

LE NORME DELLO *JUS COGENS* E IL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE*

LARRY MAY

Nel diritto internazionale alcuni crimini danneggiano così chiaramente la comunità internazionale che devono essere puniti in tutte le società. Alcuni crimini sono ritenuti violare le norme dello *jus cogens*, norme che sono chiaramente note a tutti e considerate da tutti universalmente vincolanti¹. Una delle principali giustificazioni per la repressione dei crimini di guerra, dei crimini contro l'umanità o delle violazioni dei diritti umani è che essi violano le norme dello *jus cogens*, un concetto ancora poco noto al di fuori dello spazio rarefatto del diritto internazionale. Le norme dello *jus cogens*, letteralmente le norme ritenute vincolanti per tutta l'umanità, formano la più chiara

* Una versione di questo articolo fu presentata nell'ottobre del 2000 ad una conferenza su *Filosofia del diritto penale internazionale* presso la *Law School* della St. Louis University. Una versione più breve fu letta al convegno IVR su *Pluralismo e diritto*, tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza della Libera Università di Amsterdam nel giugno 2001. Sono grato ai partecipanti a queste conferenze, e specialmente ad Angelika Means, Leila Sadat, Tim Sellers e Chris Morris, così come a James Bohman, Jack Knight, Carl Wellman, Matthew Cashen e Peter Mutharika per gli utili commenti ad una precedente versione di questo lavoro. Questo articolo è tratto da un mio più ampio lavoro, intitolato *Humanitarian Crimes*, di prossima pubblicazione.

¹ Le norme dello *jus cogens* sono norme non-consensuali, universali, che riguardano ciò che è richiesto agli Stati nel diritto internazionale. Si veda, per un'eccellente discussione dello sviluppo storico del concetto di *jus cogens* nel diritto internazionale, J. Sztucki, *Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer Verlag, New York 1974.

base per identificare distintamente i crimini internazionali come violazione del diritto internazionale. Queste norme includono «i principi che sono riconosciuti dalle nazioni civili come vincolanti per gli Stati, anche in assenza» di un esplicito obbligo basato su una convenzione o un trattato². Le norme dello *jus cogens* sono tassative³ e generano obblighi *erga omnes*, obblighi che si estendono a tutti⁴. L'idea che vi siano norme di *jus cogens* è propria di questo secolo, ma le sue radici risalgono almeno fino al tempo di Grozio⁵, pur trovando fondamento in varie tradizioni filosofiche tra loro piuttosto diverse.

In questo articolo difenderò una concezione filosofica, che denominerò «positivismo giuridico moderato», in base alla quale il fondamento per la punizione di certi crimini del diritto penale internazionale è ravvisabile nel principio del danno internazionale. Argomberò contro la tendenza ad espandere l'ambito delle norme dello *jus cogens* fino ad includervi quasi tutte le violazioni dei diritti umani, una tendenza supportata dalla rinascita della teoria del diritto naturale. Se per un verso fornisco argomenti per refutare una simile espansione, per altro verso penso che le norme dello *jus cogens* dovrebbero essere la base principale per la giustificazione della repressione dei crimini internazionali. Intendo, così, elaborare un modo piuttosto nuovo di giustificare tali norme, attraverso il riferimento ad un principio del danno internazionale riferito al gruppo, principio che fonderà le norme

² M.C. Bassiouni, *Crimes against Humanity*, Kluwer Law International, The Hague 1999², p. 496, dove si cita il parere della Corte internazionale di giustizia concernente le riserve alla Convenzione sul genocidio.

³ Il dizionario giuridico Black definisce «peremptory» con: «imperativo; finale; decisivo; assoluto; conclusivo; positivo; che non ammette discussioni, indugi, riconsiderazione o alternativa. Auto-determinato; arbitrario; che non richiede di mostrare alcuna causa».

⁴ Per un'eccellente discussione di questi due concetti, si veda M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon Press, Oxford 1997. Si veda anche A. De Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes*, Kluwer Law International, The Hague 1996.

⁵ Grozio si riferisce spesso ad un principio analogo all'essere incorporato nella «legge di natura». Si veda U. Grozio, *Prolegomena to the Law of War and Peace*, § 9, trad. inglese a cura di F. Kelsey & Edward Dumbauld, Bobbs-Merrill Company Inc., Indianapolis (IN) 1957.

necessarie per giustificare la repressione internazionale nei casi di genocidio, *apartheid*, schiavitù, stupro di massa e tortura.

Nel primo paragrafo, fornirò una rassegna dei documenti più importanti sulle norme dello *jus cogens*, per vedere quale tipo di posizione teoretica sia necessaria per dare ad esse un sostegno. Nel secondo paragrafo considererò due pensatori del XX secolo, i quali forniscono una fondazione per le norme dello *jus cogens*, pur restando legati alla tradizione del positivismo giuridico. Delineerò, allora, le caratteristiche di una prospettiva qualificabile come forma di positivismo giuridico moderato, capace di offrire una fondazione alle norme dello *jus cogens*. Nel terzo paragrafo, presenterò la prospettiva del diritto naturale contemporanea sulle norme dello *jus cogens*, così come è stata energicamente affermata dal giudice Jackson nel processo di Norimberga. Passerò poi ad analizzare alcune serie sfide concettuali avanzate nei confronti di questa concezione dai teorici socialisti del Terzo Mondo. Considererò piuttosto dettagliatamente questo approccio anti-colonialista e me ne servirò per formulare alcuni avvertimenti intorno al modo in cui la nuova teoria del diritto naturale viene usata per sostenere le norme dello *jus cogens*. Nel quarto paragrafo fornirò una difesa del positivismo giuridico moderato; sosterrò una concezione delle norme dello *jus cogens* come norme in definitiva fondate sul principio del danno; sottolineerò l'importanza di garantire che la sicurezza delle persone non sia violata nella sfera internazionale.

1. LE NORME UNIVERSALI IN UN CONTESTO INTERNAZIONALE

In questo primo paragrafo, intendo offrire una rassegna delle recenti concezioni delle norme dello *jus cogens* nel diritto internazionale. Un punto di svolta nella concettualizzazione internazionale delle norme dello *jus cogens* si ebbe nel 1969 con la Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati. Fu là riconosciuto che il diritto degli Stati a non ottemperare ai contratti eccessivamente gravosi fosse un diritto generalmente non-consensuale, ossia non modificabile dal consenso degli Stati. Ciò fu stabilito nell'art. 53:

«Un trattato è nullo se al momento della sua conclusione esso confligge con una norma imperativa (*peremptory*) del diritto

internazionale generale. Ai fini della presente Convenzione, una norma imperativa del diritto internazionale è una norma accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale degli Stati nella sua totalità come una norma a cui non è assolutamente permesso derogare e che può essere modificata solo da una successiva norma del diritto internazionale generale avente lo stesso carattere»⁶.

La Convenzione di Vienna permette qui che gli Stati non rispettino quei trattati economici, da loro stessi correttamente sottoscritti, che violassero le norme fondamentali del diritto internazionale generale, senza attendere il consenso dell'altra parte.

