

*Teresa Degenhardt (Queen's University Belfast),  
Valeria Verdolini (Università degli Studi di Milano)*

## PER UNA GENEALOGIA DELLA GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE: PARADOSSI E AMBIGUITÀ\*

1. Introduzione. – 2. Dall'individuo al gruppo e da attori collettivi a responsabilità individuali. – 3. Le origini storico-filosofiche della "guerra giusta" tra impero romano e prime comunità cristiane. – 4. La pace di Vestfalia e i nuovi confini tra sicurezza interna e sicurezza esterna. – 5. La Prima guerra mondiale e l'esigenza di una giustizia internazionale. – 6. Verso una nuova giustizia penale internazionale? Modelli, approcci e critiche.

### 1. Introduzione

Numerosi studi hanno sottolineato come la criminologia sia stata riluttante a trattare la tematica dei crimini perpetrati dagli Stati fuori dai confini nazionali nonostante la loro importanza (E. H. Sutherland, 1940; H. Schwedinger, J. Schwedinger, 1975; F. Pearce, 1976; W. J. Chambliss, 1989; G. Barak, 1990; S. Cohen, 1996; 2001; R. Jamieson, 1998; P. Green, T. Ward, 2000; 2004; D. Kauzlarich, R. Matthews, W. J. Miller, 2001; W. Morrison, 2006). Si è suggerito che la natura della disciplina, profondamente legata ad una definizione della criminalità dettata dallo Stato stesso, abbia limitato lo scopo principale delle ricerche a ciò che accade all'interno dei confini nazionali o a quegli eventi scatenati da forze che non comprendono le istituzioni statali e gli interessi ad esse connessi. Per di più, l'approccio della criminologia critica tradizionale ai crimini è stato soprattutto un tentativo di decostruzione dei crimini stessi al fine di spiegarli come risultati ragionevoli di contesti specifici o di determinate interpretazioni del mondo, un'ottica di difficile trasposizione rispetto alla magnitudine e all'efferatezza dei crimini contro l'umanità (K. Aas Franko, 2007). In tal senso, il limite maggiore sembra essere connesso strettamente alla trasposizione di un sistema di saperi e conoscenze che partano dall'individuo in un contesto nazionale, per arrivare ad un modello organizzativo che, invece, si concentra soprattutto sulla collettività, sia questa definita politicamente con il concetto di "popolazione" o meno. Queste forme di produzione di conoscenza che sono, per molti aspetti, dipendenti dal sovrano e presumono l'esistenza di una cultura omogenea o di una ben

\* Vogliamo ringraziare Dario Melossi per i commenti alla prima stesura di questo articolo e Stefania Crocitti per il lavoro editoriale. Quasi tutti i paragrafi di questo articolo sono frutto di un costante lavoro di gruppo; tuttavia, può essere attribuito a Teresa Degenhardt il PAR. 3 e a Valeria Verdolini il PAR. 4.

definita scala di valori/norme, assumono connotazioni più problematiche per quel che concerne la sfera internazionale, dove un vero e proprio sovrano, o una sorta di sovra-stato non esiste. Il paradigma criminologico, infatti, si è sempre sviluppato nel solco delle relazioni con il sistema-Stato e con le sue produzioni normative (primo fra tutti l'apparato concettuale del diritto penale), e ha focalizzato in modo discontinuo una riflessione più profonda sui meccanismi istituzionali volti alla produzione (e riproduzione) del crimine<sup>1</sup>. La criminologia critica si è distaccata da questo approccio promuovendo ricerche pionieristiche su queste tematiche, primi fra tutti i lavori di Sutherland (1940) sulla criminalità dei colletti bianchi e il lavoro di Otto Kirchheimer (1955; 1972) sulla giustizia politica. In entrambi i casi, il rovesciamento e l'espansione del paradigma del crimine, del ruolo del soggetto deviante e delle forme di controllo hanno costituito un forte impulso per le indagini sui crimini dei potenti, siano questi perpetrati nell'ambito e attraverso le strutture istituzionali e statali o da parte di industrie o gruppi di potere ed influenza nell'approvvigionamento di ricchezze e tutela di interessi economici e privilegi. Questo tipo di indagine, per quanto rivoluzionario, ha rappresentato un settore minoritario degli studi, tesi soprattutto a cercare di descrivere e spiegare i grandi numeri della criminalità classica. Ancora minore è stato l'interesse nei confronti dei reati politici in senso stretto, o delle strutture e dei procedimenti volti a negare la politicità di alcune azioni. La natura "emergenziale" delle norme penali e dei procedimenti ad esse connessi può forse, in parte, giustificare la scarsa fortuna di queste indagini in ambito italiano. Nel contesto internazionale questo tipo di studi hanno raccolto un'attenzione discontinua, a seconda dei periodi storici e delle trasformazioni politiche più rilevanti nel dibattito globale. Così, se gli studi di Sutherland sono stati possibili e hanno trovato una certa eco alla fine della crisi economica del 1929, allo stesso modo l'intervento proposto dagli Schwedinger, di critica antimperialista, è inserito nel solco nelle proteste a ridosso del conflitto del Vietnam e della lotta per i diritti civili degli afroamericani della fine degli anni Sessanta; le posizioni di Chambliss si connettono alla *War on Drugs* promossa negli Stati Uniti da Kerry, nel corso della presidenza Reagan, a partire dal 1980. La fine della Guerra fredda ha visto un rinnovato interesse per il diritto internazionale, in concomitanza con lo scoppio dei conflitti in Iraq,

<sup>1</sup> Importante è l'analisi e la ricostruzione proposta da D. Matza (1976, 228): «Il ruolo del sovrano e, per estensione, dell'autorità costituita non veniva affatto considerato nello studio del comportamento deviante. Quella nobile figura, priva di ogni rivelazione con una questione così spiacevole come la devianza, doveva essere studiata dalla scienza politica. Lì, come nei programmi di studio della sociologia politica o sul governo, il Leviatano aveva scarsi rapporti con i criminali comuni. E in criminologia, il processo attraverso cui si diventa un criminale comune non era messo in relazione con le attività dello Stato. Fu così attuata, lo si deve ammettere, una divisione molto abile».

nei Balcani e in Ruanda e all'emergere del discorso sui diritti umani. Con l'11 settembre, a fronte della nuova campagna globale di guerra al terrorismo e al cambiamento e all'ibridazione dei paradigmi della guerra e della giustizia penale, molti giuristi e criminologi hanno concentrato la loro attenzione su una tematica che affonda le sue radici lontano nel tempo, ma che ha trovato, in tempi recenti, nuove e rinnovate vesti.

L'eccezionalità di questi eventi, delle azioni istituzionali e delle pratiche di legittimazione normativa delle azioni stesse, ha offerto in contesti storici e politici molto differenti l'opportunità per la criminologia di affrontare tematiche che, nella quotidianità dell'esercizio dell'azione penale, sarebbero altrimenti rimaste in sordina. È sull'eccezione che il diritto rivela le ambiguità connesse al monopolio legittimo dell'uso della forza, che, sulle pratiche routinarie sono sottintese ed introiettate.

A vent'anni dall'inizio dei cambiamenti storici che stanno significativamente influenzando il nostro presente e a fronte della creazione di nuove istituzioni tese all'esercizio della giustizia in ambito internazionale, riteniamo che sia doverosa una riflessione che tenga conto di entrambe le variabili storiche, politiche, sociali che hanno contribuito alla "mutazione" e al rinnovato ruolo ed urgenza del diritto in ambito internazionale, ma che, al contempo, hanno permesso il permanere di ambiguità e di aree opache che rendono queste pratiche di giustizia ancora perfetibili.

In questo contesto, e in questo momento storico, stiamo vivendo un periodo di grandi trasformazioni in cui la dimensione locale, quella nazionale e quella globale sono molto più intersecate, le popolazioni si mescolano in luoghi e contesti diversi, culture differenti sono divenute accessibili e raggiungibili in qualsiasi parte del globo, gli spostamenti e gli incontri sono favoriti. Siamo sempre più incoraggiati a pensare agli altri esseri umani come a dei nostri simili, indipendentemente dal loro essere cittadini di uno Stato o di un altro, nonostante, paradossalmente, la dimensione culturale sia divenuta progressivamente sempre più importante e centrale nella definizione della soggettività altrui. Perciò, questa dimensione ci impone di cambiare il nostro modo di pensare rispetto alle istituzioni e alle pratiche, comprese quelle preposte al fare giustizia, e ci chiede di ripensare il ruolo della criminologia critica di fronte alle violazioni del diritto penale internazionale e alla funzioni di questo.

## **2. Dall'individuo al gruppo e da attori collettivi a responsabilità individuali**

La criminologia, in tempi recenti, ha manifestato un'apertura nei confronti delle fattispecie di genocidio e di crimini contro l'umanità come oggetti di conoscenza scientifica (*cfr.* J. Hagan, S. Greer, 2002; J. Hagan, W. Rymond-

Richmond 2008; 2010; D. Maier-Katkin, D. P. Mears, T. J. Bernard, 2009). Questa rinnovata attenzione per la sfera dei reati dello Stato e politici<sup>2</sup> nel contesto internazionale è coincisa con la nascita e lo sviluppo di una serie di apparati deputati alla giustizia internazionale, quali i vari tribunali internazionali *ad hoc*, la Corte penale internazionale, sino alla attuale *Responsibility to protect*.

Molti autori stanno cercando di stabilire una teoria del crimine estendibile anche ai crimini internazionali e stanno tentando di verificare se e in quali modi le teorie criminologiche o penalistiche possano valere anche a livello globale, o viceversa, debbano essere modificate (*cf.* J. Hagan, W. Rymond-Richmond, 2008; D. L. Rothe, C. W. Mullins, 2006; 2008; D. Kauzlarich, R. Matthews, W. J. Miller, 2001). Per quanto importanti siano questi nuovi studi, è necessario riconoscere che il contesto in cui questi crimini operano e sono definiti sia incredibilmente differente. Se è vero che i crimini sono socialmente definiti, è necessario tenere in considerazione i limiti, i confini e le condizioni di esistenza per cui queste costruzioni normative possano emergere. Quello che questi studi non sembrano considerare è il diverso contesto (ossia la sfera internazionale) in cui l'attività criminale non solo è condotta ma anche strutturata e costruita dalle nostre istituzioni statali.

I problemi rispetto alle interpretazioni attuali di questi fenomeni sono multipli. Per cominciare, la sfera pubblica internazionale non è attualmente costituita politicamente in relazione ad uno spazio di comunità; secondariamente, la nozione di crimine naturalmente implica l'esistenza di una forza di polizia o di tribunali cui poter ricorrere per rendere le norme effettive. In particolare, queste problematiche appaiono particolarmente stringenti in contesti molto diversi e in cui i soggetti internazionali si trovano a dover operare e sono chiamati ad affrontare problemi e questioni che affliggono popolazioni al di fuori dal contesto istituzionale di riferimento e dal loro territorio/cultura e paese di provenienza. Queste circostanze non fanno altro che amplificare la complessità dei processi di giustiziabilità dei diritti e difficile la comprensione dei rapporti di legittimità e legittimazione tra soggetti e istituzioni. Per di più, poiché la sfera politica non è stata ancora definita e condivisa collettivamente, è difficile stabilire se effettivamente ci siano dei ragionamenti comuni in termini di scale di valori e di modelli di sistemi sociali, economici, giuridici, militari, morali o religiosi comuni o strutture atte a garantire la pluralità di questi. Inoltre, la proliferazione di nuovi organismi

<sup>2</sup> Si adottano qui le definizioni di "reato politico" e di "crimini di Stato" per descrivere tutti i crimini connessi con la figura statale (sia come artefice che come destinataria dell'azione criminosa).

preposti al sanzionamento delle condotte specifiche ha prodotto in svariati casi sovrapposizioni e conflitti di giurisdizione, con antinomie sia processuali che procedurali. La frammentazione della sfera internazionale e delle norme prodotte ha come effetto speculare una moltiplicazione dei soggetti coinvolti (ed agenti) nel contesto pubblico. All'oggi, non sono solamente gli stati a gestire le relazioni internazionali e transnazionali, bensì anche le istituzioni internazionali, le ONG, le attività economiche private, le imprese multinazionali. A fronte di queste nuove intersezioni (tra spazi, soggetti e norme) le scienze sociali si sono trovate di fronte all'inadeguatezza degli strumenti d'indagine, che appaiono obsoleti rispetto ai nuovi scenari globali.

