Premessa

di *Massimiliano Masucci*

1. Il diritto penale internazionale appare frutto dell'integrazione tra sistemi giuridici: le strutture dell'illecito e della responsabilità penale, consolidate in autonomo ordinamento, assumono una pretesa applicativa tendenzialmente ubiquitaria. Si impongono rinnovati metodi di analisi, interpretazione e costruzione della materia. In ogni caso vanno superati i tradizionali confini del diritto penale nazionale in una visione più ampia e generosa, rivolta alla comunità internazionale.

Atteggiandosi come tecnica di tutela coercitiva a servizio di interessi universali, il sistema penale internazionale punta a proteggere diritti inalienabili della "persona", come il diritto alla vita, alla libertà personale, all'integrità corporale e sessuale, alla dignità e all'autonomia individuale, all'identità culturale, etnica e religiosa di singoli e gruppi: diritti che, per il loro rango, reclamano difesa a prescindere dal luogo ove la vittima si trovi, in forza di norme intese a presidiare un corredo di intangibili prerogative dell'individuo, singolarmente preso o quale membro di formazioni collettive.

2. Per assumere efficacia il diritto penale internazionale postula l'edificazione di una giustizia penale internazionale, intesa come complesso di norme, organi e procedure per l'accertamento della responsabilità e per l'esecuzione della pena.

Si registra così l'istituzione di tribunali internazionali che, grazie a uno strumentario giuridico concordato tra gli Stati, amministrano la giurisdizione criminale. L'esempio più importante è certamente la Corte penale internazionale permanente, con sede a L'Aja, retta dal cosiddetto Statuto di Roma.

L'esigenza di fondere culture giuridiche diverse e la non compiuta elaborazione di un corpo stabile di principi segnano difficoltà nel lavoro di tali istituzioni, indicando la necessità di uno sviluppo teorico e legislativo che ne consenta l'evoluzione, anche nell'ottica di un possibile – e per alcuni auspicabile – futuro ampliamento della competenza della Corte penale internazionale, estesa a nuove figure di illecito.

Si tratta di intraprendere un'analisi che punti a chiarire:

- a) le strutture “universali” o “transnazionali” della norma penale;
- b) le strutture “universali” o “transnazionali” del crimine e della corrispondente responsabilità;
- c) fattispecie e sanzioni a tutela di diritti e interessi “universali” della persona o del gruppo cui essa appartenga.

Occorre, in altri termini, individuare strutture fondamentali che si offrano come base essenziale – in un certo senso, come “vocabolario” – di un diritto penale affrancato dalla dimensione statale. Vanno quindi enucleati i principi portanti della materia penale, prendendo in considerazione:

- il principio di legalità (fonti, formulazione e applicazione della norma penale);
- il principio di offensività (funzione del diritto penale internazionale come strumento di protezione di beni giuridici; definizione del livello basilare di ‘offesa che legittimi la pena);
- il principio di personalità della responsabilità penale, che prescrive la necessità di ricondurre il fatto generatore di responsabilità alla sfera di effettiva appartenenza ad uno specifico soggetto, dal punto di vista sia materiale (per la “personale” dominabilità del fatto oggettivamente inteso) che psicologico (per la riprovevolezza del fatto nei suoi coefficienti soggettivi).

Definire, nei termini precisati, le strutture fondamentali del diritto penale risultanti dall'integrazione tra sistemi giuridici esige in definitiva la costruzione di quel che può dirsi, con George Fletcher¹, una “grammatica” o un lemmario penale, nei quali fissare le comuni acquisizioni dei contenuti strutturali della norma e dell'illecito penale, nonché dei principi cui sono sottoposti: tracciando così le premesse di un diritto penale autenticamente universale.

¹ Oltre all'ormai classico *Grammar of criminal law*, si veda l'efficace sintesi rinvenibile in G. FLETCHER, *New Court, Old Dogmatik*, in *Journal of International Criminal Law*, 9 (2011), 179 ss.

SEZIONE I

TEMI

Prospettive del principio di stretta legalità nel diritto penale internazionale

di *Massimiliano Masucci*

SOMMARIO: 1. Il fondamento legale della punizione per crimini internazionali. – 2. Il principio di legalità nello Statuto del Tribunale per la ex-Jugoslavia. – 3. La legalità nello Statuto di Roma. – 4. La definizione dei crimini. L'irretroattività dell'incriminazione internazionale e il divieto di estensione analogica. – 5. La codificazione del principio di chiarezza. – 6. I presupposti operativi del principio. – 7. Chiarezza e *strict construction*. – 8. L'indirizzo della CPI. – 9. La *ratio* del principio di chiarezza. – 10. Pene ed esecuzione delle condanne nello Statuto di Roma.

