

## LA RICOSTRUZIONE DI PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO DA PARTE DEI TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Le funzioni attribuite ai principi generali di diritto nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali *ad hoc*. — 3. Il processo metodologico di ricostruzione dei principi generali di diritto comuni agli ordinamenti interni: l'uso del metodo comparativo. — 4. *Segue*. la rilevanza della legislazione dello Stato che dovrebbe esercitare normalmente la giurisdizione sul crimine. — 5. La compatibilità dei principi generali di diritto di origine interna con l'ordinamento internazionale. — 6. *Segue*. la tutela dei diritti umani quale principale limite di compatibilità. — 7. Soluzioni alle quali il giudice può ricorrere nel caso in cui sia impossibile ricostruire principi generali di diritto. — 8. Le prime indicazioni della giurisprudenza della Corte penale internazionale in merito alla ricostruzione dei principi generali di diritto.

1. La nozione di «principi generali di diritto» è da tempo controversa nella teoria delle fonti del diritto internazionale<sup>(1)</sup>, e lo è tuttora, in particolar modo per il ruolo che detti principi dovrebbero avere nel sistema delle fonti del diritto internazionale penale<sup>(2)</sup>.

La dottrina internazionalista ha inteso questa nozione in un duplice senso: come principi propri del diritto internazionale, desunti, mediante un procedimento di generalizzazione e di astrazione, dalle norme internazionali, consuetudinarie e convenzionali, in vigore; o

(1) Per una sintesi delle numerose tesi elaborate in dottrina circa la natura dei principi generali di diritto nell'ordinamento giuridico internazionale, si veda VITANYI, *Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées»*, in *Revue générale de droit int. public*, 1982, p. 48 ss.

(2) Sebbene il rapporto del Segretario generale delle Nazioni Unite sull'istituzione di un tribunale internazionale penale per la ex-Iugoslavia indicasse esplicitamente i principi generali di diritto come fonte sussidiaria cui il futuro tribunale avrebbe potuto attingere (*Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), Presented 3 May 1993*, UN Doc. S/25704 (1993)), gli statuti del Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia e del Tribunale penale internazionale per il Ruanda non contengono norme specifiche che richiamino detti principi.

come regole ricostruite a partire dalla rilevazione di principi comuni agli ordinamenti giuridici interni dei differenti Stati. Lo stesso art. 38, par. 1, lett. c), dello Statuto della Corte internazionale di giustizia che, fino ad oggi, era sostanzialmente l'unica disposizione normativa che forniva una definizione della nozione in esame, non risolve del tutto il problema della natura dei principi<sup>(3)</sup>. Dal canto suo, la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia ha fatto riferimento ai principi generali di diritto prevalentemente nel primo dei significati sopra delineati<sup>(4)</sup>. Solo di rado la Corte ha sottolineato la corrispondenza del principio di diritto internazionale da essa identificato con principi generali di diritto operanti negli ordinamenti interni<sup>(5)</sup>, mentre nei casi in cui si è trovata a constatare l'inesistenza di norme internazionali ha mostrato di non voler colmare la lacuna dell'ordinamento internazionale ricorrendo a principi generali di diritto desumibili dagli ordinamenti giuridici nazionali<sup>(6)</sup>. Peraltro, la limitata valorizzazione da parte della Corte dei principi comuni agli ordinamenti interni in funzione integrativa delle norme internazionali applicabili è stata giustificata sulla base della considerazione che un uso ampio di tali principi avrebbe potuto costituire per gli Stati un ostacolo all'accettazione della giurisdizione della Corte<sup>(7)</sup>.

La giurisprudenza dei tribunali penali internazionali *ad hoc*, al contrario, ha fatto ricorso anche ai principi generali di diritto de-

<sup>(3)</sup> Il citato articolo, che riproduce testualmente la norma dell'art. 38, par. 1, lett. c), dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, sembra peraltro indicare la necessità di ricostruire i principi attraverso una operazione logica che consideri i principi di diritto comuni agli ordinamenti statali.

<sup>(4)</sup> Per un'analisi sintetica ma puntuale dei procedimenti di ricostruzione dei principi generali di diritto ad opera della Corte internazionale di giustizia si rinvia agli scritti di GAJA, *Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 533 ss., e di SALERNO, *Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XI, Torino, 1996, p. 524 ss.

<sup>(5)</sup> Si vedano, ad esempio, la sentenza del 9 aprile 1949 relativa all'affare del *Canale di Corfù*, in *I.C.J. Reports*, 1949, p. 4 ss., p. 18, il parere del 13 luglio 1954 relativo agli *Effetti delle sentenze del Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite*, in *I.C.J. Reports*, 1954, p. 47 ss., p. 53 e la sentenza del 5 febbraio 1970 relativa all'affare della *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, in *I.C.J. Reports*, 1970, p. 3 ss., p. 39.

<sup>(6)</sup> Sentenza del 18 luglio 1966 relativa agli affari del *Sud-Ovest africano*, in *I.C.J. Reports*, 1966, p. 6 ss., p. 47; parere dell'11 luglio 1950 relativo allo *status internazionale del Sud-Ovest africano*, in *I.C.J. Reports*, 1950, p. 128 ss., p. 132.

<sup>(7)</sup> Per osservazioni in questo senso si veda FITZMAURICE, *The Future of Public International Law and of the International Legal System in the Circumstances of Today*, in *Institut de Droit international, Livre du Centenaire 1873-1973. Evolution et perspectives du droit international*, 1973, p. 196 ss., p. 325.

sunti dagli ordinamenti dei maggiori sistemi giuridici del mondo. Questo fenomeno è essenzialmente ricollegabile al fatto che la normativa internazionale penale ha mutuato la gran parte delle categorie e degli istituti giuridici dagli ordinamenti penali statali. È pertanto ragionevole che le giurisdizioni penali internazionali abbiano avuto la tendenza a rivolgersi frequentemente agli ordinamenti interni per interpretare le norme internazionali penali o colmarne le lacune<sup>(8)</sup>.

Della duplice natura dei principi generali di diritto sembra essersi preso atto nella stesura dello Statuto della Corte penale internazionale. Nell'elenco delle fonti di diritto applicabili dalla Corte, formulato dall'art. 21 dello Statuto<sup>(9)</sup>, infatti, i principi generali di diritto comuni agli ordinamenti interni (par. 1, lett. c) sono tenuti distinti dai principi di diritto internazionale (par. 1, lett. b)).

L'art. 21, par. 1, lett. c), dello Statuto della Corte penale internazionale costituisce il punto di partenza della nostra indagine relativa al metodo attraverso il quale vengono ricostruiti i principi generali di diritto da parte dei tribunali penali internazionali. Scopo di tale ricerca è quello di verificare, anche attraverso l'esame della giu-

<sup>(8)</sup> Sul punto, si veda CONDORELLI, *Fonti (dir. int.)*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da Cassese (S.)), Milano, 2006, p. 2554 ss., p. 2560. L'a. sottolinea come « [l]a creazione, a partire dai primi anni novanta del secolo scorso, di tribunali penali internazionali istituiti con atti normativi inevitabilmente molto lacunosi ha imposto — per assicurarne il funzionamento — l'"invenzione" di un diritto processuale penale internazionale per la costruzione del quale, in assenza di un congruo retroterra giuridico di diritto internazionale, si è dovuto attingere a piene mani alle esperienze dei diritti interni, e ciò malgrado le evidenti difficoltà nascenti dalla circostanza che questi sono spesso basati su principi molto diversi: si pensi così all'opposizione tra sistemi processuali a carattere inquisitorio e accusatorio, nonché ai *cocktails* tra di essi che si sono dovuti escogitare ».

<sup>(9)</sup> L'art. 21 dello Statuto della Corte penale internazionale stabilisce quanto segue: « 1. The Court shall apply: (a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence; (b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict; (c) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world-including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards.

2. The Court may apply principles and rules of law as interpreted in its previous decisions.

3. The application and interpretation of law pursuant to this article must be consistent with internationally recognized human rights, and be without any adverse distinction founded on grounds such as gender as defined in article 7, paragraph 3, age, race, colour, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, wealth, birth or other status. »

risprudenza dei tribunali penali internazionali *ad hoc*, i problemi interpretativi, nonché le possibili difficoltà applicative, alle quali può dar luogo la nozione di principi generali di diritto contenuta nel citato articolo.

2. L'applicazione di principi generali di diritto è utile laddove il diritto internazionale penale appare bisognoso di integrazione: ciò vale per ampi settori del diritto materiale, in particolare per ciò che concerne la definizione degli elementi dei crimini, i motivi di esonero della responsabilità penale individuale<sup>(10)</sup>, la procedura penale<sup>(11)</sup>, il regime delle pene<sup>(12)</sup>.

In questo senso, occorre sottolineare che, nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali *ad hoc*, i principi generali di diritto costituiscono una fonte sussidiaria del diritto internazionale penale. I tribunali, infatti, vi hanno fatto ricorso solo in assenza di una norma di diritto internazionale applicabile<sup>(13)</sup>. La natura di fonte sussidiaria riconosciuta a tali principi manifesta un atteggiamento di cautela da parte dei tribunali *ad hoc* nei confronti della possibilità di fare ricorso ad essi nella ricostruzione di istituti o regole di diritto internazionale penale. Anche l'art. 21 dello Statuto della Corte penale internazionale sembra accogliere la stessa soluzione, attribuendo na-

<sup>(10)</sup> Si veda il *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), Presented 3 May 1993*, UN Doc. S/25704 (2003), par. 58: «The International Tribunal itself will have to decide on various personal defences which may relieve a person of individual criminal responsibility, such as minimum age or mental incapacity, drawing upon general principles of law recognized by all nations.»