Si noti, tuttavia, come qui si annidi un problema concettuale. Le norme imperative, chiamate norme di *jus cogens*, si basano esse stesse sull'accettazione e sul riconoscimento della comunità internazionale. Come vedremo, il «riconoscimento» è davvero la chiave delle norme dello *jus cogens*; ma l'«accettazione» introduce un elemento consensuale entro norme che concettualmente devono essere non-consensuali. Questo è uno dei principali problemi concettuali posti dall'idea di norme dello *jus cogens* e che ci spronerà nel nostro tentativo di fornire un approccio sistematico e coerente alla concettualizzazione di tali norme nel prossimo paragrafo.

Consideriamo, molto brevemente, il caso «Barcelona Traction»⁷. In questo caso, che risale al 1970, la Corte internazionale di giustizia riconobbe la questione centrale nelle dispute intorno alle norme dello *jus cogens*. Il caso riguardava la nazionalizzazione da parte della Spagna di una società canadese i cui azionisti erano principalmente di nazionalità belga. Si pose la questione se la Spagna avesse un obbligo di risarcimento verso i cittadini belgi. Per rispondere alla domanda, la Corte dapprima sottolineò che «quando uno Stato ammette investimenti stranieri sul proprio territorio [...] esso assume anche obblighi

⁶ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, 23 maggio 1969, art. 53.

⁷ Caso *Barcelona Traction, Light and Power Co., Limited, Second Phase*, Belgium v. Spain, 1970 I.C.J. 3, 1070 WL 1.

concernenti il trattamento da riservare ad essi»⁸. L'ovvia questione era però a questo punto: che tipo di obblighi ha lo Stato?

Nel caso «Barcelona Traction», la Corte internazionale di giustizia distingueva due tipi di obblighi. Il primo tipo riguardava «gli obblighi di uno Stato verso la comunità internazionale», mentre il secondo tipo includeva «quelli riguardanti *vis-a-vis* un altro Stato nel campo della protezione diplomatica»⁹. Si riteneva che le richieste dei cittadini belgi, espresse dal governo belga, fossero del secondo tipo e che fossero basate su quanto deciso nell'accordo tra i rispettivi Stati, il Belgio e la Spagna. Poiché non esisteva un trattato in materia tra i due Stati, il Belgio non disponeva di una base giuridica per sostenere la propria richiesta di risarcimento. I cittadini belgi non potevano chiedere nulla al governo spagnolo perché non esisteva alcun accordo diplomatico tra le parti.

Gli obblighi del primo tipo, quelli che si riteneva non si applicassero ai cittadini belgi, erano chiamati «obblighi *erga omnes*». Secondo la Corte,

«tali obblighi derivano, per esempio, nel diritto internazionale contemporaneo, dal dichiarare illeciti gli atti di aggressione, gli atti di genocidio, nonché dai principi e dalle norme concernenti i diritti fondamentali delle persone, incluse la protezione dalla schiavitù e dalla discriminazione razziale. Alcuni dei diritti di protezione corrispondenti sono entrati nel corpo del diritto internazionale generale [...] altri sono conferiti da strumenti internazionali di carattere universale o quasi-universale»¹⁰.

Si noti che questi obblighi non sono descritti come basati sul consenso delle parti. Tali obblighi, che in termini ancora imprecisi corrispondono alle norme dello *jus cogens* di cui si è parlato sopra, sono piuttosto basati su principi del diritto universale generale o su altre fonti di carattere universale o quasi-universale.

⁸ *Ivi*, § 33.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ivi*, § 34

La sentenza del caso «Barcelona Traction» individua due tipi di norme generali: (a) quelle che sono parte del diritto internazionale generale e (b) quelle che sono state accettate da tutte o da quasi tutte le persone nella comunità mondiale. Queste norme universali costituivano una base, cui il Belgio poteva fare appello, decisamente differente da quella delle norme basate sugli espliciti accordi contenuti in un trattato. Se esistono delle norme ulteriori rispetto alle norme contrattuali, tali norme erano ritenute essere universali quanto alla loro portata. Le norme che specificano obblighi *erga omnes*, o che formano lo *jus cogens*, erano quelle che più chiaramente ed incontrovertibilmente potevano considerarsi universali e quelle cui si poteva fare appello in questa disputa tra due stati sovrani.

Al fine di giustificare certi tipi di obblighi degli stati o di entità diverse dagli stati a proposito di investimenti stranieri, la Corte internazionale di giustizia nel caso «Barcelona Traction» fece ricorso ad una base non-consensuale costituita da norme giuridiche internazionali. La corte implicitamente riconosceva le serie difficoltà concettuali derivanti dal ritenere che tali obblighi fossero un mero fatto di consenso e tuttavia riguardassero tutti gli Stati. Come è possibile, infatti, stabilire che uno Stato è vincolato se quello stesso Stato può eliminare tale obbligo negando il proprio consenso? Sfortunatamente, quanto citato immediatamente sopra è tutto ciò che la corte dice a proposito di tali norme, lasciandoci nella necessità di una giustificazione per gli obblighi universali in cui gli Stati incorrono, ma non a seguito di un trattato o di altre forme di accordo, e dai quali non possono sollevarsi attraverso simili strumenti di espressione del consenso.

Due risposte sono state offerte nel diritto internazionale al problema che ho posto. La prima risposta, di cui non mi occuperò in questo articolo, è storica: le norme universali del diritto internazionale derivano, attraverso qualche processo magico, dalle risalenti tradizioni e dai costumi degli Stati. La seconda risposta è concettuale: si deve individuare una base filosofica che giustifichi in qualche modo quelle norme universali. Nelle pagine seguenti tenterò precisamente di elaborare questa base. Un fondamento concettuale per le norme dello *jus cogens*, del tipo fornito nei paragrafi successivi di questo articolo, è proprio ciò di cui necessitano le Nazioni Unite e la Corte internazionale di giustizia, così come l'emergente Tribunale Penale Internazionale.

Maurizio Ragazzi afferma l'esistenza di norme di diritto internazionale consuetudinario che vincolano gli stati «indipendentemente dal consenso dello stato ad essere vincolato»¹¹. Ragazzi sostiene che questo principio è ampiamente accolto fra gli studiosi di diritto internazionale. Certo, il fatto che sia una tesi ampiamente condivisa non ci dice ancora che sia plausibile. Se gli Stati possono sottrarsi agli obblighi internazionali connessi alle norme dello *jus cogens*, allora una materia importante come quella rappresentata dai diritti umani riconosciuti sul piano internazionale non può essere tutelata contro le azioni degli Stati criminali, che affermano di non riconoscere la legittimità di un determinato diritto umano¹². Ma se non è richiesto agli Stati di esprimere il consenso, allora è difficile vedere come le norme in questione possano nascere da ciò che è consuetudinario o convenzionale. Forse, però, quel che Ragazzi intende affermare è che parte del c.d. diritto internazionale consuetudinario non è fondato sul consenso degli Stati. Che siano concettualizzate come parte non-consensuale del diritto internazionale consuetudinario o invece come parte dei principi generali del diritto internazionale, è chiaro che le norme dello *jus cogens* non possono essere consensuali, o perderebbero qualsiasi legittima pretesa di universalità e inviolabilità.

Quello di cui v'è bisogno è una base filosofica che ci permetta di comprendere perché gli Stati dovrebbero riconoscere una data consuetudine come un obbligo inderogabile. La risposta è che tale riconoscimento eviterebbe che lo Stato minasse la sua stessa legittimazione ledendo la sicurezza dei propri cittadini. Tenterò di fornire un sostegno per legittimare le norme dello *jus cogens*, indicando chiaramente come il sentimento di obbedienza al diritto avvertito dai cittadini sia esso stesso basato sull'aspettativa che lo stato non arrecherà danno ai suoi cittadini. La sicurezza che questa aspettativa sarà realizzata è ciò su cui si basa la fedeltà al diritto necessaria affinché cittadini e Stato interagiscano cooperativamente in vista del bene comune.

¹¹ Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, cit., p. 60.

¹² Si veda *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980) per una discussione di ciò che accadrebbe se la proibizione della tortura fosse considerata una norma consensuale.

2. IL POSITIVISMO GIURIDICO CONTEMPORANEO

I giuspositivisti contemporanei, in generale, non hanno accettato la legittimità della norme giuridiche internazionali, fatta eccezione per le norme dello *jus cogens*. John Austin affermò che il diritto è semplicemente ciò che il sovrano ha comandato che sia diritto e che, dove non v'è sovrano, non vi sono norme giuridicamente vincolanti¹³. Poiché non v'è alcun sovrano internazionale, non vi sono neppure norme internazionali giuridicamente vincolanti. Le norme universali o le norme dello *jus cogens* sarebbero, al più, norme morali prive di legittimità giuridica. Un altro giuspositivista a noi più vicino nel tempo, H.L.A. Hart, accolse l'idea di un «contenuto minimo del diritto naturale», fondante sia le norme morali che le norme giuridiche in ogni società e che potrebbe aver dato origine alle norme giuridiche internazionali¹⁴.

Secondo Hart, alcuni positivisti giuridici «inclusi Hobbes e Hume, sono stati disposti ad abbassare i loro sguardi: essi hanno visto nel modesto obiettivo della sopravvivenza l'elemento indiscutibilmente centrale, in grado di dotare di empirico buon senso la terminologia del diritto naturale»¹⁵. Il proposito minimale della sopravvivenza è ciò che unisce le persone per formare la società. «In assenza di questo contenuto (minimo), gli uomini, per come sono, non avrebbero alcuna ragione di obbedire volontariamente ad alcuna norma»¹⁶. In questa ricostruzione, il bisogno umano di sopravvivenza ed il corrispondente desiderio di sicurezza, sono fatti che forniscono una base naturale, e forse un limite, sia per le norme giuridiche che per quelle morali. Le regole che Hart cerca di derivare da questo contenuto minimo includono il divieto di uccidere e di attacco corporale, l'imposizione di un sistema di mutua tolleranza e di rispetto per la proprietà.

¹³ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Cambridge University Press, Cambridge 1995, Lecture I, trad. it. *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, il Mulino, Bologna 1995.

¹⁴ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, London 1991², p. 189.

¹⁵ *Ivi*, p. 187.

¹⁶ *Ivi*, p. 189.

Per Hart, i cittadini devono poter vedere lo Stato come il soggetto che fornisce loro un minimo di sicurezza dagli attacchi esterni e da possibili abusi da parte dello Stato stesso, in modo tale che quest'ultimo possa a sua volta chiedere ai propri cittadini l'obbedienza alle sue leggi. L'obbedienza è dovuta come parte di un quasi-contratto: lo Stato accetta di proteggere i cittadini in cambio della loro lealtà verso il diritto. L'accordo tra i cittadini fornisce inoltre un supporto per una norma fondamentale, la norma di riconoscimento, che consente di stabilire quali sono i principi fondamentali di un dato sistema giuridico.

Hart fornisce un buon ponte fra la teoria del diritto naturale tradizionale e il positivismo giuridico tradizionale. Egli esplicitamente parlava di un contenuto minimo del diritto naturale sul quale potevano essere fondate le norme giuridiche. Pertanto, a differenza dei positivisti che lo precedettero, Hart era disposto ad inserire concetti di diritto naturale entro la sua teoria positivista. Inoltre, Hart si sforzò di argomentare, contro gli altri giuspositivisti, che la regolarità di comportamento non indica l'esistenza di un sistema giuridico. Deve esistere un sistema di regole che incorpori sia le norme primarie che le norme secondarie. I meri comandi, anche se regolarmente obbediti, non mostrano l'esistenza di un sistema giuridico. Le norme primarie, come per esempio il divieto di uccidere, possono essere leggi, ma finché non sono unite a norme secondarie che specifichino il modo con cui debbono essere interpretate, il modo con cui ad esse possono venire aggiunte altre norme ed il modo in cui possono essere cambiate, non esiste alcun sistema giuridico.

Non importa che Hart ritenesse che il diritto internazionale mancasse di una norma fondamentale che consentisse di determinare i principi giuridici secondari. Hart sosteneva che il diritto internazionale differisse dal diritto interno e vedeva il diritto internazionale come un insieme di norme che non formavano un sistema unitario¹⁷. Non potremmo rispondere alle domande riguardanti la fonte ultima della legittimità di un principio giuridico internazionale o qualche altra norma secondaria che regola l'interpretazione, il cambiamento delle, o l'aggiunta alle, norme primarie. Nondimeno, Hart affermò che ciò non

¹⁷ *Ivi*, pp. 228-230.

significa che «vi sia qualche questione, concernente le norme [internazionali] o la loro forza vincolante, lasciata inesplorata [...] Le norme [sono] vincolanti se sono accettate e se funzionano come tali»¹⁸.

Per Hart, le norme giuridiche internazionali potrebbero non assomigliare alle norme giuridiche interne, anche se la forza vincolante delle prime è in genere fuori discussione. Quando fu sollevato il problema di cosa fossero le norme del diritto internazionale non poterono essere date delle risposte definitive se non facendo riferimento a quanto stabilito consensualmente dagli Stati. Hart riconobbe che il diritto internazionale stava cambiando e che avrebbe potuto un giorno costituire un sistema giuridico, alla stregua degli ordinamenti giuridici statali, ma che, al momento, le norme del diritto internazionale ricevevano la loro natura dall'accettazione da parte degli Stati, non da norme ulteriori. È possibile che per Hart la carta della Corte internazionale di giustizia, una volta ratificata e adottata, avrebbe fornito quel tipo di accordo multilaterale in grado di offrire una norma di riconoscimento valida per il diritto penale internazionale. Ma Hart non accettò l'idea di una base morale universale per le norme giuridiche internazionali.

Dovremmo notare due analogie tra la caratterizzazione hartiana delle norme giuridiche internazionali e la discussione contemporanea sulle norme dello *jus cogens*. Per prima cosa, anche la definizione offerta dalla Convenzione di Vienna parlava di «accettazione» come componente chiave delle norme dello *jus cogens*. In secondo luogo, la conclusione di Hart secondo la quale non esiste una «norma di riconoscimento» internazionale contribuisce a spiegare perché tanti teorici contemporanei siano in disaccordo sulla sostanza delle norme dello *jus cogens* nel diritto internazionale. Di più, Ragazzi afferma che la mancanza di accordo sul «preciso contenuto delle norme dello *jus cogens*» è sia condannabile che dannosa, perché è questa incertezza a fornire agli «Stati un pretesto per sottrarsi ai propri impegni sul piano internazionale»¹⁹. Forse proprio a causa di questa incertezza, non ci si aspetterebbe che i positivisti giuridici contemporanei impiegassero il concetto di *jus cogens*.

¹⁸ *Ivi*, p. 230.

¹⁹ Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, cit., p. 48.

È perciò sorprendente che una delle più influenti ricostruzioni delle norme dello *jus cogens* nel diritto internazionale sia stata fornita sessanta anni fa da Alfred von Verdross, che si considerava un positivista giuridico. Verdross accolse il concetto di «minimo etico» incorporato nelle norme dello *jus cogens* e distinse due gruppi di norme di *jus cogens*: (1) le norme «singole, cogenti, del diritto internazionale consuetudinario», come per esempio quella secondo cui uno Stato può occupare ed anettere territori configurabili come terra nullius²⁰; e (2) le norme *contra bona mores*, ossia le norme contrarie alla «morale di una data comunità». A proposito della seconda categoria, Verdross affermava che esiste un minimo etico per tutte le comunità, precisamente consistente nel mantenimento del diritto e dell'ordine all'interno dello Stato, nella difesa contro attacchi esterni, nella cura del benessere fisico e spirituale dei cittadini in patria e nella protezione dei propri cittadini all'estero²¹. Verdross forniva un'idea chiave per il tentativo di rendere plausibile la nozione di norme dello *jus cogens*, ossia l'idea che, nel loro nucleo essenziale, esse fornissero un minimo etico per tutte le comunità.

L'elenco di Verdross di ciò che è incluso nel minimo etico è molto simile all'elenco di ciò che Hart includeva nel contenuto minimo del diritto naturale. Entrambi gli elenchi risultano basati sull'idea che la sicurezza sia il bene principale che gli individui si attendono dal sistema giuridico. Verdross, a differenza di Hart, definì questo minimo etico valido per ogni sistema giuridico e lo riteneva applicabile sia al diritto interno che al diritto internazionale²². Il contenuto etico minimo del diritto spiega l'obbedienza al diritto ed agli obblighi ritenuti

²⁰ La *terra nullius* è la terra che non è stata precedentemente occupata da un altro Stato o sulla quale nessun altro Stato avanza pretese.

²¹ A. Von Verdross, *Forbidden Treaties in International Law*, in «American Journal of International Law», 31 (1937), p. 571.

²² Hart non chiarisce se vi sia una base naturale comune per le norme che sono sia giuridiche che morali o se le norme naturali siano esse stesse, almeno in un senso rudimentale, morali. Si veda H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon press, Oxford 1983, pp. 79-81. Per le interpretazioni di Hart su questo punto, si veda anche N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, Stanford University Press, Stanford 1981 e M.D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1992, pp. 117-122.

correlati all'appartenenza ad una società politica. L'idea portante, tanto per Hart quanto per Verdross, era che il comportamento degli Stati non dovesse mettere a repentaglio la sicurezza dei loro cittadini. Anzi, se uno Stato non poteva garantire tale sicurezza, non poteva neppure pretendere obbedienza dai propri cittadini. Verdross estese questa idea alla sfera internazionale. Finché uno Stato non protegge i propri cittadini, riconoscimento e rispetto internazionali non gli sono dovuti.

La mia prospettiva costituisce una variante del positivismo giuridico moderato ed abbraccia un concetto minimale di diritto naturale, inserendolo in un modello giuridico positivistico. Contrariamente al giuspositivismo in senso stretto, il positivismo giuridico moderato afferma l'esistenza di norme fondamentali che formano un sistema di tolleranza reciproca²³, basato sul naturale desiderio umano di sicurezza che ogni società dovrebbe includere nel diritto. Un giuspositivista moderato vede le norme dello *jus cogens* come norme che forniscono protezione nei casi in cui uno Stato metta a repentaglio la sicurezza dei suoi cittadini o, in altri termini, infligga seri danni ad essi. Il rispetto che è dovuto ad uno Stato dalla «società internazionale» viene meno se esso permette il maltrattamento di un intero segmento della sua società. Questa fu l'idea guida che portò alla Convenzione contro il genocidio dopo la Seconda Guerra Mondiale, così come al consenso internazionale che condannò l'apartheid. Anche lo stupro di massa ad opera dello Stato è una violazione della promessa che ogni Stato implicitamente fa ai propri cittadini, in cambio della loro promessa di obbedienza alle leggi.

I giuspositivisti moderati sostengono la concezione secondo cui quando gli Stati agiscono in modo da minacciare la sicurezza dei loro cittadini, il minimo etico o naturale del comportamento accettabile da parte degli Stati²⁴ viene violato e i tribunali internazionali possono legittimamente intervenire. Benché questa sia un'implicazione della tesi del giuspositivista moderato, essa non fu esplicitamente accolta né da Hart né da Verdross. Piuttosto, Hart negò che esistessero allora

²³ Hart, *The Concept of Law*, cit., pp. 190-191.

²⁴ Oppure, secondo alcune interpretazioni della prospettiva di Hart, il contenuto minimo naturale sia del diritto che della moralità.

simili norme internazionali, benché — come è noto — affermasse che «se esistono diritti morali, esisterà almeno un diritto naturale, l'eguale diritto di tutti gli uomini ad essere liberi»²⁵. Vedross, da parte sua, avvertì che le principali implicazioni di questa prospettiva riguardavano l'invalidazione dei trattati piuttosto che il diretto intervento dei tribunali penali internazionali negli affari di uno Stato sovrano.

3. LA TEORIA CONTEMPORANEA DEL DIRITTO NATURALE E I SUOI CRITICI

La riluttanza dei giuspositivisti a fornire un insieme di norme penali internazionali fondamentali che potessero conclusivamente imporre l'intervento giuridico internazionale, come la punizione dei criminali di guerra nazisti, portò molti teorici a voltarsi indietro, per guardare alla tradizione del diritto naturale²⁶. Il giudice Robert H. Jackson, il principale Pubblico Ministero nei processi di Norimberga, disse di considerarsi un rappresentante di tutta l'umanità poiché cercava di punire quei *leader* nazisti che avevano perpetrato «atrocità e persecuzioni per motivi razziali o religiosi»²⁷. Jackson sostenne che la

²⁵ H.L.A. Hart, *Are There Any Natural Rights?*, in A. Quinton (ed.), *Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 1967, p. 53.

²⁶ Il dibattito sulla giustificazione della punizione di individui per crimini internazionali comincia dopo la Prima Guerra Mondiale. A differenza delle discussioni più recenti erano i delegati americani alla Conferenza di pace preliminare del 1919 ad essere scettici intorno all'idea di norme universali o di leggi dell'umanità. Essi rilasciarono una dichiarazione in base alla quale il concetto di leggi dell'umanità «non è punibile da parte di una corte di giustizia» poiché esso comportava semplicemente una questione di «diritto morale» e dunque mancava di un «criterio stabile e universale» di identificazione (Commissione per la responsabilità degli autori della guerra e l'esecuzione delle pene, *Report presented to the preliminary Peace Conference*, March 29, 1919, ristampato in «*American Journal of International Law*», 14 (1929), p. 115). Gli Stati Uniti non espressero più queste obiezioni, benché fossero le medesime obiezioni che trattennero gli Stati Uniti dal firmare nel 1998 il Trattato di Roma istitutivo del Tribunale Penale internazionale permanente. Si veda P. Hwong, *Defining Crimes Against Humanity*, in «*Fordham International Law Journal*», 22 (1998), p. 457.

²⁷ Relazione di R.H. Jackson, *United States Representative to the International Conference on Military Trials*, 50 (1945).

«clausola Martens» della Convenzione di Le Hague del 1907 forniva due fonti, correlate, di diritto internazionale, da cui poteva essere derivata una nozione di crimine internazionale. Gli interventi internazionali sono giustificati dal riferimento ai «principi del diritto delle nazioni, come essi risultano dagli usi stabiliti tra i popoli civili, [1] dalle leggi dell'umanità e [2] dai dettami della pubblica coscienza»²⁸.

Secondo questa prospettiva, vi sono principi di diritto naturale che sono in qualche modo custoditi nella pubblica coscienza. Ciò che offende la pubblica coscienza nei crimini internazionali è il fatto che degli esseri umani siano trattati in modi che nessun essere umano dovrebbe subire e, più precisamente, che ciò sia fatto arbitrariamente. La sofferenza arbitraria è, qui, nella prospettiva del diritto naturale, considerata ingiusta, poiché viola i più fondamentali *standard* che regolano il modo in cui gli esseri umani dovrebbero trattarsi l'un l'altro ed il modo in cui gli esseri umani fanno, alla luce della ragione, di doversi comportare. Gli esseri umani dovrebbero trattarsi reciprocamente con un livello minimo di civiltà, sulla base dell'idea che la persona umana è dotata di un nucleo di valore intrinseco che deve sempre essere rispettato. Secondo questa concezione, un atto di tortura vittimizza l'intera umanità proprio come l'individuo direttamente oggetto della tortura, per la mancanza di rispetto che tale pratica dimostra nei confronti del valore intrinseco della persona.

Jerzy Sztucki ha chiaramente indicato perché la teoria del diritto naturale ha recentemente riscosso un nuovo successo. Egli afferma che

«l'unica differenza tra una dottrina religiosa e il concetto [consensuale] di *jus cogens* nel diritto internazionale è ... [che] una dottrina religiosa non perde la sua *ratio existendi* per il fatto di essere seguita solo da poche persone, mentre il concetto di *norme cogenti* del diritto internazionale è destituita di senso

²⁸ Convention (n. 4) Respecting the Laws and Customs of War on Land, with annex of Regulations, 18 ottobre 1907, Preambolo, 36 Stat. 2277, T.S. n. 539, 1 Bevans 631.

se il loro contenuto non è universalmente (o quasi) condiviso»²⁹.

Se le pratiche dello Stato che implicano la tortura devono considerarsi una violazione delle norme dello *jus cogens*, pare che queste ultime non possano essere basate sul consenso degli Stati in questione, dato che così tanti Stati hanno praticato la tortura nel corso degli anni³⁰. Inoltre, per superare seri problemi concernenti la sanzione *ex post facto*, le norme devono essere conoscibili e vincolanti prima di essere articolate dai tribunali internazionali che mirano a punire quei crimini. Pertanto, vi sono forti ragioni concettuali per difendere l'idea secondo cui le norme dello *jus cogens* sarebbero radicate nel diritto naturale, al fine di giustificare la sanzione dei crimini internazionali.

Il tentativo di spiegare le norme universali che sarebbero violate dai crimini internazionali secondo un approccio orientato al diritto naturale pone, tuttavia, significativi problemi concettuali. Di cruciale importanza è l'idea di un onere della prova concettuale che manca nella teoria tradizionale del diritto naturale, ma che è centrale per il liberalismo politico. Nella teoria tradizionale del diritto naturale, la deviazione dall'ordine naturale richiede una giustificazione e l'onere della prova spetta a quanti vorrebbero negare l'oltrepassamento dell'ordine naturale. Nel liberalismo politico, l'onere della prova spetta a coloro che vorrebbero violare i principi di eguaglianza e libertà, nessuno dei quali deriva il proprio valore dalla natura. Anzi, l'ordine naturale è spesso associato al modo in cui le cose sono tradizionalmente state fatte nel passato. Il caso più difficile per i teorici del diritto naturale è stato quello della schiavitù, che fu ritenuta fondarsi su una naturale divisione delle razze. L'eguaglianza sembra non essere un possibile obiettivo per una teoria che elegge l'iniquo ordine della natura come sua guida. Tradizionalmente, i teorici del diritto naturale hanno sostenuto tali discriminazioni nei confronti degli

²⁹ Sztucki, *Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, cit., p. 62.

³⁰ Cfr. *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), dove il giudice Irving Kaufman afferma che, malgrado il diritto a non essere torturati sia spesso violato, nondimeno tutti i governi affermano la validità di tale diritto.

esseri umani a causa di una particolare costruzione religiosa del diritto naturale.

Certo, è concettualmente possibile una teoria del diritto naturale che non sia vincolata ad una tradizione religiosa o a valori religiosi. M. Cherif Bassioni distingue tra teorici del diritto naturale deisti e non deisti. Nel secondo gruppo colloca Platone, Aristotele e Cicerone³¹. Parker e Neylon distinguono tre tipi di teorie del diritto naturale: «religiose, secolari o filosofiche»³². Molti teorici del diritto contemporanei ritengono che la teoria moderna dei diritti umani discenda dalla teoria del diritto naturale³³. Ma questo mi sembra errato, almeno con riferimento ai diritti umani alla libertà ed all'eguaglianza. Forse è così solo perché molte tradizioni religiose sono anti-egualitarie o hanno in passato abbracciato, e spesso continuano ad abbracciare, l'uso della violenza al fine di proteggere ciò che era ritenuto una verità religiosa³⁴.

Inizialmente, i nuovi teorici del diritto naturale erano ispirati dal bisogno di fornire un quadro giuridico internazionale che condannasse l'orrenda immoralità del genocidio. Più recentemente, essi cercarono di qualificare l'*apartheid* come una violazione di norme morali tanto fondamentali da essere anche delle norme giuridiche. E quando i delegati si incontrarono nel 1998 per formare la Corte Penale Internazionale essi erano mossi dagli atti orribili degli episodi di pulizia etnica nei Balcani e in Ruanda³⁵. In tutti questi casi, si ritenne che le

³¹ M.C. Bassioni, *Crimes against Humanity*, Kluwer Law International, The Hague 1992, p. 58.

³² K. Parker-Lyn Beth Neylon, *Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights*, in «Hastings International Law and Comparative Law Review», 12 (1989), p. 419.

³³ Ragazzi (*op. cit.*, p. 50) sottolinea che nella Conferenza di Vienna sul diritto dei trattati «i rappresentanti della Santa Sede suggerirono che un principio di interpretazione quale quello della priorità dei diritti umani conferirebbe al concetto di *jus cogens* un valore più concreto». Così anche la Chiesa Cattolica, l'iniziatrice di ciò che noi oggi consideriamo la teoria tradizionale del diritto naturale, abbracciò questa idea groziana.

³⁴ Si veda A.A. An-Na'im, *Islam, Islamic Law, and the Dilemma of Cultural Legitimacy for Universal Human Rights*, in L. May, S. Collins-Chobania, K. Wong (eds.), *Applied Ethics*, Prentice Hall, Englewood Cliffs (NJ) 1998².

³⁵ L. May, *Crimes Against Humanity*, presentato presso gli «American Philosophical Association's Eastern Division Meetings», Boston 1999.

«leggi dell'umanità e i dettami della coscienza pubblica» fossero stati così pesantemente offesi da rendere necessaria l'istituzione di un tribunale internazionale legittimato ad intervenire. La spiegazione delle norme dello *jus cogens* fornita dai teorici del diritto naturale fu pertanto in grado di fornire un supporto teoretico per ciò che i positivisti giuridici moderati non seppero spiegare, precisamente un tribunale internazionale per la punizione dei crimini contro l'umanità.

I principi del diritto naturale, tuttavia, appaiono, in modo sospetto, simili ai principi di una concezione specificatamente occidentale dell'etica e dell'ideologia politica. Essi si concentrarono sull'attacco ai diritti civili e politici degli individui piuttosto che sui diritti economici e sociali, non riuscendo a vedere che la violazione di entrambe queste tipologie di diritti poteva comportare una negazione della sicurezza. Per questa ed altre ragioni, i teorici socialisti del Terzo Mondo furono, e restano, scettici sul resoconto delle norme di *jus cogens* offerto dai teorici contemporanei del diritto naturale. Dalle prime negoziazioni fra i poteri Alleati fino al processo di Norimberga sulla natura dei crimini contro l'umanità, i sovietici insistettero nel legare i crimini contro l'umanità ai casi in cui venisse «intrapresa una guerra di aggressione più che alla violazione dei diritti umani»³⁶.

Grigory I Tunkin è il teorico del diritto sovietico che ha forse maggiormente sviluppato una concezione delle norme dello *jus cogens*. Tunkin procede dall'assunto secondo cui «il diritto internazionale contemporaneo è, nella sua essenza, anti-colonialista. È un diritto ispirato all'eguaglianza, all'auto-determinazione ed alla libertà dei popoli»³⁷. La creazione di norme è una questione di lotta tra classi economiche. Secondo questo modello, «non v'è altro mezzo di creare norme giuridiche che siano vincolanti per questi Stati diverso dalla coordinazione delle volontà sul contenuto di tali norme e del loro riconoscimento come giuridicamente vincolanti»³⁸.

³⁶ Cfr., per un valido resoconto del disaccordo sovietico con francesi ed americani su questo punto, M. Lippman, *Crimes Against Humanity*, in «Boston College Third World Law Journal», 17 (1997), p. 187.

³⁷ G.I. Tunkin, *The Contemporary Soviet Theory of International Law*, in «Current Legal Problems», 1978, p. 185.

³⁸ *Ivi*, p. 181.

Muovendo da una base consensuale, la prospettiva anti-colonialista è disposta ad assegnare alle norme dello *jus cogens* uno speciale *status*, ma più limitato di quello spesso ad esse associate: «un accordo che produce un principio di *jus cogens* differisce nel suo contenuto da accordi che creano norme “ordinarie” del diritto internazionale generale»³⁹. Tunkin e altri negano però che le norme dello *jus cogens* abbiano un peso morale indipendente⁴⁰. Piuttosto, è lo speciale accordo su queste norme fondamentali a conferire loro un peso. Per questa ragione, le norme dello *jus cogens* sono massimamente chiare quando applicabili a questioni regionali o locali. Se non v'è un'autorità morale più alta di queste norme, le norme dello *jus cogens* non possono «proibire, nei vari contesti sociali, la determinazione di norme locali da esse divergenti»⁴¹.

È certo corretto pensare che le norme dello *jus cogens* debbano essere applicate con riferimento alle differenze del contesto e della circostanza. Tali norme necessitano di essere applicate a particolari situazioni culturali ed adattate a queste ultime. È corretto anche pensare che le norme dello *jus cogens*, come principi generali del diritto internazionale, possono essere facilmente connesse a principi anti-colonialisti. Ma questi elementi delle norme dello *jus cogens* mal si adattano ad una fondazione puramente consensuale. Anche all'interno di una data regione, queste norme non saranno cogenti se potranno essere cambiate dal consenso degli Stati o delle entità regionali coinvolte. Limitatamente a questo punto, la teoria del diritto naturale è di gran lunga superiore alla teoria anti-colonialista.

La prospettiva anti-colonialista ci fornisce una parziale concettualizzazione delle norme dello *jus cogens* piuttosto differente e ricca, una concettualizzazione che riflette quella difesa da vari Paesi che compongono attualmente il Terzo Mondo. Molti di questi Stati temono che gli Stati Uniti possano cercare di imporre la propria nozione delle norme dello *jus cogens* sul resto del mondo⁴². Questo stesso

³⁹ G.I. Tunkin, *Jus Cogens in Contemporary International Law*, in «Toledo Law Review», 1971, p. 115.

⁴⁰ *Ivi*, p. 117.

⁴¹ *Ivi*, p. 118.

⁴² *Ivi*, p. 113.

timore alimentò anche l'insistenza di Tunkin sull'idea che non si possa passare da una concezione specificatamente occidentale delle norme morali alle norme giuridiche internazionali. Ritengo che si tratti di un monito assai fondato per quanti di noi sono inclini a sostenere la teoria del diritto naturale o anche il positivismo giuridico moderato.

La spiegazione anti-colonialista delle norme dello *jus cogens* non può rimanere radicata in una fondazione puramente consensuale. Tunkin sembra riconoscere proprio questo quando ammette che le norme dello *jus cogens* non sono simili a normali norme consensuali del diritto internazionale. Come norme generali del diritto internazionale, le norme dello *jus cogens* sono esse stesse fondazionali, ed ogni società che rifiuti di riconoscerle rischia di introdurre un'incoerenza concettuale nel proprio sistema giuridico. Emerge così il problema di stabilire che cosa distingue le norme dello *jus cogens* dalle norme *standard* e consensuali nel diritto internazionale. Almeno una parte della risposta è che, in una specifica regione, esse sono considerate cogenti. La questione successiva è perché certe norme, anche se limitatamente ai confini di una data regione, sarebbero considerate vincolanti indipendentemente dal consenso degli Stati?

La risposta fornita dalla prospettiva anti-colonialista fa riferimento alla comune comprensione regionale dell'evidente giustezza di queste norme. Questa prospettiva fornisce, così, una spiegazione delle norme dello *jus cogens* per alcuni aspetti simile a quella fornita dalle prospettive analizzate sopra. La tesi anti-colonialista si avvicina a quella della teoria del diritto naturale, nel senso che in entrambi i casi la spiegazione delle norme dello *jus cogens* fa appello a ciò che sembra giusto alle persone. Inoltre, nel sottolineare l'elemento del consenso o dell'accordo, la prospettiva anti-colonialista differisce dalla versione del giuspositivismo proposta da Verdross: i principi generali che Verdross trae dalle norme dello *jus cogens* sono vincolanti per tutti i sistemi giuridici, non solo per quelli di una determinata regione del mondo.

Nel prossimo paragrafo analizzerò la possibilità che vi sia, per le norme dello *jus cogens*, una fondazione non-regionale e tuttavia non dipendente dalle basi concettualmente problematiche del diritto naturale. Una simile fondazione per le norme dello *jus cogens*, che un gran numero di persone considera incontestabili, può essere usata per limitare le azioni degli Stati e di attori analoghi. Una fondazione di questo tipo aiuterebbe a confutare l'accusa che le norme dello *jus*

cogens siano semplicemente ideali morali occidentali imposti al resto del mondo. Se riuscissimo a trovare una fondazione per le norme dello *jus cogens*, potremmo anche disporre di una base priva di legami con un diritto naturale concettualmente e politicamente problematico per una condanna internazionale di quelle pratiche, come il genocidio, l'*apartheid* e l'aggressione colonialista, che più di ogni altra necessitano di una sanzione internazionale.

4. IL PRINCIPIO DEL DANNO INTERNAZIONALE

Nella mia prospettiva, la base filosofica più plausibile per le norme dello *jus cogens* fa appello alla fondazione morale o naturale sulla quale si regge la difesa di ogni società, particolarmente quelle democratiche, dalle violazioni della sicurezza. Il mio approccio moderatamente giuspositivistico tende a considerare le norme dello *jus cogens* come operanti nel diritto penale internazionale con l'obiettivo di proteggere le minoranze o le popolazioni svantaggiate dalle minacce alla loro sicurezza provenienti dagli Stati o da altre entità analoghe⁴³. I principi di libertà ed eguaglianza, necessari alla sicurezza che tutte le persone cercano, richiedono che nel diritto internazionale gli individui siano protetti da trattamenti discriminatori basati sull'appartenenza etnica, religiosa o ad altri gruppi. Le norme dello *jus cogens* proteggono individui e gruppi da trattamenti, posti in essere dagli Stati o da altri attori analoghi⁴⁴, che arrecano loro danno.

⁴³ Questo è simile al dibattito tra umanisti cattolici e marxisti. I marxisti insistevano nel sostenere che il concetto di natura umana fosse sostituito con quello di «specie viventi», un concetto specifico e relativo ai periodi storici, anziché universale e unico per l'intera umanità in tutti i tempi.

⁴⁴ Si dovrebbe notare che v'è un contrasto tra la concezione anti-colonialista e le altre due. Per la concezione anti-colonialista, i gruppi in questione sono economicamente e socialmente svantaggiati, non sono necessariamente i gruppi delle minoranze. Questa concezione spingerebbe a fare in modo che ogni gruppo svantaggiato, non semplicemente un gruppo minoritario, sia protetto da trattamenti arbitrari. Sono grato a James Bohman per aver portato la mia attenzione su questo punto.

Nella mia prospettiva moderatamente giuspositivistica, gli Stati non traggono la loro autorità dal fatto di rispondere a certi bisogni fondamentali dei cittadini. La sicurezza è chiaramente un bisogno, anzi direi che non è mai ragionevole per nessuno acconsentire ad alcunché fino a che questo bisogno fondamentale non sia soddisfatto. Come ha sostenuto Henry Shue:

«Nessuno può godere di alcun diritto che sia presuntivamente protetto dalla società se qualcuno può credibilmente minacciarlo di omicidio, stupro, percosse, ecc. [...] mentre cerca di godere di quel diritto [...] In assenza di sicurezza fisica, le persone sono incapaci di godere di qualsiasi altro diritto che si ritiene la società garantisca, senza essere esposte alla possibilità di subire i peggiori danni che subirebbero anche se la società non proteggesse quei diritti»⁴⁵.

Senza la tutela della sicurezza individuale, qualsiasi bene lo Stato abbia concordato di offrire ad una persona in cambio della sua promessa di obbedire all'autorità dello Stato sarà soggetto alle più serie minacce, tali da invalidare questi altri beni. Di fatto, questa è la situazione in alcune parti del mondo oggi, dove, per esempio, a livello costituzionale non vengono alle donne negati alcuni beni, come l'occupazione, ma dove esse temono per la loro sicurezza fisica se intraprendono questi lavori⁴⁶. Qui l'abilità dello Stato nel minacciare arbitrariamente alcune persone rende la promessa di altri beni una finzione e sottrae autorità allo Stato.

Al fine di difendere la mia proposta in tema di spiegazione delle norme di *jus cogens* commenterò brevemente un'osservazione tratta dal procedimento *in chamber* relativo al caso «Tadic», riguardante la ragione per cui la pulizia etnica sia una violazione delle norme dello *jus cogens*. La Corte stabilì che «essa è una violazione del diritto all'eguaglianza nel senso che impedisce il godimento di un diritto

⁴⁵ H. Shue, *Basic Rights, Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, Princeton 1980, p. 21.

⁴⁶ Si veda I. Thalberg-D. Pellow, *Imagining Alternatives*, in «Philosophical Forum», 11 (1979).

fondamentale in modo così serio da costituire una persecuzione»⁴⁷. Se postuliamo un diritto fondamentale di libertà di movimento, basato su un fondamentale bisogno di sicurezza presente in ogni persona, allora possiamo facilmente vedere che la pulizia etnica, ossia lo spostamento forzato o lo sterminio delle persone finalizzati al raggiungimento della purezza etnica, viola i diritti fondamentali degli individui a non essere privati della libertà, del diritto alla vita e della libertà di movimento da parte degli Stati o di altri agenti analoghi.

La pulizia etnica diviene, allora, un esempio paradigmatico di violazione dei diritti fondamentali, i quali sono a loro volta facilmente considerati parte di un generale diritto alla sicurezza personale. La fonte di tali diritti è l'idea che gli esseri umani debbano l'uno all'altro una fondamentale protezione dalle minacce alla loro sicurezza fisica, essa stessa necessaria per la cooperazione e particolarmente per la pacifica coesistenza. Profondamente accolta nei sistemi giuridici di quasi tutte le società è l'idea del darsi sicurezza reciprocamente. Sicché, mentre è vero, per esempio, che molte società hanno intrapreso azioni di pulizia etnica, è anche vero che è possibile trovare in quelle società un certo tipo di consenso — il termine tecnico per indicarlo è «*opinio juris*» — che condanna l'idea centrale sottesa alla pulizia etnica, un consenso simile a quello che condanna la tortura. La pulizia etnica può essere repressa sul piano internazionale in quanto violazione delle norme dello *jus cogens*⁴⁸.

Nella mia spiegazione, il rispetto fondamentale per la sicurezza delle persone costituisce la chiave per la giustificazione delle norme penali internazionali universali. In questo contesto considero il libro di McDougal e Lasswell un classico sui diritti umani internazionali⁴⁹. Essi sostengono che il rispetto sia «il valore centrale di tutti i diritti umani», poiché proteggere il valore del rispetto renderà possibile realizzare «la dignità umana su una scala che sarà la più vasta pos-

⁴⁷ Pubblico Ministero v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-T (7 maggio 1997), Tribunale Penale internazionale per la ex-Jugoslavia, Procedimento in *chamber*, § 97.

⁴⁸ Si veda May, *Crimes against Humanity*, cit., per un argomento meglio supportato, a proposito della pulizia etnica come crimine internazionale.

⁴⁹ M. McDougal-H. Lasswell-L.C. Chen, *Human Rights and World Public Order*, 1976, Yale University Press, New Haven 1976.

sibile»⁵⁰. La prospettiva assunta è quella dei «cittadini della più vasta comunità rappresentata dall'umanità, che si identifica con l'intera comunità, piuttosto che con la priorità di gruppi particolari»⁵¹.

L'approccio di McDougal e Lasswell emerge in modo assolutamente chiaro quando essi discutono le norme dello *jus cogens*, che a loro avviso sono esplicitamente intese applicarsi ad una «dichiarazione globale dei diritti umani»⁵². Pur facendo riferimento anche a Verdross⁵³, McDougal e Lasswell sostengono che le loro concezioni sono ispirate alla «tradizione del diritto naturale e dei diritti naturali»⁵⁴. Nella loro concezione, le norme dello *jus cogens* forniscono una base per il rispetto reciproco, «sia tra individui che fra gruppi»⁵⁵. Ma con ciò essi non forniscono alcun criterio per tracciare la distinzione tra la prospettiva dell'umanità e altre prospettive, poiché il loro approccio sembra includere tutte le norme e davvero il loro elenco delle norme dello *jus cogens* occupa sette pagine stampate con caratteri piccoli⁵⁶.

Ho così delineato il nocciolo delle mie preoccupazioni a proposito di un approccio alle norme dello *jus cogens* nel diritto penale internazionale che implichi un'espansione del diritto naturale. La *Dichiarazione Universale dei diritti umani* inserisce nell'elenco il riferimento al «diritto al riposo e al tempo libero [...] incluso il diritto ad un periodo di ferie pagato» come diritti umani universali⁵⁷. Ritengo fuori discussione che nessuno penserebbe ad intraprendere un processo penale internazionale qualora questi diritti fossero violati. Ciò di cui abbiamo bisogno è un modo che consenta di distinguere, in via di principio, i diritti umani fondamentali da quelli che sono evidentemente non fondamentali, almeno ai fini dei processi penali. Non riuscire a tracciare questa distinzione ha come conseguenza che le

⁵⁰ *Ivi*, p. xvii.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ivi*, p. xx.

⁵³ Verdross, *op. cit.*

⁵⁴ *Ivi*, p. 3.

⁵⁵ McDougal-Lasswell-Chen, *Human Rights and World Public Order*, cit., p. 7.

⁵⁶ *Ivi*, pp. 7-14.

⁵⁷ Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 24.

persone potranno essere processate e rischieranno severe privazioni dei loro diritti di libertà anche se i loro atti non causeranno una corrispondente privazione di diritti di libertà per le loro vittime. Mi rendo conto che nessuno affermerebbe seriamente che la violazione del diritto umano al riposo possa dare il via ad un processo penale internazionale. La mia tesi è che il riconoscimento dell'assurdità di questa posizione dovrebbe spingere a pensare seriamente ad una base per il diritto penale internazionale che sia più deflazionistica di quella basata sul modello contemporaneo del diritto naturale, la quale include qualsiasi violazione dei diritti umani.

L'idea del rispetto per la sicurezza delle persone è un importante punto di partenza per articolare uno schema di comprensione delle norme dello *jus cogens* nel diritto penale internazionale. Nel resoconto offerto dal giuspositivismo moderato che ho sopra ricostruito, una simile fondazione era basata sul bisogno umano fondamentale di sopravvivenza. Come si rapporta questo bisogno con il rispetto che è universalmente considerato la base dei diritti umani? La chiave consiste nel vedere come la sicurezza sia legata all'idea di non trattare le persone arbitrariamente. La ragionevolezza del trattamento è ciò che ci si aspetta dagli Stati e dagli agenti analoghi. Ma perché condannare l'arbitrarietà e apprezzare la ragionevolezza?

Ecco il modo in cui argomentarei se avessi a disposizione lo spazio di un volume per fornire i dettagli. A partire dalla tesi relativamente non controversa secondo cui le persone hanno un diritto fondamentale alla sicurezza, cercherei di costruire, con pochi ulteriori concetti, una più ampia concezione del danno. Non solo le persone hanno il diritto di essere assicurate contro eventuali attacchi, ma hanno anche il diritto a non essere danneggiate in altri modi meno chiaramente fisici. In generale, il danno riguarda un serio colpo inferto ad un importante interesse di una persona⁵⁸. Uno dei principali interessi è quello di non essere privati della vita, della libertà o della proprietà in modo arbitrario. La violazione del principio del danno è un modo ben riconosciuto di delimitare il tipo di crimini per i quali è legittimo punire le persone. L'idea che sta dietro il principio del danno è la

⁵⁸ Si veda J. Feinberg, *Harm to Others*, Oxford University Press, New York 1984, cap. 1.

seguito: poiché l'imputato in un processo penale rischia di subire un danno rilevante, tali processi dovrebbero essere avviati solo quando l'imputato è accusato di aver arrecato danno ad altri.

Nei procedimenti internazionali, proporrei di abbracciare quello che io chiamo il principio del danno internazionale. Nel contesto interno, i procedimenti penali dovrebbero andare avanti solo quando l'accusa riguarda un grave danno all'individuo. In una comunità internazionale è la sicurezza delle persone che dovrebbe essere protetta allo stesso modo. Se le leggi penali internazionali debbono considerarsi legittime, la posizione del giuspositivismo moderato afferma che vi deve essere qualche senso in cui è in gioco la sicurezza delle persone. La sicurezza di un gruppo sarà al centro di un principio del danno internazionale. Se degli individui vengono seriamente danneggiati sulla base della loro appartenenza a specifici gruppi, allora si ha un danno internazionale. Il diritto penale internazionale è pertanto inteso come un diritto che protegge gli individui da violazioni riferibili ad un gruppo. Per stabilire se v'è stato danno riferibile ad un gruppo, dovremo fare due tipi di considerazioni e chiederci se l'individuo è maltrattato a causa dell'appartenenza al gruppo e se il maltrattamento è perpetrato ad opera di una entità collettiva, ad esempio lo Stato.

L'argomento più completo a sostegno della mia tesi non può essere prodotto qui, giacché, come ho detto, richiederebbe lo spazio di un libro o anche di più. Forse quanto sto proponendo risulta già plausibile per molti dei miei lettori, poiché è contenuto nel modo in cui la persecuzione, l'*apartheid*, la schiavitù, la discriminazione razziale ed il genocidio sono stati concettualizzati. Ma sono ben consapevole che molti non saranno persuasi della plausibilità della mia spiegazione. Molte persone vogliono di più, per esempio una giustificazione del diritto penale internazionale che consenta la punizione a livello internazionale di tutte le violazioni dei diritti umani. Questa è la ragione per cui la teoria del diritto naturale è di nuovo in ascesa nel diritto internazionale. Spero di aver portato delle ragioni a favore di una cautela nei confronti di questo approccio più esigente al diritto penale internazionale. Una volta riconosciute le trappole dell'approccio più esigente, si apre almeno la porta alle concezioni più moderate, che sono meno problematiche sotto il profilo filosofico e tuttavia riescono ancora a dar conto del nostro senso di ciò che è ingiusto nei casi di genocidio, *apartheid*, schiavitù, discriminazione razziale, stupro di massa e tortura, ossia i casi più comunemente citati

quali esempi di violazione delle norme dello *jus cogens* nel diritto penale internazionale.

In questo articolo ho fornito un'analisi della peculiare nozione di norme dello *jus cogens* nel diritto penale internazionale. Sulla base di quanto esposto, ho avviato una critica all'idea comune secondo cui le norme dello *jus cogens* proibiscono qualsiasi violazione dei diritti umani e, conseguentemente, i tribunali penali internazionali possano punire qualsiasi violazione dei diritti umani. Data la significativa perdita di libertà cui va incontro l'imputato nei processi internazionali, dovremmo assumere un approccio più cauto verso la tendenza, propria dei teorici del diritto naturale, ad estendere l'elenco dei crimini internazionali. Solo i crimini supportati da una costruzione delle norme dello *jus cogens* ispirata al giuspositivismo moderato dovrebbero essere oggetto di punizione a livello internazionale.

(Traduzione dall'inglese di Elena Pariotti)