale sistema non ha in effetti funzionato al meglio anzitutto per il sospetto di parzialità che non può non accompagnare una giustizia amministrata nei confronti dei vinti da tribunali militari delle potenze vincitrici, ma anche perché la giustizia di Norimberga e di Tokyo ha raggiunto ben pochi individui (22 processati a Norimberga e 28 a Tokyo)² e ha dunque rappresentato un fenomeno marginale di repressione dei crimini di guerra commessi dai vinti. In ogni caso nessuno dei due Tribunali aveva competenza a occuparsi dei crimini commessi nel corso del conflitto dai membri delle truppe delle Potenze vincitrici, come il ricorso all'arma nucleare che rappresenta in sé un attacco su larga scala contro una popolazione civile, o le gravi violenze

¹ V. *Compilation Prepared by the ILC Secretariat of Statutes or Draft Statutes Elaborated in the Past in Connection with the Establishment of an International Criminal Jurisdiction*, May 1992.

² Ma, il Procuratore del Tribunale di Tokyo non ha osato chiedersi se l'Imperatore fosse o no coinvolto nella decisione giapponese di aggredire la Cina, allorché la Corea era sotto una durissima occupazione giapponese fin dal 1905.

sessuali commesse purtroppo anche dalle truppe alleate durante la *debellatio* della Germania.³

Fin dal primo operare delle Nazioni Unite (N.U.), nel campo della cooperazione interstatale per la repressione dei *delicta iuris gentium* si sono tentate vie diverse, anch'esse sostanzialmente fallimentari. Una delle vie è consistita nella responsabilizzazione dei sistemi giuridici statali. È quanto è stato fatto con le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e i loro Protocolli aggiuntivi del 1977, che pongono a carico di tutti gli Stati parti l'obbligo della repressione delle relative violazioni secondo criteri di giurisdizione la cui scelta è lasciata agli stessi Stati, salvo che per le c.d. infrazioni gravi, ivi elencate. Per queste si prevede la competenza obbligatoria secondo il criterio universale «puro» di giurisdizione (indipendente, cioè, da qualsiasi collegamento con la fattispecie criminosa).

Nella Convenzione contro il genocidio e in quella contro l'*apartheid* è stata invece seguita la via mista della previsione tanto della competenza obbligatoria degli Stati, purtroppo solo secondo il criterio territoriale, quanto della competenza di una corte penale internazionale: ma questa non fu mai istituita per il mancato accordo fra i due blocchi contrapposti nella guerra fredda. Per altri *delicta iuris gentium* – schiavitù, terrorismo, traffico di stupefacenti, presa di ostaggi, tortura – si decise di nuovo di responsabilizzare soltanto i sistemi statali, ponendo a carico di questi, nelle varie convenzioni in materia, l'obbligo dell'esercizio della giurisdizione penale secondo criteri diversi, indicati separatamente o cumulativamente: da quello territoriale a quello personale attivo e personale passivo, a quello della detenzione o della sola presenza del sospettato sul territorio dello Stato.

Neppure questo sistema ha funzionato. Non ha funzionato non già per una inidoneità dei sistemi statali a reprimere crimini commessi in violazione del diritto internazionale umanitario e dei diritti dell'uomo: anzi, i tribunali interni, avendo a disposizione strumenti coercitivi, sono i più adatti a realizzare una repressione efficace a fini di deterrenza, obiettivo ultimo di qualsiasi meccanismo repressivo. La ragione è piut-

³ Vedi sul punto F. LATTANZI, *I reati di violenza sessuale nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali*, in S. LA ROCCA (a cura di), *Stupri di guerra e violenze di genere*, Roma, 2015, 67-76.

tosto da ricercare nella mancanza della volontà politica di dotarsi degli strumenti necessari: gli Stati trascurano di emanare una legislazione che attribuisca alla loro giurisdizione la competenza a ricercare e perseguire chi, anche all'estero, si renda responsabile di un crimine seppure a danno di uno straniero e che preveda i reati secondo le qualificazioni accolte nel diritto internazionale, fissando altresì la pena relativa. Inoltre, come vedremo, essi sono portati a riconoscere l'immunità assoluta a vantaggio degli organi di alto rango, tanto dei propri che di quelli di altri Stati.

Di fronte alla mancanza di volontà politica degli Stati di dotarsi di un sistema interno che, da un lato, sia efficace nel perseguire i responsabili di siffatti crimini e, dall'altro, escluda, in materia di crimini di rilevanza internazionale, le immunità costituzionali e le immunità internazionali che operano a favore rispettivamente di propri organi o di organi stranieri di alto rango, nel 1989 si è riaperta la questione della istituzione di una corte penale internazionale. È noto però che, mentre si era nella primissima fase di elaborazione del relativo statuto, si sono create alcune situazioni di emergenza umanitaria comportanti, per la loro gravità ed estensione, una minaccia per la pace e la sicurezza internazionali. Il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (C.d.s.) è dunque intervenuto, ai sensi del Capo VII della Carta delle N.U., per creare due Tribunali penali internazionali *ad hoc*, quello per la ex-Iugoslavia (Ris. 827 del 25 maggio 1993) e quello per il Ruanda (Ris. 955 dell'8 novembre 1994).

Da allora la giustizia penale internazionale, nonostante le difficoltà e i limiti che la sua amministrazione incontra, si è sviluppata in forme diverse, secondo l'inventiva e la duttilità che gli Stati dimostrano di possedere nella ricerca di soluzioni diverse a situazioni diverse sotto l'aspetto spaziale e temporale.

È così che sono sorti, in virtù di un accordo internazionale fra Nazioni Unite e Stato coinvolto, i tribunali c.d. misti, per via del loro carattere interno-internazionalizzato: quello speciale per la Sierra Leone relativamente ai crimini commessi in quel Paese a partire dal novembre 1996, gli *Special Panels* per i crimini del 1999 a Timor-est, le Camere straordinarie di Cambogia per i crimini commessi dai Khmer rossi tra il 1975 e il 1979 ed è in preparazione a Bruxelles, come abbiamo sentito

dal dott. Costi, il Tribunale speciale (kosovaro-europeo) per i crimini dell'UCK (l'ex Movimento di liberazione del Kosovo).

Inoltre, in alcuni Paesi – Bosnia-Erzegovina, Kosovo – sono sorti tribunali essenzialmente interni a relativa partecipazione internazionale (di giudici e personale), che applicano anch'essi direttamente norme internazionali in materia di crimini di guerra, genocidio, crimini contro l'umanità.

Non può invece considerarsi un'istituzione che abbia amministrato giustizia penale internazionale un tribunale come quello che ha giudicato Saddam Hussein e che è stato istituito dalla *Coalition Provisional Authority* (USA-GB) quale forza occupante il territorio iracheno. Esso non aveva alcun carattere di internazionalità nella sua struttura e nel suo funzionamento, né poteva offrire garanzie di imparzialità analoghe a quelle offerte dalle istituzioni internazionali o internazionalizzate sopra indicate⁴. Esso, inoltre, non è sorto nel contesto di una guerra di legittima difesa, come invece Norimberga e Tokyo, ciò che ha potuto dare anche una legittimazione morale a tali Tribunali.

Mi propongo di svolgere qui alcune riflessioni sugli aspetti più problematici che si pongono nell'attività o in connessione con l'attività dei due Tribunali *ad hoc*.

2. *La pace attraverso il diritto*

Nel 1944, allorché, fallita la Società delle Nazioni, si muovevano i primi passi per l'istituzione delle Nazioni Unite, Hans Kelsen preconizzava la nascita di una nuova organizzazione mondiale che garantisse la pace attraverso il diritto⁵. La giustizia penale internazionale, più di altre forme di cooperazione fra Stati, persegue tale ambizioso obiettivo.

I primi due Tribunali penali veramente internazionali sono stati infatti creati dal C.d.s. nel contesto dei poteri attribuitigli per il ristabilimento e mantenimento della pace e sicurezza internazionali ai sensi del

⁴ Si è trattato infatti di un processo farsa: vedi sul punto F. LATTANZI, *Fair Trial e processo a Saddam Hussein*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, 369-384.

⁵ H. KELSEN, *La pace attraverso il diritto* (ristampato e tradotto a cura di L. Ciaurro), Torino, 1989.

Capo VII della Carta. In tal modo, l'Organizzazione mondiale ha ritenuto di poter assicurare la pace, piuttosto che con la forza, attraverso il diritto (visto, del resto, che essa non dispone di un esercito in grado di imporre la pace)⁶.

L'istituzione di detti Tribunali non ha mancato di suscitare alcune perplessità quanto al suo fondamento, e ciò soprattutto in dottrina⁷. Dagli Stati, invece, non sono arrivate contestazioni, ad eccezione di quelle inizialmente provenienti dalla nuova Jugoslavia quanto alla legittimità del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia (TPIY) e del voto negativo del Ruanda all'adozione dello Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (TPIR), motivato essenzialmente dalla non previsione della pena di morte, allora in vigore in Ruanda per reati anche molto meno gravi del genocidio, dei crimini contro l'umanità, dei crimini di guerra.

In verità, nella Carta delle N.U. non è esplicitata la competenza del C.d.s. di istituire – e attribuire la competenza a – meccanismi giudiziari penali e non. È anche vero, però, che il Capo VII attribuisce a tale organo la competenza a raccomandare o decidere misure coercitive militari e non ai fini del mantenimento e ristabilimento della pace e sicurezza internazionali, senza peraltro determinare nel dettaglio tali misure.

⁶ Le Forze di pace non sono infatti l'Esercito delle Nazioni Unite in grado di imporre la pace anche contro la volontà di Stati sovrani, come era stato pensato a S. Francisco nel 1945, ma sono soltanto un surrogato di quel disegno ambizioso, potendo arrivare *in loco* solo con il consenso del sovrano territoriale e solo per svolgere funzioni molto più limitate dell'imposizione coercitivo-militare della pace. A questo fine non ha mai direttamente operato l'ONU, ma sono spesso coercitivamente intervenute coalizioni militari di Stati con o senza l'autorizzazione del Consiglio di sicurezza. Ora, sul territorio siriano, abbiamo per esempio, da una parte, *raids* aerei o di droni ad opera di singoli Stati che intervengono contro l'ISIS senza il consenso di Assad – come USA e Francia – e, dall'altra, *raids* di Stati che intervengono con il consenso di Assad – Russia. Ciò ha portato tale Stato a sostenere che solo il suo intervento è lecito secondo il diritto internazionale. Del resto, gli Stati Uniti hanno protestato contro tale intervento ma solo allorché i *raids* russi hanno colpito anche gruppi di ribelli alleati degli Stati Uniti e da loro addestrati.

⁷ Si veda, per tutti, G. ARANGIO-RUIZ, *The Establishment of the International Criminal Tribunal for the former Territory of Yugoslavia and the doctrine of implied powers of the United Nations*, in F. LATTANZI, E. SCISO (a cura di), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una corte permanente*, Napoli, 1996, 312 ss.

L'istituzione di un tribunale internazionale e l'attribuzione ad esso della competenza a giudicare individui in sostituzione delle giurisdizioni nazionali rappresentano certamente una limitazione della sovranità degli Stati, soprattutto di quelli in qualche modo collegati con il crimine. Ma tale istituzione può ben considerarsi una misura autoritativa più *soft* di un intervento armato che imponga la pace anche contro la volontà del sovrano territoriale, ciò che pure è previsto dal Capo VII, sebbene non si sia mai realizzato perché non si voluto istituire l'esercito delle Nazioni che era stato concepito a San Francisco. D'altronde, l'acquiescenza degli Stati alla decisione del C.d.s. di istituire tali tribunali e la successiva cooperazione con il TPIY della stessa Serbia – succeduta alla nuova Jugoslavia –, nonché del Ruanda con il TPIR, possono essere lette quale conferma della legittimità, a norma della Carta, di tale decisione. In assenza di un organo di controllo delle risoluzioni del C.d.s., l'unica via percorribile per sottrarsi al rispetto di decisioni che gli Stati considerino *ultra vires* sarebbe infatti quella di contestare la legittimità di tali decisioni. Ciò che gli Stati non hanno mancato di fare in altre occasioni.

Ciò non significa che non si imponga una certa cautela nel valutare l'esercizio da parte del C.d.s. di competenze limitative della sovranità degli Stati membri, soprattutto in considerazione della selettività con cui tale organo spesso interviene – ed è intervenuto – con l'istituzione dei due Tribunali, allorché crimini orrendi erano e sono commessi anche in altre situazioni estremamente conflittuali. La cautela si impone alla luce del principio di imparzialità, irrinunciabile soprattutto nell'amministrazione della giustizia penale e certamente a rischio con l'istituzione di qualsiasi tribunale straordinario, anche statale.

La via migliore è dunque certamente quella di un tribunale penale permanente basato su un consenso specifico degli Stati: è quanto è stato fatto con le 123 ratifiche dello Statuto della Corte penale internazionale (CPI) adottato il 17 luglio 1998. Ma non si può non prendere atto delle soluzioni eccezionali cui il C.d.s. è arrivato in situazioni eccezionali.

3. *La competenza ratione personae*

i. La Joint Criminal Enterprise (JCE)

La competenza di entrambi i Tribunali si estende soltanto alle persone fisiche, non essendosi accolta la proposta di seguire l'esempio dei Tribunali di Norimberga e Tokyo cui era stata attribuita altresì la competenza a dichiarare criminali le organizzazioni responsabili della guerra di aggressione del 1939-1945 e degli altri crimini commessi in quella situazione.

Già dal primo procedimento davanti al TPIY, quello contro *Tadić*, si è però avvertita l'esigenza di affrontare la questione della responsabilità individuale nella ipotesi della partecipazione di una pluralità di persone a un comune disegno criminale. Questa ipotesi non è specificamente considerata negli articoli 7(1) e 6(1) degli Statuti rispettivamente del TPIY e del TPIR. Essi si occupano solo delle classiche forme di responsabilità penale della commissione, della pianificazione, dell'ordine, dell'istigazione, della complicità (*aiding/abetting*, in inglese, *aide/encouragement*, in francese). Ma in *Tadić*, secondo un approccio tipico della *common law*, si è voluto caratterizzare la partecipazione di più individui a un disegno criminale – c.d. *JCE* – quale commissione ad opera di tutti i partecipanti di qualsiasi crimine commesso nel contesto di quel disegno, senza distinzione fra autori e co-autori. E si è giustificata l'applicazione di tale forma di responsabilità, nonostante il silenzio su di essa dello Statuto del TPIY, sostenendo che la *JCE* è implicita nell'Articolo 7(1) perché contemplata dal diritto internazionale consuetudinario⁸.

Da allora, vi hanno fatto ampiamente ricorso anzitutto i Procuratori dei due Tribunali negli atti di accusa, fondando molto spesso su tale nozione la loro essenziale tesi accusatoria; le Camere di prima istanza hanno poi seguito tale approccio ricercando nelle prove soprattutto il

⁸ In senso critico si veda la posizione della Camera di prima istanza nella sentenza di *Stakić*, che ha deciso di applicare solo le forme tradizionali di responsabilità espressamente previste nello Statuto. Tale sentenza è stata però riformata in appello sulla base della responsabilità per *JCE*.

comune disegno criminale⁹. Tale approccio ha certamente facilitato al Procuratore la raccolta delle prove e alle Camere la determinazione delle responsabilità di tutti i partecipanti alla *JCE*.

I due Tribunali hanno quindi finito, in sostanza, con il far rientrare dalla finestra ciò che era stato escluso dalla porta. Il ricorso alla *JCE* non significa naturalmente una criminalizzazione di una qualche organizzazione, ma porta pur sempre, anzitutto all'accertamento dell'esistenza di un gruppo di persone legate da un progetto e piano criminale, e solo successivamente alla determinazione delle responsabilità individuali.

La nozione di *JCE* accolta nella giurisprudenza dei due Tribunali ha ricevuto da più parti alcuni rilievi critici: comportando la responsabilità di un individuo indipendentemente dalla sua partecipazione a un crimine specifico e l'attribuzione a tutti i partecipanti al disegno criminale, a prescindere dal ruolo svolto da ciascuno, della responsabilità per commissione diretta dei crimini del contesto *JCE*, lederebbe i diritti della difesa.

Non posso qui esprimere la mia opinione su tali rilievi critici, anche perché, secondo la decisione di appello *Aleksovski* (TPIY), le Camere di prima istanza sono tenute ad applicare la giurisprudenza di appello sulle questioni di diritto e sono coinvolta in due processi in cui le accuse sono fondate anche sulla *JCE*.

Non posso peraltro non rilevare che gli Stati, alla Conferenza di Roma, non hanno voluto accogliere nello Statuto della CPI una nozione ampia di *JCE* quale quella che già nel 1998 era accolta nella giurisprudenza del TPIY¹⁰.

⁹ Alcune decisioni e alcune sentenze dei due Tribunali non hanno ritenuto necessario l'accertamento di un fine criminale, ritenendo sufficiente l'esistenza di un fine anche semplicemente politico, se perseguito mediante la commissione di crimini.

¹⁰ L'Art. 25(3d) dello Statuto della CPI, stabilisce altresì la responsabilità penale di chi «In any other way [rispetto ai modi di cui *sub* a, b, c] contributes to the commission or attempted commission of [such] a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either: (i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime». Con riguardo a quell'ultima ipotesi di *mens rea* merita rilevare che nella giuri-

ii. *La responsabilità individuale per complicità*

Mi occuperò ora brevemente della delicata questione della responsabilità individuale per complicità, soprattutto nella situazione dell'assistenza militare di un esercito allo sforzo bellico di un altro esercito, questione che si è posta in termini problematici e contraddittori nella stessa giurisprudenza dei due Tribunali e ha portato a un acceso dibattito dottrinale.

A tale forma di responsabilità ci si è riferiti anzitutto nel caso *Tadić*, sebbene non ai fini della sua applicazione diretta all'accusato, ma solo in modo strumentale al fine di chiarire la responsabilità per partecipazione a una *JCE*. Si è quindi detto che, mentre la responsabilità per complicità – *aiding/abetting* – comporta la *specific direction* della partecipazione al crimine da parte del complice, nella responsabilità per *JCE* è sufficiente la partecipazione al fine criminale. In questo caso si è poi però anche affermato che la *specific direction* non è altro che un elemento dell'*actus reus* del complice: come dire, la partecipazione per complicità al crimine è partecipazione – e in più sostanziale – al crimine, ciò che è lapalissiano. Non si può certo essere responsabili per complicità se non si partecipa in qualche modo al crimine. Non si voleva dunque dire altro in *Tadić* se non sottolineare la distinzione fra partecipazione per complicità e partecipazione per *JCE*, nella quale, invece, la responsabilità può essere determinata anche solo sulla base della partecipazione al fine comune.

Purtroppo, però, a danno della certezza del diritto, dall'utilizzazione dell'espressione *specific direction* sono poi sorti alcuni equivoci nell'applicazione della complicità.

Sebbene nella giurisprudenza precedente ci si fosse limitati, come è stato ben dimostrato nel caso *Sainović et al.*¹¹, a determinare l'*actus*

sprudenza dei due Tribunal *ad hoc* si applica anche la terza forma di *JCE*, per la quale è sufficiente provare il *dolus eventualis*.

¹¹ *Sainović et al.*, Sentenza di appello del 23 gennaio 2014, par. 1620-1650. Qui si è esaminata in modo approfondito non solo la giurisprudenza interna, ma anche quella esterna successiva alla II guerra mondiale, sia del Tribunale di Norimberga che dei Tribunali di occupazione creati in Germania con la Legge n. 10, nonché la giurisprudenza recente di numerose giurisdizioni statali.

reus dell'*aiding/abetting* sulla base del «contributo sostanziale al crimine», senza l'elemento della *specific direction*, nella sentenza *Perišić* si è applicato tale elemento attraverso una «rilettura» di quella giurisprudenza¹². Nel primo caso summenzionato, la Camera, con l'opinione dissenziente di un giudice, ha rifiutato «the approach adopted in the *Perišić* Appeal Judgement as it is in direct and material conflict with the prevailing jurisprudence on the actus reus of aiding and abetting liability and with customary international law in this regard»¹³.

In effetti, anzitutto nell'opinione dissenziente del giudice di prima istanza¹⁴ e poi nella sentenza di appello che ha assolto l'accusato cassando la sentenza di condanna, si è a mio avviso fatta una rilettura della giurisprudenza precedente costruendo la *specific direction* quale elemento non già della complicità quale fatto giuridico, ma piuttosto quale elemento, tra l'altro mentale, del puro fatto storico – politico-militare – dell'assistenza fornita dall'accusato *Perišić*, uno degli organi posti al vertice dell'esercito serbo (per intenderci, di Belgrado) all'esercito della Republika Srpska (per intenderci, i Serbo-bosniaci di Pale). E ciò, oltre tutto, con una certa ambiguità: si è voluto costruire la *specific direction* quale elemento dell'*actus reus*, ma si è al contempo parlato di *culpable link* (ciò che è *mens rea* e non *actus reus*!); inoltre due giudici della maggioranza hanno tenuto a precisare, in una loro comune opinione individuale, che, a loro avviso, la *specific direction* sarebbe piuttosto elemento della *mens rea*, ma che la maggioranza l'avrebbe applicato all'*actus reus* solo per rimanere fedele alla giurisprudenza precedente...

Tali ambiguità sono una riprova, se si avesse ancora qualche dubbio in proposito, che la maggioranza ha anticipato la *specific direction* al momento in cui l'accusato decideva di fornire l'assistenza militare a un altro esercito con tutti i mezzi a disposizione del proprio esercito con l'intenzione – quindi *mens rea* – che si commettessero crimini. Ma ciò non poteva certo risultare dalle prove, perché è del tutto politicamente improbabile, perfino per il caso di un'organizzazione militare criminale, che un'assistenza venga fornita con l'intenzione specifica che si commettano crimini. La si fornisce in verità al fine di contribuire allo

¹² *Perišić*, Sentenza di appello del 28 febbraio 2013, para. 36.

¹³ *Sainović*, *ibidem*, par. 1650.

¹⁴ *Perišić*, Opinione dissenziente, Sentenza di prima istanza, 6 settembre 2011.

sforzo bellico per la vittoria contro un nemico comune, fors'anche del tutto incuranti del fatto che tale assistenza potrebbe comportare altresì un contributo sostanziale ai crimini sul terreno o perfino consapevoli di ciò. Ma l'assistenza come tale, come puro fatto storico, non è ancora automaticamente complicità con i crimini e non è quindi lì che va ricercata la *specific direction*, quale partecipazione del complice alla commissione dei crimini.

Non posso naturalmente esprimermi sulla questione della responsabilità di *Perišić* per complicità – la sua sussistenza o meno dipende solo dalle prove apportate dal Procuratore –; la Camera di appello lo ha definitivamente assolto e non posso che avere rispetto per la decisione di maggioranza. Alla luce della giurisprudenza di appello successiva a questo caso, non sono però tenuta a rispettare la ricostruzione che della responsabilità per *aiding/abetting* è stata fatta in *Perišić*.

iii. La responsabilità penale a prescindere dalla qualifica ufficiale dell'individuo

Veniamo ora a un altro aspetto particolarmente delicato del corso della giustizia penale e ciò proprio nel caso delle responsabilità più gravi, di quelle cioè degli individui-organismi posti al vertice dell'organizzazione degli Stati coinvolti nella grave situazione di emergenza criminale.

Per via della posizione ufficiale rivestita nei loro rispettivi Paesi da molti accusati, lo svolgimento del processo penale si trova solitamente davanti alla difficoltà dell'esistenza delle regole sulle immunità di cui alcuni organi statali godono, in virtù del diritto internazionale o secondo il diritto costituzionale del loro Stato, al fine di poter svolgere funzioni di governo senza ostacoli di sorta. Ma non è affatto pacifico, a mio avviso, che tali immunità si applichino anche agli organi sospettati di crimini gravi di rilevanza internazionale.

Nelle relazioni internazionali si è già da tempo fatta strada l'idea che il militare-organo di una parte in conflitto possa rispondere di un proprio crimine di guerra a prescindere dalla sua qualifica ufficiale e ciò non soltanto davanti alla giurisdizione di appartenenza, ma anche davanti alla giurisdizione nemica. Come si è già visto, la prassi di con-

templare nei trattati di pace amnistie generalizzate comportava che i sospetti criminali fossero perseguiti solo nel corso del conflitto e soprattutto dallo Stato nemico-cattore. Dopo il Trattato di Versailles, però, i sospetti criminali di guerra hanno cominciato a essere perseguiti anche a conflitto ormai concluso, e perfino davanti alle giurisdizioni di Stati diversi da quello nemico, ma indipendentemente dalla loro qualifica ufficiale. Del resto, le Convenzioni di Ginevra del 1949 impongono a tal fine agli Stati il criterio universale di giurisdizione e prevedono altresì la responsabilità di comando, senza preoccuparsi affatto di un'eventuale immunità di taluni organi.

Con riguardo ai procedimenti penali davanti alle giurisdizioni statali in materia di crimini contro l'umanità sembra invece ancora imporsi il mantenimento dell'immunità tanto funzionale che personale degli organi di alto rango, nonostante il tentativo di alcune giurisdizioni di sottrarsi a ciò. È nota la vicenda davanti alla Corte Internazionale di Giustizia (CIG) dell'extradizione chiesta dal Belgio al Congo, in applicazione del criterio di giurisdizione universale (contenuto in una legge belga e poi eliminato a seguito della decisione della CIG), di un Ministro del governo congolese accusato avanti a un tribunale belga di crimini contro l'umanità commessi nel suo Paese allorché esercitava ancora la funzione di Ministro¹⁵.

Nella controversia che ne è sorta, in ragione del rifiuto del Congo di estradare l'accusato, la Corte ha applicato la norma consuetudinaria internazionale sull'immunità dell'organo straniero per i fatti posti in essere nell'esercizio delle proprie funzioni, accertandone la violazione ad opera del Belgio.

Siffatta decisione, peraltro emessa con alcune opinioni dissenzienti, che ne mostrano l'ambiguità e ne dimostrano la debolezza, è stata da più parti criticata. Del resto, una giurisprudenza statale relativa all'immunità assoluta di taluni organi in procedimenti penali concernenti crimini contro l'umanità è pressoché inesistente nell'una come nell'altra direzione, a dispetto di quanto sostiene la CIG. Si è invece chiaramente affermata l'esigenza della riconciliazione nazionale post-bellica che

¹⁵ ICJ, The Arrest Warrant case of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), Judgment of 14 February 2002.

passi anzitutto attraverso la punizione dei pianificatori, istigatori, complici eccellenti di crimini gravissimi, che mettono a rischio la pace internazionale. E la detta immunità assoluta si trova certamente in contraddizione con siffatta esigenza, di cui la CIG ha trascurato del tutto di prendere atto.

Alla rilevazione dell'*opinio iuris* degli Stati in questo campo la Corte avrebbe forse potuto provvedere in direzione più sensibile allo sviluppo progressivo del diritto internazionale, tanto più che le immunità degli organi stranieri sono sì oggetto di una norma consuetudinaria, ma di carattere dispositivo e non già cogente¹⁶. A mio giudizio, il diritto

¹⁶ Cosa diversa è quella della c.d. immunità degli Stati, che però è una questione di esenzione di uno Stato dalla giurisdizione di un altro Stato, la quale si pone quindi in materia civile e non penale. Mentre, a mio avviso, sulla questione dell'immunità nei procedimenti penali degli organi statali sospettati di crimini contro l'umanità la giurisprudenza interna è pressoché inesistente (si veda però la decisione della Cassazione francese che ha riconosciuto nel 2000 l'immunità dalla giurisdizione penale a favore di *Gheddafi* (Cass. crim., 13 mars 2001, no 00-87215), che, ancora in esercizio, era sospettato di essere responsabile dell'attentato del 19 settembre 1989 contro un aereo dell'UTA, dunque per fatti che potrebbero considerarsi crimini contro l'umanità, e si vedano nel senso opposto le decisioni dei Tribunali spagnoli e inglesi nel caso *Pinochet*, cui non è stata riconosciuta l'immunità allorché egli era però un ex-Capo di Stato, ma per fatti commessi nell'esercizio delle sue funzioni ufficiali), il riconoscimento dell'esenzione degli Stati da giurisdizioni straniere anche in procedimenti relativi a crimini di guerra è supportato da una certa prassi anche internazionale. Si veda per esempio in questa direzione la Corte europea dei diritti dell'uomo con la decisione nel caso *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (21 novembre 2001, n° 35763/97: la concessione «de l'immunité souveraine à un État dans une procédure civile ne méconnaît pas l'article 6 § 1 de la Convention» e cioè il diritto della vittima ad adire le vie giudiziarie). Ma emblematica nelle due direzioni è la vicenda della Germania portata davanti ai tribunali italiani dal cittadino Ferrini, vittima dei crimini di guerra nazisti di cui egli chiedeva la riparazione. Tale vicenda è arrivata davanti alla CIG, che ha deciso a favore della Germania applicando la norma internazionale sull'esenzione degli Stati dalla giurisdizione straniera. È nota la successiva decisione della Corte costituzionale italiana del 22 ottobre 2014, che è andata secondo me un po' oltre il segno (vi si è dichiarata l'illegittimità costituzionale della Legge di adattamento alla Carta delle Nazioni Unite, nella parte in cui comportava l'incorporazione dell'Art. 94(1) della Carta che stabilisce l'obbligo per gli Stati membri di conformarsi alle decisioni della CIG!). Non si può però non condividere la posizione della Corte secondo cui l'applicazione dell'esenzione a favore di Stati stranieri non può compromettere il rispetto di principi irrinunciabili della nostra

internazionale mette ormai il rispetto di alcuni valori fondamentali – quegli stessi che sono protetti attraverso la repressione dei crimini in questione – alla base stessa della convivenza fra gli Stati *inter se* e fra tutte le comunità umane, indipendentemente dalla razza, etnia, religione, credo politico.

Ed è proprio in applicazione dei principi protettivi di questi valori che gli Statuti dei tribunali penali internazionali (di quelli *ad hoc* come della CPI), nonché di quelli misti, contengono tutti la norma che, con una formula *a contrario*, esclude l'immunità, prevedendo la competenza *ratione personae* nei confronti di qualsiasi individuo, a prescindere dalla sua qualifica ufficiale¹⁷. E la CIG ha fatto salva la possibilità di una siffatta specifica previsione sulla base del principio *lex specialis derogat generali*.

Costituzione, di cui agli articoli 2 e 24. Si assiste infatti recentemente alla presa di coscienza da parte anche di altre giurisdizioni statali della necessità di farsi carico della prevalenza su tale esenzione dell'esigenza di tutelare le vittime di crimini che ledono diritti individuali fondamentali. Ne sono ancora debole testimonianza tanto la decisione della Corte di Appello inglese nel caso *Belhaj & Anor v. Jack Straw & Ors* (30 ottobre 2014), che ha escluso l'immunità dello Stato per un fatto di tortura ad opera di ufficiali britannici, quanto l'ammissione della CEDU che «l'immunité absolue des États a subi depuis de nombreuses années une érosion certaine» (*Cudak c. Lituania*, 23 mars 2010, Cour EDH, G.C. n° 15869/02). Ma per ora la risposta repressiva a siffatti crimini posti in essere da individui-organi di alto rango resta sostanzialmente affidata ai TPI e ai Tribunali internazionalizzati, mentre alle giurisdizioni nazionali resta il compito di perseguire i c.d. pesci piccoli.

¹⁷ «The official position of any accused person, whether as Head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment» (Art. 7(2) e 6(2) rispettivamente dei due Tribunali *ad hoc*). La stessa disposizione si ritrova negli Statuti dei Tribunali misti, mentre quello della CPI essa è molto più dettagliata: «1. This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence. 2. Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person» (Art. 27(1)(2)).

La questione dell'immunità funzionale o personale di organi statali accusati di crimini di rilevanza internazionale non si è infatti posta davanti al TPIY per *Milosević*, *Plavsić*, *Karadžić*, *Mladić* e altri organi di alto livello nell'organizzazione statale della ex-Iugoslavia o degli Stati usciti dalla sua disintegrazione, né al TPIR per *Kambanda* e molti ministri del governo ruandese in carica nel 1994, e cioè al momento della commissione dei crimini¹⁸.

L'applicazione della regola che prevede il perseguimento dei sospettati di genocidio, crimini di guerra, crimini contro l'umanità a prescindere dalla loro qualifica ufficiale si è invece trovata dinanzi a un ostacolo insormontabile davanti alla CPI, e cioè la mancata cooperazione degli Stati nell'esecuzione del mandato internazionale di arresto di *Al Bashir*, Presidente del Sudan, emanato già nel marzo 2009.

Ma anche in alcuni casi in cui tale regola ha trovato applicazione con riguardo a organi statali di alto rango, quali *Kenyatta*¹⁹ e *Ruto*, rispettivamente attuale Presidente e vice-Presidente del Kenya, i due procedimenti si sono trovati davanti all'ostacolo, anche se di minore gravità, dell'assenza dell'accusato alle udienze, sebbene lo Statuto non preveda il processo *in absentia*. A favore dei due accusati eccellenti si è introdotta, sostanzialmente *ad personam*, una modifica regolamentare che riconosce il «legittimo impedimento» – nozione portata dai delegati italiani all'Assemblea degli Stati parti della CPI... –, in ossequio, non dovuto a mio avviso, alla funzione svolta dai due suddetti accusati.

4. La competenza *ratione loci* e *ratione materiae*

i. La competenza *ratione loci* del TPIY si estende allo spazio terrestre e aereo e alle acque territoriali dell'ex-Iugoslavia; quella del TPIR allo spazio terrestre e aereo del Ruanda, nonché al territorio degli Stati vicini, ma in questo caso soltanto con riguardo ai crimini commessi da cittadini ruandesi. Qui, dunque, la competenza *ratione loci* si combina

¹⁸ Anche l'ex Capo di Stato liberiano, *Taylor*, è stato processato – e condannato – dal TSSL per fatti commessi allorché era in esercizio.

¹⁹ L'atto di accusa contro il Presidente *Kenyatta* è stato poi ritirato dal Procuratore per insufficienza delle prove a sostegno dell'accusa.

con una competenza *ratione personae*. L'estensione della competenza territoriale al di fuori del Ruanda, nei Paesi limitrofi, si è resa necessaria per la situazione particolare di quella regione composta di Stati legati, dal punto di vista etnico e/o politico, al Ruanda e agli avvenimenti che lì si sono tragicamente svolti nel 1994.

ii. La questione della competenza *ratione materiae* è strettamente legata alla questione del contesto in cui i crimini sono situati e ciò naturalmente dipende dalla situazione particolare di cui ciascun Tribunale si occupa. Ciò spiega perché le norme sulla competenza materiale differiscano considerevolmente nei due Statuti.

Merita preliminarmente rilevare che per la determinazione di siffatta competenza si è scelto il sistema misto tanto del rinvio a norme internazionali pattizie e generali quanto dell'enumerazione diretta dei reati. Nello Statuto del TPIY, in ragione del principio *nullum crimen sine lege*, nel rinviare agli accordi ci si è limitati a quelli considerati dichiarativi del diritto consuetudinario e, fra le relative disposizioni, si è anche fatta una selezione, ma con una formula di apertura («ces violations comprennent, mais sans y être limitées...» (art. 3)). È così che si sono menzionate le Convenzioni di Ginevra del 1949, ma non i Protocolli aggiuntivi del 1977 né le Convenzioni dell'Aia. Maggior coraggio il C.d.s. ha mostrato nella determinazione della competenza materiale del TPIR: qui si è fatto rinvio anche all'integrazione del sistema di Ginevra realizzata nel 1977 con il II Protocollo relativo ai conflitti interni, nonostante la non accettazione, almeno al momento dell'adozione dello Statuto, del suo carattere dichiarativo del diritto generale e lo scarso numero di ratifiche statali. Ma qui, sempre la particolare attenzione al principio *nullum crimen sine lege* ha comportato, accanto al rinvio, la menzione specifica delle violazioni dei sistemi convenzionali in discorso con la selezione di quelli che, almeno a quel tempo, si consideravano di diritto internazionale generale, sebbene con la formula di apertura che abbiamo visto utilizzata nello Statuto del TPIY.

Dunque, la competenza del TPIY ne è risultata determinata nel modo seguente:

- atti di genocidio, secondo l'elencazione identica contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1948 (art. 4);

- crimini di guerra tanto come «infrazioni gravi alle Convenzioni di Ginevra» che come «violazioni delle leggi o consuetudini di guerra» specificamente enumerate (artt. 2 e 3);
- crimini contro l'umanità commessi «au cours d'un conflit armé international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit» (art. 5).

Gli atti di genocidio prescindono, come peraltro nella stessa Convenzione del 1948, da qualsiasi contesto di conflitto. I crimini di guerra sono naturalmente contestuali al conflitto armato e, in ragione del rinvio alle Convenzioni di Ginevra del 1949 e del riferimento all'espressione «leggi o consuetudini di guerra» (tipico del sistema convenzionale dell'Aia, applicabile ai conflitti internazionali), essi sono tutti situati, nello Statuto in questione, nel contesto di un conflitto armato internazionale. Per i crimini contro l'umanità si è invece fatta specifica scelta di situarli nel contesto del conflitto armato internazionale o interno. Tale scelta, in verità riduttiva, è stata influenzata dal sistema di Norimberga, in cui i crimini contro l'umanità rientravano nella competenza del Tribunale solo se connessi ai crimini di guerra. Nel 1993, quindi, non si è ancora avuto il coraggio di sottrarre tali crimini al contesto di un conflitto armato e di permettere al Tribunale di conoscerne anche con riguardo a un periodo in cui si poteva ormai ritenere chiusa in ex-Yugoslavia la situazione conflittuale, ma non cessati i crimini. Tale scelta riduttiva è stata probabilmente altresì determinata dal fatto che in quel primo periodo di intervento in situazioni di grave emergenza umanitaria, ai sensi del Capo VII, il C.d.s. si limitava a collegare la minaccia alla pace sempre a una situazione di conflitto armato (v., fra gli altri, per la Somalia l'operazione dell'UNOSOM e l'autorizzazione all'intervento statale con l'operazione *Restore Hope*; per il Ruanda l'autorizzazione all'intervento delle forze francesi con l'operazione *Turquoise*). Ma, come subito vedremo, già nel 1994, con lo Statuto del TPIR, il C.d.s. sarà più ardito quanto alla nozione di crimine contro l'umanità.

In questo Statuto si prevedono:

- gli atti di genocidio nella stessa formulazione dello Statuto del TPIY (art. 2);

- i crimini di guerra con riguardo soltanto al contesto di un conflitto armato interno, implicito nel rinvio alle violazioni dell'art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra e a quelle del II Protocollo (art. 4);
- i crimini contro l'umanità liberati ormai, finalmente, dal contesto del conflitto armato, ma collegati al contesto di un attacco generalizzato o sistematico diretto contro una qualsiasi popolazione civile in ragione della sua appartenenza nazionale, politica, etnica, razziale o religiosa (art. 3).

La mancata previsione della competenza per crimini di guerra contestuali a un conflitto armato internazionale ha rappresentato, anche qui, una ben precisa scelta politica: quella di non voler valutare l'eventuale coinvolgimento nel conflitto armato in corso nel 1994 in Ruanda di un altro Stato (l'Uganda, Paese nel quale sembra che le forze del Fronte patriottico ruandese (FPR) si siano organizzate e dal quale pare siano scese in Ruanda: *Kagame*, che era a capo di tali forze, era del resto un ufficiale dell'esercito ugandese, sebbene di origine tutsi-ruandese). Tale scelta politica ha comportato conseguenze giuridiche ben precise: il Tribunale ha competenza a occuparsi non già di crimini di guerra del conflitto armato internazionale – e quindi neppure dell'accertamento di un siffatto contesto eventualmente esistente a quel tempo –, ma solo di crimini di guerra contestuali al conflitto armato interno al Ruanda.

Quanto ai crimini contro l'umanità, il fatto di collegarli soltanto al contesto dell'attacco a una popolazione civile per le ragioni sopra indicate, comporta che il Tribunale possa conoscerne anche con riguardo ad aree del Paese, e dei Paesi limitrofi, che non sono state affatto coinvolte nel conflitto armato, nonché con riguardo a un periodo, soprattutto quello successivo al 17 luglio 1994, in cui il nuovo governo di unità nazionale aveva dichiarato cessato il conflitto armato. Va inoltre sottolineato un aspetto molto importante quanto ai crimini contro l'umanità nel TPIR: la nozione accolta, con il riferimento alla ragione dell'appartenenza politica, è stata motivata dalla necessità di permettere la repressione dei crimini commessi a danno del gruppo politico degli Hutu moderati contrari al genocidio dei Tutsi e vittime anch'essi dell'attacco generalizzato e sistematico contro la popolazione civile ruandese.

5. La competenza *ratione temporis* e il completamento dell'attività dei due Tribunali

i. La competenza *ratione temporis*, al momento dell'elaborazione dello Statuto del TPIY, si è posta subito come problematica. C'è chi proponeva come data iniziale quella della proclamazione dell'indipendenza della Slovenia e Croazia (25 giugno 1991) e chi proponeva una data neutra, il 1° gennaio 1991, che non fosse legata «à aucun événement précis» e non implicasse alcun giudizio «sur le caractère international ou interne du conflit» (Par. 62 del Rapporto del Segretario generale delle N.U.: S/25704). È questa la soluzione che è stata accolta (art. 8). Del resto, il C.d.s., nelle Ris. 808 e 827 del 1993, come nello Statuto, ha evitato di dare una qualificazione del conflitto, non volendo prendere posizione sulla eventuale implicazione in esso della nuova Jugoslavia. Nulla si è previsto nello Statuto quanto alla data finale degli avvenimenti rientranti nella competenza del Tribunale.

La competenza *ratione temporis* del TPIR è stata invece subito determinata tanto nella data iniziale, il 1° gennaio 1994, quanto nella data finale, il 31 dicembre dello stesso anno (art. 7). Anche questa è stata una scelta prettamente politica. Quanto alla data iniziale, anche se in anni precedenti crimini gravissimi erano stati commessi sempre nel contesto di un violento confronto interetnico in quel Paese e se lo stesso genocidio del 1994 contro i Tutsi, secondo la giurisprudenza del Tribunale, era stato da lungo tempo pianificato e organizzato, il C.d.s. ha deciso, nell'autunno del 1994, di rivolgere l'attenzione al momento più acuto della crisi. La decisione circa la data finale della competenza *ratione temporis* è stata invece soprattutto determinata dal fatto che, sebbene il Ruanda sia stato teatro di violazioni gravi anche successivamente al 1994, un governo di riconciliazione nazionale era ormai in funzione e la repressione di tali crimini spettava dunque alla giurisdizione ruandese e non già a un Tribunale internazionale straordinario destinato a ristabilire la pace.

ii. Cosa diversa è quella della durata dell'attività dei Tribunali al fine di esaurire la propria competenza *ratione temporis*. Poiché si tratta di due Tribunali straordinari, quindi in ogni caso temporanei, la loro

attività non poteva continuare all'infinito per raggiungere tutti i possibili responsabili, a qualsiasi livello di responsabilità.

