

LA CONDANNA A MORTE DI SADDAM HUSSEIN. RIFLESSIONI SUL DIVIETO DI PENA CAPITALE E SULLA “NECESSARIA SPROPORZIONE” DELLA PENA NELLE GROSS VIOLATIONS.

Massimo Donini

*Professore Ordinario di Diritto penale. Università degli studi di Modena
e Reggio Emilia.*

RESUMEN:

In questo contributo viene analizzata la condanna a morte di Saddam Hussein e la problematica del fondamento del divieto assoluto della pena di morte. È chiaro che non c'è una proporzione fra le *gross violations* (p. e. i gravissimi crimini commessi da Saddam Hussein) e qualsiasi pena immaginabile (neanche la pena capitale) e che ci sono paesi (anzi culturalmente prossimi) che non hanno un divieto della pena di morte. Questo significa che dobbiamo ancora ripensare questa pena da un punto di vista filosofico che riesca a trovare un fondamento multiculturale, tendenzialmente compartibile per le diverse culture.

Palabras clave: Teoría della pena – Pena di morte – Principio di proporzionalità – Processo penale – Divieto della pena capitale.

ABSTRACT:

The death sentence of Saddam Hussein is one of those extreme cases that put in tension the foundations of the absolute prohibition of the capital punishment, still more in the moment in which we think to extend its capacity in a universal sense and considering the fact that numerous States (Arabic Countries, China, United States, Japan, etc.) maintain it, comprised therefore occidental or liberal political systems, and not only authoritarian or religious-political systems: the compact exclusion of Europe from that group moreover regards an entity that has financed yearlong Saddam, giving him enormous amounts of war materials, also chemical, thanks which were realized the genocides that he was charged with, included the crime of the 148 died of Dujail (apart from the tortured ones, deported etc.), killed for reprisal after his assassination attempt, and on which the criminal trial has condemned him has been focused. Looking through the accusations and the numerous violations of the defensive guarantees of the process, moreover it is pointed out that the trial of Saddam Hussein has been an effective process, not like the ghost-trial that in 1984 the Iraq Revolutionary Court celebrated in order to condemn to death penalty 148 men, women and children suspected opponents of the regimen, 46 of which already were died at that time for the tortures or other causes. The vastness of the ascribed crimes to Saddam could not know “a proportioned”

penalty in any case, therefore the punishment in the “gross violations” of the international criminal law is necessarily out of proportion. In this necessary disproportion can we identify a possible humanistic valence of the criminal law based on the principle (able to renew the foundation of the absolute prohibition of capital punishment) today summarized in the idea that the value of a person cannot be compared with whichever fact he/she committed, because the value of the person is not entirely expressed by the single facts she realizes. The proportion judgment on which the capital punishment is based, results then impossible between one person (his life) and the committed facts. On such positive principle of “unmeasurability” of the distance between the value of a person and his conducts, may we refuse the capital punishment as a typical penalty of the “criminal law of the enemy”. Humanistic and religious reflections converge on this conclusion, in a multicultural dimension, which is more positive than a merely secular point of view. The criminal law culture can today carry out a task of singular importance if it indeed agrees to assert the absoluteness of that prohibition, avoiding the “church” of the western (United States) and of the oriental fundamentalisms, and remarking, from a European point of view, the human “corresponsibility” on which the refusal of death penalty is based.

Keywords: Death Penalty – Gross Violations – Criminal Procedure – Proportionality Principle.

La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla “necessaria sproporzione” della pena nelle gross violations.

Sommario: 1. Singolari reazioni alla condanna a morte di Saddam Hussein. 2. L'impossibilità di una “vendetta” attraverso il processo a Saddam Hussein. 3. Il paradosso retributivo dei crimini più gravi: la necessaria “sproporzione” di ogni pena irrogata per crimini “su larga scala” e di particolare gravità. 4 (segue). L'impossibilità di commisurare il valore di una persona a un ‘fatto’ commesso. 5. La difesa di Saddam, tra emergenza e diritto penale del nemico. Il realismo politico del diritto penale in contesti realmente “necessitati” e “di guerra”. 6. La posizione dell'Europa, tra multiculturalismo e colpa collettiva.

1. SINGOLARI REAZIONI ALLA CONDANNA A MORTE DI SADDAM HUSSEIN.

Diciamo la verità: se osserviamo i crimini che si ritengono, e in buona parte si sa, esser stati commessi (o provocati, ordinati, organizzati etc.) da Saddam Hussein, e li ripercorriamo davvero attraverso le migliaia di vittime e di efferatezze compiute, l'unica pena che appare “meritata”, per tali fatti, quella che si avvicina a una “proporzione” rispetto ad essi, è la pena di morte. Proporzionata comunque per difetto. Ogni diversa reazione mentale o psicologica alla sentenza di condanna alla pena capitale pronunciata il 5 novembre 2006 dalla Prima Corte criminale del Tribunale Criminale Supremo dell'Iraq nei confronti di Saddam Hussein e altri coimputati, con esecuzione avvenuta il 30 dicembre 2006, appena alcuni giorni dopo la conferma pronunciata nel rapidissimo grado d'appello, obbedisce a un rigoroso autocontrollo, a una contropinta razionale, che discende da un imperativo giuridico, etico o religioso, da una autolimitazione che ci si è imposti: non viene “naturale”. Oppure dipende da valutazioni esclusivamente processuali, dovute ad alcuni vizi procedurali che, secondo normative internazionali o prassi applicative occidentali di esse, hanno costellato (salvo vedere in che misura “causali” rispetto all'esito del giudizio) la conduzione e lo svolgimento del processo.

L'esecuzione di Saddam Hussein è paradigmatica perché mette in crisi le nostre certezze, dato che nessuno potrà mai dire: non andava punito affatto; né che, nella storia della pena di morte, ci siano molte persone che abbiano commesso fatti più gravi, più comprensibilmente “adeguati” a quella sanzione. In Iraq la pena di morte era stata sospesa dall'Autorità provvisoria della Coalizione nel giugno 2003, per essere reintrodotta dal governo iracheno *ad interim* l'8 agosto. Essa è stata reintrodotta per il narcotraffico, per il sequestro di persona oltre che per l'omicidio. Sotto il regime di Saddam, era condannato a morte anche chi svolgeva attività politica al di fuori del partito Baath, e le prostitute venivano semplicemente decapitate (di diritto o di fatto). La pena di morte era prevista, tra l'altro, per il furto d'auto e l'esportazione illegale di auto, la corruzione, la falsificazione di documenti, il traffico illegale di oggetti antichi, oltre che per l'omicidio e altri reati gravi, anche di natura politica o militare¹. La Shari'a, che il

¹ Sui crimini che prevedono e prevedevano, “sotto Saddam”, la pena di morte in Iraq, v. il rapporto di Nessuno tocchi Caino al sito http://www.radicalparty.org/iraq/dossier_iraq_ntc_it.pdf. Come ricorda la sentenza dell'Alta Corte Irachena, il motto frequentemente ripetuto durante il regime di Saddam, a questo proposito, era: Better to separate one's head than to separate him from making his living.

regime di Saddam non applicò rigorosamente alle leggi civili e penali (lasciando alle donne una certa indipendenza giuridica e lavorativa), contempla la lapidazione per gli adulteri: ciò che avviene tutt'oggi nell'Iraq meridionale ad opera di gruppi di civili che "fanno giustizia" da soli, con la lettera del Corano, nei confronti di simili episodi, ben oltre i limiti, si capisce, dell'esimente della causa d'onore nell'omicidio lì prevista.

Se muoviamo dall'onesto riconoscimento di questa realtà storico-giuridica e della percezione dei crimini addebitabili a Saddam Hussein, dovremo convenire che l'ultimo pensiero che poteva sorgere, leggendo la sentenza di primo grado, era che l'esecuzione inducesse anche profondi conoscitori della realtà internazionale a interpretare la condanna di Saddam Hussein come una manifestazione di vendetta da parte dei suoi avversari politici o degli Stati Uniti², o come una "pietra miliare dell'odio"³.

L'ultimo pensiero che poteva sovvenire, di fronte all'esecuzione effettivamente trasmessa da video ufficiali e non, nei giorni immediatamente successivi, era che qualcuno si sentisse provocato a rimproverare all'Italia – come Stato o come popolo – l'uccisione di Mussolini (è quanto ha fatto, per reazione, il premier iracheno Nouri al-Maliki), e che sulla nostra stampa si pensasse bene di difendere quel gesto, culminato nella successiva giustizia di piazza con lo scempio e l'esposizione pubblica del cadavere, proclamandone addirittura la superiorità rispetto all'«esecuzione barbara di Saddam»⁴.

