

SIDI
Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea

Pubblicazioni
Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea

1. *La riforma del Diritto internazionale privato italiano* (I Convegno – Roma 1996), Napoli, 1997
2. *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio* (II Convegno – Milano 1997), Napoli, 1998
3. *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale* (III Convegno – Siena 1998), Napoli, 1999
4. *Riforme Costituzionali. Prospettiva europea e prospettiva internazionale* (IV Convegno – Salerno 1999), Napoli, 2000
5. *La Moneta tra sovranità statale e diritto internazionale* (V Convegno – Torino 2000), Napoli, 2001
6. *Il diritto internazionale del mare fra usi antichi e nuove forme di utilizzazione* (VI Convegno – Padova, Treviso, Venezia 2001), Napoli, 2002
7. *L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale* (VII Convegno – Napoli 2002), Napoli, 2003
8. *Ordine internazionale e valori etici* (VIII Convegno – Verona 2003), Napoli, 2004
9. *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno* (IX Convegno – Roma 2004), Napoli, 2005
10. *Regioni e autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo* (X Convegno – Trieste-Gorizia 2005), Napoli, 2006
11. *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente* (XI Convegno – Alghero 2006), Napoli, 2007
12. *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti* (XII Convegno – Milano 2007), Napoli, 2008
13. *La crisi del disarmo nel diritto internazionale. Nel quarto centenario della morte di Alberico Gentili* (XIII Convegno – Roma 2008), Napoli, 2009
14. *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata* (XIV Convegno – Bari 2009), Napoli, 2010
15. *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali* (XV Convegno – Bologna 2010), Napoli, 2011
16. *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale* (XVI Convegno – Catania 2011) Napoli, 2012
17. *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole* (XVII Convegno – Genova 2012), Napoli, 2013
18. *Diritto internazionale e pluralità delle culture* (XVIII Convegno – Napoli 2013), Napoli, 2014
19. *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche* (XIX Convegno – Cormayeur 2014), Napoli, 2015
20. *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo* (XX Convegno – Macerata 2015), Napoli, 2016
21. *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari* (XXI Convegno – Parma 2016), Napoli, 2017
22. *Migrazioni e Diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?* (XXII Convegno – Trento 2017), Napoli, 2018
23. *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea* (XXIII Convegno – Ferrara 2018), Napoli, 2019

SIDI
Società Italiana di Diritto Internazionale
e di Diritto dell'Unione Europea

**LA CODIFICAZIONE NELL'ORDINAMENTO
INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA**
**CODIFICATION IN INTERNATIONAL
AND EUROPEAN UNION LAW**

XXIII Convegno / XXIII Annual Conference
Ferrara
6-8 giugno 2018

a cura di/edited by
A. Annoni, S. Forlati, F. Salerno

EDITORIALE SCIENTIFICA

Proprietà letteraria riservata

© Copyright maggio 2019

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 978-88-9391-561-8

INDICE-SOMMARIO

<i>Presentazione</i>	9
PASQUALE DE SENA	

<i>Indice delle principali abbreviazioni</i>	11
--	----

PARTE I **Introduzione**

UGO VILLANI	
Obiettivi e strumenti di codificazione nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea	15
FRANCESCO SALERNO	
Idee e significati della codificazione	31
FLORIAN HEINDLER	
Conceptual approaches to the codification of international law	59

PARTE II **Il ruolo dell'organizzazione internazionale nella codificazione**

LORENZO GRADONI	
Organizzazione internazionale, codificazione e cognizione del diritto non scritto	79
MICAELA FRULLI	
Le Nazioni Unite e la codificazione del diritto internazionale penale	111
ILARIA ESPA	
La codificazione nel sistema OMC	143

HANS VAN LOON	
The role of international organisations regarding the codification of private international law	163
LIDIA SANDRINI	
Protagonisti e modelli di una ricodificazione del diritto materiale uniforme	183
ENNIO TRIGGIANI	
La codificazione nell'Unione europea attraverso i principi di democrazia, efficacia e trasparenza	227

PARTE III

Gli strumenti della codificazione

SANTIAGO VILLALPANDO	
Gli strumenti della codificazione del diritto internazionale pubblico nell'età della codificazione <i>light</i>	259
ANTONIO LEANDRO	
La codificazione del diritto internazionale privato fra strumenti internazionalistici e diritto dell'Unione europea	279
PAOLA MORI	
Gli strumenti della codificazione nel diritto dell'Unione europea	301
RICCARDO PAVONI	
I trattati di codificazione nell'ordinamento degli Stati e dell'Unione europea	331
LUIGI CREMA	
La Commissione del diritto internazionale e i suoi metodi di codificazione al tempo del diritto internazionale "debole"	369

PARTE IV
Coordinamento fra diversi strumenti di codificazione

FRANCESCO FRANCONI		
Introduzione		389
LUCAS CARLOS LIMA		
Regionalism in the codification of international law: the experience of the Inter-American Juridical Committee		393
MARCO LONGOBARDO		
Il Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati e le convenzioni di diritto internazionale umanitario		407
MARIA FONT-MAS		
The EU language regime: problems with vertical consistency and matching across languages in European private interna- tional law regulations		435
BERNARDO CORTESE		
Carta, CEDU e Costituzioni nazionali: un processo di codifi- cazione tra autonomia, autoipotesi e <i>international collaborative</i> <i>law</i>		457
NICOLE LAZZERINI		
Le clausole generali della Carta dei diritti fondamentali nel <i>law-making</i> europeo: codificazione e innovazione nella deter- minazione del livello di tutela		507

PARTE V
Codificazione e giurisprudenza

IRINI PAPANICOLOPULU		
Giudici e codificazione del – e nel – diritto del mare		527
ADELINA ADINOLFI		
La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati		553

LEONARDO BORLINI

Il controllo internazionale tra standardizzazione, coordinamento e “contaminazione” 591

APPENDICE

Organi direttivi della SIDI 627

LE NAZIONI UNITE E LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PENALE

Micaela FRULLI*

“Codification which constitutes a record of the past rather than a creative use of the existing materials – legal and others – for the purpose of regulating the life of the community is a brake upon progress”

Hersch Lauterpacht (1949)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La prima fase (1947-1974): grandi ambizioni, risultati modesti. – 2.1. I primi progetti di codificazione affidati alla Commissione del diritto internazionale. – 2.2. La Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio. – 2.3. La parcellizzazione progressiva della codificazione del diritto internazionale penale: la formulazione dei Principi di Norimberga. – 2.4. *Segue*: La questione relativa alla creazione di una giurisdizione penale internazionale. – 2.5. *Segue*: Il Progetto di Codice dei crimini e lo stallo provocato dal nodo della definizione del crimine di aggressione. – 3. La seconda fase (1978-1998): dalla lenta ripresa dei lavori della Commissione del diritto internazionale all’accelerazione impressa alla codificazione dalla creazione dei Tribunali penali internazionali *ad hoc*. – 3.1. La svolta impressa alla codificazione del diritto internazionale penale dalla creazione dei Tribunali penali internazionali. – 3.2. La creazione della Corte penale internazionale. – 4. La terza fase (1998-2018): una riflessione critica sul ruolo attuale della Commissione del diritto internazionale nella codificazione del diritto internazionale penale. – 4.1. L’obbligo *aut dedere aut judicare*. – 4.2. Il Progetto di articoli in materia di crimini contro l’umanità. – 5. Brevi note conclusive.

1. Premessa

Nell’approfondire il ruolo delle Nazioni Unite nella codificazione del diritto internazionale penale, ho ritenuto opportuno concentrare l’indagine sui lavori degli organi che si sono dedicati espressamente e consapevolmente alla codificazione della materia, in primo luogo la

* Professoressa associata di Diritto internazionale, Università degli studi di Firenze.

Commissione del diritto internazionale (CDI) e, secondariamente, gli altri numerosi comitati creati in seno all'organizzazione e incaricati di elaborare documenti e stilare rapporti in materia; non rientra dunque nella prospettiva d'analisi scelta il contributo indiretto dato alla codificazione del diritto internazionale penale dalla giurisprudenza dei tribunali penali internazionali. L'operato di questi ultimi resta tuttavia costantemente sullo sfondo di questa breve analisi poiché l'impatto della loro giurisprudenza, in particolare di quella dei tribunali *ad hoc* creati dal Consiglio di sicurezza dell'ONU, sulla codificazione della materia è assai significativo. Il riferimento alla giurisprudenza dei tribunali penali internazionali è necessario anche perché, sin dai primi tentativi di codificazione portati avanti nell'ambito delle Nazioni Unite, si è manifestata una tensione di fondo tra l'idea di intraprendere la strada di una codificazione gestita esclusivamente dai governi, con l'obiettivo di tradurre in norme pattizie le norme consuetudinarie già emerse – come per altri settori tradizionali del diritto internazionale – e quella invece di intraprendere la strada di una codificazione che guardasse anche e soprattutto al contributo della giurisprudenza del Tribunale di Norimberga e Tokyo e che fosse affidata in misura maggiore al lavoro di esperti della disciplina e non solo ai rappresentanti statali, lasciando spazio anche per lo sviluppo progressivo della materia. Come è noto, si sono percorse alla fine entrambe le strade, ma la tensione tra i due approcci ha caratterizzato con alterne vicende tutta la codificazione del diritto internazionale penale nell'ambito dell'ONU.

Ho identificato tre fasi nei lavori di codificazione nell'ambito delle Nazioni Unite (o ai margini dell'ONU), che ripercorrerò per sommi capi con particolare enfasi sulla prima nella quale hanno preso corpo le tensioni che hanno ostacolato e rallentato la codificazione della materia, le stesse tensioni che hanno poi caratterizzato anche le fasi successive.

2. La prima fase (1947-1974): grandi ambizioni, risultati modesti

Nei primissimi anni di vita dell'ONU, la codificazione del diritto internazionale penale occupò un posto centrale nei lavori di vari organi. Già nel dicembre del 1946, l'Assemblea generale adottò due importanti risoluzioni, la 95 (I) e la 96 (I), che possono essere considerate come le prime pietre che pongono le fondamenta dell'edificio del diritto internazionale penale: esse sono infatti alla base dei lavori di codificazione della materia intrapresi in questa prima fase.

Con la risoluzione 95 (I)¹, l'Assemblea generale riaffermò i Principi riconosciuti dallo Statuto e dalla sentenza del Tribunale di Norimberga, appena due mesi dopo la fine del processo, e affidò alla Commissione sullo sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione² il compito di formulare per esteso tali Principi nell'ottica di una codificazione generale dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità o dell'elaborazione di un codice penale internazionale³. Nell'idea originaria degli Stati Uniti, alla base di questa proposta, si pensava di tener conto per l'elaborazione dei Principi di Norimberga non solo dello Statuto, ma in larga misura della sentenza; si intendeva cioè guardare a quanto deciso dai giudici sulla base di una descrizione a dir poco scarna delle fattispecie criminose⁴. L'idea di fondo era quella di una codificazione che partisse dalla giurisprudenza.

Con la risoluzione 96 (I), adottata lo stesso giorno, l'Assemblea generale definì il genocidio – che non era inserito come tale nello Statuto di Norimberga, ma che era stato evocato e descritto più volte dai procuratori e nella sentenza⁵ – come un crimine che nega il diritto di esistere a interi gruppi umani e la cui repressione è interesse della comunità internazionale⁶. Affidò poi al Consiglio economico e sociale (ECOSOC) il

¹ UN doc. A/RES/1/95, 11 dicembre 1946.