La cessazione dell'attività dei due Tribunali era infatti implicita nell'obiettivo perseguito con la stessa istituzione: e, cioè, secondo il Capo VII, il ristabilimento e mantenimento della pace e sicurezza internazionali nelle due aree coinvolte. Ebbene, tale obiettivo sembra essere stato più o meno raggiunto tanto nell'area dell'ex-Iugoslavia, quanto in Ruanda. Del resto, gli Stati usciti dalla disintegrazione dell'ex-Iugoslavia, nonché il Ruanda, hanno ormai ricostruito e rinnovato il loro sistema giudiziario grazie altresì all'assistenza internazionale, rendendolo in grado di amministrare la giustizia penale rispetto ai crimini di competenza dei due Tribunali. Il Ruanda ha perfino abolito la pena di morte proprio perché anche gli individui destinatari di atti di accusa ad opera del Tribunale internazionale possano essere perseguiti dalla giurisdizione ruandese (sul punto v. par. 6).

Era dunque in *re ipsa* che il Consiglio di sicurezza dovesse intervenire per decidere il termine entro il quale l'attività investigativa e giudiziaria davanti ai due Tribunali *ad hoc* dovesse concludersi, la fine di tutti i possibili processi non potendo certo rappresentare un punto di riferimento.

È quanto si è fatto anzitutto con la Dichiarazione del Presidente del C.d.s. (S/PRST/2002/21) e con la successiva Ris. 1503 (2003) sulla c.d. *completion strategy* dello stesso Consiglio. Quest'organo delle N.U. ha cioè chiesto ai due Tribunali di prendere ogni misura in loro potere per condurre a termine le inchieste entro la fine del 2004, completare tutti i processi in prima istanza entro la fine del 2008 e quelli in appello entro il 2010²⁰. Al fine di permettere ai due Tribunali il rispetto di tali termini, il C.d.s. ha altresì affermato l'esigenza che essi si occupassero piuttosto degli organi di rango elevato che, secondo lo stesso Consiglio,

²⁰ Il completamento dei processi di prima istanza è stato poi prorogato di anno in anno fino al 2013 per il TPIR e fino al 2015 per il TPIY²⁰, e il completamento dei processi di appello è stato prorogato di anno in anno rispettivamente sino a fine dicembre 2015, allorché dovrebbero essere terminati anche i processi di appello del TPIR, mentre saranno ancora in corso, necessitando una nuova proroga, alcuni processi in prima istanza e in appello del TPIY.

portano le maggiori responsabilità, rinviando alle giurisdizioni nazionali i c.d. «pesci piccoli»²¹.

I processi agli accusati non si sono però conclusi per la data prevista dal C.d.s., né per l'una né per l'altra situazione, e anche varie inchieste risultavano, alla fine del 2004, ancora aperte. Nonostante le varie proroghe concesse dal Consiglio ai lavori dei due Tribunali, i quali sono ancora in attività, sfuggono tuttora alla giustizia alcuni degli accusati del TPIR²² e liberi sono altresì molti sospettati per i quali i Tribunali non sono riusciti a concludere le inchieste ed emanare i relativi atti di accusa e mandati di arresto internazionale entro il 2004.

È per questa ragione che, al fine del completamento della competenza *ratione temporis* dei due Tribunali, il C.d.s. ha istituito un meccanismo residuale comune – MICT –, che ha ereditato tanto la loro funzione giudiziaria, quanto le funzioni amministrative relative alla gestione delle carcerazioni dei condannati sia ad opera dei Tribunali che dello stesso MICT, nonché quelle relative alla gestione di tutti gli archivi²³.

²¹ Ciò ha reso necessario la modifica del Regolamento dei due Tribunali: su questo aspetto si veda il par. 6.

²² Risultano latitanti 9 accusati, fra cui ministri, comandanti militari, importanti industriali del passato regime che hanno finanziato la distribuzione fra la popolazione civile delle armi: tre dei dossier sono stati trasferiti al MICT e 6 al Ruanda. Il TPIY è invece arrivato a portare dietro le sbarre tutti i suoi accusati, anche se quattro sono ancora sotto processo, e l'ultima sentenza in appello è attesa per dicembre 2015 (alcuni appelli sono già stati ereditati per entrambi i Tribunali dal MICT, al quale andranno anche gli eventuali appelli dei processi in prima istanza ancora in corso davanti al TPIY).

²³ Al MICT sono già state trasferite varie attività giudiziarie – anche procedimenti in appello contro decisioni e sentenze rese in prima istanza dai due Tribunali –, nonché tutte le attività amministrative. Il TPIR chiude i battenti il 31 dicembre 2015. Il TPIY continua invece fino alla stessa data due processi in appello, fino all'anno successivo tre processi in prima istanza, mentre la conclusione del processo contro *Mladić* è prevista per il 2017.

6. *Il rapporto fra i due Tribunali ad hoc e le giurisdizioni nazionali*

Nei due Statuti (art. 9 (1) e art. 8 (1)) si prevede la concorrenza della giurisdizione internazionale rispetto a quelle statali: l'una e le altre sono competenti a occuparsi degli stessi crimini e sospetti criminali. È certo più agevole per un tribunale interno, in particolare un tribunale dello Stato sul territorio del quale il crimine sia stato commesso o quello sul territorio del quale il sospetto reo si trovi, raccogliere le prove a sostegno di un atto di accusa e perseguire l'accusato. In fatto, dunque, sarà un tribunale interno ad avere la priorità dell'azione repressiva.

Tuttavia, i due Statuti, accanto al principio della concorrenza, prevedono anche quello della primazia dei due Tribunali (art. 9, c. 2 e art. 8, c. 2): ciò significa che essi possono sostituirsi, «in ogni fase della procedura», al tribunale interno, chiedendo a questo «il deferimento del procedimento», se così ritengono necessario nell'interesse della giustizia.

Il Tribunale internazionale potrà dunque chiedere allo Stato nel quale un procedimento si sia aperto che il sospetto criminale gli venga trasferito insieme al fascicolo processuale, e ciò per ragioni diverse: esso può, per esempio, ritenere che un processo interno non offra sufficienti garanzie di imparzialità, oppure che un processo contro capi di stato o di governo sia amministrato meglio da un tribunale internazionale, soprattutto allorché la giurisdizione interna riconosca agli organi statali di alto rango l'immunità. In tali casi, il tribunale interno è tenuto a spogliarsi della sua competenza in favore della giurisdizione internazionale.

Dalla formulazione della disposizione in discorso appare però subito evidente che la primazia dei due Tribunali sulle giurisdizioni interne non si impone automaticamente: essa resta condizionata, come tutti gli aspetti della loro attività, dalla natura puramente obbligatoria e interstatale delle norme statutarie, non essendo queste direttamente applicabili sul piano interno (come lo sono, per esempio, i regolamenti comunitari). Per rendere veramente operativo il principio della primazia gli Stati debbono conformare a esso il proprio ordinamento prevedendo una norma specifica a tal uopo. Ciò permetterà loro di eseguire agevolmente le decisioni del Tribunale, pena il possibile intervento coercitivo del

C.d.s. Ma non tutte le leggi statali di adattamento agli Statuti hanno optato per la conformità alla primazia. Mentre alcune si sono pienamente conformate all'obbligo del deferimento in favore dei Tribunali, non prevedendo alcuna procedura di verifica di condizioni particolari, altre, come quella italiana, prevedono invece alcune condizioni al riconoscimento della primazia.

Va però rilevato che la primazia dei due Tribunali rispetto alle giurisdizioni interne, anche dei Paesi direttamente coinvolti nei fatti criminali, non ha subito ostacoli di rilievo.

Ma il carattere temporaneo e non permanente di questi due Tribunali ha comportato, a più di dieci anni dalla loro attività, la necessità di contemplare anche la possibilità di un trasferimento dalla giurisdizione internazionale a quella nazionale, oltre a quella di creare il Meccanismo residuale, pensando in questo caso soprattutto agli accusati che portano – o sospettati di portare – le maggiori responsabilità.

Le Assemblee plenarie dei giudici dei due Tribunali hanno quindi integrato i rispettivi Regolamenti con un nuovo comune – ma non identico nel contenuto – Articolo (11 *bis*), che permette, a certe condizioni, il trasferimento degli accusati e dei relativi *dossiers* processuali, nonché dei *dossiers* concernenti inchieste non concluse con un atto di accusa, alle giurisdizioni nazionali.

In particolare, dopo la conferma di un atto di accusa – ma prima dell'inizio del processo, si precisa nel solo Regolamento del TPIY –, indipendentemente dalla detenzione o meno dell'accusato presso il Tribunale, un Collegio di tre giudici permanenti, per il TPIY, una Camera di prima istanza, per il TPIR decide, *proprio motu* o su richiesta del Procuratore, in contraddittorio fra le parti, se trasferire il caso vuoi allo Stato territoriale, vuoi a quello dell'arresto, vuoi a qualsiasi altro Stato che abbia la competenza e sia «willing and adequately prepared» a ricevere il caso. A tal fine, la Camera dovrà verificare che nello Stato di trasferimento sia garantito un processo equo e che non sia comminata o eseguita la pena di morte. Secondo l'art. 11 *bis* del Regolamento del TPIY, nel decidere il trasferimento, la Camera dovrà considerare la gravità dei crimini e il livello di responsabilità dell'accusato. Secondo entrambe le versioni di tale articolo, la Camera potrà ordinare che restino in vigore nella giurisdizione statale le misure protettive per i testimoni e/o le vit-

time già decise dal Tribunale. Il Procuratore, poi, dovrà fornire tutte le informazioni relative al caso e tutto il materiale a base dell'atto di accusa e potrà monitorare il procedimento presso la corte nazionale. Qualora l'accusato non si trovi in detenzione presso il Tribunale, nel mandato di arresto dovrà indicarsi lo Stato nel quale egli sarà trasferito ai fini del processo. Tanto all'accusato che al Procuratore è garantito il diritto di ricorrere in appello.

Anche queste disposizioni possono considerarsi, a mio avviso, un'espressione del principio di primazia, poiché la gestione del trasferimento resta tutta nelle mani del Tribunale. Forse, proprio alla luce di tale principio, sarebbe stato più opportuno affidare il monitoraggio del procedimento presso la corte nazionale al Tribunale nel suo complesso e ormai al MICT come suo erede, quali istituzioni giudiziarie imparziali, e non già al Procuratore. La scelta fatta sembra un'anomalia, soprattutto nel contesto delle disposizioni dell'art. 11 *bis* piuttosto garantiste dei diritti dell'accusato.

Applicazione del principio della primazia è altresì la possibilità, prima della condanna o dell'assoluzione dell'accusato, su richiesta del Procuratore e ascoltate le autorità statali, di revocare l'ordine di trasferimento e avocare a sé il procedimento ai sensi dell'art. 10, richiedendo il trasferimento dell'accusato alla sede del Tribunale, ciò che lo Stato è tenuto a eseguire senza indugio.

Per quanto riguarda invece i *dossiers* delle inchieste svolte ad opera del Tribunale internazionale, ma non chiuse con un atto di accusa, essi vengono trasferiti alle giurisdizioni nazionali direttamente dai Procuratori dei due Tribunali, senza l'intervento delle Camere a norma della Regola 11 *bis*: è quanto è avvenuto per numerosi *dossiers* trasferiti al Procuratore generale del Ruanda.

7. *Non c'è pace senza giustizia*

Il fatto che i due Tribunali *ad hoc* siano stati creati dal C.d.s. ai fini del mantenimento della pace e sicurezza internazionali significa che essi perseguono altresì l'obiettivo della riconciliazione nazionale.

Ciò non significa, tuttavia, come qualcuno pretende, che i tribunali penali internazionali debbano svolgere una funzione conciliativa. Tale affermazione è frutto di un equivoco. La funzione repressiva è la loro unica funzione. È attraverso l'esercizio effettivo e imparziale della funzione repressiva nei confronti dei responsabili di crimini di rilevanza internazionale che si è pensato di poter contribuire al ristabilimento della pace, nella ferma convinzione che non c'è pace senza giustizia.

La pacificazione e conciliazione nazionale sono dunque un finale obiettivo politico soprattutto dei due Tribunali creati dal C.d.s. nel quadro del Capo VII, ma non già l'essenza della loro funzione, né rappresentano una ulteriore funzione che questi tribunali siano stati chiamati a svolgere.

Non possiamo non chiederci tuttavia se i due Tribunali *ad hoc* abbiano o meno portato con la loro attività repressiva al ristabilimento della pace nelle due rispettive regioni e alla riconciliazione fra le comunità in conflitto.

Ebbene, la pace tiene in Ruanda, e qui è inoltre in atto un processo di riconciliazione nazionale assai significativo, che è stato perseguito anche attraverso la repressione dei crimini del 1994 con le procedure Gacaca, e cioè la giustizia amministrata dai saggi del villaggio, secondo vecchie consuetudini locali adattate alla nuova situazione, che, però, lasciano qualche dubbio quanto alla garanzia dei diritti dell'accusato. Ma la via più significativa per la pacificazione nazionale seguita in Ruanda è quella gestita dalle donne delle due comunità con un programma di educazione dei loro rispettivi figli alla pace, alla riconciliazione, alla convivenza. Sono convinta che questa via, che del resto non è stato affatto ostacolata dalla repressione delle responsabilità penali ad opera del TPIR o delle procedure Gacaca, sarà quella che darà i migliori frutti.

A mio avviso, la pace in ex-Iugoslavia tiene abbastanza, ma non sono convinta che si sia lì intrapreso un processo di riconciliazione nazionale, visto che, da un lato, si è perseguita con l'Accordo di Dayton la soluzione della nascita di nuovi Stati su base etnica, dall'altro, si è finito, con quell'Accordo col cristallizzare la pulizia etnica. Fa eccezione a ciò il Kosovo, dove però ugualmente la riconciliazione è ben lungi dall'essersi realizzata e si è anzi arrivati a una separazione di fatto fra le

due comunità, con una conflittualità ancora in atto. E la programmazione di un nuovo Tribunale per i crimini del Kosovo dimostra che il TPIY, che pure ha competenza anche per questa area geografica, non è riuscito a rendere giustizia alle vittime né a contribuire alla pace e riconciliazione nazionale.

D'altronde, c'è chi sostiene che, in certe situazioni, la repressione dei crimini nuoce alla pacificazione nazionale. Ci si chiede quindi se ci siano altri modi, più efficaci e meno traumatici della repressione penale, di garantire la giustizia nelle situazioni di acute conflittualità fra comunità etniche e/o religiose diverse.

Nei Paesi che escono da decenni di laceranti conflitti interni, si fa infatti spesso ricorso, per facilitare il processo di riconciliazione nazionale e la transizione alla democrazia, vuoi a leggi di amnistia più o meno generalizzata, vuoi all'opera di commissioni di inchiesta che, naturalmente, non hanno il compito di accertare le responsabilità penali, ma che, secondo taluni, garantirebbero meglio tanto la pace quanto la giustizia, mentre la via dei processi penali potrebbe comportare ulteriori lacerazioni. Così hanno operato, fra le altre, la Commissione «Verità e Riconciliazione» del Cile, la Commissione «Verità» del Salvador, «Verità e riconciliazione» del Sud-Africa, «Verità e riconciliazione» del Perù, la «Commissione nazionale di Riconciliazione» del Ghana, «Verità e giustizia» di Haiti, «Verità e riconciliazione» della Sierra Leone, che però ha svolto la sua funzione parallelamente al Tribunale speciale misto, «Verità e Giustizia» del Paraguay, per non menzionare i più significativi fra i numerosi meccanismi che hanno operato e operano tuttora in Paesi diversi (e altri sono in corso di istituzione).

Tali meccanismi sono certamente efficaci nella transizione dal conflitto alla pace, ma, a mio giudizio, solo nella misura in cui non siano chiamati a passare un colpo di spugna sulle responsabilità per crimini orrendi.

Si fa inoltre valere, sempre in nome dell'esigenza di riconciliazione nazionale accompagnata dall'esigenza di una ricostruzione della memoria sui luoghi stessi dei crimini, che le giurisdizioni nazionali del Paese colpito sarebbero più adatte di quelle internazionali all'accertamento delle responsabilità penali. Merita ricordare in proposito, per esempio, che in un primo momento le autorità di Belgrado avevano individuato

nell'esigenza di riconciliazione nazionale e di ricostruzione della memoria un ostacolo alla consegna di *Milosević* al TPIY. È noto come tale argomento sia stato superato, in virtù anche della primazia di cui il Tribunale internazionale gode, ritenendosi che la figura dell'ex-Capo di Stato sospettato di gravi crimini in Bosnia-Erzegovina e in Kosovo, rappresentasse un ostacolo alla pace nella regione se le vittime non potessero ricevere giustizia attraverso un accertamento imparziale delle sue eventuali responsabilità penali. E, al di là del fatto che il processo *Milosević* si è concluso come si è concluso e, sul piano penale, egli resta innocente, è certo che la sua consegna al TPIY e il processo incompiuto ma intentato contro di lui resterà nella storia della giustizia penale internazionale come un fatto di estremo significato per la chiarificazione del rapporto fra tale giustizia e alcune contingenti e discutibili scelte politiche che gli Stati pretenderebbero di fare in nome di un processo di riconciliazione perseguito a danno della giustizia.

Si può quindi fondatamente obiettare che è vano ricercare una giustizia interna che, applicando le norme sulle immunità, salva sempre e solo gli accusati eccellenti, o che non è in grado di offrire le stesse garanzie di imparzialità di una giustizia penale internazionale nei casi concernenti individui che rivestono o rivestivano nel loro Paese una posizione ai vertici dell'organizzazione statale coinvolta nel conflitto e nei crimini.

È così, per esempio, che non ha portato alla pacificazione nazionale la via seguita nel 2005 in Colombia con la *Ley Justicia y Paz*, nonostante vi si contemplasse la smilitarizzazione dei membri delle Forze paramilitari di auto-difesa, l'accertamento delle loro responsabilità penali e il loro reinserimento nella società colombiana. La procedura seguita ha mal funzionato anche in ragione delle pene troppo lievi previste dalla Legge e ancor più lievi allorché comminate dai tribunali. I paramilitari non si sono reintegrati nella società civile e anzi si sono riarmati, dando vita alle *Badcrim*, bande criminali che tuttora operano in Colombia²⁴.

La *Ley Justicia y Paz* ha anche ricevuto una valutazione negativa da parte della Commissione interamericana dei diritti dell'uomo nel caso

²⁴ Si veda in proposito D. RICCARDI, J. AGUDELO TABORDA, *Il cammino della Colombia verso la pace*, in *Peace Processes and Human Dignity*, online *Journal on Law and Politics*, n. 1 (July/August/September 2015).

La Granja, ciò che ha portato la Corte costituzionale colombiana, pendente il procedimento davanti alla Corte interamericana (che poi ha confermato la decisione della Commissione), a imporre alcune significative modifiche della Legge, e ciò soprattutto in nome del rispetto dei diritti fondamentali delle vittime.

Tra le modifiche della Legge in questione imposte dalla Corte costituzionale assume a mio avviso particolare importanza, in un processo di pacificazione che non veda la rinuncia alla giustizia, la confessione dei crimini ad opera dei responsabili.

È quanto, del resto, prevedono anche i Regolamenti dei tribunali penali internazionali quale percorso processuale più breve per l'accertamento della verità: ma sempre col fine dell'accertamento della responsabilità penale e quindi con una sentenza che commini la sanzione penale. Ma l'elemento prevalente del processo diventa la precisa determinazione dei fatti delittuosi grazie alla cooperazione dell'accusato piuttosto che la sanzione. Infatti, l'ammissione di colpevolezza comporta abitualmente una riduzione della pena, anche se la Camera non è vincolata all'accordo sulla pena al quale siano eventualmente addivenuti il Procuratore e l'accusato. È stata questa una procedura frequente nel TPIY, meno frequente nel TPIR. Questa via era seguita anche nella giurisdizione ruandese sulla base di una legge, che, proprio per favorire la riconciliazione nazionale, escludeva la pena capitale per chi ammettesse la propria colpevolezza e prevedeva la sostituzione della metà della pena carceraria con lo stesso numero di anni da dedicare a servizi di utilità sociale. E dalle testimonianze delle vittime e dei condannati ruandesi per genocidio e crimini contro l'umanità, che mi è capitato di ascoltare nei processi cui ho partecipato, appare che tale approccio fosse ben accetto tanto dalle vittime che dai responsabili dei crimini.

Ecco dunque una via che può rappresentare un compromesso fra giustizia e pacificazione, la stessa che è stata negoziata fra le parti del conflitto colombiano anche nel recente Accordo – del 23 settembre scorso (2015) – sulla giustizia di transizione. Si attende perciò, con grande euforia e ottimismo, ma anche con qualche preoccupazione, di vedere come si applicherà concretamente in Colombia, fra i vari accordi raggiunti a l'Avana, soprattutto l'Accordo sulla giustizia di transizione,

in una situazione di conflitto ancora in corso e con l'impegno a farlo cessare entro il 2016²⁵.

Del resto, sul piano strettamente giuridico, il processo di pacificazione in corso in uno Stato il cui territorio sia teatro di un conflitto armato non può condizionare l'*iter* della giustizia penale. L'accertamento delle responsabilità penali per le violazioni gravi dei diritti della persona umana è imposto dalle norme internazionali in materia di diritti dell'uomo come da quelle di diritto internazionale umanitario. È quanto ha avuto occasione di riaffermare la stessa Corte interamericana dei diritti dell'uomo nel caso *La Granja*, in cui essa ha ritenuto che i ricorsi interni che avevano portato a procedure penali, disciplinari e amministrative non avevano reso giustizia alle vittime e ai loro familiari proprio perché il processo penale era stato condotto in modo parziale e solo nei confronti di quattro accusati a fronte di 20 agenti di polizia coinvolti, oltre al fatto che poi le condanne inflitte erano state sospese. La Corte ha quindi condannato la Colombia al risarcimento di danni materiali e morali causati a propri cittadini per via del coinvolgimento di agenti di polizia nei massacri compiuti da forze para-militari.

Ciò significa che ben vengano i negoziati fra le parti che perseguono l'obiettivo della riconciliazione nazionale, ma il processo di pace può essere perseguito solo nel rispetto della dignità umana: è questo il limite che tutti gli strumenti internazionali pongono a una conciliazione fra responsabili e vittime. Se il compromesso non è possibile, o se esso viene perseguito a danno della giustizia, l'obiettivo del processo di pacificazione non potrà che restare vano: si tratterà di un'illusione destinata a svanire, come insegna la storia dei colpi di spugna in molte situazioni che hanno visto il conflitto riaccendersi soprattutto perché le vittime non hanno ricevuto alcuna forma di giustizia.

²⁵ Con gli Accordi dell'Avana si tenta di ricucire tutte le lacerazioni della società colombiana a causa di un conflitto che dura da quasi sessant'anni e di arrivare finalmente a una pacificazione nazionale cercando di conciliare l'accertamento delle responsabilità penali degli uni e degli altri, grazie anche alla cooperazione degli stessi responsabili, con l'inserimento dei ribelli nella vita politica e civile della democrazia colombiana. Compito molto arduo, ma che tutti i protagonisti del negoziato stanno perseguendo con molta determinazione, col supporto di tutta la Comunità internazionale.

DIE VOM UN-SICHERHEITSRAT ERRICHTETEN AD-HOC-TRIBUNALE

Der Versuch, nach dem Zweiten Weltkrieg völkerstrafrechtliche Verbrechen zu ahnden, indem die Besiegten vor einfache Militärgerichte der Siegermächte gestellt werden, ist grundsätzlich gescheitert.

Ebenso gescheitert sind die Bemühungen, die betreffenden Staaten selbst in die Verantwortung zu nehmen, indem sie durch die Genfer Konvention von 1949 zur Verfolgung besonders schwerer Kriegsverbrechen und durch andere Konventionen wie die gegen den Völkermord und gegen die Apartheid zur Verfolgung bestimmter Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch die eigene Gerichtsbarkeit verpflichtet werden.

Die Verfolgung von Kriegsverbrechen und von Verbrechen gegen die Menschlichkeit muss Aufgabe internationaler Strafgerichte sein, und zwar unabhängig von der Position des oder der Angeklagten.

Im Zuge der Prozesse zur Einrichtung des Internationalen Strafgerichtshofes, der 1989 begonnen hat, jedoch erst 1998 abgeschlossen wurde, hat der UNO-Sicherheitsrat zwei Ad-hoc-Strafgerichtshöfe eingesetzt mit dem Ziel, durch die Verfolgung von Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit den Frieden in Ex-Jugoslawien und in Ruanda wieder herzustellen, also in zwei Regionen, in denen zweifelsohne außerordentliche Zustände herrschten.

Vor diesen Ad-hoc-Gerichten und vor den sogenannten Hybrid-Tribunalen von Sierra Leone und Kambodscha müssen sich die Angeklagten ohne Rücksicht auf ihre Position verantworten. Während nach dem Zweiten Weltkrieg unabhängig von der offiziellen Funktion der Angeklagten nationale Gerichte für die Strafverfolgung zuständig waren, stellt heute die Immunität bestimmter Staatsorgane ein großes Hindernis für die Strafverfolgung durch einzelstaatliche Gerichtsbehörden – sei es des jeweiligen, sei es eines anderen Staates – dar, und zwar auch im Falle besonders schwerwiegender Vergehen, wie es Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind. Grundlage

dafür ist die ebenso fragwürdige wie umstrittene Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs.

Die Verfolgung solcher Verbrechen, wenn sie von Organen begangen wurden, die an der Spitze einer Staatsorganisation stehen, ist Sache internationaler Gerichte, während die nationalen Gerichte für die sogenannten kleinen Fische zuständig sind. Die internationalen Gerichte und insbesondere der Internationale Strafgerichtshof führen auch oder vielmehr hauptsächlich Prozesse gegen Rebellenführer. Die Ad-hoc-Tribunale haben sich bisher – von einigen Ausnahmen abgesehen – serbische, kroatische und bosnische „dicke Fische“ vorgenommen und tun dies trotz ihrer Schließung vorwiegend auch weiterhin.

Vor internationale Gerichte können nur Einzelpersonen gestellt werden, weshalb die Nürnberger Lösung, Kollektive für kriminell zu erklären, auf sie nicht anwendbar ist. Die strafrechtliche Verfolgung von kriminellen Vereinigungen, die von der Staatengemeinschaft durch die Vordertür der internationalen Gerichte hinausgejagt wurde, hat eine Entscheidung der Richter der beiden Ad-hoc-Tribunale – nämlich jene zur Verantwortung der „Joint Criminal Enterprise“ – im Grunde genommen durch die Hintertür wieder eingelassen.

Ein heikles und vielleicht noch ungelöstes Problem vor den beiden Ad-hoc-Tribunalen stellt die „spezifische Absicht“ in der Mittäterschaft durch Beihilfe zur Tat und Vorschubleistung dar. Im Perišić-Prozess erster und zweiter Instanz, im Sainović-Prozess erster und zweiter Instanz spielt die Frage der „spezifischen Absicht“ bei der Beihilfe eine wichtige Rolle.

Letztendlich stellt sich die Frage der Funktion der Ad-hoc-Tribunale. Die Tatsache, dass diese für die Wiederherstellung des Friedens errichtet wurden, bedeutet aber nicht, dass sie eine Versöhnung anstreben. Ihre Aufgabe besteht in der Feststellung einer strafrechtlichen Verantwortung, welche oft die Voraussetzung für eine soziale Versöhnung bildet. Letztere stellt jedoch ein politisches Ziel dar, das mit der Tätigkeit der Ad-hoc-Tribunale lediglich zusammenhängt, und welche nur unter Achtung der Menschenwürde (welche auch das Streben der Opfer nach Gerechtigkeit umfasst) erreicht werden kann.

LA SPECIAL INVESTIGATIVE TASK FORCE: L'UNIONE EUROPEA COME NUOVA ATTRICE NELLA GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE

Matteo Costi

SOMMARIO: 1. *L'antefatto*. 2. *L'Unione europea*. 3. *Le basi legali*. 4. *Cosa è, cosa sarà*. 5. *Le domande e le risposte*.

1. L'antefatto

Il 9 giugno 1999 viene firmato dallo Stato Maggiore delle Repubblica Federale Jugoslava (oggi Serbia) e dalla NATO l'accordo di Kumanovo. Con esso si stabilisce il ritiro delle truppe serbe dal Kosovo, la cessazione dei bombardamenti NATO e il dispiegamento di una forza di sicurezza internazionale ("KFOR", in larga parte costituita da paesi NATO) chiamata a verificare l'effettivo ritiro delle forze Jugoslave ma anche a garantire la sicurezza fino all'arrivo della missione civile ONU. Il 10 giugno del 1999 il Consiglio di Sicurezza dell'ONU adotta la risoluzione n. 1244 che istituisce quello che si può definire il primo protettorato ONU. Con tale atto si stabilisce infatti che l'ONU amministrerà la regione del Kosovo.

La fine della guerra con il ritiro delle forze di polizia, militari e paramilitari serbe segna la fine dell'oppressione della popolazione albanese e il rientro dei profughi. Segna però anche l'inizio di un'altra violenza: quella ai danni delle minoranze etniche e di quella serba in particolare. Una violenta campagna persecutoria di rapimenti, torture, omicidi, espulsioni e devastazioni di case serbe e chiese ortodosse. Migliaia di civili serbi abbandonano il Kosovo. Poi tutto tace, l'UCK, il movimento di resistenza albanese che aveva combattuto e contribuito alla liberazione del Paese, diviene una forza politica, fornendo gli amministratori del futuro Kosovo indipendente; ancora oggi buona parte della classe dirigente kosovara viene da quel contesto.

Nel 2008 Carla Del Ponte scrive una autobiografia in cui afferma che durante le indagini compiute in Kosovo sarebbero emersi degli elementi che lasciano intendere l'esistenza di un traffico di organi. Alcuni prigionieri serbi detenuti da forze dell'UCK sarebbero stati portati in Albania dove gli sarebbero stati asportati gli organi poi venduti sul mercato occidentale.

Il Consiglio Europeo incarica Dick Marty, senatore svizzero, di fare una verifica sul campo per accertare se i fatti affermati sono fondati. Dick Marty conclude il suo *report* alla fine del 2010. In tale documento non solo si confermano le ipotesi avanzate da Carla Del Ponte, ma si sottolineano altre due circostanze di centrale importanza per la genesi della SITF: innanzitutto, serbi e altre minoranze sono stati sottoposti a campagne persecutorie sistematiche che hanno comportato la sparizione e la morte di centinaia di persone e l'espulsione di migliaia. Questa campagna era di natura organizzata – non si trattava di una semplice spontanea vendetta – e in particolare era stata organizzata da quelli che erano i vertici dell'UCK o comunque persone collegati a questi. Persone che nel 2010 al tempo del *report* rivestivano importanti ruoli nel Kosovo. Tali soggetti avrebbero goduto di una totale impunità, in quanto i testimoni furono messi a tacere, uccisi, minacciati, corrotti; vi sarebbe stato un clima di terrore che avrebbe portato a una situazione di omertà assoluta.

La seconda sconcertante conclusione del *report* è che la comunità internazionale avrebbe fatto finto di nulla, ignorando e insabbiando le indagini che avevano ad oggetto tali vertici. In un'ottica pragmatica di *Realpolitik* si sarebbe privilegiata la stabilità rispetto ad esigenze di giustizia. Perseguire i responsabili avrebbe potenzialmente significato decapitare la classe dirigente kosovara formatasi nell'UCK e alleata della NATO in chiave anti Serba. La politica internazionale avrebbe deciso dunque di non intervenire dando luogo a una sostanziale immunità – o impunità.

È dunque alla luce di questo quadro che l'Unione Europea (UE) ha ritenuto improrogabile la creazione di un meccanismo giudiziario volto a superare questo stato di sostanziale impunità. E lo ha fatto con la istituzione della *Special Investigative Task Force* (SITF) con a capo un

procuratore e con il compito di svolgere un'indagine di natura giudiziaria sui fatti indicati nel *report* di Marty.

Quanto fin qui detto rileva nella discussione, cuore di questo convegno, se tra i vari meccanismi di risposta a crimini di massa si debbano preferire commissioni di verità e giustizia ovvero scegliere la strada retributiva di indagini giudiziarie e processi penali. Al di là delle tante considerazioni che si possono svolgere, la genesi di SITF (e dunque la scelta di una risposta giudiziaria-retributiva) dimostra che le commissioni di verità e giustizia possono funzionare solo laddove il regime responsabile dei crimini abbia capitolato. Se quel regime detiene ancora un potere capillare nel paese, torna la necessità della minaccia della spada del diritto penale. E ciò perché nessuna vittima o testimone è disposto a testimoniare sui fatti subiti se il responsabile di tali fatti è e rimarrà una minaccia per la sua incolumità e quella dei suoi cari. A ciò si aggiunga che, piaccia o meno, il primordiale “bisogno retributivo” è incentivo più forte di un generico “bisogno riconciliativo” alla collaborazione con gli organi inquirenti – specie quando si parla di chi collaborando si espone alle ritorsioni di un sistema di potere ancora forte nel paese.

2. *L'Unione europea*

Perché l'UE entra in gioco?

Il primo motivo è che si tratta di vicende europee o che quanto meno riguardano la sfera d'influenza europea. È innegabile che situazioni come quelle descritte abbiano direttamente o indirettamente ripercussioni – anche in termini di sicurezza – sui paesi dell'Unione.

Il secondo motivo è legato al fatto che dal 2008 l'UE è già in Kosovo. La missione ONU che è entrata in Kosovo con le truppe NATO e KFOR nel 1999 è stata progressivamente sostituita da una missione dell'UE denominata EULEX – cioè la prima importante missione di *rule of law* organizzata e dall'UE. Dal 2008 è dunque l'UE (e non l'ONU) che contribuisce a incardinare le nascenti istituzioni kosovare sui principi dello stato di diritto.

Missione di *rule of law* significa, tra le altre cose, consulenza nella definizione del nuovo quadro normativo, ma anche intervento diretto nella amministrazione della giustizia: giudici e procuratori internazionali dell'UE collaborano attivamente con quelli locali. E tra questi uno *Special Prosecutor Office* (SPRK) diretto da un internazionale sotto l'egida dell'UE. Quindi l'UE svolgeva già funzioni giudiziarie in Kosovo.

SITF nasce perciò come emanazione del SPRK attraverso una riorganizzazione interna dell'ufficio. SITF è dunque parte di EULEX-SPRK, con alcune fondamentali peculiarità: 1) fa base a Bruxelles e non a Pristina, 2) i suoi componenti sono internazionali e 3) opera in sostanziale indipendenza da EULEX.

Ma se la legittimazione formale nasce da EULEX, perché allora sorge la necessità di istituire questo nuovo peculiare organismo?

Le ragioni vanno trovate nel *Report* di Marty. In primo luogo, l'alto profilo delle indagini: non si tratta solo di indagare sul singolo episodio criminoso, ma di capire se c'è stata una campagna massiva e sistematica riconducibile ai vertici di potere. La complessità e la delicatezza delle indagini rendono necessaria l'istituzione di un organo *ad hoc*.

In secondo luogo entra in gioco la sicurezza. Non solo e non tanto quella di chi svolge le indagini, quanto soprattutto quella dei testimoni e delle informazioni che vengono acquisite. Omertà, corruzione e intimidazioni sono problemi cronici di parte della società (e di certa cultura tradizionale) Kosovara – per certi versi non dissimile dalla cultura mafiosa di casa nostra. Isolare SITF dal territorio Kosovaro e operare in autonomia e segretezza sono tutte misure volte a limitare il rischio di fughe di notizie e proteggere la incolumità dei testimoni.

3. Le basi legali

Ma quali sono le basi legali perché l'UE si impegni in un'indagine e un processo penale internazionale in Kosovo? Il punto di partenza va cercato nel trattato di Lisbona, in particolare nel Titolo V che regola l'*External Action* – ossia il «ministero degli esteri» nell'ambito del quale opera SITF in quanto inserita nell'ambito della missione all'estero

EULEX. Il tal senso basti leggere l'art. 21 che disciplina i principi guida della politica estera:

L'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale. (...)

L'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni (...) al fine di: a) salvaguardare i suoi valori, i suoi interessi fondamentali, la sua sicurezza, la sua indipendenza e la sua integrità; b) consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale; c) preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale, (...)

L'UE promuove democrazia e stato di diritto anche al di fuori dei suoi confini, specie se al fine di salvaguardare i suoi interessi e la sua sicurezza. È evidente che è nell'interesse dell'UE affermare lo stato di diritto in Kosovo contrastando corruzione e impunità. EULEX e SITF rispondono a questa esigenza. Per dirla anzi con quanto affermato da Catherine Ashton (Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza fino all'ottobre 2014): EULEX contribuisce a facilitare i progressi del Kosovo verso la sua integrazione nell'UE.

4. Cosa è, cosa sarà

Quando parliamo di SITF oggi, di cosa parliamo? Un pool investigativo diretto da un procuratore capo e diversi sostituti chiamati ad indagare, ed eventualmente formulare, capi di accusa da portare a processo.

Manca evidentemente qualcosa: manca un giudice. E cioè ad oggi non esiste ancora un giudice internazionale competente a occuparsi delle indagini che svolge SITF. Se ad esempio il procuratore capo volesse oggi avanzare una richiesta di rinvio a giudizio, non saprebbe di fronte a quale autorità presentarla.

Ed infatti, non è un caso che il procuratore capo abbia tenuto una conferenza stampa il 29 luglio 2014 per fare il punto delle indagini e sottolineare l'unicità di tale situazione: l'ufficio di un procuratore con il mandato a svolgere una indagine giudiziaria ed eventualmente formulare capi di imputazione, ma senza una corte chiamata a vagliare le sue istanze.

The filing of an indictment will not occur until the specialist court designated to hear these cases is established (...) So, this is an unusual – in fact, an unprecedented – situation in international justice where a special prosecutor's office has been set up with full investigative authorities and with a mandate to issue indictments, but where no viable court exists in which those indictments can be filed.

Che cosa ci sarà? Quale forma prenderà dunque questa futura corte speciale? Un po' per curiosità accademica, un po' per essere un convinto europeista, chi vi parla sperava nella nascita di un primo tribunale europeo di diritto penale internazionale.

Così non sarà per molte ragioni. La prima difficoltà è data dal fatto che ci sono alcuni Paesi nell'UE che non riconoscono il Kosovo; il secondo ostacolo è la contrarietà dei Paesi tradizionalmente euroscettici che non vedono di buon occhio la creazione di un tribunale penale internazionale dell'UE – un precedente da evitare se ci si oppone alla espansione dei poteri dell'UE e tra questi a forme comunitarie di amministrazione della giustizia penale.

Dopo lunghe trattative il compromesso emerso è quello di una Sezione Speciale ibrida. Con un voto parlamentare il Kosovo ha infatti approvato in linea di principio la creazione di *Specialized Chambers* interne al sistema giudiziario kosovaro ma con giudici e un procuratore speciali internazionali con egida EU. Sarà dunque una legge del Kosovo a istituire e definire i contorni delle *Specialized Chambers*.

Seppure tale legge istitutiva ad oggi non esista neppure in forma di bozza, ci sono però almeno due irrinunciabili punti cardine che, a parere di chi vi parla, dovranno necessariamente caratterizzare le nuove *Specialized Chambers*. Anzitutto la sede principale dovrà trovarsi fuori dal territorio Kosovaro: udienze, documenti e trascrizioni dovranno tenersi ed essere conservati in un paese terzo. In secondo luogo, il per-

sonale dovrà essere anzitutto internazionale: una camera di prima istanza speciale, una camera di appello speciale e una corte costituzionale speciale in cui opereranno solo giudici internazionali.

Se questi due cardini venissero meno si contraddirebbero quelle istanze di sicurezza e confidenzialità che, come si diceva, hanno giustificato la creazione di SITF stessa. *Specialized Chambers* con sede in Kosovo e giudici Kosovari non avrebbero alcuna credibilità.

Non sarà dunque una corte europea a decidere, ma una corte parte del sistema kosovaro composta giudici, procuratori e staff internazionali e con sede in un paese terzo – con ogni probabilità l’Olanda. Si tratta di fatto di una internazionalizzazione di una procedura domestica, con alcune differenze rispetto ad altre esperienze di questo tipo come il Tribunale Speciale per il Libano (STL). Tali differenze riguardano non solo la procedura di istituzione, in un caso consensuale (Kosovo) e nell’altro di fatto no (Libano), ma sono legate anche alla presenza all’STL di giudici libanesi. Stessa cosa dicasi per le Camere Speciali in Cambogia (ECCC), interne anche esse al sistema cambogiano, ma con sede all’interno del paese e con giudici sia internazionali che cambogiani.

5. Le domande e le risposte

Alle tante domande che stanno emergendo da questo convegno ne aggiungo due. Primo: in un sistema di giustizia penale internazionale il cui perno, almeno a parere di chi scrive, dovrebbe essere la Corte Penale Internazionale (ICC), ha senso che vi sia uno spazio riservato a queste forme ibride di internazionalizzazione di procedure nazionali? E cioè, entreranno in gioco solo se e quando l’ICC non ha giurisdizione, ovvero è auspicabile abbiano un ruolo anche in relazione a fatti per cui l’ICC è astrattamente competente?

Questa seconda opzione sembra quella preferibile perché coerente con il principio della complementarità, in particolare di complementarità positiva, cardine del funzionamento dell’ICC. Dunque non uno spazio in contraddizione o esterno alla sfera della Corte, ma in linea ed anzi parte integrante del sistema di giustizia penale internazionale che gravita attorno alla Corte stessa.

