

PROCEDURA PENALE

Collana diretta da

M. Bargis - G. Giostra - G. Illuminati - R.E. Kostoris - R. Orlandi

STUDI

MASSIMO BOLOGNARI

STUDIO SULLA FUNZIONE D'ACCUSA NEL SISTEMA DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

INTRODUZIONE

Il sistema della Corte penale internazionale si presenta davvero come un interessantissimo 'laboratorio' agli occhi del processualpenalista. Non solo per le soluzioni avveniristiche che sono state elaborate in quest'ambito; soluzioni dal carattere ibrido, che non trovano rispondenza in quelle presenti negli ordinamenti interni e che costituiscono il risultato di un complesso dialogo tra culture giuridiche diverse, ma anche perché in tale contesto vengono in qualche misura esasperati e portati ad estreme conseguenze paradigmi che non emergono o che appaiono solo latenti a livello nazionale. I problemi che riguardano la gestione dell'azione penale, momento cruciale e, al contempo, critico di ogni sistema processuale, offrono un esempio estremamente significativo di entrambi questi aspetti. La loro analisi può mettere a contatto con scenari inediti e stimolanti.

Lo studio muove anzitutto dalla necessità di porre in evidenza le caratteristiche peculiari che presenta la giustizia penale internazionale, soffermandosi in particolare sulla sua natura 'politica', sulle inedite finalità che persegue e sulla flessibilità delle norme sostanziali e processuali che la contraddistinguono.

A questo primo inquadramento, necessario per cogliere le specificità del contesto in cui calare lo studio sulla funzione d'accusa, segue un'analisi storica dei vari modelli di giustizia penale internazionale, a partire dai Tribunali postbellici di Norimberga e di Tokyo e da quelli *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda, i quali erano stati istituiti *post factum* per reprimere crimini commessi in una specifica area geografica e in un arco di tempo definito. Nell'ambito di tali sistemi sono stati elaborati principi e regole che hanno costituito la piattaforma giuridica sulla cui base è stato modellato lo Statuto di Roma, atto fondativo della Corte; piattaforma dalla quale quest'ultimo si è però anche significativamente staccato, realizzando un sistema giudiziario non più pensato

per far fronte a situazioni contingenti in un orizzonte temporale limitato, ma che ha natura permanente e sussidiaria e che opera in una dimensione mondiale e *ante factum*.

In tale contesto, la fisionomia e i poteri dell'accusa presentano tratti del tutto peculiari rispetto alle precedenti esperienze di giustizia penale internazionale e rispetto agli ordinamenti interni. Il Procuratore, a cui è affidata la funzione d'accusa, costituisce, infatti, una figura ambivalente sotto un duplice profilo.

Per un verso, egli rappresenta un organo tipicamente giudiziario, essendo competente a svolgere le indagini e ad esercitare l'azione penale, ma gli sono al contempo riconosciute prerogative che hanno un forte 'sapore' politico, essendo tenuto a verificare l'impatto della sua attività repressiva sugli equilibri interni agli Stati.

Per altro verso, nel sistema della Corte, sembra sfumare la distinzione tra la figura del giudice e quella dell'accusatore. Infatti, il Procuratore risulta, per certi versi, assimilabile alla figura del *prosecutor* tipica degli ordinamenti di matrice *adversary*, ma possiede al contempo alcuni tratti che lo accomunano al giudice istruttore di stampo inquisitorio, poiché deve orientare la propria attività investigativa all'accertamento della verità e può essere ricusato.

Anche i controlli sulle iniziative del Procuratore, a cui è dedicata l'ultima parte del lavoro, presentano natura atipica, poiché non solo sono esercitati sia da organi giudiziari, sia da organi politici, interni ed esterni al sistema della Corte, ma anche perché riguardano decisioni abdicative dell'accusa fondate su scelte di discrezionalità politica, discostandosi così anche dai sistemi giuridici in cui vige il principio di opportunità, nei quali generalmente non è contemplato alcun sindacato sulla rinuncia all'esercizio della *potestas agendi*.

Il quadro che ne risulta appare al contempo complesso e sfuggente.

Complesso poiché le prerogative dell'accusa non risultano inquadrabili negli schemi tradizionali, richiedendo un netto salto di paradigma, che impone di pensare a nuovi modelli e a inedite categorie concettuali.

Sfuggente perché le soluzioni normative adottate dallo Statuto sovente presentano contorni non ben definiti (ci si riferisce in particolare al fatto che impiegano concetti *floue* come l'equità e gli interessi della giustizia) e appaiono fortemente innervate da componenti politiche (si pensi solo al potere riconosciuto al Consiglio di Sicurezza di impedire

l'apertura o la prosecuzione di un procedimento davanti alla Corte, ove ritenga che ciò possa incidere sulla pace e sulla sicurezza internazionale), che rendono precaria la tenuta del sistema e che generano spesso (insanabili) contraddizioni.

In questa prospettiva, si è cercato di dare un ordine alla materia, tentando di costruire una sorta di 'dogmatica' della funzione d'accusa nel sistema della Corte, anche attraverso l'elaborazione di un lessico più confacente alle peculiari caratteristiche che essa presenta.

Quando una tale operazione non è stata possibile, si sono denunciate le incongruenze, elaborando proposte di riforma.

PARTE I
PROFILI GENERALI

CAPITOLO I

CARATTERISTICHE DELLA GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. La necessità di mettere preliminarmente a fuoco le caratteristiche della giustizia penale internazionale. – 2. Gli obiettivi della giustizia penale internazionale e la sua intrinseca politicITÀ. – 3. La natura flessibile delle norme sostanziali e processuali. – 4. I tribunali penali internazionali tra *civil law* e *common law*: modelli processuali ibridi.

1. *La necessità di mettere preliminarmente a fuoco le caratteristiche della giustizia penale internazionale.*

Al fine di affrontare convenientemente lo studio sulla funzione d'accusa nel sistema della Corte penale internazionale appare anzitutto opportuno mettere a fuoco le caratteristiche generali del contesto nel quale tale funzione si trova ad operare.

Ciò deve essere fatto sotto due profili. Anzitutto, ponendo in risalto le peculiarità che in generale caratterizzano la giustizia penale internazionale. E, in secondo luogo, evidenziando le specificità che il sistema della Corte presenta rispetto ai modelli di giustizia penale internazionali precedenti.

Sotto il primo aspetto, occorre subito porre in luce che quando si parla di sistemi di giustizia penale che operano a livello internazionale ci si muove in un ambito rispetto al quale solo in parte si possono riproporre le dinamiche e le categorie che caratterizzano i contesti nazionali. In una dimensione globale, non è, infatti, possibile rinvenire un apparato istituzionale completo¹ che riproponga l'impalcatura di quelli

¹Come osserva T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Giuf-

presenti all'interno degli ordinamenti interni, dato che mancano organi che svolgano funzioni legislative o che esercitino il potere esecutivo², non potendo tali prerogative essere riconosciute alle Nazioni Unite³, le quali costituiscono un organo che ha la funzione di favorire la cooperazione fra gli Stati in materia economica, di tutela dei diritti umani e di sicurezza globale⁴.

I sistemi di giustizia penale internazionale operano, dunque, alla stregua di monadi in un contesto caratterizzato dall'assenza di quel complesso apparato di istituzioni e controlli reciproci⁵ che contraddistinguono le realtà statuali⁶. Sotto questo profilo, l'ordinamento interna-

frè, 2005, p. 23. V. anche G. SCHWARZENBERGER-E.D. BROWN, *A Manual of International Law*, VI ed., Professional Books Limited, 1976, p. 7, che considerano l'ordinamento internazionale come una società "non organizzata" o "non integrata", e G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, trad. it. a cura di M. Petrozziello, I, Società editrice libraria, 1921, p. 669, il quale sostiene che si debba parlare di una "comunità anarchica".

²Come, del resto, posto in luce dalla giurisprudenza dei tribunali penale internazionali. In questa prospettiva, si veda, in particolare, ICTY Appeals Chamber, *Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction*, IT-94-1, 2 ottobre 1995, § 43, secondo la quale "it is clear that the legislative, executive and judicial division of powers which is largely followed in most municipal systems does not apply to the international setting".

³Le Nazioni Unite rappresentano un'organizzazione internazionale, che è stata creata nel 1945 e a cui compete, tra l'altro, il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, la cooperazione economica e la tutela dei diritti umani. Si tratta di un organismo che intrattiene strettissime relazioni con i sistemi di giustizia penale internazionale, avendo creato i tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda e avendo promosso la conferenza diplomatica che ha approvato lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale. Sul sistema delle Nazioni Unite e sui poteri ad esso attribuiti si veda, per tutti, B. CONFORTI-C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Cedam, 2020, p. 1 ss.

⁴Cfr., in generale, su questo aspetto, cfr., *ex multis*, R. AGO, *L'organizzazione internazionale dalla Società delle nazioni alle Nazioni Unite*, in *Comunità internaz.*, I, 1946, p. 5 ss.; T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, cit., p. 126 s.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, 2021, p. 163 ss.; B. CONFORTI-C. FOCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 8.

⁵Cfr. G. SILVESTRI, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, p. 670 ss.

⁶In questa prospettiva, cfr. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Deter-*

zionale⁷ si differenzia anche da quello dell'Unione europea⁸, che prevede al suo interno organi con poteri legislativi – il Parlamento – ed esecutivi – la Commissione e il Consiglio⁹ – anche se in tale contesto manca un sistema giudiziario completo in materia penale¹⁰; solo di recente è stata istituita una Procura europea, peraltro finalizzata esclusivamente al perseguimento di specifici reati (quelli che ledono gli interessi finanziari dell'Unione) e a cui comunque non corrisponde un organo giurisdizionale europeo¹¹ con il

mined, John Murray Press, 1832, p. 197 ss.; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1981, ed. it. a cura di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, 2002, p. 247 ss., i quali pongono altresì in dubbio la giuridicità del diritto internazionale. Cfr. anche N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993, p. 138 ss.

⁷Secondo alcuni sarebbe preferibile parlare di “società” anziché di “ordinamento”, poiché in una dimensione internazionale, dove manca un'organizzazione pubblica capace di curare gli interessi generali, sembrano valere logiche simili a quelle riscontrabili nei rapporti di tipo privatistico. In tal senso, cfr. G. ARANGIO-RUIZ, *Reflections on the Problem of Organization in Integrated and Non Integrated Societies*, in *Riv. dir. int.*, 1961, p. 587.

⁸Come osserva M. PANZAVOLTA, *Lo statuto del pubblico ministero europeo (ovvero, ologramma di un accusatore continentale)*, in M.G. COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale nella costituzione europea*, Giappichelli, 2005, p. 181, l'ordinamento dell'Unione presenta a sua volta connotati atipici. Infatti, nei confronti di quest'ultimo “la semplice trasposizione di alcuni schemi di ragionamento validi per gli ordinamenti statali potrebbe essere inadeguata”, essendo necessario “maneggiare le classiche categorie scientifiche, ma con adeguato pragmatismo”.

⁹Nell'ambito dell'Unione europea, in realtà, la ripartizione di competenze non è così netta. Infatti, la Commissione, pur essendo organo esecutivo, è titolare dell'iniziativa legislativa, mentre il Consiglio non esercita solo il potere esecutivo, ma è anche organo legislativo insieme al Parlamento. Cfr. su questi profili R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, V ed., Giuffrè, 2022, p. 15.

¹⁰Per un raffronto tra la giustizia penale in una dimensione internazionale e la giustizia penale nell'ambito dell'Unione europea ci permettiamo di rinviare a M. BOLOGNARI, *Un prototipo di giustizia postmoderna: il sistema della Corte penale internazionale*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, il Mulino, 2016, p. 332.

¹¹Una simile sfasatura tra accusa (sovranzionale) e giurisdizione (nazionale) rappresenta un *unicum* nella storia della giustizia penale. A tale riguardo, si vedano i rilievi di R. ORLANDI, *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura di un pubblico mini-*

quale essa si possa rapportare all'interno del sistema eurounitario¹².

Per contro, a livello internazionale, pur in assenza di quel livello di omogeneità culturale che, nonostante le diversità che caratterizzano i vari ordinamenti nazionali, è comunque riscontrabile all'interno dell'Unione europea, sono stati realizzati sistemi di giustizia completi, comprensivi di accusa e giurisdizione. Tali sistemi operano però in un contesto che alcuni definiscono "primitivo"¹³, in quanto nel suo ambito gli organi giudiziari non appaiono politicamente asettici. Nel contesto della giustizia penale internazionale, infatti, vengono in gioco, come diremo¹⁴, aspetti di natura politica¹⁵ che non trovano rispondenza né giustificazione in un sistema statale¹⁶.

Un ulteriore profilo che connota in modo peculiare i sistemi di giustizia penale internazionale è rappresentato dal fatto che essi sono stati realizzati a seguito di fenomeni storici che hanno determinato profondi cambiamenti sociali e politici. Basti pensare che i Tribunali militari internazionali di Norimberga (TMIN) e di Tokyo (TMIT) sono stati istituiti a conclusione della seconda guerra mondiale, mentre i Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia (TPIJ) e per il Ruanda (TPIR) sono stati creati per sanzionare i crimini commessi nell'ambito dei conflitti di natura 'etnica' che hanno insanguinato quei Paesi. Anche la Corte penale in-

stero europeo, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Giuffrè, 1999, p. 210.

¹²L'art. 86.2 t.f.u.e. prevede infatti che la giurisdizione è esercitata dai giudici nazionali, davanti ai quali si celebrano i dibattimenti per i reati perseguiti dalla Procura europea. In proposito, si vedano i rilievi di F. RUGGIERI, *Il pubblico ministero europeo: uno sconosciuto tra di noi*, in *Proc. pen. giust.*, 6, 2013, p. 2.

¹³Cfr. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, 1920, ed. it. a cura di A. Carrino, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Giuffrè, 1989, p. 465 ss. Nella medesima prospettiva, cfr. T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, cit., p. 24.

¹⁴V. *infra*, I.I.2.

¹⁵In questa prospettiva, in rapporto al sistema della Corte penale internazionale, cfr. K.A. RODMAN, *Justice as a Dialogue Between Law and Politics*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2014, p. 437 ss.

¹⁶Sui conflitti che tale assetto determina cfr. J. MEERNIK, *Justice, Power and Peace: Conflicting Interests and Apprehension of ICC Suspects*, in *International Criminal Law Review*, 2013, p. 169 ss.

ternazionale, pur non rispondendo a logiche emergenziali, si colloca all'esito di un percorso che, dopo il crollo del muro di Berlino e la fine della guerra fredda, ha mutato il volto della comunità internazionale, la quale, in un clima di ritrovata coesione, ha riconosciuto per la prima volta nella storia la necessità di realizzare una giurisdizione sovranazionale permanente volta a perseguire crimini di particolare gravità¹⁷.

Questi vari eventi, che hanno avuto un forte impatto sugli equilibri mondiali, coinvolgendo l'umanità nel suo insieme, hanno dimostrato come non potesse essere ritenuta sufficiente una risposta esclusivamente interna a crimini di tale portata. In questa prospettiva, gli Stati, rinunciando alla loro tradizionale prerogativa di sovranità rispetto alla gestione della giustizia penale, hanno accettato di delegare¹⁸ o, come meglio diremo, di condividere¹⁹ l'esercizio della potestà punitiva rispetto a simili crimini a sistemi di giustizia penale internazionale.

2. *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale e la sua intrinseca politicità.*

Si può dunque subito evidenziare come la politicità rappresenti un connotato di fondo costante, anche se suscettibile di esprimersi in modi e forme diverse, di tutti i sistemi di giustizia penale internazionale. Essa può essere considerata sotto un duplice profilo²⁰.

¹⁷ Sono tassativamente individuati dall'art. 5 dello Statuto di Roma. Si tratta del genocidio, dei crimini di guerra, contro l'umanità e di aggressione. In generale sui crimini di competenza della Corte si vedano gli scritti contenuti in E. AMATI-M. COSTI-E. FRONZA-P. LOBBA-E. MACULAN-A. VALLINI (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, 2020.

¹⁸ Come è avvenuto con la creazione dei tribunali istituiti dopo il secondo conflitto mondiale, a cui era affidato in via esclusiva il compito di giudicare i c.d. *major responsible* di crimini di guerra e contro l'umanità (v. *infra*, I.II.2).

¹⁹ Ci si riferisce, in particolare, alla Corte penale internazionale, la quale rappresenta un sistema di giustizia sussidiario, a cui spetta giudicare i crimini di sua competenza solo nel caso in cui l'autorità giudiziaria interna non voglia o non sia in grado di perseguirli (v. *infra*, I.II.4).

²⁰ Sulle molteplici sfaccettature che presenta la giustizia penale internazionale v. F.

Per un verso, i tribunali penali internazionali sono sottoposti ad un controllo di tipo politico da parte di entità esterne, come gli Stati o le organizzazioni internazionali, che ne condizionano profondamente l'operato. Basti pensare al potere che, nell'ambito del sistema della Corte penale internazionale, lo Statuto di Roma, il quale ne rappresenta l'atto fondativo²¹, riconosce al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, che può impedire l'apertura di un'indagine o sospendere un procedimento penale in atto quando ritenga che ciò sia necessario per tutelare la pace e la sicurezza internazionale²².

Per altro verso, va posto in luce che un certo tasso di politicità caratterizza anche le scelte degli stessi organi giudiziari che appartengono a questi sistemi di giustizia penale internazionale. Ci si riferisce, ad esempio, al fatto che gli imputati giudicati dal Tribunale militare internazionale di Norimberga erano stati selezionati dall'ufficio della Procura non solo e non tanto in base alla loro responsabilità rispetto ai crimini commessi, quanto piuttosto in base alla posizione che essi ricoprivano nell'ambito della gerarchia militare ed economica del regime nazista²³; un parametro, all'evidenza marcatamente arbitrario, ma rispondente all'obiettivo di esprimere un giudizio morale negativo nei confronti di un intero apparato che aveva sostenuto politicamente ed economica-

JESSBERGER-J. GENEUSS, *The Many Faces of the International Criminal Court*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, p. 1081 ss.

²¹ Si tratta di un trattato multilaterale che è stato adottato il 17 luglio 1998 all'esito della Conferenza diplomatica tenutasi a Roma (A/CONF.183/9) ed è entrato in vigore l'1 luglio 2002 con il deposito del sessantesimo strumento di ratifica presso la Segreteria delle Nazioni Unite (art. 126).

²² Per un esame delle caratteristiche e dei presupposti che giustificano l'esercizio del potere sospensivo da parte del Consiglio di Sicurezza, nonché delle sue implicazioni sulla funzione d'accusa, v. *infra*, III.II.II.2.

²³ Infatti, erano stati giudicati dal Tribunale di Norimberga alcuni proprietari delle industrie belliche che, pur non essendo responsabili dei direttamente dei crimini, avevano prodotto armi per il *reich* e, per questa ragione, erano considerati complici del regime nazista, avendo consentito di alimentarne le politiche espansionistiche. In quest'ottica, cfr. A. TUSA-J. TUSA, *The Nuremberg Trial*, Atheneum, 1983, p. 92; B.F. SMITH, *Reaching Judgement at Nuremberg*, Basic Books, 1977, p. 64, nonché W.R. HARRIS, *Tyranny on Trial: The Evidence at Nuremberg*, Southern Methodist University Press, 1954, p. 29.

mente il *Reich*²⁴. Politiche appaiono pure talune scelte rimesse all'organo d'accusa della Corte penale internazionale: lo si vedrà parlando del potere che egli ha di rinunciare alla *potestas agendi* ove rilevi che la prosecuzione del procedimento potrebbe rivelarsi contraria al parametro flessibile e generico degli interessi della giustizia²⁵.

Questi profili peculiari sembrano dipendere dalla tipologia dei particolari crimini che i sistemi di giustizia in esame mirano a perseguire, i quali assumono essi stessi connotazioni intrinsecamente politiche. Si pensi al genocidio²⁶, ai crimini di guerra, di aggressione e a quelli contro l'umanità: essi hanno un notevole impatto sulle relazioni internazionali, sulla stabilità istituzionale di un Paese e sulla coesione sociale di un popolo, essendo inoltre commessi nella maggior parte dei casi da soggetti che ricoprono posizioni apicali all'interno degli Stati e che, con le loro azioni criminose, hanno anch'essi perseguito il più delle volte obiettivi *lato sensu* politici²⁷.

Da questo punto di vista, emerge un ulteriore tratto peculiare che accomuna i diversi sistemi di giustizia penale internazionale. La natura dei crimini di cui si occupano ne modella le finalità, le quali assumono in questo contesto carattere atipico²⁸. Tali sistemi di giustizia non mirano infatti solo all'accertamento dei fatti, ma perseguono anche obiettivi

²⁴ Cfr. D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, 2006, p. 140 ss.

²⁵ Come si vedrà, in questa categoria potrebbero essere ricomprese istanze di tipo *lato sensu* politico, come, ad esempio, l'esistenza di processi di riconciliazione nazionale (v. *infra*, III.I.II.5).

²⁶ La configurazione del genocidio come fattispecie criminosa autonoma rispetto ai crimini contro l'umanità è avvenuta solo una volta concluso il processo di Norimberga con la Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio (1948). Per una ricostruzione delle tappe che hanno portato all'elaborazione di questo crimine cfr. Cfr. E. FRONZA, *Il crimine di genocidio*, in E. AMATI-M. COSTI-E. FRONZA-P. LOBBA-E. MACULAN-A. VALLINI (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., p. 337 ss.

²⁷ Come evidenziato da P.P. PORTINARO, *Introduzione*, in A. DEMANDT, *Processare il nemico*, Einaudi, 1996, p. IX.

²⁸ Cfr. M. KLAMBERG, *Unification or Fragmentation? Structural Tendencies in International Criminal Procedure*, in C. STAHN-L.J. VAN DEN HERIK (eds.), *The diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Martinus Nijhoff, 2012, p. 593 ss.

ulteriori²⁹, che non trovano riscontro nei sistemi di giustizia penale che caratterizzano gli ordinamenti interni³⁰. Si allude al fatto che la giustizia penale internazionale persegue anche l'esigenza di elaborare un'accurata ricostruzione storica degli eventi³¹, a beneficio sia delle vittime di crimini internazionali³², sia delle generazioni future³³, attraverso una minuziosa analisi delle matrici sociali, politiche e culturali che hanno propiziato la commissione dei crimini in questione; si sostiene inoltre che tale giustizia penale persegue anche l'obiettivo di ricomporre il conflitto generato dalla commissione di tali reati³⁴, favorendo l'elabora-

²⁹ Per un'individuazione ed un'analisi di questi obiettivi cfr. M. SCHRAG, *Lessons Learned from ICTY Experience*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, p. 428; G.J. BASS, *Stay the Hand of Vengeance. The Politics of War Crimes Tribunal*, Princeton University Press, 2000, p. 284.

³⁰ La molteplicità di obiettivi che perseguono i tribunali penali internazionali viene fortemente criticata da M. DAMAŠKA, *L'incerta identità delle corti penali internazionali*, in *Criminalia*, 2006, p. 9 ss.

³¹ In una prospettiva critica rispetto al riconoscimento di tale finalità ai tribunali penali internazionali cfr. H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Viking Press, 1964, p. 253; v. anche M. DAMAŠKA, *op. ult. cit.*, p. 30-32, il quale esprime un giudizio fortemente critico sull'aspirazione dei Tribunali penali internazionali di ricostruire la verità storica, evidenziando come sarebbe opportuno affidare invece tale compito ad una commissione di esperti. Più in generale, sulle differenze e sulle intersezioni tra il metodo del giudice e quello dello storico, cfr. P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, XVII, 1939, p. 105 ss.

³² Ciò vale soprattutto con riguardo al sistema della Corte, dove le vittime, come si vedrà, assumono un'inedita centralità (v. *infra*, I.II.4).

³³ Rispetto a questa finalità, con specifico riguardo al processo di Norimberga, cfr. A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. II. Diritto processuale*, il Mulino, 2006, p. 16, il quale evidenzia come gli atti processuali costituiscano un mezzo di raccolta e conservazione di documenti storici, rappresentando al contempo un monito per le future generazioni. In una simile prospettiva, con specifico riguardo al sistema della Corte penale internazionale, cfr. P. HOFMAŃSKI, *Presentation of the Court's annual report to the UN General Assembly*, 10 November 2021, p. 8, secondo il quale "The ICC is above all a forward-looking institution, a structure of the rule of law built for the well-being of current and future generations".

³⁴ Come si evince plasticamente dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite che hanno istituito i tribunali penali internazionali per l'ex Jugoslavia (risoluzione n. 827 del 1993, *considerando* 6) e per il Ruanda (risoluzione n. 955 del 1994, *considerando* 7).

zione di una serie di soluzioni volte a realizzare forme di pacificazione sia a livello interno sia a livello globale³⁵; infine, essa svolge pure una finalità di tipo paideutico³⁶, nella prospettiva di diffondere nella comunità internazionale la consapevolezza delle atrocità commesse per evitare che esse possano ripetersi in futuro³⁷. Si tratta di obiettivi che rendono

³⁵ Cfr. H. KELSEN, *Peace through Law*, University of North Carolina Press, 1944, p. 14, il quale rilevava come la pace potesse costituire un obiettivo conseguibile attraverso l'istituzione di una Corte internazionale di giustizia che operasse come un organo terzo, superiore e imparziale rispetto alle contese fra gli Stati e che avesse alle sue dipendenze una forza di polizia internazionale. Secondo D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, 2006, p. 101, la giustizia penale internazionale, garantendo la tutela dei diritti umani in una dimensione sovranazionale, offre un contributo decisivo per il mantenimento della pace globale. Nella medesima prospettiva, cfr. pure M.A. PASCULLI, *Giustizia penale internazionale*, in *Dig. disc. pen.*, X, 2018, p. 307.

³⁶ Cfr. A. CASSESE, *From Nuremberg to Rome: International Military Tribunal to the International Criminal Court*, in A. CASSESE-P. GAETA-J.R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford University Press, 2002, p. 6; v. anche H. ASCENSIO-E. DEACAU-A. PELLET, *Introduction*, in IID. (sous la dir. de), *Droit international penal*, Éditions A. Pedone, 2000, p. 2, i quali osservano come “*Il faut néanmoins rappeler que la justice pénale internationale n’a pas pour seule finalité une action répressive. Elle a peut-être tout autant un but préventif, dissuasif, voire ‘pédagogique’*”.

³⁷ Il processo penale internazionale mira dunque a realizzare una giustizia che sia al contempo esemplare e retributiva, che possa ristorare le vittime, ricostruire la storia, rinforzare i valori sociali, e che educi le generazioni future: cfr. M.C. BASSIOUNI, *Historical Survey: 1919-1998*, in ID., *The Statute Of The International Criminal Court: A Documentary History*, vol. 1, Transnational Publishers, 1998, p. 2. In un’analoga prospettiva, v. anche M. CAIANIELLO-E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, cit., p. 319, i quali osservano che “lungi dal limitarsi a verificare l’esperibilità della pretesa punitiva avanzata dalla parte pubblica nei confronti dell’imputato [...], il processo penale disciplinato dagli statuti internazionali punta a raggiungere la *giustizia* quale valore etico, attraverso una rilettura storico-politica degli avvenimenti nel cui contesto i crimini internazionali sono stati compiuti”. La riabilitazione e il reinserimento sociale del condannato non sembrano, invece, obiettivi perseguiti dagli statuti dei tribunali penali internazionali, che risultano incentrati essenzialmente sulla pena detentiva. La stessa giurisprudenza di tali sistemi di giustizia appare assestata su posizioni che valorizzano la funzione retributiva/generalpreventiva della pena, considerando la prospettiva rieducativa un obiettivo che, data la dimensione sovranazionale in cui questi sistemi operano, appare difficilmente conseguibile. A tale riguardo, si vedano, ad esempio, i rilievi contenuti in un’importante sentenza della Corte penale inter-

notevolmente più complessa l'azione dei tribunali internazionali³⁸, anche perché tali finalità possono talora porsi in antagonismo reciproco le une con le altre³⁹. Basti pensare al conflitto che potrebbe sorgere tra l'esigenza dell'accertamento penale e l'obiettivo di favorire il ripristino della pace, che potrebbe essere suscettibile di essere meglio conseguito attraverso una mediazione politica che non preveda la persecuzione di coloro che hanno commesso i crimini internazionali.

La ricerca di un punto di equilibrio tra queste molteplici finalità presenta profili di ulteriore complessità nel sistema della Corte penale internazionale. Infatti, a differenza dei tribunali penali internazionali postbellici e di quelli istituiti *ad hoc* per perseguire i crimini commessi in ex Jugoslavia e Ruanda, i quali erano stati istituiti per far fronte a situazioni contingenti in un contesto spaziale e temporale limitato, la Corte opera, per un verso, su scala mondiale e, per altro verso, presenta natura sussidiaria, potendo perseguire i crimini di sua competenza solo ove gli Stati

nazionale (Trial Chamber II, *Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute*, ICC-01/04-01/07, 23 May 2014, § 38), dove si afferma che “*on the one hand, punishment, or the expression of society’s condemnation of the criminal act and of the person who committed it, which is also a way of acknowledging the harm and suffering caused to the victims; and, on the other hand, deterrence, the aim of which is to deflect those planning to commit similar crimes from their purpose. [...] Lastly, the extent to which the sentence reflects the culpability of the convicted person addresses the desire to ease that person’s reintegration into society, although, in particular in the case of international criminal law, this goal cannot be considered to be primordial as the sentence on its own cannot ensure the social reintegration of the convicted person*”.

³⁸ Come rilevato da G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in ID.-C. VISCONTI (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all’elaborazione dei conflitti individuali*, Giappichelli, 2009, p. 17, ci si trova di fronte a un “sovraccarico di obiettivi, per giunta talmente impegnativi che è oltremodo difficile [...] addossarli tutti sulle spalle del processo penale”.

³⁹ In questo senso cfr. M. DAMAŠKA, *L’incerta identità delle corti penali internazionali*, cit., p. 12 ss. V. anche M. CAIANIELLO, *Il processo penale nella giustizia internazionale: casi giurisprudenziali dall’esperienza dei tribunali ad hoc*, in G. ILLUMINATI-L. STORTONI-M. VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Giappichelli, 2000, p. 159; in un’analoga prospettiva, si vedano i rilievi di J.E. MÉNDEZ-J. KELLEY, *Peacemaking, justice and the ICC*, in C. DE VOS-S. KENDALL-C. STAHN (eds.), *Contested Justice. The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, Cambridge University Press, 2015, p. 438.

non vogliano o non siano in grado di farlo. In questa dimensione ‘multi-livello’, dove coesistono più piani di intervento (quello della Corte e quello statale), l’obiettivo dell’accertamento della responsabilità penale va bilanciato con altre istanze di tipo *lato sensu* politico di cui si fanno promotori vari organi ed entità. Da un lato, gli Stati a cui spetta la giurisdizione primaria sui crimini internazionali, ma che, al fine di favorire la riconciliazione nazionale, potrebbero pure ritenere preferibile implementare soluzioni alternative al processo penale, come, ad esempio, l’istituzione di commissioni verità riconciliazione o l’approvazione di provvedimenti di amnistia. Dall’altro, la Corte – e, in particolare, il suo Procuratore – che deve farsi carico di perseguire i crimini internazionali in caso di inerzia da parte degli Stati, ma che potrebbe pure astenersi dall’intervenire, ove rilevasse che a livello interno sono stati istituiti meccanismi di giustizia riconciliativa e che questi ultimi consentono di ripristinare il tessuto sociale lacerato dalla commissione di tali reati. In questo scenario si affaccia un altro cruciale attore – il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite – che può impedire l’apertura o sospendere la prosecuzione del procedimento penale internazionale per tutelare la pace e la sicurezza globale. Esigenza quest’ultima che, pur riconducibile ad un più generale concetto di pacificazione, non sembra poter rientrare, come meglio si vedrà⁴⁰, tra le finalità perseguite dalla Corte⁴¹.

3. *La natura flessibile delle norme sostanziali e processuali.*

Un ulteriore tratto peculiare della giustizia penale internazionale emerge anche in rapporto ad un altro profilo, che è intimamente legato alla sua connotazione politica, alla molteplicità di obiettivi che la connota, nonché alla natura flessibile che caratterizza il diritto internazionale⁴². Ci

⁴⁰ V. *infra*, III.I.II.7.

⁴¹ Si vedano al riguardo le precisazioni contenute in Office of the Prosecutor, *Policy Paper on the Interests of Justice*, September 2007, p. 8-9.

⁴² Come sottolinea A. CASSESE, *Diritto internazionale*, IV ed. a cura di M. Frulli, il Mulino, 2021, p. 27 ss., il diritto internazionale si contraddistingue per la sua natura ibrida e compromissoria; tutte caratteristiche che si ricollegano alla sua vocazione uni-

si riferisce al fatto che, in questo contesto, le norme processuali e sostanziali sono tendenzialmente formulate in termini di principi, anziché di regole⁴³, assumendo così un carattere duttile ed essendo dotate di una certa indeterminatezza, che consente loro di adattarsi alle circostanze del caso concreto. In questo contesto, entrano in gioco, da un lato, concetti *floue*, come l'equità⁴⁴, o gli interessi della giustizia e delle vittime⁴⁵, che appaiono funzionali alla realizzazione di un temperamento dei molteplici valori rinvenibili nell'ambito del processo penale internazionale; dall'altro, sul piano del diritto sostanziale, nozioni che consentono agli organi giudiziari di modellare l'area del penalmente rilevante con un consistente margine di discrezionalità, di cui può essere un esempio la "sufficiente gravità dei crimini", o i non meglio specificati "altri atti inumani", i quali sono considerati punibili come crimini contro l'umanità, o "l'esistenza di un conflitto armato", che rappresenta uno degli elementi costitutivi dei crimini di guerra⁴⁶.

versale, essendo concepito per tutelare beni giuridici che fanno capo alla comunità internazionale nel suo complesso. Con specifico riguardo alla flessibilità che caratterizza le norme sostanziali e processuali nel quadro della giustizia penale internazionale si vedano le riflessioni di M. VOGLIOTTI, *Al di là delle dicotomie: ibridismo e flessibilità del metodo di ricostruzione del fatto nella giustizia penale internazionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 294 ss. Una simile connotazione flessibile caratterizza anche il diritto europeo, il quale, nella prospettiva di governare il molteplice, appare strutturato non tanto secondo il modello 'rigido' della fattispecie quanto piuttosto secondo quello 'fuzzy' dei principi. A tale riguardo, cfr. M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, 1986, ed. it. a cura di F. PALAZZO, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, 1992, p. 1 ss.; R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 72 ss.

⁴³ Sulla distinzione tra principi e regole si veda, per tutti, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, ed. it. a cura di N. Muffatto, il Mulino, 1982, p. 92 ss.

⁴⁴ Basti pensare all'art. 69.4 Statuto di Roma, in base al quale, nella fase di ammissione delle prove, il giudice deve verificare "*any prejudice that such evidence may cause to a fair trial or to a fair evaluation of the testimony of a witness, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence*".

⁴⁵ Si tratta di fattispecie a formazione frazionata, nel senso che esse risultano "dagli estremi specificamente previsti nella norma e dall'ulteriore elemento che si desume dal risultato di una valutazione successiva": cfr. F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, Giappichelli, 1957, p. 170.

⁴⁶ Una simile flessibilità sembra dipendere dal fatto che il diritto penale internazionale "si afferma per superare le barriere poste dagli eccessi formalistici posti dalle leg-

Una simile flessibilità delle norme sostanziali e processuali determina conseguentemente una concezione di legalità diversa e autonoma⁴⁷ rispetto a quella di matrice illuministica rinvenibile in ordinamenti statuali di *civil law* come il nostro⁴⁸, la quale presuppone l'elaborazione di fattispecie rigide e tassative⁴⁹ al fine di garantire la stabilità e la certezza del diritto⁵⁰. Infatti, nel contesto della giustizia penale internazionale, la disciplina processuale e sostanziale è impostata secondo una logica non formalistica con una forte impronta fattuale⁵¹.

gi nazionali, utilizzate a copertura di atrocità e ingiustizie contro ogni senso di umanità". Così V. MILITELLO, *Crimini internazionali e principi del diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 2011, p. 194.

⁴⁷In questi termini, cfr. A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, in G. LATTANZI-V. MONETTI (coordinato da), *La Corte penale internazionale. Organi, competenza, reati, processo*, Giuffrè, p. 219.

⁴⁸V. anche, con specifico riguardo al diritto penale sostanziale, G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, p. 122 ss., il quale riconduce il progressivo indebolimento del principio di legalità alla perdita di centralità del parlamento, al complessivo impoverimento culturale, nonché alla perdita di capacità progettuale della politica. In generale, sulle erosioni che caratterizzano la legalità a livello interno cfr., fra i molti, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011; F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, cit., p. 229 ss.; C.E. PALIERO *et al.* (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Edizioni scientifiche italiane, 2016. Forti contraccolpi si registrano anche sul fronte della legalità processuale. Anch'essa subisce una profonda crisi per effetto, da un lato, del sempre più frequente ricorso ad elementi elastici caratterizza l'elaborazione delle norme e, dall'altro, dalla penetrazione del diritto europeo. Cfr., a tale riguardo, R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 75.

⁴⁹Che consentono di delineare in modo esaustivo i limiti del potere dell'autorità. In questo senso, v. M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, 1998, p. 181-182; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1990, p. 6-8 e p. 67-74; F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Indice pen.*, 1989, p. 330.

⁵⁰Per un esame delle caratteristiche che presenta la concezione 'classica' della legalità penale sostanziale e processuale cfr. A. BOSCARELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur.*, vol. XXI, 1990, p. 4 ss.; F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, 1993, p. 346 ss.; G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, 1994, p. 279 ss.

⁵¹Cfr., a tale riguardo, M. CAIANIELLO-E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, cit., p. 320. In una simile prospettiva, in rappor-