<sup>(11)</sup> Nell'ambito del regime di valutazione della prova, l'art. 89 (B) del regolamento di procedura e prova dei tribunali *ad hoc* afferma: «In cases not otherwise provided for in this Section, a Chamber shall apply rules of evidence which will best favour a fair determination of the matter before it and are consonant with the spirit of the Statute and the general principles of law.»

<sup>(12)</sup> Relativamente al regime di concessione della grazia e di commutazione delle pene, si veda l'art. 28 dello Statuto del Tribunale per la ex-Iugoslavia («...The President of the International Tribunal, in consultation with the judges, shall decide the matter on the basis of the interests of justice and the general principles of law») e l'analogo art. 27 dello Statuto del Tribunale per il Ruanda.

<sup>(13)</sup> Il Tribunale per la ex-Iugoslavia nel caso *Kuprekić et al.* (Camera di prima istanza II) ha affermato con chiarezza che «the normative corpus to be applied by the Tribunal *principaliter*, i.e. to decide upon the principal issues submitted to it, is international law. True, the Tribunal may be well advised to draw upon national law to fill possible lacunae in the Statute or in customary international law. For instance, it may have to peruse and rely on national legislation or national judicial decisions with a view to determining the emergence of a general principle of criminal law common to all major systems of the world» (par. 539).

tura sussidiaria ai principi generali di diritto comuni agli ordinamenti interni.

Nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali *ad hoc* i principi generali comuni agli ordinamenti interni sono stati richiamati, di volta in volta, con funzioni di interpretazione o di integrazione di norme internazionali, o ancora con una funzione semplicemente confermativa di norme già esistenti, disegnando percorsi che è realistico immaginare caratterizzeranno anche la giurisprudenza della Corte penale internazionale.

Sul piano dell'interpretazione, i principi generali di diritto sono stati utilizzati non solo per chiarire il contenuto e l'ambito applicativo di norme internazionali generali o convenzionali, ma anche quello di singole disposizioni dello Statuto o del regolamento di procedura e prova. Il caso *Talić*<sup>(14)</sup> può essere preso ad esempio per illustrare l'uso dei principi generali di diritto in funzione interpretativa. In esso, la Camera di prima istanza del Tribunale per la ex-Iugoslavia doveva valutare, alla luce dell'art. 15, lett. A), del regolamento<sup>(15)</sup>, la domanda di riconsuazione di un giudice sulla base di un pregiudizio paventato dall'imputato. In assenza di un esplicito riferimento a questa causa tra quelle menzionate nel citato articolo, il giudice ha reputato opportuno fare ricorso all'esame degli ordinamenti giuridici interni. L'interpretazione della norma del regolamento è stata condotta con l'ausilio di un ampio esame della giurisprudenza sia dei paesi di *common law*<sup>(16)</sup> sia dei paesi di *civil law*<sup>(17)</sup>. In relazione a questa prassi, la Camera ha riconosciuto che «there is [...] no difference in substance between the various legal systems as to the tests to be applied concerning the disqualification of judges»<sup>(18)</sup>, ritenendo dunque di poter includere il pregiudizio paventato da una delle parti in causa tra i motivi per i quali è

<sup>(14)</sup> *Prosecutor v. Brđanin, Talić* (Camera di prima istanza II), *Decision on application by Momir Talić for the disqualification and withdrawal of a judge*, 18 maggio 2000.

<sup>(15)</sup> L'art. 15, lett. A), del regolamento dispone che «[a] Judge may not sit on a trial or appeal in any case in which the Judge has a personal interest or concerning which the Judge has or has had any association which might affect his or her impartiality. The Judge shall in any such circumstance withdraw, and the President shall assign another Judge to the case.»

<sup>(16)</sup> *Prosecutor v. Brđanin, Talić* (Camera di prima istanza II), cit., paragrafi 9, 10, 11. In particolare, la Camera richiama la giurisprudenza di tribunali australiani, neozelandesi, canadesi, inglesi e statunitensi.

<sup>(17)</sup> *Ibidem*, par. 12, dove si fa riferimento alla giurisprudenza di tribunali tedeschi, francesi e italiani.

<sup>(18)</sup> *Ibidem*, par. 14.

possibile ricusare un giudice ai sensi dell'art. 15, lett. A), del regolamento.

In molti casi, peraltro, quella che inizialmente si configura come semplice esigenza interpretativa si risolve in una vera e propria integrazione delle regole internazionali da parte del giudice. Un esempio in tal senso è dato dal caso *Tadić*, nel quale la Camera d'appello è stata chiamata ad accertare l'esatta portata dell'art. 77 del regolamento, concernente il reato di oltraggio alla corte. Partendo dalla constatazione che il Tribunale aveva «the inherent power to deal with conduct which interferes with its administration of justice», la Camera ha ritenuto di dover definire il contenuto esatto di questo potere sulla base delle norme internazionali consuetudinarie. Solo nel momento in cui ha accertato che non esistono norme consuetudinarie in materia, la Camera ha rivolto la propria attenzione «to the general principles of law common to the major legal systems of the world, as developed and refined (where applicable) in international jurisprudence»<sup>(19)</sup>. L'esame comparativo incentrato sulla legislazione di alcuni paesi di *common law* (Gran Bretagna, Canada, Australia, Stati Uniti), di *civil law* (Germania e Francia), sul diritto cinese e su quello russo, ha portato ad affermare che «[t]he inherent power of the Tribunal to deal with contempt has necessarily existed ever since its creation, and the existence of that power does not depend upon a reference being made to it in the Rules of Procedure and Evidence»<sup>(20)</sup>.

Il riferimento ai principi generali di diritto finalizzato a colmare le lacune del diritto internazionale penale si configura così come una sorta di *extrema ratio* offerta ai giudici internazionali per emanare una sentenza<sup>(21)</sup>.

I principi generali di diritto sono stati richiamati talora anche al fine di confermare una soluzione alla quale il Tribunale era già pervenuto sulla base del diritto consuetudinario o convenzionale.

Nel caso *Erdemović*, dopo aver dedotto, a partire dalla giurisprudenza concordante dei tribunali militari internazionali di No-

<sup>(19)</sup> *Prosecutor v. Tadić* (Camera d'appello), *Judgment on Allegations of Contempt against Prior Counsel, Milan Vujin*, 31 gennaio 2000, par. 15.

<sup>(20)</sup> *Ibidem*, par. 28. Lo stesso principio è stato ribadito nel caso *Le Procureur c. Beqa Beqaj* (Camera di prima istanza), *Jugement relatif aux allégations d'outrage*, 27 maggio 2005, par. 12.

<sup>(21)</sup> In tal senso si sono espressi MCAULIFFE DEGUZMAN, *Article 21*, cit., p. 443; PELLET, *Applicable Law*, cit., p. 1076; BUCK, *La procédure pénale internationale et l'utilisation du droit comparé. Essai de modélisation*, in *La justice pénale internationale entre passé et avenir* (a cura di Chiavario), Paris, 2003, p. 55 ss., pp. 58-59; CASSESE (A.), *International Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 32.

rimberga e Tokyo, le condizioni necessarie per ammettere la costrizione morale e/o lo stato di necessità come causa giustificativa della responsabilità penale individuale, la Camera di prima istanza del Tribunale per la ex-Iugoslavia evocò anche i principi generali di diritto «as expressed in numerous national laws and case-laws»<sup>(22)</sup>, limitandosi peraltro a citare solo in una nota e a titolo di esempio l'art. 122 del codice penale francese e la giurisprudenza della Corte di cassazione di quel paese<sup>(23)</sup>.

Si può notare, almeno in prima approssimazione e senza avere la pretesa di offrire una lettura esaustiva dei dati di una giurisprudenza non sempre univoca, come per i tribunali penali internazionali *ad hoc* la garanzia di un corretto processo di ricostruzione dei principi generali di diritto, in particolare per quanto riguarda l'ampiezza dell'indagine comparativa, appaia legata in una certa misura alla funzione che detti principi dovrebbero svolgere. L'indagine comparativa condotta dai tribunali, infatti, risulta piuttosto sbrigativa quando il principio è utilizzato a fini interpretativi o confermativi, mentre si dimostra più ampia e approfondita quando il ricorso a questi serve a ad integrare le regole che si applicano in un certo settore.

3. La possibilità di identificare i principi generali di diritto attraverso il ricorso agli ordinamenti giuridici interni comporta che l'opera del giudice internazionale debba volgersi prevalentemente all'uso di un metodo comparativo<sup>(24)</sup>.

Sembra difficile chiedere al giudice internazionale, anche per la difficoltà che egli potrebbe incontrare nel reperire informazioni relative alla legislazione di un determinato Stato<sup>(25)</sup>, di prendere in considerazione la totalità degli ordinamenti interni che riflettono le

<sup>(22)</sup> *Prosecutor v. Erdemović* (Camera di prima istanza), 29 novembre 1996, par. 19.

<sup>(23)</sup> *Ibidem*, nota 13 della sentenza.

<sup>(24)</sup> La modalità di rilevamento dei principi generali di diritto è stata evidenziata con chiarezza nel caso *Prosecutor v. Tadić* (Camera d'appello), sent. 15 luglio 1999, par. 225: «national legislation and case law cannot be relied upon as a source of international principles or rules, under the doctrine of the general principles of law recognised by the nations of the world: for this reliance to be permissible, it would be necessary to show that most, if not all, countries adopt the same notion of common purpose. More specifically, it would be necessary to show that, in any case, the major legal systems of the world take the same approach to this notion.»

<sup>(25)</sup> Le difficoltà incontrate dal giudice internazionale nel reperire la legislazione e la giurisprudenza dei vari Stati sono state sottolineate dai giudici McDonald e Vohrah nella loro opinione separata comune, allegata alla sentenza del 7 ottobre 1997 nel caso *Erdemović*, par. 57.

più varie concezioni giuridiche del mondo<sup>(26)</sup>. In tal caso la possibilità di ricostruire principi generali che potrebbero dirsi effettivamente comuni sarebbe limitata: probabilmente elementi comuni alla totalità degli ordinamenti sarebbero riscontrabili soltanto se ci si fermasse a constatazioni di ordine molto generale. È ragionevole, dunque, prospettare che l'individuazione di un principio generale di diritto avvenga quando lo stesso costituisce almeno un elemento condiviso dalla maggioranza delle legislazioni statali, maggioranza quest'ultima rappresentativa delle differenti «famiglie» giuridiche del mondo<sup>(27)</sup>. Peraltro, nel procedimento di comparazione, un dato che contribuisce ad assicurare che i principali ordinamenti giuridici del mondo siano presi in considerazione nella ricostruzione di un principio generale di diritto può essere rinvenuto nel fatto che uno dei criteri utilizzati per la selezione dei giudici internazionali, siano essi giudici della Corte penale internazionale<sup>(28)</sup> o giudici dei tribunali penali internazionali *ad hoc*<sup>(29)</sup>, è la «representation of the principal legal systems of the world».

È evidente che nell'ambito del procedimento comparativo di ricostruzione dei principi generali di diritto il giudice penale internazionale non pretenda di identificare una norma che risulti essere per contenuto identica nei vari ordinamenti statali presi in esame; in questi termini sarebbe improbabile desumere una norma comune che possa utilmente essere invocata in un giudizio. Dall'esame della

<sup>(26)</sup> In tal senso si veda l'opinione separata e dissidente del giudice Stephen, allegata alla sentenza del 7 ottobre 1997 nel caso *Erdemović*, par. 25, in cui si afferma che, per la ricostruzione di un principio generale di diritto, è sufficiente che tale principio sia riconosciuto da «the prevailing number of nations within each of the main families of law».

<sup>(27)</sup> In tal senso è inequivocabile il testo francese dell'art. 21, par. 1, lett. c), dello Statuto della Corte penale internazionale che parla di «lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde». Non sembra invece condivisibile la tesi di chi (RIVELLO, *Les principes généraux de droit et le droit international pénal*, in *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, cit., p. 89 ss., p. 99), andando oltre un'interpretazione letterale della norma, sostiene che con l'espressione «sistemi giuridici del mondo» si voglia far riferimento anche a «normes internationales et des organisations internationales». Infatti, un riferimento alle norme internazionali vorrebbe dire la possibilità di ricostruire principi generali di diritto, mediante un procedimento d'astrazione, dalle norme consuetudinarie e convenzionali; tuttavia, come già evidenziato, un riferimento esplicito ai «principi generali di diritto internazionale» è stato fatto, dai redattori dello Statuto, nell'art. 21, par. 1, lett. b).

<sup>(28)</sup> Art. 36, par. 8, lett. a), dello Statuto della Corte penale internazionale.

<sup>(29)</sup> Per l'elezione dei giudici permanenti si veda l'art. 13-bis, par. 1, lett. c), dello Statuto del Tribunale per la ex-Iugoslavia e l'art. 12-bis, par. 1, lett. c), dello Statuto del Tribunale per il Ruanda. Per l'elezione dei giudici *ad litem* si veda l'art. 13-ter, par. 1, lett. c), dello Statuto del Tribunale per la ex-Iugoslavia e l'art. 12-ter, par. 1, lett. c), dello Statuto del Tribunale per il Ruanda.

giurisprudenza dei tribunali penali *ad hoc* si desume, piuttosto, che l'indagine si limita ad accertare che gli stessi valori o beni giuridici siano oggetto di tutela negli ordinamenti dei vari Stati senza dare alcuna rilevanza al fatto che, in concreto, vi possono essere alcune limitate differenze<sup>(30)</sup>.

Nel procedimento di comparazione si può tenere conto anche degli orientamenti giurisprudenziali di tribunali interni<sup>(31)</sup>. Così nel caso *Aleksovski*, la Camera d'appello del Tribunale per la ex-Iugoslavia, pur riconoscendo che il principio dello *stare decisis* è iscritto nella tradizione giuridica di *common law*<sup>(32)</sup>, rilevò che lo stesso non è riconosciuto nelle legislazioni statali di tradizione romano-germanica. Tuttavia, la Camera ritenne sufficiente far riferimento al fatto che nella prassi le più alte giurisdizioni dei paesi di *civil law* si attengono alle loro precedenti decisioni<sup>(33)</sup>, per poter concludere che «the principles which underpin the general trend in both the common law and civil law systems, whereby the highest courts, whether as a matter of doctrine or of practice, will normally follow their previous decisions and will only depart from them in exceptional circumstances, are the need for consistency, certainty and predictability»<sup>(34)</sup>.

La giurisprudenza dei tribunali penali internazionali *ad hoc* rivela come il giudice internazionale eserciti un ampio potere discrezionale nel ricostruire regole giuridiche a partire dalla rilevazione di principi comuni agli ordinamenti interni, al punto che appare talora giustificato affermare che il giudice finisca per svolgere un ruolo creativo di regole giuridiche<sup>(35)</sup>.

<sup>(30)</sup> Come è affermato chiaramente dal Tribunale per la ex-Iugoslavia nella sentenza *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Camera di prima istanza I), 22 febbraio 2001, l'indagine comparativa è finalizzata «to identify certain basic principles [...] in those legal systems which embody the principles which must be adopted in the international context» (par. 439).

<sup>(31)</sup> Su questo punto, si veda NOLLKAEMPER, *Decisions of National Courts as Sources of International Law: An Analysis of the Practice of the ICTY*, in *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY* (a cura di Boas e Schabas), Leiden, 2003, p. 277 ss., in particolare pp. 286-289.

<sup>(32)</sup> *Prosecutor v. Aleksovski* (Camera d'appello), 24 marzo 2000, par. 92.

<sup>(33)</sup> *Ibidem*, par. 93.

<sup>(34)</sup> *Ibidem*, par. 97.

<sup>(35)</sup> Sul punto, si veda *Prosecutor v. Kuprekić et al.* (Camera di prima istanza II), cit. Nel par. 669 della sentenza viene sottolineato che «[i]n this search for and examination of the relevant legal standards, and the consequent enunciation of the principles [common to the various legal systems of the world] applicable at the international level, the Trial Chamber might be deemed to set out a sort of *ius praetorium*. However, its powers in finding the law are of course far more limited than those belonging to the Roman *praetor*: under the International Tribunal's Statute, the Trial

Nel valutare l'atteggiamento dei tribunali *ad hoc* nel ricostruire principi generali di diritto, si può notare come essi non abbiano spesso considerato necessario uno studio comparativo per l'effettiva determinazione di principi generali di diritto il cui procedimento di astrazione dagli ordinamenti giuridici nazionali fosse facilmente intuibile<sup>(36)</sup>. Al contrario, essi hanno condotto detto studio in maniera piuttosto approfondita; laddove l'esistenza di un principio fosse palesemente incerta<sup>(37)</sup>.

Così, nel caso *Furundžija*, dopo aver condotto un esteso esame volto ad individuare quali fossero gli elementi costitutivi dello stupro nelle diverse legislazioni nazionali<sup>(38)</sup>, la Camera di prima istanza del Tribunale per la ex-Iugoslavia ha escluso di poter considerare un determinato comportamento come rientrante nel reato di stupro a causa delle diversità esistenti sul punto tra le varie legislazioni nazionali<sup>(39)</sup>.

La prassi dei tribunali *ad hoc* fornisce esempi in cui la comparazione dei differenti sistemi giuridici nazionali, avvenendo in una

Chamber must apply *lex lata* i.e. existing law, although it has broad powers in determining such law».

<sup>(36)</sup> Questa ipotesi si può riscontrare nella pronuncia del Tribunale per la ex-Iugoslavia relativa al caso *Prosecutor v. Erdemović* (Camera di prima istanza), sent. 29 novembre 1996, in relazione alla determinazione della pena per i crimini contro l'umanità, nella quale si afferma, senza fare alcuna indagine di diritto comparato, che «there is a general principle of law common to all nations whereby the severest penalties apply for crimes against humanity in national legal systems. It thus concludes that there exists in international law a standard according to which a crime against humanity is one of extreme gravity demanding the most severe penalties when no mitigating circumstances are present» (par. 31).

<sup>(37)</sup> Tuttavia, anche quando è stato svolto un lavoro di comparazione, non sempre si può riscontrare un elevato grado di approfondimento nella ricerca e nell'analisi delle differenti legislazioni nazionali da cui il principio generale di diritto è desunto. Così, nella sentenza *Prosecutor v. Celebici* (Camera d'appello), 20 febbraio 2001, un'indagine comparativa alquanto limitata portò il Tribunale per la ex-Iugoslavia ad accettare, piuttosto sbrigativamente, che «the relevant general principle of law upon which, in effect, both the common law and the civil law systems have acted is that the defendant's diminished mental responsibility is relevant to the sentence to be imposed and is not a defence leading to an acquittal in the true sense. This is the appropriate general legal principle representing the international law to be applied in the Tribunal» (par. 590). La Camera d'appello, nella nota 986 della sua pronuncia richiama le norme pertinenti dei codici penali di Francia, Germania, Italia, Russia, Turchia, Giappone, Sudafrica, ex-Iugoslavia e Croazia.

<sup>(38)</sup> *Prosecutor v. Furundžija* (Camera di prima istanza), cit., par. 181. Nella sentenza vengono richiamate le legislazioni di Cile, Cina, Germania, Giappone, ex-Iugoslavia, Zambia, Austria, Francia, Italia, Argentina, Pakistan, India, Sudafrica, Uganda, Nuovo Galles del Sud (Australia), Paesi Bassi, Inghilterra, Galles, Bosnia-Herzegovina.

<sup>(39)</sup> *Ibidem*, par. 182.

fase successiva all'enunciazione della norma, appare una semplice verifica di una soluzione giuridica precostituita, concretizzandosi, almeno apparentemente, nella ricerca di una «legittimazione» *a posteriori* dell'operato del tribunale<sup>(40)</sup>. In questo caso, i principi generali di diritto finiscono spesso per essere ricostruiti utilizzando i riferimenti normativi presenti in quei soli ordinamenti nazionali che contengono la nozione della fattispecie criminale scelta dal giudice internazionale. L'opera del giudice appare dunque risolversi in una strumentalizzazione del metodo comparativo al fine di modellare liberamente le norme di diritto internazionale penale. Probabilmente, questo comportamento è legato alla necessità di individuare una nozione giuridica che tenga conto degli elementi fattuali che caratterizzano il caso concreto.

Questo atteggiamento emerge dall'esame della sentenza della Camera di prima istanza del Tribunale per la ex-Iugoslavia nel caso *Kunarac*. Nel ragionamento della Camera, quale risulta dal testo della sentenza, l'identificazione degli elementi costitutivi del crimine di stupro precede l'analisi comparativa dei maggiori sistemi giuridici nazionali<sup>(41)</sup>. Il riferimento ai diritti interni compatibili con la definizione di stupro già formulata sembra avere come fine principale quello di confermare la soluzione prospettata dal giudice a proposito della nozione di stupro da applicare al caso concreto. La libertà mostrata dai giudici in questi casi è tanto più significativa se si considera che la soluzione accolta ha finito per apportare una modifica importante rispetto alla identificazione degli elementi costitutivi del crimine di stupro fino ad allora seguita dalla giurisprudenza del Tribunale per la ex-Iugoslavia<sup>(42)</sup>.

Come emerge dall'esame della giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*, il riferimento ai principali ordinamenti giuridici del mondo non esclude del tutto il rischio che i giudici possano essere indotti a ricostruire principi generali di diritto desumendoli, preferibil-

<sup>(40)</sup> In questo senso si sono espressi DELMAS-MARTY, *L'influence du droit comparé sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux*, in *Crimes internationaux et juridictions internationales* (a cura di Cassese (A.), Delmas-Marty), Paris, 2002, p. 95 ss., p. 106 e FRONZA e GUILLOU, *Les dynamiques d'élaboration des normes pénales internationales: une analyse à partir de la jurisprudence sur le viol et la participation criminelle*, in *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, cit., p. 27 ss., pp. 48-52.

<sup>(41)</sup> *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Camera di prima istanza I), cit., par. 442.

<sup>(42)</sup> La Camera di prima istanza del Tribunale per la ex-Iugoslavia, disattendendo la giurisprudenza precedente muta il bene giuridico tutelato dalla norma, individuandolo nell'autonomia sessuale della persona e non più nella salvaguardia dell'integrità fisica e morale della persona.

mente, dai rispettivi ordinamenti giuridici nazionali o dalla dottrina a loro più nota, eventualmente formando maggioranze in base alle famiglie giuridiche di appartenenza (*civil law, common law, islamic law, ecc.*). Nel processo di ricostruzione di un principio generale di diritto può dunque accadere che i giudici, ricorrendo all'ampio potere discrezionale di cui sono dotati, trascurino di applicare quei criteri di rilevazione che loro stessi hanno enunciato<sup>(43)</sup>.

La prassi, sebbene sporadicamente, ci offre esempi di casi in cui si è proceduto alla ricostruzione di un principio generale di diritto facendo riferimento, nel lavoro di comparazione, solo ad una determinata famiglia giuridica. Si pensi alla dottrina dell'*abuse of process*, propria degli ordinamenti di *common law*, applicata dalla Camera d'appello del Tribunale per il Ruanda nella decisione sul caso *Barayagwiza*<sup>(44)</sup>. Oppure si pensi alla sentenza d'appello del caso *Erdemović*, in cui il Tribunale per la ex-Yugoslavia, affermando che « duress does not afford a complete defence to a soldier charged with a crime against humanity and/or a war crime involving the killing of innocent human beings », ricostruisce la nozione di *duress* in quanto principio generale di diritto comune alle tradizioni giuridiche dei paesi di *common law*<sup>(45)</sup>.

4. La formulazione dell'art. 21, par. 1, lett. c), dello Statuto della Corte penale internazionale prevede come elemento supplementare per la identificazione dei principi generali di diritto la possibilità che il giudice tenga conto anche, « as appropriate », delle leggi degli Stati « that would normally exercise jurisdiction over the crime ».

Nel silenzio dello Statuto, l'interpretazione di questa norma impone, innanzitutto, la soluzione della questione relativa al significato che si deve attribuire all'espressione « States that would normally exercise jurisdiction over the crime »<sup>(46)</sup>.

<sup>(43)</sup> CONFORTI, *Diritto internazionale*<sup>7</sup>, Napoli, 2006, p. 41, sottolinea che quando un principio è ricostruito facendo riferimento ad una sola famiglia giuridica si è fuori dalla categoria dei principi generali di diritto comuni agli ordinamenti interni e di fronte ad un'attività « quasi legislativa » del giudice internazionale.

<sup>(44)</sup> *Prosecutor v. Barayagwiza* (Camera d'appello), 3 novembre 1999, paragrafi 74-77. Nella decisione si fa riferimento esclusivamente a pronunce giurisprudenziali di corti appartenenti a sistemi di *common law* (Inghilterra e Stati Uniti).

<sup>(45)</sup> *Prosecutor v. Erdemović* (Camera d'appello), 7 ottobre 1997, par. 19. Si noti che nella sentenza si rinvia alla *Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah* e alla *Separate and Dissenting Opinion of Judge Li* che a loro volta rinviano ai sistemi di *common law*.

<sup>(46)</sup> In una nota che accompagna il testo del rapporto elaborato dal *Working Group on Applicable Law* si esprime la contrarietà di alcune delegazioni all'inclusione

In primo luogo, si potrebbe pensare che l'art. 21 faccia riferimento alla nozione di giurisdizione accolta dal diritto interno di ciascuno Stato. Si richiederebbe, tuttavia, alla Corte un esame di tutte le legislazioni penali nazionali al fine di individuare lo Stato che in base al proprio ordinamento si ritiene competente ad esercitare la giurisdizione. Una tale situazione potrebbe implicare la possibilità che una pluralità di Stati vanti titolo all'esercizio della giurisdizione in base al principio della universalità.

Interpretando la norma alla luce delle altre disposizioni dello Statuto, si può ritenere più ragionevole utilizzare la nozione di « giurisdizione » alla quale sembra fare riferimento l'art. 12. Come è noto, questa disposizione pone come condizione dell'esercizio della giurisdizione da parte della Corte il fatto che lo Statuto sia stato ratificato, o la competenza della Corte sia stata accettata; dallo Stato nel cui territorio ha avuto luogo il crimine o, ancora, dallo Stato del quale la persona accusata ha la cittadinanza. Essa può quindi essere interpretata nel senso che tali Stati siano quelli che normalmente esercitano la giurisdizione sul crimine.

D'altro canto, se la *ratio* di questo riferimento a « national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime » è quello di assicurare che gli ordinamenti giuridici aventi maggiori connessioni con il crimine abbiano un ruolo particolare, sembra giustificato ritenere che questi Stati siano quelli che esercitano la giurisdizione in base al principio di territorialità o in base al principio della cittadinanza attiva<sup>(47)</sup>.

Una tale soluzione risponderebbe all'esigenza di rispettare la specificità del diritto penale di tali Stati e di salvaguardare, in tal

di questa previsione: « Some delegations express the view that, as a matter of principle, no reference to any national law of States should be made. The Court ought to derive its principles from a general survey of legal systems and their respective national laws », in *Report of the Working Group on Applicable Law*, UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGAL/L.2 (11 luglio 1998), nota 4. Per una descrizione più approfondita dei lavori preparatori della Conferenza di Roma sul punto si veda SHAW, *The International Criminal Court: Some Procedural and Evidential Issues*, in *Journal of Armed Conflict Law*, 1998, p. 65 ss., pp. 66-67.

<sup>(47)</sup> Una parte della dottrina sostiene che il collegamento tra lo Stato e il crimine potrebbe essere, anche, ricostruito in base al fatto che la persona ricercata dalla Corte penale internazionale sia detenuta in un determinato Stato, che non sia necessariamente quello di cittadinanza dell'imputato o sul cui territorio è stato commesso il crimine; potrebbe dunque essere la legge dello Stato che detiene il ricercato a dover essere presa in considerazione nella ricostruzione dei principi generali di diritto secondo le modalità fissate dall'art. 21, par. 1, lett. c); dello Statuto della Corte penale internazionale. Sul punto si veda DEGAN, *On the Sources of International Criminal Law*, in *Chinese Journal of Int. Law*, 2005, p. 45 ss., p. 81.

modo, il principio *nullum crimen sine lege* <sup>(48)</sup>. La decisione di tenere conto delle legislazioni di tali Stati è comunque rimessa alla discrezionalità del giudice, come si evince dall'inciso « as appropriate » <sup>(49)</sup>.

Peraltro, l'esigenza di tener conto delle legislazioni degli Stati che hanno giurisdizione sul crimine non appare prioritaria nel processo di ricostruzione dei principi generali di diritto da parte della Corte penale internazionale.

Se si dovesse interpretare l'art. 21 nel senso che la Corte debba sempre prediligere una determinata legislazione o famiglia giuridica nel processo di ricostruzione di un principio generale di diritto ciò avrebbe ripercussioni negative sul ruolo che la Corte stessa potrebbe svolgere nel procedimento di identificazione di tali principi. I principi generali di diritto così ricostruiti, probabilmente, sarebbero utilizzati soltanto nell'ambito del singolo caso di specie.

In realtà, la ricostruzione dei principi generali di diritto dovrebbe avvenire sempre in seguito ad un ampio esame comparato delle legislazioni nazionali dei principali ordinamenti giuridici del mondo, nel quale senza dubbio è necessario ricomprendere la legislazione nazionale dello Stato che avrebbe normalmente esercitato la giurisdizione. Del resto, si può osservare che questo è l'approccio seguito dai tribunali *ad hoc*, i quali, nel ricostruire i principi generali di diritto, hanno spesso mostrato di tener conto della legislazione e della giurisprudenza degli Stati dell'*ex-Yugoslavia* o del Ruanda, cioè degli Stati che hanno un collegamento con il crimine.

La possibilità di non tener conto della legislazione nazionale dello Stato che avrebbe normalmente esercitato la giurisdizione potrebbe essere giustificata qualora il giudice dovesse ritenere che quello stesso ordinamento abbia « favorito » il compimento dei crimini da giudicare — si pensi ad un ordinamento nazionale nel quale sia contemplato un sistema di segregazione razziale come l'*apartheid* — o che quello stesso ordinamento si sia mostrato indifferente alla tutela di un valore ritenuto fondamentale dalla comunità internazionale — si pensi al crimine di stupro che in alcuni ordinamenti di tradizione islamica non è contemplato.

<sup>(48)</sup> PELLET, *Applicable Law*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (a cura di Cassese, Gaeta, Jones), vol. II, Oxford, 2002, p. 1051 ss., p. 1075.

<sup>(49)</sup> A favore di un potere discrezionale dei giudici depongono i lavori preparatori della Conferenza di Roma, da cui si desume che la proposta avanzata da alcune delegazioni di sostituire l'espressione « including, as appropriate » con « especially » rimase minoritaria e non fu accettata. Si veda *Report of the Working Group on Applicable Law*, UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGAL/L.2 (11 luglio 1998), nota 3.

L'art. 21, par. 1, lett. c), dello Statuto tace, invece, su una questione che si potrebbe porre all'attenzione della Corte nel procedimento di ricostruzione dei principi generali di diritto: il ruolo da assegnare, nell'ambito dell'indagine comparativa, alle legislazioni nazionali degli Stati che, come ad esempio la Cina, l'India, la Russia e gli Stati Uniti, non hanno ratificato al momento lo Statuto della Corte. Si noti che tali legislazioni potrebbero assumere rilevanza in quanto legislazione dello Stato che esercita normalmente la giurisdizione sul crimine. Propendere per l'esclusione di queste tradizioni giuridiche dal processo di comparazione delle legislazioni nazionali potrebbe forse trovare una giustificazione nell'idea che la Corte penale internazionale è un'organizzazione internazionale istituita dai soli Stati che ne hanno ratificato lo Statuto. È noto, del resto, che la Corte di giustizia delle Comunità europee, nel ricostruire i principi generali di diritto da applicare nell'ambito comunitario tiene conto degli ordinamenti interni dei soli Stati membri delle Comunità <sup>(50)</sup>. È tuttavia evidente che la Corte di giustizia è l'organo giurisdizionale di un'organizzazione di integrazione regionale, ovvero di un'organizzazione che, al contrario della Corte penale internazionale, non ha l'aspirazione a diventare un ente a carattere universale.

La soluzione che predilige l'inclusione delle tradizioni giuridiche degli Stati che non sono parti dello Statuto della Corte nell'ambito del processo di comparazione appare, dunque, oltre che la più coerente con la lettera dell'art. 21, par. 1, lett. c), la più auspicabile in quanto solo in questo modo principi generali di diritto elaborati dalla Corte potrebbero aspirare ad entrare a far parte a pieno titolo delle fonti dell'ordinamento giuridico internazionale e non essere semplicemente fonti di diritto di un ordinamento particolare. Tuttavia, non bisogna enfatizzare il peso che queste legislazioni nazionali avrebbero nel processo di ricostruzione dei principi generali, in quanto è possibile che nella comparazione il giudice abbia la possibilità di rappresentare una determinata famiglia giuridica senza dover menzionare la legislazione di quel singolo Stato che, pur appartenendo a detta famiglia, non è parte dello Statuto.

5. L'esistenza di un principio generale comune agli ordinamenti interni dei vari Stati non è sufficiente a far ritenere che tale

<sup>(50)</sup> Più in generale, sul ruolo dei principi generali di diritto nell'ordinamento comunitario si veda GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, Roma, 2007, p. 103 ss.

principio sia automaticamente applicabile nell'ordinamento giuridico internazionale<sup>(51)</sup>. Per il giudice internazionale si pone il problema di « coordinare » detti principi con il diritto internazionale. Come avremo modo di osservare, questo problema è legato sia all'esigenza di importare nell'ordinamento internazionale solo quei principi che si possano « adattare » alla struttura tipica di questo ordinamento sia alla necessità di non importare principi che siano in contrasto con norme internazionali esistenti.

I tribunali penali internazionali *ad hoc* hanno generalmente individuato nei caratteri propri dei procedimenti penali internazionali il dato che giustifica la necessità di « adattare » un principio generale di diritto di origine interna all'ordinamento internazionale. Nel caso *Blaškić*, la Camera d'appello del Tribunale per la ex-Iugoslavia, concludendo che era inappropriato trasporre un particolare istituto del diritto statunitense nell'ambito di procedimenti penali internazionali, ha sottolineato che « domestic judicial views or approaches should be handled with the greatest caution at the international level, lest one should fail to make due allowance for the unique characteristics of international criminal proceedings »<sup>(52)</sup> e ha messo in rilievo che « the transposition onto the international community of legal institutions, constructs or approaches prevailing in national law may be a source of great confusion and misapprehension. In addition to causing opposition among States, it could end up blurring the distinctive features of international courts »<sup>(53)</sup>.

Ci si può chiedere quali siano le caratteristiche peculiari che distinguono i procedimenti penali internazionali dai procedimenti penali nazionali. Su questo punto, alcune indicazioni sono state fornite dal giudice Cassese, il quale, nella sua opinione dissidente nel caso *Erdemović*, ha rilevato come i tribunali penali internazionali operano ad un livello interstatale ed esercitano le proprie funzioni in una comunità costituita da Stati sovrani; inoltre, a suo avviso, rileverebbe il

<sup>(51)</sup> In generale, sui rischi di una trasposizione automatica del diritto interno nell'ordinamento internazionale si vedano le considerazioni di GAJA, *Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, cit., p. 539, e SALERNO, *Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, cit., pp. 554-558. Si veda anche SHAW, *The International Criminal Court. Some Procedural and Evidential Issues*, cit., pp. 68-69, il quale ha sottolineato che « [u]sing the particular national laws of particular states as a direct source of law for an international criminal court should be avoided ».

<sup>(52)</sup> *Prosecutor v. Blaškić* (Camera d'appello), *Judgment on the Request of the Government of Croatia for Review of the Decision of the Trial Chamber of 18 July 1997*, 29 ottobre 1997, par. 23.

<sup>(53)</sup> *Prosecutor v. Blaškić* (Camera d'appello), cit., par. 40.

fatto che gli individui sottoposti alla giurisdizione di questi tribunali si trovano sotto il potere e il controllo degli Stati<sup>(54)</sup>.

In alcune circostanze, ai tribunali penali *ad hoc* è stato tuttavia sufficiente constatare che un determinato principio generale di diritto fosse stato già utilizzato come tale da un'altra giurisdizione internazionale per accertarne la compatibilità con l'ordinamento internazionale<sup>(55)</sup>.

Lo stesso art. 21, par. 1, lett. c), dello Statuto della Corte penale internazionale prende in considerazione l'esigenza di accertare se il contenuto originario dei principi generali di diritto di derivazione interna sia idoneo ad operare nell'ambito dell'ordinamento penale internazionale. La Corte può, infatti, applicare i principi « provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards ».

L'interpretazione di questa norma appare tuttavia problematica. Se sembra ragionevole immaginare che il limite del rispetto dello Statuto sia legato alla necessità che un principio generale di diritto di origine interna non possa derogare o vanificare la portata di uno dei principi sanciti dallo Statuto stesso, in particolare per quanto concerne le norme sui « principi generali del diritto penale » di cui agli articoli da 22 a 33, risulta certamente più difficile identificare quali siano le norme di diritto internazionale che un principio generale di diritto non può contraddire<sup>(56)</sup>. Si può supporre che, tra

<sup>(54)</sup> Opinione dissidente del giudice Cassese, *Prosecutor v. Erdemović* (Camera d'appello), 7 ottobre 1997, par. 5. Egli ha sottolineato, inoltre, che « [t]he philosophy behind all national criminal proceedings, whether they take a common-law or a civil-law approach, is unique to those proceedings and stems from the fact that national courts operate in a context where the three fundamental functions (law-making, adjudication and law enforcement) are discharged by central organs partaking of the State's direct authority over individuals ». Le osservazioni espresse dal giudice Cassese sono state successivamente messe in rilievo dal Tribunale per la ex-Iugoslavia nel caso *Prosecutor v. Furundžija* (Camera di prima istanza), cit., par. 178.

<sup>(55)</sup> Si veda *Prosecutor v. Tadić* (Camera d'appello), *Judgment on allegations of contempt against prior counsel, Milan Vujin*, 31 gennaio 2000, par. 15, in cui il Tribunale per la ex-Iugoslavia fa riferimento a « the general principles of law common to the major legal systems of the world, as developed and refined (where applicable) in international jurisprudence » per ricostruire la nozione di « contempt of the Tribunal » contenuta nell'art. 77 del regolamento. La giurisprudenza internazionale a cui il Tribunale per la ex-Iugoslavia ha fatto riferimento, nel caso di specie, è quella dei tribunali militari degli Stati Uniti a Norimberga, istituiti in base alla *Allied Control Council Law No. 10* del 20 dicembre 1945.

<sup>(56)</sup> PELLET, *Applicable Law*, cit., p. 1074, nota 133, critica il modo in cui la norma è formulata, in quanto il concetto di « internationally recognized norms and standards » darebbe l'impressione che vi sia una distinzione con il diritto internazio-

gli «internationally recognized norms and standards» che dovrebbero essere presi in considerazione in relazione al giudizio di compatibilità di un principio generale di diritto di origine interna con l'ordinamento internazionale, dovrebbero figurare le norme in materia di diritti umani. Una tale interpretazione sarebbe però riduttiva, in quanto all'esigenza del rispetto dei diritti umani fa espresso riferimento il par. 3 dell'art. 21. Si deve dunque ritenere che il riferimento sia ad altre norme e *standards* internazionalmente riconosciuti. Tra questi, ad esempio, potrebbero essere comprese le norme internazionali in materia di diritto umanitario, il cui contenuto non sempre si identifica con le norme sui diritti umani<sup>(57)</sup>. Per ciò che riguarda, più in particolare, l'individuazione di *standards* internazionalmente riconosciuti, si possono menzionare i principi enunciati in risoluzioni dell'Assemblea generale e del Consiglio economico e sociale in materia di trattamento dei detenuti in attesa di giudizio o nell'esecuzione della pena<sup>(58)</sup>. La natura giuridica non vincolante di questi principi non ha impedito che essi potessero costituire valido riferimento per i tribunali penali internazionali *ad hoc*<sup>(59)</sup>. La stessa funzione potrebbe essere loro riconosciuta, per il tramite dell'art. 21, par. 1, lett. c), dall'ordinamento giuridico originato dallo Statuto della Corte penale internazionale. In questa ottica, i principi

nale, il che è «obviously inexact». Sul medesimo punto, MCAULIFFE DEGUZMAN, *Article 21, in Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (a cura di Triffterer), Baden-Baden, 1999, p. 435 ss., p. 444, sottolinea, invece, la scarsa rilevanza della disposizione in esame, in quanto i principi generali di diritto sono già parte dell'ordinamento giuridico internazionale e non possono, per definizione, essere incompatibili con lo stesso; di conseguenza non possono essere in conflitto neanche con lo Statuto, essendo quest'ultimo una codificazione del diritto internazionale. Secondo questa opinione, dunque, la disposizione avrebbe il solo scopo di sottolineare la natura sussidiaria dei principi generali di diritto comuni agli ordinamenti interni rispetto alle norme dello Statuto e del diritto internazionale.

<sup>(57)</sup> Le differenze di contenuti delle due discipline sono state efficacemente rilevate dalla Corte internazionale di giustizia nel parere del 9 luglio 2004 relativo alle *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati*, riprodotto in *Rivista*, 2004, p. 1069 ss., par. 106.

<sup>(58)</sup> *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (Trattato di Prigionieri), risoluzioni dell'ECOSOC n. 663 C (XXIV) del 31 luglio 1957 e n. 2067 (LXII) del 13 maggio 1977; *Body of Principles for the Protection of all Persons under any Form of Detention or Imprisonment*, risoluzione dell'Assemblea generale n. 43/173 del 9 dicembre 1988; *Basic Principles for the Treatment of Prisoners*, risoluzione dell'Assemblea generale n. 45/111 del 14 dicembre 1990. Tali regole hanno ispirato anche le norme contenute negli accordi relativi alla esecuzione delle sentenze dei tribunali *ad hoc*, conclusi dall'ONU con vari Stati.

<sup>(59)</sup> Un riferimento esplicito alle risoluzioni sui principi in materia di trattamento dei detenuti elaborate in seno alle Nazioni Unite è contenuto in *Prosecutor v. Erdemović* (Camera di prima istanza), cit., par. 74.

generali di diritto di origine interna, per potere essere applicati dalla Corte, dovrebbero mostrarsi compatibili anche con questi *standards*.

6. Il riferimento contenuto nell'art. 21, par. 3, dello Statuto, alla tutela dei diritti umani rappresenta senza dubbio un'importante novità che incide in modo significativo sul processo di ricostruzione dei principi generali di diritto. In relazione a questo aspetto, infatti, i tribunali penali internazionali *ad hoc* si erano mostrati alquanto cauti, pur avendo constatato come il fine ultimo del diritto internazionale penale e del diritto internazionale in materia di diritti umani sia sostanzialmente lo stesso, ossia la tutela della dignità umana<sup>(60)</sup>.

La sola decisione di tali tribunali nella quale si riconosce espressamente alle norme a tutela dei diritti umani un ruolo ben definito nell'ambito del diritto internazionale penale è quella resa dalla Camera d'appello del Tribunale per la ex-Iugoslavia nel caso *Barayagwiza*. In quella occasione, il Tribunale, affermando la natura consuetudinaria delle norme enunciate nel Patto internazionale su diritti civili e politici<sup>(61)</sup>, ritenne di poterle applicare ai fini della decisione del caso concreto. Alla luce di questo precedente, ci si sarebbe potuto aspettare che qualora, in altre occasioni, il Tribunale avesse dovuto ricostruire un principio generale di diritto comune agli ordinamenti interni, le norme consuetudinarie sulla tutela dei diritti umani, in quanto diritto applicabile da parte del Tribunale, avrebbero costituito uno dei parametri attraverso i quali valutare la compatibilità di detti principi con l'ordinamento penale internazionale. Tuttavia, questa pronuncia è rimasta isolata e gli stessi tribunali *ad hoc* hanno generalmente manifestato un diverso atteggiamento che, sebbene quantitativamente si caratterizza per un frequente riferimento alle norme internazionali sui diritti umani, rivela una scarsa propensione a considerare tali norme come fonte di diritto applicabile da parte di tali tribunali. Questo atteggiamento è stato giustificato sulla base della considerazione che le nozioni proprie del diritto internazionale

<sup>(60)</sup> *Prosecutor v. Furundžija* (Camera di prima istanza), sent. 18 dicembre 1998, par. 183.

<sup>(61)</sup> *Barayagwiza v. Prosecutor* (Camera d'appello), dec. 3 novembre 1999, par. 40: «The International Covenant on Civil and Political Rights is part of general international law and is applied on that basis. Regional human rights treaties, such as the European Convention on Human Rights and the American Convention on Human Rights, and the jurisprudence developed thereunder, are persuasive authority which may be of assistance in applying and interpreting the Tribunal's applicable law. Thus, they are not binding of their own accord on the Tribunal. They are, however, authoritative as evidence of international custom.»

dei diritti umani non sarebbero trasferibili automaticamente nel diritto internazionale penale ma andrebbero piuttosto interpretate alla luce di questo settore particolare del diritto internazionale<sup>(62)</sup>. Il risultato raggiunto è che le norme sui diritti umani, eccettuate quelle poche norme a carattere cogente e fatti salvi alcuni aspetti in cui «international humanitarian law can be said to have fused with human rights law»<sup>(63)</sup>, non hanno un ruolo ben delineato nell'ambito delle fonti del diritto internazionale penale. Le norme di diritto internazionale penale sembrerebbero porsi in termini di *lex specialis* rispetto alle norme a tutela dei diritti umani. Il corpus giuridico internazionale in materia di diritti umani, composto sia da norme consuetudinarie sia da convenzioni a carattere universale, potrebbe essere utilizzato dai tribunali penali *ad hoc* tutt'al più in funzione interpretativa. Tuttavia, come mostra la giurisprudenza di tali tribunali, questa soluzione presenta dei limiti in quanto le norme internazionali in materia di diritti umani e le norme di diritto internazionale penale non possono sempre essere tra loro armonizzate e coordinate in via meramente interpretativa<sup>(64)</sup>.

La soluzione auspicata da parte della dottrina di una necessaria compatibilità delle norme di diritto internazionale penale con le regole internazionali in materia di diritti umani ha trovato accoglimento nelle disposizioni dello Statuto della Corte penale internazionale. A questo riguardo, è stato quindi sostenuto che, in relazione

(62) In tal senso si è infatti espressa la Camera di prima istanza del Tribunale per la ex-Iugoslavia, nel caso *Kunarac et al.* (cit.). La sentenza, sottolineando le « crucial structural differences » esistenti tra il settore del diritto internazionale umanitario e quello dei diritti umani (par. 470), afferma che « [t]he Trial Chamber is therefore wary not to embrace too quickly and too easily concepts and notions developed in a different legal context. The Trial Chamber is of the view that notions developed in the field of human rights can be transposed in international humanitarian law only if they take into consideration the specificities of the latter body of law » (par. 471). Più precisamente, si tratta di eliminare dal regime dei diritti umani quegli elementi « which are extraneous to international criminal law as well as those which are present in the latter body of law but possibly absent from the human rights regime » (par. 488). Le differenti finalità delle due discipline sono state messe in risalto anche dalla dottrina maggioritaria: SCHABAS, *Droit pénal international et droit international des droits de l'homme: faux frères?*, in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation* (a cura di Henzelin, Roth), Bruxelles, 2002, p. 165 ss.; WERLE, *Völkerstrafrecht*, Siebeck, 2003, par. 110; TAVERNIER, *Les Tribunaux Pénaux Internationaux et le droit international des droits de l'homme*, in *Les sources du droit international pénal*, cit., p. 395 ss.

(63) *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Camera di prima istanza I), cit., par. 467.

(64) Più in generale sul punto si veda: LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et l'appel aux sources du droit international des droits de l'homme*, in *Les sources du droit international pénal*, cit., p. 97 ss.

alla rilevanza loro attribuita dall'art. 21, par. 3, le norme a tutela dei diritti umani e il principio di non discriminazione verrebbero ad assumere una «intrinsic superiority» rispetto alle altre norme internazionali applicabili dalla Corte<sup>(65)</sup>.

Ai fini della presente indagine, ciò che interessa rilevare è come il rispetto delle norme sui diritti umani finisca per incidere anche sul procedimento di ricostruzione dei principi generali di diritto di origine interna. A questo proposito si pone il problema di definire quali siano le norme sui diritti umani che la Corte penale internazionale dovrebbe utilizzare nel valutare la compatibilità tra i principi generali di diritto di origine interna e l'ordinamento giuridico internazionale. L'art. 21, par. 3, dello Statuto della Corte penale internazionale fa riferimento ai diritti dell'uomo «internazionalmente riconosciuti», nonché al principio di non discriminazione<sup>(66)</sup>. L'uso del termine «recognized» fa pensare all'esistenza di una particolare categoria di «human rights». La formula utilizzata dall'art. 21, par. 3, non sembra fare riferimento al solo diritto cogente<sup>(67)</sup>. Tra i diritti umani «internationally recognized» sembrano doversi annoverare tutti i diritti protetti dalle norme consuetudinarie e, probabilmente, dalle convenzioni internazionali sui diritti umani che siano state ratificate da un ampio numero di Stati<sup>(68)</sup>. Non sarebbero invece in-

(65) Sul punto si è espresso PELLET, *Applicable Law*, cit., p. 1079. L'a. sottolinea come la superiorità delle norme in materia di diritti umani non deriva dal rango della fonte di produzione, ma dal particolare contenuto di tali norme. In questi termini l'art. 21, par. 3, dello Statuto della Corte penale internazionale riconoscerebbe una «super-legality» non solo alle norme cogenti in materia di diritti umani, ma a tutti i diritti umani internazionalmente riconosciuti. In termini più cauti si è espresso BURGUE-LARSEN, *Les sources du droit international pénal. Analyse comparative de la pratique judiciaire des TPI et du texte du statut portant création de la Cour pénale internationale*, in *Les sources du droit international pénal*, cit., p. 377 ss., p. 381, il quale evidenzia come il par. 3 dell'art. 21 abbia, piuttosto, delineato una gerarchia materiale tra le norme di diritto applicabile da parte della Corte penale internazionale. In favore di un'interpretazione piuttosto restrittiva della norma si veda ARSANJANI, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, in *American Journal of Int. Law*, 1999, p. 22 ss., p. 29, la quale parla dell'art. 21, par. 3, esclusivamente come di una norma speciale di interpretazione.

(66) McAULIFFE DEGUZMAN, *Article 21*, cit., pp. 445-446, sottolinea come non fosse necessario menzionare il principio di non discriminazione, in quanto esso è compreso nell'espressione «internationally recognized human rights», ma che ciò è avvenuto su pressione di molte delegazioni statali presenti alla Conferenza di Roma.

(67) In senso contrario si è espresso DEGAN, *On the Sources of International Criminal Law*, cit., p. 82.

(68) JORDA, *Le point de vue juridique*, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, cit., p. 69 ss., p. 74, sostiene che tra le norme sui diritti umani rientrerebbero anche le grandi convenzioni internazionali in materia di diritti umani, in quanto espressione dei valori comuni degli Stati contraenti. Sul punto si è espressa

ternazionalmente riconosciute tutte quelle norme sui diritti umani che sono nate e si evolvono in contesti regionali, nonché quelle norme contenute in convenzioni internazionali potenzialmente universali che contano un esiguo numero di ratifiche<sup>(69)</sup>. Questa interpretazione del par. 3 avrebbe il vantaggio di far sì che la Corte possa tener conto, nel suo operato, del processo evolutivo cui sono sottoposte, nel tempo, le norme internazionali in materia di diritti umani<sup>(70)</sup>. In questa ottica, la Corte opererebbe all'interno di un sistema giuridico che interagisce positivamente con l'ordinamento internazionale, recependone le rilevanti evoluzioni normative in materia di diritti umani.

7. L'opera ricostruttiva del giudice internazionale può avere anche un esito negativo qualora mediante il metodo comparativo non sia possibile individuare un principio generale di diritto comune ai maggiori sistemi giuridici del mondo, oppure l'individuazione di un principio generale, pur comune ai maggior sistemi giuridici del mondo, non risulti compatibile con la struttura dell'ordinamento internazionale<sup>(71)</sup>.

La tassatività delle fonti di diritto elencate nell'art. 21 dello Statuto della Corte penale internazionale sembra implicare che non sia possibile ai giudici della Corte rivolgere la loro attenzione

in termini più cauti DELMAS-MARTY (*Interactions between National and International Criminal Law*, in *Journal of Int. Criminal Justice*, 2006, p. 2 ss.); la quale ipotizza che «[t]he mechanism of Article 21 (3), which is more precise than that of the ICTs, could encourage [international criminal judges] to give greater weight to international human rights instruments» (p. 3).

<sup>(69)</sup> In tal senso si sono espressi HAFNER e BINDER, *The Interpretation of Article 21 (3) ICC Statute Opinion Reviewed*, in *Austrian Review of Int. Law*, 2004, p. 163 ss., pp. 187-188. Nel senso, invece, di una valorizzazione delle convenzioni regionali in materia di diritti umani, si è espressa la Camera d'appello della Corte penale internazionale nel caso *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (Reasons for «Decision of the Appeals Chamber on the Defence application «Demande de suspension de toute action ou procédure afin de permettre la désignation d'un nouveau Conseil de la Défense» filed on 20 February 2007» issued on 23 February 2007, 9 marzo 2007)*. La Corte ha, infatti, definito il diritto dell'imputato ad un rappresentante legale come un «universally recognized human right (see article 21 (3) of the Statute) that finds expression in international and regional treaties and conventions» (par. 12).

<sup>(70)</sup> Sul punto, si veda SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2004, p. 93.

<sup>(71)</sup> Per la considerazione che non è sempre possibile, dopo l'esame — anche approfondito — di differenti legislazioni nazionali, ricavare una precisa norma da applicare a livello internazionale si veda l'opinione dissenziente comune dei giudici McDonald e Vohrah, allegata alla sentenza del 7 ottobre 1997 pronunciata dalla Camera d'appello del Tribunale per la ex-Jugoslavia nel caso *Erdemović*, par. 72.

ad altre possibili fonti per evitare di pronunciare un *non liquet*. Nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali *ad hoc* è stata invece prospettata la possibilità di far ricorso ad altre soluzioni. Nella pronuncia, rimasta tuttavia isolata, resa nel caso *Kuprekić*, il Tribunale per la ex-Jugoslavia precisò che, qualora non sia possibile individuare alcun principio generale di diritto comune ai principali sistemi giuridici del mondo, il giudice deve ricercare «a general principle of law consonant with the fundamental features and the basic requirements of international criminal justice»<sup>(72)</sup>. Ad avviso del Tribunale tali principi avrebbero dovuto essere ricostruiti attraverso un'operazione di bilanciamento tra due esigenze fondamentali dell'ordinamento penale internazionale: il pieno rispetto dei diritti degli imputati e l'esigenza per il Procuratore e, più in generale, per il Tribunale di compiere la loro missione efficientemente e nell'interesse della giustizia<sup>(73)</sup>. Nel caso di specie si trattava di sapere in quale modo i capi di imputazione dovessero essere presentati dal Procuratore. La Camera di prima istanza, ricorrendo alla citata categoria *sui generis* di principi generali di diritto, ha affermato che il temperamento delle due esigenze fondamentali sopra richiamate opera nel senso che nel caso in cui nel giudizio si rilevi a carico dell'imputato una «different offence» o una «more serious offence» rispetto a quanto contenuto nell'originario atto d'accusa, il Procuratore debba domandare alla Camera l'autorizzazione a modificare l'atto d'accusa al fine di fornire all'imputato la possibilità di contestare il nuovo capo di imputazione. Al contrario, nel caso in cui nel corso del procedimento risulti la commissione di una «lesser included offence», non formulato nell'atto d'accusa, il Procuratore non necessita di un'autorizzazione per la modifica dell'atto d'accusa<sup>(74)</sup>.

Pur sottolineando l'eccezionalità di questa sentenza nell'ambito dell'oramai vasto panorama giurisprudenziale dei tribunali *ad hoc*, desta comunque perplessità il fatto che un tribunale possa elaborare regole precise e ricche di dettagli ricavando il loro contenuto dall'interazione di concetti così vaghi come l'esigenza di un'azione penale effettiva e l'indispensabile tutela dei diritti dell'imputato<sup>(75)</sup>. In cir-

<sup>(72)</sup> *Prosecutor v. Kuprekić et al.* (Camera di prima istanza II), cit., par. 738.

<sup>(73)</sup> *Ibidem*, par. 739.

<sup>(74)</sup> *Ibidem*, par. 843.

<sup>(75)</sup> CASSESE (A.), *The Contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to the Ascertainment of General Principles of Law Recognized by the Community of Nations*, in *International Law in the Post-Cold War World* (a cura di Yee e Tieya), London, New York, 2001, p. 43 ss., p. 55.

costanze come queste, più che mai il giudice internazionale appare impegnato in un'attività creativa di regole, ricorrendo a mezzi di supplenza normativa sconosciuti, fino a poco tempo fa, all'ordinamento giuridico internazionale.

Un'altra soluzione che emerge dall'esame della giurisprudenza dei tribunali penali internazionali *ad hoc* consiste nella possibilità che, qualora sia impossibile ricostruire un principio generale di diritto comune agli ordinamenti interni, si faccia ricorso ai principi generali di diritto internazionale<sup>(76)</sup>. Senza voler approfondire una questione che, sotto molti profili, esulerebbe dall'oggetto della nostra indagine, ci sembra opportuno evidenziare che in queste circostanze i tribunali *ad hoc* hanno operato discostandosi da quei criteri procedurali da loro stessi enunciati, in base ai quali la ricerca di un principio generale di diritto comune agli ordinamenti interni dovrebbe intervenire solo nel caso in cui non esistano norme di diritto internazionale, ivi compresi i principi di diritto internazionale, e non invece dopo aver accertato l'inesistenza di un principio generale di diritto comune agli ordinamenti interni<sup>(77)</sup>.

Infine, è stato sostenuto che, in circostanze di ambiguità o di vuoto del diritto internazionale penale, il giudice internazionale debba ricorrere, come *extrema ratio*, alla legislazione nazionale dell'imputato, piuttosto che a considerazioni morali o a principi di politica generale<sup>(78)</sup>. Sembra, tuttavia, che questa soluzione, pur dettata da comprensibili esigenze di ordine pratico, abbia come limite quello di affievolire il carattere autonomo dell'ordinamento penale internazionale, caratterizzato da un proprio apparato normativo sostanziale e procedurale<sup>(79)</sup>.

8. Nella sua pur limitata produzione giurisprudenziale, la Corte penale internazionale ha avuto occasione di fornire alcune in-

<sup>(76)</sup> *Prosecutor v. Furundžija* (Camera di prima istanza), cit., par. 182-186, e *Prosecutor v. Aleksovski* (Camera d'appello), cit., par. 98. Per un commento, si veda GRADONI, *L'exploitation des principes généraux de droit dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux*, in *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des Law Clinics en droit pénal international* (a cura di Fronza, Manacorda), Milano, 2003, p. 10 ss., pp. 32-36.

<sup>(77)</sup> In tal senso si è espresso CASSESE (A.), *International Law*, Oxford, 2001, pp. 158-159.

<sup>(78)</sup> Cfr. l'opinione dissidente del giudice Cassese, *Prosecutor v. Erdemović* (Camera d'appello), cit., par. 49.

<sup>(79)</sup> Sul punto si vedano le considerazioni svolte da GRADONI, *L'exploitation des principes généraux de droit dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux*, cit., pp. 38-39.

dicazioni in merito all'interpretazione dell'art. 21, par. 1, lett. c), del suo Statuto. In particolare, nel caso *Lubanga Dyilo*<sup>(80)</sup>, la Camera preliminare si è trovata a dover valutare se, nel silenzio delle norme statutarie, delle regole di procedura e prova e dei regolamenti della Corte, la prassi del «witness proofing» fosse ammissibile ai sensi dell'art. 21.

Nella sua pronuncia, la Camera, escludendo che alcuni aspetti di tale prassi fossero riconducibili ad una regola o ad un principio di diritto internazionale, in base all'art. 21, par. 1, lett. b), dello Statuto, così come sostenuto invece dal Procuratore<sup>(81)</sup>, si è chiesta se gli stessi aspetti potessero trovare fondamento in un principio generale di diritto comune agli ordinamenti interni. L'approccio seguito dalla Camera sembra, dunque, confermare la natura sussidiaria dei principi generali di diritto. La Camera, infatti, vi ha fatto ricorso solo dopo aver verificato l'assenza di altre norme di diritto internazionale applicabili.

L'aspetto interessante della decisione attiene al metodo utilizzato nell'accertare l'esistenza di un principio generale di diritto di origine interna. La Camera ha innanzitutto rilevato come il Procuratore avesse ommesso di compiere qualsiasi indagine circa la compatibilità della prassi del «witness proofing» con la legislazione della Repubblica democratica del Congo<sup>(82)</sup>. Nel fare questo rilievo, la Corte sembra fornire due importanti indicazioni. La prima attiene al significato da attribuire alla nozione di «Stato che esercita normalmente la giurisdizione sul crimine», alla quale fa riferimento l'art. 21, par. 1, lett. c), dello Statuto. Il fatto che la Corte abbia preso in considerazione soltanto l'ordinamento giuridico della Repubblica democratica del Congo — ossia lo Stato sul cui territorio il crimine era stato perpetrato, nonché lo Stato di cittadinanza del-

<sup>(80)</sup> *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (Camera preliminare I), *Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing*, 8 novembre 2006.

<sup>(81)</sup> *Prosecution's Information on the Proofing of a Witness*, ICC-01/04-01/06638-Conf., par. 14. Il Procuratore afferma che la prassi del «witness proofing» è «a widely accepted practice in international criminal law».

<sup>(82)</sup> *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (Camera preliminare I), cit., par. 35: «With regard to the question of whether the second component of the definition of the practice of witness proofing advanced by the Prosecution can be encompassed, pursuant to article 21 (1) (c) of the Statute, by a general principle of law derived by the Court from national laws of the legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of the Democratic Republic of the Congo ("the DRC"), the Chamber first observes that the Prosecution does not submit that such a practice is consistent with the DRC criminal procedure.»

l'imputato — costituisce un'indicazione che avvalorata l'interpretazione restrittiva di tale nozione che è stata in precedenza prospettata<sup>(83)</sup>. In secondo luogo, dalla pronuncia della Camera sembra emergere la necessità, per chi intenda far valere l'esistenza di un principio generale di diritto di origine interna, di dare comunque conto, nella ricostruzione del principio stesso, della legislazione dello Stato che esercita normalmente la giurisdizione. Per quanto la Camera dia notevole rilevanza a questo giudizio di compatibilità del principio che si intende applicare con la legislazione dello Stato che avrebbe titolo ad esercitare la giurisdizione, ciò non sembra tuttavia implicare che, a suo avviso, questa compatibilità costituisca una condizione necessaria al fine di ricostruire un certo principio.

Quanto all'analisi comparativa condotta dalla Camera per accertare l'esistenza di un principio generale di diritto di origine interna, la decisione non offre molti spunti di riflessione. La Camera si è in sostanza limitata ad osservare come l'approccio dei differenti ordinamenti giuridici nazionali in relazione alla prassi del «witness proofing» variasse enormemente, da ciò deducendone che la definizione di tale prassi avanzata dal Procuratore non fosse rispondente ad un principio generale di diritto comune agli ordinamenti interni<sup>(84)</sup>. L'analisi della Camera è consistita essenzialmente nel richiamare, a titolo esemplificativo, alcuni ordinamenti giuridici nazionali, al fine di metterne in evidenza le diversità<sup>(85)</sup>. Non viene quindi fornita una precisa indicazione circa il livello di rappresentatività delle differenti famiglie giuridiche nella ricostruzione di un principio generale di diritto<sup>(86)</sup>.

<sup>(83)</sup> Si veda *supra*, par. 4.

<sup>(84)</sup> *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (Camera preliminare I), cit., par. 42.

<sup>(85)</sup> *Ibidem*, par. 36. La Camera cita, pur non riportandone il contenuto normativo, gli ordinamenti di Brasile, Spagna, Francia, Belgio, Germania, Scozia, Ghana, Inghilterra e Galles, Australia e Stati Uniti. Salvo che per quanto concerne l'ordinamento inglese e gallese, cui il Procuratore aveva fatto riferimento diretto e che è oggetto di un esame approfondito nei paragrafi 38-41 della decisione della Camera, il contenuto delle normative nazionali citate è sintetizzato in due note della decisione (note 41 e 42).

<sup>(86)</sup> Si noti che, al fine di ricostruire un principio generale di diritto, la prassi sino ad ora sviluppata dal Procuratore della Corte penale internazionale fornisce maggiori indicazioni circa la rappresentatività dei sistemi giuridici del mondo nel processo di comparazione effettuato. Ad esempio, nella *Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal*, 24 aprile 2006, inviata alla Camera d'appello in relazione al caso *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, il Procuratore sottolinea che «it is not necessary to make a systematic comparison of all national legal systems, but only to ensure by "polling" that the norms in question are effectively found in the "principal legal

Nel caso *de quo*, infine, poiché la Corte ha negato l'esistenza di un principio generale di diritto, non sono emerse indicazioni circa la valutazione della compatibilità dei principi generali di diritto con l'ordinamento internazionale. Tuttavia, nella sua pronuncia la Corte ha dato rilievo al fatto che, nel caso in cui si possa ricostruire un principio generale di diritto, lo stesso può essere applicato solo qualora risulti compatibile con le norme sui diritti umani internazionalmente riconosciuti<sup>(87)</sup>.

ANDREA CALIGIURI

systems of the world". According to the same commentator, these can probably be reduced to "civil law, common law, and perhaps Islamic law"».

<sup>(87)</sup> *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (Camera preliminare I), cit., paragrafi 10 e 28.