² Si tratta dell'organo che precedette la creazione della CDI, composto da rappresentanti di 17 Stati.

³ “The General Assembly [...] *Directs* the Committee on the codification of international law established by the resolution of the General Assembly of 11 December 1946 to treat *as a matter of primary importance* plans for the formulation, in the context of a general codification of offences against the peace and security of mankind, or of an International Criminal Code, of the principles recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal” (corsivo aggiunto), UN doc. A/RES/1/95, cit., par. 2.

⁴ Cfr. *The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal – History and Analysis: Memorandum submitted by the Secretary-General, Part II e Part III*, UN doc. A/CN.4/5, disponibile nella biblioteca digitale ONU al seguente indirizzo: https://digitallibrary.un.org/record/160809/files/A_CN.4_5-EN.pdf.

⁵ Cruciale fu il ruolo del giurista Raphael Lemkin per l'inserimento del genocidio negli atti d'accusa del Tribunale di Norimberga. Lemkin aveva già lavorato su una possibile definizione del crimine, cfr. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, New York, 1944, in particolare il capitolo IX. Si veda anche EARL, *Prosecuting genocide before the Genocide Convention: Raphael Lemkin and the Nuremberg Trials, 1945–1949*, in *Journal of Genocide Research*, 2013, pp. 317-337.

⁶ “Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups, and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations. Many instances of such crimes of genocide have occurred when racial, religious, political, and other groups

compito di intraprendere lo studio per elaborare una Convenzione per la prevenzione e la repressione di tale crimine. Molti Stati vollero chiarire che, poiché il crimine di genocidio non era stato inserito nello Statuto di Norimberga, si rendeva necessaria non tanto un'opera di codificazione, ma l'elaborazione di una nuova fattispecie criminosa e che quindi il negoziato spettava esclusivamente ai governi, nell'ambito dell'ECOSOC⁷.

Nel corso dei lavori che presero l'avvio da queste due risoluzioni si manifestarono in concreto le tensioni appena descritte.

2.1. I primi progetti di codificazione affidati alla Commissione del diritto internazionale

Nel 1947 l'Assemblea generale istituì la CDI, organo composto da esperti⁸, e decise di affidarle, non appena fosse stata eletta, il compito di formulare i Principi di diritto internazionale riconosciuti nella Carta di Norimberga e nella sentenza del Tribunale. Al contempo le affidò un nuovo compito: quello di preparare un Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità, con l'indicazione di precisare quale posto dovessero occupare i Principi di Norimberga nell'ambito di tale Codice⁹.

C'era già un cambiamento rispetto all'anno precedente, poiché da un solo progetto di codificazione si era passati a due. La suddivisione dei compiti affidati alla CDI in due diversi progetti, e in particolare l'assegnazione alla Commissione di un Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità potrebbe essere letta come un segnale positivo, indice della volontà effettiva degli Stati di inserire nell'agenda della codificazione/sviluppo progressivo della materia quell'*International Criminal Code* menzionato nella risoluzione 95 (I) dell'Assemblea generale. Tuttavia, dall'esame dei dibattiti in seno alla VI Commissione dell'Assemblea emerge che la ragione della suddivisione fu di segno opposto: all'origine della separazione dei compiti della CDI in due diversi progetti stavano infatti i dubbi posti da alcuni Stati in merito alla conformità dei Principi di Norimberga al diritto internazionale generale e ancor più l'incertezza riguardo alle conseguenze derivanti

have been destroyed, entirely or in part. The punishment of the crime of genocide is a matter of international concern", UN doc. A/RES/1/96, 11 Dicembre 1946, preambolo.

⁷ Per una ricostruzione completa dei lavori preparatori dei vari organi che hanno condotto all'adozione della Convenzione sul genocidio del 1948 si veda ABTAHI, WEBB, *The Genocide Convention. The Travaux Préparatoires*, Leiden, 2008.

⁸ UN doc. A/RES/2/174, 21 novembre 1947.

⁹ UN doc. A/RES/2/177, 21 novembre 1947.

da un'accettazione formale di tali Principi come regole vincolanti¹⁰. Alcuni Stati vedevano la CDI come un organo che avrebbe dovuto fare solo un lavoro di carattere speculativo sulla materia; sin dal principio si manifestò una resistenza di fondo a recepire quanto emerso dalla giurisprudenza di Norimberga e prese corpo quella tendenza alla frammentazione dei lavori che negli anni seguenti è poi diventata uno dei tratti distintivi dei tentativi di codificazione del diritto internazionale penale.

Inoltre, alcuni delegati premevano per un rinvio dei lavori su entrambi i progetti, argomentando che sarebbe stato più opportuno attendere la fine del processo di Tokyo e dei processi ancora in corso in Germania e nelle zone occupate dagli Alleati sulla base della legge del Consiglio di controllo alleato n. 10 – che com'è noto riproduceva fedelmente lo Statuto di Norimberga – per poter lavorare sulla base di una più ampia giurisprudenza. Il rinvio è un'altra tendenza che, insieme alla frammentazione, ha caratterizzato da quel momento in poi e per lungo tempo la codificazione del diritto internazionale penale.

2.2. La Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio

Nel frattempo l'Assemblea generale aveva fatto la scelta di affidare lo studio dell'elaborazione di un progetto di convenzione sul crimine di genocidio all'ECOSOC, nonostante all'orizzonte ci fosse già la creazione della futura CDI per occuparsi di codificazione e alcuni Stati vedessero di buon occhio l'idea di affidarle anche questo compito¹¹. Per il genocidio si scelse fin da subito la strada del negoziato tra Stati; l'Unione Sovietica e altri Stati chiarirono infatti che all'istituenda CDI non doveva essere affidato altro compito se non quello di elaborare studi preparatori e che per l'elaborazione di nuove norme era invece necessario incaricare direttamente i governi, coadiuvati a loro discrezione da alcuni esperti.

C'era in questo caso un'urgenza politica poiché l'opinione pubblica internazionale, sull'onda dell'emozione suscitata dai processi per gli atroci crimini commessi durante la seconda guerra mondiale, si aspettava che l'ONU adottasse uno strumento di prevenzione e repressione del genocidio e molti governi premevano quindi in questa direzione. L'elaborazione di una Convenzione sul genocidio era vista inoltre da molti come un'opera che non aveva a che fare con la codificazione in

¹⁰ Differenti punti di vista peraltro si manifestano immediatamente anche all'interno della CDI, cfr. *YILC*, 1949, p. 129 ss.

¹¹ *Sixth Committee Legal Questions Summary Record of Meetings*, UN doc. A/C.6/127, 13 dicembre 1946, *passim*.

senso stretto, ma con la creazione di nuovo diritto, da qui la scelta di affidare il negoziato a un organo composto da delegati statali. La diffidenza nei confronti di un organo composto da esperti evidenzia un'ulteriore linea di tensione nella codificazione del diritto internazionale penale, una tensione che non è solo tra codificazione che guarda alla giurisprudenza e codificazione "tradizionale", ma che si ripropone come dualismo/tensione tra ruolo degli Stati e ruolo degli esperti nella codificazione e nello sviluppo progressivo, che a sua volta caratterizza, con diversi punti di equilibrio, i lavori di codificazione che l'ONU porta avanti in materia di diritto internazionale penale fino ai giorni nostri. Dai dibattiti in VI Commissione si enuclea subito la differenza fra gli Stati che ritenevano che gli esperti dovessero giocare un ruolo importante nell'opera di codificazione e quelli che ritenevano invece che la codificazione dovesse restare saldamente ed esclusivamente nelle mani dei governi, ai quali spettava decidere se e quanto rifarsi alla giurisprudenza e in che misura eventualmente servirsi del contributo degli esperti¹².

Naturalmente il dualismo esperti/rappresentanti dei governi non finì certo con l'affidamento del mandato di preparare un progetto di convenzione all'ECOSOC; quest'ultimo infatti affidò al Segretariato generale il compito di elaborare una prima bozza di testo, per la preparazione del quale furono coinvolti tre autorevoli esperti: Lemkin, Donnedieu de Vabres e Pella¹³.

Il testo predisposto come base per i lavori dell'ECOSOC era composto da 24 articoli e vi erano allegati due progetti di statuto per una corte penale internazionale sebbene la risoluzione 96 (I) non ne avesse men-

¹² Emerge a mio parere in maniera chiara che alcuni Stati hanno già in mente di voler dilazionare, per non dire diluire o quasi annullare, la codificazione del diritto internazionale penale e proprio per questo, laddove non hanno una chiara intenzione di contribuire all'elaborazione di norme che possono diventare vincolanti per gli Stati, decidono di affidarne lo studio alla CDI, ben sapendo che secondo loro di studio, appunto, dovrà trattarsi. Si veda ad esempio: *Summary Record of the Drafting Sub-Committee of the Social Committee*, UN doc. E/AC.7/W.14, 24 marzo 1947.

¹³ "Donnant suite à la dite résolution du Conseil économique et social, le Secrétaire général a prié le directeur de la division des droits de l'homme de préparer un projet de convention accompagné de commentaires appropriés et il a demandé à trois experts, [sic] savoir M. Donnedieu de Vabres, professeur à la faculté de droit de Paris, son Excellence M. le professeur Pella, président de l'Association internationale de droit pénal et M. le professeur Lemkin, de lui donner le concours de leurs avis autorisés. Les experts ont discuté avec le professeur Humphrey, directeur de la division des droits de l'homme, le professeur Giraud, chef de la section des recherches de la division des droits de l'homme et M. Kliava, représentant du département juridique, un avant-projet de convention", *Commentaire par le Secrétaire Général du Projet de Convention Concernant le Génocide, Introduction*, UN doc. A/AC.10/41.

zionato l'eventuale costituzione¹⁴; esso era corredato di un commentario preparato dai tre esperti consultati. Questi ultimi fecero presente che non aveva senso definire il genocidio come crimine internazionale senza prevedere da un lato l'universalità della giurisdizione penale¹⁵ e dall'altro la creazione di un tribunale penale internazionale che fosse competente a perseguire i responsabili¹⁶. Il testo fu portato all'attenzione degli Stati, ma ben presto apparve chiaro che la maggior parte di essi era contraria alla creazione immediata di un tribunale penale internazionale¹⁷.

La tensione di fondo e la contrapposizione tra governi ed esperti acquistavano un'ulteriore dimensione concreta. La spaccatura tra i due punti di vista era destinata a tradursi di lì a breve in una separazione tra la codificazione delle norme primarie, la definizione dei crimini, e la codificazione relativa alle norme secondarie, quella relativa ai criteri di giurisdizione e ai meccanismi di attuazione della responsabilità penale individuale. È proprio quest'ultimo lo scoglio sul quale si è arenata per lungo tempo la codificazione del diritto internazionale penale.

Nonostante simili divergenze di opinione, si procedette speditamente verso l'adozione della Convenzione sul genocidio che avvenne il 9 dicembre del 1948. Nel corso dei lavori preparatori fu proposto più volte, viste le divergenze di fondo tra gli Stati, di riferire la bozza di conven-

¹⁴ Erano proposte due alternative, si veda l'art. X del Progetto: "Une alternative est proposée: *1ère formule*: la juridiction pénale prévue à l'article VIII sera la Cour pénale internationale qui aura reçu compétence pour juger les crimes internationaux. *2ème formule*: un tribunal international sera institué pour juger les crimes de génocide (voir annexes)". In allegato al Progetto, due bozze di Statuto.