L'ultimo pensiero che poteva sovvenire, di fronte a questo evento storico, era che esso avrebbe costituito un momento di aggregazione per riprendere a livello internazionale la discussione *contro* la pena di morte, e che l'Italia – inaugurando così il suo ingresso tra i quindici membri del Consiglio di Sicurezza in uno dei seggi non permanenti – si facesse sostenitrice di questa riapertura del dibattito in seno alle Nazioni Unite, ovviamente a esecuzione avvenuta.

La ragione di questa triplice sorpresa è molto semplice: i crimini ascritti a Saddam Hussein dopo quello che è stato un processo penale drammatico, costellato di eventi inusitati e di sicure violazioni di vari diritti della difesa (v. § seg.), e gli altri maggiori crimini a lui ascrivibili in ulteriori e possibili procedimenti penali (ne erano previsti altri undici), sono di tale gravità, vastità ed efferatezza che sottopongono *comunque* a prova l'idea che la pena di morte debba essere vietata (opzione deontologica, dunque) senza nessuna possibile eccezione, in qualunque contesto e per ogni cultura contemporanea o futura, perché nessuna pena umana appare commisurabile a simili orrori, e ogni giustizia ordinaria sembra un atto di clemenza.

Al di là delle violazioni della legge processuale, di cui ancora diremo (v. sempre il § succ.), è questa un'occasione storica per ripensare a fondo *il perché di un divieto assoluto*, ben oltre l'acquiescenza irriflessa all'opinione dominante dei Governi in Europa, ma non condivisa dalla cultura giuridica delle maggiori potenze extraeuropee (Stati Uniti, Cina, Giappone, maggioranza dei Paesi arabi). Non dovranno essere i vizi rinvenibili in quel processo ad assorbire l'attenzione, impedendoci la riflessione sulla cosa in sé.

Chiedere, infatti, che nel Paese più pericoloso del mondo, dove la vita umana oggi non vale più nulla, una sentenza di condanna per atroci delitti contro la vita e il genere umano si potesse concludere con una pena inferiore alla morte – che lì è contemplata anche per singoli omicidi e ha conosciuto da decenni (salvo la brevissima

2 Da ultimo, A. CASSESE, articolo su *Repubblica*, 31 dicembre 2006, riprendendo numerosi interventi precedenti.

3 Così D. ZOLO, *La pena di morte a Saddam pietra miliare dell'odio, Il Manifesto*, 29 dicembre 2006.

4 Così G. BOCCA, sempre su *Repubblica*, il 3 gennaio 2007 ("Mussolini e Saddam, due giustizie diverse").

parentesi ricordata, dopo la caduta di Saddam) molte esecuzioni ogni anno – sarebbe come esigere da quello Stato di entrare nella “chiesa” dei diritti fondamentali di *matrice europea*, più che occidentale, data la posizione non abolizionista, per es., degli stessi Stati Uniti che oggi controllano le istituzioni pubbliche dell’Iraq. Se, a tale proposito, un’Europa che ha venduto all’Iraq le armi chimiche (e non) con le quali sono stati uccisi migliaia di sciiti, di curdi e di iraniani⁵, e che è stata in parte alleata degli Stati Uniti e della Gran Bretagna nella guerra “contro” l’Iraq e ora della guerra “in” Iraq, non può francamente vantare il necessario *pedigree*, per ergersi a giudice di un Paese che è anche sua vittima, resta il fatto che la pretesa non sarebbe comunque esigibile e politicamente ricevibile, se non come un consiglio, per la sola considerazione che costituisce un’interferenza indebita nella giurisdizione di uno Stato (formalmente) sovrano.

Nel contesto iracheno, e dato il peso specifico delle imputazioni, l’unica alternativa alla pena di morte erano l’assoluzione o la mancata celebrazione del processo.

L’abolizione della pena di morte, o la sua disapplicazione, prima che si pensi di imporla con una risoluzione dell’ONU, esige un’autentica «fede» in una particolare declinazione dei diritti dell’uomo. Questa fede non si eredita *iure sanguinis* o *iure soli*: essa va riconquistata, talora dolorosamente, a ogni generazione. Rispetto a tale adesione culturale e politica, dunque, tutti quanti abbiamo ancora ragioni per riflettere e nelle pagine che seguiranno mi dedicherò essenzialmente a questo principale obiettivo.

Le sorprendenti reazioni italiane sopra citate, che seguono l’evento finale commentato, sono testimonianza della grande carica emotiva con la quale argomenti di questo tipo vengono discussi nel nostro Paese, la cui “coerenza” nella gestione dei diritti fondamentali *altrui* (“prima muori, poi facciamo penitenza”) non sarà qui oggetto di rilievi specifici, non essendo mia intenzione iniziare polemiche che nessuno, verosimilmente, avrebbe voglia di raccogliere, e che potrebbero condurci molto lontano, fino a discutere della valenza eminentemente politica (anche se condotta secondo “forme giuridiche”) della giustizia penale internazionale nel suo complesso.

In questo contesto, la lettura “giuridica” che è riservata al penalista, al sostanzialista *in primis*, rischia di sembrare oggettivamente secondaria.

Cerchiamo tuttavia di spiegare perché potrebbe non essere così.

2. L’IMPOSSIBILITÀ DI UNA “VENDETTA” ATTRAVERSO IL PROCESSO A SADDAM HUSSEIN.

Come premessa generale del discorso dirò che *non* intendo occuparmi *specificamente* degli *aspetti processuali* della vicenda, anche se si tratta di *profili non secondari*, perché qualunque pena “giusta” diventa giuridicamente ingiusta se applicata illegittimamente.

5 V. la dettagliata ricostruzione di R. FISK, *Cronache mediorientali* (trad. it. dell’orig. *The Great War for Civilization: The Conquest of the Middle East*), Il Saggiatore, Milano, 2005, 265-274. Anche se si è trattato, spesso, di armi o sostanze “a doppio uso” (civile o militare), di provenienza americana o europea, tedesca, francese etc., la buona fede dei venditori non è assolutamente invocabile. Basti leggere (oltre al commento) le impressionanti tabelle delle forniture di armi in cui sono state coinvolte numerosissime imprese della Repubblica federale tedesca, fino al 1990, raccolte in ben nove pagine di elencazione, dalla rivista pacifista *Tatort*, 6 novembre 1990, *Iraq. Deutsche Waffenlieferungen für Saddam Hussein*, Kommunikationszentrum Idstein, 1990, pp. 15-23. Tra queste elencazioni, che riportano il tipo di arma, i quantitativi, le società fornitrici e le fonti di stampa, compaiono numerose forniture di prodotti chimici e biologici per armamenti.

Si tratta, in ogni modo, di una ingiustizia relativa, che riguarda il destino processuale di un'accusa e non la sua sostanza (il suo coefficiente definitorio di diritto sostanziale, *in hypothesis*), e tanto più di fronte a un fatto ormai compiuto ed eseguito non possiamo esimerci da valutazioni "di fondo", che attengono alla sostanza delle cose, e anche alla storia.

Basti, sul processo, ricordare quanto segue.

Per mesi si è discusso quasi solo della legittimità *del processo* a Saddam Hussein, dato che sulla sostanza si era convinti che non ci fosse moltissimo da dire, al di là di qualche discorso 'tecnico' da avvocato difensore.

Le vittime del villaggio di Dujail, in numero di 148, furono causate dalla reazione seguita a un attentato a Saddam, l'8 luglio 1982 (l'accusa, veramente, riteneva che l'attentato fosse stato del tutto insussistente e pretestuoso), commesso da parte di poche persone, che produsse solo lo sparo di 15 pallottole contro il suo convoglio, senza nessun ferito, con successiva uccisione, da parte dell'esercito di Saddam, di nove abitanti nelle ore seguenti l'attentato, e quindi devastazione totale del villaggio – costituito da molte persone che non erano fedeli al partito Baath – da parte dell'esercito iracheno, con deportazione degli abitanti, che circa nel numero di 400 furono torturati e detenuti prima in quartieri generali dei servizi di sicurezza a Baghdad, poi nel carcere di Abu Grahیب, e in parte (un'ottantina di famiglie, con vecchi e bambini) trasferiti in un villaggio di Beduini nel deserto di Leya per quattro anni, costringendoli a enormi privazioni igienico-sanitarie e alimentari (la sentenza ricorda che i corpi di quelli che morirono in seguito a ciò furono consumati dalle iene e da altri animali selvatici del deserto), con parallela distruzione dei campi di coltivazione di Dujail per anni, prima di consentire il ritorno nei luoghi da parte della sua popolazione deportata. I 148 furono formalmente condannati a morte da una decisione del Tribunale rivoluzionario (Revolutionary Court), presieduto dal giudice Awad Hamad Al-Bandar, dopo un processo-lampo, tra la fine di maggio e il 14 giugno 1984 (secondo alcuni il processo era durato un'ora, ma la sentenza ammette una durata più ampia). Una parte dei 148, peraltro, non morirono a seguito della sentenza (tre o quattro, anzi, sopravvissero ad essa), ma concerne un terzo dei già torturati (46 per la precisione), deceduto in seguito alle lesioni subite, ma prima del giudizio penale che i 148 subirono: un terzo, dunque, non fu ucciso per effetto della sentenza che nel 1984 sancì la condanna a morte di tutti i 148 di cui all'imputazione (v. *infra*, § 5).