Per cominciare, per quanto favorevoli si possa essere rispetto alla criminalizzazione delle azioni dei potenti, la trasposizione, ad esempio, della figura della vittima<sup>3</sup> – che sembra trainare questi processi – nella sfera internazionale risulta essere, in un certo senso, problematica. Quando parliamo di “crimini contro l'umanità”, si intende l'umanità come vittima deputata di azioni specifiche, il riferimento è qui all'essenza dell'essere umano in quanto tale in opposizione al degrado cui lo sottopongono determinate pratiche brutali come quelle che caratterizzarono, a suo tempo, l'Olocausto. L'umano sarebbe, quindi, sotto attacco, sarebbe in qualche modo violato. Può l'essere umano-umanità essere una vittima?<sup>4</sup> O, per metterla su un altro piano, può la vittima essere un soggetto non incarnato? Può essere attribuito lo *status* di vittima a un concetto ideologico, a un ideale?

In questa sede, intendiamo problematizzare una giustizia volta a proteggere come bene giuridico supremo non tanto l'integrità psico-fisica dei singoli individui, anche riuniti in collettività o parte di collettività (da qui il concetto di “genia”), ma soprattutto un ideale di umano. Che cosa implica questo?

Se si prescinde dalla stretta dimensione psicofisica della protezione, è facile scivolare in una forma di giustizia che slitta dall'investigare le circostanze del crimine (e la violazione normativa connessa) al sancire una relazione intersoggettiva tra soggetto agente, ossia il carnefice, e la vittima. La natura ibrida dei reati politici e dei crimini di Stato, al confine tra la dicotomia di guerra (amico/nemico) e quella della giustizia penale (criminale/vittima) tende a polarizzare le figure sulla base dei due registri interpretativi: il *perpetrator* rientra nella dimensione della guerra e l'orrore delle azioni lo cristallizza

<sup>3</sup> È importante qui richiamare alcune riflessioni che hanno evidenziato come uno degli strumenti per eccellenza del genocidio sia stato, soprattutto nei conflitti recenti, l'uso dello stupro etnico (come nel contesto balcanico, ruandese e nel Darfur, tra gli altri). Questa pratica richiama immediatamente una lettura femminista/di genere che tende ad individuare una natura “sessuata” delle azioni di genocidio, e ne declina implicazioni e/o premesse (K. MacKinnon, 2012).

<sup>4</sup> Si richiama qui il saggio di E. Lévinas (1984, 155-9), in cui si cerca di definire la condizione di “vittima” soprattutto rispetto all'Olocausto.

come carnefice; al contrario, il soggetto che ha subito l'azione si raffigura come vittima, e quindi spogliato delle responsabilità del contesto bellico in cui, il più delle volte, è inevitabilmente coinvolto (ad esclusione, forse, del caso ruandese). Questo è solo uno dei molti aspetti che ci fanno propendere per una lettura della giustizia penale internazionale come, purtroppo, strumento soprattutto simbolico e politico, che svolge una funzione più "esemplare" che di vera e propria disamina dei fatti.

Se si spinge l'argomento al limite, è possibile forse argomentare che i crimini contro l'umanità non siano altro che concetti ideologici atti ad avanzare una specifica forma di giustizia. E se così fosse, di chi è questa giustizia?<sup>5</sup> Come sostiene Emanuela Fronza (2006, 359),

per cogliere la natura di tali norme occorre altresì ricordare che queste norme (internazionali) sui crimini di guerra, sui crimini contro l'umanità e sul genocidio, cristallizzavano più l'affermazione e il riconoscimento di alcuni valori protetti a livello internazionale e non già la volontà di sanzionare gli autori di tali reati. Il processo di costruzione di un diritto penale a tutela dei valori considerati come comuni era appena cominciato. In tale fase, o almeno subito dopo la fine della Seconda guerra mondiale, non esisteva nemmeno un embrione di politica criminale comune: mancava, infatti, un sistema organizzativo di risposte e vi era, invece, un'eterogeneità di risposte sul piano nazionale e, che convergevano progressivamente unicamente attorno ad un valore protetto.

Queste questioni evidenziano due nodi problematici principali: da una parte la questione si lega all'applicazione di categorie individuali a soggetti collettivi<sup>6</sup>, dall'altra le categorie utilizzate appaiono, più che mai, prodotto di una costruzione sociale di stampo morale. Questo problema risulta ancora più stringente se si prende in considerazione il costante tentativo di trasporre le costruzioni interpretative e le dimensioni di legittimità della sfera nazionale al contesto internazionale, senza valutare criticamente le differenze sostanziali e le notevoli

<sup>5</sup> Cfr. la vasta letteratura sulla giustizia dei vincitori, da Norimberga in poi (tra tutti cfr. D. Zolo, 2006).

<sup>6</sup> Il tema della responsabilità individuale/collettiva è uno dei nodi centrali della giustizia penale internazionale. Se la posizione dei codici nazionali è principalmente orientata ad una visione individuale delle responsabilità penali, come esemplificato dal brocardo *societas delinquere non potest* (F. Bricola, 1970), a partire dalla condanna del *Kaiser*, nel diritto penale internazionale si è sviluppata una vasta dottrina attraverso la costruzione della figura giuridica della *joint criminal enterprise*, che ha risolto la questione delle responsabilità collettive per i crimini (si vedano i saggi seguenti che tratteranno in maniera più vasta la questione e le sentenze Tadić (Appeals Chamber), 15 luglio 1999, par. 190, e Limaj *et al.* (Trial Chamber), 30 novembre 2005, par. 510 e le sentenze recenti dell'ICJ sulle responsabilità e i conflitti tra Stati in questioni belliche (si richiama in particolare la sentenza Bosnia Erzegovina *vs* Serbia e Montenegro, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 26 febbraio 2007).



implicazioni connesse alle due sfere. L'umanità, in un certo senso, rappresenta la costruzione ideologica sulla base della quale si reclama la nostra appartenenza ad una comunità politica strutturata biologicamente. Questo concetto può essere ritenuto e utilizzato come fondativo senza una previa valutazione?

In quest'articolo cercheremo di ripercorrere il solco genealogico tracciato in precedenza da autori più accreditati tra i quali Carl Schmitt (1974) e ripresa poi da Carlo Galli (2004; 2007) e Martti Koskenniemi (2004). Nel farlo, tenteremo tuttavia di mantenere una prospettiva meno ripiegata sulla visione "politica" proposta dagli autori. Il nostro tentativo è far emergere il costante sovrapporsi della dimensione giuridica, politica e morale e delle interdipendenze tra queste sfere al variare dei contesti storici e delle "urgenze" istituzionali. Siamo consapevoli che il diritto internazionale è, soprattutto in questo momento, esercizio dell'uso della forza e potenza, tuttavia, vogliamo, in questa sede, provare a guardare alla storia della giustizia internazionale anche con le lenti della lotta per i diritti che ha accompagnato questo percorso normativo, politico e sociale, problematizzando i conflitti, senza necessariamente cercare di risolverli. Questa scelta è dettata da due principali esigenze: la prima è quella di proporre una ricostruzione storica che sia meno viziata dagli obiettivi politici (e dalle questioni soggettive) che animavano il giurista tedesco a ridosso della Seconda guerra mondiale. In seconda istanza, riteniamo che lo sguardo di oggi non possa che essere differente rispetto alle prospettive che ci hanno preceduto, proprio perché gli eventi recenti hanno influenzato e continuano a influenzare le istituzioni, le pratiche e le società. Questa nota polemica al momento non permette esenzioni o indulgenze: la criminologia critica, che ha rappresentato per decenni l'orizzonte teorico di riferimento per gli studi pionieristici sul potere (già richiamati in precedenza), sui poteri (e che riunisce le autrici e gli autori di questi saggi) si sono rivelati spesso incompleti rispetto a queste tematiche, proprio per la complessità e la vastità delle stesse, rimanendo, il più delle volte, fedeli agli schemi di analisi cristallizzati che capaci di immaginare e circoscrivere il cambiamento (radicale) in atto nel contesto internazionale. Questo saggio, questa raccolta di saggi, vorrebbero andare a indagare il punto di congiunzione tra una prospettiva e una serie di fenomeni nuovi (o perlomeno recenti), provando a ricostruire il reale punto di rottura, il momento in cui gli schemi interpretativi non sono più stati in grado di seguire la realtà fattuale, di analizzarla, di criticarla e di ipotizzare nuovi possibili paradigmi.

### **3. Le origini storico-filosofiche della "guerra giusta" tra impero romano e prime comunità cristiane**

È sempre problematico scegliere un "punto d'inizio" per un lavoro genealogico. La scelta è stata qui operata sulla base dell'identificazione del momento

in cui i concetti di giustizia e di guerra si sovrappongono. È anche questo il momento di congiuntura sia politico sia teorico tra la questione politica, quella giuridica, e, soprattutto, la dimensione morale del conflitto. L'inizio di un tentativo di regolare la guerra è da ascrivere alla dottrina della "guerra giusta", una modalità di regolazione della violenza bellica di origine occidentale e cristiana, volta a riconoscere il potere del sovrano di esercitare il diritto alla guerra sulla base di principi morali che non contrastino con i precetti della chiesa (D. Boucher, 1998). Il suo concetto base è da ricondurre al pensiero di Cicerone che, nel *De Republica* e nel *De Legibus*, definiva la guerra secondo le leggi dell'Impero romano, legate principalmente all'esistenza di una comunità, «the common society of human race (*communem humani generis societatem*)» (R. Tuck, 1999, 36).

L'inizio della dottrina si fa risalire alla declinazione offerta da Agostino d'Ippona (2011), il quale applica il concetto romano di comunità alla repubblica cristiana. Agostino aveva proposto un'interpretazione della guerra intesa come manifestazione della giustizia divina che operava in risposta al male commesso dagli uomini. Secondo l'autore, la guerra puniva tutti coloro che minacciavano la pace della comunità ed era un modo per preservare i valori cristiani e restaurare la legalità dopo il peccato (Boucher, 1998, 187). Questa pratica di legittimazione della guerra era inestricabilmente legata al concetto della Divina Provvidenza che operava come autorità sovrana, in grado di proteggere la comunità dal male. E, vorremmo aggiungere, era fortemente legata anche ad una concezione della comunità come *respublica christiana*, in cui la condivisione dei valori rappresentava l'elemento di coesione. Da allora vi sono state numerose interpretazioni di questa tradizione, riproposta dalla tomistica medievale in poi: molti pensatori, come Tommaso d'Aquino, Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Alberico Gentili, Ugo Grozio, Emmerich de Vattel, fino ai più recenti Michael Walzer e Jean Elshtain, hanno offerto visioni personali di questa dottrina, adeguando la nozione di guerra e quella di giustizia attraverso la definizione di norme etiche e promuovendo concetti adattati alla mentalità e alle circostanze dei tempi.