¹⁵ Cfr Art. VII del Progetto: "Les Hautes Parties contractantes s'engagent à punir les auteurs d'actes visés par la présente Convention se trouvant sur un territoire soumis à son contrôle quel que soit leur nationalité ou le lieu où le crime a été commis.", UN doc. A/AC.10/41.

¹⁶ Art. IX del Progetto: "Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à déférer à la juridiction internationale les auteurs de génocide visés par la présente Convention dans les cas suivants: 1° Si elles ne sont pas disposées à les juger elles-mêmes en application de l'article VII et si elles ne les extradent pas en application de l'article VIII; 2° Si les actes de génocide ont été commis par des individus agissant comme organes de l'État ou avec l'encouragement ou la tolérance de l'État" (*ibidem*). All'art. VII era prevista l'estradizione e si affermava che il genocidio non poteva essere considerato reato politico. Nel commentario si legge: "L'État a l'obligation de déférer les actes de génocide à la juridiction internationale. Les actes de génocide ont été commis par des individus comme organes de l'État ou avec l'encouragement ou la tolérance de l'État. Dans ce cas il s'agit de juger des gouvernants d'un État ou des gens qui ont agi d'entente avec ces gouvernants, c'est un cas grave qui particulièrement intéresse au plus haut point l'ensemble de la communauté internationale. C'est la juridiction internationale qui aura le plus d'autorité pour statuer". (UN doc. A/AC.10/41).

¹⁷ Cfr. SHABAS, *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, 2nd ed., Cambridge, 2009, spec. pp. 14-51.

zione alla istituenda CDI¹⁸, ma la proposta fu respinta e si presentò la bozza di convenzione direttamente agli Stati. Il timore prevalente era che la CDI, organo di esperti, elaborasse un progetto non accettabile per gli Stati; molti temevano anche che rimettere il compito alla CDI significasse rinviare e dilazionare l'adozione di una convenzione, che invece per motivi politici era urgente adottare. Emblematica la posizione espressa in VI Commissione dal rappresentante del Venezuela, per il quale non si poteva lasciare il progetto nelle mani degli esperti "since the political significance of the future convention would be greater than its juridical significance"¹⁹. Nonostante alcuni Stati si rendessero ben conto che l'elaborazione di una Convenzione sul genocidio era strettamente collegata ai compiti già affidati alla CDI, vale a dire quello di formulare i Principi di Norimberga e quello di elaborare un Progetto di Codice dei crimini contro la pace la sicurezza dell'umanità, e che era incoerente mandare avanti i lavori su binari completamente separati, con la risoluzione 180 (II) adottata nel 1947 l'Assemblea generale raccomandò all'ECOSOC di procedere con l'elaborazione di un progetto di convenzione, limitandosi a segnalare che si tenessero in conto i lavori della CDI²⁰.

La volontà politica di adottare rapidamente la Convenzione sul genocidio prevalse sulle perplessità di alcuni Stati e l'urgenza condusse a non preoccuparsi delle possibilità di una sua attuazione concreta; si sacrificò così la discussione sui criteri di giurisdizione per la repressione del genocidio e sulla creazione di un tribunale penale internazionale, questione quest'ultima che si decise di affidare allo studio della CDI. Una simile scelta, considerate le opinioni espresse sul ruolo della CDI durante i dibattiti in VI Commissione, tradiva già la mancanza di volontà politica degli Stati di procedere speditamente in questa direzione.

¹⁸ Su iniziativa dei Paesi Bassi, cfr. UN doc. A/AC.10/SR.29, pp. 10 e 20-21.

¹⁹ Dichiarazione del Rappresentante del Venezuela in seno alla VI Commissione dell'Assemblea generale: "He was opposed to sending the matter to the International Law Commission, as the members thereof would again be experts and not representatives of the Governments. It was essential to go beyond the technical stage, which had already been covered by the work of the Secretariat, and to deal with the political aspect of the matter", *Summary of the 42nd meeting, 6 October 1947*, UN doc. A/C.6/SR.42.

²⁰ L'Assemblea generale: "Requests the Economic and Social Council to continue the work it has begun concerning the suppression of the crime of genocide, including the study of the draft convention prepared by the Secretariat, and to proceed with the completion of a convention, taking into account that the International Law Commission, which will be set up in due course in accordance with General Assembly resolution 174(II) of 21 November 1947, has been charged with the formulation of the principles recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal, as well as the preparation of a draft code of offences against peace and security", UN doc A/RES/2/180, 21 novembre 1947.

In particolare, si respinse la proposta di inserire nel testo finale il criterio di universalità della giurisdizione penale e si optò per il criterio della territorialità come unica opzione per gli Stati, lasciando al contempo solo un riferimento generico a un tribunale internazionale competente come alternativa alla repressione del crimine negli ordinamenti interni²¹. Questo, nonostante l'opinione degli esperti e nonostante alcuni delegati statali avessero messo in guardia sul fatto che la Convenzione rischiava di rivelarsi una somma di formule completamente inutili se non si fosse creata al più presto una corte penale internazionale e si fosse lasciato solo nelle mani degli Stati la repressione del crimine commesso nei rispettivi territori²².

Il Progetto di convenzione sul divieto di genocidio approvato dalla VI Commissione fu inviato all'Assemblea generale che adottò la Convenzione aprendola alla firma degli Stati²³; fu al contempo richiesto alla CDI di studiare la desiderabilità e la fattibilità di un organo internazionale competente a giudicare gli individui accusati di genocidio e di altri crimini internazionali.

La questione della possibile creazione di un tribunale penale internazionale fu separata dalla codificazione dei crimini: si realizzò così quella separazione tra la codificazione delle norme primarie (vale a dire, la parte sostanziale del diritto internazionale penale) e la codificazione relativa alle norme secondarie riguardante i meccanismi di attuazione della responsabilità penale individuale, separazione che costituisce una ulteriore linea di frammentazione che da quel momento in poi ha caratterizzato la codificazione del diritto internazionale penale in ambito ONU.

2.3. La parcellizzazione progressiva della codificazione del diritto internazionale penale: la formulazione dei Principi di Norimberga

La CDI già nel 1948 lavorava alla formulazione dei Principi di Norimberga e al Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza

²¹ Merita inoltre rilevare che nella fase finale del negoziato, su proposta del Venezuela, si decise di omettere anche ogni riferimento alla giurisprudenza del Tribunale di Norimberga, SHANY, *The Road to the Genocide Convention and Beyond*, in GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention. A Commentary*, Oxford, 2009, pp. 9-10.

²² "The representative of France regarded the creation of such a court as the essential purpose of the convention on genocide, since, for the reasons already given, it was impossible to leave to each individual State the responsibility for punishing acts of genocide committed in its own territory. The convention would be a mere accumulation of entirely ineffective formulas, if such a court were not established within a reasonable period" (Chaumont, France, VI Committee, UN doc. A/C.6/SR.95).

²³ UN doc. A/RES/3/260, 9 dicembre 1948.

dell'umanità. Nel 1949 le fu affidato un terzo ulteriore (e separato) compito, quello di elaborare un Progetto di statuto di un tribunale penale internazionale: salivano quindi a tre i progetti in materia di diritto internazionale penale affidati allo studio della Commissione.

Rispetto al primo dei tre progetti, l'elaborazione dei Principi di Norimberga, la CDI dovette decidere se limitarsi a quelli che emergevano direttamente dallo Statuto e dalla sentenza del Tribunale, oppure occuparsi anche di altre categorie di crimini non inserite nello Statuto. La CDI, viste le divergenze di opinione tra i suoi membri, decise di adottare un approccio "minimalista", vale a dire si limitò a riformulare i Principi come estrapolati dallo Statuto e dalla sentenza del Tribunale di Norimberga senza valutare la loro conformità al diritto internazionale o la loro natura di norme consuetudinarie. I lavori sul tema si conclusero molto rapidamente, nel 1950, con l'adozione di sette Principi²⁴.

La verità è che non c'era accordo neanche tra i membri della CDI sulle questioni di fondo, prima tra tutte la soggettività dell'individuo sul piano del diritto internazionale. Le posizioni dei componenti della Commissione erano molto variegate: ai due estremi stavano George Scelle, convinto assertore della soggettività dell'individuo²⁵ e fautore di un ruolo ampio della CDI, e Vladimir Koretsky che negava la soggettività dell'individuo²⁶ e spingeva perché la CDI salvaguardasse la tutela della sovranità degli Stati nell'esercizio della giurisdizione penale. La Commissione finì col respingere la proposta di menzionare la soggettività dell'individuo tra i Principi di Norimberga. Ciò significava tuttavia

²⁴ I Principi di Norimberga con relativo commentario sono riprodotti in *YILC*, 1950, vol. II, par. 97. Per una ricca raccolta di dottrina antica e recente relativa all'impatto del Tribunale e della giurisprudenza di Norimberga sul diritto penale internazionale, cfr. METTRAUX (ed.), *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford, 2008.

²⁵ Nelle parole di Scelle: "According to the terms of General Assembly resolution 177 (II), the Commission was called upon to formulate the principles recognized by the Charter and judgment of Nuremberg. That implied that, in the opinion of the General Assembly itself, the Charter and judgment had not created but had confirmed principles already existent in positive international law or still in the process of development. Both had to be formulated by the Commission, which had to go even farther. Actually, the principle of individual responsibility was only the application of a more general principle to which Sir Hartley Shawcross had alluded and which was enunciated in the 'reasons adduced' of the judgment, namely that the individual was subject to international law. In his indictment, Sir Hartley Shawcross had pointed out that that principle had already existed in international law and had been recognized by all States. It was therefore appropriate likewise to formulate that very general principle in view of the fact that the principle of individual responsibility was only its application.", *ILC 26th meeting*, 24 maggio 1949, in *YILC*, 1949, p. 186.

²⁶ Si veda ad esempio la posizione espressa da Koretsky, *ILC 9th meeting*, 25 aprile 1949, *ivi*, p. 73.

non poter riaffermare i Principi come interpretati dal Tribunale di Norimberga, che aveva chiaramente basato le condanne sull'affermazione che gli individui hanno obblighi che trascendono quelli statali²⁷.

L'ottica riduttiva e minimalista della CDI tuttavia non bastò a eliminare i motivi di contrasto sulla natura dei Principi. Il dibattito fu molto acceso in seno alla CDI²⁸ e poi in seno alla VI Commissione, tanto è vero che i Principi di Norimberga adottati dalla CDI nel 1950 furono archiviati rapidamente senza essere formalmente approvati dall'Assemblea generale.

La Commissione perse così l'occasione di giocare un ruolo significativo: limitandosi a riprodurre alcune delle regole contenute nello Statuto di Norimberga senza entrare nel merito del loro valore o della loro natura, essa gettò un'ombra sui tentativi successivi di codificazione perché lasciò aperta alla VI Commissione e ad alcuni Stati la possibilità di mantenere le distanze dalla giurisprudenza di Norimberga e di discutere di crimini internazionali come se la loro esistenza fosse dubbia e il diritto internazionale penale dovesse essere oggetto di pura speculazione.

Restavano a quel punto due ambiti di lavoro per la CDI in materia di diritto internazionale penale: il Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità e il Progetto per la creazione di una corte penale internazionale. La Commissione aveva nel frattempo nominato Ricardo J. Alfaro e Emil Sandström come relatori sulla questione della giurisdizione penale internazionale e Jean Spiropoulos in qualità di Relatore per il Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità.

²⁷ Conviene riportare i brani più noti della sentenza nei quali i giudici affermarono con chiarezza: "That international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon States has long been recognized" e ancora: "Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced", *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Proceedings*, vol. I, Norimberga, 1947, p. 223.

²⁸ Nel momento in cui la CDI si avviava verso l'adozione dei Principi di Norimberga senza ulteriore discussione, George Scelle fece mettere a verbale il suo disaccordo rispetto all'approccio "minimalista" della Commissione stessa: "Mr. Scelle regretted that he was unable to accept this part of the report on the grounds which he had already stated the previous year—namely, that the report did not enunciate the general legal principles on which the provisions of the Charter and the decisions of the Tribunal were based, and also because the final form of the report appeared not to represent exactly the findings adopted by the Commission during its preliminary discussions and to minimize their scope", *ILC 78th meeting*, 24 luglio 1950, in *YILC*, 1950, vol. I, p. 296.

2.4. Segue: *La questione relativa alla creazione di una giurisdizione penale internazionale*

I due relatori incaricati di esaminare la questione della giurisdizione internazionale²⁹ presentarono due rapporti di tenore molto differente. Alfaro fece anzitutto presente, nel suo primo rapporto³⁰, che non era concepibile affrontare la questione della eventuale creazione di un tribunale penale permanente separatamente dal Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità poiché li considerava due progetti complementari³¹. Egli concludeva che non solo fosse opportuno creare un tribunale penale internazionale, ma che gli Stati avessero quasi un obbligo di farlo³². Alfaro riteneva altresì che fosse possibile creare un tribunale internazionale senza pregiudicare la sovranità degli Stati, perché il consenso di questi ultimi sarebbe stato comunque alla base della competenza di tale tribunale, sia nell'ipotesi dell'istituzione di una camera penale da aggiungere della Corte internazionale di giustizia (CIG) modificandone lo Statuto, sia nel caso della creazione di un tribunale autonomo.

Il rapporto di Sandström era di tenore assai più cauto³³. Anch'egli riteneva che fosse possibile aggiungere una camera penale alla CIG o creare una corte penale internazionale separata, ma era molto più incerto in merito all'opportunità politica di intraprendere questo percorso poiché molti Stati avevano chiaramente sostenuto che l'esercizio della giurisdizione penale doveva restare di loro competenza esclusiva e non essere trasferita, seppur parzialmente, alla comunità internazionale. Sandström sottolineava inoltre che nel caso in cui fosse stata istituita una corte penale internazionale, questa avrebbe potuto funzionare solo con la colla-

²⁹ La questione fu inserita in agenda con il seguente titolo: "Desirability and possibility of establishing an international judicial organ for the trial of persons charged with genocide or other crimes over which jurisdiction will be conferred upon that organ by international conventions".

³⁰ UN doc. A/ CN.4/15 Corr. 1, in *YILC*, 1950, vol. II, p. 1 ss.

³¹ "In view of the above stated facts and circumstances, it is my belief that the United Nations should consider and decide as inseparable and mutually complementary, the three questions of the international criminal jurisdiction, the formulation of the Nurnberg principles and the elaboration of an International Penal Code", *ivi*, p. 9.

³² "The community of States realizes that another war will mean the destruction of civilization. It has not only a right but also a duty to make sure that civilization – both material and moral – is not destroyed. The community of States has the same right every community of individuals has to protect its existence from crime and – provide for its own security through the organization of a permanent system of penal justice", *ivi*, p. 18.

³³ UN doc. A/CN.4/20, in *YILC*, 1950, vol. II, p. 18 ss.

borazione degli Stati³⁴, una eventuale mancanza di collaborazione avrebbe impedito il funzionamento della Corte e ne avrebbe minato alla base l'efficacia³⁵.

Alla luce di questi punti di vista discordanti³⁶, ripresi nel rapporto della CDI del 1950, l'Assemblea generale ritenne di dover ulteriormente frammentare lo studio della questione, creando un nuovo Comitato di 17 membri rappresentanti dei governi con il compito di presentare uno o più progetti di statuto del futuro tribunale penale internazionale³⁷. Sembra

³⁴ "If, at last, we consider the possibilities of bringing the accused before the Court, provided that it be competent, and of executing the judgements, it must be admitted that there exists no international organization whatsoever for this purpose. In the event of a State refusing to appear before the Court, or to bring before it persons being in its territory, or to execute a judgement, there are no means, in the actual organization of the international community, to have this done. There is of course, at least in theory, a possibility of creating the necessary machinery by amending the Charter, even if it is difficult to see how it would be organized and who would consent to act as the policeman. Still in many cases nothing short of war would be sufficient to guarantee results. In any event the bringing of the accused before the Court and the execution of a judgement would remain uncertain", *ivi*, p. 21. Queste parole, scritte nel 1950, sembrano anticipare di molti anni le difficoltà poi incontrate dall'attuale CPI nell'assicurarsi la collaborazione da parte degli Stati.

³⁵ Sandström concludeva: "There are great risks that culprits will not always be brought before the Court. On the whole this will give the impression that the jurisdiction is being exercised in an arbitrary way. Its deterring effect will thus be very doubtful, if any", *ivi*, p. 22.

³⁶ Altri avevano espresso chiaramente alcune perplessità, si vedano ad esempio le dichiarazioni di Brierly: "If an international court were established but could not function, it would be not only ineffectual, but it would also create dangerous illusions among the nations", *ILC 42nd meeting*, 8 giugno 1950, in *YILC*, 1950, vol. I, p. 16. E ancora con parole che sembrano premonitrici: "he felt it was impossible to draft a convention under which all States would undertake to bring their nationals accused of crimes before an international tribunal. Even if they did undertake to do so, it was extremely probable that when the time came they would not honour their signatures. And after all, crimes against humanity were committed by individuals not of their own accord, but with the acquiescence of their governments. How then could it be hoped that those governments would agree to the accused persons being summoned before an international tribunal? Would the establishment of such an organ in 1930 have prevented the crimes of genocide perpetrated by Germany? An international criminal court would not be required to judge cases covered by national laws since if a government disapproved of the criminal activities of one of its nationals, is could summon him before a national tribunal. On the other hand, if it approved of his activities, it would not bring him before an international court. To prosecute a criminal without the co-operation of his government, an international court would have to have at its disposal, in the international sphere, a full-scale police organization comparable to that possessed by States on the national scale for the prevention of crimes. It was impossible to reconcile all those factors", *ivi*, p. 17.

³⁷ UN doc. A/RES/489, 12 dicembre 1950 in cui l'Assemblea generale: "Decides that a Committee composed of the representatives of the following seventeen Member States, namely, Australia, Brazil, China, Cuba, Denmark, Egypt, France, India, Isra-

quasi paradossale che si sia chiesto a un organo formato da esperti, la CDI, di rispondere a una questione politica – vale a dire quella relativa all’opportunità di istituire una corte penale internazionale – per poi decidere di affidare invece a un organo politico il compito tecnico di elaborare un progetto di Statuto.

Così facendo, l’Assemblea generale consolidò l’idea di separare la codificazione delle norme primarie da quella delle norme secondarie, trasferendo quest’ultima completamente nelle mani degli Stati e lasciando alla CDI solo la definizione dei crimini. Si verificò il processo inverso rispetto a quanto avvenuto con la Convenzione sul genocidio, nell’ambito della quale gli Stati avevano elaborato la definizione del crimine, sotto l’impulso dell’urgenza politica, stralciando la parte relativa ai meccanismi internazionali per reprimerlo. Diventava sempre più chiaro che la frammentazione del processo di codificazione del diritto internazionale penale veniva usata allo scopo di rinviare *sine die* sia la creazione di un tribunale penale internazionale competente per il genocidio e gli altri crimini internazionali sia le altre questioni controverse.

2.5. Segue: *Il Progetto di Codice dei crimini e lo stallo provocato dal nodo della definizione del crimine di aggressione*

La CDI intanto proseguiva il proprio lavoro sul Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell’umanità: un primo progetto fu presentato, con relativo commentario, nel 1950³⁸. Il Relatore Spiropoulos aveva chiarito sin da subito che riteneva inopportuno che la CDI definisse il crimine di aggressione. Tuttavia, a seguito dell’invasione della Corea del sud nel 1950, l’Assemblea generale chiese di inserire la definizione di aggressione nel Progetto di Codice. La CDI non trovò però un accordo sul punto e perse un’altra occasione per giocare un ruolo decisivo nella codificazione della materia. Il secondo rapporto di Spiropoulos rifletteva la mancanza di accordo in seno alla CDI e dava conto dell’impossibilità di elaborare una definizione condivisa di aggressione³⁹. L’Assemblea generale decise allora, nel 1952, di creare un ulteriore

el, The Netherlands, Pakistan, Peru, Syria, The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the United States of America and Uruguay, shall meet in Geneva on 1 August 1951 for the purpose of preparing one or more preliminary draft conventions and proposals relating to the establishment and the statute of an international criminal court”, par. 1.

³⁸ UN doc. A/CN.4/25, 26 aprile 1950, in *YILC*, 1950, vol. II, p. 253 ss.

³⁹ UN doc. A/CN.4/44, 12 aprile 1951: “Bearing in mind the preceding remarks, our conclusion is that the notion of aggression is a notion *per se*, a primary notion, which, by its very essence is not susceptible of definition [...]. A “legal” definition of aggression

Comitato speciale composto da 15 delegati statali e lo incaricò di presentare, nel 1954, una bozza di definizione del crimine di aggressione⁴⁰. Anche la questione di diritto sostanziale più delicata fu dunque sottratta al mandato della Commissione e affidata a un gruppo di lavoro formato da rappresentanti governativi: alla CDI restava solo il Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità.

Nel giro di pochi anni si realizzò una vera e propria parcellizzazione della codificazione del diritto internazionale penale, con la creazione di tre gruppi di lavoro distinti, con composizione diversa e senza prevedere alcun meccanismo di coordinamento dei lavori. La mancanza di coordinamento e, nello specifico, le difficoltà di elaborare una definizione di aggressione fecero inoltre strada a nuovi rinvii e determinarono uno stallo nei lavori dei vari Comitati e della stessa CDI.

Nel 1953 il Progetto di statuto per la creazione di una corte penale internazionale, preparato dall'apposito Comitato, fu presentato all'Assemblea⁴¹, ma questa ne rinviò l'esame in attesa che venisse terminata la stesura del Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità in seno alla CDI. Il Progetto di Codice fu adottato in prima lettura nel 1954⁴² e presentato anch'esso all'Assemblea generale; quest'ultima ritenne opportuno però rinviare anche l'esame di tale progetto in attesa della definizione del crimine di aggressione, che la stessa Assemblea due anni prima aveva stralciato dal Progetto di Codice e affidato a un apposito Comitato speciale.

Il Comitato speciale incaricato di elaborare la definizione di aggressione non riuscì però a trovare un accordo, né vi riuscirono i due Comitati successivi creati rispettivamente nel 1954⁴³ e nel 1957⁴⁴. Solo il quarto

would be an artificial construction which, applied to concrete cases, could easily lead to conclusions which might be contrary to the 'natural' notion of aggression, which is the test adopted by international law for the determination of aggression", parr. 165-166 del rapporto, in *YILC*, 1951, vol. II, p. 69.

⁴⁰ UN doc. A/RES/688 del 20 dicembre 1952: "Decides to establish a Special Committee of fifteen members each representing one of the following Member States: Bolivia, Brazil, China, Dominican Republic, France, Iran, Mexico, the Netherlands, Norway, Pakistan, Poland, Syria, Union of the Soviet Socialist Republics, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States of America to meet at the United Nations Headquarters in 1953 [...] to submit to the General Assembly at its ninth session draft definitions of aggression or draft statements of the notion of aggression", parr. 1-2.

⁴¹ *Report of the 1953 Committee on International Criminal Jurisdiction*, UN doc. A/2645.

⁴² *Third Report Relating to a Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind by J. Spiropoulos*, UN doc. A/CN.4/85, 12 aprile 1954, in *YILC*, 1954, vol. II, p. 112 ss.

⁴³ UN doc. A/RES/895, 4 dicembre 1954.

Comitato speciale riuscì, nel 1974, ad arrivare a una definizione di aggressione, che l'Assemblea generale poi adottò con la risoluzione 3314 (XXIX)⁴⁵.

Nel documento adottato tuttavia il riferimento alla dimensione della responsabilità penale individuale era praticamente assente. La parola crimine compariva all'art. 5, par. 2: "A war of aggression is a crime against international peace", ma subito seguita dall'affermazione: "Aggression gives rise to international responsibility", che sembrava rimandare alla responsabilità dello Stato più che alla responsabilità penale individuale.

In definitiva, i lavori di codificazione del diritto penale internazionale avevano subito una battuta d'arresto fatale per attendere l'adozione di un documento che, per quanto importante, rimaneva una risoluzione di carattere non vincolante, che poco aveva a che vedere con la definizione del crimine individuale contro la pace perseguito a Norimberga e che non conteneva riferimento alcuno a meccanismi di repressione penale⁴⁶.

In questa prima fase i risultati furono quindi scarsi rispetto alle grandi aspettative iniziali. Gli esperti faticarono a giocare un ruolo di rilievo, nonostante la vivacità e la ricchezza del dibattito in seno alla CDI e prevalse invece la volontà degli Stati di dilazionare i progetti nel tempo. Emersero inoltre alcune linee di tensione che poi si sono riprodotte anche nelle fasi successive del processo di codificazione del diritto internazionale penale, sebbene con punti di equilibrio diversi rispetto a questa prima fase.

3. La seconda fase (1978-1998): dalla lenta ripresa dei lavori della Commissione del diritto internazionale all'accelerazione impressa alla codificazione dalla creazione dei Tribunali penali internazionali ad hoc

Una volta adottata la definizione di aggressione, gli altri due progetti lasciati in sospenso avrebbero potuto essere rilanciati nell'ambito dei ri-

⁴⁴ UN doc. A/RES/1181, 29 novembre 1957.

⁴⁵ UN doc. A/RES/3314, 14 dicembre 1974.

⁴⁶ Un riferimento a un tribunale penale internazionale era invece contenuto nella Convenzione contro l'apartheid adottata dall'Assemblea generale nel dicembre del 1973 nella quale l'apartheid era definito come un crimine contro l'umanità e in cui si stabiliva, all'art. V, che coloro che erano sospettati di tale crimine "may be tried by a competent tribunal of any State Party to the Convention which may acquire jurisdiction over the person of the accused or by an international penal tribunal having jurisdiction with respect to those States Parties which shall have accepted its jurisdiction"; ma neanche in quest'ambito si fecero passi avanti concreti per la creazione di tale tribunale.

spettivi organi cui erano stati affidati, ma era passato troppo tempo e l'interesse verso la codificazione del diritto internazionale penale era notevolmente diminuito, anche nell'opinione pubblica. Nel 1978, l'Assemblea generale reinserì all'ordine del giorno la discussione sul Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità adottato nel 1954, chiedendo agli Stati di formulare le proprie osservazioni sul testo⁴⁷, ma pochissimi Stati risposero alle reiterate richieste di commenti e osservazioni⁴⁸.

L'opinione prevalente era che il Progetto di Codice del 1954 fosse anacronistico⁴⁹; l'Assemblea decise dunque di chiedere alla CDI di riprendere i lavori allo scopo di elaborare una seconda versione del testo⁵⁰. Del resto nel 1982 la CDI nominò quindi come nuovo Relatore speciale, Doudou Thiam⁵¹. I lavori sulla versione aggiornata del Progetto di Codice si rivelarono subito problematici; dai rapporti presentati annualmente dal Relatore Thiam emerge chiaramente che erano ancora vive le antiche spaccature tra coloro che avrebbero voluto inserire nel Codice soltanto disposizioni di carattere sostanziale e coloro che invece avrebbero voluto occuparsi anche della repressione dei crimini nonché tra coloro che avrebbero voluto limitarsi a una codificazione in senso stretto e coloro che invece avrebbero voluto procedere allo sviluppo progressivo della materia⁵². Conviene sottolineare inoltre che la Commissione lavorava nel quasi totale disinteresse da parte degli Stati: soltanto in pochissimi formularono le proprie osservazioni sul nuovo Progetto di Codice prima che fosse adottato in prima lettura nel 1991⁵³, rendendo

⁴⁷ UN doc. A/RES/33/97, 16 dicembre 1978.

⁴⁸ Si veda anche UN doc. A/RES/33/97, 4 dicembre 1980, con la quale l'Assemblea lanciò un nuovo appello agli Stati.

⁴⁹ Si vedano le posizioni degli Stati in UN doc. A/36/416 e il rapporto analitico del Segretario generale, UN doc. A/36/535.

⁵⁰ UN doc. A/RES/36/106 dal titolo "Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind", 10 dicembre 1981.

⁵¹ Si vedano anche i seguenti documenti nei quali si fa il punto sulle diverse posizioni degli Stati: UN doc. A/CN.4/358 and Add. 1-4, in *YILC*, 1982, vol. II, part 1, p. 273 e UN doc. A/CN.4/369 and Add. 1 and 2, in *YILC*, 1983, vol. II, part 1, p. 153.

⁵² Si vedano i seguenti rapporti: UN doc. A/CN.4/364, 18 marzo 1983; A/CN.4/377 and Corr.1, 1° febbraio 1984; A/CN.4/387 and Corr.1 and Corr.2, 8 aprile 1985; A/CN.4/398 and Corr. 1-3, 11 marzo 1986; A/CN.4/404 and Corr.1 and Corr.2, 17 marzo 1987; A/CN.4/411 and Corr.1 & 2, 19 febbraio 1988; A/CN.4/419 & Corr.1 and Add.1, 24 febbraio 1989. Tra il 1987 e il 1988 il Progetto fu rinominato "Draft Code of crimes against peace and security of mankind".

⁵³ Si veda il testo in *Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session, 29 April - 19 July 1991*, UN doc. A/46/10, in *YILC*, 1991, vol. II, part 2, p. 94 ss.

molto difficile capire quale fosse il gradimento degli Stati rispetto ai lavori della CDI.

3.1. *La svolta impressa alla codificazione del diritto internazionale penale dalla creazione dei Tribunali penali internazionali*

Mentre i lavori della CDI proseguivano con fatica, un evento imprevisto, verificatosi nel contesto di uno scenario internazionale in rapido e radicale mutamento, innescò un cambio di marcia. Nel 1989 la delegazione di Trinidad e Tobago chiese all'Assemblea generale di occuparsi della questione del traffico illecito di sostanze stupefacenti e propose la creazione di un tribunale penale internazionale competente a perseguire i responsabili di tale crimine; l'Assemblea approfittò di questa richiesta per invitare la CDI a discutere, nell'ambito del Progetto di Codice dei crimini, anche dell'eventualità di creare tale tribunale⁵⁴.

Il Relatore Thiam dedicò al tema una parte del suo ottavo rapporto, ritenendo però opportuno ampliare l'ipotetica competenza del tribunale ai crimini contenuti nel Progetto di Codice.⁵⁵ In seno alla CDI prevalse ancora una volta la logica della frammentazione e il dibattito circa l'opportunità di creare una corte penale internazionale fu affidato a un nuovo gruppo di lavoro.⁵⁶ Nel giro di due anni il *working group* tenne 16 incontri⁵⁷ e nel 1992 presentò alla CDI un rapporto nel quale si sosteneva che l'ipotesi preferibile fosse quella di creare, per mezzo di un trattato multilaterale, un tribunale internazionale, non necessariamente collegato al Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza

⁵⁴ UN doc. A/RES/44/39 del 4 dicembre 1989, dal titolo *International criminal responsibility of individuals and entities engaged in illicit trafficking in narcotic drugs across national frontier and other transnational criminal activities: establishment of an international criminal court with jurisdiction over such crimes*.

⁵⁵ UN doc. A/CN.4/430 and Add.1, 8 marzo e 6 aprile 1990, in *YILC*, 1990, vol. II, part 1, p. 36 ss.

⁵⁶ *Report of the International Law Commission on the work of its forty-second session, 1 May - 20 July 1990*, UN doc A/45/10, in *YILC*, 1990, vol. II, part 2, p. 11 ss.

⁵⁷ "The Working Group held 16 meetings in the course of which it prepared a report to the Commission containing a detailed account of its consideration and analysis of a number of issues related to the possible establishment of an international criminal jurisdiction, as well as a summary of its deliberations and specific recommendations, together with an appendix containing a table of selected proposals for the prosecution/complaints mechanism of an international criminal court", *Report of the International Law Commission on the work of its forty-second session, 4 May - 24 July 1992*, UN doc. A/47/10, in *YILC*, 1992, vol. II, part 2, p. 16.

dell'umanità, ma competente a giudicare anche di crimini oggetto di altre convenzioni⁵⁸.

In ogni caso il gruppo di lavoro precisò di avere completato la fase esplorativa/preparatoria e chiese all'Assemblea generale di decidere con quali modalità si dovesse procedere all'elaborazione del Progetto di statuto per la futura corte⁵⁹. L'Assemblea generale chiese, da un lato, agli Stati di formulare le proprie osservazioni sul rapporto della CDI, dall'altro alla Commissione di procedere immediatamente con la preparazione di una bozza di Statuto per un tribunale penale internazionale sulla base del lavoro istruttorio del *working group* e del dibattito svoltosi in VI Commissione⁶⁰. A questo punto, il percorso verso l'elaborazione di una bozza di Statuto si distaccò completamente e definitivamente da quello relativo alla stesura del Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità, anche se formalmente non fu aperto un altro "topic" nell'agenda della CDI; già nel 1994, sulla base dei lavori del *working group* e delle osservazioni degli Stati, la Commissione riuscì a presentare all'Assemblea generale un *Draft Statute* di 60 articoli con relativo commentario⁶¹. Nel presentare il Progetto, la CDI chiese all'Assemblea generale di convocare una conferenza di plenipotenziari per esaminare la bozza di Statuto e poi procedere alla stesura di un trattato contenente lo Statuto di una corte penale internazionale.

L'accelerazione improvvisa verso la creazione di un tribunale penale internazionale fu dovuta al mutato clima politico e più specificamente, come è noto, al fatto che il Consiglio di sicurezza aveva frattanto creato, rispettivamente nel 1993 nel 1994, i due Tribunali penali internazionali

⁵⁸ *Report of the Working Group on the Question of an International Criminal Jurisdiction*, Annex to the ILC Report, ivi, p. 58.

⁵⁹ "There is no disagreement on one essential point. The Working Group believes that the phase of preliminary consideration and analysis called for by the General Assembly in 1989 has been completed. It is now for the General Assembly and for Member States to decide whether the Commission should proceed to the detailed work that will be required in drawing up a statute and associated rules of procedure for an international criminal jurisdiction, on the general basis outlined here, or on some other basis", *Report of the Working Group*, cit., par. 8.

⁶⁰ UN doc. A/RES/47/33, 9 febbraio 1992.

⁶¹ *Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session (2 May-22 July 1994)*, UN doc. A/49/10, in *YILM*, 1994, vol. II, part 2, 18 ss.; cfr. CRAWFORD, *The ILC's Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, in *AJIL*, 1994, pp. 140-152; AMBOS, *Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code. Observations from an International Criminal Law Viewpoint*, in *European Journal of International Law*, 1996, pp. 319-344; LATTANZI (ed.), *The International Criminal Court: Comments on the Draft Statute*, Napoli, 1998.

ad hoc per la *ex*-Jugoslavia⁶² e per il Ruanda⁶³ conferendo ad essi giurisdizione su crimine di genocidio, crimini di guerra e crimini contro l'umanità. L'istituzione dei Tribunali *ad hoc* dette un nuovo e forte impulso alla codificazione del diritto internazionale penale e gettò le basi per la creazione di un sistema di giustizia penale internazionale.

La bozza di Statuto presentata nel 1994 segnò anche le sorti, in negativo, del Progetto di Codice dei crimini. La Commissione, a dire il vero, non avrebbe voluto inserire la definizione dei crimini nello Statuto della futura Corte e avrebbe mantenuto ancora separate la codificazione dei crimini e il progetto relativo alla creazione del tribunale penale internazionale. L'art. 20 del *Draft Statute* del 1994 si limitava infatti a elencare i crimini su cui il futuro tribunale avrebbe dovuto esercitare la propria giurisdizione, senza darne alcuna definizione⁶⁴. Nel commentario la Commissione specificò che la definizione dei crimini avrebbe dovuto essere demandata in parte al diritto pattizio e in parte al Progetto di Codice dei crimini⁶⁵; non fu però proposto alcun collegamento tra quest'ultimo e il Progetto di statuto per una corte penale internazionale.

Tuttavia, il Comitato *ad hoc*, aperto a tutti gli Stati e incaricato dall'Assemblea generale di rivedere la bozza di Statuto e di preparare il terreno per organizzare una conferenza diplomatica⁶⁶, non accettò il pun-

⁶² UN doc. S/RES/827, 25 maggio 1993. Per i primi commenti della dottrina si vedano O'BRIEN, *The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the former Yugoslavia*, in *AJIL*, 1993, pp. 639-659; ZACKLIN, SHRAGA, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *European Journal of International Law*, 1994, pp. 360-380.

⁶³ UN doc. S/RES/955, 8 Novembre 1994. Per i primi commenti della dottrina si vedano AKHAVAN, *The International Criminal Tribunal For Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment*, in *AJIL*, 1996, pp. 501-510; ZACKLIN, SHRAGA, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, in *European Journal of International Law*, 1996, pp. 501-518.

⁶⁴ "The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes: (a) The crime of genocide; (b) The crime of aggression; (c) Serious violations of the laws and customs applicable in armed conflict; (d) Crimes against humanity; (e) Crimes, established under or pursuant to the treaty provisions listed in the Annex, which, having regard to the conduct alleged, constitute exceptionally serious crimes of international concern", in *YILC*, 1994, vol. II, part 2, p. 38.

⁶⁵ Nelle parole della Commissione: "The Statute is primarily an adjectival and procedural instrument. It is not its function to define new crimes. Nor is it the function of the Statute authoritatively to codify crimes under general international law. With respect to certain of these crimes, this is the purpose of the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, although the Draft Code is not intended to deal with all crimes under general international law. To do so would require a substantial legislative effort. Accordingly the Commission has listed the four crimes without further specification", *ivi*, p. 38.

⁶⁶ Istituito con UN doc. A/RES/49/53, 9 dicembre 1994.

to di vista della Commissione e propose invece di intraprendere la strada della definizione dei crimini⁶⁷. Sulla scorta dei suggerimenti del Comitato *ad hoc*, l'Assemblea generale decise di istituire una Commissione preparatoria, aperta a tutti gli Stati membri dell'ONU, incaricata di elaborare una versione consolidata da sottoporre alla futura Conferenza diplomatica del Progetto di Statuto per una corte penale internazionale⁶⁸, che includesse una definizione dei crimini. Al contempo decise sostanzialmente di porre fine ai lavori sul Progetto di Codice dei crimini, chiedendo alla CDI di portarne a termine una seconda lettura⁶⁹. A seguito della richiesta pressante dell'Assemblea generale, nel 1996 la CDI adottò in seconda lettura il Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità, ma ne ridusse notevolmente la portata includendovi solo cinque categorie di crimini⁷⁰.

⁶⁷ Il Comitato *ad hoc* propose diversi metodi per definire i crimini. Una possibilità era quella di seguire l'approccio iniziale della CDI e fare riferimento alle (o incorporare le) disposizioni dei trattati pertinenti. Un'altra possibilità era quella di definire i crimini sulla base della Carta di Norimberga e degli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*. Un'ultima possibilità era quella di utilizzare il Progetto di Codice dei crimini come punto di partenza. Per quanto riguarda le ragioni alla base della necessità di definire i crimini nello Statuto di una corte penale internazionale, il Comitato sostenne: "As regards the specification of crimes, the view was expressed that a procedural instrument enumerating rather than defining the crimes would not meet the requirements of the principle of legality (*nullum crimen sine lege* and *nulla poena sine lege*) and that the constituent elements of each crime should be specified to avoid any ambiguity and to ensure full respect for the rights of the accused". Cfr. *Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, UN doc. A/50/22, 6 settembre 1995, par. 57.

⁶⁸ UN doc. A/RES/50/46, 18 dicembre 1995, in cui l'Assemblea generale: "Decides to establish a preparatory committee open to all States Members of the United Nations or members of specialized agencies or of the International Atomic Energy Agency, to discuss further the major substantive and administrative issues arising out of the draft statute prepared by the International Law Commission and, taking into account the different views expressed during the meetings, to draft texts, with a view to preparing a widely acceptable consolidated text of a convention for an international criminal court as a next step towards consideration by a conference of plenipotentiaries". Sulle varie fasi dei lavori che si susseguono in questi anni si vedano BASSIOUNI, *Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court*, in *Cornell International Law Journal*, 1999, p. 443 ss; LATTANZI, SCISO (a cura di), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una corte permanente: atti del Convegno, Roma 15-16 dicembre 1995*, Napoli, 1996.

⁶⁹ L'Assemblea generale "[u]rges the Commission to resume, at its forty-seventh session, the work on the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind and on State responsibility in such a manner that the second reading of the draft articles of the Code [...] may be completed before the end of the present term of office of the members of the Commission", UN doc. A/RES/49/51, 9 dicembre 1994, par. 4.

⁷⁰ "The draft Code was adopted with the following statement: With a view to reaching consensus, the Commission has considerably reduced the scope of the Code. On first reading in 1991, the draft Code comprised a list of 12 categories of crimes. Some mem-

La volontà degli Stati era quella di procedere concretamente e speditamente verso l'adozione di un trattato multilaterale istitutivo di una corte penale internazionale; gli Stati intendevano gestire anche la codificazione del diritto sostanziale, che fu infatti riassorbita nell'ambito dei negoziati relativi allo Statuto di una corte penale internazionale. Nel corso delle trattative sulla definizione dei crimini, il contributo della CDI – tradottosi nel frattempo nel Progetto di Codice adottato in seconda lettura nel 1996 – fu definitivamente messo in ombra dal ruolo giocato dalla giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali *ad hoc*: è infatti soprattutto da quella che si attinse per la definizione dei crimini inseriti nello Statuto adottato a Roma nel 1998.

3.2. La creazione della Corte penale internazionale

Dato il rapido procedere dei lavori della Commissione preparatoria, l'Assemblea generale convocò a Roma per il 15 giugno 1998 una Conferenza diplomatica incaricata di finalizzare i lavori e adottare il trattato istitutivo della Corte penale internazionale (CPI). Non è questa la sede per ripercorrere gli intensi lavori della Commissione preparatoria tra il 1996 e il 1998, né quelli della Conferenza di Roma. Merita tuttavia sottolineare che il maggior contributo dato dalla CDI in tema di codificazione del diritto internazionale penale è stato proprio il *Draft Statute* del 1994, che ha dato l'impronta strutturale a quella che poi è diventata la CPI, a partire dal concetto di complementarietà tra la giurisdizione della Corte e quella dei tribunali interni degli Stati parte⁷¹.

Per quanto riguarda la definizione dei crimini, la Commissione preparatoria lavorò come se si trattasse di una convenzione di codificazione, sebbene durante i negoziati venisse costantemente ribadito che la definizione dei crimini era riferita esclusivamente alla competenza dell'istituenda Corte. Come già accennato, la Commissione preparatoria aveva come imprescindibile punto di riferimento la già consistente giurispru-

bers have expressed their regrets at the reduced scope of coverage of the Code. The Commission acted in response to the interest of adoption of the Code and of obtaining support by Governments”, *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May - 26 July 1996*, UN doc. A/51/10, in *YILC*, vol. II, part 2, 1996, p. 15 ss.

⁷¹ Si veda il Commentario della CDI al *Draft Statute* del 1994: “[I]t is thus by the combination of a defined jurisdiction, clear requirements of acceptance of that jurisdiction and principled controls on the exercise of jurisdiction that the statute seeks to ensure, in the words of the preamble, that the court will be complementary to national criminal justice systems in cases where such trial procedures may not be available or may be ineffective”, UN doc. A/49/10, *Part Three*, par. 11, in *YILC*, 1994, vol. II, part 2, p. 37.

denza dei Tribunali *ad hoc*. Nonostante ciò, molti erano gli ostacoli nella definizione dei crimini: alcuni di natura tecnica o redazionale, altri di natura politica. Emersero infatti differenze notevoli tra le posizioni degli Stati tanto che nel 1997 fu redatto un elenco delle proposte dei vari governi in merito alla definizione dei crimini che fu significativamente soprannominato “elenco telefonico”⁷². Molte delle proposte avanzate dagli Stati avevano portata restrittiva rispetto alle norme consuetudinarie esistenti; si manifestò nuovamente la tensione tra i fautori di una codificazione della parte sostanziale del diritto internazionale penale che tenesse conto degli sviluppi della giurisprudenza (volta anche allo sviluppo progressivo della materia⁷³), e gli assertori di una codificazione tradizionale, di impronta più cauta, più facilmente conciliabile con l’agenda politica di vari Stati⁷⁴.

In definitiva, a distanza di cinquant’anni dal processo di Norimberga, si riproponeva la sfida di recepire in strumenti di codificazione negoziati dagli Stati (con l’ausilio di vari organi delle Nazioni Unite) le norme di diritto internazionale penale che erano state sviluppate in via giurisprudenziale. A differenza di quanto accadde allora, nella seconda fase la sfida fu parzialmente vinta; si riuscì infatti a tradurre in norme pattizie la definizione di un buon numero di crimini di guerra e crimini contro l’umanità, seppure con alcune lacune e alcuni compromessi poco soddisfacenti⁷⁵. La definizione del crimine di genocidio fu ripresa, senza alcuna modifica, dalla Convenzione del 1948; rimase invece in sospenso la definizione del crimine individuale di aggressione, che fu inserito nello

⁷² BASSIOUNI, *Negotiating*, cit., p. 444.

⁷³ Un contributo importante fu dato anche dalla *NGOs Coalition for the International Criminal Court* (creata nel 1995), che partecipò attivamente ai negoziati della Commissione preparatoria e della Conferenza diplomatica di Roma, a stretto contatto con i c.d. *Like-Minded States*. Sul ruolo delle ONG si veda per tutti GLASIUS, *The International Criminal Court: A Global Civil Society Achievement*, Oxford, 2007.

⁷⁴ Non va dimenticato che alle varie fasi del negoziato parteciparono attivamente anche gli Stati che avevano già manifestato, più o meno apertamente, l’intenzione di non aderire alla futura CPI, tra i quali ad esempio gli Stati Uniti.

⁷⁵ Gli Stati cercarono in sostanza un minimo comune denominatore e spesso finirono per trovare l’accordo su definizioni più restrittive di quelle generalmente ritenute parte del diritto internazionale consuetudinario, nonostante alcune importanti disposizioni di portata innovativa, come la previsione dei crimini di guerra nei conflitti armati interni e i c.d. *gender crimes*, introdotti grazie alla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*. Per un esame approfondito delle disposizioni dello Statuto di Roma sia consentito fare rinvio solo ad alcune opere di carattere generale: CASSESE (A.), GAETA, JONES (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, 2000; SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary*, 2nd ed., Oxford, 2016; TRIFFTERER, AMBOS (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd ed., London, 2016.

Statuto, ma rinviando a un momento successivo il negoziato per la sua definizione.

4. La terza fase (1998-2018): una riflessione critica sul ruolo attuale della Commissione del diritto internazionale nella codificazione del diritto internazionale penale

Una volta istituita la CPI, il cui Statuto entrò in vigore nel 2002, lo spazio per la codificazione del diritto internazionale penale in ambito ONU si ridusse drasticamente.

La definizione del crimine individuale di aggressione, rimasta in sospeso, fu affidata all'Assemblea degli Stati parte allo Statuto della CPI, ma il ritmo del processo di codificazione rallentò notevolmente. Un primo passo avanti verso la definizione del crimine di aggressione fu fatto alla prima conferenza di revisione dello Statuto, tenutasi a Kampala nel 2010, durante la quale gli Stati raggiunsero l'accordo sulla definizione del crimine individuale di aggressione e sulle condizioni per l'esercizio della giurisdizione della Corte su tale crimine⁷⁶. Vale la pena sottolineare che la definizione su cui si è infine trovato l'accordo è ancorata alla risoluzione 3314/1974 adottata dall'Assemblea generale⁷⁷, con tutti i limiti

⁷⁶ KREB, VON HOLTZENDORFF, *The Kampala Compromise on the Crime of Aggression*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, p. 1179 ss.

⁷⁷ "Article 8-bis Crime of aggression: 1. For the purpose of this Statute, 'crime of aggression' means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations. 2. For the purpose of paragraph 1, 'act of aggression' means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression: a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof; b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State; c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State; d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State; e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement; f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State; g) The sending by or on

che ciò comporta⁷⁸. Risultano inoltre significativamente più restrittive le condizioni che disciplinano l'esercizio della giurisdizione della CPI sul crimine di aggressione rispetto ai crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra⁷⁹. Non appena raggiunto l'accordo sulla definizione del crimine, l'emendamento fu aperto alla ratifica degli Stati parte e al contempo si decise di rinviare al 2017 la decisione sull'attivazione della competenza della Corte sul crimine di aggressione. Soltanto nel 2018 l'Assemblea degli Stati parte ha concretamente attivato tale possibilità a partire dal 17 luglio 2018⁸⁰, dato che nel frattempo l'emendamento era stato ratificato da 37 Stati⁸¹.

Alla CDI sono stati affidati, nello spazio residuo rimasto per la codificazione del diritto internazionale penale, alcuni argomenti di non poco rilievo, che la Commissione sembra tuttavia affrontare con un approccio ancor più minimalista rispetto al passato. I temi collegati al diritto internazionale penale sui quali lavora la CDI sono: l'esistenza e l'eventuale portata di un obbligo *aut dedere aut judicare* (estradare o processare) per i crimini internazionali; un Progetto di articoli sui crimini contro l'umanità, come primo passo verso l'elaborazione di una convenzione in materia, e infine il tema dell'immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera, che include anche una parte relativa all'esistenza di eventuali eccezioni all'immunità degli organi in caso di accusa di crimini internazionali.

behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein”.

⁷⁸ Si vedano, solo per citare alcuni lavori recenti: KREB, BARRIGA (eds), *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge, 2017; MC DOUGALL, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, 2013; BASSIOUNI, FERENCZ, *The Crime against Peace and Aggression: From Its Origins to the ICC*, in BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*. vol. 1, *Sources, Subjects, and Contents*, 3rd ed., Leiden, 2008, pp. 207–242.

⁷⁹ Si veda quanto stabilito all'art.15-*bis* dello Statuto della CPI. Per un commento, cfr. AKANDE, *Prosecuting Aggression: The Consent Problem and the Role of the Security Council*, *Oxford Legal Research Paper Series* No. 10/2011.

⁸⁰ Cfr. la decisione del 14 dicembre 2017: ICC-ASP/16/L.10.

⁸¹ Il numero minimo di ratifiche richieste era 30, restano consistenti limitazioni all'esercizio della giurisdizione della Corte sul crimine di aggressione; con il par. 2 della decisione infatti, l'Assemblea degli Stati parte: “Confirms that, in accordance with the Rome Statute, the amendments to the Statute regarding the crime of aggression adopted at the Kampala Review Conference enter into force for those States Parties which have accepted the amendments one year after the deposit of their instruments of ratification or acceptance and that in the case of a State referral or proprio motu investigation the Court shall not exercise its jurisdiction regarding a crime of aggression when committed by a national or on the territory of a State Party that has not ratified or accepted these amendments”.

4.1. L'obbligo aut dedere aut iudicare

Nel 2014 il tema dell'obbligo di estradare o processare⁸² fu individuato dalla CDI come argomento di studio e i lavori presero l'avvio con la nomina, nel 2005, di Zdzislaw Galicki in qualità di Relatore speciale. Il Relatore ha presentato tra il 2006 e il 2008 tre rapporti⁸³ che tuttavia non hanno attratto l'attenzione degli Stati, dal momento che pochissimi hanno fornito le loro osservazioni in merito⁸⁴. La CDI decise allora di creare un gruppo di lavoro sotto la guida di Alain Pellet con l'incarico di stilare un elenco di questioni da chiarire circa la natura e la portata dell'obbligo nel diritto internazionale. Sulla base del *general framework* identificato nel 2009, il Relatore Galicki presentò un quarto rapporto⁸⁵, nel quale sosteneva la natura consuetudinaria dell'obbligo di estradare o processare, almeno rispetto al crimine di genocidio, ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità, proponendo anche l'inserimento di un articolo specifico nel Progetto di articoli con il quale avrebbe dovuto concludersi il lavoro della CDI⁸⁶, pur consapevole del fatto che molti Stati ave-

⁸² La CDI si era già occupata dell'obbligo di estradare o processare nell'ambito dei lavori sul Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità. Già nel 1987 era comparso nel rapporto del Relatore speciale il *Draft Article 4*, nel quale si stabiliva l'obbligo *aut dedere aut iudicare* in riferimento ai crimini elencati nel Progetto (UN doc. A/CN.4/404, 17 marzo 1987, in *YILC*, 1987, vol. II, part 1, p. 3). Nel testo del Progetto adottato nel 1996, gli articoli 8, 9 e 10 sono dedicati a giurisdizione ed estradizione; in particolare l'art. 9 riproduce l'obbligo *aut dedere aut iudicare* in questa formula: "Article 9. *Obligation to extradite or prosecute*. Without prejudice to the jurisdiction of an international criminal court, the State Party in the territory of which an individual alleged to have committed a crime set out in article 17,18,19 or 20 is found shall extradite or prosecute that individual", cfr. UN doc. A/51/10, in *YILC*, 1996, vol. II, part 2, pp. 30-31.

⁸³ Cfr. UN doc.: A/CN.4/571, 7 giugno 2006; A/CN.4/585 and Corr.1, 11 giugno 2007 e A/CN.4/603, 10 giugno 2008.

⁸⁴ *Comments and observations received from Governments*, cfr. UN doc.: A/CN.4/579 and Add. 1-4, marzo-aprile 2007; A/CN.4/599, 30 maggio 2008, A/CN.4/612, 29 marzo 2009.

⁸⁵ Un doc. A/CN.4/648, 31 maggio 2011.

⁸⁶ "Article 4 International custom as a source of the obligation *aut dedere aut iudicare* 1. Each State is obliged either to extradite or to prosecute an alleged offender if such an obligation is deriving from the customary norm of international law. 2. Such an obligation may derive, in particular, from customary norms of international law concerning [serious violations of international humanitarian law, genocide, crimes against humanity and war crimes]. 3. The obligation to extradite or prosecute shall derive from the peremptory norm of general international law accepted and recognized by the international community of States (jus cogens), either in the form of international treaty or international custom, criminalizing any one of acts listed in paragraph 2.", *ivi*, par.95; nel commentario il Relatore fa ampio riferimento alla ricostruzione della natura consuetudinaria

vano manifestato le proprie perplessità nei dibattiti svoltisi in seno alla VI Commissione.

Nel 2011 fu ricostituito un *working group* sotto la guida di Kriangsak Kittichaisaree: il gruppo in sostanza si sostituì al Relatore speciale. Galicki infatti non era più membro della CDI e nessun altro relatore fu nominato come suo successore. Il gruppo di lavoro preparò nel 2013 un rapporto nel quale affrontava la questione anche attraverso un'analisi approfondita⁸⁷ della sentenza della CIG nel caso *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, del 20 luglio 2012⁸⁸.

Nel 2014 il gruppo di lavoro ha presentato un rapporto finale a seguito del quale, alla luce della mancanza di accordo tra i membri della CDI e tra gli Stati che hanno dibattuto la questione in VI Commissione, ha esso stesso proposto di chiudere i lavori e di abbandonare il tentativo di mettere a punto un Progetto di articoli. La portata del rapporto finale è molto limitata: la CDI non ha preso una posizione significativa sull'esistenza di una regola consuetudinaria che riconosce l'obbligo di estradare o processare; il rapporto si è limitato a constatare l'esistenza di un simile obbligo in molti trattati e ad evidenziare le discrepanze tra le varie formulazioni e le lacune ancora esistenti⁸⁹.

4.2. Il Progetto di articoli in materia di crimini contro l'umanità

La dottrina da lungo tempo aveva sottolineato la mancanza di una convenzione dedicata ai crimini contro l'umanità e aveva suggerito che gli Stati ne promuovessero la stesura⁹⁰, in particolar modo dopo la creazione dei Tribunali *ad hoc* e della CPI⁹¹. Tuttavia, l'iniziativa di spingere per l'adozione di un trattato sulla prevenzione e repressione dei crimini contro l'umanità fu presa da un gruppo di esperti, riuniti nella *Crimes Against Humanity Initiative*, che promossero una serie di incontri e conferenze per arrivare nel 2011 alla formulazione di una *Proposed Conven-*

dell'obbligo fatta dal Belgio di fronte alla CIG nel 2009 nel caso *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, cfr. parr. 82-83.

⁸⁷ UN doc. A/CN.4/L.829, 22 luglio 2013.

⁸⁸ La documentazione relativa al caso e la sentenza sono disponibili sul sito della CIG all'indirizzo <https://www.icj-cij.org/en/case/144>.

⁸⁹ UN doc. A/CN.4/L.844, 5 giugno 2014.

⁹⁰ Cfr. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity: The Need for a Specialized Convention*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1994, p. 457 ss.

⁹¹ Cfr. SADAT (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, 2011; BERGSMO, TIANYING (eds), *On the Proposed Crimes against Humanity Convention*, Bruxelles, 2014.

*tion on Crimes against Humanity*⁹². Interessante è sottolineare, in questo caso, il ruolo di primo piano degli esperti, un ruolo giocato tuttavia completamente al di fuori del quadro dell'ONU e di ogni altro assetto istituzionale.

In ogni caso, la *Proposed Convention* contribuì a far maturare in seno alla CDI la decisione di occuparsi di questo tema e ha rappresentato il punto di partenza per i lavori della Commissione che nel 2013, su proposta di Sean Murphy, ha inserito l'argomento nella propria agenda⁹³, dandosi l'obiettivo esplicito "to draft articles for what would become a Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Humanity"⁹⁴. La CDI, nel descrivere il piano di lavoro, indicava anche che la futura convenzione avrebbe dovuto contenere l'obbligo per gli Stati parte di criminalizzare i crimini contro l'umanità negli ordinamenti interni e l'obbligo di esercitare la giurisdizione nei confronti dei sospettati presenti sul proprio territorio o di estradarli (*aut dedere aut iudicare*)⁹⁵. A seguito del dibattito svoltosi in VI Commissione, nel 2014 la CDI nominò Murphy quale Relatore speciale⁹⁶; nel giro di tre anni, sulla base dei tre rapporti presentati dal Relatore speciale⁹⁷, la CDI ha adottato nel 2017,

⁹² La *Crimes Against Humanity Initiative* (CAHI) fu lanciata nel 2008 da Leila Nadya Sadat e dal Whitney R. Harris World Law Institute, con l'obiettivo di preparare il terreno per l'elaborazione di una convenzione internazionale sulla prevenzione e la punizione dei crimini contro l'umanità e, se possibile, di arrivare a stendere una bozza di convenzione. La CAHI ha organizzato diverse riunioni e conferenze di esperti e ha pubblicato una proposta di Convenzione sulla prevenzione e la punizione dei crimini contro l'umanità, accompagnata dal volume *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, cit. *supra*. Per il sito della CAHI si veda: <http://law.wustl.edu/WashU/Law/crimesagainsthumanity>. I membri del Comitato direttivo della CAHI sono, oltre a Leila Nadya Sadat; M. Cherif Bassiouni (fino al 2018); Hans Corell; Richard Goldstone; Juan Méndez; William Schabas; Christine Van den Wyngaert.

⁹³ UN doc. A/68/10, parr. 169-170.

⁹⁴ Ivi, par. 3, Annex B.

⁹⁵ Ivi, par. 8 Annex B: "There are several possible elements of a Crimes against Humanity Convention, which would need to be studied carefully by the Commission in the course of its work. The key elements that would appear necessary are to: Define the offence of 'crimes against humanity' for purposes of the Convention as it is defined in Article 7 of the Rome Statute; Require the Parties to criminalize the offence in their national legislation, not just with respect to acts on its territory or by its nationals, but also with respect to acts by non-nationals committed abroad who then turns up in the Party's territory; Require robust inter-State cooperation by the Parties for investigation, prosecution, and punishment of the offence, including through mutual legal assistance and extradition, and recognition of evidence; and Impose an *aut dedere aut iudicare* obligation when an alleged offender is present in a Party's territory".

⁹⁶ UN doc. A/69/10, par. 277.

⁹⁷ UN doc. A/CN.4/680, 17 febbraio 2015; A/CN.4/690, 21 gennaio 2016; A/CN.4/704, 23 gennaio 2017.

in prima lettura, il Progetto di articoli sui crimini contro l'umanità⁹⁸, poi immediatamente portato all'attenzione degli Stati.

Il Relatore speciale, pur avendo come punto di riferimento la *Proposed Convention*, ha elaborato un Progetto di articoli assai più breve, che consiste in soli 15 articoli, e che è stato presentato come strumento complementare alle convenzioni già esistenti.

L'approccio della CDI pare essere, ancora una volta, minimalista. Basti in questa sede riferirsi all'esempio della definizione dei crimini contro l'umanità, contenuta nell'art. 2 del Progetto. La definizione riproduce *verbatim* l'art. 7 dello Statuto della CPI, con l'intento dichiarato di evitare critiche sul punto da parte degli Stati. Si è deciso di privilegiare una definizione già contenuta in un trattato ratificato da oltre 120 Stati, limitandosi a aggiungere una clausola residuale nella quale si afferma che tale definizione non pregiudica definizioni più ampie previste in altre convenzioni o nel diritto interno. Tuttavia, non si può fare a meno di considerare riduttiva la strategia scelta dal Relatore e dalla CDI: l'art. 7 dello Statuto della CPI infatti è stato oggetto di numerose critiche ed è dubbio che corrisponda integralmente al diritto consuetudinario. Un aspetto particolarmente critico, ad esempio, che è stato considerato come regressivo rispetto al diritto consuetudinario, è quello che vincola il crimine di persecuzione a uno degli altri crimini elencati all'art. 7 oppure a un crimine di guerra o a un atto di genocidio, come se la persecuzione di per sé non fosse sufficiente per l'esercizio della giurisdizione da parte della Corte. La disposizione è frutto di un infelice compromesso raggiunto durante la Conferenza di Roma, ed è un peccato che a distanza di venti anni non si sia colta l'occasione per rilanciare una riflessione su questa come su altre parti della definizione dei crimini contro l'umanità. Tra l'altro, essendo trascorsi appunto venti anni dall'adozione dello Statuto di Roma e essendovi stati nel frattempo significativi sviluppi giurisprudenziali, la CDI avrebbe potuto aprire un confronto con gli Stati per verificare la loro posizione su alcuni di questi sviluppi. Per fare un altro esempio, si pensi al matrimonio forzato, non previsto tra i crimini contro l'umanità nell'art. 7 dello Statuto della CPI, né nell'art. 7 dello Statuto della Corte speciale per la Sierra Leone, ma riconosciuto da quest'ultima come crimine contro l'umanità a fronte di una pratica sistematica, purtroppo non confinata ai casi oggetto di giudizio di fronte a quel tribunale⁹⁹.

⁹⁸ UN doc. A/72/10, 11 settembre 2017, pp. 9-127, testo adottato in prima lettura con allegato il commentario.

⁹⁹ Per l'esame della giurisprudenza della Corte Speciale per la Sierra Leone sul matrimonio forzato, sia consentito rinviare a FRULLI, *Advancing International Criminal*

5. *Brevi note conclusive*

Lo sguardo complessivo appena dato all'opera di codificazione del diritto internazionale penale in ambito ONU consente di formulare alcune brevi riflessioni sui risultati raggiunti, sulle difficoltà incontrate e sul ruolo della CDI. Nonostante il diritto internazionale penale sia una materia particolare, che non può prescindere da un contributo importante della giurisprudenza, gli Stati hanno sempre cercato di mantenere il controllo totale del processo di codificazione e di non lasciare troppo spazio all'influenza degli sviluppi della giurisprudenza dei tribunali penali internazionali, che pure in alcuni momenti ha giocato un ruolo significativo. Ciò si è tradotto, a mio parere, anche in una certa diffidenza, se così si può dire, nei confronti del ruolo degli esperti nella codificazione. Gli esperti, dal canto loro, hanno interpretato il proprio ruolo in seno alla CDI in maniera progressivamente sempre più riduttiva rispetto alla codificazione del diritto internazionale penale. Si è visto come spesso si sia ceduto, in seno alla stessa CDI e non solo nell'Assemblea generale, alla tendenza a frammentare i lavori senza coordinare poi l'operato dei vari relatori speciali o *working groups*. La CDI sembra aver percepito il proprio compito come sempre più limitato e si è rassegnata, negli ultimi anni, a un ruolo di quasi completa subordinazione agli Stati, perdendo in buona parte lo slancio speculativo che aveva caratterizzato i suoi lavori nelle fasi precedenti.

Da questo punto di vista non si può che constatare una "regressione" rispetto alle prime fasi; un riferimento ai lavori della CDI sul tema dell'immunità degli organi statali dalla giurisdizione straniera e dell'eventuale eccezione per crimini internazionali mi pare darne conferma. Anche in questo caso, i lavori della Commissione mostrano una mancanza di coordinamento tra i vari gruppi di lavoro e relatori che hanno affrontato o stanno affrontando il tema. Non vi è alcun coordinamento, ad esempio, tra i rapporti del Relatore speciale sul Progetto di articoli sui crimini contro l'umanità, appena descritti, e quelli della Relatrice speciale sull'immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale. Su quest'ultimo argomento la CDI, nonostante gli sforzi della Relatrice speciale Concepción Escobar Hernández, sembra aver aderito in maniera quasi completamente acritica all'atteggiamento estremamente cauto della maggioranza degli Stati che in larga parte mostrano grande resistenza sul tema delle eventuali eccezioni alle immunità degli organi per crimini in-

ternazionali. Nell'ultima sessione di lavoro la Relatrice, sulla scorta del dibattito in seno alla CDI e delle osservazioni degli Stati, ha proposto un *draft article* che non prende neanche in considerazione la possibilità di una eventuale eccezione alle immunità personali nel caso di individuo-organo sospettato di gravi crimini internazionali¹⁰⁰. Sul punto la CDI sembra aver cambiato radicalmente atteggiamento nel corso degli anni. Nel quadro dei lavori sul Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità, la CDI aveva sostenuto che le immunità *ratione personae* non avrebbero dovuto essere invocate da un organo statale di fronte all'accusa di aver commesso un crimine incluso nell'ambito del progetto. La CDI aveva giustamente rilevato che sarebbe stato paradossale stabilire l'irrelevanza della posizione ufficiale (ovvero una deroga all'immunità funzionale, che è di natura sostanziale) di fronte ad accuse di aver commesso un crimine internazionale, per poi consentire ad alcuni funzionari statali di evitare le conseguenze della responsabilità invocando immunità di natura procedurale¹⁰¹.

Se è vero che anche la prassi recente va in quella direzione e la CDI deve necessariamente prenderne atto, essa avrebbe potuto tuttavia discutere a fondo dell'eccezione alle immunità personali presente nello Statuto della CPI, delineando gli sviluppi occorsi in materia per quanto riguarda i Tribunali penali internazionali, e portare l'attenzione sui problemi causati al funzionamento di questi ultimi dal mancato rispetto degli obblighi di cooperazione, sui quali gli Stati hanno fatto finora prevalere gli obblighi di rispettare le immunità personali rifiutandosi di eseguire in mandato d'arresto nei confronti del Presidente del Sudan Al Bashir. In breve, la CDI sembra essersi adagiata in una posizione completamente subordinata a quella degli Stati, rinunciando *a priori* a svolgere anche solo un ruolo di studio approfondito dei problemi e delle possibili soluzioni e di stimolo alla riflessione critica da parte di questi ultimi.

¹⁰⁰ UN doc. A/CN.4/722, Annex, 12 giugno 2018.

¹⁰¹ Secondo la CDI: "As further recognized by the Nuremberg Tribunal in its Judgment, the author of a crime under international law cannot invoke his official position to escape punishment in appropriate proceedings. The absence of any procedural immunity with respect to prosecution or punishment in appropriate judicial proceedings is an essential corollary of the absence of any substantive immunity or defence. *It would be paradoxical to prevent an individual from invoking his official position to avoid responsibility for a crime only to permit him to invoke this same consideration to avoid the consequences of this responsibility*": *YILC*, 1996, vol II, part 2, p. 27 (corsivo aggiunto).