Per quanto non sarebbe possibile, in sede di vaglio giurisdizionale su una condanna, fare un discorso veramente "separato" (anziché solo distinto) tra la sostanza dell'accusa e le forme del processo, al contrario di quanto avviene, a livello di analisi accademica, rispetto alle due discipline (diritto penale sostanziale e processo penale), e pur conoscendo le critiche al Tribunale iracheno perché quella esercitata dall'Alta Corte Irachena sarebbe stato un esempio di "giustizia politica", o "domestica", o "dei vincitori"⁶, prescindere a ragion veduta da un'analisi strettamente processuale, per riabilitare la valenza del diritto sostanziale di fronte all'attuale discussione sulla pena di morte, anziché annullare tali profili nel processo, perché altrimenti ne potrebbe risultare vanificata la stessa analisi del significato penale di un giudizio di responsabilità *tout court*, anche a prescindere dalla sanzione effettivamente irrogata.

Poco importa se sarebbe stato meglio, come alcuni desideravano, istituire un Tribunale penale internazionale che sottoponesse al suo vaglio "giuridico" trent'anni di storia mediorientale: così peraltro affidando all'organo giudicante "esterno" (più che

⁶ Per es. D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 160 ss.

“terzo”), e su territorio magari occidentale, un compito abnorme, giuridicamente e politicamente ingestibile, con sovraesposizione politica grottesca durante un conflitto armato in corso in Iraq. Esclusa la competenza della Corte penale internazionale (per mancata sottoscrizione del Trattato da parte dell’Iraq, ma prima ancora per il divieto di retroattività che il Trattato stesso introduce rispetto alle sue “nuove” incriminazioni), la scelta di un Tribunale penale iracheno, anche se istituito *ad hoc* per questo processo e con uno speciale statuto di diritto sostanziale e processuale che ripete i modelli dei Tribunali penali internazionali costituiti in seno alle Nazioni Unite, insieme con le regole di procedura vigenti in Iraq, ha realizzato *una forma di giurisdizione per crimini contro l’umanità*, trattandosi di fattispecie dove l’assassinio, la tortura, la deportazione etc. sono giudicati in quanto commessi “in the context of a widespread or systematic attack against a group of civilian population and with knowledge of such an attack”⁷.

Si è trattato di un giudice più “naturale” di quello scelto in casi analoghi per istituire tribunali internazionali, dato il collegamento vero col territorio dove i fatti sono stati commessi, con la cultura e la nazionalità degli autori e delle vittime; “terzo” rispetto al partito Baath, ma anche privo, a quanto consta, di componenti in posizione di conflitto⁸; “precostituito” per legge non meno di quanto sia mai accaduto nei processi penali per crimini internazionali anteriori al Trattato di Roma, da Tokyo e Norimberga in poi, trattandosi di tribunali dei vincitori o di tribunali *ad hoc*.

Esso ha giudicato applicando un codice di procedura e una legge istitutiva dell’Alta Corte Irachena⁹, modellati sullo Statuto di Roma e coordinati con il diritto processuale iracheno già esistente, oltre che con quello penale relativamente alle sanzioni. Legge istitutiva irachena, giudici iracheni, pubblico ministero iracheno, sede: Baghdad.

Il problema maggiore concerne l’“imparzialità” *in action* della Corte rispetto agli accusati e dunque l’effettivo rispetto delle regole processuali vigenti (non di tutte quelle vigenti altrove, magari solo in Occidente).

La conduzione e lo svolgimento del processo hanno offerto motivo di ritenere la molteplice violazione di garanzie processuali imprescindibili, al di là del fatto che non tutte queste garanzie siano patrimonio comune della procedura penale irachena applicata.

Eventi abnormi hanno accompagnato il *trial*: uccisioni di difensori, minacce, ricusazioni, astensioni e sostituzioni di giudici, con mutazioni ripetute del collegio giudicante mediante sostituti non sempre pienamente presenti a tutta la precedente raccolta delle prove, con scioperi della fame, lesioni di alcune “garanzie” relative soprattutto a taluni tempi per preparare la difesa, alla *discovery* ritardata di una parte delle prove dell’accusa, mostrate alla difesa solo durante il dibattimento, alla lesione del diritto di assistere pienamente alle deposizioni testimoniali “protette”, al “clima” generale di guerra intorno e dunque in certa misura anche dentro al processo, con manifestazioni di stizza e scherno da parte del Presidente del collegio, tale da non “apparire” imparziale verso alcuni imputati, con forme di boicottaggio della Corte da parte dei difensori di fiducia di Saddam, sostituiti da difensori d’ufficio, etc.¹⁰, per non parlare dei tempi giu-

7 Rinvio in particolare a M. BOHLANDER, *Can the Iraqi Special Tribunal Sentence Saddam Hussein to Death?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 463 ss.; S. ZAPPALÀ, *The Iraqi Special Tribunal’s Draft Rules of Procedure and Evidence*, *ibidem*, 2, 2004, 855 ss.

8 Sulla ricusazione del Giudice Ra’ouf e le ragioni del suo rigetto cfr. M.P. SHARF-M.A. NEWTON, *The Iraqi High Tribunal’s Dujail Trial Opinion*, cit.

9 La Law No. (10) 2005 of the Iraqi Special Tribunal.

10 Il rapporto dell’Human Rights Watch, *Judging Dujail. The First Trial Before the Iraqi High Tribunal*, Vol. 18, Nr. 9, November 2006, ritiene essenzialmente “unfair” il processo, e si fonda sulla violazione, più che

gulatori dell'appello, della mancata trascrizione in un verbale del giudizio primo grado, peraltro integralmente videoregistrato, che hanno reso di fatto impossibile un esercizio formalmente corretto dei diritti di difesa in vista del secondo grado, tale da farne un appello strozzato.

Ciononostante, la difesa "di fondo" di Saddam si era fondata in primo grado, sul piano della sostanza, oltre che sul rigetto dell'accusa di organizzazione e partecipazione morale all'esecuzione di 148 cittadini di Dujail (ed efferatezze connesse: v. *infra*) perché presunti complici dell'attentato al dittatore, anche sulla legittimità politica e giuridica di quel tipo di risposta militare contro il terrorismo interno, che produsse l'annientamento fisico di un villaggio in conseguenza di 15 colpi sparati contro un convoglio presidenziale, da parte di poche persone.

Le due prospettive, peraltro, si contraddicono.

La difesa, infatti, asseriva il diritto, in base alla stessa legge irachena del tempo, di reazioni di tale sproporzione che potevano apparire naturali solo in un regime che aveva fondato su tali condotte di terrorismo di Stato una parte considerevole del suo potere e stile di governo e che potevano essere sconosciute al capo dello Stato, del Governo e dell'esercito, solo se si fosse trattato di vicende ordinarie o di dettagli, ma non per una questione che riguardava direttamente la gestione della risposta a un attentato alla sua persona.

Chi parla di vendetta – magari senza aver letto la motivazione della sentenza di primo grado, disponibile in lingua inglese, costituita da 298 pagine¹¹ – sembra dimenticare che cosa potrebbe mai significare una reale "vendetta" rispetto alle accuse all'ex dittatore iracheno.

Ciò per la semplice ragione che i crimini ascritti a Saddam Hussein – questi giudicati, insieme a tutti gli altri imputabili – non sono "vendicabili" contro di lui, né tanto meno lo sono mediante un processo penale effettivo o apparente.

Infatti: se la vendetta, a differenza della giustizia, non è richiesto che sia proporzionata ai fatti vendicati, potendo benissimo superarli in gravità, nel caso di specie neppure uccidendo tutta la famiglia di Saddam, salvo pensare di distruggere fisicamente il partito Baath, si potrebbe compensare quanto egli ha realizzato o fatto eseguire o tollerato in venti-trent'anni di regime, dalle deportazioni di massa, alle torture sistematiche con scariche elettriche, bastonate, privazioni del sonno, bruciature, estrazioni di unghie e denti, perforazione delle ossa con trapani elettrici, minaccia di stupro e apertura del ventre, fino all'omicidio diretto, alle deportazioni e alle sistematiche eliminazioni di

della legge irachena applicata dalla Corte, del Patto sui diritti civili e politici che vincola l'Iraq (sottoscrittore dal 1976) a un processo penale "fair", scondo l'art. 14 del Patto (qualifica articolata in una serie di requisiti desunti dall'interpretazione occidentale dell'equità garantita del processo penale). La sentenza pubblicata, peraltro, motiva ampiamente in ordine a numerose censure mosse all'istituzione del Tribunale, in particolare alla non retroattività delle norme sostanziali applicate, che riguardano pene per delitti comuni di omicidio da sempre previste nel codice penale iracheno e "contenute" nelle solo apparentemente nuove disposizioni sui crimini contro l'umanità introdotti nel 2005 con l'istituzione del Tribunale speciale; così pure in ordine ai tempi riservati ai difensori per la preparazione del processo, alle scorrettezze processuali del collegio di difesa di Saddam Hussein che boicottava le udienze, alle tentate e ingiustificate ricusazioni di un giudice, al "clima" nel quale difesa, accusa e giudicanti tutti hanno dovuto operare. Per una utile ricostruzione di queste censure e della motivazione della sentenza sul punto cfr. M.P. SHARF-M.A. NEWTON, *The Iraqi High Tribunal's Dujail Trial Opinion*, pubblicato nella rubrica *ASIL Insight*, consultabile in <http://www.asil.org/insights/2006/12/insights061218.html> sito web dell'American Society of International Law, December 18, 2006, Volume 10, Issue 34.

¹¹ A spazio 1 in formato A4. La traduzione inglese (non ufficiale) delle motivazioni della sentenza si può leggere al sito web <http://law.case.edu/saddamtrial/dujail/opinion.asp>

villaggi, militari o nemici mediante uso di napalm e di gas (nervino, iprite) capaci di distruggere i tessuti, interni ed esterni, fino a uccidere o a produrre lesioni per tutta la vita, anche degli eventuali discendenti. La vendetta, dunque, non potrebbe essere mai veramente soddisfatta dalla sua uccisione.

Ma neppure la “giustizia”, se riduttivamente intesa come proporzione, potrebbe mai trovare una soddisfazione equa, appena si consideri la povertà dei mezzi legittimi di risposta che ha a disposizione un organo giurisdizionale rispettoso dei diritti fondamentali e li si raffronta con le migliaia di vite che le accuse mettono sul conto di Saddam Hussein.

Orbene, se le vittime accertate (a parte i torturati, i deportati, quelli lesionati per la vita intera, con offese giudicate mediante la condanna contestuale a pene temporanee), e alle quali si riferisce la sentenza che è stata eseguita, riguardano solo una prima decisione giudiziaria tra le varie attese dalla programmazione di altri processi, in ogni caso, anche circoscrivendo il giudizio di “proporzione” alla commisurazione di una pena irrogabile a un uomo per quegli episodi relativi all’attentato del 1982, nessuna sanzione possibile appare proporzionata all’entità delle offese commesse, così come nessuna proporzione ci fu tra l’attentato e la reazione che ne seguì.

3. IL PARADOSSO RETRIBUTIVO DEI CRIMINI PIÙ GRAVI: LA NECESSARIA “SPROPORZIONE” DI OGNI PENA IRROGATA PER CRIMINI “SU LARGA SCALA” E DI PARTICOLARE GRAVITÀ.

La valutazione ora compiuta, del resto, riguarda tutti i maggiori crimini di cui si occupa il diritto penale internazionale. Nessuna delle *gross violations*, realizzate su larga scala nella forma consumata, può essere compensata con una pena davvero “proporzionata” ai fatti commessi e irrogata a una singola persona responsabile. Ogni giustizia retributiva, sul piano dei grandi crimini del diritto penale internazionale, appare sproporzionata per difetto, se la commisuriamo ai beni aggregabili da parte della legge in capo a ogni singolo responsabile.

Lo scopo di questa “giustizia”, dunque, non può ridursi a quello di una equa retribuzione individuale, dato che neppure la vendetta (sovente sproporzionata per eccesso) riuscirebbe a risultare compensativa.

In questi pochi dati è contenuto un autentico paradosso. Lo possiamo chiamare *il paradosso retributivo dei crimini più gravi* (delle *gross violations*)¹².

La giustizia in quanto tale non esiste senza una proporzione commisurativa tra la pena applicata e la gravità del reato commesso.

Questo criterio di proporzione, erede delle vecchie teorie retributive della pena, sorregge ancora oggi le concezioni finalistiche della sanzione penale, quelle che la orientano alla prevenzione speciale, alla rieducazione, alla risocializzazione del reo, oltre che – nella fase soprattutto della minaccia – alla prevenzione generale dei reati e alla implementazione dei valori protetti. Nel senso che quelle proiezioni finalistiche, che “relativizzano” la pena, appaiono eque se conservano in ogni caso un rapporto di

¹² Tale paradosso era apparso evidente durante il processo ad Eichmann, soprattutto allorché si discusse sull’esecuzione della sua condanna a morte. Ne riferisce H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem* (1963), tr. it. *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, [1964], 2000, 257

proporzione con il fatto, che le delimita soprattutto *in bonam partem*, segnando una sorta di confine ultimo oltre il quale le ragioni di scopo non possono andare, potendo solo, se del caso, scendere al di sotto del livello oggettivamente proporzionato.

Sappiamo, però, che alla pena proporzionata si può sempre rinunciare, in quanto ragioni di prevenzione speciale, di pace sociale, di mancanza di prevenzione generale, possono imporre o consigliare attenuazioni e persino rinunce alla pena che pur sarebbe adeguata sotto il profilo della compensazione della colpevolezza e della commisurazione rispetto all'offesa.

Il problema si fa più acuto quando in modo costitutivo alcuni crimini dovessero conoscere *una pena necessariamente sproporzionata per difetto*.

Neanche la morte del colpevole sarebbe proporzionata a un genocidio consumato, pur conservando una sorta di equiparabilità con il tipo di offesa, più "equivalente" di tutte le altre pene oggi ammissibili.

Ebbene, il paradosso di una giustizia necessariamente sproporzionata per difetto rappresenta *un limite della giustizia penale in genere* e non può essere di scandalo o di ostacolo alla sua legittimazione.

Anzi: *proprio questo paradosso legittima e fonda l'umanità della giustizia penale* che non si lasci sviare verso atrocità o verso reazioni che superano le responsabilità individuali e i limiti della dignità dell'uomo.

4 (SEGUE). L'IMPOSSIBILITÀ DI COMMISURARE IL VALORE DI UNA PERSONA A UN 'FATTO' COMMESSO.

Il limite assiologico ora indicato sta alla base dell'identità umanistica del diritto penale. Finché potremo conservarla, questa identità umanistica basata su un'autolimitazione realizza un diritto penale più desiderabile.

Il *fondamento di tale limite* risiede nel *principio dell'incommensurabilità tra persona e fatto commesso*: nessuna pena irrogata a una *persona* privandola di beni fondamentali (come la vita o la libertà) può essere veramente commisurabile a un *fatto* da quella commesso¹³. E ciò perché non c'è fatto negativo già commesso che assorba il valore della persona, o nel quale essa si esprima integralmente e definitivamente per "annullarsi" in quel fatto. Il valore della persona è perciò necessariamente *incommensurabile* rispetto al significato di singoli fatti da quella posti in essere. Ne consegue che non c'è fatto commesso che determini in capo al suo autore la perdita dell'umanità, della sua dignità e del suo valore.

Prendere "sul serio" questo postulato significa cominciare a comprendere l'estrema relatività di *tutte* le nostre pene, dei nostri cataloghi sanzionatori e "decaloghi" codicistici¹⁴. Ma non intendo spingermi tanto oltre, e approfondire ora questi profili più generali della giustizia penale.

13 Si consenta di rinviare, per un approfondimento di tale considerazione nel quadro del tema delle cornici edituali della pena in generale, a M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, 269-279. Mentre il risarcimento civile è sempre davvero razionalmente "commisurabile" (v. ancora, per un raffronto, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, 49-57), la sanzione punitiva segue percorsi di ben più difficile e complessa razionalizzazione.

14 Nessuno può dire, per es., che il furto va punito con la reclusione da 6 mesi a 10 anni, più la multa (art. 624-625 c.p.), o che l'omicidio colposo va punito con la reclusione da 6 mesi a 5 anni (art. 589, co. 1,

Quando il principio ora definito si scontra con crimini “enormi”, dove una vita (quella dell’autore) sta di fronte a moltissime altre (quelle delle vittime), anche in tal caso rinnova il suo valore: poiché non c’è commensurabilità tra il fatto e la persona del reo, è impossibile “barattare” la sua vita con quella delle vittime, dato che la sua vita non si annulla nel fatto commesso e nessuna vita è sacrificabile ad altre vite, a prescindere dal numero di queste. Un siffatto sacrificio, in punto *di diritto*, può essere “giustificato”, ovvero “scusato” solo in situazioni necessitate e a fini di “difesa” (v. il § seg.), e accadere *di fatto* nell’ambito dell’azione dello Stato, in contesti bellici e di emergenza che hanno perduto il livello di umanesimo penale e di “giuridicità” che fonda il principio dell’incommensurabilità tra persona e fatto.

Siamo giunti così alle soglie del “diritto” di guerra e di quello del nemico.

5. LA DIFESA DI SADDAM, TRA EMERGENZA E DIRITTO PENALE DEL NEMICO. IL REALISMO POLITICO DEL DIRITTO PENALE IN CONTESTI REALMENTE “NECESSITATI” E “DI GUERRA”.

*Nel processo a Saddam Hussein, la tesi difensiva principale è consistita nell’assumere che la “rappresaglia” contro gli abitanti di Dujail, ordinata dal dittatore iracheno, costituì un’emergenza dettata dalla lotta al terrorismo interno, presente a Dujail, e che era alleato con i nemici iraniani al tempo della guerra Iraq-Iran. La motivazione della sentenza espone agevolmente, in senso contrario, che non vi era nessuna necessità, né vi fu alcuna proporzione nel tipo di reazione contro un intero villaggio, reazione che è stata voluta per finalità di vendetta indiscriminata e di prevenzione generale nei confronti di ulteriori possibili attentati, come pubblicamente ammesso dallo stesso Saddam in registrazioni “non sospette”, perché anteriori al processo *de quo*.*

Saddam Hussein ha inoltre ammesso davanti al Tribunale che gli spari provenivano da poche persone, che utilizzarono due kalashnikov in tutto: ciò che dà spazio per la conclusione del Tribunale circa la sua piena consapevolezza dell’enorme eccesso nella reazione repressiva contro terzi giuridicamente estranei all’attentato.

Le argomentazioni della sentenza sulla sua responsabilità di capo, che per voler saggiare ogni argomento si spingono improvvidamente a evidenziare anche eventuali responsabilità d’omissione per mancato controllo (e qui veramente le “definizioni” dello Statuto della Corte recepiscono un diritto nuovo, che non potrebbe valere retroattivamente, a differenza della sostanza dei crimini di parte speciale che giustificano la pena per fatti pacificamente punibili prima del 1982, anche alla luce della normativa penale irachena interna e dei principi consuetudinari, oltre che pattizi, del diritto internazionale, che vincolavano l’Iraq), si fondano però soprattutto sul potere assoluto del dittatore iracheno, sulla fondamentale attenzione che egli non può non aver dedicato in prima persona alla reazione seguita all’attentato alla sua persona, e al suo pieno, consapevole coinvolgimento attivo e volontario nelle attività svolte dai subordinati, giudici “rivoluzionari” compresi. Egli stesso, nel corso del *trial*, non è venuto meno al suo

p.). Nessuno di questi fatti è veramente “commisurabile” alla perdita della libertà e tanto meno a una sua evidente quantificazione. Tutto andrà dunque ripensato, giustificato, spiegato e *motivato* anche in ragione di considerazioni di scopo. La loro assenza è espressione di una permanente illusione retribuzionistica (l’esistenza di un catalogo di beni lesi disposti in ordinata gerarchia, e di pene “corrispondenti”, senza considerazioni di scopo), ovvero di una sopravvalutazione della politicità “insindacabile” della pena, tanto quanto, appunto, la pena di morte.....per gli stati che la applicano.

ruolo di capo, e come ricorda la sentenza di primo grado, ha ostentatamente sfidato il giudizio: “It is not my habit to rely on others”.

La logica del nemico governò interamente l'azione governativa e militare, che non ebbe nessun supporto giuridico: ci si inventò, anzi, una decisione del Tribunale rivoluzionario (Revolutionary Court), presieduto dal giudice Awad Hamad Al-Bandar, che inscenò un processo-lampo per l'attentato a Saddam, processo ritenuto oggi “illusory” dal Tribunale Criminale Supremo di Baghdad, tra la fine di maggio e il 14 giugno 1984 (testi d'accusa lo ritenevano celebrato nel corso di un'ora), per giustificare l'ordine di condannare a morte per impiccagione 148 abitanti del villaggio, tra cui una ventina minorenni (tra i 12 e i 17 anni) al tempo dell'attentato a Saddam, una parte dei quali (quarantasei), in realtà, era già deceduta prima di quel giudizio per effetto delle torture subite nei quartieri generali dei servizi segreti iracheni, come risulta da documenti in possesso di Saddam Hussein e dei Servizi segreti iracheni, oltre che da altre prove testimoniali e documentali, e da audioregistrazioni confessionarie dello stesso Saddam, sull'uso politico dell'“esempio” dato con la repressione nei confronti degli abitanti di Dujail¹⁵. Il dittatore iracheno ratifica la sentenza due giorni dopo la sua pronuncia, che sancisce la morte di 148 presunti attentatori alla sua vita, quando invece egli sapeva che i reali attentatori non erano stati più di una decina¹⁶. La Corte, del resto, non verifica neppure i loro nomi, altrimenti si sarebbe dovuta accorgere che c'erano 20 minorenni che non potevano essere sottoposti a giudizio penale, oltre a doversi accorgere, appunto, che ben 46 del totale degli imputati erano già morti. Di qui la conclusione insuperabile sulla sostanziale apparenza e sulla strumentalità omicida del processo.

Al-Bandar, pertanto, è stato anch'egli condannato a morte per aver commesso un plurimo omicidio realizzato mediante un fittizio processo penale, usato come mera arma politica: il processo come arma, dunque, cioè una *forma pura di diritto penale del nemico*¹⁷.

Mentre in Europa qualcuno teorizza la legittimità di binari penalistici di diritto penale del nemico per contrastare in particolare (ma non solo) il terrorismo¹⁸, abbiamo qui, pienamente dispiegata, una sua manifestazione contemporanea. La pena di morte che ne ha sancito l'illiceità giuridica, soggiace anch'essa, purtroppo, alla medesima logica del nemico.

15 Come motiva la sentenza di primo grado sul punto: “These documents and files whose authenticity this tribunal has verified and arrived at a conviction regarding them, proves that the trial was illusory, in the sense that there was no trial for the rest of the (148) individuals of Al Dujail citizens who were alive at the time of issuing the referral order, since it has been proven in these documents that there were (46) individuals from among those whose names were set forth in the decision were liquidated (killed) during the investigation and their names were sent with the names of the others to be tried, or more accurately to be sentenced to death by hanging at a time when they were already dead, but actually they were sentenced to death along with others by hanging until dead!”

16 Veramente, come emerge dalla motivazione della sentenza di primo grado della Corte Suprema irachena, il capo d'accusa del processo del 1984 ai presunti attentatori era più ampio e contestava fatti diversi dall'attentato, riguardando “sabotage, threatening security of the country, and being agents of a foreign power.”

17 Si consenta di rinviare, per la tematizzazione di questo assunto, a M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, 273 ss.; e soprattutto sugli aspetti processuali e “giurisdizionali” del fenomeno, a ID., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. KOSTORIS e R. ORLANDI, Giappichelli, 2006. Sul tema v. altresì le raccolte antologiche AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. DONINI e M. PAPA, Giuffrè, Milano, 2007; CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA Díez (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Edisofer S.L., Euros Editores, B de F Ltda., Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2006, voll. I, pp. XXIII-1111; vol. II, pp. XXI-1173.

Le *forme* della sua realizzazione, peraltro, risultano in assetto con logiche processuali e sostanziali più consuete e accettate dalle giurisdizioni di moltissimi Stati contemporanei, e pressoché di tutti gli Stati fino alla prima metà del Novecento. Nessuno comprende, dunque, perché l'ONU dovrebbe intimare all'Iraq di sospendere queste esecuzioni, se ciò non viene direttamente chiesto, per es., agli Stati Uniti, alla Cina¹⁹ o al Giappone (Cina e Stati Uniti, come noto, hanno insindacabile potere di veto nelle risoluzioni delle Nazioni Unite).

La stessa cultura giuridica occidentale, a ben vedere, continua a riconoscere ai singoli un *potere di morte* che oggi disconosce allo Stato: nella legittima difesa e nello stato di necessità. Ai singoli individui, infatti, è data l'autorizzazione a uccidere se "costretti dalla necessità" (per ripetere l'espressione del codice penale italiano agli artt. 52 e 54) di salvare un bene corrispondente, alle condizioni previste dalle suddette scriminanti.

Saddam Hussein, per es., avrebbe potuto essere "legittimamente" ucciso molte volte (in ipotesi teorica, tante quante erano le vittime potenziali di cui alle imputazioni), applicando la scriminante comune della *legittima difesa*, e molto tempo prima dell'esecuzione della condanna inflittagli, se ciò fosse stato fatto da qualcuno (anche diverso dalle vittime "ascrritte" a Saddam, ma al fine di salvarne qualcuna) che avesse compiuto l'azione nel momento in cui ciò sarebbe servito *per salvare* le persone offese dall'imminenza delle azioni criminali ordinate dal Capo di Stato iracheno.

E' solo a *posteriori* che ciò è vietato ai singoli e, in Europa, anche allo Stato. Permesse fino a moltissime volte, *prima* dei crimini commessi (e per impedirli), mai *dopo*, trattandosi in questo caso di "vendetta", o comunque di pena oggi vietata (per analoghe ragioni).

Peraltro, anche quando lo Stato riconosce al singolo il potere di uccidere in situazioni necessitate, una buona parte degli ordinamenti esclude che vi possa essere giusta "proporzione" tra la minaccia alla vita di una persona e la vita di un'altra persona *innocente*, diversa dunque dall'*aggressore*.

Ciò distingue la *proporzione* nella *legittima difesa* rispetto allo *stato di necessità*.

Quando, nello *stato di necessità*, chi agisce è "costretto" a sacrificare un terzo innocente a proprio favore (*mors tua vita mea*), ovvero soccorre un terzo che rischia di soccombere (c.d. soccorso di necessità) e sacrifica a tal fine un innocente, la necessità non "giustifica" il sacrificio di un innocente, anche se il codice penale italiano non ha veramente recepito questo principio e rimane un codice utilitaristico e cinico, a questo riguardo²⁰. Si parla piuttosto, in questi casi, di stato di necessità solo "scusante", non giustificante (questo il modello tedesco, per es., non recepito dal codice penale italiano, salvo che nei progetti di riforma), e i sistemi di *common law*, a loro volta, negano che

18 Sulla posizione di G. Jakobs, in particolare, v. ampiamente tutti i contributi cit. alla nota prec.

19 La Cina, come è noto, è lo Stato che conosce incomparabilmente il numero più alto di condanne a morte eseguite: si pensi che nel 2001, delle 4643 esecuzioni avvenute nel mondo, almeno 3500, cioè il 74,5% del totale, erano state eseguite in Cina. Il dato è contenuto in Nessuno tocchi Caino, *La pena di morte nel mondo*. Rapporto 2002, Marsilio, Venezia, 2002, 9. Successivamente il *trend* si è accentuato. Nel 2005 le esecuzioni nel mondo sono state almeno 5494 (e 5530 nel 2004), di cui circa 5000 in Cina. Queste le cifre c.d. ufficiali, benché secondo alcune fonti le esecuzioni in Cina sarebbero maggiori di alcune migliaia. Cfr. ancora Nessuno tocchi Caino, *La pena di morte nel mondo*. Rapporto 2006, Marsilio, Venezia, 2006, 15 s., 17 s.

20 La collocazione e applicazione costante e tradizionale dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. ne prevede comunque la funzione di causa di giustificazione, anche se usato come soccorso di necessità a favore di terzi (non del soggetto agente), e anche in caso di sacrificio del bene-vita, commisurando parimenti una vita salvata con più vite sacrificate. Solo letture più recenti – che valgono soprattutto *de lege ferenda* – distinguono uno stato di necessità giustificante da uno scusante.

la *duress* (necessità operante sul piano psicologico e derivante da minaccia umana o da circostanze di fatto) o la *necessity* (costrizione dovuta a eventi naturali e fondata sul mero bilanciamento di interessi) si applichino ai casi di omicidio, e dunque che si possa bilanciare “vita contro vita”.

Neppure la necessità di salvare molte più persone può dunque “giustificare”, autorizzandolo, il sacrificio di una vita innocente²¹. Per tali ragioni, la necessità presenta, in simili ipotesi, un mero valore di “scusante”, che opera sul piano soggettivo o della colpevolezza: e in tal senso la *necessity* è prevista con efficacia scusante anche dall’art. 31 lett. d) dello Statuto di Roma, per i crimini internazionali di competenza della CPI²².

Ognuno comprende, però, che se anche si nega (come molti fanno) che la scriminante dello stato di necessità si applichi allo Stato e ai suoi organi²³, nondimeno questi possono realmente agire in situazioni necessitate e adottare, sulla base di quella *ratio*, discipline *legali* di emergenza, che autorizzano azioni armate e di guerra: non invocare lo stato di necessità giuridico (la scriminante comune) per agire senza leggi, ma invocare lo stato di necessità politico per giustificare provvedimenti normativi di eccezione.

Orbene, alla luce di quanto sopra descritto, il Tribunale Speciale iracheno risulta avere chiaramente accertato l’assoluta sproporzione tra l’azione del Governo, dei servizi segreti, degli organi dello Stato di Saddam Hussein e l’attentato del luglio 1982. Su tale giudizio, alla luce delle testimonianze emerse nel processo e delle conoscenze di cui oggi disponiamo, non possono sussistere dubbi, anche se vi sono state lesioni dei diritti della difesa tali da giustificare comunemente l’invalidazione delle condanne.

Lo ‘stile’ di quella esecuzione di massa, d’altro canto, risponde a quello di innumerevoli altre azioni storicamente e notoriamente addebitate al regime del dittatore iracheno.

Resta dunque – ai fini e nei limiti del nostro intervento, di diritto sostanziale – il problema della pena di morte come forma di sanzione tipica del diritto penale del nemico, perché mira alla pura eliminazione di un avversario.

Nella valutazione di molti ordinamenti, anche occidentali, si reputa che sul piano più generale dell’azione dello Stato in campo penale, non ci si possa sempre “permettere” un’autolimitazione costruita sul postulato dell’incommensurabilità della vita umana con altre vite, al di fuori dei casi di legittima difesa individuale in senso stretto.

In effetti, occorre riconoscere questa possibilità storica e paventarne l’occorrenza, attesa la politicità (e non semplicemente la desiderabile “moralità”) del diritto, e della ‘forza’ che il diritto disciplina e limita. La superiorità dello *standard* del rispetto dei diritti fondamentali da parte di una posizione come quella qui sostenuta è dunque consapevole di una qualche propria relatività storica.

21 Per una rigorosa enunciazione di tale principio, nel diritto penale tedesco, cfr. H. WELZEL, *Zum Notstandsproblem*, in *ZStW*, Bd. 63, 1951, 51, nonché quanto osservato in M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 769 s., a proposito della sentenza di illegittimità costituzionale della Corte cost. tedesca dell’11 gennaio 2005 (1 BvR 357/05) sul § 14 Abs. 3 del *Luftsicherheitsgesetz* dell’11 gennaio 2005, e succ. mod., che prevedeva «l’intervento immediato con la forza delle armi.....solo quando, secondo le circostanze, ci si debba attendere che l’aereo verrà utilizzato contro la vita di esseri umani, e che l’uso delle armi rappresenti l’unico mezzo di tutela contro questo pericolo attuale»

22 Rinvio, per questi profili, a V. CACCAMO, *Lo stato di necessità*, in E. AMATI, V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2006, 247 s., 263 ss.

23 Cfr. i richiami in M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit., 274, nota 126.

Alla lesione dei diritti fondamentali degli altri, talora, si può ovviare solo mediante il sacrificio dei propri, e questo non sempre è esigibile, come ognuno comprende. Come esiste la legittima difesa individuale, esiste la difesa dello Stato e della collettività.

Senonché, per le situazioni emergenziali è sempre possibile l'impiego di autentici strumenti di guerra, anziché l'impiego del *diritto* penale in funzione di guerra per annientare un "nemico".

Quando interviene la giurisdizione, cessa la lotta politica, e se non cessa, è la giurisdizione a venire meno²⁴: emblematicamente, proprio il processo finto del maggio-giugno 1984, imputato al suo presidente Awad Hamad Al-Bandar e all'origine della condanna di Saddam Hussein, costituisce un esempio estremo di questo concetto, *il paradigma del diritto processuale penale del nemico*.

La *pena di morte*, invece, rappresenta, sul piano del *diritto* penale *sostanziale*, l'espressione sanzionatoria più chiara di un *diritto penale del nemico*, perché è diretta all'annientamento di un avversario, meglio ancora che alla sua mera neutralizzazione.

Il processo-fantasma giudicato dall'Alta Corte irachena e il processo da essa stessa oggi condotto ("il processo sul processo") sono, forse, due lati della stessa realtà, ma non situazioni equivalenti e sovrapponibili, come qualche critico vorrebbe implicitamente suggerire.

Non sono due giudizi sovrapponibili come potevano esserlo le tesi dottrinali e i personaggi dei due teologi antagonisti (uno eretico e uno ortodosso, in vita), nella novella di Borges, che pure riguarda la pena di morte, ma per colpe d'eterodossia²⁵: sì che i due teologi, morti l'uno bruciato per eresia (*poena civilis*) e l'altro, suo accusatore nel processo, da un incendio (*poena naturalis*), si ritrovano al cospetto del Creatore, il quale sembra confonderli l'uno con l'altro, perché in realtà sono *insieme* una sola persona.

Qui si è trattato invece di un *processo effettivo*, per quanto viziato dal mancato rispetto di numerose garanzie, che ha giudicato su un massacro attuato attraverso un *processo finto*.

Entrambi si collocano in una prospettiva di *diritto del nemico*²⁶, ma la finalità di annientamento appare declinata in misura profondamente diversa: anche la pena di morte è "diritto", dove vige, finché fonti superiori che ne statuiscano l'invalidità non assurgano a principi giuridicamente cogenti. Analogamente, la violazione concreta di regole processuali (vigenti) rende illegittimo il processo o il suo esito, ma occorre distinguere là dove un processo, ancora, c'è stato, dal caso nel quale sia sostanzialmente mancato²⁷.

24 Per una compiuta trattazione dell'assunto, v. M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., § 8 e *passim*.

25 J.L. BORGES, *Los teólogos*, in *El Aleph* (1952), tr. it. *I teologi*, in *L'Aleph*, Feltrinelli, Milano, 1982, 34 ss.

26 In particolare, il processo a Saddam ricalca gli schemi del "nemico sconfitto", paradigma tipico del diritto penale internazionale "del nemico": v. E. FRONZA, *Diritto penale del nemico e giustizia penale internazionale*, in corso di pubblicazione (§ 2).

27 Come ricordato nei lavori cit. a nota 17, il c.d. diritto del nemico si attua soprattutto a livello pre-processuale (oltre che extrapenale), mentre quando interviene la giurisdizione essa cessa di essere tale se si converte in uno strumento di neutralizzazione o annientamento, di guerra etc., e dunque le forme strettamente processuali di questo fenomeno appaiono più sottili, mascherate. Nondimeno, pur potendo inquadrare entrambi i processi di cui trattiamo nella dimensione della guerra, e non semplicemente della lotta, credo che le differenze – come evidenziato nel testo – non possano essere livellate in un giudizio estremistico di indistinta illegittimità.

Le motivazioni della sentenza – va anche detto –, potevano essere più puntuali su alcuni nodi specifici della ricostruzione degli elementi personalizzanti la responsabilità, e più perspicue in punto di elemento soggettivo, soprattutto rispetto alle imputazioni (*sic*) “minori” (torture, deportazioni etc.) ascritte a un Capo di Stato in forma di complicità morale, ma le tentazioni assimilatrici dei giuristi occidentali devono mantenere il senso delle proporzioni. Vero è che una parte dell’Occidente voleva celebrare se stessa attraverso un grande accertamento (su trent’anni di storia), piuttosto che con una condanna (e un’esecuzione) ignominiosa che toglie legittimazione conclusiva allo “sforzo costruttivo” degli internazionalisti della pena accorsi a Baghdad.

In questo clima, il solo fatto di “pretendere” (*sic*) una soluzione diversa da quella prevista dalla stessa legislazione ordinaria irachena applicata nella fattispecie – essendosi irrogata la pena ordinariamente prevista per reati di omicidio volontario – è valso come una richiesta politica di non celebrare affatto il processo, oppure come un giudizio sulla pena di morte in generale, che non involge specificamente “il processo a Saddam”.

Esattamente per tali motivi riesce difficile, o se vogliamo ambiguo, calare *oggi* dall’alto la “nostra” politica dei diritti dell’uomo nell’inferno di Baghdad e di Bassora, perché non sembri una sorta di pretesa europea aliena, esterna, ipocritamente dottorale per giunta, perché insegna o reclama il bene dopo aver praticato il male. Le censure europee sono l’espressione – se non di un senso di colpa – certo di un livello di pace sociale, di un assetto politico-istituzionale che per criticare la giustizia dei vincitori, e in particolare degli Stati Uniti, disconosce la stessa giustizia penale dei vinti e delle vittime (anche se lì nessuno è vero vincitore, oggi), che rischerebbero di percepire una condanna diversa da quella alla pena capitale come un’ulteriore sconfitta della loro autonomia, della loro cultura e della loro politica.

Il riconoscimento del *valore etico* di una condanna a una pena non capitale anche in un caso del genere – e dunque *sempre, senza eccezioni* – suppone invece che la sua statuizione sia *previamente* maturata nella legislazione e dunque nella cultura di un popolo. Per tale motivo le richieste che oggi provengono dall’Europa sembrano dirigersi o doversi dirigere più agli Stati Uniti che non al mondo arabo o cinese: la superiorità del sistema di valori che si propone esige, infatti, una presentazione diversa, e innanzitutto che si cominci a chiedere l’abolizione della pena capitale presso coloro che condividono i postulati della laicità dello Stato, della democrazia e dello Stato di diritto, anziché esigerla *in primis* da uno Stato musulmano la cui legislazione e amministrazione della giustizia ha ricominciato, dopo la caduta di Saddam, a conoscere collegamenti sempre più chiari con la Shari’a²⁸.

6. LA POSIZIONE DELL’EUROPA, TRA MULTICULTURALISMO E COLPA COLLETTIVA.

Paradossalmente, è molto più grave, più radicalmente nichilista, la pena di morte prevista da uno Stato occidentale e laico, della pena di morte irrogata da uno Stato con-

28 Sul conseguente peggioramento delle condizioni dei diritti civili delle donne, in particolare, dopo la caduta di Saddam, cfr. D. JAMAIL/Ali AL-FADHILY, *IRAQ: It’s Hard Being a Woman*, 5.12.2006, Inter Press Service New Agency; per una utile, anche se un po’ risalente, introduzione giuridica al tema della Shari’a cfr. *Dossier Mondo Islamico 1. Dibattito sull’applicazione della Shari’a*, Ed. Fondazione Gianni Agnelli, Torino, 1995.

fessionale, oppure a base religiosa, dove la sentenza penale è pronunciata non “in nome del popolo”, ma – come nel caso dell’Alta Corte Irachena – “in nome di Allah”.

Ci sono culture dove la vita in quanto tale è un valore subordinato, subordinato non alla qualità della vita stessa, ma tutt’al contrario a valori più alti e trascendenti. In contesti di questa matrice la morte non rappresenta un mero annientamento²⁹.

Le culture religiose non sono quelle che hanno abolito la pena di morte, ed essa ha prosperato moltissimo sotto di esse³⁰, perché gli Stati e i giudici, di fronte al criminale, pensavano comunque di essere “senza peccato”³¹, e perché in quella cultura la distruzione di una vita non era un giudizio finale sull’anima. Ci sono voluti secoli di supplizi perché si cominciasse a sviluppare una diversa sensibilità, capace di distinguere l’orizzonte finito del delitto e del fatto commesso da quello dell’uomo che comunque, già in una dimensione esistenziale, lo trascende.

Ovviamente, l’incontro tra la fede e la cultura laica è stato capace di produrre risultati straordinariamente positivi, quando le due visioni hanno valorizzato, attraverso il dialogo e le sinergie, un nuovo umanesimo³².

Tra queste sinergie c’è l’affermazione del principio politico della tolleranza, nel limite (per noi) del rispetto dei diritti fondamentali, compresi quelli religiosi certo.

Esso assume oggi altre forme, viene definito con altre etichette, dal multiculturalismo al principio di laicità, appunto. Non si tratta di sinonimi, tuttavia, perché il *multiculturalismo* è fenomeno internazionale e globale, mentre la *laicità* conosce una declinazione innanzitutto nazionale, statale, e solo successivamente transnazionale³³. Se la

29 Una riflessione sociologica classica supporta questo assunto, e la si ritrova nelle note tesi di E. DURKHEIM, *Deux lois de l’évolution pénale*, in *L’année sociologique*, IV, 1901, tr. it. in E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Giappichelli, Torino, 2004, 185 ss., che ravvisa un rapporto inverso tra società religiose e società secolarizzate, quanto a durezza e crudeltà delle pene, in quanto nelle società a base religiosa i sentimenti offesi dai crimini sono “doppiamente collettivi”, offendendo sia la società civile che quella religiosa, appunto, sono atti di lesa divinità, mentre nello stato secolarizzato vengono in emersione solo i diritti individuali, oltre al sentimento collettivo (sociale) che il crimine comunque offende. Una tale impostazione risente di un’osservazione circoscritta a quanto è storicamente accaduto in passato negli Stati a base confessionale o con una forte componente religiosa di riferimento, e certo non può pregiudicare evoluzioni di imbarbarimento penale anche presso stati laici (v. sul punto le riflessioni sempre di E. SANTORO, *Sistemi punitivi occidentali e sistemi punitivi islamici che hanno reintrodotto la Shari’a*, in F. HORCHANI, D. ZOLO, a cura di, *Mediterraneo. Un dialogo fra le due sponde*, Jouvence Ed., Roma, 2005, 132 ss.), così come una diversa declinazione del patrimonio della fede verso società più orientate al perdono e all’inclusione, che non alla giustizia-vendetta: per un’utile dibattito recente sul punto rinvio al n. 2/2004 di *Humanitas*, e qui in partic. al forum su “Perdono e giustizia nelle religioni”, a cura di A. ACERBI e L. EUSEBI, *ivi*, 261 ss. Con specifico riferimento al diritto islamico v. qui il contributo di D. BOUBAKEUR, *Colpevolezza e punizione nell’Islam*, 287 ss.

30 In generale, sul “ritardo” con cui le religioni hanno recepito la cultura dei diritti fondamentali e sull’esigenza di superare una visione “occidentale” dei diritti dell’uomo, cfr. K. HILPERT, *Die Menschenrechte. Geschichte, Theologie, Aktualität*, Patmos, Düsseldorf, 1991, *passim*; H. BIELEFELDT, “Westliche” versus “islamische” Menschenrechte? *Zur Kritik an kulturalistischen Vereinnahmungen der Menschenrechtsidee*, in M. RUMPF (Hrsg.), *Facetten islamischer Welten: Geschlechterordnungen, Frauen- und Menschenrechte in der Diskussion, Internationale Konferenz “Facetten Islamischer Welten - Geschlechterordnungen und Interkultureller Dialog”* (Frankfurt/M., 17-19 ottobre 2002), Transcript-Verlag, Bielefeld, 2003, 123 ss.

31 Cfr. *Giovanni*, 8,7.

32 Di particolare interesse, il *Dibattito sul laicismo*, a cura di E. SCALFARI, La biblioteca di Repubblica, Roma, 2005 e, nel più recente dibattito penalistico, il saggio di D. PULITANO, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55 ss., con molti richiami.

33 Per una compiuta classificazione delle tipologie di laicità interessanti la dialettica interna allo Stato, dal punto di vista penalistico, v. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi Marinucci*, vol. I, Giuffrè, 2006, 139 ss.

laicità, dunque, soprattutto nella versione del laicismo, presenta motivi di dialettica e opposizione rispetto a istanze che tradizionalmente hanno (avuto) radici religiose, lo stesso non può dirsi dello spirito e della condizione storica del multiculturalismo, che affronta problemi trasversali a quella dialettica, e che meritano di essere valorizzati una volta che si esca finalmente, come è inevitabile in un contesto davvero internazionale e nazional-multiculturale, dalla dimensione chiusa (e un po' soffocante) del rapporto fra potere temporale e potere spirituale declinato secondo le logiche laici-cattolici o cattolici-protestanti³⁴.

Piuttosto che la laicità, dunque, è il multiculturalismo a poter veicolare una strategia di comunicazione persuasiva verso prospettive più universali della stessa penalità, tenendo presente l'esistenza di concezioni dello Stato e dell'uomo che si collocano nel solco di una storia dove il peso della religione è profondamente diverso, e così pure il valore della vita terrena.

Per non alimentare tentazioni di scontri di civiltà, dopo che Stati Uniti e Gran Bretagna hanno di fatto incrementato la resistenza al dialogo, attraverso l'esportazione coatta della democrazia mediante la guerra ("compelle intrare!" era una volta il motto dell'azione della Chiesa verso i pagani e gli eretici), non pare conforme allo scopo di fondare la valenza universale – come un vero diritto dell'uomo – del divieto di pena capitale, il modo arrogante con cui si manifesta il disegno di alcuni osservatori e politici occidentali che vorrebbero ora portare dentro all'inferno di Baghdad e di Bassora, il loro "assoluto"³⁵. Non fosse altro perché la più grande potenza occidentale e del mondo, che più ha imposto e costruito il processo a Saddam Hussein, cioè gli Stati Uniti, condivide con il suo avversario la "cultura" della pena di morte, oltre a quella della guerra.

La *posizione dell'Europa*, a tale proposito, si colloca in una sorta di equidistanza critica, ma si rende attiva, chiede di esportare a livello mondiale il valore del rispetto in ogni caso della vita da parte del diritto penale. Se è davvero così, il dialogo ha bisogno di ponti e la neutralità non basta: anche i diritti vanno motivati perché diventino "fondamentali".

Ecco, allora, che il punto di vista del penalista, a questo riguardo, non è più secondario come ci poteva apparire all'inizio di queste riflessioni: la sua "cultura" è parte di un dialogo di portata mondiale³⁶.

34 Per una classica riflessione sulla *impossibilità per lo stato secolare di garantire i presupposti normativi sui quali si fonda*, e quindi evidenziando il "paradosso" di uno stato secolarizzato la cui struttura sociologica ed esistenziale si fonda necessariamente su presupposti culturali, religiosi etc. (a volte molto "pregnanti", siano essi confessionali oppure laici) presenti nella società civile, ma suppone di poterne "prescindere" nella sua azione legislativa di governo, nella misura in cui quei presupposti siano specificamente religiosi o areligiosi e lo Stato intenda invece – come Stato di libertà – assicurare a tutti l'espressione e l'esercizio delle libertà che esso intende garantire, cfr. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in Säkularisation und Utopie. Fest. Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967, 75 ss., tr. it. *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Morcelliana, Brescia, 2006, 68 ss.; e ora, nel segno di un superamento di una visione laicista della secolarizzazione, l'importante scritto di HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in *Humanitas*, 2/2004, 239 ss.

35 Su alcuni nodi problematici dell'esportazione del modo occidentale di declinare i diritti fondamentali basti qui il rinvio a F. VIOLA, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in AA.VV., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di A. BERNARDI, Giuffrè, Milano, 2006, spec. 50 ss.; F. BELVISI, *Società multiculturale, diritti, costituzione*, Clueb, Bologna, 2000, 9 ss., 23 ss.

36 Sul tema della lettura islamica dei diritti dell'uomo rinvio a AA.VV., *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, a cura di A. PACINI, Ed. Fondazione Giovanni Agnelli, 1998, *passim*; M. BORRMANS, *Convergenze e divergenze tra la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e le recenti dichiarazioni dei diritti dell'uomo nell'Islam*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1999, 44 ss.; O. GIOLO, *Giudici, giustizia e diritto nella tradizione arabo-musulmana*, Giappichelli, Torino, 2005, 39 ss.; AA.VV., *Tradizioni culturali*,

Chi chiede ad altri di abolire la pena di morte non dovrebbe avere contribuito ai delitti che meriterebbero la morte secondo l'ordinamento giuridico criticato. Per questa ragione l'Europa sembra non avere tutte le carte in regola rispetto all'Iraq³⁷. Chi, dopo aver armato per anni il "massacratore" Saddam, assiste compiaciuto al suo processo (a uno dei tanti possibili, al primo e in fondo al "minore" di quelli possibili) e comincia a protestare dopo l'esecuzione, non è innocente ma piuttosto, in qualche misura, corresponsabile. Ma si tratterebbe solo di un *argumentum ad hominem*, che non sposta il possibile valore oggettivo dell'istanza.

C'è un profilo più elevato e ideale. La difficoltà di sentirsi completamente innocenti di fronte a quanto è accaduto aiuta ad ammettere una corresponsabilità umana più generale, che trascende, si capisce, quel coinvolgimento e le vicende storiche degli ultimi decenni. C'è infatti una posizione che può legittimare *comunque* la richiesta: ed è la confessione di corresponsabilità umana, è il coinvolgimento nella *medesima* umanità³⁸.

In questa corresponsabilità nella condizione umana, pensiero laico e pensiero religioso si possono ritrovare, almeno in Occidente, nel costruire il fondamento di un divieto *senza eccezioni* della pena di morte capace di essere esportato in culture diverse: quella stessa umanità che fonda il principio della incommensurabilità tra persona e fatto commesso (*ante*, § 4), trae con sé la conseguenza dell'impossibilità di una sanzione *definitiva* rispetto alla condizione umana stessa, qualunque sia, appunto, l'addebito penale. Il necessario rapporto tra *pena e fatto* trova quindi un "limite insuperabile" nel *valore della persona*, che non conosce confronti e bilanciamenti con nessun fatto che possa avere compiuto.

E' stato molto utile, per capire ciò, constatare la *necessaria sproporzione* tra fatto e pena nelle *gross violations* relative ai diritti umani, ciò che impone oggi una nuova riflessione sulla stessa cultura penalistica che ha gestito per millenni il criterio di proporzione retributiva in generale, e ne sollecita un diverso fondamento.

sistemi giuridici e diritti umani nell'area del Mediterraneo, a cura di V. COLOMBO, G. GOZZI, Il Mulino, Bologna, 2003, oltre ai citati scritti H. BIELEFELDT, "Westliche" versus "islamische" Menschenrechte?, cit.; e F. HORCHANI, D. ZOLO, a cura di, *Mediterraneo. Un dialogo fra le due sponde*, e qui (175 ss.) una bibliografia ragionata a cura di O. GIOLO.

37 V. anche quanto richiamato *ante*, a nota 5.

38 Sulla "Mitverantwortung" quale fondamento di una declinazione sia laica e sia cristiana della pena, cfr. per tutti P. NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, Mohr, Tübingen, 1962, poi in ID., *Gedanken über Unruhe und Ordnung*, Pendo, Zürich, 1985, 88 ss.