Con la riforma protestante e la scoperta del Nuovo Mondo, l'ordine politico è cambiato drammaticamente, e, con esso, i principi regolativi della guerra. Il decentramento espansionistico del "sistema Europa" è avvenuto attraverso la centralità della sfera bellica, che si è trovata a ricoprire un ruolo primario nella dimensione politica, rappresentando, infatti, uno degli strumenti prediletti dal sovrano per mantenere la propria autorità e poterla esercitare al di fuori dei confini statali (C. Galli, 2004; J. Johnston, 1981). La "ragion di Stato", e la razionalità ad essa connessa diventano i due binari principali che ci permettono di rileggere, oggi, le relazioni internazionali; la "giustezza" della guerra e l'eguaglianza fattuale si radicano nella legitti-



mità del soggetto che le promuove: lo Stato. Il riferimento teorico è al più moderno dei medievisti, Francisco de Vitoria (2005) e alle sue due *Relectiones*: la *Relectio de Jure Belli* e la *Relectio de Indis*. Come Agostino d'Ippona e Tommaso d'Aquino, de Vitoria costruisce la sua teoria della guerra all'interno del quadro concettuale della *respublica christiana*. È il pontefice a esercitare una *potestas indirecta*, ed è la morale cristiana a stabilire cosa sia giusto o ingiusto. Tuttavia, i criteri proposti dal monaco spagnolo hanno avuto risvolti particolarmente attuali e sono frutto di un universalismo ante litteram (*ivi*, 26).

La reazione a un'aggressione o a un'offesa (sebbene questo principio sia valido non per tutte le offese o tutte le entità delle stesse) è, secondo de Vitoria, l'unica giusta causa di guerra. Non lo sono né le differenze religiose, né le spinte egemoniche di ampliamento dei territori, la gloria personale del principe o un suo vantaggio. Allo *jus ad bellum* il monaco affianca le norme regolatrici del cosiddetto *jus in bello*, ossia quando la guerra è lecita, analizzando chi abbia l'autorità per dichiararla e come ci si debba comportare nei conflitti. Francisco de Vitoria, quindi, struttura la sua analisi giuridica della guerra, non solo valutando la legittimità del conflitto, ma anche la liceità delle condotte. De Vitoria tende, così, a legittimare con strumenti filosofici pre-moderni (il lessico e l'impianto ontologico della tomistica medievale) uno dei fenomeni chiave della modernità, ossia l'inizio delle guerre coloniali e l'apertura e l'accesso agli spazi extraeuropei, sulla base di un concetto di giustizia, la giustizia divina.

L'idea della guerra come "azione di giustizia" viene ripresa nel diciassettesimo secolo anche dalle teorizzazioni di Ugo Grozio: questo è ritenuto, in un certo senso, il momento fondativo del diritto internazionale contemporaneo. Se de Vitoria si basa su un concetto di legittimazione teologica (F. De Vitoria, 2005; J. Johnston, 1981), Grozio, al contrario, inizia a profilare un quadro teorico secolare, al fine di rafforzare una pratica di ordine che affonda la sua base di legittimazione nel concetto di diritti naturali. Per il filosofo, la guerra rappresentava un mezzo, uno strumento di giustiziabilità dei diritti che erano stati violati, un atto giuridico che andava ad operare laddove il potere delle corti ordinarie non aveva margine d'azione (M. Donelan, 1983).

Per Grozio gli Stati svolgevano, di fatto, il ruolo di giudici, e la promozione delle azioni belliche veniva svolta nel solco della legalità. La violenza veniva perciò legittimata dall'autore fiammingo nei casi in cui rappresentava un rafforzativo del diritto attraverso procedimenti razionali. Se, in alcuni punti, Grozio concedeva agli Stati di usare le armi per perseguire i propri interessi in conflitti tra parti uguali, di fatto, legittimando un ampio uso dello strumento bellico e dello Stato come soggetto

di diritto e di doveri (M. Donelan, 1983; R. Tuck, 1999), dall'altro, aveva anche sancito la possibilità dell'uso delle armi come strumento di solidarietà verso i più deboli, anche se fuori dai propri territori, sulla base del diritto naturale, gettando così le fondamenta teoriche per gli interventi umanitari. Si ritrovano già in Grozio, quindi, quelle contraddizioni e paradossi che avrebbero accompagnato la giustizia internazionale in tutta la sua fase evolutiva: l'attribuzione sia agli stati che agli individui della titolarità di diritti, e la concezione dei diritti degli individui come indipendenti da quelli degli Stati di riferimento. Grozio, attraverso il processo di giuridificazione dell'uso dello strumento bellico aveva operato, di fatto, uno slittamento concettuale: se fino ad allora la legittimazione era stata fondata su un'idea di comunità (di fatto comunità religiosa), questa nuova teorizzazione, basata su un concetto di diritto naturale, spostava la fondazione sul principio cardine della modernità: la ragione. Tuttavia, questo passaggio si rivela troppo prematuro; con la promozione dello strumento bellico l'autore proponeva il modello statale come riferimento per la definizione della sfera internazionale, in un momento in cui i confini degli stati e le sue strutture politiche e identitarie non si erano ancora ben costituite e consolidate, allo stesso tempo in cui sanciva l'esistenza di un diritto naturale indipendente, da questi fondato sulla signoria dell'individualità e della ragione. Grozio aveva così creato una struttura che avrebbe potuto distruggere la stessa unità politica che mirava a fondare (H. Bull, 1966).

#### **4. La pace di Vestfalia e i nuovi confini tra sicurezza interna e sicurezza esterna**

Se Grozio e de Vitoria avevano delineato le questioni teoriche e i fondamenti giuridici e filosofici della guerra giusta, la storia politica del passaggio tra il XVI e il XVII secolo ha rappresentato un "laboratorio giuridico" di elaborazioni sul tema della guerra e sulle prospettive di diritto internazionale, rapporti tra Stati, sovranità sia nel contesto del Nuovo Mondo che all'interno del perimetro della vecchia Europa. L'ingenza delle perdite economiche e demografiche riscontrata negli anni dei conflitti religiosi e politici (guerra dei Cent'anni e guerra dei Trent'anni su tutti), ma anche la possibilità di spostare le istanze egemoniche in spazi più ampi e incontaminati da forme di sovranità come quelle presenti nel lembo di terra continentale – *in primis* l'espansionismo coloniale in Asia, Africa e nelle Americhe – spinse gli Stati europei a un accordo auto-conservativo che li proteggesse, in un certo senso, dalle modalità autodistruttive che avevano contraddistinto due secoli di conflitti.

È in questo periodo che è introdotto il cosiddetto “modello vestfaliano”, ossia una serie di pratiche, di politiche, ma soprattutto di relazioni internazionali che furono messe in atto in Europa, attraverso un mosaico di trattati che placarono i conflitti di religione, conosciuti come “pace di Vestfalia” e siglati convenzionalmente nel 1648<sup>7</sup>.

La pace di Vestfalia si esplicita in tre principi di base, che avrebbero, di lì a venire, determinato e rinsaldato i ruoli e gli assetti dei differenti soggetti di potere:

- il diritto all'autodeterminazione dei popoli, alla base del principio di sovranità statale;
- il principio di equità tra gli Stati;
- il principio di non ingerenza di uno Stato negli affari interni dello Stato vicino;

È così che si afferma un modello di tutela “europea” specifica, che permette di distinguere tra le guerre interstatali, le guerre coloniali e le guerre civili. Solo le prime assurgono al rango di “guerra” internazionale, e ne acquisiscono una regolamentazione giuridica, quella che Schmitt descrive come *jus publicum europeum* e che ha continuato a essere in vigore fino alla fine del primo conflitto mondiale (C. Schmitt, 1974, 164-5).

È il passaggio da una sovranità personale di tipo feudale a una sovranità “organica” di tipo statale a garantire il superamento dei conflitti di religione e a permettere di governare *inter e infra muros* i territori europei.

Il meccanismo di uscita dallo Stato di natura descritto da Hobbes nel *Leviatano* aveva preso spunto proprio da questi fatti: lo Stato, con il filosofo, diventa il nuovo capo d'imputazione di responsabilità ma anche il punto di riferimento. Il sovrano determina la regolamentazione attraverso norme e ne garantisce la valenza contrattuale<sup>8</sup>, ossia, di fatto, ufficializza lo strumento privilegiato per limitare le pulsioni violente degli uomini. È attraverso la costruzione di un soggetto artificiale che sono superati gli “umori” individuali che avevano caratterizzato per quasi dieci secoli i rapporti di potere, ed è così che si realizza quell'eterodossia del modello alla base della moderna “politica”.

Si affida al simulacro statale il compito di agire come idea regolatrice della ragione di governo (M. Foucault, 2004, 206). La serie di conflitti internazionali diventa quindi l'occasione per definire ciò che è e ciò che

<sup>7</sup> Negli undici anni che intercorsero tra il 1648 e il 1659 furono, infatti, sottoscritti il Trattato di Münster e quello di Osnabrück, i quali posero fine alla guerra dei Trent'anni per parte cattolica e per parte protestante; la firma del Trattato dei Pirenei, nel 1659, infine, determinò la conclusione delle ostilità tra Spagna e Francia nella cosiddetta guerra degli Ottant'anni.

<sup>8</sup> Così come viene proposta da U. Grozio (2002).

non è “Stato” attraverso la regolamentazione dei confini e le modalità di protezione e d’infrazione degli stessi (lo *jus gentium*, qui *jus publicum europeum*) e la determinazione e gestione degli spazi. Lo spazio da unico diviene molteplice (*ivi*, 215) ma, soprattutto, il meccanismo vestfaliano, dividendo lo spazio in “dentro” e “fuori”, permette il perfezionamento del principale dispositivo della modernità: il meccanismo di sicurezza (*ivi*, 210). Il modello di protezione e gestione dello Stato alla fine della guerra dei Trent’anni si divide quindi tra un dispositivo di protezione esterna “diplomatico-militare” finalizzato alla garanzia della pace, o quantomeno della “non guerra” e un dispositivo interno di polizia, teso al mantenimento dell’ordine pubblico e alla lotta alla criminalità (G. Campesi, 2009). Il meccanismo di sicurezza è lo strumento prodotto da Vestfalia per perseguire l’obiettivo esposto in precedenza: l’equilibrio dell’Europa (M. Foucault, 2004, 215). La “rinuncia” all’impero diventa quindi il motore di una serie di teorizzazioni e istituzioni, ma soprattutto diviene punto di riferimento per il modello normativo che ha retto, quasi incontrastato (nonostante gli accenni e i tentennamenti avvenuti a seguito della Prima guerra mondiale), sino alla Seconda guerra mondiale. O, meglio, Vestfalia ha retto attraverso questa declinazione e attraverso la costituzione di un vero e proprio dispositivo militare, soggetto referente negli equilibri interni degli Stati e nuovo piccolo nucleo di sovranità teso all’autoconservazione (*ivi*, 222-3).

Con l’avvento dell’Illuminismo è apparsa sempre più centrale fra i filosofi politici la questione della regolazione e del controllo del potere del sovrano; il re, infatti, non può garantire l’imparzialità del suo giudizio rispetto ai propri interessi. A questo punto, la proposta di Grozio, che prevede l’uso della forza militare come forma estrema di punizione e strumento di protezione della comunità, viene messa in crisi, ed è entrata nel dibattito l’idea che la guerra stessa andasse combattuta e messa al bando, o, quantomeno regolata rispetto al danno che cagionava agli individui. Uno degli esempi più alti di questo tipo di posizione è offerto dal saggio di Kant, *Per la pace perpetua*, (1795). Il trattato proponeva una protezione normativa, non etica della pace. Lo strumento giuridico assume nelle parole del filosofo di Königsberg, il ruolo, quasi apotropaico di baluardo dei diritti e di arma di controllo contro gli abusi del potere.

