

GIUDICARE E PUNIRE I CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ: QUALE MISURA PER L'INCOMMENSURABILE?*

di Emanuela Fronza

(Professoressa associata di diritto penale presso l'Università degli Studi di Bologna)

Sommario: 1. Misura del diritto e dismisura del crimine: logiche rivali a confronto. – 2. La disfunzionalità della pena. – 3. Universalismo del diritto penale internazionale vs. relativismo del diritto penale nazionale: la frustrante ricerca di una dosimetria sanzionatoria. – 4. Ripensare la pena per i crimini contro l'umanità: per una giustizia non solo punitiva. – 5. Per un diritto penale dell'inumano.

1. Il diritto e la giustizia penale internazionale impongono di confrontarsi con crimini *smisurati*, quali i crimini di genocidio, di guerra e contro l'umanità. Questi ultimi, e più in generale i crimini internazionali, si connotano rispetto ai comuni delitti in quanto particolarmente gravi e massivi. Queste due caratteristiche rappresentano, nella riflessione sulla sanzione, l'origine di una frattura intrinseca tra la *dismisura* per definizione dei crimini contro l'umanità e il diritto penale liberale, i cui principi sono, per converso, basati sulla *misura*: dinanzi ai crimini contro l'umanità, la pena, – tradizionalmente *misura* e *umanità* – entra inevitabilmente in tensione con la *dismisura* e l'*inumano* del crimine¹.

Di qui il quesito che vorremmo porre. Come affrontare l'incommensurabile? Come articolare la reazione dinanzi a crimini atroci senza tradire i principi del diritto? Come costruire “un diritto dell'inumano”²?

* Il presente intervento è stato svolto nell'ambito del Convegno organizzato a Milano il 29 settembre 2023 dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale su “*Le questioni aperte della giustizia penale internazionale nella prospettiva interna*”. Si ringraziano i curatori del volume, in corso di pubblicazione, per aver dato l'autorizzazione a pubblicarlo in questa Rivista.

¹ Questa riflessione precede qualsiasi considerazione e sviluppo scientifico sulla funzione della pena.

² Il termine inumano non è qui inteso in senso generico o autoevidente di disumano, ma come riferimento preciso alla dismisura, riprendendo un concetto di Mireille Delmas-Marty. Cfr., Id., *Violence et massacres : entre un droit pénal de l'ennemi et un droit pénal de l'inhumain?*, in *Revue des Sciences criminelles et de droit comparé*, 1/2009, 55-68. L'Autrice segnala l'esigenza di articolare un diritto che affronti “l'inumano”, ovvero ciò che è fuori dalla misura, fuori dall'essere umano dell'Illuminismo, fuori, potremmo dire, dal cerchio vitruviano di Leonardo, dove l'essere umano con la sua armonia e la sua ragione è misura di tutte le cose, e tutte le cose sono intelligibili in rapporto all'umano. Di qui la coppia su cui svilupperemo la nostra breve riflessione: misura/umano e dismisura/inumano.

Nella sua concretezza e nei principi di personalità e di umanità che la definiscono, la pena collide con lo straordinario, con *l'inumanità* che connota questi crimini. Inevitabilmente si genera dunque una frattura tra due logiche diverse. Da un lato una logica della misura, dell'umanità, del *logos*, della razionalità della pena coerente con un paradigma liberale del sistema penale che ha al suo centro l'imputato, l'accertamento dei fatti nel processo e le responsabilità individuali³. Dall'altro, una logica che, cercando di rispondere alla dismisura *inumana* dei crimini contro l'umanità, insegue la punizione anche a costo di abbandonare quei presupposti, col rischio di scivolare verso il paradigma del diritto penale del nemico, che disumanizza l'imputato⁴.

Quest'ultimo ha due essenziali caratteristiche: massimizza le responsabilità e disumanizza l'imputato, in quanto nemico, sottraendolo alle garanzie del diritto⁵. Il diritto penale del nemico, inumanizzando l'imputato, ne fa corpo-carta su cui scrivere sentenze, la cui prima esigenza è comunicativa. Questo è il volto che l'inumanità assume quando infetta dall'interno il diritto.

Il paradigma descritto tende a rompere, quindi, il nucleo liberale e umanistico e si rivela esorbitante non tanto nella quantità di pena (una volta esclusa la pena di morte), ma nella quantità di responsabilità. La mera reazione giuridico-penale diventa guerra (al crimine) internazionale perché moltiplica i responsabili, abbracciando forme di responsabilità penale collettiva. Esso tende a discostarsi dunque dall'idealtipo del diritto penale liberale in senso stretto, a cui bisogna invece tener fede sul piano prescrittivo se non si vogliono rinnegare scelte qualificanti di civiltà giuridica.

In questo orizzonte concettuale, diverse esigenze sono in conflitto: da un lato l'esigenza, anche comunicativa, di una reazione ai crimini contro l'umanità e la necessità di evitare il ripetersi di eventi drammatici; dall'altro, l'esigenza di coerenza con i principi del diritto penale – "istituzionalmente" reo-centrico – rimanendo

³ Trasformare, in altri termini, le rotelle dell'ingranaggio – e dunque il tassello del sistema "inumano" – in un essere umano con dignità e dunque responsabilità.

⁴ Sul concetto di diritto penale del nemico, ripreso dal penalista tedesco Günther Jakobs, cfr. anche per ulteriori riferimenti, G. Jakobs-M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid 2003, 57-102; R. Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires 2006. In lingua italiana: *Delitto politico e diritto penale del nemico*, diretto da A. Gamberini, R. Orlandi, Bologna 2007; *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Milano 2007; M. Pavarini, *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle Unpersonen*, in *Studi sulla Questione Criminale*, 2/2006, 7 ss.

⁵ Il diritto c'è se esiste simmetria, se esiste parità, ma i nemici sono soggetti a cui il diritto vuole non riconoscere alcuna reciprocità. Il diritto penale del nemico, includendo un "nemico" nelle misure penali del "diritto" – formulazione a rigore paradossale, secondo un'analisi storico-categoriale – sottrae le garanzie al soggetto trattato come nemico nel momento in cui, agendo verso di lui secondo la giustizia penale, avoca a sé tutte le prerogative.

vincolati alla responsabilità penale personale e all'accertamento con le garanzie del processo.

Occorre poi una ulteriore riflessione: la retribuzione è una retribuzione di sofferenze. Dinanzi all'incommensurabile, però, salta ogni misura nella retribuzione della sofferenza. La presenza di reazioni commisurate alle atrocità commesse, qualora sia concretamente possibile, non appartiene comunque a una democrazia che aspiri a restare tale. Proprio l'impossibilità di parametrare esclusivamente sulla responsabilità dell'autore la quantità di sofferenza evidenzia la necessità di ricercare altri meccanismi reattivi, destinati a porre la vittima in una posizione peculiare, in una delicata ricerca di equilibrio tra finalità opposte non facilmente componibili⁶.

Una risposta articolata consentirebbe di scongiurare quel rischio, già evocato, che la modalità meramente punitiva inseguiva il crimine incommensurabile e si disumanizza, andando verso un paradigma, che altro non tradurrebbe se non l'inumanizzazione dell'imputato e, prima e più in alto, dello stesso diritto.

Vi è bisogno del processo penale perché si riconosce che si è creata una situazione in cui senza la sanzione penale di crimini inaccettabili (e imprescrittibili) non si dà una "conferma" e una promozione efficace di valori fondanti e della distinzione giusto-ingiusto. Sebbene non si possa valutare questa dinamica come positiva, si prende atto che se non si sanziona non si sancisce. Tuttavia, per sanzionare e quindi sancire serve anche una legittimazione interna e non solo esterna, sul piano comunicativo, dal punto di vista della società: il processo penale deve essere sostenibile, legittimo. Legittimo secondo i valori che si vogliono difendere, per cui l'imputato non può essere oggetto dei valori esterni che si vogliono sancire, ma deve essere posto al centro di tale liturgia.

Soltanto un sistema reattivo più ampio – e teleologicamente diversificato – può permettere, forse, di sciogliere, o almeno di attenuare la tensione fra esigenze intrinseche di un paradigma di diritto penale liberale e quelle estrinseche del "mai più"⁷; ponendo al centro l'imputato e affrontando le gravissime violazioni con strumenti di verità e riconciliazione che soddisfano la richiesta del "sancire"⁸, inteso

⁶ Sul diritto penale vittimario e sull'esistenza o meno di un diritto della vittima alla punizione del colpevole, nella vastissima letteratura sul tema, per tutti e per ulteriori riferimenti cfr. G. Fornasari, *'Right to punishment' e principi penalistici. Una critica della retorica anti-impunità*, Napoli 2023.

⁷ Dinanzi a questa esigenza non possiamo inseguire la dismisura del crimine con la dismisura della pena. Non raggiungiamo il crimine smisurato, ma perdiamo in maniera smisurata il diritto. Il diritto penale del nemico è la negazione del diritto, è di nuovo il diritto dell'*ancien régime*.

⁸ Il valore della reazione penale, dunque, – e del rito come luogo per sancire, nel suo doppio significato di punire e stabilire quanto accaduto – ha qui una valenza maggiore. Torna qui l'importanza del doppio significato di "sanzione": sanzionare-punire da un lato, fissare una dimensione stabile di "significato" dall'altro. Due significati

nel duplice senso di sanzionare-punire, ma anche di significare-fissare-stabilire il fatto, e di trasformare la memoria in storia non controvertibile, trasmettendo così un messaggio nello spazio pubblico, una risposta politica e di ricomposizione di comunità. Tutti profili, questi ultimi, che forme di risoluzione dei conflitti diverse dalla pura sofferenza rendono, pur nelle inevitabili difficoltà, possibili.

Diversamente, si ritrova l'arcaico. I diritti dell'imputato rischiano di divenire sgradevole orpello illuministico fuori moda e fattore di impaccio. Il rito penale e la sentenza divengono lo spazio per "sancire" questo o quel messaggio – quasi "scrivendolo sul suo corpo" –, col rischio di alimentare le ambizioni fagocitanti di un diritto penale del nemico.

2. I crimini contro l'umanità possono metaforicamente essere rappresentati come dismisura del male⁹. La pena, invece, come misura del disvalore, misurazione delle atrocità a cui si cerca di reagire e, dunque, come misura del male. Tale impostazione consente di segnalare come la pena sia disfunzionale non tanto al disvalore a cui si cerca di reagire, ma al messaggio di civiltà veicolato – o che si vorrebbe veicolato – dal diritto e dalla giustizia penale internazionale. Vi è una dissociazione tra il momento della civiltà del meccanismo e il momento comminativo in concreto.

La pena applicabile ai crimini internazionali "disturba" perché c'è una dimensione eccezionale sia nella gravità dei crimini sia nel messaggio di civiltà trasmesso dalla giustizia penale internazionale, che non può andare di pari passo con l'eccezionalità della pena, né della sua esecuzione. Un crimine eccezionale non può essere soggetto a una pena eccezionale.

Il disumano giocoforza deve essere ridotto all'umano. La pena non è sufficientemente capiente. Vi è una sproporzione strutturale. Tutto quello che c'è prima, invece, è eccezionale: una criminalità di sistema, a cui corrisponde un regime giuridico eccezionale; un pubblico ministero internazionale, una Corte internazionale¹⁰.

La pena tuttavia riporta l'abnormità del crimine all'ordinario. Quando, si torna alla

per lo stesso termine, tanto intrecciati da essere quasi indistinguibili: uno l'atto e uno la conseguenza, il significato dell'atto, che stanno assieme alle origini nel *sanctum facere* agambeniano. G. Agamben, *Homo sacer*, Torino 2005.

⁹ Riprendiamo qui il titolo "*La dismisura del male. Il Diritto di fronte ai crimini di massa*" del Convegno internazionale, tenutosi a Firenze il 3 marzo 2008.

¹⁰ La stessa evoluzione della disciplina delle sanzioni nel diritto penale internazionale prova questi sforzi di "civiltà", di umanizzare la risposta, tenendo fermo l'argine dei diritti e delle pene.

sanzione tutto ritorna ordinario: da un lato, come ricorda la filosofa Hannah Arendt, il male è banale. La pena riconduce, in altri termini a una cifra che è quella dell'umanità della pena nel senso dell'essere umano che ha compiuto quelle atrocità. Dietro il crimine incommensurabile c'è un essere umano che lo ha compiuto. Nel momento della pena l'essere umano torna a essere piccolo, con la pena torna banale.

Da qui il conflitto, già individuato, tra questi due poli – misura della pena e crimini incommensurabili – destinato a rimanere, forse, irrisolvibile. In questo peculiare contesto, la pena per definizione non appare sufficientemente ampia e, di conseguenza, l'applicazione di una sanzione normale riporta l'anormalità del reato sul piano dell'ordinario. Il concetto di *diritto penale dell'inumano* torna quindi utile: ricorda come anche in questi casi la chiave della reazione repressiva sia l'umanità della pena, che non può avere un sapore che richiami lo splendore dei supplizi.

A questo si aggiunge un ulteriore elemento di complessità: la pena qui interviene per giudicare il potere e anche per togliere uno schermo alla sovranità. Si è dinanzi, cioè, a una giustizia che muove da matrici non solo specifiche, ma anche molto diverse rispetto al regime “tradizionale”. Da una parte, dunque, la necessità di giudicare e punire crimini atroci, dall'altra e allo stesso tempo l'universo penale internazionale ha fini particolari: pensiamo al sistema della Corte penale internazionale, ove quest'ultima deve accertare l'esistenza dell'elemento di contesto, “la situazione”, ancora prima del singolo “caso”¹¹. Vi è cioè anche la finalità di affrontare la criminalità collettiva, di riportare dunque non solo giustizia, ma riconciliazione e pacificazione, di costruire un nuovo corpo politico, di ricreare una nuova comunità¹².

Tale considerazione introduce un ulteriore elemento di problematicità per cui, più che nel diritto penale ordinario, nel sistema penale internazionale con la pena occorre affermare e stigmatizzare il fatto come grave, con ricadute significative in termini di comunicazione e di funzione poetica (affermare e attribuire gravità ai fatti). La tenuta

¹¹ I termini “situazione” e “caso” non sono definiti né nello Statuto, né nelle Regole di procedura e prova della Corte Penale Internazionale. “Situazione” è stato un concetto delineato secondo parametri più ampi di quello di caso; essa denota i confini entro cui il Procuratore deve determinare se esiste una base ragionevole per avviare un'indagine. Il “caso” è definito secondo parametri temporali, territoriali e, in talune ipotesi, personali.

¹² Sul pericolo di “sovraccaricare” la giustizia penale e la pena di fini eccessivi (quale la pacificazione) cfr. E. Maculan, A. Gil Gil, *The Rationale and Purposes of Criminal Law and Punishment in Transitional Contexts*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 40, Issue 1, March 2020, 132–157. Sulle contraddizioni interne allo stesso Statuto della Corte, *ex plurimis* F. Jessberger, J. Geneuss, *The Many Faces of the International Criminal Court*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, Issue 5, December 2012, 1081–1094. Sul rapporto che intercorre tra i diversi paradigmi risolutivi di conflitti e le dimensioni temporali della memoria e dell'oblio cfr., i rilievi di R. Bartoli, *Vendetta, amnistia, riconciliazione e punizione tra memoria e oblio*, in *DPenCont* 2018, 216–229.

del sistema penale internazionale e la sua legittimazione non hanno, pertanto, come premessa ineludibile l'entità e l'effettività della pena: si tratta soprattutto di *dire la pena* più che di *dare la pena*. Di dire la condanna, più che di commisurare l'entità della condanna¹³.

E qui emerge una ulteriore tensione: la pena – per sua natura limitata – non può mai esprimere a pieno la gravità e l'entità eccezionale delle offese, né quel particolare valore comunicativo che si attribuisce al diritto e al processo penale internazionale per sancire quanto accaduto¹⁴. Trattasi di un discorso, rivolto non tanto all'imputato, ma all'opinione pubblica, allo spazio pubblico¹⁵.

Non è dunque possibile anche solo immaginare una pena che si adegui alla dimensione macroscopica dei crimini internazionali¹⁶. La sofferenza non può essere metro di misura né della gravità del crimine, né della responsabilità personale dell'accusato. Tale affermazione è ancora più vera alla luce del fatto che tramite l'applicazione del diritto penale internazionale non si colpiscono tutti i responsabili delle atrocità. Più che in altri contesti, difatti, la giustizia penale internazionale mostra un volto di arbitraria selettività: anche l'esperienza conferma che è più facile perseguire e punire individui che hanno rivestito una funzione meramente esecutiva nella realizzazione dell'illecito, rispetto alle figure apicali che rappresentano la reale "mente" direttiva o organizzativa del crimine.

Esiste, insomma, una dimensione eccezionale nella gravità del fatto commesso che non può essere accompagnata da una eccezionalità nella pena e dalla esecuzione della stessa. La pena, in questo senso, per la sua natura, rappresenta un elemento di inciampo rispetto alla reazione penale e anche alla funzione, spuria, di tipo

¹³ M. van de Kerchove, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles 2005. *Dire la pena* non può che essere una *funzione indiretta* e non uno scopo da cui dipende la legittimazione del punire. Ciò mostra dunque chiaramente le difficoltà di incastro del punire con questo tipo di criminalità, grave e massiva.

¹⁴ Sulla funzione comunicativa, che si mantiene e acquisisce nuove caratteristiche nei contesti di transizione e a fronte di crimini internazionali, cfr., in una vasta letteratura K. Ambos, *Treatise of International Criminal Law*, vol. I (Foundations and General Part), Oxford 2013; P. Eiroa, *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Buenos Aires 2009; E. Maculan, *Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición*, in *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, diretto da A. Gil Gil, E. Maculan, Madrid 2017, 207-240.

¹⁵ Secondo l'accezione, ormai classica, di Hannah Arendt. Cfr. i capp. II e V H. Arendt, *Vita activa. La condizione umana*, Milano 1997.

¹⁶ "Nessuna pena umana appare commisurabile a simili orrori, e ogni giustizia ordinaria sembra un atto di clemenza", cfr. M. Donini, *Processo a Saddam, La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla 'necessaria sproporzione' della pena nelle gross violations*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2007, 343-367.

comunicativo, assegnata alla giustizia penale internazionale. Torna nuovamente in gioco quell'antinomia destinata a rimanere irrisolvibile tra la straordinarietà del crimine e la puntiforme applicazione della pena al singolo individuo: a dismisura non è possibile rispondere con dismisura. A cui si aggiunge il rischio di trasformare il giudice in storico.

Nella ricerca di trovare un punto di equilibrio tra esigenze contrapposte, la reazione a crimini smisurati richiede di affinare un *diritto penale dell'inumano*, ovvero sia un diritto che rispetti la persona, i suoi diritti fondamentali e che limiti l'accertamento al fatto. Come è stato efficacemente osservato, difatti, «l'umanità della giustizia penale non deve lasciarsi sviare verso atrocità o verso reazioni che superano le responsabilità individuali e i limiti della dignità dell'uomo»¹⁷. Il pericolo che pare profilarsi all'orizzonte, altrimenti, è quello, già evocato, di inclinare verso un *diritto penale del nemico*¹⁸.

Due paradigmi antinomici paiono, allora, entrare in uno stato di costante tensione: diritto penale dell'inumano, da un lato, e diritto penale del nemico, dall'altro. Il primo riporta alla misura, all'umano e rifiuta la pena di morte, tenendo fermo il *totem* della responsabilità penale personale; l'altro disumanizza, facendo dell'imputato nuda vita e accogliendo forme di responsabilità collettiva.

Per evitare che la giustizia penale si trasformi in strumento per la realizzazione di proclami pubblici o, peggio, in luogo di battaglie mnemoniche occorre dunque tenere ben fermo il limite dei diritti fondamentali. Il centro di ogni processo penale, anche di quelli diversi dalla (fisiologica) giustizia ordinaria, devono restare l'imputato e l'accertamento del fatto in linea con la cultura giuridica umanista. Questi presupposti distinguono il diritto penale dell'inumano dal diritto penale del nemico. Il centro non deve dunque essere il messaggio da lanciare all'opinione pubblica, né l'autoreferenziale spettacolo della giustizia. Il rito penale, infatti, può in queste ipotesi facilmente cadere nella tentazione di scavalcare questi confini¹⁹ pur di arrivare, tramite il processo al singolo individuo, a una funzione prevalentemente comunicativa e/o a una determinata lettura della storia che "passi in giudicato". In questo orizzonte, non stupisce che si sia pensato anche di processare imputati già morti o rispetto a cui il

¹⁷ M. Donini, *cit.*

¹⁸ Il diritto penale dell'inumano e del nemico sono categorie, ovviamente, evocabili anche rispetto a fenomeni tensivi interni (e non solo internazionali).

processo non poteva più celebrato²⁰. Tale (dis)funzione è alla base dello iato di cui si è detto e va tenuta in considerazione nella scelta dei meccanismi di risposta ai crimini contro l'umanità e nell'elaborare un intreccio tra questi, più che una alternativa.

Per tale ragione occorre, invece, riprendere e sviluppare il paradigma del "diritto dell'inumano", tenendo sempre ben fermo il limite della responsabilità penale personale. Sul proscenio dell'accertamento – è oltremodo evidente – non c'è soltanto l'imputato, ma il presupposto da tenere fermo è che l'accertamento ha al centro quest'ultimo e non il macroevento. La tensione, infatti, è costitutiva: tra le esigenze esterne che richiedono di sancire con la sanzione nel processo pubblico che espone il colpevole all'infamia collettiva e le esigenze interne di rispettare i limiti del diritto e del processo.

Le esigenze contrapposte che abbiamo descritto e la complessità di sanzionare i crimini contro l'umanità emergono anche nella prospettiva domestica, ovvero nel processo di adeguamento delle norme nazionali allo Statuto della Corte penale internazionale. Nel momento dell'implementazione delle norme statutarie il legislatore nazionale deve tenere assieme non solo l'umanità del sistema penale, ma anche la dimensione interna (i principi supremi e irrinunciabili) e internazionale (nel caso specifico, quanto indicato nello Statuto della Corte). A tale proposito è utile approfondire il metodo e le soluzioni individuate nel Progetto di "Codice dei Crimini internazionali". Ripercorrere e sintetizzare le difficoltà riscontrate è utile a nostro avviso da un lato per ribadire la necessità della risposta repressiva. Dall'altro, tuttavia, è utile anche per mostrare la necessità di un approfondimento teorico che porti a riconoscere non solo che non bastano né la pena, né il processo penale, ma anche che, nell'inseguire l'obiettivo irraggiungibile di colmare il divario con l'atrocità massiva del crimine, rischia persino di perdere se stessa.

3. L'adeguamento allo Statuto della Corte mette in moto un processo di armonizzazione con le disposizioni vigenti nella legislazione penale e, prima e più in alto, della Costituzione. Un problema che dipende anche dal *relativismo* del diritto

²⁰ Si segnala al riguardo il caso *Kabuga* rispetto a cui il Meccanismo internazionale residuale per i tribunali penali, in una procedura alternativa senza precedenti, ha stabilito che, all'età di 88 anni, sebbene non idoneo a sostenere un processo, quest'ultimo può continuare anche se non viene inflitta alcuna condanna, a causa del suo stato di salute. Cfr. *Prosecutor v. Félicien Kabuga*, Case No. MICT-13-38-T, Further Decision on Félicien Kabuga's Fitness to Stand Trial, 6.6.2023. Tale soluzione è stata poi ribaltata dalla Camera d'appello (*Prosecutor v. Félicien Kabuga*, Case No. MICT-13-38-AR80, Decision on Appeals of Further Decision on Félicien Kabuga's Fitness to Stand Trial, 7.8.2023).

penale domestico rispetto all'*universalismo* delle disposizioni del diritto penale internazionale.

Ai fini della nostra analisi va segnalato come da un lato, le condotte che integrano i crimini contro l'umanità sono già previste come delitti comuni. Tali comportamenti hanno dunque un corrispettivo ordinario nelle previsioni domestiche, ma in quanto commessi in modo da offendere tutta la comunità umana (elemento di contesto, o internazionale) vengono differentemente inquadrati, come crimini internazionali – dunque, evidentemente più gravi –, richiedendo, in teoria, pene più severe.

Tuttavia, anche se può sembrare controintuitivo, questo non significa che la pena più severa prevista dallo Statuto di Roma, cioè l'*ergastolo*, si applichi sempre – quasi di *default* – nel contesto dei crimini internazionali. Come s'è detto, difatti, i crimini internazionali sono spesso commessi da un collettivo di autori di diverso grado gerarchico, e la pena inflitta dovrebbe riflettere la colpa di ciascuno di loro, in base al loro atto individuale e alla loro posizione²¹.

Proprio a tale riguardo è interessante accennare all'esperienza della Commissione per l'elaborazione di un Codice italiano sui crimini internazionali²².

Nel recepire le disposizioni dello Statuto di Roma nel diritto interno con riferimento alle sanzioni si imponeva da un lato il rispetto dei principi costituzionali, dall'altro l'individuazione di un *tertium comparationis*, dato dalla dosimetria sanzionatoria interna per i delitti comuni. Non si potevano punire allo stesso modo le lesioni, l'omicidio e la violenza sessuale neppure quando si fanno crimini internazionali, perché si sarebbe creata una irragionevole disparità rispetto all'ordinamento interno.

Durante i lavori in Commissione a più riprese è emerso *l'imbarazzo del penalista*,

²¹ A. Epik- L. Steinl, *Shortcomings of a Showpiece: Reflections on the Need for Reform of the German Code of Crimes Against International Law and Challenges for its Application*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 21, Issue 4, September 2023, 815–837.

²² Il 22 marzo 2022, la Ministra della Giustizia ha nominato una commissione per elaborare il "Codice dei crimini internazionali". Presieduta dai professori Francesco Palazzo e Fausto Pocar la Commissione ha concluso il suo mandato 3 mesi dopo consegnando un progetto di Codice, accompagnato da una relazione. Cfr. E. Fronza-C. Meloni, *The Draft Italian Code of International Crimes*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 20, Issue 4, September 2022, 1027–1048; S. Manacorda, *Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 4/2022, 779–807. Una comparazione con altri ordinamenti mette in luce l'inadeguatezza della legislazione italiana. Cfr., al riguardo F. Jessberger, C. Meloni, M. Crippa (eds.), *Domesticating International Criminal Law. Reflections on the Italian and German Experiences*, London 2023; K. Mariat, *Pour un code français des crimes internationaux*, in *Recueil Dalloz*, 7/2023, 347 ss.

Per un commento sul testo, annunciato in un comunicato stampa il 16 marzo dal Consiglio dei Ministri, contenente i crimini di guerra e di aggressione, ma non i crimini contro l'umanità cfr. A. Vallini, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *RIDPP* 2023, 91–110; M. Crippa, *L'approvazione di un codice dei crimini internazionali "dimezzato"*, in *QuestG*, 21.3.2023.

nel senso che quando ci si avvicina a questi crimini l'istinto è quasi di abnegare quella sensibilità e quella cultura del limite. In altri termini: reagire ai crimini contro l'umanità sanzionando ogni condotta nella maniera più grave. Questa non è però una via percorribile e anzi l'adeguamento ha reso manifesta la difficoltà di individuare le cornici edittali nell'occuparsi di questa vertiginosa misurazione²³. Di qui l'esigenza di una unità di sistema, che fosse in grado di valorizzare una proporzione interna al diritto penale internazionale, ma anche una proporzione domestica, garantendo così una coerenza sistemica nel rispetto dei vincoli costituzionali e del codice penale.

L'imbarazzo del penalista si misura dunque con tre potenziali declinazioni problematiche della ragionevolezza sanzionatoria estrinseca e intrinseca: i) ragionevolezza/proporzionalità sanzionatoria fra crimine internazionale e delitto comune; ii) ragionevolezza/proporzionalità sanzionatoria tra le diverse fattispecie di crimini internazionali; iii) ragionevolezza/proporzionalità sanzionatoria "intrinseca" o "cardinale" fra disvalore del fatto e risposta penale.

Durante i lavori della Commissione, dunque, la "naturale" tendenza dinanzi a crimini così gravi ad elevare verso il massimo la risposta sanzionatoria ha dovuto confrontarsi con esigenze di gradazione e differenziazione, espressione di superiori principi di garanzia e di giustizia. E ciò rifuggendo sempre soluzioni omogeneizzanti che paiono rappresentare soprattutto soluzioni di "comodo" rispetto al problema dell'individuazione di una pena che sia, già in astratto, proporzionata al fatto e, comunque, conforme ad uno statuto generale di ragionevolezza, anche "relazionale" o "ordinale".²⁴

Un'esigenza di differenziazione delle risposte sanzionatorie e di "parcellizzazione" dei tipi criminosi che, a tratti, ha assunto persino dimensioni "parossistiche". A tale riguardo è interessante menzionare la scelta del Progetto di Codice di "frammentare" il crimine di genocidio in diverse fattispecie incriminatrici, individuando una pluralità di cornici edittali correlate alla molteplicità dei sotto-tipi criminosi.

Tale opzione non è completamente esente da rilievi critici, nella misura in cui – come è stato autorevolmente osservato – la comminatoria edittale esprime in termini

²³ Sull'imbarazzo del penalista F. Palazzo, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in *Discrimen*, 31.10.2018.

²⁴ In argomento, imprescindibile il rinvio a F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, *passim* e ptc. 160 ss. Sulle prestazioni del diverso principio di proporzionalità – quale "metro" della sostenibilità dell'ingerenza pubblica rispetto ai contro-interessi incisi – nel contesto delle scelte di criminalizzazione cfr. N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020.

qualitativi e quantitativi una scelta di valore concernente il significato attribuito all'offesa e, al contempo, un'opzione di corrispondenza e congruità "relazionale" rispetto alle altre incriminazioni che compongono il sistema²⁵. Pertanto, la scelta di ripiegare su una gemmazione del crimine e su una diversificazione della risposta sanzionatoria pare abdicare a quell'esigenza di caratterizzazione unitaria del tipo criminoso di genocidio, individuando un nucleo comune di disvalore che tenga insieme le varie – e potenzialmente assai numerose – concretizzazioni modali dell'incriminazione, marginalizzando – forse – quell'esigenza di una risposta certa e coerente ad un illecito dal disvalore difficilmente parcellizzabile.

Nel Progetto di Codice, individuando *ex lege* tanti genocidi diversi, ciò che davvero conta è la specifica condotta realizzata. Tale scelta svislisce tuttavia il disvalore unitario del crimine, qualificato dal collante del dolo specifico che fonda il giudizio di massimo disvalore attribuito dall'ordinamento.

Le singole condotte che possono costituire genocidio sono già altrimenti dotate di rilevanza penale, essendo ciascuna suscettibile di integrare il fatto tipico di altri reati previsti dall'ordinamento e non possono, quindi, essere queste a guidare il disvalore. Occorrerebbe, dunque, affermare un edittale unico, imponendo così all'interprete di trovare un nucleo di disvalore comune che tenga assieme tutte le condotte tipiche.

La differenziazione capillare della pena in funzione delle diverse ipotesi di condotta potrebbe rischiare di relegare la criminalizzazione del genocidio alla codificazione di un'aggravante, seppure ad effetto speciale, applicabile in relazione a ciascuno dei reati in cui il genocidio può scomporsi.

La redazione del "Codice dei crimini internazionali" ha dunque evidenziato le difficoltà connesse all'individuazione di cornici edittali in grado di permettere, da un lato, una corretta modulazione della risposta sanzionatoria in ragione del concreto disvalore del fatto e, dall'altro, di evitare eccessive divaricazioni nel *delta* fra il minimo ed il massimo edittale, problematiche se vagliate alla luce del principio di legalità delle pene. Uno iato smisurato, infatti, fra le due grandezze determinerebbe una surrettizia elusione del principio del *nullum crimen*. L'indeterminatezza della pena "indizia" l'indeterminatezza del fatto con il rischio che la concreta scelta di politica criminale inevitabilmente sia rimessa alla discrezionalità del giudice²⁶.

²⁵ In questi termini, T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *RIDPP* 1992, 437 s.

²⁶ Cfr. C. cost., 15.6.1992 n. 299, in *RIDPP* 1992, 1468, con nota di C.F. Grosso, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, 1474 ss.

Il nodo della dosimetria sanzionatoria, invero, è stato affrontato dalla Commissione tenendo conto dell'importanza dei beni giuridici tutelati, anche mediante il raffronto con le fattispecie di diritto comune (incrociando le due proporzioni), prevedendo, alle volte, forbici edittali anche molto ampie per consentire al giudice di adeguare la commisurazione in concreto della pena al precipuo disvalore del fatto²⁷. Tale operazione non era affatto banale se solo si considera la molteplicità delle condotte potenzialmente sussumibili nelle estese fattispecie incriminatrici, in grado di catalizzare fatti la cui gravità varia nello spettro che dalla offesa quasi bagatellare conduce al *Kern* dei crimini internazionali.

Sotto il profilo metodologico, in Commissione si è cercato di mantenere una coerenza intrasistemica tra le pene proposte, l'ordinamento sanzionatorio interno, le scelte dello Statuto di Roma e le soluzioni offerte dalla legislazione di altri Paesi.

In questo orizzonte, è stato determinante il costante riferimento alle sanzioni previste dal codice penale per i reati "omologhi", quando previsti, al fine di restituire una scala coerente di disvalore – senz'altro più grave – ma comunque comparabile con quella ordinamentale di riferimento. A mero titolo esemplificativo, la pena prevista per le lesioni personali gravi – qualificate come "crimine contro l'umanità" a condizione che ricorra il ben noto elemento di contesto – è stata individuata in una forbice edittale dagli 8 ai 16 anni di reclusione, sensibilmente maggiore rispetto a quella prevista all'art. 583 co. 1 Cp (dai 3 ai 7 anni). Del pari, la pena prevista dalla Commissione per la riduzione o il mantenimento in schiavitù o servitù è stata individuata in una cornice edittale che va dai 10 ai 24 anni di reclusione, superiore ma ancora comparabile – in una scala non manifestamente irragionevole di disvalore – con la pena prevista dall'art. 600 Cp (da otto a venti anni di reclusione).

A ben vedere, la sovra-estensione delle singole disposizioni incriminatrici pare rappresentare una costante – forse un male necessario²⁸ – nelle operazioni di tecnica legislativa orientate al recepimento dei crimini internazionali nell'ordinamento interno: la necessità di una loro tipizzazione ad ampio spettro, difatti, non deriva solo da patologiche difficoltà di cristallizzazione dei referenti criminologici, ma è debitrice di un imperativo di completezza e di adeguamento agli obblighi positivi di tutela penale necessario al fine di evitare l'attivazione della giurisdizione complementare, e

²⁷ Questo può generare questioni in alcuni ordinamenti in cui non sono previsti margini edittali ampi. Si pensi, ad esempio, al sistema spagnolo, che contempla un sistema di attenuanti e aggravanti generiche e non contempla forbici edittali troppo ampie.

²⁸ S. Manacorda, *cit.*

quindi di fatto sussidiaria, della Corte penale internazionale.

4. Alla luce delle considerazioni che precedono, si è detto come da un punto di vista puramente retributivo, non si può nemmeno immaginare una pena che si adegui all'abnormità dei crimini contro l'umanità. Uno sguardo alle pene previste dagli Statuti dei tribunali penali internazionali, conferma come l'applicazione della pena più severa non è la regola, ma l'eccezione²⁹. E ancora: si è evidenziato come la punizione classicamente intesa diviene addirittura paradossale. Tale passaggio mostra dunque l'importanza di focalizzarsi su reazioni altre oltre a quella punitiva³⁰, tenendo conto proprio delle caratteristiche dei crimini contro l'umanità. Queste ultime, in particolare, suggeriscono di ripensare la pena, ricercando così di restituire umanità alla vittima, ma anche all'autore del crimine. Uno schema reattivo più ampio di quello della pura sofferenza – e teleologicamente diversificato – permetterà di tenere conto dei peculiari scopi del diritto penale internazionale.

Mireille Delmas-Marty, in altro contesto, si chiedeva “come costruire *un diritto penale dell'inumano*³¹ non solo idealista ma anche realista, fortificando la giustizia su scala universale”³². A tal fine, individuava varie condizioni, tra cui la definizione dei crimini, la responsabilità penale individuale, ma anche la natura della sanzione. Insisteva anche sulla complementarità che informa il sistema della Corte penale internazionale: questa andrebbe intesa non solo come complementarità tra una dimensione domestica e internazionale, ma anche come complementarità tra un meccanismo giudiziario e punitivo e schemi altri oltre a quello repressivo.

L'insieme di risposte ai crimini contro l'umanità andrebbe ripensato non soltanto prestando ossequio alle istanze meramente retributive. Il sistema penale – se declinato nella prospettiva di reazione a crimini incommensurabili – non è soltanto, né può esserlo, quello della punizione mediante giurisdizione, volto all'accertamento processuale del fatto e alla condanna. Si è già segnalato come per tale via si ricada nella dicotomia tra umano e inumano, tra misura e incommensurabile. Come si è detto, le

²⁹ A titolo di esempio, il tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, il cui Statuto prevede l'ergastolo ha applicato questa pena nel 5.62% delle condanne irrogate. Più della metà delle condanne sono state tra i 10 e i 20 anni di reclusione (52.81%).

³⁰ Sul possibile valore costituente del “potere di non punire” come speculare all'esercizio del potere punitivo, anche per ulteriori riferimenti P. Caroli, *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, Napoli 2020.

³¹ Tale concetto consente di mettere a fuoco la contrapposizione tra misurabile (umano) e incommensurabile (inumano). Il diritto penale dell'inumano è il modello, opposto, al diritto penale del nemico.

³² Così M. Delmas-Marty, *cit.*

regole di *umanità* proprie di ogni sistema penale entrano in conflitto con la *disumanità* dei crimini da giudicare e punire. Le esigenze della commisurazione e le esigenze di una giustizia conforme al modello liberale entrano in uno stato di complessa frizione: la pena deve necessariamente preservare la misura nell'umanità anche quando affronta l'incommensurabile.

L'indagine comparata mostra come i meccanismi per rispondere ai crimini contro l'umanità hanno assunto e possono assumere una molteplicità di forme e paradigmi³³, a cui si può guardare per cercare una risposta alle aporie e alle tensioni segnalate. In particolare, interessa qui menzionare l'universo della giustizia riparativa, là dove tende a una riconciliazione e pacificazione tra i soggetti parte del conflitto, in aggiunta, dunque, allo schema meramente punitivo. Soltanto vie altre appaiono in grado di dare una definizione dei fatti comune e condivisa nella sfera politica. Al processo penale va dunque affiancato uno spazio ulteriore per sancire e chiarire nello spazio pubblico quanto accaduto.

L'analisi compiuta definisce i profili interni della tensione fra esigenze di legalità e colpevolezza ed esigenze di pubblicità, di messaggi comunicativi da mandare circa la dismisura nel segno della misura. Emerge, allora, un ulteriore paradosso: ci si confronta con crimini gravissimi del potere per cui si chiede giustizia e punizione, ma poi occorre cedere, o quanto meno aggiungere qualcosa di più, a tale istanza retributiva. Rinnovare la riflessione sulla pena per valorizzare altri schemi utili al fine di *ricreare comunità*, riparare relazioni o comunque rendere possibile la loro ricreazione.

Come ripensare e "arricchire" la risposta sanzionatoria per i crimini contro l'umanità? A prima vista, paiono percorribili due vie.

Anzitutto, si può esacerbare la sanzione in concreto perché quella astratta risulta limitata. Considerato, come si è detto, che qualunque risposta appare sempre "troppo poco" rispetto ai crimini commessi, si può parificare e colmare il divario con un trattamento molto severo. Questa può essere una via convincente sul piano populistico, ma la tensione, già segnalata, rimane: si affronta il misurabile (umano) e l'incommensurabile (inumano), per quanto con un trattamento più severo, dentro lo spazio razionale. Tale soluzione potrebbe portare verso un paradigma del nemico, svuotando inoltre di legittimità il processo. Torna qui l'opposizione tra il diritto penale dell'inumano e il diritto penale del nemico, nel senso anche di compiuta

³³ A titolo esemplificativo, possiamo menzionare l'esperienza sudafricana e l'esperienza colombiana.

disumanizzazione retributiva dell'imputato. Non è il diritto che viene governato, dunque, dall'umanità ma il diritto stesso che diventa disumano: inumanità del diritto invece che inumanità del crimine.

Una seconda via, invece, parte dall'accettazione dell'inadeguatezza della retribuzione e dalla consapevolezza che, se si vuole acquisire una dimensione di senso nel colmare la dismisura tra crimine commesso e sanzione, occorre andare alla radice di questo conflitto. Dare significato dunque a tale dismisura, colmarla nel senso di renderla intellegibile e comprensibile, così cercando di superarla. A tal fine occorre immaginare altre forme di giustizia che possono avvicinarci all'esigenza e all'obiettivo fondamentale di dare un senso all'incommensurabile, al disumano. Un intreccio tra punizione e altri percorsi permetterebbe di contribuire all'aspirazione di andare alle radici dei crimini commessi, creando un ponte verso il futuro. Solo indagando le cause nel contesto della commissione dei crimini possiamo cercare di evitare la tentazione di "scaricare" la colpa su una singola persona, che nella maggior parte dei casi non occupa nemmeno una posizione di responsabilità. La retribuzione, più che altrove, sconta le sue debolezze, dato l'immane disvalore del crimine da retribuire e la conseguente difficoltà di individuare un *quantum* di pena commisurato alla gravità dell'atto che non traccimi inesorabilmente in forme di "parossismo" o "tirannia punitiva".

In fase commisurativa ed esecutiva occorre pertanto pensare a schemi restaurativi e riparativi da aggiungere al paradigma repressivo, senza togliere i diritti dell'accusato e del detenuto. Nella ricerca di equilibrare il disequilibrio è essenziale tenere presente che la "giustizia punitiva", cioè il perseguimento e la punizione dei colpevoli di crimini smisurati, è solo uno degli obiettivi della giustizia penale internazionale. Il giudicare e punire i maggiori responsabili è incluso nello stesso Preambolo dello Statuto della Corte penale internazionale ed è senza dubbio uno degli scopi principali della giustizia penale internazionale. Non è, tuttavia, l'unico.

Il diritto penale internazionale richiede un approccio olistico e integrato alla pena che combini fattori retributivi con obiettivi collettivi più ampi. La giustificazione della pena si basa dunque su un insieme di fattori: elementi retributivi e altri aspetti, come la prevenzione del crimine, la riparazione del danno sociale o il potenziale *empowerment* delle vittime³⁴. Di qui necessario e urgente rinnovare la riflessione sulla

³⁴ K. Stahn, *A critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge, New York, Port Melbourne, New Delhi, Singapore 2019, 182 ss. È utile rammentare che nella sentenza *Plavšić*, il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia ha ribadito che le pene retributive ed esemplari non sono l'unico e inevitabile mezzo per

pena e sul diritto penitenziario internazionale. Dinanzi alla Corte Penale Internazionale, per esempio, potrebbe essere utilizzata la fase del *sentencing* per veicolare strumenti di questo tipo all'interno del calcolo della pena, introducendo l'idea che la pena può mutare nella sua rigida entità se viene fatto qualcosa di utile per la collettività, per ricostruire un equilibrio³⁵. Un tale approccio risulta legittimato *a fortiori* se si pensa che i crimini contro l'umanità sono molto spesso frutto di un'attività collettiva. Ciò fa riemergere le questioni già segnalate: la colpa è di apparato, o comunque di una collettività consistente e la sanzione punitiva è individuale. Riemerge la pena come "inciampo", più che come conferma, dinanzi ai crimini contro l'umanità, di massima gravità e necessariamente plurisoggettivi.

Un ripensamento della pena e del trattamento sanzionatorio complessivo sono necessari se si vuole altresì perseguire una dimensione maggiormente effettiva e coerente con le funzioni del diritto e della giustizia penale internazionale, disponendo per l'avvenire e non solo per il passato. Di qui l'importanza di un discorso di memoria e di riparazione. A ben vedere, in tale ambito più che in altri, il recupero e la tutela della memoria può svolgere un importante effetto curativo delle ferite del passato. Consolidare una memoria condivisa appare funzionale non soltanto all'esigenza di non scrivere la storia con le sentenze, ma anche al cercare di evitare il ripetersi di eventi nefasti nel futuro, svolgendo, dunque, una funzione preventiva di gran lunga più effettiva rispetto a quella connessa alla mera punizione retrospettiva dei fatti realizzati.

In generale, dunque, esigenze di effettività della risposta sanzionatoria – che trascendano le istanze "comunicative" pur necessarie in tale contesto – impongono di perseguire un ideale di differenziazione della sanzione, parametrato vuoi sul disvalore del fatto, vuoi sulla specificità del referente criminologico. In questo orizzonte concettuale, occorre cercare di sviluppare e applicare meccanismi *lato sensu* "riparativi" in aggiunta alla mera sofferenza al fine di permettere una diversificazione, anche *in executivis*, della risposta. Ciò potrebbe essere di aiuto anche a processare il potere economico, a processare nuovi attori, nuovi poteri, senza però annichilire tutti quei diritti del reo che sono poi la cifra dell'umanità della pena.

5. Si è soltanto abbozzato un discorso su un tema molto antico e complesso.

contribuire alla riconciliazione e alla pace; vi sono altri elementi essenziali per il raggiungimento di questi obiettivi, quale il riconoscimento dei fatti da parte degli accusati e la scoperta della verità, cfr. *Prosecutor v. Plavšić*, Caso IT-00-39 & 40/1-S, 27.2.2003, par. 80 e 81.

³⁵ Ovviamente, segnalando anche qui che l'equilibrio è una forma di misura.

Se per punizione intendiamo l'imposizione di una pena che rifletta l'ingiustizia di un crimine, scopriamo che questo non è possibile dinanzi ai crimini contro l'umanità. Non esiste una pena che possa riflettere l'ingiustizia di tali atroci condotte. Ma non è possibile nemmeno perché si è limitati dai principi universali del diritto dei diritti umani. Per quanto aberrante sia il crimine, possono applicarsi solo pene coerenti con tali principi. E ciò non solo perché così si rispettano tali limiti invalicabili, ma perché in tal modo si afferma anche il principio per cui l'ordinamento risponde ragionevolmente e non brutalmente alla barbarie. Per un comportamento disumano, punizioni umane. Inoltre, le finalità del diritto penale internazionale sono più ampie della retribuzione o della prevenzione generale attraverso l'imposizione di pene, la giustizia punitiva: la riconciliazione è anch'essa ricercata come parte del processo di giustizia di transizione e riparativa.

Giudicare e punire i crimini contro l'umanità è una necessità inderogabile. Tuttavia, occorre valorizzare un insieme di misure, anche non strettamente punitive, che possano riconoscere un giusto e innegabile spazio alle vittime e che siano in grado di superare l'aporia strutturale più volte evidenziata, integrando un messaggio che non può esprimersi soltanto con la pena retributiva. Stante la tensione tra piano della giustizia e piano comunicativo, affidarsi alla sola giustizia repressiva significa infatti sprofondare nell'antinomia irriducibile fra umano e inumano.

Per un "diritto penale dell'inumano realista e non soltanto idealista"³⁶, che possa veicolare un messaggio di civiltà a una comunità di riferimento, vi deve essere, oltre alla definizione dei crimini e alla responsabilità penale personale, una riflessione sulla natura della sanzione non solo in termini di punizione, ma anche di riparazione. Occorre individuare la via per dare significato condiviso alle tragedie agite e subite e rendere intelligibile una ricomposizione, oltrepassando l'incommensurabile alle radici del conflitto e dei crimini. È necessaria la consapevolezza di quella tensione, non risolvibile se affidata alla sola pena, e dell'obiettivo di comunicazione, riparazione e pacificazione necessaria, che deve guidare a riconsiderare l'universo degli strumenti che si utilizzano.

La "lotta all'impunità" non basta dinanzi ad una sfida così complessa. Se si vuole costruire un diritto comune dell'umanità occorre interrogarsi profondamente sulle modalità della punizione, della prevenzione, della riparazione e della riconciliazione, cercando di soddisfare esigenze comunicative e di ponte con le generazioni future.

³⁶ M. Delmas-Marty, *cit.*

Per sfuggire alla trappola del diritto penale del nemico va costruito un contro-modello, il diritto penale dell'inumano. La giustizia riparativa e l'emergere della verità sugli eventi all'interno del processo hanno la capacità di non rivolgersi esclusivamente all'autore e dunque di riportare alla misura e all'umano quelle esigenze di comunicazione e di sanzione-significazione, legittime e legittimanti, ma che se affidate alla sola pena e al solo spazio di giuridicità possono portare verso una inumanizzazione del diritto in risposta all'inumanità del crimine. Una reazione qualitativamente assimilabile al fatto ci è impedita dai principi supremi, ma ci è suggerita anche dal considerare che la reazione razionale e contenuta esprime un valore essenziale dell'ordinamento giuridico dinanzi alla barbarie. L'obiettivo del diritto, anche di quello penale internazionale, è riportare *all'umano*, non invece negarlo.