1. Il fondamento legale della punizione per crimini internazionali

Nel suo approdo a un sistema organico di regole il diritto penale internazionale mostra viepiù di ispirarsi a classici portati del principio di stretta legalità. Il che sta pure a conferma della progressiva acquisizione di stabilità che caratterizza lo stato attuale della materia. Né va trascurato che le garanzie offerte dal principio in esame non potrebbero certo dirsi soddisfatte dal rinvio a classiche fonti del diritto internazionale, come la consuetudine, senza una compiuta definizione dei tipi di illecito punibili. A tale esigenza si mostra sensibile il diritto penale internazionale, nell'odierno stadio di evoluzione, manifestando crescente attenzione a precisare la fisionomia dei crimini quale parte indissociabile della veste legale che viene loro attribuita.

Pur nella naturale diversità di opinioni, non potrà del resto prescindersi dal rilevare, in una prospettiva storica, che già le Carte istitutive dei Tribunali di Norimberga e dell'Estremo Oriente evitarono di ridurre la legalità a orpello. Nessuna delle Carte richiamate escluse l'esigenza di individuare i fatti sui quali gli istituendi organi erano chiamati a pronunciarsi, né intese ammettere la retroattività delle incriminazioni: il che appare significativo, soprattutto ove si consideri che disposizioni espresse furono invece introdotte per escludere l'immunità di quanti avessero esercitato, al tempo dei fatti, funzioni di governo o per negare efficacia esonerante agli

ordini impartiti da autorità superiori (artt. 7 e 8 della Carta di Londra; art. 6 della Carta del Tribunale per il «Far East»).

Non si può neppure dimenticare come il problema della punizione dei crimini di guerra si fosse da tempo attestato nell'agenda internazionale. A parte la doverosa menzione dei passi compiuti per trarre a giudizio Guglielmo II sulla base dei Trattati di Versailles, nonché dei tentativi avviati per costituire un organo permanente di giustizia penale, operante in ambito internazionale, fin dal gennaio 1942 era stata istituita una commissione per la punizione dei crimini avvenuti durante il secondo conflitto mondiale. All'ottobre dello stesso anno risale l'istituzione di una commissione delle Nazioni Unite per la punizione dei crimini di guerra. Soprattutto, poi, la «dichiarazione di Mosca» del 30 ottobre 1943, frutto di intese tra i ministri degli esteri statunitense, inglese e russo, con la consultazione della Cina, rafforzò definitivamente il progetto di una giurisdizione sui crimini commessi durante la guerra, segnando anche il suo passaggio dalla sfera delle Nazioni Unite a quella dei governi alleati, almeno per i crimini la cui genesi o i cui effetti non si fossero esauriti in una determinata area geografica, destinati perciò alla condanna «per decisione congiunta del governo degli Alleati»¹.

Anche in virtù dei graduali passi di avvicinamento all'obiettivo di un tribunale militare internazionale si poté dunque affermare l'idea che l'istituzione dell'organo giudicante, con le sue regole di procedura e prova, si ponesse in chiave tecnica a servizio di un sistema inderogabile di diritti e norme, anche penali, predisposte alla loro tutela². Le pagine dedicate dalla sentenza di Norimberga alle accuse concernenti il crimine di aggressione, tese a dimostrare il contrasto tra gli attacchi bellici scatenati dalla Germania di Hitler e le norme del diritto internazionale, tanto di matrice consuetudinaria che pattizia, come pure l'impegno profuso dalla sentenza per collegare i crimini contro l'umanità a un insieme di norme giuridiche precedenti i fatti contestati mostrano come il problema della legalità fosse avvertito con forza, sia pure nel quadro di una giurisdizione fondata *ex post*. Nella medesima ottica può leggersi nella sentenza conclusiva del processo ai principali criminali di guerra dell'Asse Europeo un'affermazione che, nell'estrema sintesi, lungi dal prendere commiato dal rispetto del *nullum crimen*, suona come una sua consacrazione³. All'obiezione centra-

¹ Secondo la dichiarazione, i responsabili di crimini perpetrati in territori circoscritti avrebbero invece dovuto essere ricondotti a quei territori per essere giudicati e condannati «secondo le leggi dei Paesi liberati».

² Significative di tale atteggiamento suonano, ad esempio, le parole dedicate al tema della non retroattività dello Statuto dal rappresentante dell'accusa per il Regno Unito, Sir Hartley Shawcross, all'udienza del 12 aprile 1945.

³ Il Tribunale sentenziò che quest'ultimo «non è una limitazione di sovranità ma un principio di giustizia», aggiungendo, in successione pressoché immediata, quanto segue:

ta sull'impossibilità di desumere dalla generica illegalità di un fatto il suo carattere criminoso⁴, il Tribunale replicò ricordando le punizioni inflitte per infrazioni alle regole contenute nella convenzione dell'Aia del 1907, quali i trattamenti inumani dei prigionieri o l'uso di armi venefiche, ancorché non esplicitamente qualificate come crimini; infrazioni ritenute meno gravi, in sé e per sé prese, rispetto alla guerra di aggressione.