Con questo tipo di approccio, sembra prevalere un’idea di diritto che muove da posizioni di “ottimismo normativo” e che contrasta il cosiddetto “pessimismo potestativo”, il quale vede il diritto solamente come rappresentazione positiva dei rapporti di potere e di dominio e non evidenzia la tensione conflittuale sottesa al dispositivo giuridico (P. Costa, D. Zolo, 2003).

## **5. La Prima guerra mondiale e l'esigenza di una giustizia internazionale**

Il primo tentativo di punire per dei crimini commessi nel corso di una guerra si può collocare nel 1474, in Svizzera, nel contesto geopolitico del Sacro Romano Impero, quando il Governatore del Burgundi, Peter von Hagenbach, fu processato per aver stuprato e ucciso dei civili innocenti e aver saccheggiato numerose proprietà durante l'occupazione del Breisach (W. Schabas, citato in S. Scott, 2004, 254). Nonostante questa prima forma di criminalizzazione della guerra, le riflessioni sul tema sono rimaste silenziose per molti anni, sino alla rinascita del cosiddetto "umanitarismo" in seguito alle morti per la battaglia di Solferino e all'opera di diffusione di questa ideologia da parte di Dunant e Moynier, i fondatori della Croce Rossa. Questo intervento ha avuto, come prima conseguenza, la moralizzazione delle relazioni tra Stati. In seconda istanza ha dato avvio a un vero e proprio processo di giuridificazione/criminalizzazione dei crimini di massa che si fa risalire alla stesura delle convenzioni di Ginevra (1864) e dell'Aja (1899, 1907) con le quali si è «provveduto a fondare le basi per un intervento giuridico (in ambito internazionale)» (J. Salvisberg, 2010, 26)<sup>9</sup>. Questo corpo di leggi, emerso nella seconda metà del XIX secolo, aveva chiesto che si determinassero dei limiti ai comportamenti consentiti allo Stato durante i conflitti armati sulla base della distruzione che questo era in grado di produrre e legittimare: queste norme tendevano perlopiù a proteggere i "militari feriti in guerra" (1864); i "feriti e i malati negli eserciti di campagna" (1906) e i "prigionieri di guerra" (1929), alla luce della distruttività della nuova tecnologia militare, così attuando un primo processo di moralizzazione e giuridificazione delle relazioni – un tempo politiche – tra Stati.

Questi sentimenti e questo impianto morale di condanna fu per la prima volta sancito nella stesura della Lega delle nazioni nel 1919<sup>10</sup>, successivamente nel Trattato di Versailles e nel patto di Kellogg-Briand. Nel 1920, una Commissione d'inchiesta internazionale sulle estorsioni, sui crimini e sulla violazione del diritto delle genti da parte degli Stati belligeranti fu

<sup>9</sup> Contrariamente a questa prospettiva, *cfr.* R. Pal (1955) secondo cui non c'è traccia di criminalizzazione nelle relazioni internazionali prima di Norimberga.

<sup>10</sup> È su questo piano che si sviluppò il progetto della cosiddetta *Covenant of the League of the Nations*, meglio conosciuta come Società delle Nazioni, un organismo composto dai membri degli Stati vincitori, sorto dal modello della Santa alleanza, su proposta di Woodrow Wilson, e deputato alla prevenzione delle guerre, alla gestione diplomatica dei conflitti fra Stati, a incentivare il benessere e la qualità della vita nel pianeta, a mantenere il controllo degli armamenti internazionali. Queste finalità venivano favorite nel Trattato dalla promozione dell'autodeterminazione dei popoli per assecondare la formazione di Stati nazione.

stabilita per determinare che cosa fare con coloro che si erano resi responsabili di crimini di guerra (S. Glueck, 1946). Questo portò ad una sorta di rivoluzione copernicana nelle modalità di approccio e gestione dei conflitti, con l'introduzione della possibilità concreta di istituire processi per stabilire la responsabilità delle violazioni di legge. Questo sforzo fu evidente nel Trattato di Versailles, che stabilì l'istituzione di un Tribunale internazionale di guerra.

Il Trattato di Versailles operò su molteplici livelli: a un primo livello giuridico-morale venne superata, con la pace di Parigi, la questione dello *jus ad bellum*, in quanto, la Grande guerra era iniziata con una dichiarazione che rispettava il protocollo. Allo stesso tempo, i trattati di pace esplicitarono chiaramente la volontà di condannare a priori la guerra poiché "moralmente ingiusta" *erga omnes* (principio che sarà ripreso e riproposto dal patto di Kellogg pochi anni dopo). A un livello geo-politico, la pace di Parigi assolse il compito di ridisegnare la cartina dell'Europa, e, in particolare, relegare gli effetti del bolscevismo al territorio russo (E. Hobsbawm, 1994, 46).

Come scrive Norberto Bobbio (1990, 64), sebbene si riferisca al secondo conflitto ma non sbagliando di molto la previsione che ben si adatta alla conclusione del primo: la guerra, da legittima, diventa legale,

il giudizio di legittimità della guerra riguarda il giusto titolo (la *iusta causa*) per cui è intrapresa; il giudizio di legalità riguarda esclusivamente l'esercizio o la condotta della guerra.

Tra queste condotte, sicuramente quella ritenuta più deplorabile, e tale da esser punita, fu quella del *Kaiser* Wilhelm di Hohenzollern, ritenuto il responsabile di offesa della moralità internazionale e della santità dei trattati, nonché il primo criminale di guerra della storia recente. Non sembra esente da questo teorema il Trattato di Versailles, per la sua stessa natura di anello di congiunzione tra la guerra e la pace. A dispetto degli altri conflitti, tuttavia, mai come in questo caso l'atto giuridico politico si polarizza in modo binario: vincitori/vinti, giudici/colpevoli. I rapporti di forza si mostrano nelle parole del Trattato e sulle nuove linee di confine che sono tracciate in Europa, e, il diritto – in particolare, il diritto penale internazionale – assume, con la condanna al *Kaiser* Wilhelm di Hohenzollern, una dimensione prospettica, non rivolta a un'universalità giuridica, bensì a un singolo, al primo soggetto ritenuto responsabile *erga omnes* di crimini di guerra.

Nell'articolo 227 è sancito che l'Imperatore debba essere processato per «un'offesa suprema contro la moralità internazionale e la santità dei tratta-



ti» (S. Baldwin, 1919, 75; ma anche S. Glueck, 1944; 1946), e nell'articolo 228 si enuncia che «i colpevoli saranno processati e puniti come stabilito dalla legge» (S. Glueck, 1944, 23). Sebbene questi articoli non siano stati, nella realtà dei fatti, resi operativi, un “campione” di colpevoli fu portato dinnanzi alla Suprema corte tedesca di Lipsia nel 1920; 896 tedeschi furono processati, ma solamente 6 furono realmente sanzionati, perlopiù per pene minori, poiché fecero ricorso difendendosi con l'argomentazione dell'esecuzione per obbedienza a un ordine superiore (S. Glueck, 1944; J. Hagan, S. Greer, 2002).

Benché in molti fossero consapevoli della difficoltà di argomentare giuridicamente la condanna dell'imperatore, l'articolo 227 fu inserito, e si richiese all'Olanda l'estradizione (poi non concessa) del responsabile politico delle azioni tedesche durante la Grande guerra. L'articolo prevedeva l'istituzione di un tribunale, composto da cinque giudici, uno per ogni Stato vincitore (Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia, Italia e Giappone) che, seguendo le direttive proposte della politica internazionale, e spinto dalla motivazione di vendicare le solenni obbligazioni degli accordi internazionali, avrebbe giudicato il *Kaiser* e, con una pena di tipo durkheimiano, avrebbe ripristinato la moralità internazionale.

L'imperatore fu definito colpevole per “grave oltraggio alla legge delle nazioni e alla buona fede internazionale” e la Germania fu considerata responsabile per aver dato inizio alla guerra, con il conseguente obbligo di pagamento di una sostanziosa indennità pecuniaria, a fini risarcitori (H. Ball, 1999, 25). Glueck sottolinea che il problema di questa impresa giuridico-politica fu che nonostante il riconoscimento dell'esistenza di leggi e consuetudini di guerra pregresse, vigenti come norme internazionali, si scelse scientemente di non determinare delle vere e proprie sanzioni penali, in modo da non permettere una reale condanna della guerra e dei crimini atroci ad essa connessi (S. Glueck, 1944, 37). La piena giuridificazione non poteva, pertanto, ancora dirsi compiuta.

Una condanna formale fu inclusa nel patto di Briand-Kellogg, firmato a Parigi nel 1928. Come si legge nel patto:

The High Contracting Parties solemnly declare, in the names of their respective peoples, that they condemn recourse to war for the solution of international controversies, and renounce it, as an instrument of national policy in their relations with one another.

Ciononostante, alcuni studiosi continuarono a rimarcare che anche questo trattato non potesse bastare a risolvere la questione sanzionatoria (R. Pal, 1955, 2; *cfr.*, inoltre, M. Hankey, 1950). Il problema viene così individuato:

Nel campo internazionale non c'è esperienza o tradizione, non c'è una formula per il crimine o la pena. (...) La selezione di questo o di altri crimini come oggetto di previsioni normative in ambito internazionale è prodotta non da considerazioni di natura teorica sulla natura del crimine internazionale ma su vari motivi politici che interessano e smuovono un paese o un gruppo di paesi (R. Pal, 1955, 3-4).

Per il giudice Pal il problema rispetto a queste definizioni era ascrivibile principalmente a due questioni: *in primis*, non venivano seguiti i principi giuridici generali; in secondo luogo, la comunità mondiale era stata creata e si era manifestata solo in tempi recenti e, quindi, non si muoveva da posizioni consolidate. I suoi principi e leggi erano il prodotto di alcune negoziazioni, ma non rendevano per questo la sfera internazionale una "comunità" (*ivi*, 6). La natura giuridica e sociale differiva, infatti, da quella propria degli Stati: questa comunità internazionale si basava su Stati sovrani che mantenevano il loro potere di giudicare e di rendere le leggi efficaci (*ivi*, 14). Il giudice Pal sostiene che, siccome l'unico modo per sottomettere uno Stato a norme specifiche era, di fatto, la pratica della guerra, l'utilità sociale dello stabilire una punizione per i reati non era chiara. Solamente coloro che venivano sconfitti in guerra sarebbero stati giudicati. Il principio di sovranità era ancora troppo forte per poter ammettere una sua sottomissione alla comunità internazionale, e il tipo di giustizia cui questo dava spazio era esclusivamente quello di una giustizia dei vincitori<sup>11</sup>. Il principio dello Stato di diritto richiedeva che non ci fosse la pretesa di giudicare i nemici: la formalità delle procedure rappresentava qui una parte fondamentale dello stabilire le norme<sup>12</sup>.

La critica mossa a questo intervento, sia nella prospettiva politica, che in quella giuridica, appare unanime. Dopo anni di elaborazioni, soprattutto nella scienza giuridica di area tedesca, di approcci teorici tesi alla positivizzazione del diritto e ad una scienza del dover essere scissa dal piano dell'essere, si riserva al diritto internazionale una connotazione di "moralità" che lo accompagnerà in tutto il secolo a venire. Si associa sin d'ora un'idea di giusto alla colpa di guerra, ribaltando in modo speculare la "giustizia" delle guerre coloniali argomentate da de Vitoria, e legando così il conflitto a un'idea più alta e più nobile di giustizia, che verrà esacerbata dopo la Seconda guerra

<sup>11</sup> Per una disamina di queste problematiche della giustizia internazionale, *cfr.* anche D. Luban (1987).