La complementarità, infatti, mira sia a indurre gli Stati a recepire le disposizioni dello Statuto di Roma, ma anche a incentivare forme di giustizia domestica – la Corte interviene solo quando ravvisa che lo Stato non *voglia* o non *possa* intervenire. Forme di internazionalizzazione di procedure nazionali rispondono a quest’ultima esigenza: lo Stato svolge le indagini e celebra il processo in modo credibile con il supporto della comunità internazionale. Così facendo sottrae la materia alla Corte volta che sia soddisfatta che quel paese è *willing and able* di svolgere indagini e celebrare processi. In altre parole, laddove il contesto interno è tale da non consentire un adeguato svolgimento del processo, l’istituzione di una camera speciale internazionalizzata potrebbe garantirne la buona riuscita prevenendo il trasferimento del caso alla Corte. Il grado di internazionalizzazione di tali strutture (personale nazionale o internazionale, sede interna o dislocata in un paese terzo, etc.) dipenderà a sua volta dalle condizioni politiche, economiche e sociali in cui il paese versa.

Certo la realtà può esser ben diversa da questo quadretto semplice appena illustrato. Anzitutto l’internazionalizzazione della procedura non è di per sé garanzia di terzietà ed efficienza. Si pensi ad esempio alle critiche di parzialità e politicizzazione mosse alle *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* in cui i *co-investigative judges* internazionali lamentano l’ostruzionismo dei componenti cambogiani dell’ufficio.

In secondo luogo, la politica e la diplomazia internazionale determinano il se e come una procedura domestica verrà internazionalizzata e, in ultima istanza, se un meccanismo internazionale verrà creato per perseguire il crimine. Ad esempio, la UE investirà risorse nelle future *Specialized Chambers* del Kosovo, ma nessun simile strumento è all’orizzonte ad esempio per i crimini commessi in Cecenia o nella Repubblica Democratica del Congo.

Concludendo su questo punto: l’internazionalizzazione della procedura domestica costituisce una possibile risposta alla istanza di giustizia e, come tale, è da incoraggiare. Ma con attenzione. Rimane infatti a mio avviso il rischio di frantumare in migliaia di pezzi incoerenti il sistema della giustizia penale internazionale incapace di garantire un’applicazione uniforme e coerente della norma penale.

La seconda domanda: l'UE è attrice del sistema di giustizia penale internazionale? Sì, di fatto lo è. Anche se le *Specialized Chambers* per il Kosovo saranno parte del sistema kosovaro, il sostegno economico e il personale saranno della UE.

Che film sarà e che ruolo interpreterà non si può sapere oggi.

DIE „SPECIAL INVESTIGATIVE TASK FORCE“: DIE EUROPÄISCHE UNION ALS NEUER AKTEUR DER INTERNATIONALEN STRAFJUSTIZ

Der Beitrag gliedert sich in drei Abschnitte.

Der erste Abschnitt möchte die historischen und rechtlichen Voraussetzungen der Special Investigative Task Force (SITF) der Europäischen Union darlegen – einer noch weitgehend unbekanntem Einrichtung. Im Lichte dieser Voraussetzungen werden der Auftrag und die künftigen Perspektiven der SITF dargestellt.

Im Jahre 2008 erschien die Autobiografie von Carla Del Ponte, die beschreibt wie serbischen Häftlingen der UCK offensichtlich in Albanien Organe entnommen wurden. Infolgedessen beauftragte der Europarat Dick Marty mit der Erstellung eines Berichts. Dieser bestätigte im Wesentlichen diese Tatsachen und das „Wegschauen“ der internationalen Gemeinschaft, die aus realpolitischen Gründen die Stabilität für wichtiger erachtete als die Gerechtigkeit.

Die rechtlichen Voraussetzungen finden sich im Lissabon-Vertrag Art. 21 (EUV), *External Action*: „Die Union lässt sich bei ihrem Handeln auf internationaler Ebene von den Grundsätzen leiten, die für ihre eigene Entstehung, Entwicklung und Erweiterung maßgebend waren und denen sie auch weltweit zu stärkerer Geltung verhelfen will: Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, die universelle Gültigkeit und Unteilbarkeit der Menschenrechte und Grundfreiheiten, die Achtung der Menschenwürde, der Grundsatz der Gleichheit und der Grundsatz der Solidarität sowie die Achtung der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen und des Völkerrechts [...] Die Union legt die gemeinsame Politik sowie Maßnahmen fest, führt diese durch und setzt sich für ein hohes Maß an Zusammenarbeit auf allen Gebieten der internationalen Beziehungen ein, um a) ihre Werte, ihre grundlegenden Interessen, ihre Sicherheit, ihre Unabhängigkeit und ihre Unversehrtheit zu wahren; b) Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, die Menschenrechte und die Grundsätze des Völkerrechts zu festigen und zu fördern; c) nach Maß-

gabe der Ziele und Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen sowie der Prinzipien der Schlussakte von Helsinki und der Ziele der Charta von Paris, einschließlich derjenigen, die die Außengrenzen betreffen, den Frieden zu erhalten, Konflikte zu verhüten und die internationale Sicherheit zu stärken; [...]“.

Der zweite Abschnitt behandelt eine Analyse der spezifischen Eigenschaften und Probleme der SITF. Dabei wird sowohl auf solche Probleme Bezug genommen, die die SITF mit anderen internationalen Reaktionsmechanismen gemeinsam hat, als auch auf die der SITF eigentümlichen Charakteristiken hingewiesen. Zurzeit fehlt noch eine gerichtliche Instanz. Das Kosovo hat der Schaffung von *Specialized Chambers* zugestimmt. Es handelt sich um Gerichte, die dem innerstaatlichen Gerichtssystem zuzuordnen sind, bei denen aber internationale Richter und Staatsanwälte unter der Ägide der EU tätig sind.

Es folgt eine kurze Betrachtung der internationalen Reaktionsmechanismen insgesamt. In diesem Zusammenhang wird u.a. die Frage erörtert, ob sich nach der Schaffung des Internationalen Strafgerichtshofs die internationalen Ad-Hoc-Rechtssysteme selbst überlebt haben oder künftig noch eine Rolle spielen können.

In diesem Zusammenhang ist auf das Risiko hinzuweisen, dass die internationale Justiz in tausend Teile zerstückelt wird und somit nicht mehr imstande ist, eine einheitliche Anwendung des Strafrechts zu gewährleisten.

IL LIVELLO NAZIONALE
DIE NATIONALE EBENE

I. SESSIONE - ERSTER TEIL

AUFSTIEG UND FALL DES WELTRECHTSGRUNDSATZES IM SPANISCHEN STRAFRECHT

Manuel Cancio Meliá

I.

1. Wie uns allen bekannt ist die Entwicklung eines gemeinsamen internationalen Grundkonsenses bezüglich der Ablehnung der schrecklichsten Verbrechen in der Geschichte der Menschheit, wie sie im zweiten Weltkrieg begangen wurden, einer der lichten Augenblicke des 20. Jahrhunderts. In diesem Sinne gilt die Schaffung eines übergesetzlichen Völkerrechts zum Schutze der Menschenrechte und zur Ahndung der gravierendsten Verletzungen derselben nach den Nürnberger Prozessen als der Silberstreif eines neuen Morgens einer zivilisierten Menschheit, einer internationalen Gemeinschaft der Völker, die diesen Namen verdienen sollte. Ein wesentliches Werkzeug auf diesem Wege war und ist das Konzept des Weltrechtprinzips, nach dem die traditionelle Straflosigkeit (da sie ja meistens im Schutze staatlicher Strukturen begangen werden) von Verbrechen gegen die Menschlichkeit (insbesondere: Völkermord, Kriegsverbrechen, Folter) durch die Übernahme seitens aller Länder der Aufgabe, die Täter zu verfolgen und zu bestrafen, wenn sie am Tatort nicht belangt werden (und auch nicht von einem internationalen Gericht verfolgt werden können), konterkariert werden soll.

2. Die Entwicklung der spanischen Strafrechtsordnung nach der Diktatur in Bezug auf die Ausdehnung der Strafgerichtsbarkeit nach Maßgabe des Weltrechts- oder Universalitätsprinzips bezüglich der Verbrechen des Völkerrechts lässt sich in drei Phasen einteilen: In einem ersten Abschnitt, von 1985 bis 2009, galt der Weltrechtsgrundsatz uneingeschränkt, das heißt, ohne irgendwelche Abstriche an der Zuständigkeit der spanischen Gerichte, die sich aus einem Erfordernis eines Inlandsbezugs hätten ergeben können. In einer zweiten Phase – von

2009 bis 2014 – wurde der Zugang zur spanischen Gerichtsbarkeit durch das Nadelöhr der Voraussetzung eines Inlandsbezugs, insbesondere durch das passive Personalitätsprinzip (d.h., dass zumindest eines der Opfer spanischer Bürger sein musste), stark verengt. Schließlich hat – drittens – jüngst eine neue Novellierung, die im Eilverfahren vor dem Hintergrund eines laufenden Ermittlungsverfahrens gegen leitende Mitglieder der kommunistischen Partei und der Regierung der Volksrepublik China im Zusammenhang mit Menschenrechtsverletzungen im Tibet und gegenüber Mitgliedern der religiösen Gemeinschaft Falung Gong durch das spanische Parlament gepeitscht wurde und seit Anfang 2014 in Kraft ist, den Weltrechtsgrundsatz in Spanien als solchen de facto abgeschafft, insbesondere auch, indem der Popularanklage – einer spanischen Bürgeranklageform, auf die noch zurückzukommen sein wird – spezifisch für diesen Bereich die Möglichkeit zur Anstrengung eines Ermittlungsverfahrens genommen worden ist.

3. Die genannten drei Phasen der Entwicklung bzw. Abschaffung des Weltrechtsgrundsatzes spiegeln auch, wie ebenfalls noch zu sehen sein wird, die allgemeinen Grundlinien der nach 1977 – dem Moment des Regimewechsels (*transición*) von der national-katholischen Diktatur zu der gegenwärtigen verfassungsmäßigen Ordnung – stattgefundenen Evolution der neuen spanischen Rechtsordnung wider. Während in der Euphorie der Entrümpelung der Normen der Diktatur eine höchst ambitionierte Regelung eingeführt wurde, in der normativ komplett von einer Priorisierung der außenpolitischen Interessen abgesehen wurde (und in diesem Zusammenhang fanden die bekannten Ermittlungsverfahren gegen Vertreter der argentinischen und der chilenischen Militärdiktaturen mit der Festnahme von Augusto Pinochet in London aufgrund eines Haftbefehls des spanischen Untersuchungsrichters Baltasar Garzón statt), hat die sozialdemokratische Regierung unter Rodríguez Zapatero im Jahre 2009 versucht (als politisch bedrohlichere Verfahren als gegen abgelebte Exdiktatoren angestoßen wurden, d.h., gegen israelische, US- und chinesische Entscheidungsträger), die universelle Zuständigkeit entscheidend abzuschwächen, und die derzeitige konservative Regierung von Ministerpräsident Rajoy ist diesen Weg zu Ende gegangen, indem sie praktisch unverhüllt, gehorsamst und so schnell wie möglich auf die Drohungen der chinesischen Regierung – die ge-

genwärtig ca. 20% der spanischen Staatschuldenpapiere hält – durch Kapitulation reagiert hat.

Diese (zumindest in der Öffentlichkeit) durch die politischen Entscheidungsträger unreflektierte und in der öffentlichen Meinung auch nicht besonders beachtete Entwicklung von 100 auf 0 in Sachen Weltrechtsgrundsatz (von einer der weitesten Zuständigkeitsregelungen hin zu einer der restriktivsten) stellt aus der hier vertretenen Perspektive auch ein Zeugnis der gegenwärtigen tiefen Krise der in Spanien nach dem Ende der Diktatur entstandenen verfassungsmäßigen Ordnung und damit auch der Strafrechtspolitik dar.

4. Im Folgenden sollen diese drei Entwicklungsphasen zunächst in ihrem Regelungsinhalt und ihrer Anwendungsgeschichte kurz skizziert werden (unten II.). Danach ist es notwendig, den spezifischen prozessualen und faktisch-politischen Kontext darzustellen, in den die Problematik in Spanien einzubetten ist (III.). Abschließend sollen einige ebenfalls kursorische Überlegungen zu den Gründen einer so bemerkenswerten Evolution in der spanischen Gesetzgebungskultur, insbesondere auf dem Gebiet des Strafrechts, angestellt werden (unten IV.).

II.

1. a) In der ersten Epoche (1985 bis 2009) bestand eine unbeschränkte Zuständigkeit der spanischen Strafgerichte für mehrere transnationale Straftaten (nach und nach kamen Terrorismus, Piraterie, Geldfälschung, Prostitutionsdelikte und Sexualdelikte gegen Minderjährige, Drogenhandel, Menschenhandel und rechtswidrige Migration und – seit 2005, als Reaktion auf die Präsenz afrikanischer Einwanderer in Spanien – Genitalverstümmelung von Mädchen und Frauen zusammen) und für die hier interessierenden klassischen Verbrechen des Völkerrechts¹. Diese Regelung wurde durch eine sehr knappe Formulierung im neuen Gerichtsverfassungsgesetz (Ley Orgánica del Poder Judicial) gebracht, das die ältliche Vorgängernorm aus dem 19. Jahrhundert ab-

¹ S. für alle die Darstellung bei M. OLLÉ SESÉ, *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, Madrid, 2008.

löste: Art. 23.4 LOPJ bestimmte knapp, dass die spanischen Gerichte für von Spaniern oder Ausländern begangenen Völkermord (Art. 23.4 a) LOPJ) und für „jede andere Straftat, die nach internationalen Abkommen durch Spanien zu verfolgen ist“ (Art. 23.4 i) LOPJ) zuständig seien. Durch diese Auffangklausel wurden nach allgemeiner Auffassung Kriegsverbrechen und Folter mit einbezogen. 2005 kamen auch unzweifelhaft die Verbrechen gegen die Menschlichkeit dazu, als diese – nach der Ratifizierung des Rom-Statuts durch Spanien – in das spanische Código Penal (Strafgesetzbuch) eingegliedert wurden. Keine Verbindung zu spanischen Bürgern oder Interessen wurde im Gerichtsverfassungsgesetz genannt. Dem Wortlaut des Gesetzes nach (Art. 23.5 LOPJ) war im Rahmen dieser Regelung nur der *ne bis in idem*-Grundsatz ein Hindernis für einen Prozess vor spanischen Gerichten.

b) Was die Anwendung dieser so weitreichenden Möglichkeit der Verfolgung von Verbrechen des Völkerrechts angeht (und leider waren und sind ja die Fälle, in denen diese Delikte an sehr verschiedenen Orten der Erde massiv begangen werden, keine Seltenheit), geschah über ein Jahrzehnt zunächst nichts (bezüglich dieser Straftaten – die anderen Alternativen transnationaler Kriminalität wurden durchaus genutzt). Erst ab 1996 gingen immer mehr politisch „heiße Eisen“ von Fällen von Menschenrechtsverletzungen im dafür zuständigen Sondergericht der Audiencia Nacional (Nationaler Gerichtshof) ein²: so wurden bis 2009 unter anderem Verfahren gegen guatemalteckische Militärs, die an der systematischen Ausrottung der indigenen Maya-Bevölkerung im Rahmen des Krieges gegen die dortige Guerrilla beteiligt waren, gegen Offiziere der Armee von El Salvador, die mehrere spanische Jesuiten, die als Professoren im Land tätig waren und der (faktischen) Militärdiktatur kritisch gegenüberstanden, ermorden ließen, gegen Verantwortliche und Folterer der Militärjuntas der siebziger und achtziger Jahre in Chile und in Argentinien, gegen israelische Entscheidungsträger, die

² Die Audiencia Nacional, in ihrem Ursprung in der Diktatur ein sog. „Gerichtshof für die öffentliche Ordnung“, das heißt, ein politisches Repressionsorgan, wurde in der *transición* zu einem (Sonder-)Gericht mit Zuständigkeit für Terrorismus, Straftaten in mehreren spanischen Teilländern (Comunidades Autónomas) und eben Straftaten im Ausland umfunktioniert, obwohl es eigentlich eine nur vorübergehende Funktion ausüben sollte.

den (ersten) Angriff auf die Zivilbevölkerung des Gazastreifens veranlasst hatten, gegen peruanische Verantwortliche des schmutzigen Krieges gegen Sendero Luminoso, gegen Führer der gegenwärtigen Tutsi-Regierung in Ruanda oder gegen US-Verantwortliche im Zusammenhang mit dem Gefangenenlager in Guantánamo und der Tötung eines spanischen Kameramanns während der Invasion Iraks Ermittlungsverfahren eingeleitet³. Obwohl es sich sicher um wichtige Fälle und Verfahren handelt, kann aber von einer „Verfahrensflut“ nicht die Rede sein⁴. In den meisten lateinamerikanischen Fällen endete das spanische Verfahren damit, dass die Länder, in denen die Verbrechen begangen worden waren, nach einem politischen Wechsel selber die Gerichtsbarkeit beanspruchten und die Verantwortlichen zur Rechenschaft zogen (insbesondere in Bezug auf Guatemala⁵, Perú, El Salvador, Chile und Argentinien). In den anderen Fällen, bei denen wichtige Entscheidungsträger betroffen waren (insbesondere bezüglich Israels, der Vereinigten Staaten und China), ist erwartungsgemäß über die Einleitung des Ermittlungsverfahrens hinaus nichts geschehen. Der einzige Täter, dem soweit ersichtlich eine Gefängnisstrafe auferlegt wurde und der diese auch in Spanien verbüßt, ist ein ehemaliger argentinischer Marineunteroffizier – Scilingo –, der an den sog. Todesflügen⁶ der Militärjunta beteiligt war und freiwillig nach Madrid gereist war, um als Zeuge auszusagen (und dann vom zuständigen Untersuchungsrichter Garzón festgenommen wurde).

2. a) Die zweite Epoche wurde eingeleitet, als die damalige sozialdemokratische Regierung unter Rodríguez Zapatero 2009 mit Hilfe ihrer parlamentarischen Mehrheit unverhofft, im Eilverfahren (womit

³ Vgl. die Nachweise der entsprechenden Entscheidungen bei F. MOLINA FERNÁNDEZ, in: *Memento Penal*, 3. Aufl. 2015, Rn. 402.

⁴ Vgl. z.B. M. OLLÉ SESÉ, *La nueva regulación del principio de justicia universal*, in: M. VALLE MARISCAL DE GANTE, M. BUSTOS RUBIO (Hrsg.), *La reforma penal de 2013*, Madrid, 2014, S. 57 ff.

⁵ Das zuständige Gericht im Falle des guatemalteckischen Diktators Ríos Montt hat ausdrücklich den aus Spanien erfahrenen Anstoß gewürdigt; s. M. OLLÉ SESÉ (Fn. 4), S. 63.

⁶ In zahlreichen Fällen hatte die Militärdiktatur (nach der entsprechenden Folter) gefangene Oppositionelle dadurch ermordet, dass sie die (betäubten) Gefangenen aus Militärflugzeugen in den Río de la Plata werfen ließ.

jede Diskussion im Parlament und in den Medien praktisch verunmöglicht wurde) und im Rahmen der Lesung eines ganz anderen Gesetzesvorhabens⁷ die ursprüngliche absolute Geltung des Weltrechtsprinzips beschnitt: in der neuen Regelung wurde der von Anfang an in der höchstrichterlichen Rechtsprechung (s. unten III.2.) aufgetauchte Gesichtspunkt des Inlandbezuges nun positiviert. In der neuen Regelung sollte eine Zuständigkeit der spanischen Gerichtsbarkeit (natürlich zusätzlich zum ne bis in idem-Grundsatz) nur dann gegeben sein, wenn eine von drei Voraussetzungen gegeben war: dass eines der Opfer spanischer Bürger war, der Täter sich in Spanien aufhielt oder dass ein nicht näher spezifizierter anderer „relevanter“ Bezug zu Spanien vorlag.

b) Wie wir heute dank Wikileaks wissen⁸, war diese Geste vor allem eine Reaktion auf die Einleitung eines Verfahrens wegen Kriegsverbrechen (wie auch in Belgien) gegen die israelische Führung unter Premierminister Ariel Sharon, die die Flächenbombardements gegen die Zivilbevölkerung des Gazastreifens befohlen hatte. Die von Menschenrechtsorganisationen und aus dem linken Spektrum harsch kritisierte Novelle brachte aber keine wirkliche Wende – deshalb auch die Rede von einer „Geste“ –, denn sowohl der Bezug auf spanische Bürger als Opfer als auch die unbestimmte Klausel des „relevanten“ Bezugs zu Spanien ließen genug Spielraum, um die laufenden Verfahren aktiv zu halten. So wurde z.B. das Tibet-Verfahren dadurch am Leben gehalten, dass ein tibetanischer Mönch, der die spanische Staatsbürgerschaft angenommen hatte, im Prozess präsent war.

3. a) Wie vorhin angekündigt hat nun, in einer dritten Phase, letztes Jahr – 2014 – die gegenwärtige konservative Regierung unter Ministerpräsident Rajoy das Messer bis ans Heft ins Herz des Weltrechtsgrund-

⁷ S. zu diesem Reformprozess nur die kurze Darstellung bei A.M. GARROCHO SALCEDO, A. MARTÍNEZ GUERRA, *Informe sobre la proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la Justicia Universal*, in: F.J. ÁLVAREZ GARCÍA (Hrsg.), *Informes del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal*, Valencia, 2014, S. 176.

⁸ Darin werden entsprechende Gespräche des damaligen sozialdemokratischen Außenministers Moratinos mit der israelischen Regierung dokumentiert.

satzes gestoßen: Spanien hat es nun faktisch vollständig abgeschafft⁹. Auch diesmal ist ein materiell absolut ungerechtfertigtes Eilverfahren gewählt worden, dessen Sinn nur darin liegt, die ganze Angelegenheit aus dem Scheinwerferlicht der öffentlichen Diskussion zu nehmen und die eigentlich obligatorischen Gutachten des Staatsanwaltschaftsrates, des Staatsrates und des Justizrates auf das Unredlichste zu umgehen¹⁰. Die neue Regelung hat die einheitliche Behandlung der Materie in Art. 23.4 LOPJ in eine chaotische, detaillierte Regelfamilie je nach Straftat aufgefächert¹¹. Grundsätzlich ist es – selbstverständlich neben dem aktiven Personalitätsprinzip – zur Bejahung der Zuständigkeit der spanischen Gerichtsbarkeit notwendig, dass erstens spanische Opfer vorliegen (die aber vor der Tat spanische Bürger sein mussten, um so den erwähnten tibetanischen Fall zu vermeiden) oder zweitens der mutmaßliche Täter in Spanien seinen ständigen Aufenthalt hat oder sich in Spanien befindet und seine Auslieferung von Spanien abgelehnt worden ist. Zuzüglich muss die Anklage stets durch die Staatsanwaltschaft (oder ggf. durch die Vertretung des Opfers, der Partikularanklage) formuliert worden sein – das verfassungsrechtlich verankerte Recht auf die Popularanklage (Art. 125 der spanischen Verfassung) ist also für diesen Bereich schlicht abgeschafft worden. Außerdem ist die Subsidiaritätsregel bezüglich der Aktivität einer anderen Gerichtsbarkeit (d.h., die Implementierung des *ne bis in idem*-Grundsatzes, so dass kein spanisches Verfahren beginnt, wenn die betreffenden Taten bereits von Gerichten des Tatortstaates verfolgt werden) nun ausdrücklich formuliert worden. Dazu sind die entsprechenden Vorschriften des Rom-Statuts fast wörtlich übernommen worden; diese Überprüfung, ob eine ernsthafte Verfolgung bereits stattfindet, wird in Spanien dem Strafsenat des Obersten Gerichtshofes übertragen.

⁹ Vgl. für alle F. MOLINA FERNÁNDEZ (Fn. 3), Rn. 399, 405 ff., 415 ff.

¹⁰ So auch A.M. GARROCHO SALCEDO, A. MARTÍNEZ GUERRA (Fn. 7), S. 179; M. OLLÉ SESÉ (Fn. 4), S. 59.

¹¹ Vgl. zum Folgenden nur A.M. GARROCHO SALCEDO, A. MARTÍNEZ GUERRA (Fn. 7), S. 181 ff.; M. OLLÉ SESÉ (Fn. 4), S. 60 ff.

b) Diese Regelung spricht eine sehr deutliche Sprache¹². Zunächst ist zu unterstreichen, dass das passive Personalitätsprinzip grundsätzlich gilt, aber nicht für den harten Kern der Verbrechen des Völkerrechts (Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit). Nach heute geltendem Recht vermag also die Präsenz eines spanischen Opfers im Falle eines Terrorismusdelikts die spanische Gerichtsbarkeit zu aktivieren, nicht aber, wenn der spanische Bürger Opfer eines Kriegsverbrechens ist! Es ist offensichtlich, dass es hier nicht um die Schwere der Straftat geht, sondern darum, das eben Kriegsverbrechen oder Völkermord eher von staatlichen Instanzen begangen werden können, die dann der spanischen Regierung Unannehmlichkeiten bereiten könnten – wohl kein dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz entsprechendes Kriterium. Wie gesagt gilt der Opferbezug in allen Fällen nur, wenn dieses schon zum Tatzeitpunkt die spanische Staatsbürgerschaft innehatte, was ganz eindeutig darauf ausgerichtet ist, später eingebürgerte Flüchtlinge auszuschließen (und so eine Wiederholung der Rolle des spanisch-tibetanischen Opfers im Tibet-Verfahren zu verunmöglichen). Wie aber eine solche Ungleichbehandlung zwischen spanischen Bürgern zu rechtfertigen sein soll, ist mehr als fraglich. Zudem ist beim Territorialbezug zu den Tätern das Erfordernis, dass diese ständigen Wohnsitz in Spanien haben, offensichtlich darauf ausgerichtet, Diktatoren, die in Spanien Ferien machen, nicht zu behelligen (mehrere chinesische Funktionäre, die für ein paar Tage in Madrid waren, liefen vor einigen Jahren Gefahr, im Palace-Hotel verhaftet zu werden). Andererseits ist die Übertragung der Aufgabe, zu eruieren, ob das Verfahren im Tatortstaat seriös ist, an den Strafsenat des Obersten Gerichtshofes (Tribunal Supremo) – ganz abgesehen davon, dass die jeweilige Regierung über den Justizrat einen direkten Einfluss auf die Ernennung seiner Mitglieder hat¹³, was bei

¹² Und hat zur Einstellung der betreffenden Verfahren geführt; vgl. hierzu jüngst die Entscheidung des Tribunal Supremo v. 6.5.2015, in der abschließend festgestellt wird, dass kein übergesetzlicher, verfassungsrechtlicher oder aus dem Völkerrecht stammender Grundsatz den Wortlaut der neuen restriktiven Regelung zu übertrumpfen vermag.

¹³ In Spanien bestehen immer noch mehrere Sondergerichtsbarkeiten für verschiedene hohe Amtsträger. Strafverfahren gegen Regierungsmitglieder werden vor dem Strafsenat des Tribunal Supremo geführt.

anderen Richtern nicht der Fall ist – wohl eine gewollte Sackgasse: Der Strafsenat des Tribunal Supremo entbehrt sowohl der Sachkenntnis als auch der materiellen Ressourcen, um einer solchen Aufgabe gerecht werden zu können. Abschließend stellt aber eine bislang noch nicht erwähnte Vorschrift der Novelle die wirkliche Smoking Gun der Neuregelung dar: Nach der Übergangsbestimmung des Gesetzes, mit der dieses neue Modell eingeführt wurde, sind alle laufenden Verfahren sofort einzustellen, bis festgestellt werde, dass die neuen gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind! Wie es verfassungsrechtlich zu bewerkstelligen sein soll, dass das Parlament über eine Übergangsbestimmung den einzelnen Richtern konkrete Befehle zur Verfahrensführung gibt, ist ein Geheimnis. Aber offen ist die Intention, sie ist kristallklar: Schnell, sofort, in Beijing¹⁴ verlieren sie die Geduld.

III.

Nach Darstellung dieser erstaunlichen Abfolge – nach mehr als zwanzig Jahren grundsätzlich uneingeschränkter Geltung des Weltrechtprinzips wurde es innerhalb von vier Jahren (2009-2014) durch zwei Regierungen unterschiedlicher Couleur quasi abgeschafft – ist es notwendig, vor einer Würdigung dieser Entwicklung auch einige Elemente des rechtlichen und rechtspolitischen Kontextes kurz anzusprechen.

1. Für das tatsächliche Funktionieren des Weltrechtprinzips ist zunächst der besondere Umstand des spanischen Strafverfahrensrechts von größter Relevanz, dass mehrere Anklageparteien in ein und demselben Prozess agieren können. Bei der Verhandlung kann es geschehen – und kommt in der Praxis auch öfter vor –, dass eine Verteidigung sogar drei gleichberechtigten anklagenden Parteien gegenübersteht: Der von dem Verletzten oder seinem Vertreter getragenen Privatanklage

¹⁴ Wie M. OLLÉ SESÉ (Fn. 4), S. 59 f., zu Recht feststellt, handelt es sich um ein wiederverwertbares Instrument, das aufgrund direkten chinesischen Druckes gebaut wurde (die Äußerungen chinesischer Funktionsträger, die sich in der westlichen Presse finden, waren genauso deutlich wie mit der spanischen Souveränität unvereinbar), aber auch nach Tel Aviv oder Washington verkauft werden kann.

(acusación particular), der vorhin genannten, jedem spanischen Bürger bei Officialdelikten zustehenden Popularanklage (acusación popular) und der Staatsanwaltschaft¹⁵. Diese Besonderheit des spanischen Strafverfahrens hat in der ersten und zweiten Phase (d.h., als es eine nennenswerte Zuständigkeit Spaniens gab) eine entscheidende Rolle gespielt, da die in der Exekutive integrierte Staatsanwaltschaft fast immer eine sehr restriktive Position einnahm und auf eine Anklage verzichtete oder sogar gegen die Einleitung des Ermittlungsverfahrens Rechtsmittel einlegte (trotz des formalen Bestands eines prozessualen Legalitätsprinzips in Spanien), so dass die meisten der vorhin genannten Verfahren nur durch das Agieren der Partikular- oder Popularanklage überhaupt in Gang kommen konnten¹⁶. Dies bedeutet, dass die gegen politischen Druck von anderen Staaten zumeist immunen Untersuchungsrichter an der Audiencia Nacional mit Hilfe von Menschenrechtsorganisationen (die die Popularanklage übernahmen) die entsprechenden Ermittlungsverfahren aufnehmen konnten, und die Regierung dagegen machtlos war¹⁷. Diese zentrale Rolle der Bürgeranklage wird direkt durch die heute geltende Regelung aus dem Jahr 2014 deutlich widerspiegelt, wenn diese das Vorliegen einer Anklage durch die Staatsanwaltschaft (oder der Vertretung eines Opfers spanischer Nationalität) zur unabdingbaren Voraussetzung macht.

2. Zweitens ist zu unterstreichen, dass die ungeschmälerte Geltung des Weltrechtsgrundsatzes in der ersten Phase zwar zu einigen Ermittlungsverfahren führte, aber sofort von der Mehrheit des Strafsenats des Obersten Gerichtshofes – nachdem die Verfahren durch Rechtsmittel

¹⁵ S. hierzu die Darstellung bei M. CANCIO MELIÁ, *Bürgerpartizipation und Anklageparteien im spanischen Strafverfahren*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 5/2012 [www.zis-online.com], 246 ff.

¹⁶ Trotz der Beibehaltung des aus dem herkömmlichen inquisitorischen Verfahrenssystem stammenden Untersuchungsrichters als leitendem Organ des Ermittlungsverfahrens, ist das System nach der Verfassung von 1978 im akkusatorischen Sinne reformiert worden, so dass auch nach spanischem Verfahrensrecht Ermittlungen ohne eine Anklage nicht möglich sind.

¹⁷ Wie anschließend im Text angesprochen werden wird, war die Mehrheit des Strafsenats des Tribunal Supremo durchaus empfänglicher für die Sorgen, die die internationalen Implikationen einiger Fälle (insbesondere der Verfahren gegen israelische, chinesische und US-Amtsträger) der Exekutive bereiteten.

gegen die Verfahrensaufnahme der Staatsanwaltschaft und der Verteidigungen dorthin gelangte – regelrecht torpediert wurde¹⁸. In der Tat fügte der Tribunal Supremo im Guatemala-Fall in seiner Entscheidung vom 25.2.2003 frontal gegen den Wortlaut des Gesetzes eigenmächtig (angeblich durch „Auslegung“) einfach neue Voraussetzungen hinzu, indem unter vorgeblicher Anwendung des Grundsatzes der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten anderer Staaten die Notwendigkeit eines Bezugs zu spanischen Bürgern oder zu spanischen Interessen in die eindeutig anderslautende gesetzliche Formulierung hineingelesen wurde. Zwar stoppte das Verfassungsgericht diese offensichtlich mit den Interessen der Exekutive konforme Rebellion des Tribunal Supremo in seiner Entscheidung 237/2005 – ein Kapitel mehr im Kleinkrieg zwischen Verfassungsgericht und Oberstem Gerichtshof im Streit um Zuständigkeitsbereiche. Aber wie vorhin dargestellt worden ist, hat am Ende der Tribunal Supremo die Oberhand behalten, als der Gesetzgeber 2009 und 2014 seine Meuterei gegen das Gesetz nachträglich legalisiert hat.

3. Drittens scheint es von besonderer Bedeutung hervorzuheben, dass das Fehlen jeder Einschränkung des Universalitätsprinzips in der ursprünglichen Regelung aus dem Jahre 1985 in einem sehr starken Kontrast zur spezifisch spanischen Vergangenheitsbewältigung bezüglich der Verbrechen der fast vierzigjährigen Diktatur unter General Franco steht – ein Umstand, der von den Befürwortern einer ungeschmälernten Geltung des Weltrechtsgrundsatzes selten thematisiert wird.

In der Tat: von 1936 bis 1975 beging die national-katholische Diktatur in Spanien abertausende (mehr oder weniger formalisierte, in letzterem Fall vornehmlich durch Militärgerichte) Morde und andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit, insbesondere während des Bürgerkrieges und unmittelbar danach (als eine ganze Reihe von Konzentrationslagern in Funktion war), indem politische Gegner einfach aufgrund ihrer Ideologie getötet oder zu langen Haftstrafen verurteilt wurden. Noch 1975 wurden offensichtlich rechtsstaatlich untragbare Todesstrafen

¹⁸ Vgl. zum Folgenden die Darstellung bei M. LLOBET ANGLÍ, *El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional. Una discutible interpretación en la STS de 20 de junio de 2006*, in: *InDret* 4/2006, S. 2 ff., 13 ff.

durch Militärgerichte ausgesprochen und vollzogen, von der systematischen Folterpraxis und anderen Formen der gewaltsamen Unterdrückung bis ans Ende des Regimes ganz abgesehen. Die Täter aus Militär, Polizei, Regierung und Justiz waren bis vor einigen Jahren (bis die Biologie die Lage änderte) überall, auch in der aktiven Politik, in der Polizei und in den Gerichten im öffentlichen Leben anzutreffen. Im Rahmen des während der Übergangszeit aufgebauten Konsenses war aber ein Eckstein des neuen Spaniens, das sich in der Verfassung von 1978 eine neue Grundnorm gab, das Übereinkommen, die Vergangenheit ruhen zu lassen (so liegen heute noch ca. 130.000 Opfer der rechten Repression immer noch dort, wo sie ihre Mörder während des Krieges verscharren ließen). Dazu wurde 1977 ein Amnestiegesetz verabschiedet, das eine offen schiefe Symmetrie zwischen den Delikten, die Widerstandsgruppen gegen das Regime begangen hatten und den massiven Menschenrechtsverletzungen der Diktatur herstellen sollte. Also ein Amnestiegesetz unter der Drohung der Waffen. Ein Amnestiegesetz, wie sie in den Fällen Argentiniens und Chile von spanischen Gerichten (und von den Grundsätzen des Völkerrechts) eben nicht als legitim anerkannt worden sind. Wie kann man andere Länder auf ihren unter den Teppich gekehrten Schmutz gerichtlich hinweisen, wenn im eigenen Keller tausende von Leichen liegen? Wie groß ist diese Anmaßung?

IV.

Das Fazit aus vorstehender Darstellung betrifft verschiedene Bereiche. Selbstverständlich ist es klar, wie enorm die Schwierigkeiten sind, den Anspruch auf weltweite Verfolgung von Verbrechen des Völkerrechts einzulösen, wenn diese von staatlicher Macht gedeckt werden. Trotzdem schein die Entwicklung der spanischen Rechtsordnung auf diesem Gebiet höchst unbefriedigend.

Erstens zeigt die Entwicklung die Unzulänglichkeit spanischer Außenpolitik unter den beiden großen gesamtspanischen Parteien (zumindest) in den letzten zehn Jahren auf das Deutlichste auf. Statt in diesem Bereich umsichtig eine machbare politische Linie zu planen und zu verfolgen, haben die jeweiligen Regierungen der Improvisation freien Lauf

gelassen und eine hohle Rhetorik produziert, um dann schlicht mit Eilreformen auf Drohungen zu reagieren, wenn der Konflikt mit anderen Staaten unvermeidlich geworden war (sofern diese Staaten denn mächtig genug waren). Zweitens stellt der Prozess bezüglich des Weltrechtsgrundsatzes ein Zeugnis einer immer noch unausgereiften institutionellen Architektur des spanischen Justizsystems dar. Die Rolle des Strafsenats des Tribunal Supremo als Erfüllungsgehilfe der Interessen der Exekutive, seine Eigenmächtigkeit bei der Gesetzesauslegung und der permanente Konflikt mit dem Verfassungsgericht sind schwerwiegende Anomalien, die sich ein Rechtsstaat schlicht nicht leisten kann. Und drittens ist diese Entwicklung auch eine Stichprobe der fehlenden rechtstechnischen und rechtspolitischen Seriosität der spanischen Strafgesetzgebung der Gegenwart¹⁹.

¹⁹ Zur letzten Strafrechtsreform im Jahr 2015 vgl. nur M. CANCIO MELIÁ, *La reforma penal: frivolidad, desvarío y populismo punitivo*, in: *El Notario del S. XXI* 60 (2015) [<http://www.elnotario.es>].

ASCESA E DECLINO DEL PRINCIPIO DI GIURISDIZIONE UNIVERSALE NEL DIRITTO PENALE SPAGNOLO

Con riferimento all'ordinamento spagnolo, come sviluppatosi dopo la fine dittatura, nell'ambito dell'analisi dell'estensione della giurisdizione penale in relazione al principio di universalità si possono individuare tre fasi.

Nella prima fase – dal 1985 al 2009 – il principio di universalità (cfr. Ley Orgánica del Poder Judicial), aveva una validità illimitata, senza che la competenza dei tribunali spagnoli fosse subordinata al requisito della territorialità.

Durante la seconda fase – dal 2009 al 2014 – il principio di territorialità, e in special modo quello della personalità passiva (ovvero il principio che esige l'esistenza di almeno una vittima con cittadinanza spagnola), ha rappresentato una sorta di cruna dell'ago che restringeva notevolmente l'accesso alla giurisdizione spagnola.

La terza fase si è, infine, aperta con l'abolizione di fatto del principio di universalità attraverso una riforma approvata in tutta fretta dal parlamento spagnolo sotto la spinta di un'inchiesta in corso avente ad oggetto le violazioni dei diritti umani commesse in Tibet e che coinvolgeva membri del partito e del governo della Repubblica popolare cinese. Tale riforma ha in particolare eliminato la possibilità di aprire inchieste giudiziarie relative ai crimini in oggetto con lo strumento dell'«accusa popolare».

Le tre fasi che l'applicazione del principio di universalità ha conosciuto in Spagna rispecchiano a grandi linee quella che è l'evoluzione del nuovo ordinamento spagnolo a partire dal 1977, anno in cui vi fu il passaggio dalla dittatura nazional-cattolica all'attuale sistema costituzionale.

Mentre l'euforia e il riformismo normativo post-dittatoriali avevano portato all'adozione di una disciplina assai ambiziosa che prescindeva da qualsiasi prioritizzazione degli interessi di politica estera (e fu proprio

in tale contesto che si produssero le famose inchieste nei confronti di esponenti delle giunte militari argentina e cilena e l'arresto di Augusto Pinochet a Londra), il governo socialdemocratico, guidato da Rodriguez Zapatero, tentò di attenuare la competenza universale della giurisdizione spagnola nel 2009, quando si stavano avviando procedimenti penali nei confronti di alcune alte cariche statunitensi e cinesi, ben più delicati sul piano politico rispetto alle precedenti inchieste a carico di ex-dittatori arrivati al capolinea della vita. L'attuale governo conservatore del primo ministro Rajoy Brey ha poi portato a compimento tale percorso, capitolando in modo plateale, con somma obbedienza e assai precipitosamente di fronte alle minacce del governo cinese.

Il passaggio sconsiderato dal «tutto» al «niente» nell'applicazione del principio di universalità testimonia la mancanza di un serio disegno politico e la profonda crisi attuale in cui versa l'ordinamento costituzionale, nato all'indomani del tramonto della dittatura.

UNRECHTSAUFARBEITUNG UND VERANTWORTUNGSZUSCHREIBUNG DURCH WAHRHEITSKOMMISSIONEN

Antje du Bois-Pedain

INHALT: 1. Was sind „Wahrheitskommissionen“? 1.1. Übergangspolitik oder Vergangenheitspolitik? 1.2. Ein neuer Standard politischer Ethik? 2. Unrechtsaufarbeitung durch die Wahrheits- und Versöhnungskommission Südafrikas. 2.1. Tatsachenaufklärung als Schwachstelle. 2.2. Der eigenständige Wert des kommunikativen Forums: Unrechtsaufarbeitung durch verstehendes Zuhören? 2.3. Die Interaktion mit der gesellschaftlichen Außenwelt: Unrechtsaufarbeitung durch den Diskurs über die Tätigkeit der Wahrheitskommission. 3. Verantwortungszuschreibung durch die Wahrheits- und Versöhnungskommission. 3.1. Individualisierung kollektiver Verantwortung? 3.2. Die Bedeutung der Zuschreibung politischer und strafrechtlicher Verantwortung durch die Wahrheitskommission. 4. Zum Abschluss: Welchen „Mehrwert“ geben Wahrheitskommissionen?