In un simile quadro, non vanno naturalmente omesse ragioni di complessità sulla tenuta complessiva del principio di legalità, del resto manifestate anche nell'immediatezza dei giudizi per crimini internazionali celebrati all'indomani del secondo dopoguerra⁵, ma non limitate agli aspetti di diritto sostanziale, bensì da estendersi ai modi di formazione della prova, ai criteri di svolgimento del processo e alle regole di giudizio consacrate. Le garanzie individuali, almeno stando all'odierna visione del loro contenuto, sono difficilmente conciliabili con previsioni aperte in tema di

«Affermare che è ingiusto punire chi in violazione dei trattati e delle assicurazioni prestate ha attaccato senza alcun preavviso Stati confinanti è ovviamente falso, perché in simili circostanze l'aggressore deve sapere che sta realizzando un torto, e lungi dall'essere ingiusto il punirlo, sarebbe ingiusto lasciare il torto indenne da pena». Il senso della frase riportata, con il suo riferimento alla coscienza dell'illecito da parte del reo, si comprende appieno se messo in relazione alle difese che, sviluppando obiezioni contro l'efficacia retroattiva delle disposizioni penali dello Statuto, si erano appellate non tanto all'ingiustizia di tale retroattività, in sé e per sé presa, ma all'impossibilità degli imputati di percepire il proprio operato come un torto punibile. Esemplificativo di tale impostazione appare, tra gli altri, l'intervento dello Jahrreis in difesa di Jodl all'udienza celebrata il 4 luglio 1946. Pur mettendo in luce aspetti quali il preteso superamento del patto di Parigi nell'ordine delle relazioni interstatali concernenti la sicurezza internazionale, l'impossibilità di punire l'individuo per atti compiuti in veste di organo dello Stato e la natura assolutamente vincolante degli ordini, comunque denominati, provenienti da Hitler, lo Jahrreis pose al centro del proprio intervento il seguente interrogativo: «Se non si è pronti a concepire la massima *nulla poena sine lege previa* come avviene nell'Europa continentale, vale a dire che legge nel senso di *lex* è solo la regola emanata dallo Stato, ma si accoglie l'opinione che – a me sembra – è propria dei giuristi inglesi, secondo cui legge nel senso di *lex* può anche essere una regola etica o morale profondamente radicata, resta aperto un interrogativo: per come stavano le cose, gli imputati – a quel tempo ministri, capi militari, direttori economici, vertici di alte autorità – potevano avvertire o hanno addirittura avvertito che un comportamento ora punibile in forza di una legge retroattiva era originariamente in contrasto con il proprio dovere?». È appunto a questo interrogativo che il Tribunale mostrò di voler rispondere con la frase riportata nel testo.

⁴ Obiezione ripresa vigorosamente, nel dibattito più recente, da QUARITSCH, *Die Urteile von Nürnberg*, 162. Lo scritto si trova in appendice all'opera dello SCHMITT, *Das International-rechtliche Verbrechen des Angriffskrieges*, curata dal medesimo QUARITSCH, che riproduce il testo del parere reso nell'agosto 1945 da Carl Schmitt, edito con il titolo *Das international-rechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz "Nullum crimen, nulla poena sine lege"* (Berlin, 1994).

⁵ Resta centrale, anche perché proveniente da un giudice del Tribunale Militare Internazionale, lo scritto di DONNEDIEU DE VABRES, *Le jugement de Nuremberg et le principe de légalité des délits et des peines*, in *Revue de droit pénal et de Criminologie*, 1947, 813 ss., contenente espressioni di dubbio sull'effettivo rispetto del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* e del divieto di irretroattività da parte del Tribunale di Norimberga.

pena, come quelle contenute negli artt. 27 dello Statuto del Tribunale di Norimberga e 16 della Carta del Tribunale per l'Estremo Oriente, che abilitavano a pronunciare condanne alla pena capitale o a «qualsiasi altra pena sia ritenuta giusta dal Tribunale».

Parimenti lesivi possono apparire i richiami alla speditezza del dibattimento (rispettivamente, per i Tribunali di Norimberga e Tokyo, gli artt. 18 e 12 delle carte istitutive), ma anche la possibilità di sanzioni contro il contumace, compresa l'estromissione della difesa dal procedimento (ancora, rispettivamente, artt. 18 e 12, lett. c), o l'abbattimento, sempre in nome della speditezza, delle regoie tecniche in tema di prova (artt. 19 e 13, lett. a). Se ne ricava l'immagine di un sistema solo parzialmente sensibile a criteri di giustizia, se non addirittura pronò al timore di potenziali "eccessi" di garanzia, che, in ogni caso, oggi diremmo non in armonia con le ragioni della legalità sostanziale e processuale.

Certo, sull'opportunità di introdurre simili previsioni può avere influito la convinzione di non ingabbiare in "tecnicismi" orrori e atrocità delle quali si doveva assicurare un'elaborazione giuridica che non entrasse in conflitto con quella sociale; ma l'accettazione di alcuni irrinunciabili canoni della stretta legalità, come detto non solo formale, rappresentò il rinnovato ossequio a fondamentali principi di civiltà giuridica, che meglio può cogliersi se raffrontato al movimento, culminato nella formulazione del "piano Morgenthau", che premeva per omettere la celebrazione di un processo e per giustiziare gli autori dei crimini di guerra, identificati sulla base di liste di fonte governativa. Il che va ricordato in apertura di ogni riflessione sull'evoluzione della legalità nell'esperienza giuridica internazionale⁶.

⁶ Anche l'esperienza italiana della repressione dei reati di stampo fascista ricorda, del resto, una tensione con il principio di legalità. Il d.lgs.lgt. del 27 luglio 1944, n. 159, intitolato «sanzioni contro il fascismo», introdusse disposizioni – in larga parte già contenute nel d.l. del 28 maggio 1944, n. 134 – difficilmente conciliabili con diversi aspetti di tale principio. A cominciare dall'art. 2, che puniva con l'ergastolo e, «nei casi di più grave responsabilità», con la morte i «membri del governo fascista e i gerarchi del fascismo, colpevoli di aver annullato le garanzie costituzionali, distrutte le libertà popolari, creato il regime fascista, compromesse e tradite le sorti del Paese e condotto alla attuale catastrofe»; fattispecie non riconducibile, almeno in questa formulazione, ad altra norma preesistente e poco o per nulla in linea con le ragioni tecniche di determinatezza del precetto che sono indissolubilmente legate, secondo gli attuali convincimenti, alla legalità penale. Così pure l'art. 5, concernente le attività di collaborazionismo, si pose in contrasto con il divieto di retroattività sia per ciò che concerne il precetto penale, sia la sanzione, dato che fattispecie e pene previste nei codici penali militari furono estese ai non militari. Altre disposizioni, come l'art. 3, si limitarono a dichiarare applicabili le norme vigenti all'epoca dei fatti, ancorché successivamente abrogate, in particolare gli artt. 118 e 120 del codice Zanardelli, prefigurandone però, al contempo, l'applicazione a fatti determinati – il colpo di Stato del 3 gennaio 1925 e l'insurrezione del 28 ottobre 1922, che avevano condotto all'instaurazione del regime fascista – e non escludendo, per altro verso, un effetto retroattivo, derivante dall'applicazione di quelle norme a tutti gli atti rilevanti di contributo al mantenimento del regime fascista, anche se

2. Il principio di legalità nello Statuto del Tribunale per la ex-Jugoslavia

Ispirazione conforme ai dettami della legalità si coglie nello Statuto del Tribunale per la ex-Jugoslavia, preso qui in considerazione come manifestazione prima e storicamente determinante, dopo i Tribunali *ad hoc* del dopoguerra, di un sistema di reazione contro illeciti di caratura internazionale. La tensione verso la legalità è ben riconoscibile negli articoli da 1 a 7, che prevedono i crimini perseguibili, i presupposti della responsabilità individuale e i soggetti sottoposti alla giurisdizione del Tribunale (vale a dire, secondo l'art. 6, le sole persone fisiche), mentre l'art. 24 indica le pene applicabili, identificate nella detenzione («*imprisonment*», secondo il testo inglese) e nella restituzione dei proventi del reato ai legittimi proprietari (prevista in aggiunta alla detenzione)⁷.

In particolare l'art. 1 assegna al Tribunale «il potere di perseguire persone responsabili di serie violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio della ex-Jugoslavia a partire dal 1991 secondo le previsioni del presente Statuto».

L'articolo, così formulato, pur richiamando le successive disposizioni dello Statuto, possiede indiscutibile autonomia nel tracciare limiti di ordine generale, ammettendo la punibilità delle sole violazioni del diritto internazionale umanitario munite del carattere della gravità. Ecco perciò aprirsi un possibile varco a giudizi discrezionali, nel determinare il 'perimetro del punibile'. Senonché la preoccupazione, che in tal senso possa avanzarsi, è moderata dalla circostanza che la qualifica di gravità, almeno stando al testo dell'art. 1, dovendo esser data secondo le previsioni dello

commessi dopo la rispettiva abrogazione. Fu esclusa la possibilità di invocare la prescrizione del reato e della pena per delitti puniti con la pena detentiva superiore nel massimo a 3 anni, senza distinguere i casi di prescrizione già maturata secondo il termine astrattamente fissato; esclusione incondizionatamente estesa ai provvedimenti di amnistia e indulto (art. 6). Fatti non costituenti reato, se «contrari a norme di rettitudine o di probità politica», vennero sanzionati con l'interdizione temporanea dai pubblici uffici o con la privazione dei diritti politici, nel limite di 10 anni (art. 7). Il medesimo decreto istituì giudici speciali, incaricati di pronunciarsi sui reati connessi al fascismo o da esso determinati, attribuendo l'esercizio dell'azione penale a un Alto Commissario, cui era riservata l'azione per i delitti previsti dall'art. 2.

Va per altro verso ricordato che al rigore cui si ispirava la legislazione, condiviso dalla giurisprudenza (si veda, sul punto, VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 221 ss.), fece da séguito e contrappunto l'amnistia «Togliatti» del 22 giugno 1946. Su tali vicende si veda il saggio di FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti 22 giugno 1946. Colpo di spugna sui crimini fascisti*, 2006.

⁷ Sul tema, in generale, P. MANZINI, *Il principio di legalità nella giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, 679 ss., ove riferimenti al problema se il principio di legalità e i suoi correlari debbano o meno considerarsi parte dello *ius cogens*.

Statuto, trova in esse parametri che la specificano, evitando l'affermarsi di pura discrezionalità.

Quale significativa e ulteriore determinazione della competenza assegnata alla Corte può vedersi l'art. 2 dello Statuto, che si riferisce a «gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949», proseguendo poi nel prendere specificamente in considerazione una serie di «atti contro la persona o la proprietà» (l'elencazione, da intendersi come tassativa, comprende: omicidio volontario; tortura o trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici; volontaria inflizione di gravi sofferenze o lesioni all'integrità corporale o alla salute; distruzione su vasta scala e appropriazione di proprietà, non giustificate da esigenze militari e perpetrate illegittimamente e arbitrariamente; costrizione di prigionieri di guerra o di civili alla militanza nelle forze di una potenza ostile; deliberata privazione, in danno di prigionieri di guerra o di civili, del diritto a un equo e regolare processo; deportazione o trasferimento illegittimo o detenzione illegittima di civili; presa in ostaggio di civili). L'individuazione degli interessi offesi, così operata, e il richiamo a una serie di fatti individuati, almeno per linee essenziali, nel loro aspetto materiale e psicologico segna una decisa affermazione delle esigenze di chiarezza e precisione – in una parola, di tipicità – nell'identificare i crimini perseguibili. Quanto al riferimento alla gravità delle violazioni, che, comparando nell'art. 2, potrebbe esser visto come fonte di discrezionalità, va ricordato, con la dottrina più autorevole, che le Convenzioni di Ginevra contengono «una serie di prescrizioni relative al trattamento dei prigionieri di guerra, dei feriti, dei naufraghi, degli ammalati, prescrizioni le cui violazioni, pure rappresentando degli illeciti, non sempre e necessariamente attingono il carattere criminoso. Crimini sono le violazioni gravi e tali sono appunto quelle precisate in codici penali e, nel nostro caso, nell'art. 2 dello Statuto»⁸.

Il successivo art. 3, dedicato alle violazioni di leggi o usi di guerra, indica una serie di fatti (impiego di armi venefiche o di altre armi dirette a causare sofferenze non necessarie; deliberata distruzione di paesi, città o villaggi, o devastazione non giustificata da esigenze militari; attacco o bombardamento con qualsiasi mezzo di città, villaggi, abitazioni o edifici indifesi; occupazione, distruzione o danneggiamento intenzionale di istituzioni dedite al culto, alla beneficenza, all'istruzione, alle arti o scienze, di monumenti storici e di opere artistiche e scientifiche; saccheggio di proprietà pubbliche o private), che per espressa specificazione del medesimo art. 3 non esauriscono il contenuto della previsione.

Meritano menzione anche gli artt. 4 e 5 dello Statuto, il primo concer-

⁸ G. VASSALLI, *Il Tribunale internazionale per i crimini commessi nei territori della ex-Jugoslavia*, in ID., *La giustizia internazionale penale. Studi*, Milano, 1995, 166.

nente il crimine di genocidio, di cui è elemento essenziale lo «scopo di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso in quanto tale», mentre il secondo incardina la competenza del Tribunale per una serie di crimini (omicidio; sterminio; riduzione in schiavitù; deportazione; detenzione; tortura; violenza sessuale; persecuzione per motivi politici, di razza o religione; altri atti inumani), purché: (a) commessi nell'ambito di un conflitto armato interno o internazionale; (b) diretti contro qualsiasi popolazione civile.

Sotto il profilo della previsione legale della pena, qual è concepita e attuata nello Statuto, potrebbero manifestarsi riserve, dato che l'art. 24 non fissa i termini della detenzione, limitandosi a stabilire che le sezioni giudicanti «dovranno ricorrere alla pratica generale in materia di condanne alla detenzione nelle corti della ex-Jugoslavia»⁹.

3. La legalità nello Statuto di Roma

Lo Statuto di Roma, indicando negli artt. 5, 6, 7, 8 e 8-*bis* i crimini soggetti alla giurisdizione della Corte¹⁰, sembra voler anzitutto tracciare i confini della materia punibile, procedendo poi a individuare principi generali, da leggersi però con la lente di quella preventiva indicazione. Trattando dei singoli illeciti, da un lato, e dei principi generali, dall'altro, non siamo dunque in presenza di corpi di regole autonomi, ma di elementi destinati ad integrarsi. Conclusione che assume notevole importanza quando si tratti di chiarire se i crimini indicati negli artt. da 5 a 8-*bis* costituiscono un sistema chiuso o aperto, che altre fonti possano completare.

A supporto di quest'ultima soluzione potrebbe leggersi l'art. 21 (concernente il diritto applicabile). Quest'ultimo stabilisce che la Corte applica «in primo luogo» lo Statuto, le fonti che definiscono gli «*elements of crimes*» e le proprie regole di procedura e di prova. Fin qui, dunque, un riconoscimento del primato dello Statuto rispetto a fonti esterne. Il medesimo articolo prosegue però richiamando «in secondo luogo», se pertinenti, le norme dei trattati e i principi del diritto internazionale, inclusi quelli sui conflitti armati. Secondo la successiva lett. c) dell'art. 21, «in assenza di tali fonti» la Corte può applicare i principi generali appartenenti ai sistemi legali dei singoli Stati, purché compatibili con lo Statuto, con il diritto in-

⁹ Art. 24, comma 1, seconda parte.

¹⁰ Vale a dire il genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e il crimine di aggressione (art. 5, comma 2, da leggersi insieme con gli artt. 121 e 123 St. CPI).

Sulle prospettive di modifica, *The International Criminal Court and the crime of aggression*, a cura di POLITI, Aldershot, 2004. Per una complessiva analisi dell'atteggiamento di cautela serbato sul crimine di aggressione, in particolare dagli Stati Uniti, si veda il volume *The United States and the International Criminal Court*, a cura di SEWALL, Lanham, 2000.

ternazionale e, infine, con le norme e gli *standards* riconosciuti a livello internazionale.

Va ora domandato: possono, le fonti menzionate, ampliare la sfera del punibile o altrimenti concorrere a determinarla? In prima battuta l'interprete potrebbe inclinare verso una risposta affermativa¹¹, tenendo anche conto del terzo comma dell'art. 22. Il quale, dopo aver affermato nel primo comma che nessuno può essere punito se la condotta a lui contestata non costituisce, al momento in cui è realizzata, un crimine soggetto alla giurisdizione della Corte, e dopo aver fissato, nel secondo comma, i principi di *strict construction*, divieto di analogia *in malam partem* e chiarezza dell'incriminazione, prevede, nel comma 3, che tali regole «non impediscono la classificazione di alcuna condotta come criminale secondo il diritto internazionale indipendentemente da questo Statuto».

L'analisi del problema, se ben impiantata, conferma però che né l'art. 21, né l'art. 22, con il suo terzo comma, intendono deviare dal rigoroso rispetto della legalità, anche nel senso che possa essere punito solo il fatto dichiarato illecito dallo Statuto, senza ammettere l'intervento di altre fonti di incriminazione. L'art. 22, comma 3, lungi dal consentire un tale intervento, si preoccupa in realtà di non precludere la qualificazione come crimini, dal punto di vista del diritto internazionale penale, di una serie di fatti non compresi né definiti dallo Statuto. Si evita così, tra l'altro, la paralisi di organismi come le Corti giudicanti sui crimini commessi nella ex-Jugoslavia o nel Rwanda, che operano sulla base di meccanismi autonomi rispetto allo Statuto.

Detto diversamente, l'art. 22 chiarisce, nel comma 3, che il diritto internazionale penale non si esaurisce nei crimini previsti dallo Statuto. In questa direzione indicano non solo i lavori della Conferenza di Roma¹², né soltanto la constatazione, pur senz'altro da sottoscrivere, che ben più esplicita sarebbe stata la clausola contenuta nell'art. 22, comma 3, se avesse voluto abilitare fonti esterne a una funzione di incriminazione. Decisivo è considerare che il sistema edificato dallo Statuto perderebbe consistenza e ragione se la consacrazione del principio di legalità e dei suoi corollari come capisaldi del sistema medesimo dovesse franare o retrocedere di fronte alla pressione di altre fonti, che pur non garantiscano i medesimi contenuti, in termini di chiarezza e precisione della norma o divieto di analogia a sfavore del reo.

Il che va affermato anche alla luce dei raccordi tra lo Statuto e il diritto

¹¹ F. MANTOVANI, *Sui principi generali del diritto internazionale penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, 44 s.

¹² Cfr. *The legislative history of the International Criminal Court*, a cura di BASSIUNI, Ardsley, 2005.

interno dei singoli Stati¹³: da noi, ad esempio, l'art. 8, comma 1, lett. ii) della l. 29 aprile 2005, n. 69, sul mandato di arresto europeo, prescinde dal requisito della doppia incriminazione per i «reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale», accentuando le esigenze di certezza. Il medesimo art. 8, comma 3, ponendo l'importante disposizione che dovrebbe far salvo il principio di colpevolezza, nel senso di negare esecuzione al mandato d'arresto quando il cittadino italiano non abbia potuto conoscere, senza propria colpa, la norma penale dello Stato membro di emissione, conferma un'esigenza di massima chiarezza, dato che la colpevolezza implica la conoscibilità del precetto e, quindi, la sua preventiva ed esauriente formulazione, prima e al di fuori dell'opera integratrice di norme dal contenuto non conoscibile al momento del fatto.

Anche l'art. 21 va interpretato in conformità a quanto detto, partendo dalla ribadita primazia dello Statuto, la quale, a ben vedere, finirebbe con l'esser minacciata o persino compromessa, se mancasse un monopolio nella definizione dei crimini. Propriamente l'intervento di altra fonte, se ammesso, non si limiterebbe a colmare una lacuna, completando la disciplina in vigore, ma potrebbe esprimersi contro la scelta dello Statuto di escludere un certo fatto dal catalogo dei crimini, estromettendolo dalla materia punibile¹⁴. Più armonica spiegazione trova l'art. 21 se vi si legge «un *numerus clausus* di parametri argomentativi»¹⁵ utili a confortare e corroborare l'interpretazione delle norme statutarie, incluse quelle che individuano gli illeciti su cui la Corte può pronunciarsi¹⁶.

4. La definizione dei crimini. L'irretroattività dell'incriminazione internazionale e il divieto di estensione analogica

Aspetto saliente della legalità, lo si è detto più volte, sta nella chiarezza dell'incriminazione, oltre che nel tasso di precisione con cui è formulata. Lo Statuto della CPI non si limita a rendere un formale omaggio a tali crimini; intende piuttosto assicurarne l'efficacia. Basti considerare che già l'art. 5 considera indispensabile, oltre alla previsione di un crimine da parte dello Statuto, la sua puntuale definizione, come si ricava dalla seconda

¹³ Per una prima analisi del fenomeno, FERDINANDUSSE, *Direct application of international criminal law in national courts*, The Hague, 2006.

¹⁴ Sul rapporto tra legalità e "selettività" del diritto internazionale penale, CRYER, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge, 2005, in part. 191 ss., 238 ss.

¹⁵ M. CATENACCI, "Legalità" e "tipicità" del reato nello Statuto della Corte penale internazionale, Milano, 2004, 190.

¹⁶ In particolare gli artt. 6, 7 e 8.

parte del medesimo articolo, secondo cui l'esercizio della giurisdizione su fatti di aggressione è subordinato a una norma «che definisca il crimine».

L'approvazione del documento sugli «*elements of crimes*»¹⁷, dando séguito all'art. 9 dello Statuto e al ruolo di "ausilio interpretativo" in esso prefigurato, si colloca nel medesimo quadro della ricerca di una soddisfacente certezza applicativa.

In perfetta continuità si pone l'art. 22, che esordisce con un'ampia affermazione in cui si riassumono i principi di (necessaria) previsione legale del crimine e di irretroattività dell'incriminazione. La prima parte dell'art. 22 si rivela anzi di notevole precisione quando stabilisce la soglia temporale oltre la quale è preclusa l'applicazione dello Statuto, segnata dal momento di realizzazione della condotta. Tale è infatti il momento in cui il soggetto si risolve a condursi in difformità dal precetto a lui indirizzato. Da questa angolazione la prima parte dell'art. 22 conferma che *ratio* fondamentale della legalità, nel quadro dello Statuto, è un obiettivo di garanzia per il reo, anche nel senso di consentirgli scelte consapevoli, provvedendo a una chiara delimitazione tra il lecito e l'illecito. Ne sono riscontro ulteriori espressioni del principio di irretroattività, reperibili nell'art. 24 dello Statuto (ove è specificata l'estraneità alla giurisdizione della Corte di ogni condotta realizzata prima dell'entrata in vigore dello Statuto, nonché l'applicazione della legge più favorevole, con il limite costituito dall'intervento della sentenza definitiva).

Nella medesima linea di sviluppo si colloca il divieto di estendere analogicamente la portata dell'incriminazione, a norma dell'art. 22, comma 2, dato che, se fosse diversamente stabilito, il reo non potrebbe assumere consapevolezza delle proprie scelte di azione e delle potenziali conseguenze; presupposto in cui lo Statuto ripone, come detto, un fondamento della responsabilità. Perciò il divieto di analogia si riferisce testualmente alla sola estensione del crimine, non precludendo una sua restrizione in via analogica.

5. La codificazione del principio di chiarezza

Lo Statuto di Roma, nel secondo comma dell'art. 22, codifica il principio della chiarezza, prevedendo che, in caso di ambiguità, l'interpretazione debba orientarsi in favore della persona indagata, processata o condannata.

Si tratta di un riconoscimento che può apprezzarsi pienamente nel raffronto con le precedenti carte istitutive dei Tribunali penali internazionali. Sia lo Statuto del Tribunale di Norimberga, sia le carte successive, del

¹⁷ U.N. Doc. PCNICC/2000/1/ADD. 2 (2000).

primo largamente tributarie, lasciavano in ombra le coordinate essenziali della responsabilità individuale, affidandone la selezione ai giudici, senza indicare veri limiti. Né certo si era giunti all'espressa formulazione di un principio che si avvicinasse, negli esatti termini, a quello di chiarezza. Sotto questo profilo sembra senz'altro che lo Statuto di Roma, riconoscendo esplicitamente quel principio, compia un passo di indiscutibile valore, attribuendogli la giusta centralità in un sistema stabile di protezione dei diritti umani. L'accoglimento di una concezione "chiusa" della legalità, vincolata a una formale previsione delle fonti, dei contenuti e dei limiti della responsabilità per crimini internazionali, segna il tramonto di quelle ipotesi alternative, pure testimoniate dai lavori preparatori e dall'intero corso del processo di maturazione dello Statuto¹⁸, favorevoli all'edificazione di un sistema "aperto", nel quale riconoscere paritaria rilevanza, accanto alla legge "scritta", a fonti quali la consuetudine o l'analogia, *legis* o *iuris*. Vale a dire fonti che potessero traghettare una visione della legalità svincolata da scelte formalizzate, circoscritte da schemi legali pienamente idonei a svolgere una funzione definitoria e di garanzia.