<sup>12</sup> *Ivi*. Questo argomento è lo stesso su cui poggiano le critiche sulla struttura della Nazioni Unite, in particolar modo rispetto al Consiglio di sicurezza e al potere di veto affidato agli Stati vincitori della Seconda guerra mondiale. È sulla base di queste prerogative che viene spesso richiesta una ridefinizione dell'organizzazione, in modo da renderla più rappresentativa della popolazione mondiale (*cfr.* D. Zolo, 2004; ma anche World Social Forum, 2005).

mondiale con l'avvento della dimensione "umanitaria" dei crimini e dei processi e con la diffusione a livello globale della produzione di discorsi sulla protezione e promozione dei diritti umani.

Inoltre, questi trattati hanno rappresentato una sorta di ritorno all'idea della "guerra giusta": la questione morale diventa nuovamente centrale e connessa al diritto riaprendo il tema della sua legittimità e delle procedure di legittimazione (H. Kelsen, 1990 [1944], 15).

Da Versailles in poi, si assiste a un corto circuito tra i motivi della guerra e le modalità di esecuzione. Le nuove tecniche militari, le difficili definizioni di confine tra i territori, rendono sempre più labile non solo il *limes* tra *jus in bello* e *jus ad bellum*, ma tra la legalità e la legittimità della guerra stessa. Il *modus operandi* in guerra diventa molto pregnante e in grado di intaccare anche il *quia*. Inoltre, la questione morale che ritorna preponderante ricrea quel nodo gordiano tra *amicus* e *inimicus* che aveva contraddistinto tutto il medioevo.

Versailles aveva riportato alla ribalta la questione morale della "guerra giusta" (riconosciuta come argomento giuridico da Hans Kelsen, e criticata come logica politica da Schmitt), sollevando molteplici problematiche giuridiche riprese anche dal patto di Kellogg-Briand (*cfr. supra*).

La capacità deterrente del patto si rivelò limitata: già nel 1931 le norme furono violate dall'invasione della Manciuria da parte del Giappone; nel 1935 l'Italia invase l'Etiopia e infine nel 1939 il mondo fu spettatore dell'invasione della Polonia da parte della Germania: l'avvento della Seconda guerra mondiale fu il primo segnale che il proposito pattizio era ancora molto lontano dalla sua applicazione<sup>13</sup>.

L'idea di processare gli avversari di guerra fu formulata per la prima volta nel corso della Terza Conferenza tripartita di Mosca del 1943, nell'eventualità in cui l'Alleanza avesse vinto<sup>14</sup>. L'ipotesi prese piede e trovò conferma nel susseguirsi di incontri tra le grandi potenze, quali la Conferenza di Teheran (1943), la Conferenza di Yalta (1945) e la Conferenza di Potsdam (1945). Sebbene l'Unione Sovietica avesse promosso la città di Berlino come sede dei processi, alla fine le grandi potenze "giudicanti" (Stati Uniti, Unione Sovietica, Gran Bretagna e Francia) optarono per Norimberga, dove furono processati 200 tedeschi imputati di crimini di guerra.

Il tribunale aveva trovato il suo fondamento istitutivo esplicito nella *London Charter* dell'8 agosto del 1945<sup>15</sup>, in cui le quattro potenze vincitrici si

<sup>13</sup> Carl Schmitt (1995) propose una posizione controversa nei confronti di questo patto: egli, infatti, non considerava il Trattato come parte di un ordine giuridico internazionale "genuino", ma, piuttosto, come parte della politica estera imperialistica della Gran Bretagna.

<sup>14</sup> Tra le potenze coinvolte, in questa prima Conferenza preliminare, rientrava anche la Cina.

<sup>15</sup> Si noti che in quei giorni (6 e 9 agosto 1945) di genesi delle istituzioni penali internazionali

erano accordate pubblicamente per «the Prosecution and Punishment of the MAJOR WAR CRIMINALS of the EUROPEAN AXIS».

Fu così che il 20 novembre 1945 iniziarono a Norimberga le udienze per i crimini commessi dai cittadini tedeschi nel corso della Seconda guerra mondiale. In quella sede furono visionati i casi di ventiquattro dei più importanti capi nazisti catturati o contumaci (purché presunti in vita).

Nella carta fondativa del tribunale, all'articolo 6, furono formulati i principi generali che avrebbero regolato l'azione del tribunale. Per la prima volta, due nuove tipologie di reato entrarono a far parte del lessico di un tribunale: i crimini contro la pace e crimini contro l'umanità.

Il tribunale, inoltre, aveva riformulato e resi applicativi alcuni dei postulati di Versailles, primo fra tutti la responsabilità individuale in guerra<sup>16</sup>.

Otto Kirchheimer sceglie, come epigrafe al suo saggio *Giustizia politica*, una frase di Simone Weil tratta da *La pesanteur et la grâce*: «Bisogna (...) essere sempre pronti a cambiare parte, come la giustizia, questa “fuggitiva dal campo dei vincitori”» (S. Weil, 1988, 158).

Kirchheimer argomenta rapidamente le ragioni della scelta epigrafica posta in apertura al suo celebre scritto. Per l'autore, la giustizia, e in particolare la giustizia politica, può essere definita attraverso due procedure antinomiche: essa, infatti, è sia uno strumento del potere politico, completamente asservito a esso, sia un meccanismo scelto da chi vuole vedere realizzate delle aspettative; in entrambi i casi, il fine politico può essere sia conservatore che rivoluzionario, sia necessario per la comunità o altresì frivolo (1955). Kirchheimer mette in guardia sui rischi di quest'ambivalenza. La descrizione offerta dall'autore del rapporto di tensione costante tra la spinta politica dei rapporti di forza e il tentativo del diritto di rendere concreti quei valori generali e astratti decantati da Kelsen, è il paradigma su cui sarà declinata una delle pagine più controverse della storia dell'Occidente: l'istituzione dei tribunali militari di Norimberga e Tokyo al termine della Seconda guerra mondiale (O. Kirchheimer, 2002).

I processi di Norimberga non rappresentarono l'unica rivoluzione copernicana nel diritto internazionale. La Seconda guerra mondiale aveva completamente stravolto gli equilibri globali e le istituzioni deputate a garantirli, e, negli anni immediatamente successivi alla stessa, furono molte le modifiche, i cambiamenti e i nuovi organismi che furono istituiti. Tra questi, è qui importante ricordare quegli atti (e trattati) che sarebbero poi

venivano anche paradossalmente lanciate le bombe atomiche in Giappone da parte di uno dei maggiori promotori della giustizia internazionale.

<sup>16</sup> Cfr. per questo *Judgement 41*, in *“Judicial Decision”* (1947), in *“American Journal of International Law”*, 17, p. 221.

tornati a ricoprire un ruolo da protagonista nelle vicende giuridiche e politiche che hanno investito l'ex Jugoslavia durante il conflitto e nel periodo immediatamente successivo.

Gli interventi sono stati di duplice natura: da un lato vennero sottoscritti nuovi patti e convenzioni tese allo sviluppo e alla tutela dei diritti umani; dall'altro, furono create istituzioni deputate al rispetto, la protezione e la promozione di quegli stessi diritti.

Come scrive Seyla Benhabib, «siamo entrati in una fase dell'evoluzione della società civile globale che è caratterizzata da un passaggio da norme di giustizia internazionali a norme cosmopolitiche» (S. Benhabib, 2006, 14). La tesi sviluppata da Benhabib ha una matrice kantiana. È, infatti, il filosofo di Königsberg il primo teorico a parlare di norme cosmopolitiche, nel classico *Per la pace perpetua* (1991 [1795]). Sebbene Kant non fornisca una definizione minuziosa di diritto cosmopolitico, in un passo di *Zum Ewigen Frieden* (questo il titolo originale) si può dedurre cosa intenda nello specifico<sup>17</sup>. Sebbene il dibattito sui diritti fondamentali abbia visto la partecipazione di moltissimi teorici, sociologi e filosofi, in questa sede faremo riferimento solamente alle rielaborazioni che hanno preso le mosse dal "solco" creato da *Per la pace perpetua*, e che si sono confrontate sulle relazioni intercorrenti tra il diritto internazionale e i diritti cosmopolitici. Questa interazione, riprendendo Kant, è stata auspicata inizialmente da Hans Kelsen (1990), valutata nei pro e contro da Norberto Bobbio (1984, 1990) e promossa da Antonio Cassese (2004), Richard Falk (1985), Michael Ignatieff (2003) e, con alcune rielaborazioni personali, anche da Jürgen Habermas (2008), Luigi Ferrajoli (2001); criticata da Carl Schmitt (1974), Danilo Zolo (1995; 2001), Slavoj Žižek (2006), Alain de Benoist (2004), Luca Baccelli (1999). Gli autori si sono confrontati dalla seconda metà del Novecento, a fronte degli innumerevoli cambiamenti che hanno investito il diritto internazionale e che hanno portato a una metamorfosi dello *jus gentium* in diritto umanitario (*humanitarian law*). Tra questi, è necessario ricordare la carta dell'ONU come documento fondamentale che ha dato avvio alla proliferazione del "discorso" e del lessico dei diritti umani nella sfera internazionale. Come scrive Antonio Cassese, in questa Carta sono stati consacrati tre grandi ideali: i diritti umani, il diritto dei popoli all'au-

<sup>17</sup> Kant (1991 [1795]), 78), tuttavia, sostiene, in parte, l'infattibilità del suo progetto nel seguito del passo: «Ma poiché essi, secondo la loro idea di diritto internazionale, non vogliono assolutamente una cosa del genere, rifiutando quindi in ipotesi ciò che è giusto in tesi, allora al posto dell'idea positiva di una repubblica universale (se non si vuole che tutto vada perduto) c'è solo il surrogato negativo di un'alleanza contro la guerra, permanente e sempre più estesa, che può trattenere il torrente delle tendenze ostili e irrispettose di ogni diritto, ma nel costante pericolo che questo torrente dilaghi (*furor impius intus*)».

totodeterminazione e «il pacifismo (non quello “ingenuo” degli illuministi, ma un pacifismo “armato”» (A. Cassese, 2004, 18).

Questi ideali erano stati generati da due matrici politiche differenti: se il principio dell'autodeterminazione dei popoli traeva origine prevalentemente dal pensiero socialista, i diritti umani invece derivavano loro promozione dal pensiero liberale.

È con la carta delle Nazioni Unite che, secondo Cassese e Falk, si è creato un modello di governo internazionale alternativo a quello vestfaliano fondato sulla sovranità statale.

Secondo gli autori, questo modello prevederebbe:

- che soggetti di diritto internazionale non siano solamente gli Stati, ma anche altre persone giuridiche, quali le organizzazioni (*in primis*, le Nazioni Unite) e, in ultima istanza gli individui e i gruppi;
- una primazia di alcuni principi internazionali quali l'uguaglianza delle sovranità statali, il divieto dell'uso della forza e la tutela dei diritti sulle norme consuetudinarie;
- una differenza giuridica basata sul fattore economico tra gli Stati (si vedano gli ormai celebri G7 e G8);
- il diritto alla guerra degli Stati ridotto all'autodifesa (R. Falk, 1985; A. Cassese, 2004; D. Zolo, 2001).

Questo modello è promosso e consolidato da una serie di documenti internazionali. Sebbene l'atto fondativo delle Nazioni Unite sia già permeato di riferimenti ai diritti umani, «furono gli sviluppi storici e politici successivi all'adozione della Carta a dare sangue e anima all'ideologia dei diritti umani e a quella dell'autodeterminazione» (A. Cassese, 2004).