1. Was sind „Wahrheitskommissionen“?

Wahrheitskommissionen werden seit den 1990er Jahren vermehrt genutzt, um Gesellschaften nach länger andauernden Konfliktphasen eine Auseinandersetzung mit dem begangenen Unrecht zu ermöglichen. Eingesetzt werden sie in den meisten Fällen von Parlamenten oder von Regierungen kurz nach einem Friedensschluss oder nach einem politischen Systemwechsel. Besetzt werden sie allerdings nicht mit Staatsbediensteten, sondern mit Personen des öffentlichen Lebens, die als integer gelten und als moralische Vorbilder das Vertrauen weiter Bevölkerungskreise genießen. Teilweise werden auch Vertreter der früheren Konfliktparteien, die den Friedensprozess unterstützen, als Mitglieder berufen. Die Tätigkeit einer Wahrheitskommission ist zeitlich befristet. Sie wird häufig mit Unrechtsaufklärung bezeichnet. Darunter darf man sich aber nicht ein forensisch abgesichertes förmliches Beweisverfahren

vorstellen. Wahrheitskommissionen benutzen in den meisten Fällen ein eher informelles Verfahren, bei dem das Schwergewicht auf der mündlichen Anhörung und Befragung von Bürgern sowie auf der Entgegennahme und Auswertung schriftlicher Eingaben liegt. Normalerweise mündet ihre Tätigkeit in einen Abschlussbericht, der Konfliktursachen und Konfliktverlauf beschreibt, zu bestimmten umstrittenen Ereignissen Stellung bezieht und in vielen Fällen auch Opfer und Täter beim Namen nennt¹.

1.1. Übergangspolitik oder Vergangenheitspolitik?

Rechtswissenschaftler haben Wahrheitskommissionen zunächst als eine Art Untersuchungsausschuss, wie wir ihn aus vielen parlamentarischen Demokratien kennen, angesehen. Untersuchungsausschüsse oder Enquete-Kommissionen sollen ja ebenfalls politisch sensible Ereignisse aufklären, die häufig deshalb so sensibel sind, weil von der Regierung begangene oder gedeckte Rechtsbrüche vermutet werden. Aus der Sicht von Anthropologen und von Sozialwissenschaftlern haben klassische Untersuchungsausschüsse und Wahrheitskommissionen allerdings wenig miteinander zu tun. Anthropologen verstehen Wahrheitskommissionen als rituelle Vorgänge, durch die der Übergang von einer Gesellschaftsform in eine andere Gesellschaftsform zelebriert und vollzogen wird². Soziologen sehen die meisten Wahrheitskommissionen ebenfalls als Instrumente einer Übergangspolitik an, durch die ein gesellschaftlicher Friedenszustand stabilisiert werden soll. Interessanterweise liegt dieser Stabilisierungseffekt wohl zum Teil darin, dass man den Staat – durch die bewusste Staatsferne vieler Wahrheitskommissionen – zu Unrechtsaufklärung und Unrechtsbewertung ein gutes Stück auf Distanz setzt. So kann die neue politische Ordnung auf das Unrecht der Vergangenheit eine reagierende Haltung einnehmen, anstatt als Inhaber

¹ Aus der umfangreichen Literatur siehe u.a. P.B. HAYNER, *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2. Auflage, New York, 2010 und C. MARX (Hrsg.), *Bilder nach dem Sturm. Wahrheitskommissionen und historische Identitätsstiftung zwischen Staat und Zivilgesellschaft*, Berlin, 2007.

² Dazu u.a. R.A. WILSON, *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa. Legitimizing the Post-Apartheid State*, Cambridge, 2001.

der Staatsmacht dafür allzuständig und (was Wiedergutmachung angeht) auch allverantwortlich zu sein.

1.2. Ein neuer Standard politischer Ethik?

Wahrheitskommissionen werden Übergangsgesellschaften und frisch befriedeten Konfliktzonen heute allenthalben anempfohlen, um die Unrechtsvergangenheit zu überwinden und so einem Aufflammen alter Konflikte vorzubeugen³. Unrechtsaufarbeitung und Verantwortungszuschreibung sind in diesem Zusammenhang nicht nur ethische Ideale – Forderungen der Gerechtigkeit –, sondern sie gelten auch als realpolitische Rezepte für die dauerhafte Befriedung einer Gesellschaft.

In diesem Beitrag will ich versuchen, die Plausibilität dieser Annahmen zu untersuchen. Ich will dies dadurch tun, dass ich die Art und Weise, wie Wahrheitskommissionen Unrechtsaufarbeitung und Verantwortungszuschreibung betreiben können, vergleiche mit der Art und Weise, wie staatliche Prozesse auf die übliche Art diese Funktionen erfüllen. Damit soll nicht gesagt sein, dass Wahrheitskommissionen die üblichen Prozesse ausschließen oder notwendigerweise verdrängen. Strafverfahren und Entschädigungsverfahren können neben der Tätigkeit von Wahrheitskommissionen stattfinden und tun dies häufig auch. (Entschädigungsverfahren scheinen Wahrheitskommissionen üblicherweise nachzufolgen; Strafverfahren finden teilweise parallel und teilweise auch vor und nach der Einsetzung von Wahrheitskommissionen statt.) Allerdings scheinen Wahrheitskommissionen den Ablauf dieser anderen Prozesse und auch deren politischen Stellenwert zu beeinflussen. Entschädigung stellt sich häufig als Umsetzung der Empfehlung

³ Siehe z.B. UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States: Truth Commissions* (2006), abrufbar unter <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawTruthCommissionsen.pdf>. Reservierter UNITED NATIONS, *Guidance Note of the Secretary-General, United Nations Approach to Transitional Justice* (March 2010), abrufbar unter http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf. Vgl. auch INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE/ KOFI ANNAN FOUNDATION, *Can Truth Commissions Strengthen Peace Processes?* (2014), abrufbar unter <http://www.kofiannanfoundation.org/sites/default/files/ictj-report-kaf-truthcommpeace-2014.pdf>.

der Wahrheitskommission dar. Strafverfahren werden einerseits durch Aufklärungsleistungen unterstützt, andererseits aber auch durch förmliche Verknüpfungen (Beweisverwertungsverbote, Amnestien im Gegenzug zur Geständnisablegung vor der Wahrheitskommission) behindert. Ob die Tätigkeit einer Wahrheitskommission den Impuls zur Strafverfolgung stärkt oder schwächt, lässt sich im Einzelfall nicht vorhersagen⁴.

2. Unrechtsaufarbeitung durch die Wahrheits- und Versöhnungskommission Südafrikas

Ich möchte jetzt den Blick auf die südafrikanische Wahrheits- und Versöhnungskommission richten. Diese Kommission wurde 1995 unter dem Vorsitz von Erzbischof Desmond Tutu gebildet, um die unter dem Apartheidregime begangenen schweren Menschenrechtsverletzungen aufzuklären. Schwere Menschenrechtsverletzungen waren gesetzlich definiert als jedwede schuldhafte Beteiligung an der Tötung, Entführung, Folter oder sonstigen schweren Misshandlung einer Person aus politischen Gründen⁵. Die südafrikanische Wahrheitskommission gilt in vielfacher Hinsicht als besonders einflussreich und politisch erfolgreich. Ihr Mandat bestand in der Aufklärung des Unrechts der Apartheidzeit, beginnend mit dem Sharpeville Massacre im März 1960, bei dem friedliche Demonstranten erschossen wurden und das zur Entscheidung der Befreiungsbewegungen für einen bewaffneten Widerstand führte, und endend mit dem Tag der Einsetzung von Nelson Mandela als Staatspräsident. Die Kommission sollte Opferschicksale feststellen, Konzepte zur Wiedergutmachung entwickeln und über ihre Aktivitäten und Erkenntnisse einen abschließenden Bericht erstatten. Darüber hinaus war der Amnestieausschuss der Kommission befugt, politischen Straftätern bei einer vollständigen Offenlegung ihrer Taten auf Antrag Amnestie zu gewähren. Die Kommission legte 1998 einen

⁴ Siehe u.a. A. BISSET, *Truth Commissions and Criminal Courts*, Cambridge, 2012.

⁵ Gesetz zur Förderung der nationalen Einheit und Versöhnung (*Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, No 34 of 1995), § 1 (1).

fünfbändigen Abschlussbericht vor, der 2001 nach dem Abschluss der Amnestieverfahren um zwei weitere Bände ergänzt wurde⁶.

2.1. *Tatsachenaufklärung als Schwachstelle*

Gerade die Tatsachenaufklärung erwies sich aber als Schwachstelle in der Arbeit der Kommission. Zu vielen umstrittenen und gerüchsumwehten Einzelereignissen hat die Kommission zwar Anhörungen durchgeführt, konnte aber im Ergebnis auch nichts weiter als Gerüchte und Hypothesen beisteuern. Zu anderen Ereignissen bestätigte die Kommission nur das bereits vorher Bekannte. Was die Kommission an Einzelheiten über den Alltag unter dem Apartheidregime von den unzähligen kleinen Leuten, die vor der Kommission ihre Erlebnisse berichteten, erfuhr, war häufig nicht geeignet, das Berichtete wirklich aufzuklären, weil sich die Betroffenen selbst auf Vermutungen verlassen mussten⁷. Die Kommission hatte für eine echte Überprüfung der ihr berichteten Vorgänge nicht die Mittel. Sie begnügte sich deshalb mit einem sehr dünnen Konzept der „Corroboration“ oder „Bestätigung“. Häufig bestand diese „Bestätigung“ nur darin, dass ein Presseartikel, der über den Vorfall berichtete, vorgelegt werden konnte (auch wenn dieser nicht die der Kommission berichteten Einzelheiten enthielt oder die Tat sogar anderen Verursachern zuschrieb). Die meisten „Feststellungen“ der Kommission zu solchen Einzelvorgängen können deshalb nicht als gesichert gelten, weder unter forensischen noch unter geschichtswissenschaftlichen Gesichtspunkten. Es handelt sich im Wesentlichen um die Wiedergabe von Erinnerungsberichten von Bürgern, die auf die Kommission den Eindruck subjektiver Wahrhaftigkeit und möglicher tatsächlicher Akkuratheit gemacht hatten.

⁶ *Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, Report. Bd 1 – 5 (1998) und Bd 6 & 7 (2003), Cape Town: Juta.

⁷ Den typischen Ablauf einer Opferanhörung beschreiben S. LEMAN-LANGLOIS, C. SHEARING, *Transition, Forgiveness and Citizenship: The TRC and the Social Construction of Forgiveness*, in F. DU BOIS, A. DU BOIS-PEDAIN (Hrsg.), *Justice and Reconciliation in Post-Apartheid South Africa*, Cambridge, 2008, S. 211 ff.

2.2. *Der eigenständige Wert des kommunikativen Forums: Unrechtsaufarbeitung durch verstehendes Zuhören?*

Ist dies unbefriedigend? Nicht unbedingt. Der Schwerpunkt der Anhörungstätigkeit des Ausschusses für schwere Menschenrechtsverletzungen, der unter dem Vorsitz von Erzbischof Tutu tagte und dessen Anhörungen in Radio und Fernsehen übertragen wurden, lag nicht auf Tatsachenermittlung als solcher. Er lag – letztendlich – darauf, auf die Lebensberichte der Betroffenen verstehend zu reagieren und über die Entgegennahme des Berichts auch die soziale Rolle des Berichtenden als eines wichtigen Bürgers des „neuen Südafrika“ zu schaffen bzw. zu validieren⁸. In diesem Sinne war die Kommission eine „performative Institution“, der es nicht nur darum ging, die Vergangenheit besser zu verstehen, sondern auch darum, die veränderte politische Gegenwart in der öffentlichen Vorführung ihrer Tätigkeit real erlebbar zu machen. Während diese gesamtgesellschaftliche Funktion durchaus erfüllt wurde, ist es wesentlich unsicherer, ob die Gelegenheit, vor der Wahrheitskommission auszusagen, sich auf den einzelnen individuellen Aussagenden positiv auswirkt oder nicht. Der Wahrheitskommission war dies durchaus klar. Durch psychologische Begleitung sollten die Gefahren des Aufrührens unverarbeiteter Erlebnisse für die Aussagenden aufgefangen werden. Allerdings setzte auch bei vielen Personen, die ihre Aussage zunächst als positiv erlebt hatten, später eine Ernüchterung ein. Dies kann auch mit daran gelegen haben, dass Entschädigungszahlungen weitgehend ausblieben. Nach dem Abschluss der Tätigkeit der Wahrheitskommission schlossen sich etwa 20.000 von der Kommission anerkannte Opfer der Apartheid in einem Interessenverband zusammen, der – bisher weitgehend erfolglos – für eine bessere Umsetzung der Entschädigungsempfehlungen der Wahrheitskommission kämpft⁹.

⁸ S. LEMAN-LANGLAIS, C. SHEARING, *ibid.*

⁹ Zur Geschichte des Verbands siehe <http://www.khulumani.net/khulumani/about-us.html>.

2.3. Die Interaktion mit der gesellschaftlichen Außenwelt: Unrechtsaufarbeitung durch den Diskurs über die Tätigkeit der Wahrheitskommission

Die Wirkung der Kommission auf die nationale (und internationale) Öffentlichkeit lässt sich kaum überschätzen. Die Kommission schickte zahlreiche „Aussagensammler“ (statement takers) durchs Land, die sich mit den Leuten unterhielten und ihre Eingaben an die Kommission weiterleiteten. Die öffentlichen Anhörungen fanden prinzipiell ortsnah in Turnhallen oder auf der Bürgermeisterei statt. Damit erreichte die Wahrheitskommission viele Menschen in marginalisierten Landstrichen und aus den unteren und untersten sozialen Schichten. Außerdem wurden die Anhörungen der Kommission im Radio übertragen, und im Fernsehen wurden täglich Zusammenfassungen gezeigt. Dies machte die Tätigkeit der Kommission landesweit bekannt. Die Kommission drang ins Bewusstsein eines jeden Südafrikaners, ob er oder sie dies wollte oder nicht. Ihre Arbeit war nicht allgemein hochgeschätzt oder geachtet: viele weiße Südafrikaner bezeichneten die Kommission recht abfällig als „Taschentuchkommission“ oder „Heulkommission“ wegen der vielen Zeugen, die während ihrer Aussage selbst in Tränen ausbrachen oder Kommissionsmitglieder und Saalpublikum zu Mitleidstränen rührten. Man konnte die Kommission ablehnen und ihre Arbeit geringschätzen. Aber ignorieren konnte man sie nicht. Und damit musste man, ob man nun wollte oder nicht, zur Vergangenheit Stellung beziehen und sich zumindest innerlich mit dem eigenen Verhalten und der eigenen politischen Orientierung ein Stück weit auseinandersetzen. Dies galt im Übrigen nicht nur für weiße Südafrikaner, die das Apartheidregime unterstützt hatten, sondern auch für viele Befreiungskämpfer, die nun zum ersten Mal – oder zum ersten Mal glaubhaft – etwas über die weniger heldenhaften Taten der eigenen Seite erfuhren.

Diese in der Medienöffentlichkeit und auch in privaten Zusammenkünften persönlich-konfessionell und politisch geführte Diskussion hat Südafrika nachhaltig verändert. Sie ist wahrscheinlich das, worin – auch im Reiben an der Kommission und in der Infragestellung ihres Versöhnungsdiskurses – die „Unrechtsaufarbeitung“ in Südafrika im Wesentlichen bestanden hat.

3. Verantwortungszuschreibung durch die Wahrheits- und Versöhnungskommission

Einer der wichtigsten Unterschiede zwischen Wahrheitskommissionen und Gerichtsprozessen besteht in den unterschiedlichen Modalitäten und Formen der Verantwortungszuschreibung. Gerichtsprozesse werden oft dafür gepriesen, dass sie die Verantwortung für begangenes Unrecht „individualisieren“. Das ist richtig. Aber für die Aufarbeitung politisch motivierter gewaltsamer Auseinandersetzungen, die sich über einen längeren Zeitraum hingezogen haben, hat die Fokussierung auf die Individualisierung von Verantwortung nicht nur eine Sonnen-, sondern auch eine Schattenseite. Das gleiche gilt für die gewählte Modalität der Verantwortungszuschreibung, nämlich den Strafprozess¹⁰.

3.1. Individualisierung kollektiver Verantwortung?

Die Individualisierung von Verantwortung gilt als hehres Ziel. Dieses Ziel sollte uns aber nicht dazu verleiten, die Augen vor der kollektiven Dimension politisch motivierter Gewalttaten zu verschließen. Politisch motivierte Gewalttaten werden aus einem sozialen Umfeld heraus begangen, das diese Gewalttaten legitimiert. Hier ist eine Bandbreite, die von geforderten zu geduldeten Taten reicht, zu beobachten. Bei einigen Taten kann die dahinter stehende Gruppendynamik so überwältigend sein, dass der individuelle Vorsatz zur Tatbegehung die Tat weniger erklärt als die Situation, aus der heraus dieser Vorsatz gebildet wurde. Es gibt viele Studien zu Gewalttaten bei Massenversammlungen, die der Gruppendynamik hier eine größere Rolle zuschreiben als der Einzelentscheidung. Bei anderen Taten ist die Entscheidungsbildung des Täters durch die soziale Definition dieser Gewalttat als „Verteidigungshandlung“, als „notwendig“ oder sogar als heldenhafte Selbstaufopferung ermöglicht. Der Täter kann sich hier als moralisch korrekt handelnde Person verstehen, die eine sozial anerkannte Handlung vollzieht. Auch bei den nicht offen zugegebenen Ge-

¹⁰ Zum Nachstehenden ausführlich A. DU BOIS-PEDAIN, *Communicating Criminal and Political Responsibility in the TRC Process*, in F. DU BOIS, A. DU BOIS-PEDAIN (Hrsg.), *Justice and Reconciliation in Post-Apartheid South Africa*, Kap. 3.

walthandlungen (deren Verdeckung dem Täter zumindest Grund gibt, an der moralischen Rechtfertigung der Handlung zu zweifeln), spielt die vorhandene soziale Duldung und verdeckte Billigung der Handlung eine wichtige Rolle. Viele Exzesse der Sicherheitskräfte sind von solchen indirekten Billigungssignalen gedeckt. Wenn das soziale Umfeld diese Taten erst entstehen lässt, dann ist es zumindest unbillig, wenn sich die Personen, die dieses Umfeld bilden, nachträglich durch die strafrechtsgesteuerte „Ausgrenzung“ der unmittelbar Handelnden jeder Mitverantwortung entledigen.

Das ist nicht unbedingt ein Argument gegen die Bestrafung der direkt Handelnden. Es weist aber auf einen nicht zu unterschätzenden Preis dieser Form der Verantwortungszuschreibung hin. Die Auseinandersetzung der „Umfeldgestalter“ mit ihrem sozial kausalen und psychologisch gewiss nicht „unschuldigen“ Beitrag zu den einzelnen Unrechthandlungen wird hierdurch nicht gefördert und das Risiko der Verdrängung solcher strafrechtlich nicht fassbaren Beteiligungen erhöht. Auch ist der Aufklärungsmodus des Gerichtsverfahrens nicht dazu geeignet, die Rolle des Umfelds angemessen zu ermitteln und abzubilden. Dadurch wird der Mythos, dass Gewalttaten von Außenseitern, den „schlechten Äpfeln“ im Korb voller guter Äpfel, begangen werden, gefördert.

Wahrheitskommissionen wie die südafrikanische Wahrheitskommission haben es einfacher, ihren Blick auf die kollektive Dimension der Gewalt zu richten. Dies liegt daran, dass ihnen häufig aufgetragen wird, die „Ursachen“ der Gewalt zu erforschen. In Südafrika benannte das Einheits- und Versöhnungsgesetz vier Gruppen oder Kategorien von Tätern, die von besonderem Interesse waren:

Firstly, those who participated directly in gross violations of human rights; secondly, those who gave orders for gross violations of human rights to be committed; thirdly, those who created a climate in which gross violations of human rights could occur; and, finally, those who failed to act against or punish those responsible for gross violations of

human rights and therefore were responsible for sanctioning or ratifying these acts or were guilty of ‘official tolerance’ of these acts¹¹.

In dieser Auflistung stechen die Tatausführenden nicht als besonders wichtig heraus. Im Gegenteil: man kann sich durchaus vorstellen, dass alle diese Beteiligungsformen als moralisch und kausal gleichwertig verstanden werden, und zwar unabhängig davon, ob der Betroffene damit strafrechtlich fassbar ist oder nicht. „Verantwortung“ wird hier in einem weiteren, nicht-strafrechtlichen Sinn, verstanden.

3.2. Die Bedeutung der Zuschreibung politischer und strafrechtlicher Verantwortung durch die Wahrheitskommission

Die Wahrheits- und Versöhnungskommission hat diesen Auftrag so umgesetzt, dass sie in ihrem Abschlussbericht förmliche „Verantwortungsfeststellungen“ (accountability findings) getroffen hat. Ein typisches „accountability finding“ arbeitet sich vom allgemeinen institutionellen Kontext zur Einzelperson vor. Über den Apartheidstaat trifft die Kommission etwa folgende Feststellung:

The Commission endorses the position in international law that apartheid as a form of systematic racial discrimination and separation constituted a crime against humanity.

Within this context, the Commission finds that:

- The state – in the form of the South African government, the civil service and its security forces – was, in the period 1960-94 the primary perpetrator of gross violations of human rights in South Africa, and from 1974, in Southern Africa.
- (...)
- In the application of the policy of apartheid, the state in the period 1960-90 sought to protect the power and privilege of a racial minority. Racism therefore constituted the motivating core of the South African political order, an attitude largely endorsed by the investment and other policies of South Africa’s major trading partners in this period. A consequence of this racism was that white citizens in general adopted a dehumanising position towards black citizens, to the point where the ruling order of the state ceased to

¹¹ A. BORAINÉ, *A Country Unmasked: Inside South Africa’s Truth and Reconciliation Commission*, Oxford, 2000, S. 121.

regard them as fellow citizens and largely labelled them as ‘the enemy’. This created a climate in which gross atrocities committed against them were seen as legitimate.

As a consequence of these factors, the Commission finds that the state perpetrated, among others, the following types of gross violations of human rights in South and/or Southern Africa: (list omitted)¹².

Die nächste Aussage richtet den Blick speziell auf den früheren Staatspräsidenten P.W. Botha:

During the period that he presided as head of state ... gross violations of human rights and other unlawful acts were perpetrated on a wide scale by members of the former South African Police (SAP) and the former South African Defence Force (SADF), among others. Such violations included: (list omitted). ... During the period 1979-89, Mr PW Botha chaired the State Security Council (SSC)...¹³.

Es folgt eine Auflistung diverser Maßnahmen und Entscheidungen des Staatssicherheitsrates während der Zeit, in der P.W. Botha den Vorsitz innehatte, die “ein politisches Klima geschaffen haben, das die Begehung schwerer Menschenrechtsverletzungen sehr gefördert hat und in dem solche Verletzungen in großem Ausmaß begangen wurden“¹⁴. Zum Abschluss wird festgestellt:

For the reasons set out above and by virtue of his position as head of state and chairperson of the SSC, Botha contributed to and facilitated a climate in which the above gross violations of human rights could and did occur, and as such is accountable for such violations¹⁵.

Verantwortungszuschreibungen an Befreiungsbewegungen und andere politische Akteure folgen demselben Schema.

Politisch waren diese Verantwortungsfeststellungen ein wirksames Mittel, um eine politische Debatte über den Einsatz von Gewalt durch den Apartheidstaat und durch die verschiedenen politischen Gruppierungen zu erzwingen. Mehrere prominente Einzelpersonen und Parteien

¹² *TRC Report*, Bd. 5, S. 222-3.

¹³ *TRC Report*, Bd. 5, S. 223-4.

¹⁴ *TRC Report*, Bd. 5, S. 225.

¹⁵ *TRC Report*, Bd. 5, S. 225.

– darunter der ANC – wollten die Wahrheitskommission sogar gerichtlich zur Unterlassung dieser Feststellungen zwingen. Obwohl sich keinerlei strafrechtliche Konsequenzen an diese Feststellungen knüpfen und auch keine strafrechtliche Schuldzuschreibung vorgenommen wurde, wurden diese Feststellungen sozial als bedeutungsvoll verstanden.

Mit strafrechtlicher Verantwortungszuschreibung war die Wahrheits- und Versöhnungskommission nur indirekt befasst, nämlich nur insoweit, als die vollständige Offenlegung der Begehung einer politisch motivierten Straftat Voraussetzung für die Gewährung von Amnestie für diese Tat war¹⁶. Einige der Antragsteller waren gerichtlich abgeurteilt. Andere gaben die Tat nur sozusagen im Gegenzug für die Nichtbestrafung zu. Aus diesem Grund wurde die Feststellung strafrechtlicher Schuld im Zusammenhang mit den Amnestieverfahren nicht als „strafrechtliche Verantwortungszuschreibung“ erlebt. Aber es lässt sich zumindest spekulieren, dass die moralisch für viele Betroffene und Beobachter unbefriedigende Amnestiegewährung wegen der politischen Dimension der Tat das Ihre dazu beigetragen hat, die förmlichen Verantwortungsfeststellungen der Kommission für die Schaffung der sozialen Rahmenvoraussetzungen dieser Gewalttaten unbequemer zu machen. Ob sich die in diesen Verantwortungsfeststellungen genannten Personen und Parteien ebenso gewehrt hätten, wenn ihnen dadurch nicht auch indirekt die Verantwortung für die Taten der amnestierten Täter zugeschrieben worden wäre, kann man zumindest bezweifeln.

4. Zum Abschluss: Welchen „Mehrwert“ geben Wahrheitskommissionen?

Wahrheitskommissionen sind zur Aufklärung historischer Tatsachen nicht unbedingt geeignet. Ihr Wert liegt in ihrer performativen Ausrichtung: der sozialen Validierung von Opferschicksalen, der Überwindung einseitiger Informationen, der Durchbrechung vorhandener Kommunikationsbarrieren, die die früheren Gegner zu einer Neubewertung der

¹⁶ Ausführlich zu den Amnestieverfahren siehe A. DU BOIS-PEDAIN, *Transitional Amnesty in South Africa*, Cambridge, 2007.

eigenen Seite, und des eigenen Beitrags, bringen kann. Was die Zuschreibung von Verantwortung für begangenes Unrecht angeht, sind Wahrheitskommissionen flexibler als juristisch gesteuerte Institutionen. Dadurch können Wahrheitskommissionen ein genaueres Verständnis der Ursachen von Gewalt erreichen, als Gerichtsverfahren dies typischerweise tun. Ihr eigentlicher Wert liegt hier im Anstoßen eines öffentlichen Diskurses, der im Idealfall zu einer kollektiven Verantwortungsübernahme für die Wiedergutmachung des Unrechts führen kann.

LE COMMISSIONI PER LA VERITÀ COME STRUMENTO PER L'ELABORAZIONE DEL PASSATO E L'ASCRIZIONE DI RESPONSABILITÀ

Sin dagli anni '90 si assiste a un crescente ricorso alle Commissioni per la verità e la riconciliazione quale strumento politico, volto a consentire alle società reduci da una fase di prolungato conflitto, caratterizzato da gravi crimini, di fare i conti con il proprio passato.

Di norma il lavoro di tali Commissioni si traduce nella redazione di un Rapporto finale nel quale si prende posizione sulle ragioni che hanno portato al conflitto e sulla sua evoluzione, tentando di fare luce ed esprimere un giudizio conclusivo sugli episodi controversi e identificando in molti casi vittime e autori dei crimini.

Il ricorso allo strumento della Commissione per la verità e conciliazione viene sostenuto in presenza di società in transizione e paesi appena usciti da situazioni di grave conflittualità al fine di un superamento delle violenze del passato e della prevenzione del riaccendersi di vecchi contrasti.

L'elaborazione del passato e l'attribuzione di responsabilità non rappresentano soltanto ideali etici attinenti alla sfera della giustizia, ma sono anche considerati uno strumento di Realpolitik finalizzato a una riconciliazione sociale.

Il contributo si sforza di verificare la tenuta delle affermazioni che precedono alla luce dell'attività svolta dalla Commissione per la verità e la riconciliazione del Sudafrica. Incaricata di fare chiarezza sulle gravi violazioni dei diritti umani (quali concorso in omicidi, sequestri di persona, torture e altri gravi abusi commessi per motivi politici) perpetrate sotto il regime dell'apartheid, la Commissione era considerata particolarmente influente e il suo lavoro è stato giudicato efficace sul piano politico.

Essa, tuttavia, ha manifestato una scarsa capacità nella ricostruzione dei fatti, formulando «constatazioni» su singoli episodi che non apparivano sufficientemente provati né sotto il profilo giuridico, né sotto

quello storico. In realtà, gli accertamenti della Commissione si limitavano a riportare le testimonianze acquisite. Di per sé ciò non rappresenta un problema se si considera che, in ultima analisi, l'obiettivo principale delle audizioni della Commissione, presieduta dall'arcivescovo Tutu, trasmesse da radio e tv, era di reagire in modo empatico alle testimonianze delle vittime e di riconoscerne il ruolo sociale nel «nuovo Sudafrica». In questo senso, la Commissione si è rivelata un'istituzione «performativa», che cercava non soltanto di comprendere meglio il passato, ma si proponeva di contribuire alla nuova realtà politico sociale, svolgendo pubblicamente la propria attività. La Commissione è «penetrata» nella coscienza di ogni singolo cittadino sudafricano, spingendo le persone a prendere posizione sul passato e a confrontarsi, almeno nel proprio intimo, con le azioni commesse e i propri orientamenti politici. In questo è consistita, in sostanza, «l'elaborazione del passato e dei crimini avvenuti» in Sudafrica.

Una delle differenze fondamentali tra l'attività delle Commissioni per la verità e riconciliazione e quella dei tribunali consiste nelle diverse modalità e forme di attribuzione delle responsabilità. Spesso si afferma che i processi nei tribunali hanno il merito di «individualizzare» la responsabilità, ed è vero. Ma l'individualizzazione della responsabilità non deve indurci a chiudere gli occhi di fronte alla dimensione collettiva delle violenze a sfondo politico. Poiché sono generalmente incaricate di accertare le «cause» delle violenze e di individuare i responsabili, alle Commissioni per la verità e riconciliazione come quella sudafricana risulta più facile prendere in considerazione la dimensione collettiva della violenza. La Commissione per la verità e la riconciliazione del Sudafrica ha compiuto la sua missione formulando nel report finale gli «accertamenti di responsabilità» (*accountability findings*) che, partendo dal contesto istituzionale generale, risalivano al singolo individuo. Sul piano politico, questi accertamenti sono stati uno strumento efficace per innescare un dibattito politico sull'uso della violenza da parte del regime dell'apartheid e dei vari gruppi politici. Il lavoro della Commissione ha riguardato soltanto indirettamente l'attribuzione delle responsabilità penali, nella misura in cui la trasparenza totale sui delitti politici commessi era un requisito per ottenere l'amnistia.

Ricapitolando, si può dire che le Commissioni per la verità e riconciliazione non sono uno strumento realmente utile ai fini della ricostruzione di fatti storici. La loro importanza risiede nell'approccio performativo. Per quanto concerne l'attribuzione di responsabilità esse agiscono con più flessibilità rispetto alle istituzioni giuridiche, riuscendo così a comprendere con maggiore precisione le cause della violenza. Il valore delle Commissioni per la verità e riconciliazione risiede nella loro capacità di innescare un dibattito pubblico che, nella migliore delle ipotesi, porterà alla nascita di un sentimento di responsabilità collettiva utile al superamento del passato e alla riparazione delle gravissime violazioni perpetrate.

IL LIVELLO NAZIONALE
DIE NATIONALE EBENE

II. SESSIONE - ZWEITER TEIL

I PROCESSI PER CRIMINI DI GUERRA DAVANTI AI TRIBUNALI MILITARI

Bartolomeo Costantini

SOMMARIO: *Fonti normative. 1. L'individuazione dei crimini di guerra nella legislazione italiana. 2. L'applicazione del codice penale militare di guerra nel tempo di pace. 3. L'adeguamento del codice di guerra agli obblighi del diritto umanitario bellico e la sua applicazione ai corpi di spedizione all'estero. 4. L'abolizione del potere di bando e di altre norme incostituzionali previste dal c.p.m.g. 5. I pregi delle novelle del 2001-2002. 6. Il revirement legislativo del 2006. 7. I lavori per un codice delle missioni militari all'estero.*

Fonti normative

R.d. 8 luglio 1938, n. 1415. Approvazione dei testi della legge di guerra e della legge di neutralità.

R.d. 20 febbraio 1941, n. 303. Codici penali militari di pace e di guerra.

Legge 12 luglio 1999, n. 232. Ratifica ed esecuzione dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, con atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998.

D.l. 1 dicembre 2001, n. 421, convertito in l. 31 gennaio 2002, n. 6. Disposizioni urgenti per la partecipazione di personale militare all'operazione multinazionale denominata «Enduring Freedom».

D.l. 28 dicembre 2001, n. 451, convertito in l. 27 febbraio 2002, n. 15. Disposizioni urgenti per la proroga della partecipazione italiana ad operazioni militari internazionali.

D.l. 10 luglio 2003, n. 165, convertito in l. 1 agosto 2003, n. 219. Interventi urgenti a favore della popolazione irachena.

Legge 4 agosto 2006, n. 247, art. 2, comma 26. Disposizioni per la partecipazione italiana alle missioni internazionali.

Legge 14 gennaio 2013, n. 5. Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento all'ordinamento interno.

1. L'individuazione dei crimini di guerra nella legislazione italiana

Nella legislazione italiana una categoria di reati definiti come crimini di guerra si rinviene solo nella legge 12 luglio 1999, n. 232 di ratifica dello Statuto della Corte penale internazionale adottato a Roma nel 1998.

Si tratta, come è noto, di disposizioni destinate ad operare in caso di inerzia o incapacità dello Stato nazionale a perseguire direttamente tali crimini, per il principio di sussidiarietà della giurisdizione della Corte. Appare quindi scarsamente prevedibile la loro concreta operatività nel nostro Paese.

È parimenti nota, d'altra parte, la scarsa effettività della tutela assicurata dal diritto penale internazionale alla repressione dei crimini di guerra, quantomeno per la difficoltà di individuare fondamento e praticabilità di tale diritto.

In generale, quindi, nonostante la riluttanza dei singoli Stati a punire i propri cittadini per le violazioni del diritto umanitario, finora la tutela più efficace è stata spesso più adeguatamente assicurata dalle legislazioni nazionali (*ius in bello*).

Nella legislazione italiana esiste un sistema punitivo dei delitti che correntemente si usa definire crimini di guerra: vale a dire i reati che le truppe combattenti compiono contro le truppe nemiche, le popolazioni e i loro beni sia in conflitti internazionali che interni.

Si tratta della legge di guerra del 1938 e del codice penale militare di guerra del 1941: un complesso normativo particolarmente avanzato rispetto alla data di emanazione, in quanto recettivo delle convenzioni internazionali sul diritto umanitario fin allora emanate, e tuttora dotato di notevole validità.

Particolare importanza assumono le disposizioni del codice penale militare di guerra dedicate alla repressione dei «reati contro le leggi e gli usi della guerra» (artt. 165-230 c.p.m.g.).

La cognizione di tali reati è devoluta all'autorità giudiziaria militare, per il combinato disposto degli artt. 1 e 263 c.p.m.p.

Non sembra inutile ricordare che oggi la magistratura militare italiana, di fatto, non è che l'appendice esterna della magistratura ordinaria. E ciò per effetto della legge 7 maggio 1981 n. 180, che ha radicalmente inciso sull'ordinamento giudiziario militare di pace, e della legge 30 dicembre 1988 n. 561, che ha istituito un organo di autogoverno analogo a quello che la Costituzione prevede per la magistratura ordinaria.

Il processo penale militare è regolato quasi integralmente dal codice di procedura penale, esistono gli stessi gradi di giurisdizione culminanti col sindacato di legittimità della Cassazione.

Le garanzie di indipendenza dei magistrati militari sono le stesse dei magistrati ordinari.

Tornando all'individuazione dei crimini di guerra previsti dal codice penale militare di guerra, senza pretesa di esaustività, ricordiamo le previsioni:

- del libro terzo, titolo IV, capo III, sezione II, e fra queste la fondamentale previsione dell'art. 185 («violenza di militari italiani contro privati nemici») e quella dell'art. 191 («uso delle armi contro ambulanze, ospedali, navi o aeromobili sanitari o contro il personale addetto»);
- del libro terzo, titolo IV, capo V, sezione I, che sanziona i reati contro i prigionieri di guerra, segnatamente dell'art. 211 («violenza, minaccia o ingiuria, in generale»).

Non deve trascurarsi la circostanza – significativa applicazione del principio di universalità di tutela assicurata dal diritto umanitario – che, ai sensi dell'art. 13 c.p.m.g., le disposizioni penali del citato libro III, titolo IV si applicano anche ai militari nemici, per i reati contro le leggi e gli usi della guerra che siano da loro commessi a danno dello Stato italiano o di un cittadino italiano. Anche per tali ultimi reati la cognizione appartiene ai giudici militari.

È sulla base di quest'ultima previsione che in Italia sono stati celebrati nell'immediato dopoguerra diversi processi per gli eccidi perpetra-

ti dai militari tedeschi ai danni delle popolazioni italiane dopo l'armistizio dell'8 settembre 1943.

Vanno ricordati almeno i processi conclusi con le seguenti sentenze di condanna all'ergastolo: Tribunale militare Roma 20 luglio 1948 in c. Kappler e 22 luglio 1997 in c. Priebke (fosse Ardeatine); Tribunale militare Bologna 31 ottobre 1951 in c. Reder (Marzabotto).

Va pure ricordato che in questi ultimi venti anni, dopo il rinvenimento in un palazzo romano dei fascicoli per i crimini di guerra tedeschi illegittimamente archiviati nel 1960, sono stati celebrati diversi procedimenti, conclusi anch'essi con le seguenti sentenze di condanna all'ergastolo: Tribunale militare Verona 24 novembre 2000 in c. Seifert (Lager di Bolzano); Tribunale militare di Verona 6 luglio 2011 in c. Winkler (eccidi del marzo-maggio 1944 nelle province di Arezzo, Modena e Reggio Emilia).

È chiaro tuttavia che i processi celebrati a distanza di decenni contro anzianissimi imputati e per giunta quasi sempre in contumacia hanno valore soltanto storico e morale.

Essi sono connotati inoltre da scarsa effettività, giacché riguardano cittadini tedeschi, di cui la Germania non concede l'extradizione, per la ritenuta non retroattività della disposizione che ha abrogato il divieto costituzionale di estradizione dei cittadini tedeschi.

A ciò si aggiunge che gli effetti civili delle decisioni dei giudici militari sono stati vanificati dalla recente decisione della Corte internazionale di giustizia che ha negato la responsabilità civile dello Stato tedesco per i crimini di guerra perpetrati dalle truppe del Terzo Reich, responsabilità fin allora pacificamente affermata dai giudici italiani di merito e di legittimità.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sentenza n. 5044/2004 in c. Ferrini) aveva infatti affermato il principio che l'immunità dalla giurisdizione (civile) degli Stati (esteri) riconosciuta dal diritto internazionale consuetudinario non ha carattere assoluto ma trova un limite ove le condotte, pure esercizio della sovranità statale, integrino crimini contro l'umanità, tali quindi da configurare un crimine internazionale.

Ma la Corte internazionale di Giustizia, adita dal Governo tedesco, con sentenza del 3 febbraio 2012 (*Immunités Juridictionnelles de l'Etat-Allemagne c. Italie*), ha deciso che:

- «il diritto consuetudinario internazionale continu(a) a prevedere che ad uno Stato sia riconosciuta l'immunità in procedimenti per illeciti presumibilmente commessi sul territorio di un altro Stato dalle proprie forze armate ed altri organismi statali nel corso di un conflitto armato»,
- lo Stato «non può essere privato dell'immunità in virtù del fatto che lo si accusa di gravi violazioni delle leggi internazionali sui diritti umani».

Al dettato della Corte internazionale si è sollecitamente conformato lo Stato italiano, sia con le successive sentenze della Cassazione (che hanno annullato le decisioni di merito nel frattempo pronunciate) che con la legge 14 gennaio 2013, n. 5, con profonde conseguenze pratiche¹.

Peraltro, un tentativo di contestare il pronunciato europeo e la successiva legge italiana è stato realizzato dal tribunale ordinario di Firenze, con una decisione i cui effetti riguarderebbero anche le decisioni dei giudici militari nelle disposizioni relative alla responsabilità civile dello Stato estero.

Al tribunale toscano si erano rivolti gli eredi di un cittadino italiano catturato da forze militari tedesche l'8 settembre 1943, deportato in Germania per essere adibito al lavoro forzato e ucciso in uno dei 21

¹ Si riporta il testo dell'art. 3 della legge 5/2013:

«Art. 3 (*Esecuzione delle sentenze della Corte internazionale di giustizia*):

1. Ai fini di cui all' articolo 94, paragrafo 1, dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945 e reso esecutivo dalla legge 17 agosto 1957, n. 848, quando la Corte internazionale di giustizia, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice davanti al quale pende controversia relativa alle stesse condotte rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo.
2. Le sentenze passate in giudicato in contrasto con la sentenza della Corte internazionale di giustizia di cui al comma 1, anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per revocazione, oltre che nei casi previsti dall' articolo 395 del codice di procedura civile, anche per difetto di giurisdizione civile e in tale caso non si applica l'articolo 396 del citato codice di procedura civile».

lager di Kahla-Thuringa, dove, secondo la Croce Rossa Internazionale, veniva sepolto in una fossa comune con seimila prigionieri, ridotti in schiavitù.

Il tribunale di Firenze, con ordinanza 21 gennaio 2014, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 2 e 24 della Costituzione:

- 1) della norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10 primo comma Cost., della consuetudine internazionale accertata dalla Corte Internazionale di giustizia nella sentenza 3 febbraio 2012, nella parte in cui nega la giurisdizione di cognizione nelle azioni risarcitorie per danni da crimini di guerra commessi, almeno in parte nello Stato del giudice adito, *iure imperii* dal Terzo Reich;
- 2) dell'art. 1 della legge 848 del 17 agosto 1957, nella parte in cui, recependo l'art. 94 dello Statuto dell'Onu, obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, commessi *iure imperii* dal Terzo Reich almeno in parte nel territorio italiano;
- 3) dell'art. 1 (*recte*: art. 3) della legge 5/2013 nella parte in cui obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia anche quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità commessi *iure imperii* dal Terzo Reich nel territorio italiano.

È spettato quindi ad un giudice invocare il rispetto dei diritti fondamentali della persona quale limite al potere sovrano degli Stati, fino al punto di superare il principio consuetudinario generalmente riconosciuto dell'immunità giurisdizionale degli Stati.²

² Conviene citare un passaggio dell'ordinanza: «Invocare l'eguaglianza sovrana tra gli Stati per escludere la possibilità di accertare e sanzionare in via giudiziale (in assenza di altre strade giuridicamente garantite) le gravissime violazioni di diritti umani compiute nel perseguimento di sistematiche e programmate azioni di sterminio vuol dire, nell'opinione del rimettente, rifiutare di pronunciare giustizia davanti a crimini

È stata quindi accolta con soddisfazione la sentenza 23 ottobre 2014, n. 238 con cui la Corte costituzionale ha accolto la questione sollevata a Firenze, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle norme di diritto interno che impediscono al giudice italiano di accertare l'eventuale responsabilità civile di un altro Stato per tali gravissime violazioni, commesse nel territorio nazionale a danno di cittadini italiani.