Stando alle linee maestre della sua teorizzazione¹⁹, chiarezza della norma penale significa applicabilità della norma medesima nei soli casi che essa prevede con certezza; inapplicabilità nei casi dubbi. Più esattamente, la non applicazione deriva dall'impossibilità dell'interprete di riconoscere un preciso contenuto della norma, adeguato al caso da giudicare; con il risultato che, per quello specifico caso, essa è del tutto priva della capacità di produrre un qualsiasi effetto collegato alla qualifica "criminale" del fatto.

Se colto nella pienezza dei suoi profili, il principio appare dunque indissociabile da una visione rigorosamente attenta a preservare la basilare garanzia di certezza normalmente ricondotta alla legalità penale, alla quale per altro verso concorrono, in posizione autonoma, i principi di determinatezza e tassatività. Di queste ultime la chiarezza appare, propriamente, un presupposto, non potendo concepirsi né l'una, né l'altra, se non raccordando entrambe a un contenuto che, solo in quanto certo, assume dignità di norma.

Occorre ad ogni modo sottolineare che il principio, lungi dall'essere

¹⁸ Sul punto, CATENACCI, *"Legalità" e "tipicità" del reato nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003, 67 ss.

¹⁹ Per la quale, FIORELLA, *Emissione di assegno a vuoto e responsabilità per colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1007 ss.; ID., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984, 96 ss.; ID., *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 778.

Il principio ha inoltre trovato riconoscimento nel movimento di riforma penale, dapprima nel progetto Pagliaro, che lo enunciava anche testualmente in posizione autonoma, prima della determinatezza, esigendo «previsioni di reato rese in forma chiara e determinata», e successivamente nel progetto Nordio. Di grande interesse sono pure i casi di emersione del principio sul piano della legislazione, come sembra avvenire nel codice penale spagnolo (in particolare attraverso il suo art. 4).

espressione di indulgenza verso il reo, non opera nello sviluppo dell'interpretazione della norma incriminatrice, alla stregua di una regola che ne determini o preconfezioni gli esiti, ma al termine dell'interpretazione medesima, una volta cioè delimitato il campo di ciò che risulti univocamente da ciascuna norma, rispetto a ciò che invece in essa resti ambiguo. Nessuna distorsione interpretativa può dunque ventilarsi a carico del principio di chiarezza, propriamente inteso, né alcun condizionamento di cui l'interprete debba negativamente risentire, compromettendo l'igiene logica delle operazioni cui è chiamato.

In altri termini il principio di chiarezza esprime un limite logico della norma, da non confondere affatto con un limite puramente testuale. Vale a dire che l'interprete, seguendo il principio, potrebbe anche concludere con l'attribuire alla norma significati parzialmente diversi da quelli segnalati da una ricognizione, sia pur articolata, della sola lettera del testo, con il quale la norma sia espressa. L'argomento logico, per sua natura, non potendo né dovendo essere bandito dall'interpretazione, potrebbe cioè orientare nel senso che un'estensione del testo si sintonizzi al meglio con il senso vero della norma, perché rispondente alla volontà che in essa si esprime e agli obiettivi di tutela che di volta in volta debbano essere affermati. La chiarezza interviene perciò a segnare il limite di sviluppo dell'interpretazione, nelle sue diverse forme; e precisa che né la volontà sottintesa alla legge, né le esigenze di tutela avvertite in un certo momento storico, ancorché per altro verso da coltivare in una legislazione a venire, consentono di superare quella che appaia come una lacuna della norma. Lacuna che appunto si apre a partire dal caso "dubbio": dal caso, cioè, che non rientri nella norma, per non essere a quest'ultima riconducibile con la medesima sicurezza che contraddistingue il *casus legis*.

6. I presupposti operativi del principio

Proprio nella sua funzione di limite logico dell'incriminazione, il principio di chiarezza sembra oggi riconosciuto dallo Statuto di Roma, apparendo così quale garanzia di certezza, oltre che sul piano dell'ordinamento interno, anche a livello internazionale. Lo Statuto, più esattamente, collega il dovere di interpretazione favorevole all'emergere di un «caso di ambiguità» nella definizione del crimine. Invero è proprio dall'ambiguità, quale termine logicamente antagonista all'univocità e dunque alla chiarezza della norma, che deriva il dubbio normativo, con tutte le conseguenze precisate nel senso dell'impossibilità di riconoscere alcun contenuto legale di incriminazione.

Sembra al contempo della massima importanza che nell'art. 22, comma 2 dello Statuto l'ambiguità sia posta in relazione con la «definizione