I progressi successivi, riproducono questo continuo oscillare tra le due grandi correnti teoriche che svilupparono questi ideali. Le carte e trattati che furono sottoscritti nel secondo dopoguerra sono state innumerevoli<sup>18</sup>. Quanto affermato da Cassese rivela molteplici contraddizioni, se si pensa che le carte non sono rimaste semplici dichiarazioni, ma sono state, al contrario, affiancate da istituzioni deputate a proteggere i diritti umani, alla

<sup>18</sup> Tra queste, si ricordano: la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948; la Convenzione sui genocidi del 1948; la Risoluzione 260 (III) del 9 dicembre 1948, la Convenzione sulla prevenzione e la punizione del crimine di genocidio entrata in vigore il 12 gennaio 1951; le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949; la Convenzione internazionale sui diritti d'asilo del 1951, che tutelava i diritti dei rifugiati; la Risoluzione 1514 del 1960 sull'indipendenza dei popoli coloniali, in cui era affermato a gran forza il principio dell'autodeterminazione dei popoli; i due patti delle Nazioni Unite del 1966 che riprendevano la Dichiarazione del 1948 ed elevavano l'autodeterminazione dei popoli a presupposto fondamentale dei diritti umani; la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata il 10 dicembre 1984 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite ed entrata in vigore il 26 giugno 1987.



loro implementazione e, più estesamente, a tutelare l'ordine internazionale e la pace. L'istituzione delle Nazioni Unite, i poteri del suo Consiglio di sicurezza, le Risoluzioni e le missioni, gli organismi dell'Unione Europea non si sono rivelati sufficienti a garantire la giustiziabilità dei diritti nella seconda metà del Novecento. Le resistenze prodotte dalle sovranità nazionali hanno sempre frenato un'efficace applicazione delle norme dei trattati (AA.VV., 2006, 12).

In particolare, il periodo noto come la Guerra fredda, nonostante il proliferare di carte e convenzioni, non si è caratterizzato per un forte interventismo a livello internazionale.

Secondo Koskeniemi, se applicassimo la teoria schmittiana elaborata nel *Nomos della terra*, questa sospensione degli interventi dopo Norimberga potrebbe essere così spiegata:

to apply Schmitt' description of the new *nomos* to the behavior of the Western Powers in Kosovo and Iraq, the 50-year interlude may be explained by the Cold War having prevented a full-scale moralization of International politics. Ironically, then, for half a century, the Soviet Union may have taken the role of the Schmittian *Katechon* - restrainer of the coming of the Antichrist (M. Koskeniemi, 2004, 466).

È con la caduta del muro di Berlino e con la Risoluzione ONU a tutela del Kuwait nel primo conflitto in Iraq che l'interventismo occidentale torna alla ribalta, e con esso il connubio tra guerra e giustizia e la legittimazione delle azioni militari, declinate come forme di azioni giuridiche punitive o interventi umanitari (A. Fatić, 2000, 5).

È in quel particolare ambito che, allo scoppio del conflitto balcanico, è recuperata l'idea kantiana di una corte penale internazionale che abbia una matrice giuridica e non militare/politica (e in questo si differenzerebbe dal precedente di Norimberga) e sono proposti i due tribunali *ad hoc* per la ex Jugoslavia (ICTY) e per il Ruanda (ICTR) (H. A. Kissinger, 2001, 87).

## **6. Verso una nuova giustizia penale internazionale? Modelli, approcci e critiche**

I due tribunali *ad hoc* istituiti in Jugoslavia e Ruanda rappresentano solo il primo dei molti tentativi di promozione della giustizia globale da parte della comunità internazionale. Tra i passaggi fondamentali, si ricordano: il processo a Pinochet da parte del giudice Garzon in Spagna, che ha rappresentato il primo caso efficace di "giurisdizione universale" (G. Robertson, 2006; S. Macedo, 2003); l'istituzione della International Criminal Court nel 2002; la creazione delle cosiddette "corti ibride" tra cui, per esempio, quelle in Sierra

Leone, Cambogia, Libano, Timor Est; l'esperienza, in parallelo, delle commissioni di Verità e Giustizia e di Verità e Riconciliazione, che hanno operato pratiche di giustizia alternative<sup>19</sup>. Ultimamente, le Nazioni Unite hanno promulgato la *responsibility to protect* (2001-2005) che è divenuta il principio guida sulla base del quale non solo è possibile prevenire gli abusi dei diritti umani, ma anche intervenire fattualmente per fermarli. Questa responsabilità che fa leva sul concetto – avanzato da Deng – della sovranità come responsabilità, riconosce alla comunità internazionale la possibilità *in primis* di prevenire, in seconda istanza di intervenire nel caso in cui lo Stato sia incapace di proteggere la sua popolazione da crimini contro l'umanità, crimini di guerra e genocidio, attraverso il richiamo al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite e il Consiglio di sicurezza (artt. 138-139; 15 settembre 2005). Questo principio innovativo costituisce il riferimento normativo per l'autorizzazione dell'intervento militare in Libia, che si è rivelato come l'elemento scatenante per il cambio di regime, oltre ad aver avallato, di fatto, l'uccisione di Gheddafi. Sulla base di questa applicazione, è stata importata una nuova norma a livello internazionale, ossia la responsabilità di proteggere. Assieme a questa, sono stati importati il principio preventivo e il concetto di sicurezza umana. Quest'ultimo, da un lato sembrerebbe essere un esplicito richiamo alla dottrina cristiana della "guerra giusta", dall'altro apre nuove prospettive nell'apparato normativo internazionale che andrebbero ad incidere sulla posizione degli stati e sull'istituto della sovranità. Nel rapporto si rende esplicito tuttavia come questa norma sia in realtà un modo per rafforzare la sovranità, piuttosto che indebolirla (D. Mickler, N. McMillan, 2011), mostrando come ancora l'ambiguità verso il concetto di sovranità sia presente nella tensione tra politica e diritto internazionale. Bisogna però rilevare come, nonostante queste spinte al riconoscimento del ruolo del sovrano nella protezione dei cittadini da parte delle istituzioni internazionali, nei fatti, questa stessa sovranità venga svuotata di significato dal momento in cui le popolazioni sono sempre più governate a livello formale ed informale da network di esperti, che non rispondono direttamente alle popolazioni di riferimento (tra i vari, M. Koskeniemi, 2011). Inoltre, come si evidenzia nel caso siriano, le istituzioni di giustizia internazionale rimangono degli strumenti politici nelle mani di alcune nazioni-riconoscendo di fatto la sovranità di questi come diversa da quella degli altri Stati – poiché le ragioni geopolitiche e i rapporti di forza (economici, ma anche militari) continuano a giocare una parte fondamentale. Le norme vengono stabilite dagli Stati più potenti e la loro efficacia è ancora

<sup>19</sup> Si ricordano, tra le altre, le esperienze in Sudafrica, Cile, Argentina, Perù, Guatemala. Cfr. E. Fronza (2006), A. Lollini (2011), S. Parmentier, E. Weitekamp (2007).

garantita attraverso la minaccia costante del ricorso allo strumento bellico o attraverso dei veri e propri interventi armati, proprio come aveva a suo tempo sottolineato il giudice Pal. Notoriamente gli Stati Uniti e gli altri grandi Stati (un tempo coincidenti con i sottoscrittori del Patto Atlantico, ma oggi forse anche quelli legati all'ascesa di nuove potenze economiche)<sup>20</sup> che sono coinvolti in operazioni militari rimangono immuni dall'essere perseguiti per crimini di guerra e violazioni dei diritti umani. Non solo: la determinazione delle procedure atte a stabilire la responsabilità penale delle persone fisiche e giuridiche, e la domanda di giustizia, è avvenuta ad opera di pochi gruppi di nazioni sovrane, seguendo principalmente un modello occidentalistico di stampo europeo (G. Gozzi, 2010). Nonostante le spinte progressiste, la giustizia internazionale rimane fondamentalmente un progetto governamentale di stampo occidentale, dal momento che legittima l'uso del potere militare da parte di alcuni Stati rispetto ad altri gruppi ed entità che vengono definiti come "Stati canaglia" o nei confronti dei cosiddetti "network criminali" tipo Al Qaeda. L'effetto complessivo non sembra essere principalmente quello di contribuire alla democratizzazione della sfera internazionale, quanto quello di consolidare alcune relazioni di potere e rapporti di forza a livello globale sulla base dell'identificazione di alcuni "*suitable enemies*" (N. Christie, 1986). Uno dei principali effetti di queste operazioni è, di fatto, la promozione, da una parte, dell'ideologia liberal capitalista, dall'altra, delle istituzioni deputate a mantenerla e legittimarla. Ci riferiamo qui alle pratiche di ricostruzione delle infrastrutture nazionali per cui si portano al potere alcune compiacenti élites solitamente selezionate sulla base di alcune "affinità elettive" legate ad un percorso di formazione di stampo anglosassone (*cfr.* per esempio la ricostruzione in Iraq).

La Corte penale internazionale potrebbe rappresentare invece un significativo passo in avanti nel processo di condanna dei crimini commessi dagli Stati e dai potenti contro i loro cittadini. Il suo operato si inserirebbe in un solco di continuità con la tradizione accademica di tipo critico che cerca di condannare gli stati per le loro responsabilità e il loro coinvolgimento (diretto o indiretto) nelle violazioni dei diritti umani sia sotto il profilo decisionale che attraverso le scelte di politica economica nazionale e internazionale (F. Pearce, 1976). Tuttavia, se da un lato questo strumento contribuisce a sanzionare l'uso indebito del potere da parte di alcune istituzioni statali rispetto ai suoi individui, dall'altro legittima, in maniera indiretta, le violazioni che non vengono perseguite dalla corte, che esercita in modo "discrezionale" la propria giurisdizione.

Per porre in essere forme di giustizia penale internazionale più eque, sarebbe importante spostare l'attenzione dalla criminalizzazione e dall'uso sim-

<sup>20</sup> Notoriamente Cina, India, Brasile, Russia.

bolico della giustizia penale – tesa a contrastare la violenza più evidente –, come strumento di ridefinizione della comunità politica di riferimento ad un modello più rispondente ai bisogni delle soggettività. Come sostiene Michel Foucault (2004, 103),

l'idea del potere pastorale è l'idea di un potere che si esercita su una molteplicità più che su un territorio. È un potere che guida verso un fine e agisce da intermediario rispetto a questo fine. È pertanto finalizzato a quelli su cui si esercita, non a unità superiori come la città, il territorio, lo Stato, il sovrano. (...) È un potere, inoltre, che si indirizza a tutti e a ognuno nella loro paradossale equivalenza, e non all'unità superiore formata dal tutto<sup>21</sup>.

In questo senso, il fine dell'esercizio del potere penale dovrebbe essere il benessere (inteso come "buona vita") dei cittadini (globali), e non solo la sicurezza intesa come protezione/difesa.

Questo processo di promozione del bene dei cittadini ha avuto da sempre un criterio di verifica potentissimo, in grado di mettere in correlazione i soggetti esercitanti il potere (compreso quello penale) ossia i governanti, e i destinatari di quell'esercizio (i governati). Il criterio di correlazione è la legittimità, o processo di legittimazione del potere. Sebbene il concetto sia controverso e abbia avuto negli anni molteplici interpretazioni e teorizzazioni<sup>22</sup>, abbiamo scelto di utilizzare una definizione comprensiva delle molte sfumature. Una buona sintesi ci viene offerta da David Beetham, il quale, riprendendo Weber, ritiene che la legittimità abbia una natura multidimensionale. Egli scrive, infatti, che la legittimità

embodies three distinct elements or levels, which are qualitatively different from one to another. Power can be said to be legitimate to the extent that: it conforms to established rules, the rules can be justified by reference to beliefs shared by both dominant and subordinate, and there's evidence of consent by the subordinate to the particular power relation. The first level is that of rules, the second that of justifications grounded on beliefs, the third that of actions. The three levels are not alternatives, since all contribute to legitimacy; all provide the subordinate with moral grounds for compliance or cooperation with the powerful (D. Beetham, 1991, 16).