Ha osservato la Corte: «Il principio dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, generalmente riconosciuto nel diritto internazionale, non opera nel nostro ordinamento, qualora riguardi comportamenti illegittimi di uno Stato qualificabili e qualificati come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona e garantiti dalla Costituzione».

2. *L'applicazione del codice penale militare di guerra nel tempo di pace*

L'applicazione delle previsioni incriminatrici sopra accennate presuppone la dichiarazione dello stato di guerra (art. 3 c.p.m.g.).

Situazione, come si comprende, difficilmente oggi realizzabile in Italia, per il chiaro dettato dell'art. 11 della nostra Costituzione.

Pertanto le tuttora vigenti previsioni del codice penale militare di guerra sembrerebbero limitate alla celebrazione di processi dal valore prevalentemente storico-simbolico, ove non si tenesse conto che la loro operatività può prescindere dalle situazioni di vera e propria guerra.

Infatti, l'art. 9 c.p.m.g., tuttora vigente, già nella originaria stesura del 1941 stabiliva che sono soggetti alla legge penale militare di guerra, e quindi alla competenza della giustizia militare italiana, *ancorché in tempo di pace*, i corpi di spedizione all'estero per operazioni militari, dal momento in cui inizia il passaggio dei confini dello Stato e, se trattasi di spedizione oltremare, dal momento in cui s'inizia l'imbarco del corpo di spedizione (per gli equipaggi delle navi ed aeromobili, dal momento in cui è ad essi comunicata la destinazione alla spedizione).

internazionali che hanno minacciato l'umanità intera minando le fondamenta stesse della coesistenza internazionale».

La disposizione è di evidente attualità, ove si ricordi che da qualche decennio le forze armate italiane sono sempre più impegnate in operazioni che non di rado assumono le caratteristiche proprie dei conflitti armati.

Si sorvola in questa sede sulle perplessità suscitate dalla tendenza ormai trentennale alla decostituzionalizzazione della guerra, cioè al depotenziamento e sostanziale annullamento del dettato costituzionale.

Del pari, non intendiamo soffermarci sul delicatissimo problema dell'intervento delle nostre forze armate in veri e propri contesti bellici disposto senza una preventiva approvazione da parte del Parlamento, il quale si è limitato ad atti di indirizzo in margine a determinazioni governative ovvero convertendo senza remore i decreti-legge di finanziamento delle missioni.

Ci limitiamo ad osservare che dall'automatica applicazione della legge penale militare di guerra conseguirebbe altrettanto automaticamente:

- sia l'applicazione di una normativa idonea a tutelare in modo energico ed efficace le esigenze di compattezza e funzionalità dei reparti, data la rigorosa disciplina dettata dal codice di guerra per le condotte devianti dei nostri militari;
- sia l'inesistenza di un adeguato meccanismo di tutela degli interessi umanitari, inevitabilmente esposti a rischio in contesti in cui si prevede l'impiego delle armi. E vale la pena sottolineare che questi fondamentali interessi umanitari trovavano la loro esclusiva protezione in norme che già dal 1941 costituivano parte integrante del codice penale militare di guerra e non avevano riscontro in nessun'altra fonte normativa. Nessuna ulteriore normativa, in altri termini, era in grado di apprestare una tutela così intensa e capillare come quella contenuta in quel codice, che contiene la quasi totalità delle norme di protezione e salvaguardia di cui si compongono le Convenzioni di Ginevra ed i Protocolli aggiuntivi.

Peraltro, dal 1982 in poi, in occasione delle operazioni militari armate all'estero delle nostre forze armate (Golfo Persico, Albania, Bosnia, Kosovo ecc.), il Governo, con decreti legge sempre convertiti dal Parlamento, aveva stabilito di derogare al disposto dell'art. 9 citato,

sancendo che i militari partecipanti a tali missioni fossero assoggettati al codice penale militare di pace, anziché di quello di guerra.

Taluno ha individuato le ragioni della scelta in una vera e propria fobia quando circolano le parole «guerra» o «codice penale militare di guerra».

Ciò forse è vero.

Ma non può trascurarsi che la disapplicazione della legge di guerra era coerente con il carattere di quelle operazioni, non sempre assimilabili ad autentici interventi bellici, e che quindi male avrebbero tollerato l'integrale applicazione di un codice nato per esigenze del tutto diverse.

È certo, però, che la disapplicazione del codice di guerra generava falle vistose nella complessiva efficacia del sistema repressivo.

Il codice penale militare di pace è infatti connotato da un carattere di assoluta disorganicità, dopo un'irragionevole riforma del 1956 che aveva in sostanza espunto dall'ordinamento l'art. 264 del codice penale militare di pace, che trasformava in reati militari molti reati comuni lesivi di interessi militari.

Sicché, per il carattere di complementarità del codice penale militare di pace rispetto al codice penale comune, molti reati certamente militari in quanto sicuramente lesivi di interessi militari ricadono dal 1956 nel novero di reati comuni di scarso peso ovvero, per difficoltà di intervento del giudice ordinario, destinati a restare largamente impuniti.

La scelta politica del legislatore di applicare il codice di pace ai militari operanti all'estero impediva quindi l'entrata in vigore di una normativa idonea a tutelare in modo efficace le disposizioni del codice penale militare di guerra poste a tutela degli interessi umanitari (si ripete, le uniche che prevedessero i «crimini di guerra»).

Il tutto in palese violazione quanto meno degli obblighi fissati nel 1998 dallo Statuto della Corte penale internazionale, che prescrive a carico dei legislatori nazionali l'obbligo di varare un'adeguata normativa in tema di crimini di guerra e di crimini contro l'umanità, da valere anche nel contesto delle operazioni militari all'estero, dove il massiccio uso della violenza non costituisce un'ipotesi remota.

È evidente che una scelta di campo di questo genere era idonea a creare aree di lacuna sotto il profilo della normativa penale applicabile, con punte di vero e proprio paradosso: i fatti di tortura (reato inesistente

nella nostra legislazione) commessi all'estero dovevano essere qualificati come fatti di percosse; i fatti di violenza sessuale dovevano essere qualificati utilizzando le norme sul turismo sessuale; e via dicendo.

3. L'adeguamento del codice di guerra agli obblighi del diritto umanitario bellico e la sua applicazione ai corpi di spedizione all'estero

La situazione è cambiata per effetto dei tragici eventi statunitensi dell'11 settembre 2001 e, nel 2003, per la ravvisata esigenza di abbattere il governante iracheno Saddam.

Con puntuali previsioni contenute nei decreti legge emanati fra il 2001 ed il 2003 e citati in epigrafe, si era infatti stabilito che:

- ai militari italiani operanti in Afghanistan ed Iraq si applicasse il codice penale militare di guerra³;
- ai militari italiani partecipanti alle altre operazioni all'estero allora in corso continuasse ad applicarsi il codice penale militare di pace.

Con le novelle del 2001-2002 sono state inoltre introdotte importantissime modifiche al testo vigente del Codice penale militare di guerra.

Esse hanno realizzato l'adeguamento del codice penale militare di guerra alle prescrizioni delle convenzioni internazionali (Ginevra 1949 e Protocolli aggiuntivi del 1977, in materia di diritto umanitario bellico), ponendo fine alla decennale inerzia nell'attuazione di un efficace tutela dei civili estranei alle operazioni militari.

Il sistema oggi vigente può così riassumersi:

- 1) le disposizioni di diritto umanitario si applicano in ogni caso di conflitto armato e indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra (nuovo art. 165 c.p.m.g.), *quindi alla mera condizione fattuale dell'insorgere di un conflitto armato*;
- 2) con l'aggiunta di un comma 3 al citato art. 165 c.p.m.g., si è previsto che «in attesa dell'emanazione di una normativa che disciplini organicamente la materia», le disposizioni del Titolo IV si applicano «alle operazioni militari armate svolte all'estero dalle forze armate italiane». Disposizione certamente opportuna, perché supera l'evi-

³ Disposizione a ben vedere superflua, dato il disposto del richiamato art. 9 c.p.m.g.

- dente impossibilità di considerare le popolazioni afgane ed irachene come nostre «nemiche»;
- 3) in concreto, quindi, i militari partecipanti alle operazioni armate all'estero, sia pure nei soli territori afgani ed iracheni, erano stati penalmente assoggettati alle norme contenute nel citato Titolo IV del libro III (articoli da 167 a 230) del codice penale militare di guerra;
 - 4) con il nuovo secondo comma del già novellato art. 165 c.p.m.g. si è poi precisato che per conflitto armato deve intendersi quello «in cui una almeno delle parti fa uso militarmente organizzato e prolungato delle armi nei confronti di un'altra per lo svolgimento di operazioni belliche»;
 - 5) è stato introdotto un art. 184-*bis* c.p.m.g. che ha creato il reato di «cattura di ostaggi»;
 - 6) con il nuovo art. 185-*bis* c.p.m.g. è stato creato un nuovo delitto («Altre offese contro persone protette dalle convenzioni internazionali»), che prevede e punisce con la reclusione da due a cinque anni i casi di tortura, altri trattamenti inumani, trasferimenti illegali e altre condotte vietate dalle convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici o i trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute, in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette dalle medesime convenzioni internazionali. La pena editta-
le appare per il vero eccessivamente esigua, ma trattasi comunque di disposizione di rilevante valenza simbolica;
 - 7) anche al fine di assicurare una effettiva punibilità di fatti costituenti violazioni delle «leggi ed usi della guerra» commesse da militari nel corso delle missioni all'estero, è stata introdotta una norma che rimedia, almeno per il tempo di guerra (e situazioni assimilabili ai sensi dell'art. 9 c.p.m.g.), all'irragionevole distribuzione della competenza tra giudice ordinario e giudice militare determinata dalla accennata riforma legislativa del 1956. Infatti, con l'art. 2 della legge n. 6/2002 è stato modificato l'art. 47 c.p.m.g., estendendosi la nozione di reato militare (e quindi la competenza del giudice militare) ad una serie di violazioni della legge penale ordinaria, individuate sulla base di precisi criteri di collegamento alla militarità delle situazioni coinvolte, peraltro solo *ai fini dello stesso codice militare di guerra*. L'articolo 47 del c.p.m.g. fa un elenco di questi reati

ed il catalogo coincide con tutti i reati comuni commessi nel contesto delle operazioni militari, sia a danno degli interessi «militari» che a danno della popolazione civile.

Sono state quindi qualificate come reati militari e quindi restituite alla cognizione del giudice militare, fra le altre:

- a) le violazioni della legge penale comune commesse con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti allo stato di militare, o in luogo militare, e previste come delitti contro la personalità dello Stato, la pubblica amministrazione, l'amministrazione della giustizia, l'ordine pubblico, l'incolumità pubblica, la fede pubblica, la moralità pubblica e il buon costume, la persona e il patrimonio;
- b) le violazioni della legge penale comune commesse in luogo militare o a causa del servizio militare, in offesa del servizio militare o dell'amministrazione militare o di altro militare o di appartenente alla popolazione civile che si trova nei luoghi di operazioni all'estero.

4. L'abolizione del potere di bando e di altre norme incostituzionali previste dal c.p.m.g.

Appare utile ricordare che con la citata legge n. 6/2002 sono stati abrogati gli articoli 17, commi primo, secondo e terzo, 18, 19 e 20 del c.p.m.g., concernenti il potere conferito ai comandanti militari di emanare bandi in materia attinente alla legge, alla procedura penale militare di guerra e agli ordinamenti giudiziari militari.

Si trattava di norme fortemente sospette di illegittimità costituzionale, per la loro idoneità a creare fonti non contemplate dalla Costituzione e tuttavia aventi valore di legge materiale e, come tali, capaci di innovare anche in materie riservate alla legge in senso stretto.

Ugualmente importante appare l'abrogazione di altre disposizioni del codice penale militare di guerra di assai dubbia costituzionalità o comunque confliggenti con le prescrizioni delle convenzioni internazionali, che è stata realizzata con la stessa legge n. 6 del 2002.

Si tratta in particolare degli articoli:

- 87 («Denigrazione della guerra»),

- 155 («Diserzione o dichiarazione di diserzione, dichiarata dal comandante»),
- 183, che sanzionava troppo mitemente l'esecuzione immediata («passare per le armi») dei colpevoli di spionaggio e di reati contro le leggi e gli usi della guerra.

5. *I pregi delle novelle del 2001-2002*

L'introduzione della nozione di *conflitto armato*, avvenuta col novellato art. 165, comma 2 c.p.m.g., quale presupposto per l'applicazione in tempo di pace di normative contemplate dal codice di guerra, è stata giustamente considerata come un primo passo verso il superamento degli schematismi derivanti dalla alternativa rigida pace-guerra sulla quale si fonda l'attuale duplicità dei codici penali militari.

Un'alternativa che, come giustamente è stato osservato, sembra aver perso significato nell'attuale realtà storica, contrassegnata dall'impegno anche delle nostre forze armate in una serie di operazioni limitate che coinvolgono interessi meritevoli di una particolare tutela penale, ma che non impongono radicali rivolgimenti ordinamentali.

Si è pure osservato che una legislazione ispirata all'idea del fenomeno bellico come evenienza assolutamente eccezionale e coinvolgente l'intera nazione sarebbe infatti inadeguata *per eccesso* nelle situazioni in cui sono ormai ordinariamente impegnate le nostre forze armate.

Ma, allo stesso tempo, in relazione a tali situazioni, l'esperienza ha insegnato che la vigente legislazione del tempo di pace è inadeguata *per difetto*.

Il complesso normativo del 2001-2002 ha quindi rappresentato indiscutibilmente un significativo passo avanti verso l'adeguamento della nostra legislazione interna al diritto umanitario bellico.

6. *Il revirement legislativo del 2006*

Quanto fin qui detto vale a giustificare le perplessità suscitate dal radicale mutamento di rotta operato con la legge 4 agosto 2006, n. 247.

L'art. 2, comma 26 della legge, prevede infatti che ai militari partecipanti a *tutte* le missioni all'estero in corso di svolgimento si applichi il codice penale militare di pace.

La disposizione è stata reiterata nei successivi provvedimenti legislativi di rifinanziamento delle missioni militari all'estero.

È appena il caso di segnalare una volta ancora, gli effetti negativi di tale normativa:

- a) ripristino della situazione di irrazionalità per la concorrenza di giurisdizione penale e militare, dato che l'art. 47 c.p.m.g. non è più applicabile ai militari delle operazioni militari all'estero;
- b) impossibilità di applicare nel caso di specie le disposizioni di diritto umanitario contenute nel codice penale militare di guerra, che può determinare un ritorno alla situazione di inadeguata tutela delle popolazioni dei paesi stranieri interessati dalle operazioni militari italiane.

Ciò induce a ritenere condivisibile l'opinione autorevolmente avanzata in dottrina, che, anche ove con intervento derogativo rispetto all'automatica applicabilità all'art. 9 c.p.m.g. il legislatore stabilisca l'applicazione del codice di pace alle missioni all'estero, debbano in ogni caso applicarsi le disposizioni del codice di guerra relative ai reati contro le leggi e gli usi della guerra che sono oggetto del nostro odierno interesse.

L'assunto trova fondamento nel già accennato disposto dell'art. 165, commi 1 e 3 del c.p.m.g., come novellato nel 2001-2002:

Le disposizioni del presente codice si applicano in ogni caso di conflitto armato, indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra [...] In attesa dell'emanazione di una normativa che disciplini organicamente la materia, le disposizioni del presente titolo si applicano alle operazioni militari armate svolte all'estero dalle forze armate italiane.

Tale interpretazione, è stato osservato, è l'unica che permetta di ritenere conforme agli obblighi posti dal diritto internazionale (art. 146 della III Convenzione di Ginevra del 1949: adozione da parte degli Stati di ogni misura necessaria per stabilire sanzioni penali adeguate da applicare alle persone che abbiano commesso o ordinato di commettere l'una o l'altra delle infrazioni gravi) la scelta di applicare il codice pe-

nale militare di pace, giacché consente di punire come tali gli eventuali crimini di guerra commessi da militari italiani, o a loro danno, in contesti operativi in cui può ritenersi in certi casi necessitato il ricorso all'uso della forza.

Da ultimo, conviene ricordare che non appaiono idonee ad assicurare adeguata tutela alla popolazione civile che si trova nei luoghi di operazioni all'estero le successive disposizioni contenute nell'art. 4, commi 1-*sexies* e 1-*septies* del d.l. 4.11.2009, n. 152 (convertito in legge 29.12.2009, n. 197), circa l'uso delle armi o di altri mezzi di coazione fisica da parte dei militari impiegati nelle operazioni all'estero.

Conviene riportarle integralmente:

1-*sexies*. Non è punibile il militare che, nel corso delle missioni di cui all'articolo 2⁴, in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari.

1-*septies*. Quando nel commettere uno dei fatti previsti dal comma 1-*sexies* si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge, dalle direttive, dalle regole di ingaggio o dagli ordini legittimamente impartiti, ovvero imposti dalla necessità delle operazioni militari, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.

Le perplessità maggiori derivano dalla indeterminatezza dei riferimenti alle regole di ingaggio (notoriamente ispirate a doverosa riservatezza e quindi idonee a creare difficoltà di accertamento giudiziario) e alle necessità delle operazioni militari.

7. I lavori per un codice delle missioni militari all'estero

Già in sede di conversione del D.l. 28 dicembre 2001, n. 451, nella seduta del 23 gennaio 2002 il Senato approvò due ordini del giorno, accolti dal Governo, con i quali si sottolineava l'indifferibilità di una nuova disciplina penale militare delle missioni all'estero e di una razio-

⁴ Afganistan, Libano, ecc.

nalizzazione del riparto della giurisdizione tra l'autorità giudiziaria penale militare e l'autorità giudiziaria ordinaria.

Si trattava di creare uno strumento legislativo riguardante specificamente le missioni all'estero, essendo ormai palese l'anacronismo dell'alternativa pace-guerra sottesa ai codici penali militari del 1941 e la conseguente esigenza di colmare il vuoto di disciplina con uno specifico statuto penale idoneo a soddisfare le esigenze di giustizia in presenza di scenari operativi densi di incognite belliche.

Fu quindi salutato con favore che il Ministro della difesa insediasse una Commissione di studio con lo specifico mandato di preparare lo schema di un disegno di legge che prevedesse proprio un codice penale per le missioni all'estero, in sostanza un terzo codice penale militare.

La Commissione orientò i suoi lavori nel senso di recepire nell'ordinamento italiano tutte le ipotesi dei crimini di guerra previsti dallo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, ratificato dall'Italia con la citata legge 12 luglio 1999, n. 232.

I lavori della Commissione avrebbero potuto fornire al Governo gli elementi per una sollecita presentazione del disegno di legge al Parlamento, senza più quella cornice emergenziale nella quale erano scaturite le novelle del 2001-2002.

Purtroppo, la Commissione si sciolse senza alcun risultato utile, né alcun altro tentativo in tal senso risulta sia stato successivamente esperito.

DIE PROZESSE WEGEN KRIEGSVERBRECHEN VOR DEN MILITÄRGERICHTEN

Das Gesetz Nr. 232/1999, mit dem Italien die Satzung des Internationalen Strafgerichtshofs ratifiziert hat (Rom, 1998), ist das einzige in der italienischen Rechtsordnung, das Kriegsverbrechen ausdrücklich als eigene Kategorie von Straftaten bezeichnet. Es sieht vor, dass die Gerichtsbarkeit des internationalen Strafgerichts nur dann eingeschaltet wird, wenn Italien bei der Verfolgung derartiger Verbrechen säumig oder dazu selbst nicht imstande ist – zwei Umstände, deren Eintreten äußerst unwahrscheinlich ist.

Allerdings sieht die italienische Rechtsordnung sehr wohl die Bestrafung von Handlungen vor, die allgemein als Kriegsverbrechen gelten, also Straftaten, die von Kampfeinheiten an gegnerischen Einheiten, an gegnerischer Bevölkerung oder an deren Besitz begangen werden, sei es in einem internationalen wie in einem innerstaatlichen Konflikt.

Die entsprechenden Bestimmungen finden sich im Kriegsgesetz von 1938 und im Militärstrafgesetzbuch für Kriegszeiten von 1941. Dabei handelt es sich insbesondere um jene Bestimmungen, die "Handlungen gegen die Gesetze und Gebräuche des Krieges" betreffen: ein gutes Regelwerk, das den damaligen internationalen Menschenrechtskonventionen entspricht. Es findet auch auf feindliche Soldaten Anwendung, die solche Straftaten am italienischen Staat oder an einem italienischen Staatsbürger begehen. Zuständig für diese Art von Straftaten ist das Militärgericht.

Die Regelung gilt nicht nur im Krieg, sondern auch in Friedenszeiten, und zwar für bewaffnete militärische Einsätze im Ausland.

Die beiden Gesetze aus den Jahren 1938 und 1941 wurden infolge der Terroranschläge vom 11. September 2001 abgeändert und den Umständen angepasst, unter denen Einsätze in Friedenszeiten stattfinden.

Auf die italienischen Militärs in Afghanistan und im Irak war daher das Militärstrafgesetzbuch für Kriegszeiten anwendbar. Trotzdem wurde 2006 die Anwendbarkeit des Militärstrafgesetzbuchs für Friedenszeiten bestimmt.

DER VÖLKERMORD 1994 IN RUANDA VOR EUROPÄISCHEN GERICHTEN

Dieter Magsam

INHALT: 1. Einleitung. 2. Strafverfahren außerhalb Ruandas aus der Opferperspektive. 3. Verfahrensarten und Länder. 3.1. Asylrecht. 3.2. Auslieferungsverfahren. 3.3. Die Strafverfahren in europäischen Staaten. 3.3.1. Frankreich. 3.3.2. Die erste Verurteilung nach 20 Jahren- der Fall Simbikangwa. 3.3.3. Weitere Verfahren. 3.3.4. Deutschland. 3.3.5. Belgien. 3.3.6. Andere europäische Staaten. 4. Diskussion.

1. Einleitung

Der Beitrag thematisiert die Rechtspraxis in verschiedenen europäischen Staaten. Er versucht, die aufgetretenen materiell-rechtlichen und prozessualen Probleme dieser transnationalen Verfahren zu typisieren, sie vor dem Hintergrund der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen zu erläutern und Vorschläge für den weiteren juristischen Umgang mit diesem letzten Völkermord des 20. Jahrhunderts zu unterbreiten. Der Schwerpunkt der Darstellung liegt dabei auf den beiden Ländern Frankreich und Deutschland. Das hat rechtspolitische und pragmatische Gründe: Frankreich, weil es vor und nach dem Völkermord zu den entschiedensten Unterstützern des alten Regimes gehörte und dort die meisten Verfahren anhängig sind; Deutschland, weil seine Strafprozessordnung von der französischen wesentlich abweicht und der Autor als Nebenklägeranwalt von in Ruanda (über-) lebenden Opfern diese in einem mehrjährigen Verfahren vor dem Oberlandesgericht Frankfurt vertreten hat. Die dabei gewonnenen Erfahrungen über die Eignung dieser Prozessordnung für Verfahren dieser Art werden im Vergleich mit der französischen und z.T. auch der belgischen Praxis erörtert.

Maximo Langer¹ beschreibt diese Verfahren als sogenannte low-cost-Verfahren. Damit ist gemeint, dass die strafrechtliche Verfolgung dieser Verbrechen sich auf einen breiten Konsens stützen könne und angeblich keine großen diplomatischen Kosten verursache.

Dass die Antwort wohl etwas komplizierter ist, will ich darstellen. Sie ist deswegen komplizierter, weil die Länder, die bis zum Völkermord die intensivsten Beziehungen zu Ruanda hatten, natürlich auch diejenigen waren, wohin die des Völkermordes verdächtigen Personen in größerer Zahl nach ihrer Niederlage flüchteten, wenn sie nicht sogar unter dem Schutz – etwa der damaligen französischen Politik – gleich nach Frankreich ausgeflogen wurden. Die Partner und Freunde von gestern nun als potentielle Verbrecher anzusehen fällt einigen schwer, weil dadurch die Frage eigener Beihilfe – im weiteren, aber auch durchaus juristischen Sinne – auf die Tagesordnung kommt. Das eigene Ansehen, die eigene diplomatische Vergangenheit sind keineswegs immer „low-costs“. Sie müssen gegen das durch die UN Resolution 955 zur Gründung des Ruanda Strafgerichtshofes formulierte internationale Strafverfolgungsinteresse abgewogen werden. Diese Spannung ergreift auch die Frage, ob man Verdächtige nach Ruanda ausliefert und damit genau dem Regierungssystem Anerkennung verschafft, dessen Machtantritt man eigentlich verhindern wollte. Der Machtwechsel in Ruanda – sieht man von Algerien ab – ist bekanntlich der erste auf dem afrikanischen Kontinent gewesen, der gegen den Widerstand der „Schutzmacht“ Frankreich durchgesetzt wurde.

Die Strafverfolgung der tatverdächtigen Ruander in Europa baut darauf auf, dass diese zuvor einreisen konnten und durchgängig einen legalen Aufenthaltsstatus erlangen konnten und schließlich auch nicht ausgeliefert wurden, als die ruandische Justiz danach verlangte. Damit wurde den Opfern eine Teilnahme an diesen Prozessen erheblich erschwert. Ausgehend vom Interesse der in Ruanda (Über-) Lebenden oder Angehörigen von Ermordeten, ihnen sie existentiell betreffende Verfahren aus der Nähe zu folgen, wird anschließend die asyl- und aus-

¹ M. LANGER, *The diplomacy of Universal Jurisdiction, the role of political branches in the transnational prosecution of international crimes*, in *AJIL*, 105 (2011), 1-49.

lieferungsrechtliche Problematik in ihrer Auswirkung auf die Strafverfolgung angesprochen, bevor letztere selbst analysiert wird.

2. Strafverfahren außerhalb Ruandas aus der Opferperspektive

Viele Opfer des Völkermordes an den ruandischen Tutsi im Jahre 1994 sehen die internationale Strafverfolgung der dafür Verantwortlichen mit durchaus gemischten Gefühlen. So sehr sie es begrüßten, dass die vielbeschworene „internationale Gemeinschaft“ mit der UN-Resolution 955 den Internationalen Strafgerichtshof für Ruanda² auf den Weg brachte und auch die UN-Mitgliedsstaaten verpflichtete, an der Strafverfolgung mitzuwirken, so sehr empfinden sie die damit verbundene Trennung zwischen Tat- und Gerichtsort als Belastung. Die Gründe hierfür sind vielfältig und können in diesem Beitrag, der für eine möglichst opfer-, d.h. tatortnahe justizielle Völkermordaufarbeitung plädiert, nur angedeutet werden³.

Die prinzipielle Frage vieler Überlebender lautet, warum eine internationale Gemeinschaft, bestehend aus Staaten, die – mit wenigen Ausnahmen – den Völkermord nicht zu verhindern versuchten oder ihn gar gefördert haben, besser als der ruandische Staat in der Lage sein sollten, eine gerichtliche Aufklärung zu leisten. Warum sollten die nationalen Interessen, die das afrikapolitische Verhalten vor und während des Völkermordes bestimmt hatten, nicht auch die jeweilige justizielle Beschäftigung mit dem Völkermord zu Lasten der Opfer beeinflussen? Die in dieser Frage zu Tage tretende Skepsis, die den glatten Durchgriff nationaler politischer Interessen auf die Justiz befürchtet, speist sich wohl auch aus der eigenen Erfahrung mit politikabhängiger Justiz, ist aber angesichts der gerade im internationalen Recht vorzufindenden Überlagerung von Macht- und Rechtsfragen nicht von der Hand zu weisen. Dafür liefert die Diskussion über die Kompetenz des Internationalen Strafgerichtshofes für Ruanda ein anschauliches Beispiel: hatte

² Security Council Resolution 955 vom 8. November 1994.

³ Vgl. dazu D. MAGSAM, *Die Opfer in völkerstrafrechtlichen Prozessen in Deutschland*, in C. SAFFERLING, S. KIRSCH (Hrsg.), *Völkerstrafrechtspolitik*, Heidelberg-NY-Dordrecht-London, 2014, S. 181 ff.

die UN-Veto Macht Frankreich durchgesetzt, dass die zeitliche Kompetenz des Arusha-Tribunals erst mit dem Jahre 1994 beginnt, so dass die vielfältigen Unterstützungsleistungen Frankreichs für das Völkermordregime in den Jahren 1990 bis Ende 1993 von vorneherein ausgeklammert waren, erfasste die einschlägige ruandische „loi organique“ zur strafrechtlichen Verfolgung der am Völkermord Beteiligten die Zeit ab dem 1.10.1990 mit dem Ziel, auch diese Unterstützungsleistungen in die Untersuchungen mit einzubeziehen. Bereits in diesen vorausgehenden Jahren hatte es nämlich mehrere Massaker an der Tutsi-Bevölkerung gegeben, hinter denen viele Beobachter die politische Strategie sahen, die aus dem ugandischen Exil unter der Führung der RPF bewaffnet zurückkehrenden Tutsi-Flüchtlinge vor einem weiteren Vormarsch abzuschrecken nach dem Motto: wenn ihr zurückkommt, findet ihr keine Tutsi-Bevölkerung mehr vor⁴.

Skepsis gegenüber der Internationalen Strafjustiz nährte sich später auch aus den Skandalen, die den Tätigkeitsbeginn des Internationalen Gerichtshofes in Arusha/Tanzania begleiteten. Nicht wenige von UN-Geldern bezahlte Ermittler der Verteidigerteams wurden im Laufe der Zeit ebenso als selbst Tatverdächtige enttarnt, wie dies auch bei einigen diese und den Ermittler der Staatsanwaltschaft assistierenden Dolmetschern der Fall war⁵.

Letztlich stellt die Reise in ein fremdes Land zum Zwecke einer Zeugenaussage in einem Völkermordprozess immer auch eine individuelle Zeitreise zurück in eine traumatische Vergangenheit dar. Während die Zeugenvernehmung in Ruanda eingebettet ist in kollektive Erfahrungswelten und in den mehr oder weniger normalisierten Alltag mit

⁴ Diesen Konflikt beschreibt der frühere ruandische Generalstaatsanwalt M. NGOGA, *Justice Internationale et génocide. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) face au génocide des Tutsi*, in G. BENSOUSSAN et al (eds.), *Revue d'histoire de la SHOAH, N° 190: Rwanda, quinze ans après. Penser et écrire l'histoire du génocide des Tutsi*, Paris, 2009, S. 251 ff; s.a. A. DES FORGES, *Kein Zeuge darf überleben. Der Genozid in Ruanda*, Hamburg, 2002, S. 872 ff

⁵ Der französische Untersuchungsrichter Bruguière hat sich in seinem auch von der Präsidentenwitwe angestregten Verfahren gegen die RPF Führung u.a. auf den Schwiegersohn des Völkermordfinanziers Kabuga gestützt. Ersterer war selbst Geheimdienstmitarbeiter. Einige Zeugen waren im Nachhinein sehr erstaunt über das, was sie ausgesagt haben sollen.

all seinen vielfältigen Herausforderungen und stützenden Kontakten, konzentriert sich die Zeugen-Reise ins Ausland über mehrere Tage oder gar Wochen nur auf die traumatisierende Vergangenheit. Professionelle Zeugenbegleitung und – betreuung während dieser Zeit können die psychischen Belastungen dieser jeweils besonderen individuellen Konfrontation mit der eigenen Erinnerung in fremder Umgebung nur bedingt auffangen.

Das Recht und die Pflicht zur internationalen Strafverfolgung stehen diesen Opferinteressen nicht entgegen. Der sie prägende Grundsatz der „Subsidiarität“ bringt ja gerade zum Ausdruck, dass sie nur da eingreifen soll, wo es vor Ort keine Justiz gibt, die willens und in der Lage wäre, die Strafverfolgung zu leisten. Obwohl der ruandische Staat die Strafverfolgung beansprucht und regelmäßig Auslieferungsanträge stellt, stößt dies auf Hindernisse. Diese sind nicht nur rechtlicher Natur.

3. Verfahrensarten und Länder

3.1. Asylrecht

Zum juristischen Umgang mit politischen Massenverbrechen kommt es regelmäßig zuerst bei Asylverfahren. Entweder die potentiellen Opfer fliehen, oder aber – nach dem Machtwechsel – die Täter. Vor der Frage nach der internationalen Strafverfolgung der Tatverdächtigen steht daher logisch die Frage nach der Anerkennung bzw. Aberkennung des Asylstatus und der Auslieferung der Tatverdächtigen. Dieser Filtermechanismus war bei Ruanda völlig untätig.

Die juristische Befassung mit dem Völkermord in Ruanda begann nicht erst mit den jeweiligen nationalen Strafprozessen, sondern mit Asylverfahren der Tatverdächtigen. Obwohl die Verfolgung wegen einer Beteiligung an einem Völkermord keine politische Verfolgung i.S. des Asylrechts darstellt, gab es bei der Einreise in den Schengen-Raum keine ersichtlichen Probleme. Dabei mag eine Rolle gespielt haben, dass zunächst das Flüchtlingsproblem im Osten des damaligen Zaire und im Norden Tansanias, wohin die Völkermörder unter Mitnahme „ihrer“ Bevölkerung – insgesamt etwa zwei Millionen Menschen – ge-

flüchtet waren, im Vordergrund stand. Aus europäischer Sicht tauchten Rechtsprobleme erst auf, als im November 1996 die Flüchtlingslager östlich des Kivu-Sees von der ruandischen Armee gewaltsam aufgelöst wurden und die meisten der dort lebenden Ruander nach Hause zurückkehrten. Damit war die Völkermordelite ihres menschlichen Schutzschildes beraubt und musste sich um andere Bleibemöglichkeiten kümmern. Eine Vermittlerrolle spielten dabei die vielen Hilfsorganisationen, die ab 1994 in den Flüchtlingslagern tätig waren, den am Völkermord Beteiligten Jobs angeboten hatten und ihnen dann nach der Auflösung der Lager halfen, auch in Europa Fuß zu fassen⁶.

Mir sind keine Urteile bekannt, in denen Ruandern, die direkt nach dem Völkermord oder 2 Jahre später nach der Auflösung der Flüchtlingslager in Europa Asyl beantragt hatten, politisches Asyl verweigert worden wäre, weil sie der Beteiligung am Völkermord verdächtig waren. Die Fälle, in denen die nationalen Behörden Asylsuchende wegen des Verdachts der Beteiligung am Völkermord abschlägig beschieden haben, sind zwar häufiger (z.B. der Fall Simbikangwa 30.Mai 2008 durch OFPRA)⁷, halten sich aber in engen Grenzen.

Ohnehin keine aufenthaltsrechtlichen Probleme hatten (zunächst) Mitglieder des ruandischen Führungszirkels, die mit einer französischen Militärmaschine noch während des Völkermordes nach Frankreich ausgeflogen wurden, darunter die Präsidentenwitwe Agathe Habyarimana. Erst nach dem Ende der Ära Mitterrand musste sich dieser Personenkreis um seinen rechtlichen Status in Frankreich kümmern.

Bei ihr – wie auch bei vielen anderen – hatten sich im Laufe der Zeit jedoch die Verdachtsmomente im Hinblick auf eine Beteiligung am Völkermord so verdichtet, dass die nach Wegfall des politischen Schutzes gestellten Asylanerkennungsanträge abgelehnt bzw. langwierige Verfahrens zur Aberkennung eines bereits erlangten Asylstatus eingeleitet wurden.

⁶ L. POLMAN, *Der Hilfe-Supermarkt- Humanitäre Organisationen, Geschäfte, Medien und Kriegsparteien*, in *Lettre International*, Nr.69, Berlin, 2005.

⁷ Sofern nicht anders gekennzeichnet, werden die Fälle unter Rückgriff auf die Datenbank der Schweizer Organisation TRIAL dargestellt www.trial-ch.org/de/ressourcen/trial-watch.html.

Schritt für Schritt gelang es auch den neu eingerichteten ruandischen Strafverfolgungsbehörden mit ihrer bei der Generalstaatsanwaltschaft angesiedelten „tracking unit“, Aufenthaltsorte von Tatverdächtigen auszumachen und Auslieferungsersuchen an die jeweiligen Länder zu stellen.

Erst sofern diesen kein Erfolg beschieden war, kamen Strafverfahren vor den nationalen Gerichten („aut dedere, aut judicare“) in Betracht.

3.2. Auslieferungsverfahren

Seit der Entscheidung des EGMR in der Sache Ahorugeze/Schweden vom 27.10.2010 ist auch auf europäischer Ebene anerkannt, dass die in Ruanda durchgeführten Gerichtsverfahren den Erfordernissen an ein „faïres Verfahren“ nach Art. 6 der EuMRK genügen und jedenfalls insofern keine Auslieferungshindernisse bestehen.

Zuvor hatten die jeweiligen nationalen Gerichte im Anschluss an die Rechtsprechung des IStGHR die Auslieferung noch abgelehnt⁸. Dies auch noch dann, als feststand, dass nicht die ruandischen Laiengerichte

⁸ Auslieferung ablehnend noch OLG Karlsruhe, Beschluss v. 08.12.2008 – 1 AK 68/08; OLG Frankfurt am Main, Beschlüsse v. 06.11.2008 – 2 Ausl. A 175/07 und 2 Ausl. A 106/08 unter Bezug auf RStGH Prosecutor v Munyakazi, Verfahrenskammer, ICTR-97-36-R11bis, 28 May 2008, Decision on the Prosecutor’s Request for Referral of Case to the Republic of Rwanda; RStGH Prosecutor v Kanyarukiga, Verfahrenskammer, ICTR-2002-78-R11bis, 6 June 2008, Decision on Request for Referral; RStGH Prosecutor v Hategekimana, Verfahrenskammer, ICTR-00-55B-R11bis, 19 June 2008, Decision on Prosecutor’s Request for the Referral of the Case of Ildephonse Hategekimana to Rwanda. Diese Entscheidungen sind mittlerweile überholt durch RStGH Prosecutor v Uwinkindi, ICTR-01-75, bestätigt durch Entscheidung der Berufungskammer vom 16.12.2011 RStGH Prosecutor v Uwinkindi, Berufungskammer, ICTR-01-75-AR11bis, 16. December 2011, Decision on Uwinkindi’s Appeal against the Referral of his Case to Rwanda and Related Motions; unter dem Blickwinkel EuMRK: Auslieferung zur Strafverfolgung wegen Völkermords nach Ruanda, Ahorugeze/Schweden, 27.10.2010 – 37.075/09, bestätigt durch die Entscheidung der Grand Chamber vom 14.06.2012, die die Annahme der Berufung nach Art. 43 verweigert hat (Presseerklärung des EGMR vom 21.06.2012); für Kanada vgl. Federal Court in Mugesera v Canada (Citizenship and Immigration), 2012 CF 32 (French only), and Justice Delorme of the Québec Superior Court in Mugesera v Kenney, 2012 QCCS 116 (French only).

(„gacaca“) für die Strafverfahren gegen ausgelieferte Ruander zuständig sind, sondern professionelle Richter. Am schwersten hatte dabei das Argument gewogen, dass ein Angeklagter in Ruanda gegenüber der Staatsanwaltschaft benachteiligt sei, weil Zeugen der Verteidigung zu befürchten hätten, im Falle entlastender Aussagen wegen der dort geltenden Strafvorschriften unter dem Gesichtspunkt der „Völkermordleugnung“ verfolgt zu werden. Eine Videovernehmung von Entlastungszeugen habe aber einen geringeren Effekt als deren persönliche Aussage vor dem Gericht.

Das ruandische Prozessrecht hat darauf reagiert. Es sieht jetzt die Möglichkeit der richterlichen Vernehmungen von (Entlastungs-)Zeugen im Ausland vor. Der ruandische Richter kann dann die Vernehmung im Ausland selbst durchführen oder aber – wenn die ausländische Rechtsordnung dies verlangt – der Vernehmung durch den nationalen Richter beiwohnen. Der in Ruanda verbliebene Angeklagte kann dieser Vernehmung per Videoschaltung folgen und selbst Fragen stellen.

Abgesehen von allgemeinen Problemen des Auslieferungsrechts (sind dem Auslieferungsersuchen ausreichende Ermittlungsergebnisse beigefügt, handelt es sich möglicherweise um eine auslieferungshindernde Form verdeckter politischer Verfolgung?), die sinnvoll nur anhand einzelner Fälle darzustellen sind, gibt es auch – wiederum in Frankreich – einen über den Einzelfall hinaus interessierenden rechtlichen Diskurs. Während einzelne Instanzgerichte die Auslieferung immer wieder bewilligen, lehnt die dortige höchstrichterliche Rechtsprechung weiterhin eine Auslieferung kategorisch ab, sofern es um die Beteiligung an dem Völkermord in Ruanda geht. Zum einen wird argumentiert, der Begriff des „Völkermordes“ sei zu unbestimmt, um als Grundlage einer Bestrafung zu dienen. Ausserdem habe Ruanda zwar die Völkermordkonvention ratifiziert, jedoch hätten die ruandischen Gesetze im Jahre 1994 hierfür keine Strafen vorgesehen. Das Legalitätsprinzip („*nullum crimen, nulla poena sine lege*“) sei verletzt, weil keiner der Täter in Ruanda im Jahre 1994 habe voraussehen können, dass er sich wegen „Völkermordes“ strafbar mache und auch nicht vorhersehbar gewesen sei, welche Strafe ihn erwarte. Da der um Auslieferung ersuchende Staat jedoch diesem Legalitätsprinzip i.S. d. Art 696-

3,1° des CPP (Strafprozessordnung) genügen müsse, käme eine Auslieferung nicht in Betracht⁹.

Diese Rechtsprechung erstaunt und rechtfertigt die weiter oben angesprochene Skepsis auch gegenüber der in Europa nicht immer scharfen Trennung zwischen politischen Interessen und Rechtsprechungstätigkeit. Soweit ersichtlich wird diese Rechtsprechung in anderen europäischen Ländern – sofern sie überhaupt bekannt ist – kommentarlos hingenommen. Dabei liegen die überzeugenden Gegenargumente auf der Hand¹⁰.

Nach Art. 8 I des Statuts für den ICTR haben alle nationalen Gerichte die gleiche Zuständigkeit für die in Ruanda begangenen Verbrechen wie der Internationale Strafgerichtshof. Entsprechendes regelt Art. 9 des Statuts des ICTY. Frankreich hat diese Kompetenzregelungen in nationales Recht überführt (Gesetz Nr. 96-432 v. 22.Mai 1996 für Ruanda). Diese Statuten enthalten aber die die Strafbarkeit konstituierenden Elemente des Völkermordes in der Form, wie sie bereits in der Resolution 96 (I) der Vereinten Nationen v. 11.Dezember 1948 definiert und hier als bekannt vorausgesetzt werden (Art. 2 ICTR; Art. 4 ICTY). Es leuchtet überhaupt nicht ein, warum die gleiche Völkermorddefinition, die nach den Statuten der Internationalen Ad-hoc Gerichtshöfe den französischen Gerichten die entsprechenden strafrechtlichen Kompetenzen verschafft, der Strafbarkeit in Ruanda wegen ihrer angeblich fehlenden Präzision dem Legalitätsgrundsatz widersprechen sollte. Auch hat Frankreich das Rom-Statut für den Internationalen Strafgerichtshof – das allerdings erst Straftaten ab Juli 2002 erfasst – ratifiziert, welches ebenfalls den Völkermordtatbestand in der Fassung von 1948 enthält. Zudem hatte der französische Verfassungsrat („Conseil Constitutionnel“) bereits in einer Entscheidung vom 22.1.1999 festgestellt, dass die im Statut des Jugoslawien-Tribunals enthaltene Völker-

⁹ Cour de Cassation, chambre criminelle vom 26.2.2014, pourvoi n° 13-86631 - abrufbar unter www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰ Dazu ausführlich D. ROETS, *Le génocide des Tutsi du Rwanda; la thèse des complicités françaises au prisme des exigences du droit pénal*, in *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, janvier-mars 2015, abrufbar unter <http://www.collectifpartiescivilesrwanda.fr/contact/>, „Refus d’extrader: L’avis de Damien Roets, Professeur De Droit“

morddefinition sowohl im äußeren (*élément matériel*) als auch inneren Tatbestand (*élément moral*) bestimmt genug sei, um willkürliche Entscheidungen auszuschließen¹¹.

Mit der kühnen Behauptung, der Völkermordtatbestand sei zu unbestimmt, vermeidet die *Chambre Criminelle* der *Cour des Cassation* den offenen Widerspruch u.a. mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. Dieser hatte mit Entscheidungen der Großen Kammer aus den Jahren 2008 und 2010 klargestellt, dass es für eine Bestrafung ausreicht, wenn eine internationale Norm ein bestimmtes Verhalten als strafbar kennzeichnet und der nationale Gesetzgeber dieses Verhalten erst nach der Tatbegehung als förmliches Strafgesetz formuliert.

Genau dies und weit mehr war in Ruanda der Fall. Die entsprechende „*loi organique* vom 30. August 1966“¹² konnte an den Ratifizierungsakt der Völkermordkonvention, die lange vor dem Völkermord erfolgt war, anknüpfen. Um den Vorwurf der fehlenden Voraussehbarkeit der zu erwartenden Strafen zu entgehen, hatte der ruandische Gesetzgeber zudem bestimmt, dass die Strafen nur den im Rahmen des Völkermordes jeweils verletzten Strafvorschriften (Tötung, Körperverletzung, Vergewaltigung, Brandstiftung, Sachbeschädigung etc.) zu entnehmen seien.

Nicht nur deswegen geht auch das weitere Argument der fehlenden Voraussehbarkeit der Strafarten und – höhe, wie es die *Chambre Criminelle* als Verstoß gegen das Legalitätsprinzip in Ruanda vorbringt, ins Leere. Die Beteiligung an einem Völkermord ist ein internationales Delikt und weltweit verfolgbar. Es soll ja gerade verhindert werden, dass die Täter nach dem Verbrechen in einem für sie vor strafrechtlicher Verfolgung sicheren Gebiet Zuflucht finden. Soll denn wirklich vorausgesetzt werden, dass dem Täter schon zum Zeitpunkt der Tatbegehung die Strafdrohung für Völkermord in dem Staat bekannt ist, in den es ihn auf der Flucht vor strafrechtlicher Verfolgung mehr oder

¹¹ Entscheidung n° 98-408 DC v. 22.11.1999 zit. nach Roets a.a.O. S.3

¹² Vgl. dazu im Einzelnen U.P. BEHRENDT, *Die Verfolgung des Völkermordes in Ruanda durch internationale und nationale Gerichte. Zugleich ein Beitrag zu Inhalt und Funktion des Universalitätsprinzips bei der Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen*, Berlin, 2005, S. 166 ff.

weniger zufällig verschlägt? Auch die Internationalen Ad-hoc Gerichtshöfe haben durchgängig entschieden, dass das Fehlen einer expliziten Bestrafungsregelung bei Menschheitsverbrechen den Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ nicht verletzt¹³.

Man wird sehen, ob die Chambre Criminelle der Cour de Cassation in einem aktuellen (Stand August 2015) Auslieferungsfall (Bagabo) ihre Rechtsprechung endlich der europäischen Rechtslage anpasst. Das Berufungsgericht in Poitiers hat jüngst einen erneuten Anlauf unternommen, mit den oben dargestellten Argumenten die Auslieferungspraxis nach Ruanda in diese Richtung zu bewegen.

Sollte die Auslieferung wiederum abgelehnt werden, müsste über die Durchführung des Strafverfahrens in Frankreich entschieden werden.

Damit wenden wir uns dem eigentlichen Thema zu: wie sieht die Praxis solcher Strafverfahren in Europa aus, die den Völkermord an den ruandischen Tutsi zum Gegenstand haben und deren Angeklagte, aus welchen Gründen auch immer, nicht ausgeliefert wurden.

3.3. Die Strafverfahren in europäischen Staaten

3.3.1. Frankreich

Die französische Justiz tut sich mit den Verfahren gegen frühere Verbündete äußerst schwer. Da andererseits in Frankreich eine zivilgesellschaftliche Bewegung zur Aufdeckung der Zusammenarbeit mit dem früheren Völkermordregime in Ruanda und zur strafrechtlichen Verfolgung der jetzt in Frankreich ansässigen und z.T. – ehemals hochrangigen – Tatverdächtigen starke Aktivitäten entfaltet, lässt sich dort die strafrechtliche Auseinandersetzung mit der Vergangenheit durchaus als politisches Kampffeld zur Eroberung politischer Deutungshoheit – hier der französischen Afrikapolitik – begreifen.

¹³ Dazu G. WERLE, F. JEBBERGER, *Principles of International Criminal Law*, Third Edition, Oxford, 2014, S. 40 ff.w.Nw.

3.3.2. Die erste Verurteilung nach 20 Jahren- der Fall Simbikangwa

Bisher ist nur ein Verfahren erstinstanzlich abgeschlossen. Der frühere Chef des Geheimdienstes und Vertraute des Präsidenten Habyramana, Paul Simikangwa, wurde nach seiner Verhaftung auf Mayotte im Jahre 2009 nach Paris verbracht und vom dortigen Schwurgericht im Februar 2014 zu 25 Jahren Haft verurteilt. Das Urteil ist nicht rechtskräftig¹⁴.

Da das französische Strafgesetzbuch mit Wirkung vom 1.3.1994 in Art. 211-1 CP Völkermord ebenfalls bestraft, dort aber – im Gegensatz zu dem übernommenen ICTR-Statut und der Völkermordkonvention – zusätzlich vorausgesetzt wird, dass der Täter in Ausführung eines „gemeinsamen Planes“ handelt, gibt es für die strafrechtliche Verfolgung wegen des Völkermordes in Ruanda im Prinzip zwei unterschiedliche Rechtsgrundlagen. Das Gericht wendet – jedenfalls was die Strafbarkeitsvoraussetzungen anbelangt – die engere französische Norm an.

Das Verfahren folgte der französischen Strafprozessordnung. Die Hauptverhandlung mit einem Präsidenten – nur diesem ist der Akteninhalt bekannt –, 2 weiteren BerufsrichterInnen und 6 Geschworenen dauerte vom 4. Februar bis zum 23. März 2014. Dem ging ein vier Jahre in Anspruch nehmendes richterliches Ermittlungsverfahren voraus. In diesem haben die Ermittlungsrichter vier Reisen nach Ruanda unternommen und mehr als 100 Zeugen gehört. Speziell für Völkermordverfahren war beim TGI in Paris per Gesetz im Jahre 2011 mit Wirkung ab 1.1.2012 für alle in Frankreich geführten Verfahren eine Ermittlungseinheit („Pôle spécialisé dans la poursuite de crimes de génocide, crime contre l’humanité, crimes e guerre et torture“) geschaffen worden. Die-

¹⁴ Die Darstellung fußt auf: fidh/ligue des droits de l’homme: Rwanda Procès de Pascal Simbikangwa-Retour sur un procès emblématique (2014) abrufbar unter www.idh-france.org; Hubrecht Joel: Les leçons du Procès Simbikangwa: une <révolution judiciaire> en marche, Institut des hautes études sur la justice, fev. 2015 www.ihej.org. und dem von Sandra Delval moderierten Gespräch vom Oktober 2014 mit dem ehemaligen ICC-Richter Bruno Cotte und dem Präsidenten des Simbikangwa-Prozesses, Oliver Leurent: Regards croisé sur le procès de Germain Katanwa et de Pascal Simbikangwa, abrufbar ebd.

se besteht aus 2 StaatsanwältInnen, 3 UntersuchungsrichterInnen, die auf Völkerstrafrecht spezialisiert sind, und mehreren AssistentInnen.

Auf der Grundlage eines Gesetzes aus dem Jahre 1985, welches aus Anlass des Barbie-Prozesses verabschiedet worden war, wurde auch dieses erste Ruanda Verfahren audio-visuell aufgezeichnet und mit einer Sperrfrist von 50 Jahren archiviert.

Fünf Organisationen hatten sich dem Verfahren als Nebenkläger („parties civiles“) angeschlossen.

Das Gericht hat 49 Zeugen gehört, davon sind 28 aus Ruanda angeheißt. Um den Kontext zu erhellen, haben auch vier Historikerinnen ausgesagt. Dabei hat insbesondere die Historikerin Helene Dumas betont, dass der Völkermord die räumliche, zeitliche und soziale Wahrnehmungsfähigkeit stark durcheinandergebracht habe, was die damit nicht vertrauten Geschworenen bei der Urteilsfindung zu berücksichtigen hätten. Dies führte – was nahe lag – zu Angriffen der Verteidigung auf die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen. Auch die Übersetzungen, gewährleistet von zwei ständig anwesenden Gerichtdolmetschern, gaben immer wieder Anlass zu Auseinandersetzungen.

Der Angeklagte wurde verurteilt wegen täterschaftlich begangenen Völkermordes, weil er als Autoritätsperson an verschiedenen Straßensperren in Kigali – auch in seinem Wohngebiet – Waffen verteilt und Anweisungen zum Töten von Tutsi gegeben hatte. Die ursprüngliche Anklage hatte zunächst nur eine geringere Verantwortung als Gehilfe („complice“) angenommen. Dies wurde aufgrund der erheblichen Tatbeträge und der Autorität des Angeklagten im Laufe der Hauptverhandlung anders gesehen. Nach einem entsprechenden vorherigen Hinweis an die Verteidigung kam es zu einer Strafbarkeit als Täter („Est auteur... qui fait commettre“, § 261 I CP).

Die daneben ergangene Verurteilung wegen Beihilfe zu Verbrechen gegen die Menschheit soll hier nicht kommentiert werden.

Auch die Staatsanwaltschaft hat Berufung eingelegt, weil der Angeklagte nicht für die Taten verurteilt worden ist, die er im Nord-Westen des Landes – außerhalb der Hauptstadt Kigali – begangen haben soll.

3.3.3. Weitere Verfahren

Mit dieser ersten Verurteilung und der Einrichtung einer auf Menschheitsverbrechen spezialisierten zentralen Ermittlungseinheit sind die Erwartungen insbesondere der als Nebenkläger auftretenden Organisationen gestiegen, dass der eingetretene Verfahrensstau – es geht um etwa 20 Verfahren¹⁵ – zügig aufgelöst wird.

Ein Beispiel für die verzögerte Bearbeitung bildet insbesondere der Fall des ruandischen Priesters, Wenceslas Munyeshyaka¹⁶, ehemaliger Vikar der Pfarrei „Sainte-Famille“ in Kigali. Bereits 1995 hatten Überlebende Strafanzeige gegen diesen nach Frankreich geflüchteten und jetzt dort praktizierenden Geistlichen gestellt, weil er sich an den Tötungen in seiner Kirche, wo Tausende von Tutsi Zuflucht gesucht hatten, beteiligt haben soll. Am 8. Juni 2004 hat der EGMR auf Antrag der Opfer Frankreich wegen der unangemessenen Verfahrensverzögerung verurteilt. Gegen ihn und auch den früheren Präfekten von Gikongoro, Laurent Bucyibaruta, gegen den in Frankreich im Jahre 2000 Strafanzeige gestellt worden war, waren beim ICTR parallel dazu Verfahren anhängig. Aufgrund eines Haftbefehles des ICTR wurden beide dann am 20. Juli 2007 in Frankreich verhaftet, aber aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung des TGI in Paris gleich wieder freigelassen, weil die Vorwürfe nicht genug untermauert gewesen seien. Nach längerem Hin und Her hat der ICTR dann auf eine Auslieferung verzichtet und beide Verfahren an Frankreich abgegeben. Passiert ist lange Zeit nichts. Beide befinden sich wieder in Freiheit. Die Ermittlungen gegen den Priester wurden im April 2015 abgeschlossen und liegen der Anklagekammer vor. Die Entscheidung steht ebenso aus wie eine die Ermittlungen gegen Bucyibaruta abschließende Entscheidung.

Insbesondere die Behandlung und offensichtliche Verzögerung beider Verfahren wurden von Beobachtern als Ausdruck eines fehlenden politischen Willens in Frankreich, den Völkermord strafrechtlich aufzuarbeiten, gewertet¹⁷.

¹⁵ Auflistung auf der home-page von CPC (Fn.14)

¹⁶ S. dazu African Rights; Father Wenceslas Munyeshyaka in the Eyes of the Survivors of Sainte Famille, London 1999

¹⁷ U.P. BEHRENDT, *Die Verfolgung des Völkermordes*, S. 278.

Die nächste Verhandlung beginnt wahrscheinlich erst frühestens Ende des Jahres gegen die früheren Bürgermeister von Kabarondo, Octavien Ngenzi und seinen Vorgänger Tito Barahira. Dort sind bei einem Kirchenmassaker im April 1994 mehr als 1000 Tutsi umgebracht worden.

Besonderer Erwähnung bedarf das vor kurzem eröffnete Ermittlungsverfahren gegen Paul Barril, einen ehemaligen Kommandanten der Intervention Group of the National Gendarmerie (GIGN, Interventionsgruppe der Nationalen Gendarmerie); und Berater mehrerer Staatsoberhäupter, vor allem in Ruanda. Hier ermittelt die Staatsanwaltschaft erstmals gegen einen einflussreichen Vertreter der französischen Interessen in Ruanda, auch wenn dieser bereits unter unklaren Umständen aus dem Staatsdienst ausgetretene Offizier formell als Vertreter einer privaten Sicherheitsfirma tätig war. Er wird u.a. verdächtigt, mit der Präsidentenwitwe auf dem Höhepunkt des Völkermordes die Lieferung von Waffen und Söldnern zur Unterstützung der Völkermordtruppen vereinbart und teilweise ausgeführt zu haben.

Insgesamt zeichnet sich dank eines starken zivilgesellschaftlichen Engagements in Frankreich eine Entwicklung ab, die die anfänglichen politischen Hemmnisse, gegenüber „alten Freunden“ Strafprozesse durchzuführen, langsam aber sicher überwindet. Es finden angeregte Debatten darüber statt, wie das *Procedere* in solchen Verfahren beschleunigt und verbessert werden könnte. Denkbar und vorzuziehen wäre, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung sich doch noch dazu durchringt, ruandische Staatsangehörige nach Ruanda auszuliefern: nicht nur wegen der Interessen der Opfer, sondern auch, weil damit eine rechtsstaatlich durchaus vertretbare Geste der Anerkennung der Nach-Völkermordordnung verbunden wäre. Damit gehen zwar möglicherweise öffentlichkeitswirksame und offenbar archivierungswürdige Anlässe verloren, die politische und historische Rolle Frankreichs bei dem Völkermord an den ruandischen Tutsi in Frankreich selbst immer wieder zu diskutieren. Ausgeschlossen wird letzteres durch Auslieferungen von Ruändern an die ruandische Justiz aber ebenso wenig, wie die Be-

schäftigung der französischen Justiz mit eventuell strafbaren Teilnahmehandlungen französischer Staatsangehöriger¹⁸.

3.3.4. *Deutschland*

In Deutschland gab es nur ein Ruanda betreffendes Völkermordverfahren. Onesphore Rwabukombe¹⁹, ein früherer ruandischer Bürgermeister²⁰, war nach der Auflösung der Flüchtlingslager im Osten des damaligen Zaire zunächst in den Norden des Landes geflüchtet und später über Frankreich nach Deutschland eingereist. Dort hatte er bereits früher mit Hilfe eines deutschen Stipendiums in Rheinland-Pfalz studiert und auch in Ruanda mit der deutschen Entwicklungshilfe zusammengearbeitet. Das Verwaltungsgericht Würzburg²¹ hat im Jahre 2006 ein Auslieferungshindernis festgestellt, weil er als Exil-Politiker in Ruanda politische Verfolgung befürchten müsse. Asyl konnte ihm in Deutschland nicht gewährt werden, weil er über das Drittland Frankreich in das Schengen-Gebiet eingereist war.

Im Jahre 2008 zum Zwecke der Auslieferung nach Ruanda festgenommen, wurde diese Haft – weil die Auslieferung als unzulässig beurteilt wurde – zunächst durch Untersuchungshaft zum Zwecke der Durchführung des Verfahrens in Deutschland abgelöst. Ein deutsches Gericht hatte in Anlehnung an die damalige Rechtsprechung des ICTR die Auslieferung nach Ruanda abgelehnt. Der Angeklagte befand sich dann über vier Monate in Untersuchungshaft. Nachdem er wegen unzureichender Beweise im Mai 2009 aus der Haft entlassen worden war, wurde er am 26.7.2010 erneut inhaftiert. In der Zwischenzeit hatte die Bundesanwaltschaft eigene Ermittlungen in Ruanda angestellt, dort Zeugen vernommen und auch den Telefonanschluss des Beschuldigten überwacht. U.a. hieraus hat sich ein gewisses Bild der Vernetzung der ruandischen Völkermord-Diaspora ergeben. Der Inhalt dieser abgehörten Telefonate führte u.a. dazu, dass ein Gutachter, der auf Initiative der

¹⁸ Dazu D. ROETS, *Le génocide des Tutsi du Rwanda*.

¹⁹ OLG Frankfurt am Main, 5-3 StE 4/10-4-3/10.

²⁰ Zur Rolle der Bürgermeister bei der Durchführung des Völkermordes in Ruanda vgl. A. DES FORGES, *Kein Zeuge darf überleben*, S. 285.

²¹ Az: W 3 K 02.31082 Urteil vom 23.11.2006.

Verteidigung zu dem Kontext der Ereignisse in Ruanda gehört werden sollte, wegen Befangenheit aus dem Verfahren ausscheiden musste. Dieser Gutachter hatte bereits in mehreren Publikationen den Völkermord als mehr oder weniger spontane Volksreaktion verharmlost, dessen Steuerung durch Politik und Verwaltung geleugnet und dies auch bereits als Experte der Verteidigung vor dem ICTR in Arusha geäußert. Sämtliche Angeklagten in Europa verfolgen als „Autoritätspersonen“ aus naheliegenden Gründen diese Verteidigungslinie. Die Telefonate offenbarten jedoch eine so große politische und persönliche Nähe zu dem Angeklagten, dass eine Aussage als unabhängiger Experte nicht in Frage kam.

Von Januar 2011 bis zur Urteilsverkündung im Februar 2014 hat der nur aus BerufsrichterInnen bestehende Senat (Laien sind nicht beteiligt, Geschworenengerichte seit den 1920er Jahren in Deutschland abgeschafft) an 120 Verhandlungstagen 118 Zeugen und auch einen mit den Ereignissen in Ruanda vertrauten Wissenschaftler vernommen. Von den vernommenen Zeugen sind 40 aus Ruanda nach Frankfurt am Main gereist. 30 Zeugen wurden mittels einer Videoschaltung audiovisuell vernommen, während sie sich in einem Raum eines Gerichts in Kigali/Ruanda aufhielten. 21 dieser audiovisuell vernommenen Zeugen sind in Ruanda inhaftiert, weil sie wegen ihrer Beteiligung am Völkermord verurteilt sind. Nachdem die Bundesrepublik Deutschland nicht garantieren konnte, dass diese – etwa im Fall einer Asylantragstellung – sofort nach Ruanda zurücküberführt werden, erlaubte die Republik Ruanda deren Reise zum Prozess nicht. Umgekehrt schied eine Reise des Gerichts nach Ruanda aus, weil die zwingend notwendige Anwesenheit des Angeklagten bei richterlichen Vernehmungen während der Hauptverhandlung nicht möglich gewesen wäre. Die Organisation der Beweisaufnahme war mit besonderen Schwierigkeiten verbunden, insbesondere weil die in Ruanda lebenden Zeugen, auf die man erst aufgrund anderer Zeugenaussagen im Prozess hingewiesen worden war, zunächst aufgesucht, ihre Reisebereitschaft und -fähigkeit ermittelt und die Reisen der Zeugen organisiert werden mussten. Ein Kriminalhauptkommissar des Bundeskriminalamtes weilte ständig in Ruanda, suchte die Zeugen auf und kümmerte sich um die für die Aus- und Einreisen erforderlichen Formalitäten. Während ihres meist 3-4 tägigen Aufenthalts

in Deutschland wurden die Zeugen, die zum großen Teil Ruanda zuvor noch nie verlassen hatten, dort in ärmlichen Verhältnissen leben und als Überlebende des Völkermords oft auch traumatisiert sind, von der Zeugenschutz-Abteilung des Bundeskriminalamts betreut. Das Bundeskriminalamt hat überdies von einem Kirchengelände, auch hier ein Tatort, eine sog. „vollsphärische Aufnahme“ sowie einen 3D-Laserscan erstellt, die die detailgetreue Darstellung der Örtlichkeiten in dem Verhandlungssaal ermöglichte.

Die in Ruanda lebenden und arbeitenden Nebenkläger und Nebenklägerinnen konnten auch aus finanziellen Gründen nur zum Zwecke der Zeugenaussage – nur diese Kosten werden vom Gericht getragen – kurz in Deutschland sein. Sie haben deswegen den Prozess nur indirekt über die Berichte ihres ihnen beigeordneten und aus der Staatskasse vergüteten Anwaltes verfolgt.

Das Verfahren wäre noch aufwändiger geworden, hätte die Bundesanwaltschaft nicht auf die Aufklärung und Aburteilung anderer Anklagepunkte verzichtet. Einer davon war ein weiteres Kirchenmassaker, Dieses hatte wenige Tage später in der Gemeinde Kabarondo stattgefunden und bildet auch den Gegenstand des oben erwähnten in Frankreich laufenden Verfahrens gegen Ngenzi und Bahiraruta.

Gegen das Urteil, das im Gegensatz zur Anklage nur auf „Beihilfe zum Völkermord“ lautete und mit einer Verurteilung zu 14 Jahren endete, hatten alle Beteiligten Revision zum Bundesgerichtshof eingelegt²². Während die Revision des Angeklagten verworfen wurde, hatten die Bundesanwaltschaft und die Nebenklage Erfolg²³. Ein anderer Senat des OLG Frankfurt muss nunmehr nur noch über die innere Tatseite, d.d. darüber entscheiden, ob der Angeklagte mit der Absicht handelte, die Gruppe der Tutsi „...ganz oder teilweise zu zerstören“. Dies habe

²² Vgl. P. KOOKER, *Universal Jurisdiction in Germany: The Trial of Onesphore R. before the Higher Regional Court of Frankfurt*, 54 GYIL, 2011, 671-687 und die Urteilsbesprechung von G. WERLE, B. BURGHARD, *Der Völkermord in Ruanda und die deutsche Straffjustiz- zugleich eine Besprechung des Urteils des OLG Frankfurt a.M. v. 18.2.2014 (Fall Onesphore R.)*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2015, S.46-56.

²³ U.v.21.Mai 2015- 3 Str 575/14 noch nicht veröffentlicht s. Presseerklärung des BGH Nr-86/2015.

das OLG Frankfurt mit unzureichenden Erwägungen abgelehnt und zudem verkannt, dass der objektive Tatbeitrag des Angeklagten, der nunmehr als solcher feststeht, weit über den eines bloßen Gehilfen hinausging. Sollte die Völkermordabsicht bejaht werden, droht eine lebenslange Freiheitsstrafe.

Nur diese Strafe sah § 220 a StGB, der gem. § 6 I StGB universell anwendbar und inhaltsgleich mit der Völkermordkonvention von 1948 die Strafbarkeit des Völkermordes seit 1954 – damit zur Tatzeit in Ruanda – regelte, für die Tötung von Mitgliedern der geschützten Gruppe zwingend vor. Daran hat sich mit der Schaffung des deutschen Völkerstrafgesetzbuches, die § 220a StGB seit dem Jahre 2002 (BGBl. I 2254) abgelöst hat, nichts geändert.

3.3.5. *Belgien*

Belgien²⁴ verdient ebenfalls aufgrund seiner Beziehungen zu Ruanda besondere Erwähnung. Als frühere Kolonialmacht bestanden viele persönliche Beziehungen und auch nach der offiziellen Unabhängigkeit im Jahre 1962 und dem Ende der Ersten Republik im Jahre 1973, als Frankreich in die führende Rolle eintrat, bestanden weiterhin vielfältige und intensive Beziehungen auf sämtlichen offiziellen und inoffiziellen Ebenen. Viele ruandische Staatsbürger lebten 1994 bereits in Belgien oder sind nach dem Völkermord als Täter dorthin geflüchtet. Bekanntlich bestand der Kern der vor dem Völkermord eingesetzten UN-Blauhelm Truppen aus belgischen Soldaten, von denen 10 unmittelbar zu Beginn des Völkermordes umgebracht wurden. Dies führte zum Abzug des gesamten belgischen Kontingents, was die Völkermordorganisatoren als Ermutigung zum Durchstarten aufgefasst haben.

Mit Wirkung vom 15. August 1993 waren Verstöße gegen die Genfer Konvention und die Zusatzprotolle I und II pönalisiert worden. Damit hatte Belgien als erstes Land eine universelle Kompetenz auch für „schwere Verletzungen“ des humanitären Völkerrechts in nicht-internationalen Konflikten beansprucht. Den Verpflichtungen aus der Völ-

²⁴ Die Darstellung fußt auf U.P. BEHRENDT, *Die Verfolgung des Völkermordes*, S. 235 ff. und pers. Gespräche mit dem Autor.

kermordkonvention war Belgien 1994 noch nicht nachgekommen, so dass die strafrechtliche Verfolgung des Völkermordes nur unter dem Gesichtspunkt von Bürgerkriegsverbrechen erfolgte. Bereits unmittelbar nach Beginn des Völkermordes, im Juli 1994, waren in Belgien auf dieser Grundlage Strafanzeigen von Angehörigen der Opfer gestellt worden, die aber ebenfalls längere Zeit nicht bearbeitet wurden. Aufgrund des wachsenden politischen Druckes wurde dann – ähnlich wie später in Frankreich – eine „cellule Rwanda“ geschaffen, in der neben dem Untersuchungsrichter Vandermeersch fünf weitere Ermittlungsbeamte ausschließlich mit Ruanda beschäftigt waren. Eine – wenn auch erst späte – Form der transnationalen Zusammenarbeit und der Weitergabe von mehrjährigen Erfahrungen kann darin gesehen werden, dass der Ermittlungsrichter Vandermeersch auch als Zeuge im Simbikangwa-Prozess in Paris vernommen wurde.

Wegen der auch hier verdienstvollen Vorarbeit des Ermittlungsrichters konnte die Hauptverhandlung in knapp zwei Monaten konzentriert durchgeführt werden. Am 7. Juni 2001 wurden die Urteile gegen drei ruandische Ordensschwestern, den Universitätsprofessor Ntezimana und den ehemaligen Minister Hidalgo verkündet. Das Brüsseler Schwurgericht hat 140 Be- und Entlastungszeugen vernommen, etwa 70 kamen eigens aus Ruanda. Es wurden 12 Sachverständige gehört, um die Hintergründe und die kulturellen Verschiedenheiten in den Prozess einzuführen und den Geschworenen zu vermitteln.

Die Ordensschwestern wurden zu Freiheitsstrafen zwischen 12 und 15 Jahren, Hidalgo zu 20 Jahren und Ntezimana, der als einziger nicht in allen Anklagepunkten für schuldig gesprochen wurde, zu 12 Jahren Haft verurteilt. Auch wenn Verurteilungsgrundlage nicht der Völkermordtatbestand, sondern nur die Verstöße gegen die Bestimmungen zum Schutz von Zivilpersonen im Bürgerkrieg nach der Genfer Konvention und den Zusatzprotollen sein sollten, ließ das Gericht keinen Zweifel daran, dass die Angeklagten auch insofern verurteilt worden wären. Bemerkenswert ist, dass der belgische Gesetzgeber 1999 unter Hinweis auf das Völkergewohnheitsrecht, die Völkermordkonvention und die allgemeinen Rechtsprinzipien der zivilisierten Völker das Gesetz vom August 1993 nachträglich auch auf Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit ausgedehnt hatte. Dieses Gesetz anzu-

wenden, erschien dem Brüsseler Schwurgericht aber damals wohl zu heikel. Diese Zurückhaltung ist mittlerweile, wohl auch nach den einschlägigen Urteilen des EGMR, überwunden.

Denn neben diesem Aufsehen erregenden ersten Urteil, das auch die Rolle der katholischen Kirche während des Völkermordes thematisierte, kam es nach weiteren umfangreichen Prozessen mit z.T. 170 Zeugen zu weiteren Verurteilungen in den Jahren 2011 und 2012, dieses Mal auch wegen Völkermordes.

Hauptverhandlungen in zwei weiteren Verfahren stehen an (Bushishi, Kwitonda), Anklagen gegen zwei führende Mitglieder der „Interrahmwe“ Miliz (Gakwaya Nkunzuwimye) ist erhoben und nur noch in einem weiteren Verfahren wird ermittelt.

3.3.6. Andere europäische Staaten

Das erste Urteil außerhalb Ruandas erging in der *Schweiz*. Dort kam es 2001 zu einer Verurteilung wegen Verstoßes gegen die Genfer Konvention nebst Zusatzprotokollen, ebenfalls gegen einen Bürgermeister (Nyontezze). Eine Strafbarkeit wegen Völkermordes scheiterte daran, dass das Schweizer Recht keinen entsprechenden Straftatbestand aufwies.

In den *Niederlanden* ergingen 2012 und 2014 jeweils Urteile wegen Völkermordes, weitere Verfahren sind nicht zu erwarten.

In *Groß-Britannien* gibt es Anklagen gegen 5 Personen, in *Norwegen* eine Verurteilung im Jahre 2015.

Auch nachdem *Schweden* im Fall Ahorangeze (s.o.) als erstes europäisches Land die Auslieferung nach Ruanda gebilligt hatte, kam es dennoch zu einem weiteren Strafverfahren in Schweden. In jenem Fall hatte der Angeklagte mittlerweile die schwedische Nationalität angenommen. Anstelle eines Verfahrens zur Aberkennung der Staatsbürgerschaft wegen falscher Angaben und anschließender Auslieferung wurde er im Juni 2013 nach 80 Verhandlungstagen zu lebenslanger Haft verurteilt.

In *Dänemark* halten sich zwei Tatverdächtige auf, deren rechtliche Situation eine besondere ist. Nachdem 2012 obergerichtlich geklärt war, dass Dänemark eine Strafverfolgungskompetenz für die Ereignisse

in Ruanda im Jahre 1994 besitze, hat sich die Regierung zur Auslieferung entschlossen. Mbarushimana hat diese Entscheidung gerichtlich angegriffen. Eine Entscheidung hierzu ist mir nicht bekannt.

Der andere Fall betrifft den bereits mehrmals erwähnten früheren Leiter der zivilen Luftfahrt, Ahorugeze. Nachdem gegen diesen im Jahre 2006 in Dänemark ein Ermittlungsverfahren eingeleitet worden war, begab er sich nach Schweden. Dort wurde er in Auslieferungshaft genommen, aus der er wieder entlassen wurde, weil das Überprüfungsverfahren vor dem EMRH zu lange dauerte. Nachdem der EMRH die Auslieferungsentscheidung Schwedens gebilligt hatte, setzte sich Ahorugeze wieder nach Dänemark ab. Dort muss jetzt erneut über die Auslieferung entschieden werden.

Die Aufzählung schließt mit einem Verfahren aus *Finnland*, das – wie alle erwähnten Verfahren in Europa auch – mit einer Verurteilung endete. Der Baptistenpastor Bazaramba wurde 2010 zu lebenslanger Haft verurteilt²⁵. Auch dieses Verfahren sprengte die bis dahin in Finnland geltenden Maßstäbe. Im Gegensatz zu anderen Prozessordnungen konnte sich das Gericht in voller Besetzung nach Ruanda begeben. Zu den dortigen Zeugenvernehmungen war der in finnischer Haft verbliebene Angeklagte zugeschaltet, und konnte mit Hilfe eines zusätzlichen Verteidigers – der Hauptverteidiger befand sich mit dem Gericht vor Ort – der Vernehmung in Ruanda folgen und selbst Fragen stellen.

4. Diskussion

Eine vergleichende Übersicht der Verfahrenspraxis in den verschiedenen europäischen Ländern, wie sie in diesem Beitrag nur fragmentarisch dargestellt wurde, eröffnet m.E. interessante Ansatzpunkte für eine sehr viel weitergehende Diskussion

1. Nur über die bessere Gestaltung der umfangreichen und langwierigen Strafverfahren zu sprechen, griffe zu kurz. Die vorrangige Frage geht – gerade aus Opfersicht – dahin, ob die Verfahren überhaupt in

²⁵ Vgl. District Court von Itä-Uusimaa (Finnland) im Urteil vom 11. Juni 2010 (*Prosecutor v Bazaramba*, 09/404, 30-31).

Europa stattfinden müssen. Der Völkermord in Ruanda liegt jetzt über 21 Jahre zurück und das heutige Justizsystem in Ruanda genügt als solches den Anforderungen der europäischen Menschenrechtskonvention an ein *fares* Verfahren. Jedes Auslieferungersuchen ist gesondert und ohne Rückgriff auf pauschale (Vor-) Urteile zu entscheiden.

2. Das gilt insbesondere für die noch geltende Rechtsprechung der *Chambre Criminelle* der *Cour des Cassation* in Frankreich, wonach eine strafrechtliche Verfolgung des Völkermordes in Ruanda durch die dortige Justiz gegen das Legalitätsprinzip („*nullum crimen, nulla poena sine lege*“) verstoße und dies einer Auslieferung entgegenstehe. Tatsächlich besaß die Völkermordkonvention auch in Ruanda schon vor 1994 normative Kraft, so dass die dortige Bestrafung aufgrund später erlassener Strafvorschriften dem Rückwirkungsverbot nicht entgegen stand. Entgegen einer berüchtigten Aussage Mitterands war auch „in *diesen* Ländern“ ein Völkermord durchaus sehr wichtig²⁶. Dies sieht auch die Rechtsprechung und Praxis anderer europäischer Staaten und Länder sowie die Rechtsprechung des EGHR²⁷ so. Eine europäische Vereinheitlichung in dieser Frage ist anzustreben.
3. Die lange Verfahrensdauer auch vor den europäischen Gerichten erklärt sich u.a. damit, dass kein europäisches Beobachtungs- bzw. Früherkennungssystem für das, was sich in Ruanda anbahnte, zur Verfügung stand. Tatverdächtige hätten sonst schon bei der Einreise ermittelt und – den politischen Willen dazu vorausgesetzt – unter vorläufiger Verweigerung des Asylstatus strafrechtlichen Ermittlungen unterzogen werden können. Organisationen wie Amnesty International, Redress und HRW kommen bei der Auswertung dieser Strafprozesse zu gleichen Ergebnissen. Im Hinblick auf die geflohenen Opfer sollte schon bei der Anhörung im Rahmen des Asylverfahrens angeboten werden, dass sich der Asylbewerber gegenüber Ermittlungsführern gezielt über Täter, Tatorte und Beweismittel äußern kann. Speziell geschulte Einheiten, in denen ne-

²⁶ «Dans ces pays-là, un génocide, c'est pas trop important» zitiert in «Le Figaro» 12.1.1998.

²⁷ Vgl. etwa EGMR *Korbely/Ungarn v.19.9.2008*; *Kononov/Lettland v.17.5.2010*.

ben Ermittlungsbeamten und Staatsanwälten auch politische Experten für die Region mitarbeiten, können so relativ frühzeitig und gezielt weiterermitteln. Solche Einheiten gab es zuerst in den Niederlanden. Solche „Specialized War Crimes Units“ bzw. „Specialized Immigration Units“ werden in den jüngsten Berichten u.a. von HRW²⁸ bzw. REDRESS et. Al.²⁹ als positives Beispiel für die Verbesserung internationaler Strafverfolgung erwähnt. In Deutschland z.B. hat das ECCHR einen Fragebogen ausgearbeitet, der es bereits im Rahmen der Flüchtlingsaufnahme ermöglichen soll, Informationen für spätere Strafverfahren systematisch zu sichern und ihnen selbst die Möglichkeiten zur Initiierung und der Teilnahme an Strafverfahren nach der europäischen Opferschutzrichtlinie 2012/29/EU aufzuzeigen. Im Rahmen des „European Union Genocide Networks“ an dem auch Norwegen, die Schweiz, Kanada und die Vereinigten Staaten teilnehmen, können solche Informationen untereinander ausgetauscht werden.

4. Zu dieser Früherkennung gehört die rechtzeitige Suche nach unabhängigen Experten zum Verständnis des historischen/politischen Kontextes und nach ebensolchen Dolmetschern. Gerade bei Sprachen mit geringem Verbreitungsgebiet sind kaum Dolmetscher³⁰ zu finden, die nicht in der einen oder anderen Form in den Konflikt verwickelt sind und daher immer wieder Reibeflächen während der Verfahren bieten.
5. Die Urteile in den jeweiligen nationalen Verfahren ergehen „Im Namen des Volkes“. Was heißt das eigentlich für Prozesse über Verbrechen gegen die (gesamte) Menschheit, die in einem anderen Land von anderen gegen eine andere Bevölkerungsgruppe begangen wurden. Von welchem „Volk“ reden wir? U.a. erscheint es mir daher konsequent, dass der Präsident des Simbikangwa-Verfahrens

²⁸ The Long Arm of Justice <http://www.hrw.org/reports/2014/09/long-arm.justice>.

²⁹ Redress, Trial, FIDH, ECCHR: Driving Forward Justice Victims of Serious International Crimes in The EU, Oct. 2014.

³⁰ Einen guten Einblick in die organisatorischen, kulturellen und sprachlichen Abgründe dieser Problematik, wohl nicht nur Ruanda betreffend, liefert N. HAAS, *Dolmetschen am Ruanda-Tribunal*, München, 2011, speziell zum Dolmetschen bei Vergewaltigungen S.99 ff.

in Paris, Olivier Leurent³¹, die Beteiligung von Geschworenen bei solchen Verfahren skeptisch sieht, auch wenn er vor allem die mögliche Überforderung der Laien mit der komplexen und räumlich und kulturell weit entfernten Materie im Auge hat.

6. Die fragliche Stellung eines Angeklagten als Täter oder Gehilfe beschäftigt die Gerichte. Simbikangwa wurde als Gehilfe angeklagt und als Täter verurteilt. Bei Rwabukombe war es zunächst umgekehrt, was zu einer erfolgreichen Revision der Nebenkläger und der Bundesanwaltschaft vor dem Bundesgerichtshof führte und das Verfahren verlängert. Mit dieser unterschiedlichen Qualifikation ist bei den internationalen Gerichten und in Frankreich – anders als in Deutschland – nicht immer eine Verschiebung des Strafrahmens verbunden. Sie ist trotzdem wichtig, weil damit die Verantwortlichkeit einer Person exakter dokumentiert wird. Dies wiederum kann zum besseren Verständnis der inneren Dynamik eines Völkermordgeschehens und damit zur Prävention beitragen. Da die für die Verantwortlichkeit wichtigen Autoritätsverhältnisse sich nicht überall auf der Welt mit Verwaltungskompetenzen decken, verbirgt sich hier eine kulturelle Herausforderung an die Gerichte. Gerade solchen „Autoritätspersonen“ war es im Gegensatz zu einfachen Milizionären möglich, aufgrund ihrer Beziehungen nach Europa zu gelangen und dort – einstweilen – Fuß zu fassen. Dies könnte den dafür Verantwortlichen von Entwicklungsorganisationen, Kirchen und Botschaften in den jeweiligen Ländern zu der selbstkritischen Frage verhelfen, auf welche – offenbar doch nicht so unwichtigen – Personen und Strukturen sie für ihre eigene Tätigkeit in Ruanda eigentlich gesetzt haben³².
7. Die für die Verfolgung von Völkermord zuständigen Senate der Oberlandesgerichte in Deutschland sind zwar ausschließlich mit Berufsrichtern besetzt; dies hat aber keinen Einfluss auf die Stringenz des Verfahrens. Weil es eine ermittelungsrichterliche Tätigkeit in Deutschland – etwa im Gegensatz zu Frankreich und Belgien – praktisch nicht gibt, verlagert sich ein großer Teil der Beweiser-

³¹ Fn. 18.

³² P. UVIN, *Aiding Violence: The Development Enterprise in Rwanda*, West Hartford, 1998.

mittlung mit ungewissem Inhalt in die Hauptverhandlung und führt zu Verfahrenslängen, die insbesondere den Opfern, die der gesamten Verhandlung gerne über ihre Zeugenaussage hinaus beiwohnen möchten, nicht zuzumuten sind. Die Bildung einer zentralen ermittlungsrichterlichen Einheit mit dem Schwerpunkt auf Menschheitsverbrechen – wie in Frankreich – scheint eine Option zu sein, bereits im Vorfeld die spätere Beweisaufnahme zu verdichten.

8. Eine Vernetzung der unterschiedlichen nationalen Ermittlungsbehörden könnte dazu führen, dass einzelne Tatkomplexe des ruandischen Völkermordes – wie etwa das erwähnte Kirchenmassaker von Kabarondo – nur von einem Gericht in einem europäischen Land verhandelt werden. Die dabei handelnden Akteure, die auf verschiedenen europäischen Ländern verstreut sind, könnten dabei in ihrer jeweiligen Stellung besser beurteilt und die Beweisaufnahme, die ohne Überlebende aus Ruanda nicht auskommt, konzentriert werden.
9. Auch wenn – außer in Frankreich – kaum noch Ermittlungs- und Gerichtsverfahren zu dem Völkermord in Ruanda anhängig sind, verspricht eine tiefer gehende Analyse dieser Verfahren wertvolle Erkenntnisse darüber, wie der „Fluchtpunkt Europa“ in Zukunft in vergleichbaren Situationen schneller und strafprozessual korrekt unterhalb des Ebene des ICC reagieren könnte. Aber auch eine politikwissenschaftliche Analyse, ob und wie die – leider immer noch von nationalen Interessen bestimmte – Außenpolitik in Europa auf die jeweiligen nationalen Strafverfahren in solchen Fällen einwirkt, steht aus.

IL GENOCIDIO IN RUANDA DEL 1994 DINANZI AI TRIBUNALI EUROPEI

Il contributo si sforza di analizzare le problematiche giuridiche di natura sostanziale e processuale dei procedimenti transnazionali svoltisi, e in parte pendenti, dinanzi ai tribunali di Stati europei aventi ad oggetti i fatti di genocidio avvenuti in Ruanda. Avendo intrattenuto fino a poco prima che si verificasse il genocidio del Ruanda, e in parte anche dopo, rapporti molto stretti con il regime ruandese, molti Stati europei hanno infatti accolto i responsabili dell'eccidio fuggiti dal loro Paese. Ciò vale principalmente per la Francia, ma anche per il Belgio, la Germania, la Svizzera e l'Italia (il Vaticano). Per i presunti autori del genocidio l'Europa è diventata ciò che il Sud America rappresentò per molti criminali nazisti: un luogo in cui trovare rifugio. Si deve a questa circostanza il fatto che finora le domande di asilo politico presentate dai responsabili dello sterminio hanno avuto, nella maggior parte dei casi, esito positivo, sebbene il diritto di asilo non sia riconosciuto a chi è accusato di aver partecipato a crimini contro l'umanità. Le domande di estradizione presentate dal Ruanda inizialmente venivano respinte, e in parte continuano ad esserlo, benché fondamentalmente, secondo la Corte europea dei diritti umani, nulla impedisca di accoglierle. Ciò spiega perché le vittime ruandesi guardino a tali processi che si svolgono al di fuori del loro territorio nazionale con sentimenti contrastanti. Il quesito principale attiene all'effettività di tali procedimenti. Posto che, con poche eccezioni, gli Stati che ora si impegnano nei processi sono gli stessi che non tentarono di impedire il genocidio, vi è un diffuso scetticismo tra le vittime.

La Corte penale internazionale (ICC) non è competente per il periodo in cui si verificarono i fatti (1994), e il Tribunale penale internazionale per il Ruanda (ICTR) ha esaurito la prima fase di giudizio.

Nel contributo viene proposta un'analisi, fondata in parte anche sulle esperienze dirette quale legale di parte civile di alcune delle vittime ruandesi del genocidio, delle profonde differenze tra i vari Paesi euro-

pei per ciò che riguarda la prassi dell'asilo, delle azioni penali e della giurisprudenza, e i rispettivi strumenti giuridici.

Il quesito che emerge attiene all'utilità e necessità che i procedimenti in commento si svolgano all'estero. Ormai sono trascorsi più di vent'anni dal genocidio e l'attuale sistema giudiziario ruandese soddisfa i requisiti del giusto processo come fissati nella CEDU.

Altro problema è legato alle carenze organizzative che hanno portato ad un significativo allungamento dei tempi processuali (mancata tempestiva acquisizione del materiale probatorio già in fase di domanda di asilo, mancanza personale qualificato: traduttori, unità specializzate e centralizzate, ecc.). Se è pur vero che la maggior parte dei processi sono ormai conclusi, l'esperienza maturata potrebbe offrire un'occasione di riflessione al fine della predisposizione di idonei rimedi di natura processuale per Paesi europei che si trovino in futuro ad affrontare processi di tale natura che non ricadano nella competenza dell'ICC.

L'ARMONIZZAZIONE DELLE LEGISLAZIONI PENALI NAZIONALI

UNA RIFLESSIONE COMPARATA SULLE STRATEGIE DI CONTRASTO MUOVENDO DALLE NORME IN MATERIA DI CONDOTTE CON FINALITÀ DI TERRORISMO

Roberto Wenin

SOMMARIO: 1. *Premessa introduttiva.* 2. *Il terrorismo internazionale.* 3. *La normativa oggetto d'indagine.* 4. *Gli interventi giurisprudenziali.* 5. *Il ruolo del metodo comparato nel processo di armonizzazione.*

1. Premessa introduttiva

Il presente contributo mira a riprodurre alcune delle problematiche emerse nel corso di una ricerca di più ampio respiro che si confronta con le attuali sfide del diritto penale sotto la pressione della modernità. Il diritto penale si trova, infatti, sempre più esposto a scenari complessi i cui elementi caratterizzanti, legati allo sviluppo tecnologico, sono dati dalla dimensione globale, dalla delocalizzazione, dalla disomogeneità di valori, imponendosi di rimeditare categorie tradizionali, nonché le stesse funzioni e i limiti del diritto penale¹. Da un lato la rete informatica globale, nella sua dimensione virtuale, rappresenta spesso un mondo parallelo a quello reale, nel quale si infrangono i tradizionali limiti dimensionali, come ad oggi conosciuti. Tale luogo virtuale, delocalizzato e, al contempo, globalizzato, impone di riconsiderare i problemi di disciplina, anche futura, in una prospettiva essenzialmente sovranaziona-

¹ Si è correttamente precisato che «la consapevolezza dei limiti del diritto può forse essere fonte di frustrazione, ma induce ad una maggiore sobrietà nell'affrontare le questioni difficili, evitando di immaginare che vi siano soluzioni magiche, e che il diritto penale sia la bacchetta del mago»: A. BEVERE, V. ZENO-ZENCOVICH, *La rete e il diritto sanzionatorio. Una visione d'insieme*, in *Dir. inform.*, 2011, 380.

le. Proprio per la sua dimensione globale, la rete rappresenta quindi il terreno di elezione per un altro fenomeno, quello del terrorismo internazionale di matrice fondamentalista², che pare sfuggire ai tratti caratteristici del diritto penale tradizionale, incentrato sul rapporto cittadino-Stato e abituato a confrontarsi su di un piano culturale di natura essenzialmente omogenea³. Tale disagio emerge già nella difficoltà ad elaborare una definizione unitaria di terrorismo⁴, la quale ha spinto a privile-

² In particolare per quanto concerne le condotte di proselitismo, addestramento, reclutamento, reperimento di risorse, preparazione di attentati per fini terroristici, nonché intimidazione. Il termine terrorismo, come noto, viene dal latino *terrere* (atterrire) e fu utilizzato durante la rivoluzione francese per descrivere la crudeltà e carica intimidatoria dei metodi di governo utilizzati nel periodo che va dal 31 maggio 1793 (espulsione dalla Convenzione dei Girondini) al 9 termidoro, cioè al 27 luglio 1794 (caduta di Robespierre). L'intimidazione rappresenta un elemento caratteristico del metodo terroristico, che mira soprattutto ad avere un impatto attraverso la comunicazione, con la naturale conseguenza che la rete globale, per le sue caratteristiche massmediatiche, ha rappresentato lo strumento principe per la diffusione del «messaggio di terrore». Cfr. UNODC, *The use of the Internet for terrorist purposes*, New York, 2012, reperibile sul sito: www.unodc.org; U. SIEBER, P.V. BRUNST, *Cyberterrorism - The use of the Internet for terrorist purposes*, Strasbourg, 2007.

³ Cfr. A. GAMBERINI, *Profili di diritto penale sostanziale dell'azione di contrasto al terrorismo*, relazione tenuta in occasione dell'incontro di studio del C.S.M. sul tema «Terrorismo e Legislazione Penale», Roma 29-31 marzo 2004, reperibile sul sito www.csm.it.

⁴ Nell'ambito dell'esperienza italiana, come noto, tale definizione dovrebbe essere data dall'art. 270-sexies c.p. che si limita, di fatto, a riprodurre in maniera pressoché pedissequa l'art. 1 della decisione quadro 2002/475/GAI del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo. Sulla problematica della definizione della condotta terroristica nell'ambito dell'esperienza italiana, senza alcuna pretesa di esaustività, si veda: L.D. CERQUA, *La nozione di « condotte con finalità di terrorismo » secondo le fonti internazionali e la normativa interna*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, 2007, 55 ss.; A. MARTINI, *La nuova definizione di terrorismo: il D.L. n. 144 del 2005 come convertito con modificazioni in L. 31 luglio 2005, n. 155*, in *Studium Juris*, 2006, 1217 ss.; V. MASARONE, *Le «condotte con finalità di terrorismo» (art. 270-sexies c.p.): un'emergenza indeterminata*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009, 137 ss.; M. PELISSERO, *Delitti di terrorismo*, in ID. (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino, 2010, 159 ss.; S. REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 254 ss.; F. ROBERTI, *Le nuove fattispecie di delitto in materia di terrorismo*, in A.A. DALIA (a cura

giare soluzioni di contrasto spesso settoriali, così dando adito alla critica di una valenza essenzialmente politica della scelta punitiva⁵.

La dimensione globale del fenomeno terroristico e la natura «adimensionale» delle nuove tecnologie hanno reso sempre più pressante l'esigenza di una reazione a livello sovranazionale, innalzando organismi internazionali quali il Consiglio d'Europa⁶, l'Unione europea, l'ONU

di), *Le nuove norme di contrasto al terrorismo. Commento al Decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 convertito, con modificazioni, nella Legge 31 luglio 2005, n. 155 ed integrato dal Decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, nella Legge 21 febbraio 2006, n. 49 e sintesi dei lavori parlamentari*, Milano, 2006, 445 ss.; G. SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, in *Cass. pen.*, 2006, 3366 ss.; A. VALSECCHI, *I requisiti oggettivi della condotta terroristica ai sensi dell'art. 270 sexies c.p. (prendendo spunto da un'azione dimostrativa dell'Animal Liberation Front). Nota a Tribunale di Firenze (Uff. GIP), ord. 9 gennaio 2013, Giud. Pezzuti*, in *Dir. pen. cont.*, 21 febbraio 2013; ID., *La definizione di terrorismo quale esempio dell'efficacia e della vincolatività delle fonti internazionali nell'ordinamento italiano*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006*, Milano, 2007, 99 ss.; ID., *La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270-sexies c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1103 ss.; F. VIGANÒ, *La nozione di 'terrorismo' ai sensi del diritto penale*, in F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni «individuali» del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali. Atti del convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara (12 e 13 dicembre 2008)*, Padova, 2010, 193 ss.; si veda anche *Cass. pen.*, sez. VI, 15 maggio 2014 (dep. 27 giugno 2014), n. 28009, in *Dir. pen. cont.*, 30 giugno 2014, con nota di S. ZIRULIA, *No Tav: la Cassazione fissa i parametri interpretativi in merito alle condotte di attentato ed alla finalità di terrorismo*.

⁵ V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, *passim*; cfr. R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007, 80; J. FRIEDRICH, *Defining the International Public Enemy: The Political Struggle behind the Legal Debate on International Terrorism*, in *Leiden Journal of International Law*, 2006, 69 ss.

⁶ Si è affermato, A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, 7 ss., che il processo di erosione del carattere meramente statale dei sistemi penali europei e della relativa scienza tende a coincidere con la creazione del Consiglio d'Europa su impulso del quale sono state varate varie convenzioni (tra cui, come si vedrà, quella di Varsavia del 2005 sulla prevenzione del terrorismo). Si tratta di

a protagonisti indiscussi di una nuova fase di contrasto; protagonismo al quale si lega, peraltro, la critica circa un asserito *deficit* di legittimazione democratica che caratterizzerebbe tali organi⁷. Il percorso verso una progressiva armonizzazione delle legislazioni nazionali, che pare rappresentare il presupposto indefettibile per un'efficace strategia di contrasto, impone, tuttavia, l'adozione di un metodo comparato⁸ che consenta di cogliere il reale contenuto delle modifiche normative, frutto troppo spesso di frenesie interventiste legate all'emotività del momento. In tale ottica non si possono celare le critiche, nell'ambito dell'esperienza italiana, che il ricorso alla decretazione d'urgenza quale ordinario criterio di intervento normativo⁹ impone di muovere: che dei diritti e

atti che non si limitano a predisporre strumenti giuridici di cooperazione, ma spesso sono diretti ad armonizzare gli ordinamenti penali, al fine di riavvicinare, financo uniformare, le risposte date dalle legislazioni nazionali a taluni fenomeni criminali.

⁷ La critica si è rivolta soprattutto alle risoluzioni emanate dalle Nazioni Unite, in particolare dal Consiglio di Sicurezza sulla base del capitolo VII della Carta: cfr. J. MACKE, *UN-Sicherheitsrat und Strafrecht. Legitimation und Grenzen einer internationalen Strafgesetzgebung*, Berlin, 2010, *passim*; F. RAUTENBERG, *Rechtsstaatswidriges Feindstrafrecht oder notwendige Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung? Zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 89a, 89b und 91 StGB*, Baden-Baden, 2014, 53 ss. Si è fatto a riguardo riferimento ad una procedura normativa definita «a cascata» che in attuazione delle risoluzioni adottate in seno alle Nazioni Unite ha visto l'emanazione di atti comunitari, quali decisioni quadro e regolamenti, a loro volta destinati ad essere applicati su base nazionale: cfr. V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale...*, cit. in nota 5, 135. Rispetto all'UE si veda il recente contributo di C. GRANDI, *Il ruolo del Parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 678 ss. e bibliografia ivi citata, in particolare p. 671, nota 5.

⁸ Sul ruolo imprescindibile del metodo comparato ai fini di una reale armonizzazione: F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3^a ed., Torino, 2013, 33 ss.

⁹ Si pensi solo alle recenti esperienze legate ad esempio al c.d. decreto Pisanu, d.l. n. 144, dd. 27 luglio 2005 («Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale»), emanato dopo gli attentati di Londra e convertito con l. 31 luglio 2005 n. 155, ossia a pochi giorni dalla sua emanazione, o al d.l. n. 7 del 18 febbraio 2015 («Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione»), convertito con l. 17 aprile 2015, n. 43, dopo essere stato «blindato» dagli

delle libertà dei cittadini, intaccati dallo strumento penale, debba disporre, di fatto, in via ordinaria il potere esecutivo, come è stato acutamente osservato, rappresenta una situazione di «anormalità» politica e culturale, che si pone in spregio allo spirito della Costituzione¹⁰.

Lo sforzo nelle righe che seguiranno sarà, dunque, conclusivamente quello di tentare di offrire uno spunto di riflessione su ciò che oramai si presenta come un ineluttabile processo di progressiva armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, sotto la pressione di gravi crimini¹¹ caratterizzati dalla loro dimensione sovranazionale, evidenziandosi al contempo il ruolo imprescindibile del metodo comparato; in sintesi: l'armonizzazione delle legislazioni penali come meccanismo di reazione e il ruolo del metodo comparato.

Nel perseguire tale scopo si analizzeranno le recenti applicazioni giurisprudenziali, in particolare con riferimento alle norme dettate in materia di addestramento per finalità di terrorismo nell'ordinamento tedesco e in quello italiano, nello specifico il § 89a StGB e l'art. 270-*quinquies* c.p.

2. *Il terrorismo internazionale*

Il riferimento al terrorismo in questa sede è precipuamente al terrorismo internazionale di matrice fondamentalista, il quale presenta, come

emendamenti con il voto di fiducia al senato, considerato che un'eventuale modifica non avrebbe consentito di rispettare i tempi tecnici per la conversione.

¹⁰ E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 86. A riguardo si è evidenziato, G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, 262 s., come alla luce di assemblee parlamentari spesso soggiogate dalla volontà del governo e al susseguente scemare del significato di garanzia del principio di legalità, non basti più il mero rifiuto di annoverare il decreto legge e decreto legislativo tra le fonti del diritto penale, ma si imponga l'acquisto di una razionalità pratica che si confronti con i limiti dei disegni costituzionali del secondo dopoguerra. In generale sul tema: C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012.

¹¹ Cfr. A. PECCIOLI, *Il terrorismo quale settore chiave per l'armonizzazione del diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 801 ss.

noto, peculiarità e caratteristiche che lo portano a discostarsi sia da un punto di vista criminologico, sia sotto l'aspetto fenomenologico-giuridico dal terrorismo interno (ad esempio quello degli anni '70 in Italia) e dalla criminalità organizzata¹².

L'analisi del fenomeno terroristico, come già evidenziato nelle riflessioni iniziali, imporrebbe in primo luogo di confrontarsi con due quesiti: quello definitorio e quello qualificatorio.

Circa il primo quesito, a prima vista parrebbe sussistere nella comunità internazionale una certa convergenza circa i tratti identificativi del fenomeno terroristico. All'esito di un'analisi più approfondita sorge, tuttavia, il sospetto (se non più propriamente consapevolezza) che tale convergenza sia solamente parziale ed apparente. Le ragioni dell'incapacità della comunità internazionale a raggiungere un accordo in sede di definizione della condotta terroristica hanno origini lontane, di cui non è possibile dare contezza nel presente scritto. Secondo taluni le ragioni di tale incapacità sarebbero da ricercarsi nella valenza essenzialmente politica che sin dal XVII secolo avrebbe assunto il termine «terrorismo», e ciò in particolare con riferimento al terrorismo internazionale, il quale presentando elementi di estraneità rispetto alle singole comunità statali, implicherebbe valutazioni politiche di più ampio respiro, capaci di tradursi in giudizi esterni sulla legittimità di determinate forme di potere¹³. Il problema che più di altri, come noto, ha rappresentato uno scoglio all'elaborazione di una definizione unitaria di terrori-

¹² Cfr. R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 203 ss.; F. ROBERTI, *op. cit.* in nota 4, 449 ss.; A. PICCI, voce *Terrorismo (profili criminologici e giuridici)*, in *Dig. disc. pen., aggiornamento*, Torino, 2010, 822 ss.; ad avviso di quest'ultimo sarebbe preferibile il termine «radicalismo» che meglio individuerrebbe quell'universo in cui possono essere riscontrate differenti correnti di pensiero e di azione. Sul fenomeno jihadista in Italia si veda: L. VIDINO, *Il jihadismo autoctono in Italia: nascita, sviluppo e dinamiche di radicalizzazione*, Milano, 2014. Si veda anche: F. MASARONE, *Il nuovo volto del terrorismo jihadista*, in *Il Mulino*, 2015, 293 ss.

¹³ Cfr. V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale...*, cit. in nota 5, 86 ss.; L. QUADARELLA, *Il nuovo terrorismo internazionale come crimine contro l'umanità. Da crimine a rilevanza internazionale a crimine internazionale dell'individuo*, Napoli, 2006, 3 ss.; si veda anche C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2010, 24 ss.

smo è legato alla distinzione tra fenomeno terroristico e legittima lotta dei movimenti di liberazione nazionale (c.d. *freedom fighters*)¹⁴.

Si è quindi affermato che il termine terrorismo per la sua connotazione politica sarebbe fonte di disorientamento, pericoloso, ma al contempo indispensabile, trattandosi di un fenomeno reale e concreto che necessita di un'identificazione¹⁵.

Alla difficoltà definitoria si affiancherebbe, altresì, un disagio a livello nazionale nell'individuare gli stessi tratti identificativi del fenomeno terroristico e di calibrare conseguentemente l'intervento normativo. In tal senso si è criticamente affermato che spesso le riforme legislative, facenti seguito a gravi fatti di reato – nello specifico il riferimento è al decreto c.d. Pisanu che fu emanato dopo gli attentati di Londra del 2005 – nascono da un pregiudizio in ordine alla identità del nemico da combattere, ma non riescono infine a descriverne adeguatamente i connotati¹⁶.

Altro problema è quello qualificatorio legato alla collocazione del terrorismo nell'ambito dei crimini internazionali. È appena il caso di evidenziare come, pur essendo le singole condotte costituenti atti di terrorismo sanzionate nei diversi ordinamenti, l'attribuzione della qualifica di crimine internazionale porta con sé rilevanti conseguenze¹⁷.

¹⁴ Cfr. A. CASSESE, *International Criminal Law*, 3^a ed., Oxford, 2013, 146 ss.; R. BORSARI, *op. cit.* in nota 5, 81; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale...*, cit. in nota 5, 89; L. QUADARELLA, *op. cit.* in nota 13, 55. In senso critico si è osservato che una definizione generalmente accettata di terrorismo vi sarebbe, ma non sarebbe stato possibile tradurla in norme giuridiche di un trattato internazionale, proprio per le resistenze dei Paesi arabi legate alla figura per l'appunto dei «combattenti per la libertà»: A. CASSESE, *L'esperienza del male. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra. Conversazione con Giorgio Acquaviva*, Bologna, 2011, 161; ID., *The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, 933 ss.

¹⁵ A. ROBERTS, *Countering Terrorism: A Historical Perspective*, in A. BIANCHI, A. KELLER (a cura di), *Counterterrorism: Democracy's Challenge*, Oxford, 2008, 5. Sul punto si veda anche G.P. FLETCHER, *The Indefinable Concept of Terrorism*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, 894 ss.

¹⁶ A. MARTINI, *op. cit.* in nota 4, 1230.

¹⁷ È nota la distinzione tra crimini internazionali (c.d. *core crimes*) e crimini transnazionali. Per crimini internazionali si intendono violazioni di interessi generali ritenuti meritevoli di protezione da parte dell'intera comunità internazionale e il cui rispetto si

Anche in tal caso per esigenze di sintesi e per gli scopi del presente scritto non si potrà che procedere molto sommariamente, limitandosi a richiamare concetti che meriterebbero ben altro approfondimento.

Si è evidenziato a riguardo come il terrorismo rappresenti un crimine di natura «camaleontica», potendosi dunque manifestare in varie forme¹⁸.

Ci si è chiesti se gli atti di terrorismo commessi durante un conflitto armato possano qualificarsi come crimini di guerra. Già nella prima guerra mondiale il terrorizzare la popolazione civile ha rappresentato, infatti, uno strumento consapevolmente utilizzato dalle forze militari come strategia di guerra.

L'art. 33, co. 1 della Convenzione di Ginevra sulla protezione dei civili del 1949 vieta alle forze armate di una parte belligerante di com-

impone, pertanto, nei confronti della generalità degli Stati e degli individui; cfr. A. CASSESE, *Lineamenti di diritto penale internazionale, vol. I, Diritto sostanziale*, (cur. S. Cannata), Bologna, 2005, 24 ss. Diversamente per crimini transnazionali si intendono generalmente fenomeni criminali che per modalità esecutive, beni giuridici lesi, soggetti attivi e/o passivi, coinvolgono vari Paesi e tuttavia non comportano l'attivazione della giustizia penale internazionale, ma di strumenti di reazione fondati sulla collaborazione tra autorità giudiziarie dei singoli Stati. Sulla distinzione si veda: V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale...*, cit. in nota 5, 77 ss.; A. PECCIOLI, *Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, Torino, 2005, 1 ss. Sul tema dell'inclusione del terrorismo fra i crimini internazionali si veda: M. AKSENOVA, *Conceptualizing Terrorism: International Offence or Domestic Governance Tool?*, in *Journal of Conflict & Security Law*, 2015, 1 ss.; M. DI FILIPPO, *Terrorist Crimes and International Cooperation: Critical Remarks on the Definition and Inclusion of Terrorism in the Category of International Crimes*, in *The European Journal of International Law*, 2008, 533 ss.

¹⁸ A. CASSESE, *Lineamenti di diritto...*, cit. in nota 17, 168; ID., *The Multifaceted Criminal...*, cit. in nota 14, 933 ss.; cfr. anche G.P. FLETCHER, *op. cit.* in nota 15, 894 ss. Sulle problematiche legate all'inquadramento del terrorismo all'interno dei crimini internazionali si veda, anche per i necessari riferimenti bibliografici: A. BIANCHI, Y. NAQVI, *International Humanitarian Law and Terrorism*, Oxford, 2011, 208 ss.; R. BORSARI, *op. cit.* in nota 5, 82 ss.; F. CHERUBINI, voce *Terrorismo (diritto internazionale)*, in *Enc. dir., Annali*, V, 1215; A. GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, in *Riv. dir. intern.*, 2004, 5 ss.; S. JODOIN, *Terrorism as a War Crime*, in *International Criminal Law Review*, 2007, 77 ss.; B. SAUL, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford, 2006; C. DI STASIO, *op. cit.* in nota 13, 71 ss.; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale...*, cit. in nota 5, 89 ss.

mettere atti di terrorismo contro i civili che possiedono lo *status* di «persone protette» che si trovino all'interno del territorio della parte belligerante ovvero di un territorio da essa occupato. Ancora, sia l'art. 51, co. 2 del primo Protocollo addizionale, sia l'art. 13, co. 2 del secondo Protocollo addizionale, vietano gli atti o le minacce di violenza, il cui scopo principale sia di diffondere il terrore fra la popolazione civile.

Uno dei più significativi giudizi internazionali nel quale si è giunti a qualificare il terrorismo come crimine di guerra si è svolto, come noto, davanti al Tribunale *ad hoc* per l'ex-Jugoslavia. Si tratta del caso *Galic*¹⁹, la cui giurisprudenza fu poi in parte recepita dalla Corte Speciale per la Sierra Leone²⁰.

Ancora si è discusso della possibilità di qualificare il terrorismo come crimine contro l'umanità, nonostante il silenzio sul punto degli statuti dei due tribunali *ad hoc* e dello Statuto di Roma²¹.

Già dopo il secondo conflitto mondiale si era prospettata la possibilità di sanzionare l'utilizzo sistematico del terrore da parte del regime nazionalsocialista nei confronti della popolazione civile quale crimine contro l'umanità. Friedrich Wilhelm Walter Gerbsch fu condannato in

¹⁹ Il caso si riferisce all'assedio di Sarajevo realizzato tra il 1993 e 1994 dalle forze armate serbo-bosniache.

²⁰ Cfr. J. BEQIRAJ, *Terror and terrorism in armed conflicts: Developments in international criminal law*, in F. POCAR, M. PEDRAZZI, M. FRULLI (a cura di), *War Crimes and the Conduct of Hostilities: Challenges to Adjudication and Investigation*, Cheltenham, 2013, 257 ss.; A. BIANCHI, Y. NAQVI, *op. cit.* in nota 18, 215 ss.; C. DI STASIO, *op. cit.* in nota 13, 67 ss.; K.M.F. KEITH, *Deconstructing Terrorism as a War Crime. The Charles Taylor Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2013, 813 ss.; B. SAUL, *op. cit.* in nota 18, 301 ss.; M. SOSSAI, *Il crimine di "terrore": il caso Galic*, in G. CALVETTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Il Tribunale per la ex-Jugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, Milano, 2007, 205 ss.

²¹ Come noto il reato di terrorismo non fu infine, nonostante fosse contemplato nella bozza di Statuto, inserito fra quelli sottoposti alla giurisdizione della Corte, rinviandosi alla conferenza di revisione per l'eventuale inserimento. La conferenza di revisione, tenutasi a Kampala, in Uganda, fra il 31 maggio e l'11 giugno 2010, ha però, come è stato criticamente osservato, F. CHERUBINI, *op. cit.* in nota 18, 1227, accuratamente evitato di affrontare il problema. Sulla mancata inclusione cfr. L. QUADARELLA, *op. cit.* in nota 13, 114 ss. Si veda anche A. COHEN, *Prosecuting Terrorists at the International Criminal Court: Reevaluating an Unused Legal Tool to Combat Terrorism*, in *Michigan State International Law Review*, 2012, 219 ss.

Olanda per crimini contro l'umanità per aver commesso atti di terrore contro cittadini olandesi detenuti nel campo di Zöschen. Lo stesso tribunale *ad hoc* per l'ex-Jugoslavia qualificò il terrorizzare un particolare gruppo come un crimine contro l'umanità²².

Affinché il terrorismo possa configurarsi come crimine contro l'umanità si richiede che gli atti in cui esso si concreta presentino determinate caratteristiche: «facciano parte di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile, e che i loro autori siano consapevoli o al corrente del fatto che le proprie condotte si inseriscono in un quadro generale o sistematico di condotte illecite»²³.

È infine nota la posizione, autorevolmente sostenuta, circa la possibilità di qualificare il terrorismo come crimine internazionale autonomo²⁴.

Senza volere, né potere, in questa sede prendere posizione più dettagliata sulle varie ricostruzioni richiamate, lo scopo era qui quello di evidenziare le difficoltà definitorie e qualificatorie rispetto al fenomeno terroristico.

Ciò posto, lo scritto si propone ora di analizzare, sia pur brevemente, l'influenza del diritto sovranazionale sul diritto nazionale e quindi la rilevanza del metodo comparato per un processo di reale armonizzazione. Nel far ciò si prenderà a riferimento proprio il reato di addestramento per fini terroristici.

²² Cfr. A. BIANCHI, Y. NAQVI, *op. cit.* in nota 18, 249 ss.

²³ A. CASSESE, *Lineamenti di diritto...*, cit. in nota 17, 172.

²⁴ A. CASSESE, *Lineamenti di diritto...*, cit. in nota 17, 173; ID., *International Criminal...*, cit. in nota 14, 149 ss.; ID., *The Multifaceted Criminal...*, cit. in nota 14, 942; ID., *Terrorism as an International Crime*, in A. BIANCHI (a cura di), *Enforcing international law norms against terrorism*, Oxford, 2004, 223. Cfr. anche B. SAUL, *op. cit.* in nota 18, 27 ss. Ad avviso di L. QUADARELLA, *op. cit.* in nota 13, per le sue caratteristiche, che lo portano a distinguersi dal terrorismo internazionale classico, il nuovo terrorismo internazionale, quello inaugurato con i fatti dell'11 settembre 2001, andrebbe annoverato tra i crimini internazionali dell'individuo, in particolare fra i crimini contro l'umanità ai sensi dell'art. 7, co. 1 lett. k) dello Statuto di Roma e su di esso sussisterebbe, dunque, la giurisdizione della Corte penale internazionale. Nello stesso senso: R. BORSARI, *op. cit.* in nota 5, 83 s.

3. La normativa oggetto d'indagine

I gravi fatti di terrorismo, in particolare degli anni 2000 (l'attentato alle torri gemelle del 2001 e gli attentati di Madrid del 2004 e Londra del 2005), hanno spinto la comunità internazionale a cercare strumenti reattivi idonei a sanzionare quelle condotte prodromiche alla realizzazione di fatti di reato²⁵.

La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione del terrorismo del 2005 definisce all'art. 7 la condotta dell'addestramento per fini terroristici²⁶. La Convenzione fu poi peraltro recepita dalla decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea 2008/919/GAI del 28 novembre 2008²⁷ che nel modificare l'art. 3, reati connessi con attività terroristiche, della decisione quadro 2002/475/GAI del 13 giugno 2002, stabilì che fra tali reati doveva comprendersi l'addestramento per fini terroristici, inteso, per l'appunto, come «l'atto di fornire istruzioni per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere uno dei reati di cui all'articolo 1, paragrafo 1 lettere da a) a h), nella consapevolezza che le istruzioni impartite sono intese per conseguire tale scopo».

²⁵ Per un quadro più completo delle fonti internazionali relative agli obblighi di prevenzione circa fatti di terrorismo si veda: C. DI STASIO, *op. cit.* in nota 13; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale...*, cit. in nota 5; M. SOSSAI, *La prevenzione del terrorismo nel diritto internazionale*, Torino, 2012.

²⁶ «For the purposes of this Convention, “training for terrorism” means to provide instruction in the making or use of explosives, firearms or other weapons or noxious or hazardous substances, or in other specific methods or techniques, for the purpose of carrying out or contributing to the commission of a terrorist offence, knowing that the skills provided are intended to be used for this purpose».

²⁷ La decisione quadro 2008/919/GAI a sua volta all'ottavo considerando richiama espressamente anche la risoluzione 1624 (2005) del 14 settembre 2005 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite con la quale gli Stati venivano esortati ad adottare le opportune e necessarie misure, e la relazione del segretario generale delle Nazioni Unite «Uniti contro il terrorismo: raccomandazioni per una strategia antiterrorismo globale» del 27 aprile 2006.

Come già ricordato²⁸, sulla scorta di quanto precede l'Italia con il c.d. Decreto Pisanu del 2005, d.l. n. 144, dd. 27 luglio 2005 («Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale»), convertito con modifiche con l. 31 luglio 2005 n. 155, introdusse nel nostro ordinamento l'art. 270-*quinquies* c.p.²⁹.

In Germania con legge del 30.07.2009, «Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten», fu introdotto nel StGB fra le altre norme il § 89a il quale sanziona appunto la preparazione di gravi fatti di violenza contro lo Stato³⁰. Per l'anticipa-

²⁸ Cfr. nota 9.

²⁹ L'articolo fu poi nuovamente modificato, a seguito dei fatti di terrorismo avvenuti in Francia nel dicembre del 2014, con il già ricordato d.l. n. 7 del 18 febbraio 2015, convertito con modificazioni con l. 17 aprile 2015, n. 43. Dispone dunque ora l'art. 270-*quinquies* c.p.: «Chiunque, al di fuori dei casi di cui all'articolo 270-*bis*, addestra o comunque fornisce istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altre armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. La stessa pena si applica nei confronti della persona addestrata, nonché della persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270-*sexies*. Le pene previste dal presente articolo sono aumentate se il fatto di chi addestra o istruisce è commesso attraverso strumenti informatici o telematici».

³⁰ § 89a Preparazione di una grave condotta violenta tale da mettere in pericolo lo Stato

(1) Chiunque prepara una grave condotta violenta tale da mettere in pericolo lo Stato è punito con la reclusione da sei mesi a dieci anni. Una grave condotta violenta tale da mettere in pericolo lo Stato ricorre nelle ipotesi di reato contro la vita nei casi di cui al § 211 o § 212 o contro la libertà personale nei casi di cui al § 239a o § 239b, che in base alle circostanze sia diretto e idoneo a compromettere l'integrità o la sicurezza di uno Stato o di un'organizzazione internazionale o eliminare, abrogare o minare i principi costituzionali della Repubblica Federale di Germania.

(2) Il comma 1 trova applicazione solamente quando l'autore prepari una grave condotta violenta tale da mettere in pericolo lo Stato:

1. addestrando un'altra persona o facendosi addestrare nella preparazione o nell'uso di armi da fuoco, materiali esplosivi, congegni esplosivi o incendiari, materiale nucleare o altro materiale radioattivo, sostanze che contengono o possono produrre veleno, o

altro materiale nocivo, ovvero altri congegni necessari per l'esecuzione del fatto o metodi specifici al fine di commettere uno dei reati di cui al comma 1;

2. producendo, procurando a sé o ad altri, custodendo o cedendo ad altri, armi, sostanze o congegni indicati nel n. 1 ovvero

3. procurando o custodendo oggetti o sostanze necessari per la produzione di armi, sostanze o congegni della natura descritta nel n. 1.

(2a) Il comma 1 si applica anche laddove l'autore prepari una grave condotta violenta tale da mettere in pericolo lo Stato ponendo in essere, al fine di commettere una grave condotta violenta tale da mettere in pericolo lo Stato o le condotte indicate al comma 2 numero 1, atti diretti a lasciare il territorio della Repubblica Federale di Germania per recarsi in uno Stato nel quale ha luogo l'addestramento di persone ai sensi del comma 2 numero 1.

(3) Il comma 1 si applica anche se le condotte preparatorie si svolgono all'estero; nel caso la preparazione non si realizzi sul territorio di uno Stato membro dell'Unione Europea, ciò vale solo laddove la condotta sia realizzata da un cittadino tedesco o straniero con domicilio nel territorio dello Stato ovvero la grave condotta violenta preparata dovrebbe essere commessa sul territorio dello Stato o da o ai danni di un cittadino tedesco.

(4) Nei casi di cui al co. 3 capoverso 2 ai fini della perseguibilità è richiesta l'autorizzazione del Ministero della giustizia e della tutela dei consumatori. Qualora la condotta preparatoria si realizzi nel territorio di uno Stato membro dell'Unione Europea ai fini della perseguibilità è richiesta l'autorizzazione del Ministero della giustizia e della tutela dei consumatori quando la condotta preparatoria non sia posta in essere da un cittadino tedesco e la grave condotta violenta preparata non dovrebbe essere commessa sul territorio dello Stato o da o ai danni di un cittadino tedesco.

(5) Nei casi meno gravi la pena è della reclusione da tre mesi a cinque anni.

(6) Il tribunale può disporre la vigilanza sulla condotta (§ 68 co. 1); si applica il § 73d.

(7) Il tribunale può ridurre discrezionalmente la pena (§ 49 co. 2) o astenersi dall'applicare la pena prevista in tali disposizioni, quando l'agente volontariamente recede dall'ulteriore preparazione della grave condotta violenta tale da mettere in pericolo lo Stato e rimuove o diminuisce sensibilmente il pericolo da lui cagionato e noto, che altri prosegua nella preparazione della condotta o la ponga in essere o quando volontariamente impedisce la consumazione del fatto. Se tale pericolo viene rimosso o diminuito in maniera sostanziale o viene impedita la consumazione della grave condotta tale da mettere in pericolo lo Stato a prescindere dall'intervento dell'autore, basta che quest'ultimo abbia fatto uno sforzo volontario e serio per raggiungere questo scopo.

La norma è stata di recente modificata con l'introduzione del comma 2a (*Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten* GVVG-Änderungsgesetz, dd. 12.06.2015, BGBl. I, 926) al fine di dare seguito alle raccomandazioni contenute nella risoluzione n. 2178 del Consiglio di sicurezza

zione spinta della soglia di punibilità la disposizione fu oggetto di particolare attenzione e critica ancor prima della sua emanazione³¹ e anche in seguito ha continuato ad attirare l'interesse della riflessione scientifica³².

delle Nazioni Unite del 24 settembre 2014 e così sottoporre a pena i cosiddetti «Foreign Terrorist Fighters». Con l'occasione si è provveduto altresì a dare autonomia alla condotta del finanziamento per fini terroristici introducendo in luogo dell'originario, ora abolito, numero 4 del comma 3 del paragrafo in commento il nuovo § 89c.

³¹ Cfr. O. BACKES, *Der Kampf des Strafrechts gegen nicht-organisierte Terroristen. Anmerkungen zum Referentenentwurf eines »Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten«*, in *StV*, 2008, 654 ss.; R. DECKERS, J. HEUSEL, *Strafbarkeit terroristischer Vorbereitungshandlungen rechtsstaatlich nicht tragbar*, in *ZRP*, 2008, 169 ss.; K. GIERHAKE, *Zur geplanten Einführung neuer Straftatbestände wegen der Vorbereitung terroristischer Straftaten*, in *ZIS*, 2008, 397 ss.; H. RADTKE, M. STEINSIEK, *Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen? Zum Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten (Referentenentwurf des BMJ vom 21.4.2008)*, in *ZIS*, 2008, 383 ss.; U. SIEBER, *Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt. Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im „Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten“*, in *NStZ*, 2009, 353 ss.; T. WALTER, *Der Rechtsstaat verliert die Nerven. Zum Referentenentwurf eines »Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten« (RefE)*, in *KJ*, 2008, 443 ss.

³² Si veda: N. GAZEAS, T. GROSSE-WILDE, A. KIEBLING, *Die neuen Tatbestände im Staatsschutzstrafrecht. Versuch einer ersten Auslegung der §§ 89a, 89b und 91 StGB*, in *NStZ*, 2009, 593 ss.; K. GIERHAKE, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht. Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorismusprävention*, Berlin, 2013; B. HELLFELD, *Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat. § 89a StGB*, Hamburg, 2011; H. HUNGERHOFF, *Vorfeldstrafbarkeit und Verfassung. Eine Untersuchung von § 89a StGB unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten*, Baden-Baden, 2013; P.K. KAUFFMANN, *Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten. Strafrechtsdogmatische und verfassungsrechtliche Grenzen der §§ 89a, 89b und 91 StGB*, Hamburg, 2011; V.C. MERTENS, *Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG) vom 30. Juli 2009. Über (Vor- und) Nachteile des § 89a StGB*, Hamburg, 2012; W. MITSCH, *Vorbeugende Strafbarkeit zur Abwehr terroristischer Gewalttaten*, in *NJW*, 2015, 209 ss.; J. PUSCHKE, *Der Ausbau des Terrorismusstrafrechts und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Kritische Betrachtung des Gesetzes zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten*, in *StV*, 2015, 457 ss.; H. RADTKE, M. STEINSIEK, *Bekämpfung des*

Il confronto fra tali due norme, alla luce degli interventi giurisprudenziali, permette di sviluppare una breve riflessione sul ruolo e sull'utilità del metodo comparato nel processo di armonizzazione delle legislazioni penali.

Le due fattispecie sono costruite in maniera assai differente. Per certi versi il § 89a StGB si avvicina, sia pur con significative differenze, più all'art. 280 c.p. (attentato per finalità terroristiche o di eversione) che non all'art. 270-*quinquies* c.p. In effetti il § 89a StGB sanziona la preparazione di gravi fatti di violenza capaci di mettere in pericolo lo Stato, individuando sia le fattispecie delittuose che possono integrare la nozione di gravi fatti di violenza contro lo Stato, sia le modalità realizzative rilevanti. In tal senso l'addestramento attivo o passivo nella fabbricazione o nell'utilizzo di armi da fuoco, esplosivi, ecc., rappresenta una modalità tipizzata di realizzazione delle fattispecie e non la fattispecie delittuosa stessa, a differenza di quanto avviene in Italia con l'art 270-*quinquies*, in cui ad essere sottoposto a pena è l'addestramento in sé considerato, laddove presenti determinate caratteristiche e persegua determinati scopi.

Differente è anche il modo in cui l'elemento specializzante della finalità terroristica trova ingresso nelle due fattispecie: mentre le norme italiane rinviano alla «definizione» data dall'art. 270-*sexies* c.p.³³, nel caso della norma tedesca è lo stesso § 89a StGB al comma 1 a dare contenuto alla clausola di salvaguardia dello Stato (*Staatsschutzklausel*); con una formula che richiama le fonti internazionali, si definisce quale condotta capace di mettere in pericolo lo Stato quella condotta diretta e idonea a compromettere l'integrità o la sicurezza di uno Stato o di

internationalen Terrorismus durch Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen? Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten, in JR, 2010, 107 ss.; P. RACKOW, *Strafrechtliche Terrorismusbekämpfung durch Pönalisierung von Vorbereitungshandlungen*, in R. BLOY, M. BÖSE, T. HILLENKAMP, C. MOMSEN, P. RACKOW (a cura di), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2010, 615 ss.; F. RAUTENBERG, *op. cit.* in nota 7; D. WASSER, A. PIASZEK, *Staatsschutzstrafrecht in Bewegung?*, in DRiZ, 2008, 315 ss.; M.A. ZÖLLER, *Die Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten nach § 89a StGB – wirklich nicht verfassungswidrig?*, in NStZ, 2015, 373 ss.

³³ Cfr. nota 4.

un'organizzazione internazionale o eliminare, abrogare o minare i principi costituzionali della Repubblica Federale di Germania.

Le due norme in questione nascono dunque da un medesimo obbligo internazionale di adeguamento, ma scelgono vie apparentemente differenti³⁴, in ragione essenzialmente della necessità di armonizzare l'intervento legislativo con le norme nazionali già esistenti.

4. *Gli interventi giurisprudenziali*

È interessante ora soffermarsi su quella che è stata l'interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni in commento.

In entrambi i Paesi nell'analizzare la giurisprudenza si scorge quello che è possibile definire un certo «imbarazzo». Diviene, infatti, evidente la necessità di conciliare esigenze di tutela con la salvaguardia dei principi fondamentali di quella che Bobbio ha definito la «società libera»³⁵,

³⁴ Si avvicina di più alla norma italiana la fattispecie austriaca, pur presentando anch'essa delle differenze (il § 278c contiene inoltre un'elencazione delle condotte terroristiche):

§ 278e StGB Ausbildung für terroristische Zwecke.

(1) Wer eine andere Person in der Herstellung oder im Gebrauch von Sprengstoff, Schuss- oder sonstigen Waffen oder schädlichen oder gefährlichen Stoffen oder in einer anderen ebenso schädlichen oder gefährlichen spezifisch zur Begehung einer terroristischen Straftat nach § 278c Abs. 1 Z 1 bis 9 oder 10 geeigneten Methode oder einem solchen Verfahren zum Zweck der Begehung einer solchen terroristischen Straftat unterweist, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen, wenn er weiß, dass die vermittelten Fähigkeiten für diesen Zweck eingesetzt werden sollen.

(2) Wer sich in der Herstellung oder im Gebrauch von Sprengstoff, Schuss- oder sonstigen Waffen oder schädlichen oder gefährlichen Stoffen oder in einer anderen ebenso schädlichen oder gefährlichen spezifisch zur Begehung einer terroristischen Straftat nach § 278c Abs. 1 Z 1 bis 9 oder 10 geeigneten Methode oder einem solchen Verfahren unterweisen lässt, um eine solche terroristische Straftat unter Einsatz der erworbenen Fähigkeiten zu begehen, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. Die Strafe darf jedoch nach Art und Maß nicht strenger sein, als sie das Gesetz für die beabsichtigte Tat androht.

³⁵ Evidenzia M. BOVERO, *La libertà e i diritti di libertà*, in ID. (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, 2004, 20, che «da qualche tempo i fondamenti della “società libera” – i principi di quella che Bobbio ha chiamato

dandosi così vita ad uno sforzo volto ad evitare un'eccessiva anticipazione delle punibilità, svincolata da una reale quantomeno messa in pericolo del bene giuridico tutelato.

In Italia, con sentenza n. 29670 del 2011³⁶, la Cassazione giunge a qualificare la fattispecie, in ragione della necessità di un doppio dolo specifico³⁷ (dato dalla volontà di compiere atti di violenza o sabotaggio di servizi pubblici essenziali e dalla finalità di terrorismo), in termini di reato di pericolo concreto, così facendo proprio l'orientamento dottrinale che ritiene l'elemento finalistico del dolo specifico idoneo a tipizzare il fatto oggettivo di reato³⁸. Precisa la Corte: «allo scopo perseguito de-

“ideologia europea”, che si è via via estesa e ha preteso di divenire universale, appunto l'“ideologia della libertà” – mostrano inquietanti segni di erosione».

³⁶ Cass. pen., Sez. VI, 20 luglio 2011 (dep. 25 luglio 2011), n. 29670, Pres. e Rel. De Roberto, in *Riv. pen.*, 2012, 56 ss.; in *Riv. pen.*, 2012, 1002 ss. (s.m.), con nota di F. PICCICHÈ, *Prime riflessioni della Corte di Cassazione sulla struttura del delitto di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale*, e in *Cass. pen.*, 2012, 897 ss., con nota di A. VALSECCHI, *L'accertamento del (doppio) dolo specifico nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo*; in *Dir. pen. cont.*, 20.12.2011, con nota di ID., “Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale” (art. 270 *quinquies c.p.*): la prima pronuncia della Cassazione; si veda anche F. PICCICHÈ, *Il problema del dolo nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale: due sentenze a confronto*, in *Dir. pen. cont.*, 19.09.2012.

³⁷ Si veda, tuttavia, Cass. pen., Sez. I, 12 luglio 2011 (dep. 24 ottobre 2011), n. 38220, Pres. Chieffi, Rel. Siotto, in *Dir. pen. cont.*, con nota di F. PICCICHÈ, *op. cit.* in nota 36, che ha escluso *tout court* la necessità di un dolo specifico, ritenendo la fattispecie in commento punibile a titolo di dolo generico, atteso che la finalità di terrorismo varrebbe a connotare gli atti di violenza e sabotaggio di servizi pubblici.

³⁸ Cfr. tuttavia L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penale*, Milano, 1993, 511 ss., il quale, pur sottolineando la significazione tipizzante ed «oggettiva» del fine, evidenzia come rappresenterebbe in realtà il frutto di un equivoco l'esigere un requisito di oggettiva idoneità o prossimità causale del mezzo rispetto alla verifica in concreto del risultato finalistico. Si veda anche ID., *Zwischen 'spezifischem' Vorsatz und subjektiven Unrechtselementen. Ein Beitrag zur typisierten Zielsetzung im gesetzlichen Tatbestand*, Berlin, 2014; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 115 s., il quale evidenzia come in tal modo oltrepassando i limiti ermeneutici consentiti si trasformerebbero i reati a dolo specifico in una sorta di reati di pericolo concreto; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano,

ve corrispondere – proprio per l'eccesso del momento volitivo, qui per ben due volte chiamato in causa – l'oggettiva idoneità della condotta a realizzare l'evento costituente l'obiettivo della condotta. Tanto da far ritenere che tale idoneità (pur nell'immanenza della sua esclusiva base finalistica) costituisce un requisito immancabile per l'individuazione della stessa tipicità della condotta».

In Germania la fattispecie di cui al § 89a StGB viene, come visto, unanimemente ricostruita in termini di reato di pericolo astratto (*abstraktes Gefährungsdelikt*)³⁹.

Il *Bundesgerichtshof* con sentenza dell'8 maggio 2014⁴⁰ ha «salvato» la norma dalle censure di illegittimità costituzionale, offrendo un'in-

1983, 224 nota 60; M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, 4^a ed., Torino, 1999, 264 nota 206; A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, 2007, 222; *contra* G. FORNASARI, *Dolo, errore ed aberratio ictus*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, 176 s.; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 199, nota 98; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Milano, 2012, 418; A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, 4^a ed., Torino, 2012, 382 s.; in maniera differenziata, distinguendo a seconda della tipologia di reato: F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Padova, 2013, 221. La soluzione individuata dalla Corte, di inquadrare la fattispecie in termini di reato di pericolo concreto, per la particolare struttura della stessa, porta con sé peraltro una serie di problematiche su cui però non è consentito a soffermarsi in tale sede.

³⁹ Va precisato che il riferimento contenuto nel § 89a StGB all'idoneità della grave condotta violenta a mettere in pericolo lo Stato non incide sulla qualifica del reato in termini di pericolo astratto, connotazione che deriva dall'anticipazione spinta della punibilità a condotte meramente prodromiche. Si è precisato, infatti, che l'idoneità richiamata dalla norma si riferisce alle sole condotte violente in relazione all'evento finale (che non necessariamente deve verificarsi) e non già agli atti preparatori delle condotte violente, che sono quelli sottoposti a pena. Cfr. N. GAZEAS, T. GROSSE-WILDE, A. KIEBLING, *op. cit.* in nota 32, 594; H. HUNGERHOFF, *op. cit.* in nota 32, 82 ss.; F. RAUTENBERG, *op. cit.* in nota 7, 43; D. STERNBERG-LIEBEN, § 89a, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29^a ed., 2013, Monaco, 1349.

⁴⁰ BGH 3 StR 243/13, dd. 8 maggio 2014, reperibile sul sito www.bundesgerichtshof.de Per un commento critico della pronuncia cfr. le opere di W. MITSCH, J. PUSCHKE e M.A. ZÖLLER citate in nota 32 e la nota a sentenza di A. SINN, U. MOELLER, in *ZJS*, 2015, 232 ss.

interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione. L'elemento soggettivo, sulla base della struttura della norma dinanzi sinteticamente ricordata, ricade su tre elementi: condotta preparatoria (rispetto alla quale sarebbe sufficiente il dolo eventuale); realizzazione della condotta violenta; compromissione dell'integrità dello Stato (*Staatsgefährdung*)⁴¹. Il BGH interviene sul secondo degli elementi, affermando la necessità che, alla stregua di una lettura costituzionalmente orientata, debba sussistere in capo all'agente la ferma determinazione a realizzare tale condotta violenta, non essendo sufficiente la mera accettazione dell'eventualità: «Bezüglich des „Ob“ der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat genügt somit bedingter Vorsatz nicht»⁴². La necessità di un accertamento in termini di effettiva volontà a porre in essere le condotte vietate rappresenta nell'ottica del BGH un requisito imprescindibile al fine di rendere la norma compatibile con la Carta fondamentale nel preservare i principi di un diritto penale del fatto, della colpevolezza e quindi quelle che sono le più elementari garanzie⁴³.

In estrema sintesi possiamo in entrambi i casi, quello italiano e quello tedesco, apprezzare lo sforzo della giurisprudenza volto a circoscrivere in via interpretativa la norma facendo leva sull'elemento soggettivo al fine di sottrarre a pena condotte socialmente neutre, prive dei caratteri minimi di offensività. La valorizzazione dell'elemento soggettivo avviene con finalità opposte che si giustificano in ragione della struttura della norma incriminatrice.

Ai fini di un approfondimento, anche in un'ottica comparata rispetto all'esperienza italiana, sia consentito rinviare altresì a R. WENIN, *L'addestramento per finalità di terrorismo alla luce delle novità introdotte dal d.l. 7/2015. Una riflessione comparata sulle tecniche di descrizione della fattispecie muovendo dalla sentenza del Bundesgerichtshof tedesco StR 243/13*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2015.

⁴¹ Cfr. N. GAZEAS, T. GROSSE-WILDE, A. KIEBLING, *op. cit.* in nota 32, 593; H.-U. PAEFFGEN, § 89a StGB, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 4^a ed., 2013, Baden-Baden, 213.

⁴² BGH 3 StR 243/13, cit. in nota 40, numero a margine 45.

⁴³ *Ibidem*: «Aus den genannten Gründen ist es zur Wahrung der Grundsätze des Tatstrafrechts sowie des Schuldprinzips und damit elementarer Garantien des Grundgesetzes erforderlich, dass der Täter bei der Vornahme der in § 89a Abs. 2 StGB normierten Vorbereitungshandlungen zur Begehung der schweren staatsgefährdenden Gewalttat bereits fest entschlossen ist».

La mancata tipizzazione della fattispecie mediante riferimenti descrittivi precisi alle singole condotte preparatorie ha indotto la giurisprudenza italiana a ricercare un requisito di idoneità in concreto capace di selezionare le condotte realmente meritevoli di pena, affinché il fatto non si esaurisca entro una fattispecie in cui assuma un rilievo esorbitante l'elemento della volontà di scopo. In Germania la maggior precisione nella descrizione della fattispecie e la conseguente selezione da parte del legislatore delle condotte penalmente rilevanti fonda una presunzione normativa di pericolosità che si pone a giustificazione dell'irrogazione della pena, salvo richiedersi, come visto, un accertamento in termini di certezza sull'effettiva volontà di porre in essere la condotta sanzionata.

5. *Il ruolo del metodo comparato nel processo di armonizzazione*

Riuscire a sintetizzare in poche righe la nozione, gli scopi e la funzione del metodo comparato costituisce impresa impossibile⁴⁴. Lo scopo ben più limitato sarà, dunque, quello di offrire qualche breve riflessione volta a dimostrare, alla luce dell'esperienza normativa richiamata, quello che è il ruolo imprescindibile del metodo comparato nel processo di armonizzazione del diritto penale a livello internazionale, sia a livello di elaborazione delle convenzioni internazionali (convenzioni del Consiglio d'Europa), sia di armonizzazione delle giurisdizioni (e

⁴⁴ Per i necessari riferimenti bibliografici si veda: M. ADAMS, D. HEIRBAUT (a cura di), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Oxford, 2014; A. CADOPPI, *Tra storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato*, Padova, 2014; M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (a cura di), *Los caminos de la armonización penal*, Valencia, 2009; S. GEOFFREY, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford, 2014; B. GROBFELD, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1996; U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, München, 2015; C.-D. VON BUSSE, *Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht*, Baden-Baden, 2015; F. PALAZZO, M. PAPA, *op. cit.* in nota 8. Con specifico riferimento all'impiego insostituibile della comparazione nell'ambito del sistema punitivo sovranazionale cfr. R. BORSARI, *op. cit.* in nota 5, 298 ss.

qui il pensiero è rivolto alla Corte penale internazionale permanente), sia ancora a livello di armonizzazione ed integrazione europea.

La prima regola da seguire nell'indagine comparatistica è data dall'acquisizione di informazioni realistiche circa il diritto vigente nei diversi sistemi. L'individuazione del dato reale costituisce al contempo il presupposto per un'effettiva convergenza nel processo di armonizzazione.

Come si è correttamente rilevato, l'indagine impone di non fermarsi ai singoli enunciati linguistici offerti dal diritto di fonte positiva, ma di cercare di prendere coscienza della complessità di ciascun sistema penale. Tale complessità nasce sia dalla connessione sistematica delle norme, sia dalla divaricazione tra diritto positivo e diritto effettivamente praticato⁴⁵.

Laddove il confronto fra la normativa italiana e tedesca in materia di addestramento per finalità terroristiche si fosse arrestato al mero enunciato linguistico senza approfondire quella che è stata la lettura «ortopedica» delle corti, supportata dalla critica dottrinale, l'analisi avrebbe rischiato di essere fuorviante, mettendo in luce solo scelte incriminatrici del tutto difformi a fronte di un comune parametro sovranazionale di riferimento: in Germania, un'anticipazione della punibilità a condotte preparatorie mediante richiamo a specifiche modalità realizzative la cui pericolosità risulta legislativamente presunta sulla base della tipizzazione normativa; in Italia, un'incriminazione di singole condotte la cui pericolosità si regge sul finalismo che dovrebbe caratterizzare le stesse.

L'esito dell'analisi del formante giurisprudenziale, pur non facendo venir meno le differenze nelle tecniche di incriminazione, porta ad emersione una comune «esaltazione» dell'elemento volontaristico in funzione selettiva, sia pur con sensibilità difformi e che si possono comprendere solo alla luce delle peculiarità dei due ordinamenti.

Il diritto penale tedesco viene ancor oggi definito quale diritto penale della «colpevolezza»⁴⁶, in ragione del ruolo centrale che questa assume nel fondare e selezionare le condotte meritevoli di pena.

⁴⁵ F. PALAZZO, M. PAPA, *op. cit.* in nota 8, 34 s.

⁴⁶ *Ibidem*, 83.

Il BGH, come evidenziato, riconosciuta l'inidoneità selettiva della tipizzazione operata dal legislatore – sottoponendosi a pena condotte la cui distanza dall'effettiva lesione o anche solo potenziale messa in pericolo del bene giuridico tutelato è così significativa, da porsi al limite con il rispetto del principio di proporzionalità – interviene in via interpretativa, fondando la punibilità sull'esistenza di una volontà riprovevole idonea a far assumere rilevanza a condotte potenzialmente neutre (*neutrale objektive Tathandlungen*). Ciò, come visto, spinge la Corte ad offrire una lettura costituzionalmente orientata della norma (*eine verfassungskonforme Restriktion des subjektiven Tatbestands*), nella quale assume rilievo decisivo la ferma determinazione dell'agente a realizzare gravi fatti di violenza tali da mettere in pericolo lo Stato.

La lettura «ortopedica» della Cassazione può invece comprendersi solo avendo presente la centralità che sempre più va acquisendo il principio di offensività⁴⁷, a fronte della graduale trasformazione del diritto

⁴⁷ Cfr. sul punto senza pretesa di esaustività: F. ANGIONI, *cit.* in nota 38; ID., *Il principio di offensività*, in C. FILIPPI (a cura di), *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, 113 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, 1973, *passim*; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, *passim*; G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 42 ss.; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 793 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, 278 ss.; E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966, 147 ss.; M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1967, 16 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; ID., *Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutslehre*, in *ZStW*, 2002, vol. 114, 720 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998, 244 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 55 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss.; ID., *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in C. FILIPPI (a cura di), *cit.*, 73 ss.; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 10 ss., 97 ss.; D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 134 ss. Evidenzia V. MANES, *Il principio di*

penale da strumento di *extrema ratio* a tecnica di governo e di controllo di qualsivoglia fenomeno sociale⁴⁸, e, in un'ottica processualistica, quella che si è incisivamente definita una progressiva «emarginazione processuale del dolo»⁴⁹.

La Cassazione recupera quindi l'elemento soggettivo in funzione selettiva ai fini della tipizzazione della condotta materiale che deve di per sé manifestare un'attitudine oggettiva a porre in pericolo il bene giuridico tutelato: «In altri termini, la consumazione anticipata nei reati a dolo specifico presuppone, perché il fatto non si esaurisca entro una fattispecie in cui assume un rilievo esorbitante l'elemento volontà di scopo, che sussistano atti che oggettivamente rendano la detta volontà idonea a realizzare lo scopo; un'esigenza metodologica necessitata perché la costruzione sistematica di tali reati postula, di per sé, solo il valore quasi assorbente della finalità perseguita; cosicché se tale finalità non sia concretamente perseguibile perché le attività poste in essere sono inidonee al raggiungimento dello scopo, si perviene a costruire una fattispecie di pura volontà; con un'anticipazione della consumazione non riconoscibile sul piano del possibile giuridico perché resta inipotizzabile ogni offesa, non soltanto (quel che qui interessa) sotto il profilo del pericolo concreto, ma anche sotto il profilo del pericolo presunto, co-

offensività..., cit., 246, come nell'originalità del percorso italiano l'offensività a livello ermeneutico affonda le sue radici nello spiccato «oggettivismo» che ha rappresentato un tratto peculiare della dogmatica italiana, maturato sul rigetto di un diritto penale di stampo soggettivistico, e puntellato su precisi riferimenti tecnico giuridici presenti nel nostro codice. Si veda però: G. ZUCCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione "critica" del bene e la pretesa necessaria offensività ad un bene*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 806 ss. Con specifico riferimento alla norma in commento e alla sentenza richiamata cfr. M. CAPUTO, *Tra viaggi e miraggi: l'impatto sul codice penale delle nuove fattispecie antiterrorismo*, in G.M. BACCARI, K. LA REGINA, E.M. MANCUSO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale. Autoriciclaggio, difesa d'ufficio, misure di contrasto al terrorismo, ordine di protezione europeo, particolare tenuità del fatto, modifiche in materia di misure cautelari e di ordinamento penitenziario*, Padova, 2015, 94, ad avviso del quale l'interpretazione «vincolata» sarebbe imposta da ragioni di garanzia e di affermazione dei principi fondamentali di un diritto penale liberale.

⁴⁸ E. MUSCO, *op. cit.* in nota 10, 85.

⁴⁹ F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 465.

struendosi una figura di reato contrassegnata da una sorta di “pericolo del pericolo” che, per ciò solo, non può essere verificato se non utilizzando criteri di inferenza palesemente arbitrari. [...] l’azione [...] avviene tipica soltanto se è riferibile ad un momento esterno da individuarsi in quel risultato specifico descritto nella prima parte dell’art. 270-*quinquies*; nel senso che tale risultato, pur ovviamente non dovendo raggiungere le soglie del tentativo, deve comprovare la serietà dell’azione rispetto al primo fine, proiettandosi all’esterno attraverso momenti concreti di corrispondenza nei confronti della fattispecie»⁵⁰.

In sintesi in un caso il richiamo all’elemento soggettivo è funzionale a rendere punibile il fatto tipico, nell’altro a rendere «tipico il fatto».

Certamente, si potrebbe anche ritenere che l’adozione di un metodo comparato possa rappresentare un dispendio in termini scientifici e di tempo non giustificato; quanto rileva in fondo, si potrebbe affermare, è solo il risultato, ossia un’uniformità di tutela data dall’incriminazione di determinate condotte secondo modalità che saranno individuate dai singoli ordinamenti: alla «comunità internazionale» spetta l’individuazione del cosa, ai singoli ordinamenti quella del come.

Spesso, tuttavia, l’adeguamento degli ordinamenti nazionali a obblighi di incriminazione passa attraverso una mera trasposizione sul piano interno delle formulazioni sovranazionali, con singolari ricadute sull’aspirata armonizzazione⁵¹.

Al contempo, diverse scelte lessicali a livello nazionale calate nel contesto operativo dei singoli Paesi danno poi luogo ad esiti assolutamente difformi sul piano applicativo. Esemplificativa in tal senso appare ancora una volta la fattispecie dell’addestramento per fini terroristici.

Nonostante la richiamata Convenzione di Varsavia sulla prevenzio-

⁵⁰ Cass. pen. 29670/2011, cit. in nota 36.

⁵¹ In senso critico si è evidenziato come il processo di armonizzazione all’interno dell’Unione europea evidenzii *deficit* tecnici, concettuali e strutturali. In particolare si assisterebbe di fatto ad una armonizzazione caratterizzata da inefficienza e simbolicità, cfr. F. ZIMMERMANN, *Tendenzen der Strafrechtsangleichung in der EU – dargestellt anhand der Bestrebungen zur Bekämpfung von Terrorismus, Rassismus und illegaler Beschäftigung*, in *ZIS*, 2009, 6 s. Sui «rischi» legati al processo di armonizzazione nel contesto europeo si veda anche: F. ZIESCHANG, *Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts*, in *ZStW*, 2001, vol. 113, 255 ss.

ne del terrorismo prevedesse solo la punibilità dell'addestratore o istruttore⁵², molti ordinamenti, con scelta che non ha mancato di suscitare critiche⁵³, hanno sottoposto a pena anche l'addestrato, nonché l'istruito.

Mentre in Germania, come in Austria⁵⁴, si è descritta la condotta facendo espressamente riferimento alla punibilità di chi si lasci addestrare (*sich unterweisen lassen*), in Italia ci si è limitati a prevedere un'equiparazione *quod poenam*, precisando che la stessa pena prevista per l'addestratore e l'istruttore si debba applicare alla persona addestrata.

Il portato di tale diversa formulazione, legata essenzialmente a ragioni linguistiche, è stato che in Italia la giurisprudenza è giunta a ritenere sanzionabile anche la condotta di «auto-addestramento», ossia del soggetto che si «auto-addestri»⁵⁵, a prescindere, dunque, dall'esistenza

⁵² Va rilevato che il «Group of Parties» del Consiglio di Europa che monitora l'implementazione della convenzione sulla prevenzione del terrorismo, muovendo dalla frequente incriminazione dell'addestramento passivo ha concluso per la possibile utilità della stessa nell'ottica del contrasto del terrorismo, invocando pertanto un approfondimento della tematica da parte del comitato degli esperti (Codexter): «In this regard, the Group of Parties finds that the fact that a large majority of the responding States Parties have, in one or another way, already criminalised or are considering criminalising the receiving of training at national level is an important indicator that such criminalisation is also called for at the international level in order to further enhance international cooperation to prevent and combat terrorism. Hence the Group of Parties wishes to refer the question of criminalisation of the receiving of training for terrorism to CODEXTER for a more in depth examination, taking into account the various arguments pro et contra, which have been put forward by the responding States Parties», *Summary of the Thematic Assessment Report on the implementation of Article 7 "Training for terrorism" Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism (CETS No 196)*, dd. 17.07.2014, 4, disponibile sul sito www.coe.int/gmt.

⁵³ M. DONINI, *Lo status di terrorista: tra il nemico e il criminale. I diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, o come giustificazione per l'uso del diritto come arma?*, in S. MOCCIA (a cura), *op. cit.* in nota 4, 99, laddove precisa che la «punizione della mera pericolosità soggettiva viene spacciata per diritto penale del fatto in quanto si dice che l'offesa è di pericolo ed è insita non nel soggetto, ma nell'addestramento che ha ricevuto»; K. GIERHAKE, *Zur geplanten Einführung...*, cit. in nota 31, 402.

⁵⁴ L'art. 6, Training for terrorism, del Terrorism Act 2006 del Regno Unito utilizza l'espressione «receives instruction or training».

⁵⁵ Cass. pen., sez. I, 6 novembre 2014 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4433, Pres. Giordano, Rel. Rombolà, in *Cass. pen.*, 2014, 4128 ss.

di un rapporto intersoggettivo tra addestratore e «recluta», viceversa richiesto negli altri ordinamenti dinanzi menzionati⁵⁶.

Il tal senso subentra un'altra possibile funzione della comparazione quale possibile canone ermeneutico, volto ad offrire un criterio interpretativo della norma alla luce della differente esperienza di altri ordinamenti⁵⁷. L'interpretazione della norma italiana che estende la punibilità all'auto-addestramento, pur muovendosi nei limiti dell'area semantica del termine addestrare e dunque dell'interpretazione estensiva, pare rappresentare il frutto di una forzatura che fuoriesce da quelli che erano gli scopi del legislatore storico⁵⁸.

⁵⁶ Per la Germania cfr. M.A. ZÖLLER, § 89a, in J. WOLTER (a cura di), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 2, 8^a ed., Köln, 2012, 24; H.-U. PAEFFGEN, *op. cit.* in nota 41, 218; J. SCHÄFER, § 89a, in K. MIEBACH (a cura di), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 3, 2^a ed., München, 2012, 125; D. STERNBERG-LIEBEN, *op. cit.* in nota 39, 1351. Per l'Austria si veda: F. PLÖCHL, § 278e, in F. HÖPFEL, E. RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2^a ed., Wien, 2013, 92 s. Va ricordato in tale sede come accanto al § 89a tedesco si ponga il § 91 il quale sanziona la diffusione e il reperimento di istruzioni per la realizzazione di una grave condotta violenta tale da mettere in pericolo lo Stato; anche in Austria oltre al § 278e fu introdotto il §278f il quale a sua volta punisce la diffusione e il reperimento di istruzioni per la commissione di reati terroristici.

⁵⁷ Si tratta di quella che si è definita «Judikative Rechtsvergleichung» (diritto comparato giudiziario): A. ESER, *Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung*, in ID., *Transnationales Strafrecht. Gesammelte Beiträge, Transnational Criminal Law. Collected Publications*, 2011, Berlin, 9 ss.; ID., *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2002, 10 ss. Sull'utilità di tale metodologia cfr. R. HAUSER, *Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe in der höchstrichterlichen Rechtsprechung im materiellen Strafrecht*, in T. VOGLER (a cura di), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, vol. 2, Berlin, 1985, 1215.

⁵⁸ Conferma di ciò arriva dall'«interpretazione autentica» del legislatore italiano che nel modificare l'art. 270-*quinquies* c.p., estendendo la punibilità a chi si informa anche autonomamente, giustifica tale scelta nella relazione accompagnatoria del disegno di legge di conversione in ragione del fatto che la fattispecie «postula oggi un rapporto necessariamente duale tra addestratore e addestrato» (C. 2893, p. 6), motivo per il quale «viene innestata una nuova fattispecie di reato che rende punibile anche l'auto-addestramento, cioè la condotta di chi si prepara al compimento di atti di terrorismo, attraverso una ricerca e un apprendimento individuali e autonomi delle «tecniche» necessarie a perpetrare simili atti», *ibidem*. Permangono peraltro perplessità sul reale por-

Il raffronto con altre esperienze nazionali offre sotto diversi profili interessanti spunti di riflessione anche con riferimento all'elemento soggettivo richiesto dalle fattispecie in commento.

Rispetto all'art. 270-*quinqüies* c.p. ci si è interrogati, infatti, se la punibilità dell'addestrato presupponga la finalità di terrorismo in capo allo stesso⁵⁹.

La norma austriaca diversamente dall'art. 270-*quinqüies* c.p. non si limita ad introdurre una mera equiparazione *quod poenam* tra le due condotte (addestramento attivo e passivo), ma al comma 2° provvede espressamente a descrivere i requisiti che deve possedere l'addestramento passivo sia sotto il profilo oggettivo, sia sotto quello soggettivo, richiedendosi la volontà di utilizzare quanto appreso per fini terroristici.

Altro spunto di riflessione offerto dalla comparazione concerne l'elemento soggettivo che deve accompagnare la condotta dell'addestratore. La norma austriaca, nel ricalcare la previsione della convenzione di Varsavia e della decisione quadro già citata⁶⁰, esige espressa-

tato della modifica normativa ove si consideri che l'articolo infine non fa riferimento alla condotta di auto-addestramento, bensì a quella di chi acquisisce informazioni. Sul punto sia permesso rinviare al già citato scritto: R. WENIN, *op. cit.* in nota 40, 12 ss. Perplexità solleva, peraltro, anche nel confronto con altre esperienze nazionali, la scelta di un trattamento sanzionatorio unitario per condotte che paiono possedere disvalore assai difforme.

⁵⁹ Ad avviso di I. RUSSO, *Sistema penale di armi, esplosivi, munizioni, caccia e tiro*, Roma, 2012, 189, sarebbe richiesto il semplice dolo generico per l'addestrato, salva la conoscenza da parte dello stesso della sussistenza del dolo specifico in capo all'addestratore. Sul punto sia consentito rinviare a R. WENIN, *Disposizioni sull'addestramento nell'uso di armi: un sintomo della degenerazione della coerenza sistemica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1898, nota 5.

⁶⁰ Sul possibile utilizzo ermeneutico *in bonam partem* della decisione quadro, con effetti limitativi dell'ambito di rilevanza penale in relazione alla normativa nazionale si veda: V. MANES, *L'incidenza delle «decisioni-quadro» sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, 1150 ss.; F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1438. In generale sul tema si veda: F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. CORSO, E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, 617 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, e i

mente che l'addestratore agisca nella consapevolezza che le istruzioni impartite saranno impiegate per fini terroristici, richiedendosi dunque una volontà dell'addestrato in tal senso⁶¹. Stessa precisazione ricorre nell'art. 6 del *Terrorism Act* del 2006 del Regno Unito, laddove si prevede che vi debba essere la consapevolezza che il destinatario delle istruzioni intenda usare tali abilità per fini terroristici⁶². Diversamente il codice federale australiano estende sotto il profilo soggettivo la punibilità anche alle ipotesi in cui i soggetti siano «reckless»⁶³ rispetto all'esistenza di una «connessione terroristica»⁶⁴.

contributi in F. SGUBBI, V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007.

⁶¹ In realtà la norma austriaca è ancora più chiara rispetto alle norme sovranazionali; mentre, infatti, quest'ultime richiedono la consapevolezza che le istruzioni impartite sono intese per conseguire tale obiettivo, il che potrebbe dare adito a dubbi interpretativi circa il fatto che la volontà di impiego debba sussistere anche in capo al destinatario delle informazioni, il § 278e richiede espressamente la consapevolezza che le informazioni saranno impiegate per i fini indicati (wenn er weiß, dass die vermittelten Fähigkeiten für diesen Zweck eingesetzt werden sollen) e quindi, come visto, la volontà dell'addestrato di impiegare le informazioni per i fini richiamati cfr. F. PLÖCHL, *op. cit.* in nota 56, 93.

⁶² Art. 6 Training for terrorism

(1) A person commits an offence if— (a) he provides instruction or training in any of the skills mentioned in subsection (3); and (b) at the time he provides the instruction or training, he knows that a person receiving it intends to use the skills in which he is being instructed or trained— (i) for or in connection with the commission or preparation of acts of terrorism or Convention offences; or (ii) for assisting the commission or preparation by others of such acts or offences. [...].

⁶³ Cfr. Criminal Code Act 1995 5.4. Recklessness.

(1) A person is reckless with respect to a circumstance if: (a) he or she is aware of a substantial risk that the circumstance exists or will exist; and (b) having regard to the circumstances known to him or her, it is unjustifiable to take the risk.

(2) A person is reckless with respect to a result if: (a) he or she is aware of a substantial risk that the result will occur; and (b) having regard to the circumstances known to him or her, it is unjustifiable to take the risk.

(3) The question whether taking a risk is unjustifiable is one of fact.

(4) If recklessness is a fault element for a physical element of an offence, proof of intention, knowledge or recklessness will satisfy that fault element.

Sulla «recklessness» nel sistema penale australiano cfr. J. GANS, *Modern Criminal Law of Australia*, Melbourne, 2012; S. ODGERS, *Principles of Federal Criminal Law*, 3^a ed., Sydney, 2015. Per un'analisi dell'istituto nell'ambito del sistema inglese cfr. F.

Oltre ad operare come possibile ausilio nell'interpretazione del dato normativo, la comparazione assolve anche un'altra fondamentale funzione, quella di creare le premesse per un proficuo dialogo, presupposto indefettibile per un reale processo di collaborazione nella creazione di un sistema armonizzato di contrasto a gravi crimini. Lo studio comparato fornisce, infatti, lo strumentario volto a consentire una reciproca comprensione, in particolare nell'elaborazione degli atti internazionali. Esemplificative appaiono in tal senso le incomprensioni sorte durante i lavori preparatori dello Statuto di Roma con particolare riferimento all'elemento soggettivo e più precisamente al dibattito circa la scelta fra soluzione cumulativa o alternativa nella riproduzione dei requisiti dell'*intent* e della *knowledge* nella definizione del *mental element*⁶⁵. Le ra-

CURI, *Tertium datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003, 47 ss.; G.P. DEMURO, *Il dolo. Vol. II. L'accertamento*, Milano, 2010, 221 ss.; S. VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 1992, 187 ss. Per un inquadramento generale nell'ambito dei Paesi di *common law*: A. CADOPPI, voce *Mens rea*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, 4^a ed., Torino, 1993, 618 ss.

⁶⁴ Criminal Code Act 1995. 101.2 Providing or receiving training connected with terrorist acts

(1) A person commits an offence if: (a) the person provides or receives training; and (b) the training is connected with preparation for, the engagement of a person in, or assistance in a terrorist act; and (c) the person mentioned in paragraph (a) knows of the connection described in paragraph (b). Penalty: Imprisonment for 25 years.

(2) A person commits an offence if: (a) the person provides or receives training; and (b) the training is connected with preparation for, the engagement of a person in, or assistance in a terrorist act; and (c) the person mentioned in paragraph (a) is reckless as to the existence of the connection described in paragraph (b). Penalty: Imprisonment for 15 years.

⁶⁵ Cfr. R.S. CLARK, *The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences*, in *Criminal Law Forum*, 2001, vol. 12, 302 s.: «there was considerable debate throughout the process about the conjunctive “and” between intent and knowledge. Some delegations, the French in particular, insisted that both were necessary. Others of us, especially from common law jurisdictions, believed that the appropriate mental element for each separate material element had to be considered on its own merits. Particularly for circumstance elements, as the term “circumstance” is used in article 30(3) (and some consequence ones), knowledge (in the sense of awareness) might well be enough, although intent might be required as to other relevant elements». Nella versione tedesca R.S.

gioni risiedevano in una sorta d'incomunicabilità legata a fraintendimenti di fondo, nascenti da una mancata precomprensione dei termini della riflessione, o, più precisamente, da un differente approccio dogmatico nazionale⁶⁶.

Affinché dunque il dibattito non irradi più calore che luce⁶⁷, occorre creare le premesse per un reale dialogo, il quale non potrà che passare attraverso una comprensione delle diverse posizioni che solo il metodo comparato può offrire.

Certamente il percorso verso il dialogo è un percorso che impone umiltà, uno sforzo volto a prendere in considerazione la ricchezza costituita dalle tradizioni, dagli apporti culturali, dagli attori istituzionali, dalle modalità applicative del diritto dei Paesi che si intende uniformare, ma «senza di ciò, si ha un'imposizione autoritativa che svislisce la funzione della comparazione e si afferma semplicemente come tentativo di neocolonialismo penale»⁶⁸. Solo prendendo coscienza della complessità dei vari ordinamenti giuridici si potranno creare le premesse per un proficuo dialogo, presupposto ineludibile per un processo di reale armonizzazione che possa operare quale meccanismo di reazione ai crimini internazionali.

La via non sarà agevole, essendo risaputo che il diritto penale costituisce per tradizione «il ramo del diritto di matrice più spiccatamente "autarchica", nel quale si manifestano le fondamentali scelte di valore espressive dell'identità culturale di ciascun Paese»⁶⁹, tuttavia, la natura

CLARK, *Subjektive Merkmale im Völkerstrafrecht. Das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs und die Verbrechenselemente*, in *ZStW*, 2002, vol. 114, 380.

⁶⁶ Per un quadro più completo delle problematiche legate all'elaborazione di una definizione unitaria dell'elemento soggettivo nell'ambito dello Statuto di Roma sia permesso rinviare a: R. WENIN, *La mens rea nello statuto di Roma Un'analisi esegetico-sistematica dell'art. 30 in chiave comparata*, Torino, 2012.

⁶⁷ Evidenzia sempre R.S. CLARK, *The Mental....*, cit. in nota 65, 303, come nel caso dello Statuto di Roma «The debate shed more heat than light». Nella versione tedesca R.S. CLARK, *Subjektive Merkmale....*, cit. in nota 65, 380.

⁶⁸ G. FORNASARI, *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *op. cit.* in nota 47, 282.

⁶⁹ A. BERNARDI, *op. cit.* in nota 6, 2. Cfr. T. WEIGEND, *Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtsskultur?*, in *ZStW*, 1993, vol. 105, 774 ss.

e l'entità dei fenomeni criminali che si mira a contrastare e le pressioni cui è sottoposta la moderna società impongono scelte consapevoli e percorsi anche tortuosi, ma che debbono essere il frutto di una profonda meditazione e non di risposte emotive, legate a purtroppo note logiche emergenziali⁷⁰.

⁷⁰ Cfr. per tutti S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli, 2000.

DIE HARMONISIERUNG DES NATIONALEN STRAFRECHTS

EINE VERGLEICHENDE BETRACHTUNG DER STRATEGIEN ZUR BEKÄMPFUNG DES TERRORISMUS, AUSGEHEND VON DEN NORMEN, DIE HANDLUNGEN ZU TERRORISTISCHEN ZWECKEN UNTER STRAFE STELLEN

Der Beitrag versteht sich als Denkanstoß zu dem mittlerweile wohl unausweichlichen Prozess der fortschreitenden strafrechtlichen Harmonisierung, mit dem auf schwere Verbrechen von internationaler Tragweite reagiert werden soll, und zur vergleichenden Methode, die sich in diesem Zusammenhang als unverzichtbar erwiesen hat. Behandelt wird das Thema am Beispiel des Terrorismus. Zunächst wird die Problematik der Einstufung des Terrorismus als internationales Verbrechen umrissen.

Es werden dann einige einzelstaatliche Bestimmungen vorgestellt, mit denen der jeweilige Gesetzgeber bestimmten internationalen Verpflichtungen zur Strafverfolgung nachgekommen ist. Es handelt sich dabei um Vorschriften, die Aktivitäten im Vorfeld konkreter, meist mithilfe digitaler Technologien verübter Terrorakte unter Strafe stellen. Im Einzelnen sind dies § 89a des deutschen Strafgesetzbuchs (Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat) und Art. 270-*quinquies* des italienischen Strafgesetzbuchs („addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale“). Ausgehend von einer systematischen Untersuchung dieser Bestimmungen und der jüngsten Rechtsprechung soll aufgezeigt werden, welchen wertvollen Beitrag die vergleichende Methode zu jener Art fruchtbaren Dialogs leisten kann, die jedem ernstzunehmenden Harmonisierungsprozess vorangehen muss. Die vergleichende Methode betrachtet nicht nur die einzelne gesetzliche Bestimmung und die Formulierungen des positiven Rechts, sondern versucht die Komplexität des gesamten Strafrechts der jeweiligen Rechtsordnung zu erfassen. Diese Komplexität ergibt sich zum ei-

nen aus dem systematischen Zusammenspiel der Paragraphen, zum anderen durch das Spannungsfeld zwischen positivem Recht und seiner konkreten Anwendung.

GLI AUTORI – DIE VERFASSER

Roberto Wenin

Responsabile scientifico del progetto di ricerca «Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali», Dottore di ricerca in studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento

Gabriele Fornasari

Professore Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Trento

Emanuela Fronza

Professore aggregato di Diritto Penale Internazionale e *Transitional Justice*, Università degli Studi di Trento

Domenico M. Pulitanò

Professore Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Milano-Bicocca

Giuseppe Nesi

Preside della Facoltà di Giurisprudenza e Professore Ordinario di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Trento

Flavia Lattanzi

Giudice presso il Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia, Professore Ordinario di Diritto Internazionale, Università degli Studi Roma Tre

Matteo Costi

Legal Officer - Prosecutorial Operations at European External Action Service, Bruxelles

Manuel Cancio Meliá

Professor für Strafrecht, Dr. Dr. h.c. mult., Universidad Autónoma de Madrid

Antje Du Bois-Pedain

University Senior Lecturer, Faculty of Law; Deputy Director, Centre for Penal Theory and Penal Ethics (Institute of Criminology); Fellow of Magdalene College, Cambridge

Bartolomeo Costantini

Già Procuratore presso il Tribunale Militare di Verona

Dieter Magsam

Rechtsanwalt, Hamburg

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. JOSÉ LUIS GUZMÁN D'ALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)