

DALLA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

FEDERICO ROMOLI

Il nuovo codice penale afghano tra speranze della comunità internazionale e resistenze interne

Dopo oltre cinque anni di gestazione che hanno visto serrate consultazioni tra esperti afghani ed internazionali (anche italiani¹) sotto l'egida dell'Ufficio Legislativo (*Taqni*) del Ministero della Giustizia, il nuovo codice penale afghano è stato formalmente approvato lo scorso 4 marzo con Decreto Legislativo emanato dal Presidente Ashraf Ghani ai sensi dell'art. 79 della Costituzione².

Il nuovo codice, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 15 maggio 2017, entrerà in vigore nel febbraio 2018 (v. art. 916), sostituendo il precedente adottato nel 1976 sotto la Presidenza di Mohammed Daoud Khan³.

Vediamone alcune delle caratteristiche principali (rinviando ad altra sede un'analisi di maggior dettaglio).

Composto da 916 articoli divisi in due libri (il primo dedicato ai principi generali, il secondo alle singole fattispecie criminose), il testo è stato sviluppato con l'obiettivo di adeguare l'ordinamento afghano sia ai principi costituzionali interni che agli standard internazionali in materia di diritti umani e repressione criminale (cfr. l'art. 1 del codice, che a sua volta richiama gli artt. 7, 22-27, 29, 56 e 59 della Costituzione). Sotto un profilo sistematico, inoltre, la riforma ha permesso di raccogliere in un'unica fonte la quasi totalità delle norme in materia penale che finora si trovavano disperse in una moltitudine di atti legislativi (come i reati in materia di terrorismo, corruzione, traffico di stupe-

¹ Chi scrive - esperto in materia di giustizia penale per la Sede di Kabul dell'Agenzia Italiana per la Cooperazione allo Sviluppo (AICS) del Ministero degli Esteri e della Cooperazione Internazionale (MAECI) - ha potuto seguire personalmente le ultime fasi dei lavori di redazione della bozza.

² La scelta di tale procedura sembrerebbe esser dipesa, oltre che dalla complessità tecnica del testo, dai possibili rischi di attacchi demolitori da parte delle ali più conservatrici del Parlamento in caso di *iter* legislativo ordinario).

³ Il codice del 1976 è stato sviluppato sulla base dell'omologo egiziano del 1919 (poi oggetto di varie successive modifiche), che a sua volta era stato ampiamente influenzato dalla legislazione francese. Sul sistema penale afghano cfr. AA.VV., *An Introduction to the Criminal Law of Afghanistan*, A.L.E.P.-Stanford Law School, 2009; AA.VV., *Sharia Incorporated*, ed. Otto, Leiden, 2010, 273 ss.; BARFIELD, *Shari'a in Afghanistan*, in *The review of faith and international affairs*, 2012, 45 ss.; TAWFIK, *The Concept of Crime in the Afghan Criminal Justice System: The Paradox between Secular, Tradition and Islamic Law A Viewpoint of an International Practitioner*, in *International Criminal Law Review*, 2009, vol. 9, 667 ss..

facenti, elezioni, riciclaggio, traffico di esseri umani, arruolamento di minori nelle forze armate, patrimonio culturale, fallimento, tributi, ambiente, cyber-crime, tutela dell'ambiente e degli animali); fa eccezione una parte consistente delle disposizioni in materia di eliminazione della violenza contro le donne (su cui v. *infra*).

Tra le novità più importanti rispetto al codice del 1976 possiamo ricordare l'inclusione dei reati previsti dalle convenzioni ONU contro la corruzione (UNCAC), la tortura (UNCAT) ed il crimine organizzato transnazionale (UNTOC), oltre a quelli di cui allo Statuto di Roma sulla Corte Penale Internazionale (vale a dire crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio⁴); la riduzione delle fattispecie per cui è comminata la pena capitale; la criminalizzazione di una particolare forma di abuso sui minori nota come "*Bacha Bazi*"; la drastica attenuazione delle sanzioni previste per i rapporti sessuali extraconiugali (*zina*)⁵; l'introduzione di misure alternative alla detenzione.

Tra gli aspetti che invece hanno destato perplessità nella comunità internazionale vi è innanzitutto l'esplicita menzione della perdurante applicabilità della *Shari'a*, fortemente voluta dal c.d. "Consiglio degli *Ulema*" (organo che riunisce gli esperti di legge islamica) tramite alcuni emendamenti inaspettatamente apportati quando già si erano conclusi i lavori sulla bozza condivisi da Governo afghano ed esperti internazionali. Si tratta in particolare di una serie di articoli (che riguardano la portata applicativa del nuovo codice penale, rapina, stupro, rapporti sessuali extraconiugali, diffamazione, consumo di sostanze tossiche e furto, oltre ad ipotesi aggravate di traffico di esseri umani e sequestro: cfr. artt. 2, 601, 636, 643, 673, 684, 699, 512 e 594) per i quali è stata inserita l'espressa specificazione che, tanto in generale quanto per le singole fattispecie interessate, le disposizioni (e dunque le pene) stabilite dal co-

⁴ La delegazione del Governo afghano che nel novembre 2016 ha incontrato la Procuratrice Fatou Bensouda della Corte Penale Internazionale ha presentato proprio l'introduzione di tali reati (insieme a quelli in materia di arruolamento di minori nel nuovo codice) come segno tangibile della volontà e capacità del Governo di Kabul di perseguire i responsabili dei crimini avvenuti nel corso dei vari conflitti nel paese, ai fini degli artt. 17 e 53 dello Statuto di Roma che stabiliscono i presupposti di ammissibilità di un procedimento davanti alla Corte e per l'inizio delle indagini da parte dell'Ufficio del Procuratore. In proposito cfr. www.afghanistan-analysts.org (in merito alla c.d. "*Amnesty Law*" del 2009, che ha rappresentato altro motivo di scontro tra Governo afghano e Corte Penale Internazionale, cfr. www.afghanistan-analysts.org).

⁵ Per quanto riguarda la fattispecie semplice, la pena prevista nel codice penale del 1976 è la reclusione da cinque a quindici anni, mentre nel nuovo testo è da due a cinque anni se i responsabili sono sposati e fino a due anni se non lo sono (le nuove cornici edittali permettono dunque l'applicazione di misure alternative alla carcerazione). Si segnala che il nuovo codice punisce anche la "sodomia", i rapporti lesbici e i rapporti sessuali extraconiugali senza penetrazione.

dice trovino spazio solo laddove non sia possibile applicare le sanzioni fisse prescritte dalla *Shari'a* per i reati c.d. *Hudud* (ad esempio, amputazione degli arti, flagellazione, lapidazione, crocifissione⁶).

Sono stati soprattutto i rappresentanti dei Paesi membri dell'Unione europea a mostrarsi preoccupati per le summenzionate modifiche, lamentando una frizione delle pene corporali sancite dalla legge islamica con i principi e le convenzioni internazionali in materia di diritti umani (cfr. in particolare la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, nonché la Convenzione sui diritti civili e politici, cui l'Afghanistan ha acceduto, rispettivamente, nel 1987 e 1983)⁷.

Il quadro in realtà è ulteriormente complicato dalle norme (in apparenza contraddittorie, quantomeno per un osservatore europeo) della Costituzione afghana. Questa, infatti, da un lato, oltre a sposare il c.d. principio di legalità formale in materia penale (art. 27: «*No deed shall be considered a crime unless ruled by a law promulgated prior to commitment of the offense*»), impone che «*The state shall observe the United Nations Charter, inter-state agreements, as well as international treaties to which Afghanistan has joined, and the Universal Declaration of Human Rights*», (art. 7) e che «*Punishment contrary to human dignity shall be prohibited*», (art. 29); dall'altro lato, tuttavia, stabilisce in modo perentorio e solenne che «*No law shall contravene the tenets and provisions of the holy religion of Islam in Afghanistan*», (art. 3; cfr. anche il Preambolo e gli articoli 1, 2 e 130).

Il codice penale del 1976 tuttora vigente fino al prossimo febbraio non commina sanzioni corporali (v. art. 97, ove vengono elencati i «*Principal punishments*») e all'art. 1 chiarisce che la sua disciplina si occupa esclusivamente dei reati c.d. *Ta'azir*, diversi dai citati crimini *Hudud* puniti dalla *Shari'a*. Ciò

⁶ Cfr. Corano 5:33 (per la rapina o «banditismo»), 5:38 (per il furto), 24:2 (per la «fornicazione», o *zina*) e 24:4 (per la calunnia di *zina*); il consumo di vino è vietato dal Corano (5:90), ma la sua punizione, come quella per apostasia, si trova negli *hadith* di Maometto (cioè aneddoti della vita del Profeta, trasmessi oralmente, che costituiscono la *Summa*, seconda fonte della *Shari'a*).

⁷ Sulla tematica del rapporto tra *Shari'a* e diritti umani cfr., tra i vari, BASSIOUNI, *The Shari'a and Islamic Criminal Justice in time of war and peace*, Cambridge, 2014, 88 ss., 159 ss.; ESPOSITO, voce «*Human Rights*», in *The Oxford Dictionary of Islam*, Oxford, 2003, 118; NAMLI, *Universal Rights versus Sharia? Reflections on the Moral and Legal Dimensions of Human Rights Law and Sharia*, in *Religion and Human Rights*, 2013, vol. 8, 139 ss.; PETERS, *Crime and Punishment in Islamic Law*, Cambridge, 2005, 174 ss.; TIBI, *Islamic Law/Shari'a, Human Rights, Universal Morality and International Relations*, in *Human Rights Quarterly*, 1994, vol. 16, 277 ss.. Cfr. anche la Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'Islam adottata nel 1990 dai Paesi membri dell'Organizzazione per la Cooperazione Islamica (che all'art. 24 statuisce come tutti i diritti e le libertà ivi contemplate debbano essere subordinati alla *Shari'a*, mentre all'art. 19, lett. d, stabilisce che non può esservi reato o pena se non quelli previsti dalla *Shari'a*) e l'ultima versione della Carta araba dei diritti umani approvata dal Consiglio della Lega degli Stati arabi nel 2004.

premesse, gli emendamenti in oggetto apportati alla bozza finale del nuovo codice si limiterebbero invero a specificare quanto già previsto dal suddetto art. 1 del codice del 1976, e cioè che, qualora gli stessi fatti risultino contemplati come illeciti penali sia dalla *Shari'a* che dall'impianto codicistico, le pene stabilite da quest'ultimo debbano essere irrogate solo quando la legge islamica non venga concretamente applicata⁸ (per insufficienza probatoria⁹ o per revoca della relativa sanzione). Pertanto, il nuovo testo in pratica replica essenzialmente quanto disposto dal codice del 1976. Ciononostante, resta indubbiamente viva la preoccupazione per l'innegabile valore simbolico della modifica legislativa in oggetto.

La vicenda si presenta in effetti particolarmente delicata, sia per le sue peculiarità sotto un profilo giuridico che per i possibili rischi connessi ad interventi occidentali non adeguatamente ponderati¹⁰: inviti troppo aperti al legittimo governo di un Paese islamico a ripudiare la *Shari'a* potrebbero risultare inopportuni e controproducenti, in ragione anche dell'oggettiva debolezza dell'esecutivo afghano e dell'accusa che la propaganda dell'insorgenza rivolge alla comunità internazionale di essere anti-islamica¹¹.

Senza considerare oltretutto che la legge islamica, come detto, è espressamente prevista proprio dalla Costituzione afghana quale fonte primaria del diritto e limite supremo alla legge dello Stato: un primato da cui teoricamente consegue che in Afghanistan la *Shari'a* sia applicabile a prescindere da una sua menzione nel codice penale¹².

Ad ogni buon conto, data la peculiarità del contesto storico e culturale afghano, nella comunità internazionale dovrebbe maturare la ragionevole, condivisa, consapevolezza che il mantenimento dello *status quo* (vale a dire il riconoscimento formale dell'applicabilità della *Shari'a* già sancito dall'art. 1 del codice ancora vigente e ribadito poi nelle varie figure criminose di cui sopra) non

⁸ L'attuale ordinamento giudiziario afghano è di tipo "unitario", perciò gli organi giurisdizionali statali sono competenti ad applicare sia la legge formale che quella islamica (v. anche art. 130 Cost.; sull'evoluzione storica cfr. AA.VV., *An Introduction*, cit., 13-19).

⁹ Gli standard probatori imposti dalla *Shari'a* sono infatti molto elevati e raramente vengono soddisfatti (ad es., per provare l'accusa di *zina* il Corano, 24:4, richiede quattro testimoni oculari di sesso maschile; ulteriori requisiti sono poi imposti dagli *hadith* del Profeta e comunque successivamente interpretati dalle varie scuole di giurisprudenza, o *Madhabib*). Si consideri che dal 2001 in Afghanistan le pene *Hudud* risulterebbero essere state eseguite solamente cinque volte.

¹⁰ Non a caso sul punto nella comunità internazionale si sono registrate diverse correnti di pensiero.

¹¹ D'altronde, non parrebbe corretta nemmeno un'analogia con la campagna contro la pena di morte, dal momento che quest'ultima costituisce un fenomeno tendenzialmente universale e non connotato ad una cultura specifica.

¹² Allo stesso tempo e all'opposto, le norme costituzionali di cui sopra non impediscono l'adozione di testi legislativi che non si pongano direttamente in contrasto con i dettami dell'*Islam*.

inficerebbe comunque la più generale portata innovativa della riforma. Non può infine tacersi che un ulteriore profilo di criticità sia costituito dall'esclusione – decisa inopinatamente dal Governo afgano quando la bozza conclusiva era già stata licenziata dal gruppo di lavoro misto – delle nuove figure di reato contro la violenza sulle donne. In Afghanistan (Paese caratterizzato, soprattutto nelle zone rurali, da un sistema tribale-consuetudinario di stampo fortemente patriarcale) è infatti in vigore dal 2009 la c.d. “*Law on Elimination of Violence Against Women*” (EVAW Law)¹³, che all'epoca ha rappresentato una storica conquista per i diritti delle donne (venivano specificamente puniti per la prima volta reati quali lo sfruttamento della prostituzione, l'istigazione al suicidio e all'auto-immolazione, le ustioni volontarie, i matrimoni forzati – tra cui l'usanza del c.d. *baad*¹⁴ – e tra minorenni, poligamia, lavoro e isolamento forzato, privazione di diritti di proprietà o ereditari, come anche dell'accesso a istruzione, servizi sanitari e opportunità lavorative)¹⁵. Ebbene, l'ultima versione del codice concordata tra esperti afgani ed internazionali prevedeva nuove disposizioni che, sostituendo la EVAW Law, avrebbero rafforzato la protezione per le donne (tra cui una moderna definizione di stupro), ma pare che, per effetto di una sorprendente ed improbabile convergenza di intenti e di doglianze tra frange conservatrici ed alcuni gruppi di attiviste afgane¹⁶, il Governo si sia infine risolto a cancellare questa sezione del nuovo testo¹⁷. In ogni caso, tale manovra dovrebbe garantire quantomeno

¹³ Anch'essa approvata in forma di Decreto Legislativo adottato dal Presidente della Repubblica, proprio per evitare lo scrutinio – e dunque la probabile bocciatura – da parte dei membri conservatori del Parlamento.

¹⁴ Tipica soprattutto delle tribù *Pashtun* (l'etnia maggioritaria), consiste nella cedere in sposa una donna ad un altro clan o gruppo tribale a fini di “risarcimento” o comunque quale strumento di risoluzione di un conflitto in atto.

¹⁵ Nonostante ciò, si segnala che nel particolare contesto afgano (che registra ancora una innegabile arretratezza – quantomeno secondo parametri occidentali – delle istituzioni e della società civile, in ragione anche della perdurante situazione di insicurezza causata dal conflitto in corso in buona parte del Paese, oltre che di decise resistenze di alcuni settori, più arretrati e conservatori, della popolazione) si sono registrati svariati casi, in particolare nei distretti più remoti, in cui i locali apparati giudiziari, ignoranti dell'approvazione della EVAW Law (o addirittura in aperta opposizione ad essa), hanno applicato – spesso peraltro a sproposito – i precetti sharaitici o le disposizioni del codice penale del 1976 (inoltre, in Afghanistan è pratica non infrequente che le donne vittime di violenza sessuale si ritrovino accusate di *zina*, o che coppie di fidanzati che scappano di casa vengano perseguite per “tentata *zina*”, quando del resto nemmeno il diritto islamico punisce il tentativo di rapporti sessuali extraconiugali). In materia si veda il rapporto della *United Nations Assistance Mission to Afghanistan* (UNAMA): *unama.unmissions.org*.

¹⁶ Queste ultime (evidentemente non ben consapevoli dell'effettivo contenuto della riforma) preoccupate che l'abrogazione della EVAW Law avrebbe invece determinato un'involuzione rispetto alla tutela della condizione femminile in Afghanistan.

¹⁷ Oltretutto, non è ben chiaro in che fase e con quale modalità sia stata operata tale intervento, annun-

l'operatività della stessa EVAW Law, sebbene al riguardo si tema un possibile effetto abrogativo in virtù della clausola di esclusività prevista dall'art. 8, co. 2 («*Criminalization and execution of punishment for an action, which is not considered crime and no punishment is prescribed for it in this law, is not permissible*») e della disposizione di chiusura di cui all'art. 916, co. 35, del nuovo codice («*Criminal provisions of other laws, which are contrary to provisions contained in this law*»)¹⁸.

In prospettiva, nell'attesa che la quotidiana pratica giudiziaria possa poi saggiare la concreta portata riformatrice del nuovo testo oltre che far luce sui dubbi interpretativi appena evidenziati, sarà assolutamente opportuno che la comunità internazionale assista il Governo afgano nella fase attuativa del codice, per garantire la capillare distribuzione della Gazzetta Ufficiale in ogni distretto ed un'adeguata formazione dei vari operatori del settore giustizia.

ciato inaspettatamente il 13 agosto con un comunicato del Ministero della Giustizia. Dato che – come visto – il Decreto Legislativo che ha adottato il nuovo codice è del 4 marzo 2017, viene da domandarsi quale versione abbia approvato il Presidente e se magari la modifica sia stata effettuata successivamente in modo surrettizio (e dunque chiaramente incostituzionale). Ciò aggiunge naturalmente un dato significativo che illustra la confusa realtà dell'attuale quadro istituzionale afgano.

¹⁸ Si dovranno perciò aspettare i primi pronunciamenti giurisprudenziali per verificare come sarà recepita nella prassi il rapporto tra nuovo codice penale ed EVAW Law.