Se Beetham offre un sunto importante del concetto di legittimità, sono molti gli autori che hanno connesso la dimensione morale (o neocontrattualista, o più recentemente, neocostituzionalista) con la sfera di afferma-

<sup>21</sup> Inoltre, *cfr.* M. Foucault (1994, 107-47).

<sup>22</sup> Si ricordano, tra tutti, M. Weber (1961), C. Schmitt (1972), N. Luhmann (1977), J. Habermas (2008), J. Rawls (2008), R. Dworkin (1982), solo per citare i principali.

zione dell'individuo, nonché alla dimensione "democratica", e i fenomeni di giuridificazione e implementazione (J. Habermas, 2008; S. Benhabib, 2006; J. Rawls, 2008; A. Cassese, 2004 su tutti). Il principio, tuttavia, non è solamente il prodotto dei processi di democratizzazione recenti, ma affonda le sue radici all'inizio della modernità. Infatti, già nel 1672 Pufendorf (1994, 242) affermava che «the general law for supreme sovereign is this: "let the people welfare be the supreme law"». Allora come oggi, nel concetto di "democrazia", così come nella più ampia idea di "giustizia", la dimensione giuridica, quella politica e quella morale, tornano a sovrapporsi e a problematizzare i livelli.

Per questo, la dimensione del benessere generale della comunità, più che la protezione della stessa e la conservazione dei valori, dovrebbe essere l'orizzonte di riferimento delle politiche penali, anche attraverso il consolidamento dei legami sociali e l'individuazione di norme di riferimento comuni. Come sostiene M. Koskeniemi (2011, 69),

for authority is not simply about outcomes. It is also about self-hood and relationship to others. There is an ideal of human self-hood that takes the perspective of every person's growing up and becoming part of a community that one has reason to think of as one's "own", not because that is where one has lived or because one shares the truths that its leaders propound, but because one has been a participant in its collective self formation. This ideal of self-hood looks upon social life not just as a platform for carrying out objectives such as security and welfare, or obeying those in power-, which is usually the same thing-, but as participation in decision making about matters such as what "security" and "welfare" might mean, and which of their alternative forms of realization might be appropriate, with the knowledge and resources and within structures of rules and decision making that one is ready to think authoritative in the community of one's interlocutors, and respective of what others might think of them.

Come abbiamo visto, questo implica che sia necessario immaginare e ristrutturare la relazione che intercorre tra l'autorità, la comunità internazionale di riferimento e l'ordine pubblico a livello globale, per poter garantire e promuovere realmente pratiche di giustizia internazionale, nonché ancorarle a processi condivisi di legittimazione.

Che tipo di giustizia si delinea a seguito di questa ricostruzione genealogica? Eravamo partiti in questo *excursus* interrogandoci sulla matrice storico-politica e sociale della giustizia penale internazionale, e avevamo deciso di affiancare, come strumento teorico, la criminologia critica come possibile strumento interpretativo. Se Schmitt guardava a questa forma di giustizia come forma di dominio politico da parte degli Stati Uniti sul continente europeo, oggi questo sguardo appare quantomeno da ricalibrare.

Se, da un lato, la dimensione del dominio occidentale, la costruzione della logica imperiale e governamentale è ancora il paradigma dei rapporti di forza tra Stati e gruppi di Stati, che sottende, molto spesso, alle ragioni che spingono l'esercizio "selettivo" della giustizia penale internazionale, tuttavia gli ultimi anni sono stati caratterizzati da uno stravolgimento geopolitico e, soprattutto, una revisione dell'ordine di priorità nel quadro delle tutele dei diritti civili e di quelli economico sociali. Sempre più sovente la richiesta di giustiziabilità dei diritti si è manifestata nell'arena mondiale, sia rispetto alle violazioni perpetrate attraverso le pratiche belliche (governative e non) sia anche per le forme più sottili, meno evidenti di violazioni, oggi sempre più massive. Da una parte, questi ultimi decenni sono stati caratterizzati dal proliferare della retorica dei diritti (soprattutto umani) e dal loro relativo smascheramento<sup>23</sup>; dall'altra la domanda dal basso di giustizia e la delegittimazione delle istituzioni deputate alla tutela che risultavano inefficienti è stata più forte, più diffusa, più trasversale. Si pensi solamente agli eventi che hanno caratterizzato la recente "primavera araba", o i molti movimenti *Occupy* che si sono diffusi nei contesti occidentali e non. La crisi economica ha rivelato alcune delle maggiori contraddizioni che avevano governato il secolo scorso, in particolare il ruolo delle banche, che da strumento "fiduciario" hanno rivelato tutto il loro potenziale antidemocratico, ma anche l'aumento delle disparità e dei costi dello sfruttamento economico, personale, ambientale tra Nord e Sud del mondo, che non possono essere risolte all'interno di un quadro unicamente nazionale. Questi sono solo alcuni spunti, necessari per inquadrare come il tema della giustizia penale internazionale vada inserito in un contesto globale mutato, e come le analisi non possano non tenerne conto.

In questo senso, appare oggi più che mai importante considerare il diritto non solamente in termini di strumento principe a servizio del potere, così come Schmitt l'aveva ben descritto e rappresentato, ma richiamare qui tutta la tradizione illuministica che attribuito allo strumento normativo il compito di limitare gli abusi del potere e di tutelare quindi, attraverso le pratiche politiche e giuridiche, gli individui. Quest'idea di tutela, che sembra così lontana oggi vorrebbe essere il centro della nostra riflessione, e il motivo dell'inquadramento della prospettiva classica, poi ripresa da Foucault, in una chiave più dialogica. Quello sguardo, condivisibile, proposto dall'autore francese va oggi ricollocato in una prospettiva che tenga in considerazione la doppia anima dello strumento giuridico, la relazione costante tra il diritto (strumento di potere) e i diritti (che lo limitano).

<sup>23</sup> Cfr., tra gli altri, D. Zolo (2001); S. Žižek, (2006).



Proprio per questo, la prospettiva della criminologia critica che solitamente si proponeva come fine di disvelare le pratiche oppressive e di dominio sottese all'esercizio del diritto penale nel contesto nazionale, sul piano internazionale dovrebbe porsi in un'ottica più strategica, con un obiettivo politico distinto: criticare sì, gli abusi del potere, (che in tal caso producono e amplificano meccanismi di dominazione tra i potenti e gli interessi dei potenti) ma al contempo, promuovere le pratiche di tutela dei diritti, unico strumento reale di limitazione e controllo sulla violenza.

In quest'analisi abbiamo cercato di aprire qualche spiraglio di azione, anche rispetto a tematiche controverse quali quelle connesse alla sovranità e all'esercizio del potere penale. In accordo con Koskeniemi, solo ripensando il potere come la risultante di processi di negoziazione sia materiali che dialogici, dando spazio ai processi di autodeterminazione promossi dal basso si possono limitare gli abusi e, forse, ostacolare i processi distruttivi che l'hanno storicamente accompagnato. Alla luce della nostra genealogia, dopo la decostruzione dei meccanismi sottesi alle dinamiche proprie del diritto internazionale bellico in primis e del diritto penale internazionale; a fronte delle separazioni teoriche operate tra sfera politica, sfera giuridica e sfera morale, ci troviamo ora a dover rispondere alla questione iniziale che aveva mosso questo studio. Quale ruolo per la criminologia critica sul piano del diritto penale internazionale? Come muoversi? Con quali strumenti e categorie di analisi? D'accordo con la tradizione critica richiamata all'inizio di questo saggio, questo compito dovrebbe essere quello di svolgere una funzione non solamente di denuncia (premessa necessaria e funzione principale di tutta la sociologia militante), ma anche di raccolta ed inclusione di tutte quelle buone pratiche (e buoni contenuti, e nuovi valori promossi dai movimenti) e fare sì che questi vengano accolti dalle istituzioni internazionali. Solo così si potrebbe tentare di uscire dalla dicotomia manichea "giustizialismo" *vs* "garantismo" che ha polarizzato gli studi condotti svuotandoli del ruolo migliore che dovrebbero occupare di fatto, i diritti intesi come traduzione costante di istanze politiche. Siamo consapevoli dei limiti e delle mistificazioni che lo strumento giuridico continua a ricoprire e non vogliamo in questa sede investirlo di piena fiducia, conscie del costante ruolo che questo svolge nei processi di disciplinamento sia nelle microfisiche, che come in questo caso della macrofisiche del potere. Tuttavia, riconosciamo che la necessità di confrontarsi con la verità del genocidio (S. Cohen, 2002), il bisogno di cessare la reiterazione delle violenze, unita alla domanda di giustizia sociale, siano così urgenti – in attesa di elaborazione di strumenti più adeguati e meno carichi di potere – da doverci affidare alla visione più ottimistica che attribuisce ancora ai diritti il ruolo di limitazione del potere e della sovranità. Mai come oggi

gli intellettuali si trovano a dover svolgere un ruolo che per lungo tempo è stato messo in secondo piano, ovvero sia riuscire a promuovere contenuti e valori o interessi minoritari che vengono sempre più sovente schiacciati dalle logiche economiche e di potere dominante. Senza scomodare in questa sede Gramsci, il ruolo degli intellettuali da lui proposto e il progetto di “fare egemonia” attraverso la promozione di buone pratiche nell’ambito accademico e non solo, si vorrebbe quantomeno promuovere un’ottica criticamente propositiva, verso il tentativo di mettere in discussione l’esercizio politico della violenza più brutale da parte di alcuni stati nei confronti di popolazioni tanto a livello nazionale quanto a livello internazionale, attendendo che altre forme di violenza sugli individui quali quelle economiche vengano riconosciute. Interrogarsi, studiare, essere critici può essere una prima forma di denuncia.

### Riferimenti bibliografici

- AAS FRANKO Katja (2007), *Globalization and Crime*, Sage, London.
- AA.VV. (2006), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano.
- AGOSTINO D’IPPONA (2011), *La città di Dio*, Mondadori, Milano.
- BACCELLI Luca (1999), *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell’universalismo*, Carocci, Roma.
- BALDWIN Simeon E. (1919), *The Proposed Trial of the Former Keiser*, in “The Yale Law Journal”, 29, 1, pp. 75-82.
- BALL Howard (1999), *Prosecuting War Crimes and Genocide: The Twentieth Century Experience*, University Press of Kansas, Lawrence (KS).
- BARAK Gregg (1990), *Crime, Criminology and Human Rights: Towards an Understanding of State Criminality*, in “The Journal of Human Justice”, 2, 1, pp. 11-28.
- BEETHAM David (1991), *The Legitimation of Power*, Humanities Press, Atlantic Highlands (NJ).
- BENHABIB Seyla (2006), *Cittadini globali*, il Mulino, Bologna.
- BOBBIO Norberto (1984), *Il problema della guerra e le vie della pace*, il Mulino, Bologna.
- BOBBIO Norberto (1990), *Le età dei diritti*, Einaudi, Torino.
- BOUCHER David (1998), *Political Theories of International Relations from Thucydides to the Present*, Oxford University Press, Oxford.
- BRICOLA Franco (1970), *Il costo del principio* Societas Delinquere non Potest nell’attuale dimensione del fenomeno societario, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, pp. 951-66.
- BULL Hedley (1966), *The Grotian Conception of International Society*, in HERBERT Butterfield, WIGHT Martin, a cura di, *Diplomatic Investigations. Essays in the Theory of International Politics*, Allen & Unwin, London, pp. 51-70.
- CAMPESI Giuseppe (2009), *Genealogia della pubblica sicurezza*, ombre corte, Verona.
- CASSESE Antonio (2004), *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari.

- CHAMBLISS William (1989), *State Organized Crime*, in "Criminology", 27, 2, pp. 183-208.
- CHRISTIE Nils (1986), *Suitable Enemies*, in BIANCHI Herman, VAN SWAANINGEN Rene, a cura di, *Abolitionism. Toward a Non-Repressive Approach to Crime*, Free University Press, Amsterdam, pp. 42-55.
- CICERONE Marco Tullio (1969), *De Legibus* (52 a.C.), Mondadori, Milano.
- CICERONE Marco Tullio (2008), *La repubblica* (129 a.C.), Rizzoli, Milano.
- COHEN Stanley (1996), *Crime and Politics Spot the Difference*, in "British Journal of Sociology", 47, 1, pp. 1-21.
- COHEN Stanley (2002), *Stati di negazione. La rimozione del dolore nella società contemporanea*, Carocci, Roma.
- COSTA Pietro, ZOLO Danilo (2003), *Lo stato di diritto*, Feltrinelli, Milano.
- DE BENOIST Alain (2004), *Oltre i diritti dell'uomo: per difendere le libertà*, Settimo Sigillo, Roma.
- DE FONTETTE François (1997), *Il processo di Norimberga*, Editori Riuniti, Roma.
- DE VATTEL Emmerich (2011), *The Law of Nations: Or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* (1797), Cambridge University Press, Cambridge.
- DE VITORIA Francisco (2005), *De iure belli* (1538), Laterza, Roma-Bari.
- DONELAN Michael (1983), *Grotius and the Image of War*, in "Millennium: Journal of International Studies", 12, 3, pp. 233-43.
- DWORKIN Ronald (1982), *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna.
- ELSHTAIN Jean B. (2003), *Just War against Terror. The Burden of American Power in a Violent War*, Basic Books, New York.
- FALK Richard (1985), *The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of International Legal Order*, in FALK Richard, KRATOCHWIL Friedrich, MENDLOVITZ Saul H., a cura di, *International Law: A Contemporary Perspective*, Westview Press, Boulder (CO)-London, pp. 116-42.
- FATIĆ Aleksandar (2000), *Reconciliation Via the War Crimes Tribunal?*, Ashgate, Aldershot (UK).
- FERRAJOLI Luigi (2001), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari.
- FOUCAULT Michel (1994), *Biopolitica e liberalismo*, Edizioni Medusa, Milano.
- FOUCAULT Michel (2004), *Sicurezza, Territorio, Popolazione. Corsi al College de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano.
- FRONZA Emanuela (2006), *Le sanzioni*, in AA.VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, pp. 325-72.
- GALLI Carlo (2004), *Guerra*, Laterza, Roma-Bari.
- GALLI Carlo (2007), *Diritto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna, pp. 45-60.
- GENTILI Alberico (2001), *Il diritto di guerra: De iure belli libri III* (1598), Giuffrè, Milano.
- GLUECK Sheldon (1944), *War Criminals their Prosecution and Punishment*, A. A. Knopf, New York.
- GLUECK Sheldon (1946), *The Nuremberg Trial and Aggressive War*, A. A. Knopf, New York.

- GOZZI Gustavo (2010), *Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*, il Mulino, Bologna.
- GREEN Penny, WARD Tony (2000), *State Crime, Human Rights and the Limits of Criminology*, in "Social Justice", 27, pp. 101-15.
- GREEN Penny, WARD Tony (2004), *State Crime: Government, Violence and Corruption*, Pluto Press, London.
- GREPPI Edoardo (2001), *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, UTET, Torino.
- GROZIO Ugo (2002), *Il dritto della guerra e della pace*, Centro Editoriale Toscano, Firenze.
- HABERMAS Jürgen (2008), *L'inclusione dell'altro*, Feltrinelli, Milano.
- HAGAN John, GREER Scott (2002), *Making War Criminal*, in "Criminology", 40, pp. 231-64.
- HAGAN John, LEVI Ron (2007), *Justiciability as Field Effect: When Sociology Meets Human Rights*, in "Sociological Forum", 22, 3, pp. 372-80.
- HAGAN John, RYMOND-RICHMOND Wenona (2008), *Darfur and the Crime of Genocide*, Cambridge University Press, Cambridge.
- HAGAN John, RYMOND-RICHMOND Wenona (2010), *Criminology Confronts Genocide: Who's Side Are You On?*, in "Theoretical Criminology", 13, 4, pp. 503-11.
- HANKEY Maurice (1950), *Politics, Trials and Errors*, Pen-in-Hand Publishing, Oxford.
- HOBSBAWM Eric (1994), *Il secolo breve*, Rizzoli, Milano.
- IGNATIEFF Michael (2001), *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano.
- ILLUMINATI Giulio, STORTONI Luigi, VIRGILIO Maria (2000), *Crimini Internazionali tra diritto e giustizia*, Giappichelli, Torino.
- JAMIESON Ruth (1998), *Towards a Criminology of War in Europe*, in RUGGIERO, Vincenzo, SOUTH Nigel, TAYLOR Ian, a cura di, *The New European Criminology*, Routledge, London, pp. 480-506.
- JOHNSTON James T. (1981), *Just War Tradition and the Restraint of War*, Princeton University Press, Princeton.
- KANT Immanuel (1991), *Per la pace perpetua* (1795), Feltrinelli, Milano.
- KAUZLARICH David, MATTHEWS Rick A., MILLER William J. (2001), *Towards a Victimology of State Crime*, in "Critical Criminology: An International Journal", 10, 3, pp. 173-94.
- KELSEN Hans (1990), *La pace attraverso il diritto* (1944), Giappichelli, Torino.
- KIRCHHEIMER Otto (1955), *Politics and Justice*, in "Social Research", xxii, pp. 377-98.
- KIRCHHEIMER Otto (2002), *Giustizia Politica* (1972), Liberilibri, Macerata.
- KISSINGER Henry A. (2001), *The Pitfalls of Universal Jurisdiction*, in "Foreign Affairs", 80, 4, pp. 86-96.
- KOSKENNIEMI Martti (2004), *International Law as Political Theology*, in "Law in Social Theory", 11, 4, pp. 492-511.
- KOSKENNIEMI Martti (2011), *What the Use of Sovereignty Today?*, in "Asian Journal of International Law", 1, pp. 61-70.

- KRAMER Ronald C., MICHALOWSKI Raymond J. (2005), *War, Aggression and State Crime. A Criminological Analysis of the Invasion and Occupation of Iraq*, in "The British Journal of Criminology", 45, pp. 446-69.
- LÉVINAS Emmanuel (1984), *Nomi propri*, Marietti, Casale Monferrato.
- LOLLINI Andrea (2011), *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa*, Berghahn Books, Oxford-New York.
- LUBAN David (1987), *The Legacies of Nuremberg*, in "Social Research", 54, 4, pp. 779-829.
- LUBAN David (1994), *Legal Modernism*, University of Michigan Press, Jackson (TN).
- LUHMANN Niklas (1977), *Sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- MACEDO Stephen, a cura di (2003), *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia (PA).
- MACKINNON Catherine (2012), *Le donne sono umane?*, il Saggiatore, Milano.
- MAIER-KATKIN Daniel, MEARS Daniel P., BERNARD Thomas J. (2009), *Towards a Criminology of Crimes against Humanity*, in "Theoretical Criminology", 13, 2, pp. 227-55.
- MATZA David (1976), *Come si diventa devianti*, il Mulino, Bologna.
- MICKLER David, MCMILLAN Nesam (2011), *Locating "Regime Change" in R2P and the ICC*, presentazione alla Australian Political Studies Association Conference, Old Parliament House, Canberra, 26-28 settembre.
- MORRISON Wayne (2006), *Criminology, Civilization and the New World Order*, Routledge, London.
- PAL Radhabinod (1955), *Crimes in International Relations*, Calcutta University Press, Calcutta.
- PAOLINI Fulvio (1956), *A dieci anni dal processo di Norimberga: la sua giustificazione*, Cappelli, Bologna.
- PARMENTIER Stephane, WEITEKAMP Elmar, a cura di (2007), *Crime and Human Rights*, Elsevier-JAI Press, Oxford-Amsterdam.
- PEARCE Frank (1976), *Crimes of the Powerful: Marxism, Crime and Deviance*, Pluto Press, London.
- PUFENDORF Samuel (1994), *On the Law of Nature and of Nations*, in CARR Craig, SEIDL Michael, a cura di, *The Political Writings of Samuel Pufendorf*, Oxford University Press, Oxford, pp. 95-268.
- RAWLS John (2008), *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano.
- ROBERTSON Geoffrey (2006), *Crimes against Humanity: the Struggle for Global Justice*, Penguin, London.
- ROTHER Dawn, MULLINS Christopher W. (2006), *Symbolic Gestures and the Generation of Global Social Control: The International Criminal Court*, Lexington Books, Plymouth.
- ROTHER Dawn, MULLINS Christopher W. (2008), *Blood, Power and Bedlam: Violations of International Criminal Law in Post Colonial Africa*, Peter Lang Publishing, New York.
- SALVESBERG Joachim (2010), *Crime and Human Rights: Criminology of Genocide and Atrocities*, Sage, London.

- SCHABAS William A. (2001), *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SCHMITT Carl (1972), *Le categorie del "politico"*, il Mulino, Bologna.
- SCHMITT Carl (1991), *Il nomos della terra* (1974), Adelphi, Milano.
- SCHMITT Carl (2005), *Völkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte*, in *Staat, Grossraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916-1969* (1939), a cura di Gunter Maschke, Duncker & Humblot, Berlino.
- SCHWEDINGER Herman, SCHWEDINGER Julia (1975), *Defenders of Order or Guardian of Human Rights?*, in TAYLOR Ian, WALTON Paul, YOUNG Jock, a cura di, *Critical Criminology*, Routledge, London, pp. 113-38.
- SCOTT Shirley V. (2004), *International Law in World Politics*, Lynne Rienner, Boulder (CO).
- SUTHERLAND Erwin H. (1940), *White Collar Criminality*, in "American Sociological Review", 5, pp. 1-12.
- TARANTINO Antonio, ROCCO Rita, a cura di (1988), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Giuffrè, Milano.
- TAYLOR Telford (1996), *Anatomia dei processi di Norimberga. I crimini del nazismo: l'accusatore racconta*, Rizzoli, Milano.
- TOMMASO D'AQUINO (1967), *Summa contra Gentiles* (1258-64), vol. 1, *Introductio*, Marietti, Torino.
- TUCK Richard (1999), *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford University Press, Oxford.
- VEDOVATO Giuseppe (1946), *Diritto Internazionale Bellico*, Sansoni, Firenze.
- WALZER Michael (2009), *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, Laterza, Roma-Bari.
- WEBER Max (1961), *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano.
- WEIL Simone (1988), *La pesanteur et la grâce*, trad. it. in *Quaderni*, III, Adelphi, Milano.
- WORLD SOCIAL FORUM (2005), *Reclaim Our United Nations*, Porto Alegre, in <http://idw.csfederalismo.it/index.php/reclaim-our-un>.
- ŽIŽEK Slavoj (2006), *Contro i diritti umani*, il Saggiatore, Milano.
- ZOLO Danilo (1995), *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano.
- ZOLO Danilo (2001), *Chi dice umanità*, Einaudi, Torino.
- ZOLO Danilo (2004), *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari.
- ZOLO Danilo (2006), *La giustizia dei vincitori da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari.