

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI  
DI DIRITTO ED ETICA DEI MERCATI



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE E  
DIRITTO INTERNO IN MATERIA INTERNAZIONALE

(X Ciclo)

TESI DI DOTTORATO IN

LA STRUTTURA DEL REATO  
NELLA GIURISPRUDENZA DEI  
TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI

**COORDINATORE**

Chiar. ma Prof.ssa

GIULIANA ZICCARDI CAPALDO

**TUTORS**

Chiar. mo Prof. NICOLA BARTONE

Chiar. ma Prof.ssa ANNA ORIOLO

**DOTTORANDA**

Dott.ssa ANNA BUONO

---

ANNO ACCADEMICO 2010/2011

*Ai miei genitori  
e a mio fratello*

## INDICE

<b>Introduzione</b> .....	I-IV
---------------------------	------

### **PARTE PRIMA GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE: TEMI E PROBLEMI**

#### **SEZIONE I- LA GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE: IL PROBLEMA-**

1. Premessa.....	1
2. Diritto internazionale penale o diritto penale internazionale? Le difficoltà di una doppia dimensione che non è pura terminologia.....	7

#### **SEZIONE II- L'INTERNAZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE-**

1. Il diritto penale alla prova dell'internazionalizzazione: storia di un regresso?.....	10
2. La dottrina penalistica italiana.....	12
<b>2.1. La dottrina del secondo dopoguerra</b> .....	16
<b>2.2. La dottrina contemporanea</b> .....	23
3. Il ruolo creativo della giurisprudenza: il giudice tessitore che tesse la trama del diritto penale internazionale.....	25

#### **SEZIONE III- I CRIMINI INTERNAZIONALI-**

1. I crimini internazionali: le peculiarità della <i>Makrokriminalität</i> .....	28
2. I crimini di guerra: necessità di intervenire sull'esistente, tra carenza di tassatività e <i>restyling</i> formali .....	30
3. I crimini contro l'umanità.....	42
<b>3.1. The Crime of Crimes: il genocidio</b> .....	59
4. Le «nuove guerre» ed il crimine di aggressione, un nodo ancora da sciogliere .....	68

**PARTE SECONDA**  
**LA STRUTTURA DEL REATO E LA CREAZIONE DELLA FATTISPECIE**

**SEZIONE I- LA STRUTTURA DEL REATO NELLA GIURISPRUDENZA DEI TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI AD HOC TRA TIPICITÀ, ANTIGIURIDICITÀ, COLPEVOLEZZA E CONTEXT ELEMENT-**

1. Tipicità e tecniche di formulazione normativa: i miraggi della precisione e della determinatezza e l' «*Omnis definitio in iure periculosa*» di Giavoleno ..... 75
2. Il metodo di ricostruzione del fatto, la tormentata fase applicativa e le bizzarre metafore dottrinali: l'*hasty cut and paste*, le *bricolage normatif* e le geometrie circolari..... 86
  - 2.1. *Le difficoltà concrete: il caso Krnojelac e la riqualificazione del fatto nei casi Lubanga e nella giurisprudenza delle Camere Cambogiane* ..... 89
3. L'antigiuridicità e le cause di esclusione della responsabilità penale: il ruolo di primo piano dell'adempimento del dovere, l'ordine manifestamente criminoso e la difficile ricostruzione della responsabilità penale nelle strutture complesse ..... 93
  - 3.1. *L'esecuzione dell'ordine del superiore tra manifesta criminalità e cause di giustificazione: dal caso Erdemović al caso Eav fu vera attenuante?* ..... 97
  - 3.2. *Al di là dell'ordine manifestamente criminoso: la command responsibility* ..... 104
    - 3.2.1. *Le alternative alle strettoie della command responsibility: la Joint Criminal Enterprise dal caso Tadić alle Camere Cambogiane e la confusa chiave di lettura della Corte penale internazionale nei casi Lubanga, Katanga, Ngudjolo Chui, Al Bashir e Bemba Gombo*..... 117

**SEZIONE II- LA COLPEVOLEZZA PSICOLOGICA: LA MENS REA NELLE SENTENZE DEI TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI-**

1. La colpevolezza psicologica nei crimini internazionali, tra schemi presuntivi e quadratura del cerchio ..... 128
2. L'elemento soggettivo: le forme di volontà colpevole ..... 136
  - 2.1. *Il dolo: contenuti e tipologie*..... 139
  - 2.2. *La difficile prova del dolo e gli éscamotages probatori* ..... 147
  - 2.3. *La zona grigia tra il dolo e la colpa e la residualità della ipotesi colpose*..... 150

### SEZIONE III- LA COLPEVOLEZZA NORMATIVA-

1. La colpevolezza normativa e l'imputabilità.....	156
2. L'imputabilità e l'infermità mentale in ottica comparata .....	158
3. Dal silenzio dei Tribunali militari internazionali e dei Tribunali <i>ad hoc</i> allo Statuto della Corte penale internazionale .....	165
4. L'infermità mentale nella casistica dei Tribunali penali internazionali.....	168
4.1. <i>Il Čelebići case: Landžo ed il cubo di Rubik</i> .....	170
4.2. <i>Jelisić ed il contenuto rappresentativo e volitivo del dolo nel non imputabile</i> .....	176
4.3. <i>Stress post-traumatico e fattori personologici: rilevanza penale nei casi Erdemović, Todorović e Došen</i> .....	178

### PARTE TERZA INCIDENZA DEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE SUL DIRITTO INTERNO

1. La dimensione interna del diritto penale al cospetto della dimensione internazionale: l'adattamento.....	183
2. Gli statuti dei Tribunali penali internazionali e l'adattamento, tra teoria e pratica .....	196
3. I lineamenti del crimine internazionale visti attraverso la lente bifocale dell'adattamento: <i>a Janus face?</i> .....	210

\*\*\* \*\*

Conclusioni.....	214
Indice dei casi .....	215
Bibliografia.....	222

## **Introduzione**

*Se è vero che il nucleo duro del diritto penale sono i precetti e le sanzioni, non si potrà fare a meno di rilevare la fisionomia assunta da entrambi nella dimensione internazionale. I tratti disegnati dalla dottrina penalistica, creano l'immagine di un diritto penale internazionale «esemplare», «medievale», «pre-moderno»: segue percorsi creativi poco ortodossi, mostra vistosi slittamenti dalla fattispecie astratta al caso concreto, si rivela refrattario ad ogni tentativo di sistematizzazione, ed è contaminato da una innegabile componente politica. La stessa emblematicamente emersa nel momento genetico della giustizia penale internazionale: Norimberga, dove fu celebrato un processo non immune da contraddizioni.*

*Ciò premesso, si può comprendere quanto sia difficile sciogliere l'enigma che è formulato, talora a chiare lettere, talaltra surrettiziamente, in tutti gli scritti in materia di diritto penale internazionale: «A quale confine deve arrestarsi l'immaginario penalistico?».*

*È alla luce di queste considerazioni che il presente lavoro si sofferma sul tema centrale: i lineamenti del crimine internazionale così come emergono dalla giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali, sottolineando i margini di convergenza e di divergenza rispetto alla dogmatica interna.*

*Dall'immagine del «reato» comune partono le riflessioni che conducono ai lineamenti del «crimine» internazionale ma in questo percorso di costanti confronti, non è stata tentata la quadratura del cerchio: tale sarebbe stata la pedissequa trasposizione, nella dimensione sopranazionale, delle categorie logico-giuridiche proprie degli ordinamenti giuridici nazionali.*

*Del resto, gli stessi giudici internazionali hanno ripetutamente ammonito che non è corretto «incorporare» principi o soluzioni interpretative proprie di singoli ordinamenti nazionali nel sistema unico del diritto penale internazionale, occorrendo piuttosto cercare i «denominatori comuni» al maggior numero possibile dei sistemi conosciuti (\*).*

*È stata adottata, invece, una impostazione ricostruttiva della materia informata al temperamento delle peculiarità della dimensione interna ed internazionale del diritto penale, accantonando il rigore dogmatico, non praticabile in questo ambito, e foriero di dannose semplificazioni e macroscopici errori di prospettiva.*

*Nella prima parte vengono prefigurati proprio i lineamenti dei crimini internazionali, senza tralasciare un'ottica diacronica, sulla scorta del «rovello dei penalisti di spessore» (\*\*), tra i quali non abbiamo la presunzione di inserirci ma la sola umile intenzione di erigere ad esempio: andare alle radici profonde del pensiero penalistico, approfondendo il contributo dei grandi di un passato neanche troppo remoto.*

(\*) ICTY, *Prosecutor v. Kupreskić*, Trial Chamber, 14 January 2000, § 677.

(\*\*) G. MARINUCCI, *Ricordo di Giuliano Vassalli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2009, p. 1585 ss., p. 1599.

*Accantonata a priori l'idea di una pedissequa trasposizione, in ambito internazionale, della dogmatica e delle logiche di diritto interno, ci si trova di fronte agli elementi strutturali del reato, così come concepito nel diritto interno, trasfigurati. A partire dalla tipicità, che diventa «differenziale», perché la prima codificazione approntata attraverso lo Statuto della Corte penale internazionale, realizza solo una selezione secondaria dell'illiceità penale, essendo, quella primaria, ancorata alle fonti del diritto internazionale.*

*Oltre che differenziale, è una tipicità «limitata», figlia di un principio di legalità sui generis e madre di una norma-canovaccio, appannaggio del ruolo creativo dei giudici internazionali, che diventano law-maker alle prese con norme incriminatrici affette da una fisiologica carenza di tassatività e tecnicismo, per le quali è solo prospettabile una «determinatezza per congruenza o per corrispondenza», che può risultare dalla comparazione tra le diverse versioni linguistiche dello stesso testo, aventi identico valore normativo.*

*Mentre esiste una tipicità tutta internazionale, tentare, invece, una prospettiva dell'antigiuridicità così come concepita nel diritto interno, si traduce in una innegabile forzatura.*

*Non è esagerato sostenere che non esiste una vera e propria antigiuridicità internazionale: la si può solo «costruire», prendendo a modello quella interna e compiendo gli opportuni adattamenti, non senza artifici e «a scopi didattici e di analisi anatomica a tavolino» (\*\*\*)).*

*Lo dimostra l'eterogeneità dei contenuti dell'art. 31 dello Statuto della Corte penale internazionale rubricato «Grounds for excluding criminal responsibility»: tra cause di esclusione che incidono sul fatto tipico, cause di esclusione dell'antigiuridicità e cause di esclusione della colpevolezza, comprende varie defences, dal vizio di mente, all'altrui costrizione psichica, alle cause di giustificazione. È una norma che certamente risente degli influssi di common law.*

*Anche la colpevolezza si atteggia in modo peculiare, a contatto con i macrolivelli in cui alligna la Makrokriminalität: neppure l'affermazione del principio della responsabilità penale dell'individuo ha prodotto l'effetto di una corretta selezione e attribuzione delle singole responsabilità nell'ambito di condotte criminose prevalentemente «collettive».*

*Probabilmente perché, al diritto penale ed ai suoi cultori, si propone la difficoltà di rapportare le categorie tipiche del diritto penale di ascrizione del fatto ad eventi complessi e macroscopici quali sono, quasi sempre, i crimini internazionali.*

*Così la strada dei meccanismi di ascrizione della responsabilità penale risulta dissestata dalle presunzioni e dalle scorciatoie probatorie, che conducono alla discutibile meta della responsabilità da posizione.*

(\*\*\*) M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, n. 4, p. 1646.

*Dalla vera e propria ingegneria genetica che caratterizza la dimensione penale internazionale dalla tipicità alla colpevolezza psicologica, entrambe specie geneticamente modificate rispetto a quelle di diritto interno, si approda ad un «Tutto cambia perché nulla muore» sul versante della colpevolezza normativa, in particolar modo dell'imputabilità, anche in tal caso non senza commistioni di common law.*

*Infatti, si riscontrano gli stessi espedienti processuali per evitare la pena, o per mitigarla, e gli stessi problemi legati ai contributi peritali ed al loro tormentato rapporto con le conclusioni processuali alle quali perverranno i giudici: dalla defense of insanity alla defense of intoxication, alla commistione tra le due, alle ipotesi di diminished responsibility, al disturbo post-traumatico da stress, statisticamente frequente in zone tormentate da conflitti bellici.*

*Dalla trattazione in sequenza della tipicità, anti giuridicità e colpevolezza, nella complessità della dimensione internazionale, emerge una sola certezza: la struttura del crimine internazionale è quasi integralmente da rivisitare rispetto agli archetipi del diritto penale interno, a fortiori se si considera anche la presenza di un «context element», esterno alla fattispecie criminosa internazionale, ma ad essa avvinto sotto il duplice profilo oggettivo e soggettivo.*

*L'elemento contestuale, diversamente declinabile a seconda della tipologia di crimine internazionale in cui si inserisce, è il discrimen rispetto al reato comune, ed è impregnato del marcato disvalore proprio della Makrokriminalität.*

*Una volta percorsa la struttura del reato nella seconda parte, si approda, nella terza parte, a chiusura di una sorta di percorso circolare, all'interfaccia pratica della prospettazione teorica contenuta nella prima: il rapporto tra la dimensione interna e quella internazionale del diritto penale, le peculiarità di quest'ultima, il congiungersi di entrambe nell'adattamento del diritto interno e negli obblighi di cooperazione derivanti dalla istituzione dei Tribunali penali internazionali.*

*I complessi interventi di cooperazione ed adeguamento derivanti dall'introduzione dei Tribunali penali internazionali, instaurano un rapporto tra i crimini contemplati dai loro Statuti, frutto di una legalità penale internazionale, e la tipicizzazione degli stessi nel diritto interno.*

*Il problema deriva dal fatto che negli Statuti dei Tribunali figura solo l'elenco dei crimini, senza alcuna indicazione ulteriore dei loro elementi costitutivi, il che quasi sempre li degrada a mera attribuzione di giurisdizione, ben lontana dall'essere diritto penale applicabile.*

*Occorre, dunque, per perseguire adeguatamente i crimini internazionali, che il diritto interno proceda ad una tipicizzazione nazionale con riferimento a fatti già assunti come fattispecie tipiche nell'ambito internazionale, essendo state ormai da tempo accantonate le discutibili soluzioni rappresentate dalle leggi penali retroattive, dal ricorso al diritto sovrapositivo attraverso la nota formula di Radbruch o addirittura dall'applicazione delle norme di diritto penale interno.*

*Soprattutto quest'ultima è una soluzione storicamente praticata, ma se è indubbio che i crimini internazionali comprendano anche condotte criminose di diritto comune, è altrettanto indubbia l'inettitudine delle fattispecie di diritto interno a fronteggiare la gravidanza ed il disvalore penale della Makrokriminalität. Di qui la necessità di fare ricorso a fattispecie di diritto criminale internazionale.*

*L'adattamento è l'ideale luogo normativo in cui si «incontrano» le previsioni degli Statuti dei Tribunali penali internazionali ed i modelli normativi interni, e la parte del lavoro dedicata a questa tematica restituisce il conflitto tra i lineamenti dei crimini internazionali e quelli dei reati di diritto penale comune, conflitto già esposto nella prima parte in linea puramente teorica, e proposto, nelle battute conclusive della ricerca, in un'ottica pratico-applicativa.*

*Il rapporto conflittuale si risolve attraverso soluzioni normative compromissorie, che presentano, congiuntamente, i tratti del diritto internazionale e quelli del diritto penale interno, una sorta di diritto bifronte come il viso di Giano, frutto di manovre di «doppio conio», a cui sono esposti anche i principi.*

*Così, la tipicità, l'antigiuridicità e la colpevolezza internazionali, si incastonano in una legalità penale internazionale, ed integrano realtà a sé stanti rispetto a quelle di diritto penale interno, con cui quest'ultimo, però, deve misurarsi.*

*Infatti, il diritto di matrice internazionale applicato dai Tribunali penali internazionali deve subire la metamorfosi in diritto interno attraverso la procedura di adattamento, banco di prova dell'effettività del diritto penale internazionale e laboratorio di confronto tra la tipicità, antigiuridicità e colpevolezza interni e gli omologhi internazionali, due mondi a sé stanti, ma, giocoforza, comunicanti.*

*La trattazione propone un tema non nuovo, quale quello della struttura del reato nella sistematica tripartita, e tuttavia quasi «trasfigurato» dall'impatto con il diritto penale internazionale, che apre scenari imprevisi ed imprevedibili, costringendo il penalista a rinunce e cambiamenti: sul primo versante, si riscontra l'abbandono di ogni velleità sistematica, sulla base della constatazione che l'esigenza di giustizia, matrice del diritto penale internazionale, non può bastare a fondare una sistematica del reato, perché i presupposti assiologici non sono facilmente convertibili in norme incriminatici.*

*Sul versante dei cambiamenti, è certo che il vocabolario del penalista si deve arricchire di nuovi termini: complessità, pluralità, ibridazione, interattività, policentrismo strutturale.*

*Tutto questo è il diritto penale internazionale.*

## PARTE PRIMA

### GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE: TEMI E PROBLEMI

#### SEZIONE I

#### LA GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE: IL PROBLEMA

SOMMARIO: 1. Premessa- 2. Diritto internazionale penale o diritto penale internazionale? Le difficoltà di una doppia dimensione che non è pura terminologia.

#### 1. Premessa

Affrontare il complesso tema dei lineamenti dei crimini internazionali presuppone delle premesse sul contesto in cui essi allignano e vengono repressi ad opera dei Tribunali penali internazionali.

Nel contesto di tali premesse, giova ricordare che «l'identità del diritto penale internazionale non può che essere il risultato, sempre provvisorio, della sua *storia*» e che si tratta di un «diritto essenzialmente *giurisprudenziale*, metabolizzato dalla dottrina e dai Tribunali penali internazionali»<sup>1</sup>.

Partendo dal versante storico, la genesi del diritto penale internazionale risale al momento in cui emerge, con brutale evidenza, l'insufficienza della *domestic jurisdiction*<sup>2</sup>, ossia quando lo Stato nazione ed il diritto penale positivo si sono rivelati non in grado di rispondere in maniera adeguata, efficace, proporzionata, giusta, ai crimini più gravi che hanno sconvolto l'assetto delle Nazioni e le relazioni internazionali<sup>3</sup>. Nel momento genetico del diritto penale internazionale si inserisce il «diritto di Norimberga», così come codificato nello statuto dell'omonimo Tribunale militare internazionale<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> M. VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*. De quelques épiphanies de l'expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, 2004, pp. 364-365. I corsivi sono dell'Autore.

<sup>2</sup> Non altrettanto si può dire della giustizia penale internazionale, che ha origini molto più antiche. Per una puntuale ricostruzione, si veda M. BALBONI, *Da Norimberga alla Corte penale internazionale*, in G. ILLUMINATI, L. STORTONI e M. VIRGILIO, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia- Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 3-26.

<sup>3</sup> L. FOFANI, *La giustizia penale internazionale: un sistema penale «antimoderno»?», in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal, op. cit.*, pp. 371-372.*

<sup>4</sup> G. WERLE e F. JESSBERGER, *Concetto, legittimazione e prospettive del diritto internazionale penale, oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, n. 3, pp. 733-744.

A prescindere dal valore giuridico attribuito o negato al Tribunale capostipite<sup>5</sup>, molti altri sono seguiti, sia pure perdendo la connotazione ed anche la composizione militare del Tribunale di Norimberga e di quello, temporalmente contiguo, di Tokyo<sup>6</sup>.

Le Nazioni Unite hanno istituito, sull'onda dell'impressione suscitata dagli orrendi crimini perpetrati nell'ex-Jugoslavia ed in Ruanda, due tribunali *ad hoc*<sup>7</sup>. Le tre pietre miliari<sup>8</sup> del diritto penale internazionale, nonché della genesi e dello sviluppo della sua parte generale<sup>9</sup>, sono individuate proprio nell'istituzione del Tribunale di Norimberga, prima, dei tribunali per la ex-Jugoslavia e per il Ruanda poi, fino a giungere alla Corte Penale Internazionale, prima giurisdizione a carattere permanente ed aspirazione universale<sup>10</sup>, che ha segnato un passaggio decisivo nella crescita del sistema penal-internazionalistico<sup>11</sup>, senza tuttavia interromperne l'evoluzione.

Anzi, nell'ambito di un ideale percorso evolutivo, dopo avere individuato le prime tre generazioni di tribunali penali internazionali, è dato individuare una quarta generazione, che rappresenta un *novum genus* rispetto alle precedenti<sup>12</sup>.

I tribunali penali internazionali di quarta generazione sono numerosi<sup>13</sup> e anch'essi, come i precedenti, conseguono al verificarsi di crisi di rilievo internazionale, inclusi i conflitti armati, accompagnate da gravi ed estese violazioni dei diritti umani.

---

<sup>5</sup> Si veda G. SERRA, che nel Tribunale di Norimberga individua, nei suoi vari contributi, «la giustizia dei vincitori»: *Il ruolo dell'Ue nella promozione dei diritti fondamentali e dello stato di diritto: il futuro delle corti "ibride" UNMIK nell'ambito della missione EULEX*.

<sup>6</sup> R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON e E. WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2007, p. 96.

<sup>7</sup> La marginalità dell'ICTR, lontano dagli interessi custodi del diritto occidentale, ha indotto a rilevare un parallelismo nei rapporti tra Norimberga e Tokyo, da un lato, e l'Aja e Arusha dall'altro (citando AHLBRECHT, 1999). Come esperimento istituzionale, l'ICTR è stato meno innovativo, in quanto, per ragioni di tempo e di costi organizzativi, si è recepita buona parte del lavoro preparatorio già compiuta all'Aja. Unica novità importante, la sua istituzione per crimini commessi nel corso di un conflitto infrastatale: P. P. PORTINARO, *Crimini politici e giustizia internazionale – Ricerca storica e questioni teoriche*, 2005, p. 51, Dipartimento di Studi Politici, Università di Torino, Collana Working Papers, consultabile *on line* all'indirizzo <<http://www.dsp.unito.it/wrkpapers.html>>.

<sup>8</sup> L'espressione è di G. WERLE e F. JESSBERGER, *Concetto, legittimazione e prospettive*, *op. cit.*, pp. 733-744.

<sup>9</sup> In tal senso F. MANTOVANI, *Sui principi generali del diritto internazionale penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 40-54.

<sup>10</sup> Quando i Tribunali *ad hoc* erano ancora una realtà in piena evoluzione, autorevole dottrina indicava già la «strada maestra» nella creazione di una Corte Permanente, sottratta alle scelte selettive del Consiglio di sicurezza, A. CASSESE, *Il tribunale internazionale per l'ex-Jugoslavia al passo decisivo*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 13.

<sup>11</sup> «L'opera di codificazione che lo Statuto della Corte penale internazionale realizza mediante il consolidamento di una parte generale dell'illecito, ha segnato un notevole innalzamento del contenuto liberal-garantistico della disciplina che, con specifico riferimento al tema della responsabilità, si è tradotta in una progressiva- ma forse non totalmente compiuta- affermazione in termini personalistici dei suoi contenuti». Così, S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale -Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale-*, Giappichelli Editore Torino, 2008, pp. 55-100.

<sup>12</sup> Questa linea evolutiva è tracciata da G. SERRA. Diversi i contributi dell'Autore in merito: *Il tribunale speciale per il Libano: fondamento e competenza*, in *Riv. dir. int.*, n. 1, 2008, p. 99; ID. *Il ruolo dell'Ue nella promozione dei diritti fondamentali e dello stato di diritto: il futuro delle corti "ibride" UNMIK nell'ambito della missione EULEX*, in *Jura Gentium-Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, consultabile *on line* all'indirizzo <<http://www.juragentium.unifi.it/it/surveys/wlgo/serra.htm>>. Altresì si veda la monografia *Le corti penali "ibride": verso una quarta generazione di tribunali internazionali penali? - Il caso del Kosovo-*, Editoriale Scientifica, 2008. Sulla genesi e le caratteristiche delle giurisdizioni penali *ad hoc* create a partire dal 1999 sotto l'impulso delle Nazioni Unite, si veda A. ORIOLO, *La responsabilità penale internazionale degli individui: tra sovranità statale e giurisdizione universale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. 179-184.

Si tratta di formule frutto di una graduale sperimentazione giudiziaria che è approdata a fenomeni di ibridazione tra modelli contrapposti ed è tuttora alla ricerca di un sistema ideale di esecuzione del diritto penale internazionale<sup>14</sup>.

Già da questo rapido passaggio in rassegna dei tribunali penali internazionali da Norimberga ai giorni nostri, è evidente come la giustizia penale internazionale non sia una questione puramente speculativa.

Infatti, tutti i tribunali penali internazionali, che incarnano tale giustizia, pur con i suoi limiti<sup>15</sup>, sono nati per fronteggiare esigenze incombenti, e giuridicamente sono segnati

---

<sup>13</sup> Per una approfondita ricognizione del contesto di costituzione, si veda R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON e E. WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op. cit., p. 149.

La formula “ibrida” è stata sperimentata per la prima volta nell’ambito della Missione di Amministrazione Interinale delle Nazioni Unite in Kosovo (dal febbraio 2000) ed è stata successivamente applicata in altri contesti *post-crisis*: gli esempi sono costituiti dalla *Special Court for Sierra Leone* (SCSL) –istituito nel luglio 2001-, dai *Serious Crimes Panels* in Timor Est –operativi dal luglio 2000 al maggio 2005-, dalle *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* (ECCC) –istituite nel luglio 2006-, dalle *War Crimes Chambers* in Bosnia Erzegovina, dallo *Special Tribunal for Lebanon* (STL), -che si differenzia dai precedenti perché l’*ibridazione*, in tal caso, riguarda non solo l’anomalo fondamento giuridico ma anche la competenza *ratione materiae*-, e infine dal programma *Giudici e Procuratori Internazionali* istituito nel quadro della missione UNMIK (*United Nations Mission in Kosovo*, incaricata della ricostruzione delle istituzioni democratiche e del sistema giudiziario nelle regione) e che si distingue dagli altri per l’ampiezza della giurisdizione esercitata, oltre che per avere costituito il primo esperimento, in ordine di tempo, di questa nuova tipologia di tribunali. Per questa ricognizione, si veda G. SERRA, *Il tribunale speciale per il Libano: fondamento e competenza*, op. cit., p. 4. La natura “mista” non è ravvisabile in diversi fattori: la composizione del Tribunale, formato da giudici nazionali e internazionali; il diritto sostanziale e processuale applicabile (ad esempio lo STL -vedi *supra* nota 17- pur composto da personale in prevalenza straniera e di nomina internazionale, è chiamato a giudicare in base alle norme del diritto penale interno libanese); la “sede” (si preferisce talora, come per lo SCSL il *locus commissi delicti* o luogo prossimo); il “finanziamento” (ad esempio per le ECCC le spese relative al personale cambogiano ed accessorie sono a carico dello Stato asiatico, mentre sono a carico delle Nazioni Unite gli stipendi del personale internazionale, i trasferimenti dei testimoni ed i costi inerenti il collegio di difesa, nonché i costi relativi a beni e servizi e quelli derivanti dagli accordi sulla sicurezza). Tutti questi fattori si combinano in base a modalità variabili. Sui Tribunali penali misti, diffusamente, anche A. DEL VECCHIO, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Cacucci Editore, 2009, pp. 203-233.

<sup>14</sup> Il diritto penale internazionale può trovare attuazione secondo due modalità: una di *direct* a l’altra di *Indirect Enforcement Model*: il primo modello opera attraverso l’instaurazione di organi giudiziari internazionali, senza necessità di mediazioni di sorta ad opera del diritto interno, mentre il secondo attraverso l’applicazione di diritto penale internazionale materiale da parte di tribunali nazionali. Il sistema ideale di esecuzione per il diritto penale internazionale è rappresentato da una combinazione tra un sistema di esecuzione diretta, sotto forma di un tribunale internazionale permanente, piuttosto che di organi istituiti *ad hoc*, e di un efficiente sistema di esecuzione indiretta: M. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law*, Seconda edizione, Crimes, Transnational publishers, 1999, p. 20. Si sofferma sul *direct enforcement system* anche S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, op. cit., p.104.

<sup>15</sup> Ripercorrendo, in un rapido *excursus* storico, le osservazioni critiche compiute a proposito dei Tribunali internazionali, giova ricordare che i tribunali militari internazionali sono stati tacciati di incarnare la “giustizia dei vincitori”. In tal senso si veda R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON e E. WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op. cit., p. 95. Gli Autori spiegano diffusamente le accezioni in cui è intesa l’espressione: «The Nuremberg IMT is often accused of being an example of “victor’s justice”, although it is not always clear precisely what this concept is. It contains a number of linked, but different allegations. These are that the trial itself is not fair, in particular that the judges are biased against the accused, that the applicable law is designed to guarantee a conviction, and that similar acts were committed by the prosecuting State(s) but are not being prosecuted (*i.e. a plea of tu quoque*)». I Tribunali *ad hoc* soggiacciono all’accusa di rappresentare una “giustizia selettiva”, per la selettività del loro operato: in tal senso S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, op. cit., p. 134. Nello stesso senso M. DAMAŠKA, *L’incerta identità delle Corti penali internazionali*, in *Criminalia*, 2006, pp. 9-55. Per la selettività dell’intero sistema punitivo internazionale, si vedano anche R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè Editore, 2008, p. 126, e A. DEL VECCHIO, *I Tribunali internazionali*, op. cit., p. 200: «Secondo una parte della dottrina, i due Tribunali *ad hoc* avrebbero sanzionato le violazioni più gravi dei diritti umani in maniera “selettiva” ed “esemplare”, non procedendo a giudicare tutti i colpevoli, ma “solo quelli la cui condanna avrebbe potuto avere un alto valore di

dall'improvvisazione e dalla contingenza, e spesso dall'ineffettività<sup>16</sup>, *punctum dolens* che in un'ottica penalistica non si può trascurare.

Alla evoluzione dei tribunali penali internazionali, segue, di pari passo, una evoluzione dei crimini internazionali, che subiscono adattamenti evolutivi<sup>17</sup>: si consideri la sentenza *Vasiljević*, in virtù della quale «Il principio *nullum crimen sine lege* non impedisce ad un tribunale di interpretare e chiarire gli elementi di un certo crimine, né impedisce il progressivo sviluppo della legge ad opera del Tribunale»; si aggiunga il *darwinismo* giurisprudenziale riscontrato a proposito dei crimini contro l'umanità, soprattutto lungo il ramo genetico dei crimini a sfondo sessuale<sup>18</sup>; si pensi, infine, alle trasposizioni del diritto penale internazionale in ambito interno ed ai vicendevoli condizionamenti.

Nonostante il dato criminologico del proliferare dei crimini internazionali comporti il già citato darwinismo penale, processuale e sostanziale, la varietà di opzioni e la stratificazione di strategie che, storicamente, hanno caratterizzato i tribunali penali internazionali ha lasciato spesso al diritto penale un ruolo considerevole ma non esclusivo, a tratti addirittura marginale.

Non si può non prendere atto delle divergenze fra diritto penale interno e diritto penale internazionale: «Quanto più si secolarizza, si tipicizza, si frammenta il diritto penale nazionale,

---

esemplarità»». Si veda, inoltre, il *Report* del *Secretary-General* intitolato *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, 23 agosto 2004 (S/2004/616). Il rapporto individua nell'elefantiasi dei costi di funzionamento e nella distanza – fisica e psicologica- dalle vittime (e, più in generale, dalle popolazioni interessate) i due principali limiti dell'ICTY e dell'ICTR e conclude nel senso di una preferenza per meccanismi giurisdizionali (e non) "condivisi" tra la comunità internazionale (si legga: l'ONU) e lo Stato interessato da una situazione post-crisi ("Learning lessons from the ad hoc criminal tribunals", parr. 38-48). *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 6 of resolution 1644 (2005), parr. 5 e 11*, in G. SERRA, *Il ruolo dell'Ue nella promozione dei diritti fondamentali*, op. cit.: le conclusioni di questo rapporto hanno indubbiamente contribuito a motivare la preferenza del *Secretary-General* per un «*treaty-based tribunals*» piuttosto che per un «*Chapter VII-based UN Security Council's subsidiary organ*».

<sup>16</sup> A proposito dell'impossibilità di giudicare in contumacia, G. VASSALLI, *Il Tribunale internazionale per i crimini commessi nel territorio della ex Jugoslavia*, in *Legisl. pen.*, 1994, p. 342.

<sup>17</sup> A titolo puramente esemplificativo, G. SERRA, *Il tribunale speciale per il Libano: fondamento e competenza*, op. cit. L'Autore cita l'«adattamento evolutivo» rappresentato dall'interpretazione in chiave internazionalistica del reato comune di terrorismo. Tre sono le condizioni aggiuntive che integrano l'elemento oggettivo di crimine internazionale: 1) carattere transnazionale (gli effetti degli atti di rilievo penale devono travalicare per persone coinvolte, mezzi impiegati e coefficiente di violenza sviluppata, i confini di un singolo Stato); 2) appoggio da parte di uno Stato; 3) minaccia alla pace ed alla sicurezza internazionale. Tali condizioni sono aggiuntive rispetto alle tre ordinarie che integrano l'elemento oggettivo del terrorismo *tout court*: 1) commissione di atti di grande rilievo penale; 2) creazione di uno stato di terrore nella popolazione (o in un gruppo) con l'intento di coartare lo Stato a compiere o ad astenersi dal compiere un determinato atto; 3) perseguimento di una finalità politica. *Amplius* CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. I. Diritto sostanziale*, Bologna, 2005, pp. 166-167. Al terrorismo come crimine di guerra e crimine contro l'umanità, si dedicano ampiamente anche R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON e E. WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op. cit., p. 292-294. Proprio uno dei Tribunali misti, che costituisce forse l'esperimento giudiziario più discusso, lo *Special Tribunal for Lebanon/Tribunale speciale per il Libano (STL)* è investito di una competenza *ad hoc* circoscritta all'attentato terroristico che nel 2005 costò la vita al Primo Ministro *Rafiq Hariri* e ad altre 22 persone. Ci si potrebbe chiedere se lo STL non costituisca, in ragione delle sue eccezionali modalità istitutive, una manifestazione dell'esercizio "collettivo" della giurisdizione universale sul crimine di terrorismo internazionale, che integra la sua competenza *ratione materiae*, avendo fatto registrare infruttuosi tentativi di qualificarlo come crimine contro l'umanità. Sul terrorismo e sulla sua difficile configurazione dogmatica in seno al diritto penale internazionale, diffusamente: L. NEMER CALDEIRA BRANT, *O Tribunal Penal Internacional como Agente Jurisdicional no Combate ao Terrorismo*, in AMBOS e JAPIASSÚ (a cura di), *Tribunal penal internacional -Possibilidades e desafios-*, Editora Lumen Juris, 2005, pp. 149-161.

<sup>18</sup> Per i quali si veda, *infra*, Parte Prima, Sezione III, Paragrafo 3.

tanto più si avverte un bisogno diffuso, insopprimibile nella comunità internazionale di realizzare un nucleo sovranazionale di diritto naturale istituzionalizzato, fondato su di una legalità dinamica<sup>19</sup>, all'interno della quale le parole tradizionali del penalista quali determinatezza, legalità, irretroattività e frammentarietà, dovranno assumere dimensione e significato diversi.

Queste considerazioni, rendono l'idea di come la produzione dottrinale in materia penale internazionale accolga punti di vista, approcci e conclusioni figli di entrambe le dimensioni della materia: quella «internazionale», a cui, per molti aspetti, spetta la primogenitura, e quella «penale», talora in posizione ancillare, talaltra in netta contrapposizione rispetto alla prima.

Tutti i contributi dottrinali in materia, portano i segni del retroterra culturale di chi li ha prodotti: così i penalisti a più stretta vocazione internista, concentrati sul loro terreno speculativo, tendono ad inquadrare le peculiarità del diritto penale internazionale come patologiche anziché come fisiologiche e si approfondono in giudizi critici<sup>20</sup>, al contrario dei penalisti con sensibilità internazionalistica, più consci della complessità dei temi e della molteplicità degli interessi in gioco e più propensi a sostituire «una demagogia della semplicità con una pedagogia della complessità»<sup>21</sup>.

I contributi di ambo le parti si collocano su due dimensioni scientifiche che sembrano parallele ed impossibilitate ad incontrarsi: così, la forza della ricca eredità lasciata dalla dottrina penalistica al diritto interno manca della necessaria apertura alle esigenze nuove del diritto penale internazionale, rispetto alle quali quel pur ricco lascito risulta insufficiente; mentre i nuovi approcci, spesso, sono fondati sul sacrificio di alcuni capisaldi del diritto penale, plasmati conformemente alle peculiarità del caso concreto<sup>22</sup>, sacrificati sull'altare di una giustizia che, fin dai suoi esordi, non sempre è stata tale.

---

<sup>19</sup> L. FOFFANI, *La giustizia penale internazionale*, op. cit., p. 372.

<sup>20</sup> Si veda, in tal senso, L. FOFFANI, *La giustizia penale internazionale*, op. cit., p. 371: L'Autore, facendo cenno alla «riemersione di dinamiche antiche e medievali», evidenziata già dal Prof. Carlo Guarnieri e dal Prof. Di Martino, sottolinea come, nonostante la giustizia penale internazionale sia un fenomeno giuridico che appartiene a pieno titolo alla modernità, presenta caratteristiche radicalmente contrastanti o forse addirittura antitetiche, atteggiandosi a diritto penale «pre-moderno». Nello stesso senso, G. INSOLERA, *Un diritto penale senza Stato?*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, op. cit., p. 335-336. L'Autore osserva: «È evidente che l'inesistenza di uno dei due protagonisti incide sulla stessa genetica del concetto di diritto penale internazionale». Concorde anche M. VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, op. cit., p. 361 ss., p. 361. Esplicitamente in M. DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, n. 1, p. 3 ss., p. 12: «Considerando che il diritto penale nazionale ha impiegato secoli per completare il processo di integrazione con le norme poste a tutela dei diritti fondamentali, si giustifica il timore diffuso tra i penalisti che dalla globalizzazione possa emergere un diritto penale regressivo che, pur di divenire efficace, sia disposto a rinunciare alle condizioni che ne fondano la legittimità».

<sup>21</sup> M. DELMAS-MARTY, *Postface*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, op. cit., p. 461.

<sup>22</sup> A titolo puramente esemplificativo, si vedano R. O. FABIAN, *Les principes généraux de droit dans la jurisprudence des Tribunaux ad hoc: une approche fonctionnelle*, e L. GRADONI, *L'attestazione del diritto internazionale pénal coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yugoslavie. «Régularités» et «règles»*, entrambi in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, op. cit., rispettivamente pp. 75-95 e pp. 25-73.

Rivendicare il portato delle acquisizioni secolari della penalistica, appare particolarmente urgente in un momento storico come quello attuale, dinanzi al proliferare delle giurisdizioni penali internazionali, all'incremento numerico delle relative decisioni giudiziarie, nonché agli evidenti *dérapages* che esse fanno registrare rispetto all'«ortodossia» del diritto penale interno, conducendo talora in prossimità di un deprecabile «diritto penale del nemico»<sup>23</sup>.

Ovviamente, rivendicare il primato delle garanzie penalistiche, non equivale a negare aprioristicamente un'adeguata modulazione delle stesse<sup>24</sup>.

Soprattutto se si considera che, lasciato l'ambito dottrinale, in cui spesso si procede per compartimenti stagni chiusi al dialogo interdisciplinare, ed approdati al settore giurisprudenziale, si assiste al riversarsi del potenziale della giustizia internazionale sui sistemi penali nazionali come da un vaso comunicante all'altro, il che impone un approccio critico più positivo<sup>25</sup>.

Questo lavoro si propone, sulla scorta delle premesse esposte, di prendere in prestito sia dall'una che dall'altra parte, di leggere l'attuale giustizia penale internazionale attraverso la lente del penalista *tradizionale*<sup>26</sup>, con tutto il suo prezioso retroterra culturale, ipotecandone, però, una parte a favore delle istanze del diritto penale internazionale. Il tutto in un'ottica critica, ma di assoluta apertura verso i «nuovi approcci»<sup>27</sup> e le «nuove esigenze».

In questo obiettivo risiedono sia lo scopo che il carattere innovativo del presente lavoro: tracciare i lineamenti del diritto penale internazionale compiendo una ricognizione di tutte le sue peculiarità, e concludere con l'individuazione dei difetti dello pseudo-sistema penale internazionale, distinguendo quelli insiti, e dunque inamovibili, da quelli su cui, invece, è possibile e doveroso incidere.

Questa macro-area di ricerca, tuttavia, è solo lo sfondo, sia pure irrinunciabile, del tema centrale: la struttura del reato nella giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali, in cui,

---

<sup>23</sup> F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2-3, 2007, p. 470. L'Autore rievoca non solo esempi di «diritti penali del nemico, retti ancora da una qualche logica e formale parvenza giuridico-penale e giurisdizionale», ma anche dell'«irrazionale *non diritto* penale del nemico, ossia "terrorismo repressivo", "nemico della giuridicità", proprio delle tragiche esperienze delle cruenti persecuzioni nei periodi delle Guardie rosse cinesi e dei *Khmer* rossi cambogiani, operate attraverso comportamenti di fatto e fuori da *inutili* atti di giurisdizione». I corsivi sono nostri.

<sup>24</sup> L'Autore aggiunge: «Concreto è il rischio che si incrina la fragile composizione tra le istanze di tutela dei beni giuridici supremi, a cui il diritto penale internazionale è preposto, e le esigenze di garanzia dei diritti individuali, accompagnate da prevedibilità e coerenza sistemica, cui esso non può sottrarsi». E ancora: «Pur adottando un'ottica penalistica, sarebbe improprio trasporre le categorie tradizionali in ambito internazionalistico senza alcuna mediazione», S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, *op. cit.*, p. 39

<sup>25</sup> In tal senso A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Ind. pen.*, n. 2, 2006, p. 801.

<sup>26</sup> L'espressione è di M. DONINI, *Presentazione*, E. AMATI, V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA e A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Collana *Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo*, Giuffrè Editore, 2006, p. XVIII. Il corsivo è nostro.

<sup>27</sup> L'espressione è di K. AMBOS e M. OTHMAN, *New approaches in international criminal justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia* / Kai Ambos, Mohamed Othman Eds. - Freiburg in Breisgau: Max-Planck-Institut, c2003. - XI, 282 p. ; 21 cm.

non di rado, l'astratta chiarezza delle fattispecie incriminatrici, attraverso valvole di sfogo nel sistema chiuso della norma penale, viene sottomessa ad esigenze di giustizia del caso concreto, riportando in auge il dramma della inconciliabilità tra le esigenze di certezza e quelle di giustizia<sup>28</sup>.

Dall'immagine del «reato» comune partiranno le riflessioni che condurranno ai lineamenti del «crimine» internazionale, in un percorso speculativo che non sarà segnato da alcun tentativo di distorcere il diritto penale internazionale secondo schematizzazioni e categorizzazioni di diritto interno, operazione impossibile quanto improduttiva.

I lineamenti del crimine internazionale saranno tracciati grazie al contributo della dottrina penalistica, dal secondo dopoguerra ad oggi, in un approccio storicizzante sintetico e critico<sup>29</sup>.

Gli orientamenti dottrinali saranno lo sfondo costante della ricca casistica giurisprudenziale di cui offriranno una chiave di lettura ragionata, fermo restando che giurisprudenza e dottrina, nel diritto penale internazionale, spesso sono tutt'uno e che lo stesso monopolio attribuito *in criminalibus* alla creazione legislativa<sup>30</sup>, si trasforma in un duopolio appannaggio anche del giudice.

Dal percorso speculativo compiuto, emergerà che non solo la teoria generale ma anche la struttura del reato, così come tradizionalmente concepite nel diritto interno, sono da sottoporre ad una integrale rivisitazione.

Oltre che sulla *law in books*, con tutte le sue potenziali mistificazioni, l'attenzione si concentrerà soprattutto sulla *law in action*. La giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali, previa estrazione di un minimo comune denominatore in una casistica ricca di contrasti, aiuterà a tracciare definitivamente la struttura del crimine internazionale, ma, in un ideale percorso circolare, si passerà idealmente alla dottrina il testimone perché possa indicare, ancora una volta, la strada da seguire per rimediare alle storture di un sistema penale tutto ancora da definire.

## **2. Diritto internazionale penale o diritto penale internazionale? Le difficoltà di una doppia dimensione che non è pura terminologia**

Non è ancora oggi definitivamente risolta la tormentata questione circa la denominazione della branca del diritto punitivo che racchiude i *crimina juris gentium* e che vede tradizionalmente contrapposte le due formule «diritto penale internazionale» e «diritto internazionale penale».

---

<sup>28</sup> P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale - Studi - Volume I-*, Padova, Cedam, 1969, p. 150; ID. in *Archivio Penale*, maggio-giugno 1946, fasc. V-VI. Citando CARNELUTTI (*Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, n. 7): «...quello di cui bisogna convincersi è che la giustizia e la certezza sono, purtroppo, due opposti. La distanza dall'una all'altra è invalicabile, come tra l'uomo e il fantoccio. Per il caso tipico bisogna sacrificare il caso singolo; e viceversa».

<sup>29</sup> Si tratta di un approccio lontano dalle «trattazioni apologetiche che indefessamente ripropongono la storia da Norimberga alla Corte penale internazionale»: sono parole di A. GARAPON, *Criminali che non si possono né perdonare né punire. L'emergere di una giustizia penale internazionale*, Bologna, 2004.

<sup>30</sup> M. VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, *op. cit.*, p. 363 e p. 362.

Pur accantonate le teorie «negazioniste»<sup>31</sup>, dalla dottrina più datata alla dottrina più recente<sup>32</sup>, la questione è ancora controversa<sup>33</sup>.

La derivazione internazionalistica dei contenuti e la comunità internazionale come fonte del potere punitivo farebbero propendere per la denominazione *diritto internazionale penale*, ritenendo, invece, il *diritto penale internazionale* un ramo del diritto interno in materia penale.

Nell'innegabile natura ibrida<sup>34</sup> della disciplina, che mutua sia dal diritto penale che dal diritto internazionale struttura e assiologia, e che si connota per una inesauribile tensione interna, si afferma sempre più l'opzione a favore della denominazione *diritto penale internazionale*, sia per questioni di territorio dogmatico<sup>35</sup>, sia per mera preponderanza quantitativa del «fattore penale»<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> «Il diritto penale internazionale non esiste, perché se è diritto penale non può che essere diritto interno, altrimenti è diritto internazionale ma non diritto penale internazionale, o, peggio, diritto internazionale penale», V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1933, pp. 6-7, per le considerazioni critiche attorno alla stessa pensabilità di una riflessione filosofica sul diritto penale. Di contro G. VASSALLI: *In tema di diritto internazionale penale*, in *Giust. pen.*, 1951, I, pp. 257 e seguenti.

<sup>32</sup> Alcuni propongono anche la definizione «diritto criminale internazionale»: in tal senso M. VIRGILIO, *Verso i principi generali del diritto criminale internazionale*, in G. ILLUMINATI, L. STORTONI e M. VIRGILIO, (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, op. cit. L'Autrice così motiva: «Si rispetta l'etimologia, secondo cui i *crimina* già nel diritto romano identificavano le violazioni di maggior disvalore pubblico, contrapposti ai *delicta*. Ma soprattutto si riflette con maggiore fedeltà la terminologia ormai invalsa nel diritto internazionale umanitario, che indica le fattispecie sanzionate come “crimini internazionali”». L'Autrice altresì ricostruisce la diatriba sulla denominazione della materia: la dottrina ha oscillato alquanto indifferentemente tra la dizione di “diritto penale internazionale” (DONNEDIEU DE VABRES, 1928, QUADRI, 1944, DE LA PRADELLE, 1946, LEVI, 1949, LOMBOIS, 1979, HUET, 1994) e quella di “diritto internazionale penale” (PLAWSKI, 1972, GLASER, 1978, VASSALLI, 1995).

<sup>33</sup> Si rinvia, altresì, a R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, op. cit., p. 44, nota 67, per un esaustivo *excursus* sul percorso dottrinale compiuto, in bilico, da un lato, tra la distinzione fra diritto penale internazionale (quale branca del diritto penale interno) e diritto internazionale penale (quale branca del diritto internazionale recante i precetti, le sanzioni penali e la disciplina della responsabilità internazionale dell'individuo), e, dall'altro, la nozione unitaria di diritto penale internazionale nel senso predetto. Per la nozione unitaria, si veda anche E. FRONZA, *Riflessioni sulla nascita di un sistema penale internazionale: il ruolo della comparazione*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale – Omaggio a Hans-Heinrich Jescbeck per il 92° compleanno*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2006, pp. 171 ss., p. 171, nota 1: la formula diritto penale internazionale si riferisce a quel gruppo di disposizioni internazionali pattizie, consuetudinarie e nazionali, riguardanti le gravi violazioni dei diritti fondamentali. Si tratta, da un lato, delle previsioni che forniscono una definizione delle fattispecie incriminatrici, qualificate come crimini internazionali, nonché della disciplina e in particolare i principi generali di queste ultime, dall'altro di tutte le disposizioni relative ai meccanismi per giudicare gli individui accusati di avere posto in essere questi comportamenti. Per un superamento della distinzione tra diritto penale internazionale e diritto internazionale penale (con il primo titolo indicando il diritto interno con effetti sul piano internazionale e con il secondo il diritto internazionale avente ad oggetto la materia penalistica), nel senso che i contenuti dell'uno o dell'altro non possono essere sottratti alla competenza del penalista, quindi a chi coltivi lo studio degli istituti di diritto penale: A. FIORELLA, *Introduzione* a E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale- I. Casi e materiali*, Giappichelli Editore, Torino, 2006, pp. XII-XIII.

<sup>34</sup> F. RAGO, *I requisiti subiettivi minimi per un'imputazione giusta nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Diritto penale XXI Secolo*, n. 1, 2006, p. 79 ss., p. 79, Cfr., A. CASSESE, *International Criminal Law*, New York, 2001; M. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law*, I, New York, 1998; su come sia un settore normativo fisiologicamente complesso e percorso da significative tensioni interne, R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, op. cit., p. 43. L'Autrice cita anche altre suggestive immagini della dottrina: parla di “ibridazione genetica”, G. FIANDACA, *Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell'orizzonte sovranazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 69 ss., p. 71; parla di “*hybrid branch of law*”, A. CASSESE, *International Criminal Law*, op. cit., p. 19.

<sup>35</sup> Sul fatto che sia essenziale che anche il *penalista tradizionale* cominci a conoscere il diritto penale internazionale e ad appropriarsi dei relativi contenuti, M. DONINI, *Presentazione*, cit., pp. XVIII-XIX. Il corsivo è nostro.

<sup>36</sup> È la conclusione di R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, op. cit., p. 44. L'Autrice ritiene che sarebbe una forzatura l'anteposizione della componente internazionalistica a quella penalistica, perché il diritto penale internazionale consta di contenuti che, seppure non esclusivamente, ruotano attorno alle disposizioni degli Statuti

Probabilmente, la posizione di maggiore equilibrio, rientrando in una logica di economia delle definizioni, è rinvenibile in chi<sup>37</sup> sostiene che la denominazione unitaria di *diritto penale internazionale* dovrebbe comprendere sia i contenuti del diritto penale internazionale come ramo del diritto interno, sia l'accezione di *diritto internazionale penale*.

Il dibattito non è puramente terminologico, perché aiuta a comprendere ed introduce il delicato intervento di mediazione che bisogna compiere anche sul piano applicativo, quando si mette in moto la poderosa ma complessa e delicata macchina della giustizia penale internazionale.

Resta in bilico l'opzione tra *diritto internazionale penale* e *diritto penale internazionale*, mentre non mancano proposte di risibili logiche «proprietarie», che rivendicano l'«esclusiva speculativa» su quel vasto terreno dottrinale rappresentato dal sistema repressivo internazionale.

La bidimensionalità non è solo nella denominazione della materia<sup>38</sup>.

Si è espressa bene la dottrina che, accennando ai rapporti tra la dimensione penale e quella internazionale ha parlato di *conflicting philosophies*<sup>39</sup>: non diverse *norme* o diversi *metodi*, ma diverse *filosofie*. Il termine è volutamente ampio e l'opzione è tutt'altro che casuale.

Lo scopo che permea il diritto penale internazionale è ben più vasto di quello presente nel diritto penale interno. La vittima non è mai il singolo; titolare dello *jus puniendi*, più che lo Stato, è la comunità internazionale. Stessi concetti, ma tutt'altra dimensione.

E l'esemplarità che connotava il diritto penale arcaico e che è stata marginalizzata nel diritto penale moderno, riacquista il suo antico splendore in ambito internazionale, con tutti gli inquietanti risvolti che ne conseguono.

Il penalista tradizionale, che pur non deve sentirsi delegittimato nella sua opera ermeneutica<sup>40</sup>, sarebbe condannato al ridicolo e alla sterilità se pretendesse di applicare le logiche del diritto penale interno all'ambito internazionale. Accantonato il ripiegamento autoreferenziale<sup>41</sup>, resta la logica di un intervento costruttivo e consapevole di tutte le peculiarità del contesto in cui si opera.

---

ed alla giurisprudenza dei Tribunali *penali* internazionali e della Corte *penale* internazionale. I corsivi sono dell'Autrice.

<sup>37</sup> Così M. C. BASSIOUNI, *Il diritto penale internazionale: contenuto e scopo nel suo sviluppo storico*, cit., p. 55; ID., *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Giuffrè Editore, 1999, p. 9: «Il diritto penale internazionale è una disciplina relativamente nuova, costituita dagli aspetti penali e procedurali del diritto internazionale e dagli aspetti procedurali internazionali del diritto penale interno».

<sup>38</sup> K. AMBOS, *A Construção de uma Parte Geral do Direito Penal Internacional*, in AMBOS e JAPIASSÚ (a cura di), *Tribunal penal internacional -Possibilidades e desafios-*, op. cit., pp. 1. Nello stesso senso M CAPELLÀ I ROIG, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Universitat de les Illes Balears –Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

<sup>39</sup> A. CASSESE, *International Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> Ed., Oxford University Press, 2008, pp. 8-9.

<sup>40</sup> Così, testualmente, M. DONINI, *Presentazione*, cit., p. XVIII.

<sup>41</sup> A. FIORELLA, *Introduzione* a E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale- I. Casi e materiali*, op. cit., p. XIII, sottolinea come le sinergie tra le diverse discipline siano essenziali, *a fortiori* nel diritto penale internazionale.

**SEZIONE II**  
**L'INTERNAZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE**

SOMMARIO: 1. Il diritto penale alla prova dell'internazionalizzazione: storia di un regresso?- 2. La dottrina penalistica italiana.- 2.1. La dottrina del secondo dopoguerra.- 2.2. La dottrina contemporanea.- 3. Il ruolo creativo della giurisprudenza: il giudice tessitore che tesse la trama del diritto penale internazionale.

**1. Il diritto penale alla prova dell'internazionalizzazione: storia di un regresso?**

«La produzione scientifica va vagolante, dubbia di sé e dei suoi fini, per quasi ancora cercare sé stessa. E così corrono oggi per le mani di tutti trattati, monografie, articoli, così detti di diritto penale, in vista di taluno dei quali c'è da domandarsi se una scienza che si chiama diritto penale sia o non sia una scienza giuridica. C'è dell'antropologia, della psicologia, della sociologia, della filosofia, della politica: tutto, insomma, qualche volta, tranne che il diritto»<sup>42</sup>.

Un esponente, più che autorevole, del pensiero giuridico italiano, così si esprimeva, quando l'attuale interazione tra il diritto penale ed il diritto internazionale era ancora lontana. Il solo diritto penale veniva descritto come una branca del diritto dai lineamenti complessi, una sorta di crocevia di istanze speculative di varia provenienza.

Eppure, in una descrizione tarata sulla sola materia penale, si intravede una sorta di vegggenza nel prefigurare i tratti caratterizzanti dell'attuale giustizia penale internazionale.

Anch'essa vagolante, dubbia di sé, alla ricerca di sé stessa, anch'essa spurio incrocio di discipline: *in primis* la filosofia, perché gli interrogativi sulla legittimità ed i fini della giustizia penale internazionale non si sono mai sopiti<sup>43</sup>.

Segue l'antropologia per il carattere violento e tribale<sup>44</sup> di alcuni conflitti e perché l'indagine sulla loro genesi è il fondamento dell'amministrazione di forme di giustizia conciliativa.

Infine, la politica perché l'evidente legame con il diritto è una peculiarità del diritto penale internazionale<sup>45</sup>. Anch'esso tutto, a volte, tranne che diritto. E se la componente giuridica emerge, è solo frutto di operazioni ermeneutiche descritte con le metafore più fantasiose, che vedono alternarsi un giudice dedito ad un inquietante *bricolage* normativo; impegnato, nel marasma della diversità, nella ricerca di un minimo comune denominatore; alle prese, nella

---

<sup>42</sup> A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1910, p. 490.

<sup>43</sup> D. ZOLO, *La pace attraverso il diritto penale?*, Tavola Rotonda "I Tribunali penali internazionali ed il ricorso alle fonti di diritto internazionale generale", Bologna 12-13 marzo 2004.

<sup>44</sup> A proposito del genocidio in Ruanda, S. MANACORDA, "I confini della responsabilità individuale nel diritto penale internazionale: primi appunti", testo provvisorio, *Congreso Internacional de Derecho Penal, VII Jornadas sobre Justicia Penal, 19-23 de junio de 2006, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, p. 12.

<sup>45</sup> M. DONINI, *Presentazione*, cit., p. XVIII.

varietà di fonti alle quali attingere, con *collages* normativi, o alchimista, intento a laboriose “distillazioni”<sup>46</sup>, anche se, talora, l’immagine più ricorrente è la ricerca, ardua quanto vana, della quadratura del cerchio: riuscire a conciliare l’inconciliabile, a fare convergere nello stesso ambito applicativo il diritto internazionale, con la sua marcata componente politica, ed il diritto penale, portatore di istanze garantistiche, oltre che repressive.

Il diritto penale internazionale nasce con una duplice pregiudiziale: essere un diritto di marca eminentemente giurisprudenziale ed avere dei luoghi (ideali) di formazione, assolutamente itineranti.

Se la dottrina penalistica italiana si è spesso cimentata nel ricostruire i caratteri originari ed i tratti permanenti del sistema penale italiano<sup>47</sup>, emerge l’interrogativo sulla fattibilità di una simile operazione anche per il diritto penale internazionale.

La ricerca si atteggia, così, come ricostruzione della genealogia del diritto penale internazionale, ed approda al tratteggio di un percorso circolare<sup>48</sup>: dalla genesi della norma in seno al diritto internazionale, all’applicazione da parte dei Tribunali penali internazionali<sup>49</sup>, all’incorporazione nei diritti penali nazionali.

Il problema della giustizia penale internazionale è nato, nella coscienza comune ed in quella giuridica, come problema circoscritto all’epilogo del processo: la pena, sotto il profilo della sua legittimità, della sua proporzione e della sua finalità.

È stato un dubbio cruciale, variamente risolto<sup>50</sup>, che, tuttavia, si colloca a valle del procedimento che, dall’incriminazione, conduce alla misura punitiva. A valle di tale *iter* si riscontrano interrogativi non meno pressanti.

Il problema, una volta emendato dagli interrogativi morali e filosofici sulla legittimazione, sull’applicazione e sull’entità della pena, è circoscritto alla sola dimensione giuridico-

---

<sup>46</sup> Per tutte queste immagini, si rinvia diffusamente, *infra*, alla Parte Seconda, Sezione I, Paragrafo 2.

<sup>47</sup> M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)* in *Legge, Diritto, giustizia* a cura di L. VIOLANTE e L. MINERVINI, Torino 1998 (Storia d’Italia. Annali, 14), p. 504.

<sup>48</sup> «La perspective adoptée par la recherche tient compte de la généalogie du droit international pénal: c’est un fait bien connu que les normes sur les crimes internationaux naissent d’abord au sein du droit international (en dehors du droit pénal), pour être ensuite incorporées dans les droits pénaux nationaux et, qu’enfin elles sont – à nouveau-réceptionnées par les juridictions internationaux ou cristallisées dans des textes internationaux. Ce chemin (circulaire) est donc révélateur d’une évolution progressive qui a atteint son apogée avec l’adoption du Statut de Rome», E. FRONZA, *Introduction* M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>49</sup> «Non si potrà certo evitare che le logiche penalistiche diffuse nei diversi sistemi di riferimento entrino con pieno diritto nella cultura interpretativa degli operatori internazionali: ciò, anzi, sarà tanto più necessario quanto più gli Stati parte dovessero affrontare in proprio l’applicazione dello Statuto (della Corte penale internazionale) e dei suoi adattamenti nazionali», così M. DONINI, *Presentazione*, *cit.*, p. XVIII.

<sup>50</sup> M. R. SAULLE, *Il senso della legalità nel Processo di Norimberga*, in A. TARANTINO e R. ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant’anni dalla sua celebrazione- Atti del Simposio internazionale-*, Lecce, dicembre 1997, Giuffrè, 1998. p. 33-44. In senso opposto M. DONINI, *Presentazione*, *cit.*, p. XVIII: «Occorrerà che tutto il tema della pena e delle sue funzioni cominci ad essere ridefinito in una logica penalistica diversa da quella retributivo-medievalistica emergente da una certa giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*». Lo stesso Autore, più diffusamente sul tema in: *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla “necessaria sproporzione” della pena nelle gross violations*, in *Cass. Pen.*, 2007, n. 1, p. 7-23.

applicativa, si compendia in poche battute: per potere applicare una norma incriminatrice, occorre comprenderne l'ampiezza e l'ambito applicativo. Ma per conseguire questo obiettivo, dato il contesto multiculturale e plurilingue in cui è sorta, occorre ricostruirne la genesi, con tutte le difficoltà sulle quali la dottrina comparatistica<sup>51</sup> si è già ampiamente soffermata.

Non si tratta di problemi oziosi, poiché non si collocano su di un piano puramente teorico, ma hanno marcate ricadute pratiche.

Il crimine internazionale, dalla Norimberga del secondo dopoguerra ad oggi, non ha smesso di riprodursi, sia pure con diversi caratteri e con diversa intensità: dalle dimensioni criminose che richiamano gli orrori del nazionalsocialismo, come quelle perpetrate nella ex-Jugoslavia<sup>52</sup> a quelle che presentano un carattere violento e tribale<sup>53</sup>, come quelle perpetrate in Ruanda, fino ai conflitti causa dell'istituzione dei Tribunali di quarta generazione, derivanti da una interpretazione estensiva della stessa *internazionalità* del conflitto.

A dovere fronteggiare questa "fertilità criminale", non solo la giurisprudenza, chiamata ad un ruolo creatore, ma anche la dottrina, chiamata a svolgere il ruolo critico e di guida che le è proprio.

In tale ottica, si potrebbe dire che la giustizia penale internazionale è un cantiere sempre aperto, anche se con impalcature fluttuanti. Con le conseguenze, già prospettate, sul piano sistematico, di un indebolimento del sistema penale<sup>54</sup>.

La misura di tale indebolimento e la possibilità di escogitare meccanismi correttivi, sono state variamente percepite dalla dottrina penalistica italiana, dal secondo dopoguerra ai giorni nostri.

## 2. La dottrina penalistica italiana

Volendo compiere una comparazione diacronica nell'ambito della dottrina penalistica italiana, ci si imbatte in varie figure di notevole rilievo.

Una menzione particolare merita Francesco Carrara, giurista venerato, sommo maestro di tutti i penalisti. Ancorché vissuto molto tempo prima che si affermasse l'idea di una giustizia penale

---

<sup>51</sup> Per tutti si veda A. GAMBARO e R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Collana *Trattato di diritto comparato*, Utet Editore, 2002.

<sup>52</sup> «Il connotato che più assimila i crimini perpetrati nella ex-Jugoslavia a quelli dell'epoca nazista e decisamente li introduce nel campo dei delitti contro l'umanità è proprio questa loro motivazione, questa finalità di "pulizia etnica" o "bonifica etnica". Non a caso si parla di *Norimberga dei Balcani*», G. VASSALLI, *Il Tribunale internazionale per i crimini commessi nel territorio della ex Jugoslavia*, *op. cit.*, p. 341 e 344.

<sup>53</sup> In riferimento ai crimini perpetrati nella ex-Jugoslavia ed al genocidio in Ruanda, S. MANACORDA, *"I confini della responsabilità individuale nel diritto penale internazionale: primi appunti"*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>54</sup> M. DELMAS-MARTY, *Postface* in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, *op. cit.*, p. 463: «Il n'en reste pas moins que la dogmatique pénale sortira sans doute affaiblie de la confrontation du droit pénal interne au droit international pénal».

internazionale<sup>55</sup>, il suo pensiero è stato giustamente ritenuto attuale anche nel tempo della guerra al terrorismo globale<sup>56</sup>.

La perennità del metodo che seguì nelle sue ricerche è attribuita alla scelta di non essere espositore esegetico o sistematico di qualche ordinamento italiano dell'epoca, ma di indagare i principi di ragione che rendono un ordinamento razionale e sicuro. Il tutto, in un'ottica di comparazione giuridica diacronica, coniugando il presente con la storia, senza tralasciare la comparazione geografica<sup>57</sup>, in una visione globale dei problemi e delle loro risposte, giungendo a penetrarli in profondità<sup>58</sup>.

In Carrara si coniugano, in apprezzabile e proficua sintonia, diritto naturale e diritto positivo, diritto nazionale e diritto internazionale, difesa della società e garanzia di libertà, in quanto al centro, fonte e fine, di ogni norma, Carrara pone la *dignità della persona*<sup>59</sup>.

Dal momento che scriveva che «la bontà di un codice deve cercarsi nella sua adesione ai precetti della scienza, nel suo costante ossequio ai principi di umanità, nel metodo, nell'ordine, nella chiarezza ed esattitudine delle classi, nella proporzionalità e nella giusta gradazione dei castighi, nella locuzione concisa, semplice e scevra di perplessità, insomma in tutto il suo insieme e non in una sola opinione che nulla guasta e nulla corregge lo insieme stesso»<sup>60</sup>, dipiace non sapere cosa avrebbe detto del “magmatico” diritto penale internazionale, dei suoi tentativi di codificazione, del suo essere refrattario ad ogni sistematizzazione.

---

<sup>55</sup> Lucca, 18 settembre 1805 – Lucca, 15 gennaio 1888.

<sup>56</sup> Così, testualmente, M. PAPA, *L'attualità di Francesco Carrara nel tempo della guerra al terrorismo globale*, in *Criminalia*, 2006, p. 311-319.

<sup>57</sup> M. P. GERI, *Un giurista e i libri: Carrara recensore, editore, annotatore*, in *Ind. pen.*, n. 2, 2006, p. 913, nota 48: si sottolinea l'utilità dell'approccio comparatista come strumento dell'indagine del penalista, ma con la precisazione che una cosa è dire «studiamo ciò che si fa dagli stranieri per copiarlo e adattarlo a noi (e questo sarebbe un oltraggio che faremmo a noi stessi) altri è dire conosciamo ciò che si fa dagli stranieri per sottoporlo alla critica della ragione pura, e armati delle cognizioni sperimentali risalire con libera mente alle contempezioni speculative» (FRANCESCO CARRARA, *Introduzione a K. A. Weiske, Manuale, cit.*, p. VI-VII-XI). Nello stesso senso M. PAPA, *L'attualità di Francesco Carrara nel tempo della guerra al terrorismo globale, op. cit.*, p. 318. L'Autore si sofferma proprio sulla convinzione che lo studio giuridico comparato offra le sue migliori risorse euristiche quando, anziché indulgere in un semplicistico universalismo, sia diretto a valorizzare proprio «la differenza tra gli ordinamenti e le esperienze giuridiche, mirando a comprendere, tramite il confronto, la complessità di ciascun sistema come unico e irripetibile». Sulla comparazione quale tecnica giuridica idonea alla predisposizione di una piattaforma comune di reati, si veda N. BARTONE, *La risposta normativa europea alla criminalità transnazionale e salvaguardia del principio di tipicità nazionale della fattispecie di reato*, in *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Atti del III Convegno Internazionale promosso dal Centro Studi Giuridici “Francesco Carrara”, 24-25 maggio 2002, a cura di A. Antuonfermo, Milano, Giuffrè, 2005, p. 499 ss., p. 502.

<sup>58</sup> Così S. VINCIGUERRA, *Francesco Carrara penalista del XXI secolo*, in *Diritto penale del XXI secolo*, n. 1, 2006, pp. 179-195.

<sup>59</sup> Così, testualmente, N. BARTONE, *La Koinè normativa europea, l'attualità nell'ottica di Francesco Carrara di un diritto penale non nazionalmente limitato o condizionato*, Relazione tenuta nel dicembre 2005 a Lucca al Convegno internazionale “Francesco Carrara nel bicentenario della nascita”, organizzato dal Centro Studi Giuridici Francesco Carrara, p. 2. L'Autore precisa (p. 4): «Il sogno e oggi realtà della costruzione giuridica del Carrara è di una *Società* che abbia un *Diritto* che non sia ristretto o condizionato al diritto positivo regionale o statale, in quanto poggiandosi su di un limitato diritto positivo regionale o statale, non si coglierebbe mai l'universalità della protezione delle persone». I corsivi sono dell'Autore.

<sup>60</sup> M. P. GERI, *Un giurista e i libri: Carrara recensore, editore, annotatore, op. cit.*, p. 923, cfr. *Codice penale dell'Impero Germanico tradotto da Gismondo Gnaltierotti Morelli e Demetrio Feroci aggiuntovi un ragionamento critico e note dei professori Pietro Ellero e F. C.*, Roma, Torino, Firenze 1874, p. VI.

Ma, soprattutto, rifiutata l'immagine diffusa ma distorta di un Carrara rigidamente osservante del credo giusnaturalistico, ma insensibile alla dimensione evolutiva e dinamica del sistema criminale<sup>61</sup>, rincresce non sapere come si sarebbe rapportato alle peculiarità dei sistemi penali in tempo di guerra al terrorismo globale e non solo: dall'inedita intersezione tra le categorie della guerra e della giustizia penale all'inadeguatezza delle categorie dogmatiche e dei meccanismi di ascrizione della responsabilità, la cui evoluzione si è realizzata attraverso vie indecifrabili che sarebbe riduttivo e semplicistico ancorare a vecchi modelli di responsabilità collettiva o per fatto altrui<sup>62</sup>.

Probabilmente avrebbe ribadito che per una scienza cosmopolita non vi sono confini di territorio, diversità di razza o di linguaggio ed avrebbe incalzato sulla strada del superamento del particolarismo disciplinare nazionale per la creazione di una *Koinè* normativa in grado di comporre in un quadro unitario la pluralità dei sistemi operanti<sup>63</sup>.

Nel carteggio tra Francesco Carrara e Luigi Majno, altro valente penalista vissuto in un momento storico vicino a quello in cui visse Carrara<sup>64</sup>, si rinviene il seme delle successive riflessioni sul carattere esemplare della sanzione penale in ambiti contigui a quello cui è dedicato il presente lavoro<sup>65</sup>.

Ma, volendo soffermarsi sui penalisti italiani che hanno vissuto da vicino le vicende storiche a monte dello sviluppo del diritto penale internazionale, si incontrano altre, importanti, figure.

A partire da Alfredo De Marsico, i cui interessi sul diritto penale comparato, attraverso le esperienze della guerra<sup>66</sup>, si allargarono alla giurisdizione militare ed ai problemi del diritto penale internazionale e ritornarono con insistenza ai temi della pericolosità criminale<sup>67</sup>.

---

<sup>61</sup> In tal senso A. GARGANI, "Delitti sociali" e tecniche di anticipazione della tutela – La funzione dommatica e politico-criminale dei diritti superindividuali nel pensiero di Francesco Carrara, in *Ind. pen.*, n. 1, 2009, p. 381. Nel senso che Carrara, generalmente definito *giusnaturalista* sia invece nella sua scienza giuridica un comparatista di diritto positivo, anche N. BARTONE, *La Koinè normativa europea*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>62</sup> Per questa efficace sintesi sulle peculiarità dei sistemi penali attuali, si veda M. PAPA, *L'attualità di Francesco Carrara nel tempo della guerra al terrorismo globale*, *op. cit.*, pp. 314 e 317.

<sup>63</sup> Così N. BARTONE, *La Koinè normativa europea*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>64</sup> Gallarate 1852 – Milano 1915.

<sup>65</sup> Si dedicò al diritto penale militare, un ramo del diritto che proprio sotto il profilo delle garanzie individuali, abbisogna di notevoli riforme. Tentò di delimitare gli esatti confini tra reati militari e reati comuni, e tra giurisdizione militare e civile, conservando, però, nella prima tutte le guarentigie previste nella seconda. Successivamente, lo studio del diritto e della giustizia militare convalida l'iniziale «*persuasione che in quel caso si fosse voluto un esempio e non una giustizia*», da una lettera di Luigi Majno a Francesco Carrara, 2 febbraio 1877, in UFN, F.M., f. 23, in E. D'AMICO, *Il carteggio inedito tra Francesco Carrara e Luigi Majno*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 2, 2006, p. 369-387.

<sup>66</sup> Sala Consilina 29 maggio 1888 - Napoli, 8 agosto 1985. Eletto deputato per la prima volta nel 1924, varò una legge sulla riforma del Codice penale e collaborò alla stesura del Codice Rocco. Dal 1925 al 1942 fece parte della commissione parlamentare per la riforma dei codici, mentre il 6 febbraio 1943, dopo l'iscrizione al Partito Nazionale Fascista, entrò nel governo Mussolini in qualità di Ministro di Grazia e Giustizia. Nominato membro del Gran Consiglio del Fascismo, il 25 luglio del 1943, votò a favore della mozione Grandi, che determinò l'arresto di Mussolini. Condannato a morte, in contumacia, nel processo di Verona del 1944, durante gli ultimi mesi di guerra, risiedette a Salerno, ormai liberata dalle truppe anglo-americane. Per la sua adesione al fascismo, terminata la Seconda guerra mondiale, fu privato della cattedra per sette anni e allontanato dall'attività forense per quattro. Il suo bilancio dell'esperienza totalitaria si rinviene in un suo scritto autografo in cui si esprime a

Altra importante figura quella di Giacomo Delitala, di cui un illustre collega<sup>68</sup> ricorda «i rapidi gesti di ira e di sdegno contro l'escalation nazista in Europa centrale ed il suo autentico ribrezzo verso l'esaltazione che se ne faceva negli illeggibili giornali del tempo. Questo non gli impedì, a guerra finita, di partecipare ad una modica comprensione per chi aveva errato in buona fede, del che si trova traccia anche in suo scritto scientifico dedicato all'adempimento del dovere».

Ma non è dato sapere cosa sarebbe stato della sua costante tensione alla "riduzione" del diritto penale a sistema, in modo da eliminare ogni incognita, a fronte del diritto penale internazionale, «composto da materiale magmatico privo di coerenza interna, in cui su tutto prevale l'interesse degli Stati, secondo una visione *Realpolitik*»<sup>69</sup>.

Altra figura di rilievo quella di Franco Ferracuti. Anticipando le riflessioni sulle peculiarità, anche criminologiche, del crimine internazionale<sup>70</sup>, fu autore di un importante volume dedicato alla dimensione internazionale della criminologia, che comprendeva anche la criminologia comparata<sup>71</sup>.

Fino a giungere ad Ettore Gallo<sup>72</sup>, che assistette all'occupazione nazista e continuò ad occuparsi di temi che vedevano intersecarsi guerra e responsabilità penale. Significative, nel 1946, le sue dimissioni dalla Magistratura e dalle funzioni di giudice dei tribunali partigiani, convinto che questi esprimessero una giustizia sommaria, contrastante con il suo spirito rigorosamente garantista e con le sue convinzioni di giurista, secondo le quali ad ogni imputato devono essere dati sufficienti strumenti di garanzie e difese. Con lo stesso approccio ha anche presieduto, in tempi relativamente recenti, le commissioni di indagine sui comportamenti dei militari italiani in Somalia<sup>73</sup>.

---

proposito della mozione Grandi: «Resti pure agli storici ed agli uomini politici il compito di accertare se quella mozione si prestasse ad essere una tavola di salvataggio. Per me era il mezzo decisivo per tornare dal Partito alla Nazione, per tornare dalla Camera dei Fasci e delle Corporazioni alla Camera dei Deputati, per chiudere il ciclo del regime autoritario, per separare ideologicamente, militarmente, politicamente, l'Italia dalla Germania, per mettere fine alla guerra dell'Italia come elemento costitutivo dell'Asse e dare inizio ad una politica italiana, per tutte quelle vie che le tradizioni e gli eventi avrebbero aperte».

<sup>67</sup> G. VASSALLI, *Penalisti italiani. Sessant'anni di ricordi: Alfredo De Marsico*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 1, 2007, pp. 186-201.

<sup>68</sup> G. VASSALLI, in *Penalisti italiani. Sessant'anni di ricordi: Giacomo Delitala*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 1, 2008, pp. 142-165.

<sup>69</sup> M. C. BASSIOUNI, voce *Diritto penale internazionale*, in *Annali*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore.

<sup>70</sup> Delle peculiarità criminologiche della criminalità delle masse e della dimensione tipicamente collettiva dei crimini internazionali, tratta il prezioso contributo di S. MANACORDA, *I confini della responsabilità individuale nel diritto penale internazionale: primi appunti*, *op. cit.*, pp. 6-13. Da sottolineare anche l'introduzione di insegnamenti che forniscono, di comportamenti criminali gravi ed attuali, quali il terrorismo ed il genocidio, una lettura non più storica o politica ma eminentemente criminologica: è il caso dell'insegnamento di Teoria della Comunicazione Criminale Internazionale.

<sup>71</sup> G. VASSALLI, *Penalisti italiani. Sessant'anni di ricordi: Franco Ferracuti*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 2, 2008, pp. 417-423.

<sup>72</sup> Napoli, 3 gennaio 1914 – Roma, 28 giugno 2001.

<sup>73</sup> G. VASSALLI, *Penalisti italiani. Sessant'anni di ricordi: Ettore Gallo*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 1, 2008, pp. 174-178.

Tuttavia, nonostante l'innegabile importanza di tali Autori, non si può che riconoscere primario rilievo alle due grandi voci della dottrina penalistica italiana del secondo dopoguerra: Giuliano Vassalli e Pietro Nuvolone.

### ***2.1. La dottrina penalistica italiana del secondo dopoguerra***

«Molti, nel popolo italiano (...) si sono domandati, negli scorsi giorni, non senza una punta di amaro scetticismo, chi siano esattamente i “criminali di guerra”, come venga graduata la loro responsabilità, chi, in virtù di quali norme, abbia il diritto di giudicarli e di punirli, fino alla estrema sanzione<sup>74</sup>. Le sanzioni capitali seguite al processo, meritano un momento di raccoglimento pensoso e di meditazione sul bilancio dell'intero processo<sup>75</sup>».

In una sorta di mancata Norimberga italiana<sup>76</sup>, queste erano le parole, cariche di interrogativi da sciogliere, che Giuliano Vassalli<sup>77</sup> consegnava al mondo scientifico e all'opinione pubblica dell'epoca. In poche righe, erano concentrate tutte le voci che ancora oggi riempiono il *cabier de doléances* della giustizia penale internazionale: i criminali di guerra come nuovi tipi criminologici<sup>78</sup>, soggetti attivi dei crimini internazionali, neonata entità dell'universo criminale; la difficile graduazione della responsabilità in un coacervo di cointeressenze, in cui è difficile scorporare l'apporto individuale e quello collettivo<sup>79</sup>; il problema della legittimazione dei

---

<sup>74</sup> G. VASSALLI, *La punizione dei criminali di guerra*, in *Idea*, anno I, n. 10, ottobre 1945, pp. 23-26, in *Scritti giuridici- Volume II- La parte speciale del diritto penale in tempo di guerra*, Giuffrè Editore, 1997.

<sup>75</sup> G. VASSALLI, *Bilancio di Norimberga*, in *Mondo europeo*, anno II, n. 7, luglio-agosto 1946, p. 56 e ss., in *Scritti giuridici- Volume II- La parte speciale del diritto penale in tempo di guerra*, Giuffrè Editore, 1997.

<sup>76</sup> Nettamente contrastante con lo scenario tedesco, il caso italiano, dove, a fare da contraltare all'eredità criminale fascista, meno pesante rispetto a quella nazionalsocialista c'era un contesto di marginalizzazione scientifica dei crimini di guerra: P. P. PORTINARO, *Crimini politici e giustizia internazionale –Ricerca storica e questioni teoriche-*, op. cit., p. 46.

<sup>77</sup> Di Vassalli, è stato, efficacemente, detto: «Quando, ancora giovanissimo, divenne professore universitario nella nostra materia, la dogmatica penalistica classica non poteva più essergli sufficiente. Sotto l'impressione dei radicali cambiamenti, che dalla metà del secolo scorso sono intervenuti nello Stato, nella società e nella comunità degli Stati, ha ben presto ampliato il consueto ambito della scienza del diritto penale in tre direzioni: la comparazione giuridica, la criminologia e il nuovo diritto penale internazionale». Così, testualmente, H. H. JESCHECK, *Giuliano Vassalli visto dalla Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, n. 1, p. 277-281. Tra l'altro, Jescheck è stato uno degli esponenti di spicco, in Germania, della dottrina internazionalpenalistica, e con Vassalli, ha «perseguito con costante fedeltà il grande obiettivo», come afferma lui stesso in *Giuliano Vassalli visto dalla Germania*, op. cit., p. 279-280.

<sup>78</sup> Il tema sarebbe stato poi approfondito anche da Pietro Nuvolone: la personalità dei soggetti attivi dei crimini di lesa umanità «costituisce un tipo criminologico a sé stante perché la loro capacità a delinquere, e quindi la loro pericolosità, è particolarmente accentuata. Infatti, essi rappresentano il tipo di quello che potremmo chiamare il delinquente legale, ossia colui che si avvale, per delinquere, delle prerogative di cui è investito come uomo di governo e dà alla propria attività la forma della legalità. Quindi, il delinquente legale si avvale di un potere giuridico per compiere azioni criminose, in ciò rivelando una pericolosità particolarmente accentuata», P. NUVOLONE, *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, Roma, 1945, riprodotto in *Trent'anni di diritto e procedura penale -Studi- Volume I*, Padova, Cedam, 1969, p. 110-121.

<sup>79</sup> Si tratta di un tema approfondito anche dalla dottrina attuale. Per tutti si veda S. MANACORDA, *“I confini della responsabilità individuale nel diritto penale internazionale: primi appunti”*, op. cit., pp. 2-5.

tribunali penali militari<sup>80</sup>; la difficile ricognizione delle norme incriminatrici applicabili<sup>81</sup>; la sproporzione della pena capitale<sup>82</sup>.

L'Autore, impegnato, non solo giuridicamente<sup>83</sup>, è padre di idee divenute patrimonio comune della penalistica italiana e della legislazione nazionale e internazionale, idee ereditate e sviluppate dalle nuove generazioni in concomitanza con la genesi del diritto penale internazionale e dei Tribunali penali internazionali<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> G. WERLE e F. JESSBERGER, *Concetto, legittimazione e prospettive*, op. cit., pp. 733-744. Gli Autori indicano una via, dottrinale-argomentativa, per la quale il riferimento agli interessi della comunità internazionale conferisce al diritto penale internazionale la sua legittimazione specifica: l'aggressione ai fondamentali interessi della comunità internazionale spinge il fatto di reato in una dimensione internazionale e lo rende un crimine internazionale. I crimini internazionali colpiscono, per l'appunto, «l'insieme della comunità internazionale»: *Preambolo*, alinea 4 e 9, art. 5 co. 1 StICC («crimes of concern to the international community as a whole»). Senza differenze di sostanza l'art. 1 StICC si riferisce ai «crimes of international concern». Ne consegue che la repressione dei crimini internazionali è un compito della comunità internazionale, ed è per questa ragione che le norme del diritto penale internazionale scardinano la «corazza della sovranità statale». Anche nella giurisprudenza internazionale si rinvengono asserzioni significative: «The crimes which the International Tribunal has been called upon to try affect the whole of mankind and shock the conscience of all nations of the world. There can therefore be no objection to an international tribunal properly constituted trying these crimes on behalf of the international community» (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case n. IT-94-1-AR72, *Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on jurisdiction*, 2 October 1995 -in seguito ICTY, *Tadić, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction-*, § 59). Per i riferimenti alla giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali si veda *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence* (G. ZICCARDI CAPALDO Ed., 2001-2010), Oxford University Press, New York.

Ne consegue che la repressione dei crimini internazionali è un compito della comunità internazionale, ed è per questa ragione che le norme del diritto penale internazionale scardinano la «corazza della sovranità statale».

<sup>81</sup> Sulla difficile ricognizione delle norme incriminatrici, si veda M. SARACCO, *Une lecture «contextuelle» de l'utilisation des sources du droit dans la jurisprudence des Tribunaux ad hoc*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, op. cit., pp. 243. Nello stesso senso P. MANZINI, *Le rôle du principe de la légalité dans la détermination des sources du droit international pénal*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, op. cit., pp. 261.

<sup>82</sup> M. DONINI, *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla "necessaria sproporzione" della pena nelle gross violations*, in *Cass. pen.*, 2007, n. 1, p. 7-23. In senso opposto, M. R. SAULLE, *Il senso della legalità nel Processo di Norimberga*, op. cit., p. 33-44.

<sup>83</sup> M. PISANI, *Ricordando Giuliano Vassalli*, in *Note brevi su temi penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2010, p. 1338, cfr. *Giust. pen.* 1947, III, c. 304: «Apprendiamo con il più vivo compiacimento che in occasione dell'anniversario della strenua difesa popolare di Roma del settembre 1943 è stata conferita al nostro condirettore Prof. Giuliano Vassalli la medaglia d'argento al V.M. in riconoscimento dell'attività partigiana svolta nel periodo della resistenza, quale capo della formazione romana della Brigata "Matteotti", attività per la quale fu arrestato dai tedeschi e torturato nelle carceri di via Tasso». Per una puntuale ricostruzione delle vicende di cui Vassalli fu protagonista, si vedano anche F. PALAZZO, *La scomparsa di Giuliano Vassalli: un vuoto incolmabile per la scienza penale e la giustizia italiana*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1, 2010, p. 5; P. SEVERINO, *Giuliano Vassalli (25 aprile 1915-21- 27 settembre 2009)*, nella rubrica: «Ricordo di due grandi Maestri: Hans-Heinrich Jescheck e Giuliano Vassalli», in *Criminalia*, 2009, p. 17 ss.; G. MARINUCCI, *Ricordo di Giuliano Vassalli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2009, p. 1588 e, in particolare, F. MANTOVANI, *Ricordo di Giuliano Vassalli*, in *Giust. pen.*, 2010, I, p. 1: «Quale militare della Resistenza antinazista, già dall'ottobre del 1943 fece parte della Giunta militare centrale del CNL, nel gennaio del 1944 organizzò l'evasione di Sandro Pertini e Giuseppe Saragat da Regina Coeli; nell'aprile del 1944, dopo l'attentato di Via Rasella, fu arrestato dai nazisti e sottoposto a pesanti torture a Via Tasso, tacque i nomi degli attentatori da Lui ben conosciuti e si sottrasse fortunatamente alla fucilazione». Ugualmente ricordano queste vicende M. C. BASSIOUNI, *In memoriam Giuliano Vassalli*, in *Rev. int. dr. pén.*, 2009, p. 436 (L'Autore si sofferma anche sulla molteplicità di versanti in cui Vassalli profuse il suo impegno, p. 435, esattamente come F. MANTOVANI, *Giuliano Vassalli*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 2, 2009, pp. 211-214) e A. PAGLIARO, *Vassalli, molte vite in una*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 2, 2009, p. 209 ss., p. 209.

<sup>84</sup> Così F. PALAZZO, *La scomparsa di Giuliano Vassalli: un vuoto incolmabile*, op. cit., p. 7.

In un periodo storico difficile, Vassalli rilevava il carattere politico-selettivo della giustizia di Norimberga e le sue storture, perpetratesi fino ai tribunali penali internazionali delle “generazioni”<sup>85</sup> successive.

Eppure, tentava di muoversi anch’egli in un’ottica di legittimazione del paradigma punitivo, in modo da superare le prevedibili obiezioni in termini di legalità<sup>86</sup>.

Seguiva, infatti, una frase di chiusura molto eloquente: «Bisognava non pretendere troppo se si voleva ottenere qualcosa»<sup>87</sup>.

In questa frase, forse, si può leggere il tentativo «di mantenere in piedi, fino all’estremo limite possibile, la validità del diritto positivo, ma riconoscendo il valore superiore del diritto naturale sia pure nei soli casi di ingiustizia estrema ed intollerabile»<sup>88</sup>.

E, del resto, il grande merito riconosciuto a Vassalli e rinnovatosi negli eventi in suo onore ad un anno dalla scomparsa<sup>89</sup>, è di non avere avuto timore di dichiarare la rilevante e straordinaria conseguenza della sua tesi: o lasciare l’intollerabile impunito o una legge penale retroattiva<sup>90</sup>, senza tralasciare tutte le sfumature, giuridiche e morali, di questa spietata alternativa<sup>91</sup>, e senza

---

<sup>85</sup> L’espressione è di G. SERRA, *Le corti penali “ibride”: verso una quarta generazione di tribunali internazionali penali? - Il caso del Kosovo-*, Editoriale Scientifica, 2008.

<sup>86</sup> «Nell’ottica della legittimazione del paradigma punitivo, l’elaborazione dottrinale ha sovente mosso alla ricerca di uno schema teorico atto ad infrangere lo schermo del positivismo del sistema vigente ed idoneo a superare le obiezioni al sistema emergente in termini di legalità: sono nate al riguardo le tendenze giusnaturalistiche imperanti in Germania una volta caduto il regime nazionalsocialista e, nella dottrina italiana, le proposte formulate nell’immediato dopoguerra per un diritto umano», in tal senso, S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, op. cit., p. 35; P. NUVOLONE, *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, op. cit.; G. VASSALLI, *I delitti contro l’umanità ed il problema giuridico della loro punizione*, Prolusione letta il 31 gennaio 1946 alla cattedra di Diritto Penale dell’Università di Genova. Per la dottrina internazionalistica che si colloca ancora in senso antiformalistico: H. ASCENSIO, *La banalité des sources du droit international pénal par rapport aux sources du droit international général*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, op. cit., p. 403-409.

<sup>87</sup> Concetto che sembra ritornare, a distanza di tempo, nella frase di Gregory Stanton, fondatore e direttore del Progetto sul Genocidio cambogiano: «La perfezione è nemica della giustizia».

<sup>88</sup> E la chiave di lettura suggerita da L. STORTONI, *“Laudatio” per la laurea ad honorem del Prof. Giuliano Vassalli* conferita dalla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Bologna, il 24 gennaio 2002, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2002, pp. 271-276.

<sup>89</sup> Solo Vassalli avrebbe potuto scrivere questo libro (VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001, p. XIII) sul controverso rapporto tra diritto formale e giustizia sostanziale. Egli, infatti, in prima persona, durante gli anni della Resistenza e della militanza nella Giunta militare del C.L.N. ebbe modo di dimostrare come (in palese violazione del diritto positivo vigente) fosse giusto falsificare un ordine di scarcerazione per liberare senza spargimento di sangue Saragat e Pertini ingiustamente detenuti a causa di un regime antidemocratico: in tal senso FLICK, *Vassalli e l’avvocatura*, Convegno in ricordo di Giuliano Vassalli ad un anno dalla scomparsa, Roma, 20 ottobre 2010, cit. in G. AMARELLI, *Riflessioni a margine del lavoro di Vassalli sulla formula di Radbruch nel ventennale della caduta del muro di Berlino*, in *Ind. pen.*, n.2, 2010, p. 890, nota 1; nello stesso senso anche M. CHIAVARIO, *Frammenti di riflessione sul contesto europeo della codificazione processuale penale, ieri e oggi*, in *Cass. pen.*, p. 3279 ss., p. 3279: «Penso a quel gioiello del volume sulla “formula di Radbruch” per cui ho provato e provo ammirazione non solo per la straordinaria finezza del giurista, non solo per la straordinaria passione etica e civile che lo anima, ma anche per l’umiltà e la ricchezza di una ricerca che –mi è capitato di dire- poteva fare invidia ad un dottorando di ricerca cui può sicuramente essere indicato come esempio e come modello da questi punti di vista».

<sup>90</sup> H. H. JESCHECK, *Giuliano Vassalli visto dalla Germania*, op. cit., pp. 277-281.

<sup>91</sup> «Il conflitto tra giustizia e certezza del diritto dovrebbe potersi risolvere nel senso che il diritto positivo, garantito da statuto e potere, ha la preminenza anche quando è, nel suo contenuto, ingiusto e inadeguato, a meno che il conflitto tra la legge positiva e la giustizia raggiunga una misura così intollerabile da far sì che la legge, quale “diritto ingiusto” debba cedere alla giustizia»: G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, op. cit., p. 6 e p. 19. L’Autore rilevava anche i limiti della formula, sapientemente sintetizzati da G. AMARELLI, *Riflessioni a margine del lavoro di*

mai riporre, nella sua sconfinata produzione che ha come *fil rouge* i crimini di guerra e contro l'umanità<sup>92</sup>, una specie di tormentosa attenzione verso la dimensione sovralegale del diritto e del diritto penale in particolare<sup>93</sup>. Lo si può immaginare solo pensando che il ventiquattrenne Vassalli, redigendo per il "Nuovo digesto italiano" la voce "Nullum crimen sine lege", ricorse all'artificio di una domanda apparentemente retorica: «è meglio poter giungere a punire tutto ciò che è meritevole di punizione, ossia attuare su questa terra la giustizia tutta intera, oppure non rinunciare alla libertà, all'uguaglianza e ai tanti vantaggi che loro sono connessi?». Era una ragione eminentemente politica<sup>94</sup>, e, aggiungiamo, madre del compromesso.

È il compromesso che segna anche l'attuale giustizia penale internazionale<sup>95</sup>, in cui sembra che efficienza e certezza della pena debbano necessariamente essere inversamente proporzionali al garantismo. Compromesso, tuttavia, non completamente accolto come risolutivo dal grande giurista<sup>96</sup>, che, tra l'altro, ha avuto modo anche di vivere il tempo in cui la soglia della

---

Vassalli, *op. cit.*, p. 894: «Questi difetti sono ravvisabili, rispettivamente: nell'attribuzione al positivismo giuridico della responsabilità per l'acquiescenza al nazismo (non tenendo conto del fatto che il nazismo fin dal primo momento iniziò a perseguire i suoi oppositori); nella delimitazione non chiara del rapporto tra certezza del diritto e giustizia; nella prudenza della formula, che afferma che il diritto positivo, anche ingiusto, deve sempre essere rispettato, salvo nei casi eccezionali in cui la sua invalidità può però essere fatta valere (per evitare possibili arbitri) unicamente da giudici superiori a quelli ordinari o da una nuova legge. Ad alimentare tali ultime perplessità il fatto che lo stesso giurista tedesco da cui la formula prende il nome abbia risolto i casi giudiziari dai quali era partito per elaborarla, ricorrendo al diritto vigente all'epoca della loro commissione anziché alla formula stessa».

<sup>92</sup> Per una sintetica ricognizione, si rinvia a G. MARINUCCI, *Ricordo di Giuliano Vassalli*, *op. cit.*, n. 4, 2009, p. 1598.

<sup>93</sup> F. PALAZZO, *La scomparsa di Giuliano Vassalli: un vuoto incolmabile*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>94</sup> In tal senso conclude G. MARINUCCI, *Ricordo di Giuliano Vassalli*, *op. cit.*, p. 1587. L'Autore ricorda anche la delusione della speranza garantista di Vassalli, nel tracciare il drammatico affresco del quasi impossibile "superamento del passato" in tutti i Paesi europei occupati dalle truppe tedesche, la cui legislazione al pari di quella italiana, fu costellata da incriminazioni retroattive.

<sup>95</sup> Si è parlato di "giustizia politica" e di "giustizia dei vincitori" perché nel tribunale militare internazionale di Norimberga non trovarono posto giudici di Paesi neutrali e nella sua competenza *ratione materiae* non rientravano i crimini commessi dai Paesi che avevano sconfitto le potenze dell'Asse. L'evoluzione della giurisdizione penale esercitata dalla o in nome della comunità internazionale è da considerarsi piuttosto un'involuzione. Nell'ottica dell'Autore, mancando alla storia umana l'intervento della grazia, quel peccato originale è irredimibile e gli sforzi dei giuristi che hanno operato e operano nelle corti internazionali istituite a partire dagli anni Novanta sono vani quando non viziati essi stessi da compromissione ideologica. In tal senso D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Editori Laterza, 2006. Le argomentazioni addotte dall'Autore sono: mancanza di autonomia e imparzialità, violazione dei diritti soggettivi degli imputati, qualità delle pene inflitte, ispirate a una concezione espiatoria della giustizia retributiva, degradata a mero surrogato della vendetta. Non diversamente andarono le cose nel processo di *Tokyo*, in cui invece sedettero, ma senza possibilità di far pesare la loro opinione dissenziente, giudici di Paesi neutrali. È significativo che il punto di approdo dell'opera sia rappresentato dal processo contro *Saddam Hussein*, svoltosi a *Baghdad*, a opera del Tribunale Supremo Iracheno, tribunale istituito *ex post* dagli Stati Uniti, ma che non può considerarsi un tribunale internazionale. Sulla istituzione dei tribunali di Norimberga e Tokyo sotto la precaria formula di tribunali *post-factum*, per giunta creati dagli Stati vincitori, si veda G. CONSO, *Dai Tribunali internazionali penali ad hoc alla Corte criminale*, in N. BARTONE (a cura di), *Diritto penale europeo*, Cedam, 2001, p. 203 ss., p. 206.

<sup>96</sup> L'Autore ammette: «Io stesso, che dedicai la mia prolusione genovese del dicembre 1946 a "I crimini contro l'umanità e il problema giuridico della loro punizione", non ebbi mai la forza di pubblicarla, se non per qualche tratto in riviste non giuridiche, tanto era il tormento della soluzione corretta». L'Autore, dunque, ammette la debolezza di non avere saputo prontamente pervenire ad una soluzione, almeno nelle trattazioni temporalmente contigue al secondo dopoguerra: *La punizione dei criminali di guerra*, in *Idea*, anno I, n. 10 (ottobre 1945), *I delitti contro l'umanità ed il problema giuridico della loro punizione*, Prolusione, *op. cit.*; *Bilancio di Norimberga*, *op. cit.*; *Intorno al fondamento giuridico della punizione*, in *Giustizia penale*, 1947, II, p. 618. Tale debolezza, ammessa dallo stesso Autore (G. VASSALLI, *Pietro Nuvoione*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 1, 2008, pp. 190-195), non gli impedisce di ritornare sul tema negli anni successivi: *I crimini contro l'umanità: problemi giuridici*, Relazione tenuta a Palazzo Valentini in Roma il

“tollerabilità” radbruchiana, non più limite insuperabile<sup>97</sup>, si è arricchita e complicata per l’operare di principi, quali sono quelli costituzionali e internazionali, sovralegali sì, ma positivizzati<sup>98</sup>, dunque lontani dalla via giusnaturalistica di *Radbruch*.

E lo stesso Vassalli riconosce i meriti, guadagnati sullo stesso terreno speculativo, da un suo contemporaneo ed apprezza l’opera di questo grande giurista, quasi suo coetaneo, che, «allargando il campo consueto dell’indagine giuridica cerca di portare la trattazione della materia fuori degli schemi tradizionali del diritto internazionale bellico, su di un piano più elevato, ma insieme meno aulico e solenne: sul piano di un giudizio esclusivamente individuale e umano».

Si tratta di Pietro Nuvolone. Le tappe, schematicamente delineate, della sua ricerca, lasciano intravedere la dimensione, non più esclusivamente penalistica, in cui l’Autore si proponeva di operare: «Stabilito il contenuto della norma fondamentale<sup>99</sup> della comunità umana, occorre precisare quali, tra le norme che ne derivano, siano di natura penale e, contemporaneamente, distinguere tra violazione di diritto internazionale e delitto di lesa umanità».

Era, evidentemente, presente nello scenario speculativo del grande penalista, la consapevolezza della trasformazione della comunità internazionale da comunità statale a comunità umana universale, ed il contemporaneo profilarsi di entità nuove, dall’inusuale *quantità criminosa*<sup>100</sup>, con una individualità giuridica autonoma rispetto ai delitti comuni: i delitti di lesa umanità.

Tale denominazione è, peraltro, rimasta inalterata in alcuni codici<sup>101</sup>.

Dalla stessa denominazione, emerge l’ideale soggetto passivo<sup>102</sup>, che si cumula a quello effettivo: si tratta della comunità umana, riconosciuta titolare dello stesso *jus puniendi*<sup>103</sup>.

---

3 maggio 2000, in occasione della Tavola Rotonda “XX secolo: genocidio e genocidi”; *Formula di Radbruch e diritto penale: note sulla punizione dei delitti di Stato nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>97</sup> In questi termini la definisce F. MANTOVANI, *Ricordo di Giuliano Vassalli*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>98</sup> F. PALAZZO, *La scomparsa di Giuliano Vassalli: un vuoto incolmabile*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>99</sup> «Ogni uomo è libero, in quanto tale, qualunque sia la sua qualificazione politica; tale sua libertà è limitata unicamente dalla uguale libertà degli altri», P. NUVOLONE, *Trent’anni di diritto e procedura penale*, *op. cit.*, p. 84, richiamandosi al fondamentale concetto di Kant.

<sup>100</sup> L’espressione è di P. NUVOLONE, *Trent’anni di diritto e procedura penale*, *op. cit.* Il corsivo è nostro. L’Autore usa questa espressione per ben due volte: «La *quantità criminosa* varierà in ragione di due elementi: i coefficienti di tempo e di spazio e la misura della coazione adoperata», p. 134, e: «...pene sproporzionate alla *quantità criminosa*», p. 145. Il corsivo è nostro.

<sup>101</sup> Il *Código Penal Español* contempla “*los delictos de lesa humanidad*”.

<sup>102</sup> È controverso se ed in quale misura le norme incriminatrici che reprimono i crimini internazionali tutelino anche beni giuridici individuali, perché i beni giuridici tutelati dal diritto penale internazionale sono «la pace, la sicurezza ed il benessere del mondo», i beni più preziosi per la comunità internazionale. Dunque, è su di essi che è focalizzata la tutela, anche a fronte di singoli soggetti passivi-persone fisiche, G. WERLE e F. JESSBERGER, *Concetto, legittimazione e prospettive*, *op. cit.*, pp. 733-744.

<sup>103</sup> Con il residuo problema di stabilire chi, concretamente, debba esercitarlo P. NUVOLONE, *Trent’anni di diritto e procedura penale*, *op. cit.*, p. 104.

L'importanza del soggetto passivo dei delitti di lesa umanità, determina anche uno scarto, non riscontrabile nei delitti comuni, tra identità del bene immediatamente leso, che integra l'oggetto specifico (e che può essere, di volta in volta, la vita, l'integrità personale, la libertà, con una sostanziale identità rispetto ai reati comuni) ed il danno mediato, che è a carico dell'oggetto generico dei delitti di lesa umanità, ossia la persona umana nella sua essenza, negata la quale l'uomo diventa *res* e nella cui rilevanza trova la sua spiegazione l'autonomia giuridica dei delitti di lesa umanità.

Il nucleo di contiguità con i reati di diritto interno è rinvenibile esclusivamente nell'elemento materiale. Tracciati i lineamenti dei delitti di lesa umanità, l'Autore si sofferma sui «problemi che rimangono aperti»<sup>104</sup>, e che sono, tristemente, attuali: la difficoltà di scorporare la responsabilità statale rispetto a quella individuale, quest'ultima poggiata su di un piano dottrinale allora ancora poco stabile<sup>105</sup>, ma, *in primis*, le fonti di cognizione formali o materiali cui fare ricorso per individuare le relative norme incriminatrici.

Il fatto che la punibilità spesso dipenda da una norma diversa e superiore a quella penale interna, giustificava, allora come adesso, «l'autonomia dell'indagine rispetto alle indagini di diritto interno»<sup>106</sup>.

Ancora una volta, l'Autore afferma la necessità di affrancarsi dalla tradizionale dimensione speculativa, con una sorta di “veggenza” rispetto alle produzioni attuali<sup>107</sup>: ne emerge l'insufficienza delle consuete fonti del diritto<sup>108</sup> e l'insoddisfazione profonda per gli schemi tradizionali della dogmatica giuridica, con la conseguente apertura di valvole nel sistema chiuso

---

<sup>104</sup> P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale, op. cit.*, p. 51.

<sup>105</sup> P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale, op. cit.*, p. 50: «Mentre per la dottrina inglese la violazione delle norme internazionali porta, in molti casi, come conseguenza, una responsabilità individuale, e per la dottrina tedesca tale responsabilità deve sempre escludersi, secondo il punto di vista del BALLADORE-PALLIERI i singoli devono essere chiamati, in via eccezionale, a rispondere non già, in genere, delle violazioni di norme internazionali, ma soltanto di quelli che potrebbero chiamarsi delitti di lesa umanità». Cit. BALLADORE-PALLIERI, *La guerra*, Vol. IV del “*Trattato di diritto internazionale*” del FEDOZZI, Padova, 1935, p. 385. «Il problema fondamentale, quello della responsabilità individuale, non è stato portato ai suoi necessari e logici sviluppi». E ancora: «La dottrina (LEVI, TRIEPEL, ANZILOTTI) ha visto con sufficiente chiarezza il problema che il quesito sull'omissione di una responsabilità penale individuale nell'ordinamento giuridico internazionale porta con sé, ma non ha saputo impostarlo con altrettanta chiarezza né prospettare una soluzione che tenesse effettivamente conto dei nuovi dati». In tal senso, P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale, op. cit.*, rispettivamente p. 52 e 59.

<sup>106</sup> P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale, op. cit.*, p. 68. L'Autore precisa, a p. 120, dopo essersi soffermato sui crimini di lesa umanità, nella bipartizione fondamentale crimini di guerra e delitti di oppressione politica, che l'esposizione avrà un carattere meramente esemplificativo per quel che riguarda le fattispecie più importanti, perché non è possibile, nell'assenza quasi completa di ogni fonte scritta, pretendere di esaurire tutta la casistica. L'Autore continua (*Trent'anni di diritto e procedura penale, op. cit.*, p. 88): «I testi mancano quasi del tutto e la prassi è deficitaria, fenomeno che non deve meravigliare, dato che si tratta di un diritto in formazione, ma che rende necessaria un'impostazione *ab imis* di tutto il problema».

<sup>107</sup> «La limitazione dell'indagine agli schemi del diritto internazionale, impediva di prendere in considerazione anche altre categorie di delitti: quelli commessi nell'interno dei singoli Stati in condizione di formale legittimità e quelli che non si possono ricondurre a violazioni di norme internazionali»: P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale, op. cit.*, p. 52. «Occorre ricercare l'esistenza di norme giuridiche al di fuori degli ordinamenti dei singoli Stati e del diritto internazionale posto dagli Stati»: P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale, op. cit.*, p. 69. Per questa intuizione si richiama ad ANZILOTTI, quando l'Autore osserva, pur non approfondendo il concetto, che il cosiddetto diritto dell'umanità non è diritto internazionale.

<sup>108</sup> P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale, op. cit.*, p. 142.

della norma penale, che, senza sacrificare il dogma, nella sua essenza<sup>109</sup>, consentono di salvaguardare l'esigenza legalistica, che discende dal principio della certezza: l'adozione di formule aperte, di termini generali<sup>110</sup>, l'attribuzione di ampi poteri discrezionali al giudice<sup>111</sup>.

Probabilmente, sulla scorta di queste osservazioni, Nuvolone confidava particolarmente, per la soluzione del problema dell'inadeguatezza delle norme penali, nello «spirito razionale ed empirico degli anglosassoni»<sup>112</sup>, anche in tal modo mostrando una straordinaria lungimiranza, evidente nell'adattamento casistico della giustizia penale, quale emerge dall'operato dei tribunali penali internazionali, anche se la soluzione sembra spesso risiedere in un'area intermedia tra il *common law* ed il *civil law*<sup>113</sup>.

Oltre a questa vegggenza, bisogna riconoscere a Nuvolone il merito ascrittogli anche da Vassalli, che pure declina ogni tentativo di apprezzamento critico sulla sua tesi sui delitti di lesa umanità: Nuvolone è stato l'unico tra gli studiosi italiani di diritto penale che si sentì subito di cimentarsi pubblicamente con la punizione dei crimini contro l'umanità<sup>114</sup>, il più grave di tutti i temi del diritto penale filosofico, dogmatico e storico, che appassionò, durante e dopo gli orrori della seconda guerra mondiale, ogni criminalista degno di questo nome.

Ed espresse con straordinaria chiarezza i limiti della giustizia penale internazionale: «Tutto è ancora imperfetto ed embrionale: dal sistema delle norme, alla sanzione, agli organi giudicanti. Ma ogni inizio di forme superiori di vita è sempre incerto e difettoso».

Pervenendo a queste conclusioni con un approccio tutt'altro che acritico, e prospettando scenari insoliti<sup>115</sup>, Pietro Nuvolone consegnò al mondo accademico quesiti che ancora attendono risposta.

---

<sup>109</sup> P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, op. cit., p. 143.

<sup>110</sup> Per i problemi definitori vedere anche A. CADOPPI, *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1996.

<sup>111</sup> Sulla funzione creativa della giurisprudenza: F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, n. 4, p. 1200; G. ILLUMINATI, L. STORTONI e M. VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, op. cit., p. 46, 51, 73; M. CALANIELLO e E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Ind. pen.*, 2002, n. 1, pp. 310, 314, 315, 330, 333; B. PESQUIÉ, *La qualification des faits par le tribunal pénal international pour le Rwanda*, in E. FRONZA e S. MANACORDA, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc - Études des Law Clinics en droit pénal international*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 58, 197. Sul rischio addirittura di una processualizzazione del diritto penale e sulla prevalenza del processo, di grande impatto e valore simbolico sul fatto, R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Cedam, 2007, pp. 542, 544.

<sup>112</sup> Così, testualmente, l'Autore in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, op. cit., in ID. *Archivio Penale*, maggio-giugno 1946, fasc. V- VI.

<sup>113</sup> A titolo puramente esemplificativo, si veda D. PASTOR, *Né "common law", né "civil law", né "hybrid law": un diritto penale processuale "speciale" per dei Tribunali "speciali"*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, op. cit., p. 353.

<sup>114</sup> Lo stesso Vassalli osserva come al tema, negli anni successivi, ma sempre dopo la sentenza di Norimberga e non prima, studiosi insigni di ogni Paese consacrarono opere memorabili; G. VASSALLI, *Pietro Nuvolone*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 1, 2008, pp. 190-195; ID. *Penalisti italiani. Sessant'anni di ricordi*, Giuffrè, Milano, 1997.

<sup>115</sup> «Assisteremo ad una progressiva internizzazione del diritto internazionale; al termine di questo processo -che certo è ancora molto lontano- si avrà coincidenza della comunità umana e della comunità statale; il diritto internazionale sarà divenuto una branca del diritto interno, e il diritto umano troverà nelle norme e negli istituti del diritto interno la sua tendenziale realizzazione», P. NUVOLONE in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, op. cit., p. 139.

## 2.2. La dottrina contemporanea

La dottrina penalistica del secondo dopoguerra era concentrata sui crimini internazionali da poco consumati, sui processi celebrati dai tribunali militari internazionali e sulla legittimità del loro operato.

Il diritto penale internazionale non era ancora concepito come corpo normativo<sup>116</sup>. La dottrina attuale, avendo assistito al riprodursi dei crimini internazionali<sup>117</sup>, ed al moltiplicarsi dei rimedi, più o meno spuri, di *direct enforcement* diretti a reprimerli, gode di una visione diversa: il sistema prima embrionale<sup>118</sup>, ha ora raggiunto uno stadio di sviluppo maggiormente evoluto.

«Il diritto penale internazionale è divenuta una realtà che non può più essere ignorata, e che abbisogna di un'opera di interpretazione, sistematizzazione<sup>119</sup> e razionalizzazione che è compito della dottrina svolgere»<sup>120</sup>: questa constatazione consegna, in poche battute, non solo il problema della giustizia penale internazionale, ma anche il carico dottrinale che ne consegue.

La dottrina penalistica contemporanea lascia emergere due orientamenti: chi coglie nelle peculiarità della giustizia penale internazionale manifestazioni patologiche del diritto penale, e chi le interpreta come una risposta razionale alla complessità e novità di questa forma di giustizia<sup>121</sup>.

Senza volere, in questa sede, propendere per una spiegazione o per l'altra, è chiaro che l'interpretazione, la sistematizzazione e la razionalizzazione esplicitano il significato della «metabolizzazione» di cui altri autori onerano la dottrina<sup>122</sup>, coinvolta in un processo dinamico triadico con le fonti normative ed il diritto giurisprudenziale<sup>123</sup>, che non ha eguali nel diritto interno.

---

<sup>116</sup> In tempi relativamente recenti vengono ancora tratteggiati lineamenti abbozzati della giustizia penale internazionale: M. DELMAS-MARTY, *Postface*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, op. cit., pp. 463-464: «Encore instable et évolutive, trop peu autonome pour être qualifiée d'ordre ou de système, la justice pénale internationale apparaît bien comme un nouvel espace normatif dont la validité formelle, axiologique et empirique reste à construire».

<sup>117</sup> Questo è stato definito il secolo dei genocidi: P. P. PORTINARO, *Crimini politici e giustizia internazionale – Ricerca storica e questioni teoriche*-, op. cit., p. 46.

<sup>118</sup> Espressione più volte usata: «Tutto è ancora imperfetto ed embrionale», parole di P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, op. cit., p. 138.

<sup>119</sup> Altra sensibile dottrina, mette sull'avviso, pur circoscrivendo letteralmente questa constatazione alla tematica della imputazione del crimine internazionale, che si tratta di una sistematica *sui generis*, che produce anche l'effetto non secondario, di eliminare confusioni terminologiche e concettuali. In tal senso S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, op. cit., p. 145.

<sup>120</sup> L. STORTONI, *Presentazione* a G. ILLUMINATI, L. STORTONI e M. VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, op. cit., p. XIII.

<sup>121</sup> M. VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, op. cit., p. 361.

<sup>122</sup> «...diritto penale internazionale, un diritto essenzialmente giurisprudenziale, metabolizzato dalla dottrina e dai «Grandi Tribunali»» M. VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, op. cit., p. 365.

<sup>123</sup> Sul processo dinamico triadico instauratosi nel diritto criminale internazionale tra le fonti normative, il diritto giurisprudenziale e la dottrina e sulle decisioni giurisprudenziali esplicitamente creative di diritto. Si veda *infra*, Parte Prima, Sezione II, Paragrafo 3.

La dottrina contemporanea è molto attenta proprio alla permeabilità dei formanti, caratteristica al centro delle numerose anomalie che perturbano il campo penale internazionale e ne segnano un vistoso allontanamento rispetto al paradigma penale moderno: gerarchia delle fonti debole e incerta; testi normativi aperti; nozioni sfumate, incerte, evanescenti; diffrazione della figura unitaria dell'autore delle norme incriminatrici tra legislatore e giudice, come se, a dimostrazione dell'incompletezza delle norme, la sua scrittura dovesse continuare nel suo contesto applicativo; il giudice-legislatore; la supremazia del caso sulla regola.

Il tutto, in un quadro complessivo in cui, nel particolare atteggiarsi dell'*interpretatio*, emergono epifanie dell'esperienza giuridica medievale<sup>124</sup>.

A lasciare ampi margini di discrezionalità al giudice, la sostituzione, avvenuta nell'ambito del moderno edificio del diritto penale: l'ideale della norma precisa, rigida, completa, è stato rimpiazzato da una *norma-canovaccio*, evanescente, incompiuta, più adeguata a fronteggiare la complessità del diritto penale internazionale e a superare l'impotenza congenita che gli viene ascritta<sup>125</sup> e che sembra legata alla sua natura di «diritto penale senza Stato»<sup>126</sup>.

Proprio per quest'ultima caratteristica che incide sulla stessa genetica del diritto penale internazionale, la dottrina sembra disposta a rivisitare alcuni principi fondanti del diritto penale.

La stessa garanzia della tassatività sembra legata allo Stato-nazione<sup>127</sup>, termine marginale nell'economia del diritto penale internazionale<sup>128</sup>.

Si tratta di un sistema a tipicità limitata nel quale determinatezza, legalità, irretroattività e frammentarietà sono destinate ad assumere una nuova accezione, più limitata e circoscritta<sup>129</sup>.

Anzi, rispetto alla complessità del diritto penale internazionale, il quadro teorico del diritto penale moderno, appare in una luce quasi mitologica<sup>130</sup>.

Si può dire, senza tema di smentita, che l'intero edificio dogmatico del diritto penale continentale sia in grande difficoltà se applicato a contesti fortemente differenziati<sup>131</sup>.

Si aprono nuove frontiere di indagine nel laboratorio del penalista<sup>132</sup> impegnato in un difficile campo di sperimentazione giudiziaria, quale è quella dei tribunali penali internazionali, in cui il

---

<sup>124</sup> M. VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, op. cit., pp. 362, 363, 365, 366. Nel senso di una «riemersione di dinamiche antiche, medievali», anche L. FOFFANI, *La giustizia penale internazionale*, op. cit., pp. 371-372.

<sup>125</sup> P. NUVOLONE in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, op. cit., p. 138.

<sup>126</sup> L'espressione è di G. INSOLERA, *Un diritto penale senza Stato?*, op. cit., p. 335-336.

<sup>127</sup> A. GAMBERINI, *Principi fondativi del diritto penale internazionale e trasformazioni dei sistemi criminali. Una breve riflessione*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, op. cit. p. 333-334.

<sup>128</sup> «Il diritto penale si pone in una dialettica costante con il potere. Nella genetica del concetto di diritto penale internazionale si riscontra l'inesistenza di uno dei due poli: lo Stato»: G. INSOLERA, *Un diritto penale senza Stato?*, op. cit., p. 335-336.

<sup>129</sup> L. FOFFANI, *La giustizia penale internazionale*, op. cit., pp. 371-372.

<sup>130</sup> M. VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, op. cit., p. 360.

<sup>131</sup> M. VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, op. cit., pp. 363-364.

diritto penale, sostanziale e processuale, è esposto al rischio di essere piegato a scopi che non gli appartengono, di essere trasformato in una sorta di ibrido, in una macchina che vuole produrre allo stesso tempo una verità politica, sociale e processuale<sup>133</sup>.

La dottrina è, tuttavia, avveduta della possibilità di conservare, innovando, e di trarre una utilità dal contesto multiculturale e multilingue in cui nasce ed opera il diritto penale internazionale: a fronte della pluralità delle lingue ufficiali e delle confusioni definitorie a livello di teoria generale del reato<sup>134</sup>, sarebbe importante preservare la ricchezza insita nella diversità, attraverso una paziente verifica delle diverse nozioni alle quali rimandano, nelle lingue prescelte, le categorie richiamate dalle fattispecie incriminatrici<sup>135</sup>.

Potrebbe essere un'occasione, soprattutto per i penalisti di *civil law*, per ripensare certe categorie del paradigma giuridico moderno che non sono più adeguate a rappresentare e gestire, in termini garantistici e di efficienza, la complessità del diritto penale contemporaneo.

La chiave di volta, oggi<sup>136</sup> come in passato<sup>137</sup>, è intravista nel diritto penale di marca giurisprudenziale, quale è il diritto di *common law*.

Lo scenario del penalista, dunque, si amplia. Il punto in cui il suo immaginario si debba o meno fermare<sup>138</sup>, fa parte di un orizzonte ancora da mettere a fuoco.

### 3. Il ruolo creativo della giurisprudenza: il giudice tessitore che tesse la trama del diritto penale internazionale

È significativo che sia stato stabilito nel caso *Vasiljević*<sup>139</sup> che «in nessun caso il Tribunale può creare nuove offese criminali dopo la realizzazione dell'atto contestato», e tuttavia che «Il principio *nullum crimen sine lege* non impedisce ad un tribunale di interpretare e chiarire gli elementi di un certo crimine. Né impedisce il progressivo sviluppo della legge ad opera del Tribunale».

A questa emblematica pronuncia giurisprudenziale si aggiungono non meno importanti rilevi dottrinali: dalle teorie negazioniste, che negano l'esistenza di una tipicità astratta, esistendo

---

<sup>132</sup> C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, n. 1, pp. 3-16.

<sup>133</sup> G. ILLUMINATI, *Il processo davanti alla Corte penale internazionale: linee generali*, in G. ILLUMINATI, L. STORTONI, M. VIRGILIO, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, *op. cit.*, pp. 119-134.

<sup>134</sup> G. INSOLERA, *Un diritto penale senza Stato?*, *op. cit.*, p. 335-336.

<sup>135</sup> A. GAMBERINI, *Principi fondativi del diritto penale internazionale*, *op. cit.*, p. 333-334.

<sup>136</sup> Sui fenomeni di ibridazione processuale tra *common law* e *civil law* M. VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, *op. cit.*, p. 364.

<sup>137</sup> Il riferimento è a P. NUVOLONE in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, *op. cit.*, p. 150.

<sup>138</sup> M. VIRGILIO, *Verso i principi generali*, *op. cit.*, p. 67. Alla domanda dell'Autrice: «A quale confine deve arrestarsi l'immaginario penalistico?», si possono contrapporre solo i tanti dubbi che residuano nel rapporto tra le due dimensioni della giustizia, quella penale e quella internazionale, un rapporto ancora da definire.

<sup>139</sup> ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case n. IT-98-32-T, Trial Chamber II, Judgement, 29 novembre 2002 (in seguito ICTY, *Vasiljević*, Trial Chamber II, Judgement), § 196. Una ulteriore affermazione di principio a favore del principio di legalità si rinviene in ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Case n. ICTR-96-3, Judgement and Sentence, 6 December 1999 (in seguito ICTR, *Rutaganda*, Judgement and Sentence), § 86.

solo il risultato definitorio ottenuto dai giudici, all'accezione della legalità internazionale come *legalità raggiunta*, che, contrapponendosi ad una legalità offerta, delinea sempre il risultato definitorio ottenuto dalla giurisprudenza nell'applicazione di una norma.

Ma, ritornando al caso *Vasiljević*, leggere del progressivo "sviluppo" della "legge" ad opera del "Tribunale", sembra un'eresia nell'ottica del diritto interno, ma è dimostrativo del passaggio di testimoniao dal legislatore al giudice, con delle conseguenze di non poco conto, che conducono ad un vero e proprio ruolo di *law making* del giudice internazionale, investito di un'autentica funzione, se non para-legislativa, comunque marcatamente creativa, descritta dalla dottrina nel modo più colorato e bizzarro.

L'immagine più suggestiva è quella del giudice "tessitore"<sup>140</sup>, che parte non dalla norma generale ed astratta, ma dal caso, ossia da un fatto sfiorato da una pre-comprensione giuridica, e compie un percorso al termine del quale né il diritto né il fatto sono più ciò che erano in partenza, come se entrambi si trasfigurassero nella lettura giurisprudenziale.

La peculiarità della *Makrokriminalität*, è legata alla complessità dei fenomeni criminosi, che non solo non si prestano ad essere racchiusi in tassative disposizioni incriminatrici, ma accolgono condotte spesso sovrapponibili empiricamente: per tutti i reati previsti dopo il c.d. *chapeau*<sup>141</sup>, non c'è una descrizione degli atti integranti i crimini, perché le norme sono estremamente vaghe, quasi delle rubriche senza indicazione dei contenuti.

È evidente che la ricostruzione delle singole fattispecie criminose richiede un procedimento complesso, caratterizzato dal congiungersi degli elementi comuni a tutti i crimini internazionali con i singoli fatti tipici.

Non è una iperbole parlare di una vera e propria supplenza giurisprudenziale: l'assenza di determinatezza e specificità degli elementi costitutivi dei crimini internazionali, è strettamente legata al ruolo maieutico della giurisprudenza dei tribunali penali internazionali, soprattutto per quanto attiene alla descrizione degli elementi delle fattispecie criminose internazionali.

Quanto esposto, rende l'idea, sia pure attraverso rapidi cenni, di un giudice impegnato in un difficile campo di sperimentazione giudiziaria, quale è quella dei Tribunali penali internazionali, indotto ad una ricostruzione del fatto improntata a pragmatismo e flessibilità, portatore di una creatività che si insinua anche nella procedura di comparazione del diritto penale interno al diritto penale internazionale, dovendosi destreggiare nel dedalo dei problemi

---

<sup>140</sup> Per tutte le suggestioni dottrinali esposte nel paragrafo, si veda diffusamente, *infra*, Parte Seconda, Sezione I, Paragrafi 1., 2., 2.1.

<sup>141</sup> L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, Relazione del Convegno di Diritto Comparato su *I diritti fondamentali in Europa*, Taormina, 31 maggio- 2 giugno 2001, *Ind. pen.*, 2003, pp. 259-289. L'Autore spiega: «Le elencazioni, talora molto lunghe, di condotte e di fatti che integrano i crimini indicati dallo Statuto sono precedute da una caratteristica premessa, tecnicamente definita *chapeau*».

legati al multilinguismo ed alla difformità di significati tra le norme che fondano la punibilità nelle diverse versioni ufficiali.

Gli stessi capisaldi del diritto penale interno sono plasmati, in ambito internazionale, conformemente alle peculiarità del caso concreto<sup>142</sup>: una tipicità differenziale ed una determinatezza per congruenza o per corrispondenza, incastonate in una legalità tutta internazionale, una *legalità raggiunta*, appunto, grazie allo sforzo definitorio della giurisprudenza che sopperisce alle fluide definizioni normative.

Prendiamo in prestito le parole della più sensibile dottrina: «È un inedito e particolarissimo processo dinamico triadico quello che si è instaurato nel diritto criminale internazionale tra le fonti normative, il diritto giurisprudenziale e la dottrina»<sup>143</sup>. È l'identità stessa delle componenti -o formanti- del diritto ad essere qui incerta e confusa: le decisioni giurisprudenziali da una parte sono esplicitamente creative di diritto, costrette a colmare lacune degli statuti imprecisi e/o reticenti, e dall'altra costituiscono veri e propri testi di dottrina, correttamente confezionati secondo le regole del sapere scientifico.

È in questo processo dinamico che si inserisce l'operato del giudice internazionale con il suo compito da vero e proprio *law-maker*.

---

<sup>142</sup> Vedi *ante* nota 19.

<sup>143</sup> M. VIRGILIO, *Verso i principi generali*, *op. cit.*, p. 46. L'Autrice precisa che lo stesso "diritto di Norimberga" è stato riconosciuto opera di dottrina (citando LOMBOIS, 1979, p. 151).

**SEZIONE III**  
**I CRIMINI INTERNAZIONALI**

SOMMARIO: 1. I crimini internazionali: le peculiarità della *Makrokriminalität*- 2. I crimini di guerra- 3. I crimini contro l'umanità- 3.1. *The crime of crimes*: il genocidio- 4. Le “nuove guerre” ed il crimine di aggressione.

**1. I crimini internazionali: le peculiarità della *Makrokriminalität***

L'espressione “crimini internazionali” identifica una categoria autonoma di reati, che, quanto alle forme di repressione, ai limiti della giurisdizione, alle cause di non punibilità o di estinzione del reato o della pena, si distacca nel suo regime giuridico dai singoli sistemi nazionali di diritto penale<sup>144</sup>.

Tuttavia, sarebbe semplicistico ed anche mistificatorio limitarsi ad individuare il *discrimen* tra crimini internazionali e crimini di diritto comune esclusivamente nei fattori appena citati.

Il carattere peculiare di tali crimini è da rinvenire nella stessa genesi delle norme incriminatrici in ambito internazionale che consta di valutazioni di carattere assiologico miste ad interessi di natura politica<sup>145</sup>. L'attività di *law making* compiuta da diplomatici e non da tecnici esperti del diritto si ripercuote su forma e contenuto delle norme incriminatrici<sup>146</sup>, tanto da determinare non poche sovrapposizioni interne fra le fattispecie di rilevanza internazionale<sup>147</sup>.

Volendo compiere una estrema sintesi<sup>148</sup> sul piano dogmatico-strutturale, si rinviene, sul versante del bene giuridico protetto, una *offence against the world community*, combinata alla presenza di un *international or transnational element*<sup>149</sup>, che conferisce rango internazionale alle condotte criminose.

---

<sup>144</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., p. 38, nota 130 Cfr. FRANCONI, Voce *Crimini internazionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, vol. IV, p. 467.

<sup>145</sup> Si veda sempre R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., pp. 35-36. In tal senso, anche M. C. BASSIOUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale- Un quadro teorico*, op. cit., pp. 21 e 59.

<sup>146</sup> In tal senso R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., p. 39.

<sup>147</sup> Si veda L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, op. cit., p. 259 ss., p. 281. Anche M. C. BASSIOUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale- Un quadro teorico*, op. cit., p. 112, dove l'Autore sottolinea la sovrapposizione tra genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, e p. 113, dove l'Autore si sofferma in particolare sulla sovrapposizione tra il crimine di genocidio ed i crimini contro l'umanità.

<sup>148</sup> M. C. BASSIOUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale- Un quadro teorico*, op. cit., p. 54; ID., *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, 2011, p. 8. Il quadro delineato dall'Autore è decisamente più composito e comprende quattro fattori riguardanti la condotta vietata: essa tocca un importante interesse internazionale, comprende le minacce alla pace e alla sicurezza; è considerata lesiva di valori generalmente condivisi dalla comunità mondiale; presenta implicazioni transnazionali perché coinvolge più Stati nella sua progettazione, preparazione, commissione, perché i mezzi impiegati trascendono i confini internazionali o perché sono di diversa nazionalità gli esecutori o le vittime; coinvolge un interesse internazionalmente protetto, che non necessariamente assurge ad interesse internazionale o valore generalmente condiviso dalla comunità mondiale ma che non si può prevenire, controllare o reprimere senza la sua criminalizzazione internazionale.

<sup>149</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., citando, testualmente, M. C. BASSIOUNI, *The Penal Characteristics of Conventional International Criminal Law*, in *Case West. Res. Journ. Int. Law*, 1983, spec. p. 28 e seguenti; ID. *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, op. cit., p. 70.

Il requisito dell'offesa alla comunità internazionale è declinabile su di un piano oggettivo (la minaccia alla pace e alla sicurezza dell'umanità) e soggettivo ("turbamento" suscitato nella comunità internazionale)<sup>150</sup>.

Lasciato implicito il carattere della gravità, pur sottolineato dai primi commenti<sup>151</sup>, sono questi due fattori a costituire la base per la qualificazione di un crimine come internazionale, essendo raramente rinvenibili definizioni esplicite nel diritto convenzionale.

I due predetti fattori costituiscono altresì il *discrimen* tra crimini internazionali in senso stretto e crimini o reati internazionali in senso lato<sup>152</sup>.

Quest'ultima categoria comprende forme di criminalità che si manifestano con carattere transfrontaliero, ma non necessariamente offensivi di valori fondamentali o di beni giuridici essenziali della persona e della collettività, e che non mettono di per sé in pericolo la pace e la sicurezza della comunità internazionale nel suo insieme.

Quella che rileva ai fini del presente lavoro, è, invece, la prima tipologia, che individua un numero relativamente circoscritto di fattispecie (genocidio, crimini di guerra, crimini contro l'umanità, crimine di aggressione), cui viene riconosciuto carattere internazionale non solo per la peculiare gravità, ma anche per il peculiare contenuto lesivo o le speciali modalità e caratteristiche delle offese arrecate a beni giuridici "sovrnazionali", giustificando l'attribuzione, sia pure in via solo sussidiaria, ad organi giurisdizionali internazionali, autonomi da quelli dei singoli ordinamenti statali, della competenza all'esercizio dell'azione penale ed all'accertamento dei fatti criminosi, nonché all'irrogazione delle relative sanzioni.

È dalla peculiarità dei beni giuridici oggetto di tutela a tale livello, che emerge la connotazione specifica dei "crimini internazionali".

Sono proprio gli *chapeaux* premessi all'elencazione dei singoli fatti lesivi che evidenziano la "strutturale" connotazione dei crimini internazionali in termini di strumentalità rispetto alla instaurazione di tipi di rapporto conflittuali, con o fra gruppi etnici, popolazioni, entità politiche o militari organizzate, anche non statali, che rilevano per l'intera comunità internazionale in quanto espressioni di poteri violenti ed arbitrari, tanto da minare le condizioni fondamentali di rispetto reciproco ed equilibrio nei rapporti fra gli uomini e le collettività in cui si organizzano<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> Sull'esistenza di questo duplice requisito, M. C. BASSIOUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, op. cit., p. 71, nota 177.

<sup>151</sup> Per una ricognizione, si veda L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto internazionale*, op. cit., p. 277, nota 45.

<sup>152</sup> È la distinzione di L. PICOTTI, *La criminalità internazionale: forme di manifestazione ed ambiti di contrasto*, in *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, Giuffrè Editore, 2005, pp. 95 e ss.

<sup>153</sup> Così L. PICOTTI, *La criminalità internazionale*, op. cit., p. 105.

I problemi dogmatici ed applicativi che gravitano intorno ai crimini internazionali in senso stretto sono dovuti al fatto che la relativa nozione è prevalentemente consuetudinaria, se non addirittura pre-positiva<sup>154</sup>.

Che ai crimini internazionali, riuniti a formare una ideale parte speciale del diritto penale internazionale, spetti la primogenitura<sup>155</sup> rispetto alla *costruenda*<sup>156</sup> parte generale, è indubbio.

Se li si volesse ordinare in ordine di gravità, occorrerebbe riconoscere un triste primato al genocidio, anche se la conclusione della giurisprudenza, proprio quella che si è più frequentemente pronunciata sul *Crime of Crimes*, è che non esista una gerarchia tra i crimini internazionali<sup>157</sup>.

Volendo optare per un criterio cronologico, invece, occorre certamente riconoscere la primogenitura ai crimini di guerra.

## **2. I crimini di guerra: necessità di intervenire sull'esistente, tra carenza di tassatività e *restyling* formali**

I crimini di guerra, ancorché ritenuti reati minori<sup>158</sup> rispetto agli altri, rappresentano la categoria più stabilizzata, il vero *nucleo forte*<sup>159</sup> del diritto penale internazionale. L'interfaccia irrinunciabile dei crimini di guerra è rappresentata dal diritto internazionale umanitario, che costituisce un insieme di regole aventi ad oggetto la protezione delle vittime e dei prigionieri di guerra, e che, in base alla rappresentazione icastica ormai diffusa in dottrina, si atteggia a scudo, rispetto al diritto penale internazionale che si atteggia a spada<sup>160</sup>.

Se si guarda alle fonti dei crimini in esame, si riscontrerà l'origine piuttosto risalente: dal primo novero contemplato dall'art. 6 (b) della Carta di Londra<sup>161</sup>, che non integra un *numerus clausus*,

---

<sup>154</sup> L. PICOTTI, *La criminalità internazionale*, op. cit., p. 99.

<sup>155</sup> Si veda sempre R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., p. 33.

<sup>156</sup> Così, testualmente, L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, op. cit., p. 267. Il corsivo è dell'Autore.

<sup>157</sup> ICTR, *Prosecutor v. Renzabo*, Case n. ICTR-97-31-T, Trial Chamber, 14 July 2009, § 817 e ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Case n. ICTR-96-3-A, Appeals Judgement, 26 May 2006, § 590.

<sup>158</sup> *Despite the gravity of violations of Article 3 common to the Geneva Conventions, i. e. war crimes under the ICTR jurisdictional they should be considered as lesser crimes as genocide or crimes against humanity*. ICTR, *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Case n. ICTR-97-23-S, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 4 September 1998 (in seguito ICTR, *Kambanda*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence), § 14.

<sup>159</sup> L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, op. cit., p. 278.

<sup>160</sup> Così M. C. BASSIOUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale- Un quadro teorico*, op. cit., p. 77. La metafora è ripresa in un contributo più recente: *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, sous la direction de Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK, Facultés Universitaires Saint Louis, Éditions Bruylant, 2007.

<sup>161</sup> L'omicidio volontario, il maltrattamento o la deportazione per costringere a eseguire lavori forzati, o per qualunque altro fine, delle popolazioni civili dei territori occupati; l'omicidio volontario o i maltrattamenti dei prigionieri di guerra o dei naufraghi, l'esecuzione di ostaggi, il saccheggio di beni pubblici o privati, la distruzione senza motivo di città o villaggi o le devastazioni non giustificate da esigenze militari.

alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949<sup>162</sup>, nonché il I Protocollo addizionale dell'8 giugno 1977 ed il II Protocollo addizionale, che può ora essere considerato come dichiaratorio delle esistenti o emergenti regole di diritto internazionale consuetudinario che si applica sia ai conflitti interni che a quelli internazionali.

Le Convenzioni di Ginevra hanno un'importanza particolare sotto l'aspetto penalistico proprio perché, per la prima volta per loro tramite si cercò di aprire la strada ad un diritto penale internazionale concretamente applicabile nei confronti degli individui<sup>163</sup>.

I crimini di guerra, così come contemplati dallo Statuto, constano di un elenco di ben cinquanta differenti ipotesi, alcune comprensive di più fattispecie. È la stessa tecnica normativa "stratificata" caratteristica dei crimini contro l'umanità, che prevede la combinazione dei singoli fatti tipici con una pluralità di elementi comuni, anche differenziati per gruppi di fattispecie<sup>164</sup>.

L'art. 8 StICC, che li contempla, rappresenta il frutto di una lenta e progressiva evoluzione del processo di codificazione di tale categoria di crimini<sup>165</sup>.

Esso descrive nel § 1 un elemento comune a tutte le ipotesi, consistente nel fatto che gli atti siano stati commessi nell'ambito di un piano o di un disegno politico o nell'ambito della commissione su vasta scala di "crimini analoghi". È sufficiente che il soggetto attivo agisca, alternativamente, in uno di questi elementi di contesto.

Difficile circoscrivere il riferimento ai "crimini analoghi", perché è un rinvio analogico privo di parametri, un po' come l'analogia categoria residuale che chiude il novero dei crimini contro l'umanità: gli "altri atti inumani", definiti con una efficace immagine che si può adattare anche a questo contesto: "catch all provision".

Il § 2 alla lettera a) contempla gravi violazioni consistenti in atti posti in essere contro persone o beni protetti dalle Convenzioni di Ginevra. Tra questi, i) l'omicidio volontario; ii) la tortura o trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici; iii) cagionare volontariamente grandi sofferenze o gravi lesioni all'integrità fisica o alla salute.

Sulle analogie e le differenze tra questi crimini di guerra e le analoghe figure di crimini contro l'umanità, si dirà a breve.

Segue il novero di atti legati alla tutela del patrimonio da attività belliche di portata offensiva non giustificata dalla necessità militare, "distrazione" di forze armate che militano nelle fila

---

<sup>162</sup> I Convenzione: per il miglioramento della sorte dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna; II Convenzione: per il miglioramento della sorte dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate sul mare; III Convenzione: relativa al trattamento dei prigionieri di guerra; IV Convenzione: relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra.

<sup>163</sup> E. AMATI, *I crimini di guerra*, in E. AMATI, V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA e A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, op. cit., p. 361 ss., p. 368.

<sup>164</sup> Così, testualmente, S. MANCINI, *I crimini di guerra*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, II. Studi*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 237 ss., p. 245.

<sup>165</sup> E. AMATI, *I crimini di guerra*, op. cit., p. 361.

nemiche, violazione del diritto al *due process of law*. iv) distruzione ed appropriazione arbitraria ed illegale di beni; v) costrizione di un prigioniero di guerra o altra persona offesa a prestare servizio nelle forze armate di una potenza nemica; vii) deportazione, trasferimento o detenzione illegale, viii) cattura di ostaggi. Segue, al § 2 lett. b)<sup>166</sup> il novero delle gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili, all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale, nei conflitti armati internazionali, ed alla lettera c) le violazioni compiute nell'ambito di conflitti armati non internazionali<sup>167</sup>, con l'esclusione (lettera d) di situazioni interne di disordine e

---

<sup>166</sup> i) dirigere deliberatamente attacchi contro popolazioni civili in quanto tali o contro civili che non prendano direttamente parte alle ostilità; ii) dirigere deliberatamente attacchi contro proprietà civili ossia proprietà che non siano obiettivi militari; iii) dirigere deliberatamente attacchi contro personale, installazioni, materiale, unità o veicoli utilizzati nell'ambito di una missione di soccorso umanitario o di mantenimento della pace in conformità della Carta delle Nazioni Unite, nella misura in cui gli stessi abbiano diritto alla protezione accordata ai civili ed alle proprietà civili prevedute dal diritto internazionale dei conflitti armati; iv) lanciare deliberatamente attacchi nella consapevolezza che gli stessi avranno come conseguenza la perdita di vite umane tra la popolazione civile, e lesioni a civili o danni a proprietà civili ovvero danni diffusi, duraturi e gravi all'ambiente naturale che siano manifestamente eccessivi rispetto all'insieme dei concreti e diretti vantaggi militari previsti; v) attaccare o bombardare con qualsiasi mezzo, città, villaggi, abitazioni o costruzioni che non siano difesi e che non costituiscano obiettivi militari; vi) uccidere o ferire combattenti che, avendo deposto le armi o non avendo ulteriori mezzi di difesa, si siano arresi senza condizioni; vii) fare uso improprio della bandiera bianca, della bandiera o delle insegne militari e dell'uniforme del nemico o delle Nazioni Unite nonché degli emblemi distintivi della Convenzione di Ginevra, cagionando in tal modo la perdita di vite umane o gravi lesioni personali; viii) il trasferimento, diretto o indiretto, ad opera della potenza occupante, di parte della propria popolazione civile nei territori occupati o la deportazione o il trasferimento di tutta o di parte della popolazione del territorio occupato all'interno o all'esterno di tale territorio; ix) dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici dedicati al culto, all'educazione, all'arte, alla scienza o a scopi umanitari, a monumenti storici, a ospedali e luoghi dove sono riuniti i malati ed i feriti, purché tali edifici non siano utilizzati per fini militari; x) assoggettare coloro che si trovano in potere del nemico a mutilazioni fisiche o ad esperimenti medici o scientifici di qualsiasi tipo, non giustificati da trattamenti medici delle persone coinvolte né compiuti nel loro interesse, che cagionano la morte di tali persone o ne danneggiano gravemente la salute; xi) uccidere o ferire a tradimento individui appartenenti alla nazione o all'esercito nemico; xii) dichiarare che nessuno avrà salva la vita; xiii) distruggere o confiscare beni del nemico, a meno che la confisca o la distruzione non siano imperativamente richieste dalle necessità della guerra; xiv) dichiarare aboliti, sospesi od improcedibili in giudizio diritti ed azioni dei cittadini della nazione nemica; xv) costringere i cittadini della nazione nemica, anche se al servizio del belligerante prima dell'inizio della guerra, a prendere parte ad operazioni di guerra dirette contro il proprio paese; xvi) saccheggiare città o località, ancorché prese d'assalto; xvii) utilizzare veleno o armi velenose; xviii) utilizzare gas asfissianti, tossici o altri gas simili e tutti i liquidi, materiali e strumenti analoghi; xix) utilizzare proiettili che si espandono o si appiattiscono facilmente all'interno del corpo umano, quali i proiettili con l'involucro duro che non ricopre interamente la parte centrale o quelli perforati ad intaglio; xx) utilizzare armi, proiettili, materiali e metodi di combattimento con caratteristiche tali da cagionare lesioni superflue o sofferenze non necessarie, o che colpiscano per loro natura in modo indiscriminato in violazione del diritto internazionale dei conflitti armati a condizione che tali mezzi siano oggetto di un divieto d'uso generalizzato e rientrino tra quelli elencati in un allegato annesso al presente Statuto, a mezzo di un emendamento adottato in conformità delle disposizioni in materia contenute negli articoli 121 e 123; xxi) violare la dignità della persone, in particolare utilizzando trattamenti umilianti e degradanti; xxii) stuprare, ridurre in schiavitù sessuale, costringere alla prostituzione o alla gravidanza, imporre la sterilizzazione e commettere qualsiasi altra forma di violenza sessuale costituente violazione grave delle Convenzioni di Ginevra; xxiii) utilizzare la presenza di un civile o di altra persona protetta per evitare che taluni siti, zone o forze militari divengano il bersaglio di operazioni militari; xxiv) dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici, materiali personale ed unità mezzi di trasporto sanitari che usino, in conformità con il diritto internazionale, gli emblemi distintivi previsti dalle Convenzioni di Ginevra; xxv) affamare intenzionalmente, come metodo di guerra, i civili privandoli dei beni indispensabili alla loro sopravvivenza, ed in particolare impedire volontariamente l'arrivo dei soccorsi previsti dalle Convenzioni di Ginevra; xxvi) reclutare o arruolare fanciulli di età inferiore ai quindici anni nelle forze armate nazionali o farli partecipare attivamente alle ostilità.

<sup>167</sup> i) Atti di violenza contro la vita e l'integrità della persona, in particolare tutte le forme di omicidio, le mutilazioni, i trattamenti crudeli e la tortura; ii) violare la dignità personale, in particolare trattamenti umilianti e degradanti; iii) prendere ostaggi; iv) emettere sentenze ed eseguirle senza un preventivo giudizio, svolto davanti ad

tensione quali sommosse o atti di violenza sporadici o isolati di natura analoga. La lettera e) contempla altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale sempre nei conflitti armati non di carattere internazionale<sup>168</sup> e sempre con l'esclusione (lettera f), di situazioni interne di disordine e tensione quali sommosse o atti di violenza sporadici o isolati di natura analoga. Sono clausole di riserva, queste ultime, che hanno l'evidente funzione di delimitare l'ambito di applicazione delle norme incriminatrici.

Mentre il novero del § 2 consta di quelli che esplicitamente vengono definiti "crimini", non così per il § 1 dell'art. 7 sui crimini contro l'umanità che, parlando di "atti", delinea fattori "necessari" a fronte di quelli, previsti per i crimini di guerra, che sono elementi di contesto eventuali o circostanziali.

È solo dalla lettura congiunta degli *Elements of Crimes* che è possibile trarre alcune semplificazioni. Vengono definite "gravi violazioni" dalle Convenzioni di Ginevra le maggiori violazioni del diritto internazionale umanitario che possono essere punite da qualunque Stato in virtù del principio della punibilità universale.

Tra le otto ipotesi previste come *grave breaches* alcune sembrano analoghe ai crimini contro l'umanità: omicidio volontario, tortura e trattamenti inumani, cagionare volontariamente gravi sofferenze o gravi lesioni al corpo o alla salute, trattamenti umilianti e degradanti, stupro e prostituzione forzata. A proposito di queste ipotesi criminose, si riscontrano diverse opzioni normative, evidenti in sede interpretativa, probabilmente per la pedissequa trasposizione delle

---

un tribunale regolarmente costituito che offre tutte le garanzie giudiziarie generalmente riconosciute come indispensabili.

<sup>168</sup> i) dirigere deliberatamente attacchi contro popolazioni civili in quanto tali o contro civili che non prendano direttamente parte alle ostilità; ii) dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici materiali, personale ed unità e mezzi di trasporto sanitari, che usino in conformità con il diritto internazionale gli emblemi distintivi preveduti dalle Convenzioni di Ginevra; iii) dirigere deliberatamente attacchi contro personale, installazioni, materiale, unità o veicoli utilizzati nell'ambito di una missione di soccorso umanitario o di mantenimento della pace in conformità alla Carta delle Nazioni Unite, nella misura in cui gli stessi abbiano diritto alla protezione accordata ai civili ed alle proprietà civili prevedute dal diritto internazionale dei conflitti armati; iv) dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici dedicati al culto, all'educazione, all'arte, alla scienza o a scopi umanitari, monumenti storici, ospedali e luoghi dove sono riuniti i malati ed i feriti purché tali edifici non siano utilizzati per fini militari; v) saccheggiare città o località, ancorché prese d'assalto; vi) stuprare, ridurre in schiavitù sessuale, costringere alla prostituzione o alla gravidanza, imporre la sterilizzazione e commettere qualsiasi altra forma di violenza sessuale costituente violazione grave delle Convenzioni di Ginevra; vii) reclutare o arruolare fanciulli di età inferiore ai quindici anni nelle forze armate nazionali o farli partecipare attivamente alle ostilità; viii) disporre un diverso dislocamento della popolazione civile per ragioni correlate al conflitto, se non lo richiedano la sicurezza dei civili coinvolti o inderogabili ragioni militari; ix) uccidere o ferire a tradimento un combattente avversario; x) dichiarare che nessuno avrà salva la vita; xi) essoggettare coloro che si trovano in potere dell'avversario a mutilazioni fisiche o ad esperimenti medici o scientifici di qualsiasi tipo, non giustificati da trattamenti medici delle persone interessate né compiuti nel loro interesse, che cagionano la morte di tali persone o ne danneggiano gravemente la salute; xii) distruggere o confiscare beni dell'avversario, a meno che la confisca o la distruzione non siano imperativamente richieste dalle necessità del conflitto.

*grave breaches* dalle Convenzioni di Ginevra del 1949 allo Statuto della Corte penale internazionale<sup>169</sup>.

Tuttavia, le divergenze rispetto ai crimini contro l'umanità sono evidenti.

A titolo esemplificativo, la tortura come crimine di guerra, a differenza dell'omologa figura dei crimini contro l'umanità, è priva degli elementi costitutivi della custodia o del controllo, non esclude esplicitamente i dolori e le sofferenze derivanti dall'applicazione di sanzioni legittime, e tuttavia richiede la sussistenza del dolo specifico, rimosso nella figura intesa come crimine contro l'umanità, ma contemplato dal diritto internazionale.

Invece i trattamenti inumani come crimini di guerra ricalcano lo schema della tortura<sup>170</sup>.

Lo stupro e la prostituzione forzata, insieme alla generica ed indefinita categoria di *any form of indecent assault*, presentano i medesimi elementi costitutivi dei corrispondenti crimini contro l'umanità, con l'unica differenza che per la formula di chiusura che contempla «qualsiasi altra forma di violenza sessuale», la gravità richiesta non è comparata alle altre fattispecie a sfondo sessuale bensì alla gravità richiesta dalle Convenzioni di Ginevra.

Uscendo dall'ambito delle analogie con i crimini contro l'umanità, ci si imbatte in numerose altre fattispecie, che offrono interessanti spunti di riflessione, soprattutto sul piano penalistico.

Tra queste, la distruzione e l'appropriazione estese di beni, non giustificate da necessità militari e compiute illegalmente ed arbitrariamente. Proprio il crimine di guerra di saccheggio<sup>171</sup> è stato

---

<sup>169</sup> È una osservazione di S. MANCINI, *I crimini di guerra*, op. cit., p. 255.

<sup>170</sup> L'indeterminatezza della fattispecie è attenuata dagli *Elements of Crimes*, che precisano che il livello di gravità dell'umiliazione, della degradazione, o della violazione deve essere oggettivamente rilevante, a prescindere dalla percezione che ne ha il soggetto passivo, quindi anche nella eventualità in cui, dato il *background* culturale di quest'ultimo gli atti non possano essere percepiti in tutto il loro disvalore: S. MANCINI, *I crimini di guerra*, op. cit., p. 283, nota 124.

<sup>171</sup> A sottolineare l'evoluzione della fattispecie, A. M. MAUGERI, *La tutela dei beni culturali nell'ambito di conflitti armati: la l. 16.04.2009 n. 45 (Ratifica del II Protocollo della Convenzione dell'Aja per la tutela dei beni culturali del 1954)*, in *Legisl. pen.*, n. 1, 2010, p. 5 ss., p. 21: nella giurisprudenza del secondo dopoguerra e del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, nonché nell'interpretazione fornita nel Commentario della Croce Rossa all'art. 33 della IV Convenzione di Ginevra, il termine saccheggio ("*pillage*") è utilizzato sia nei confronti di atti isolati realizzati per interesse privato, sia nei confronti di «sequestri organizzati nell'ambito di una sistematica spoliazione economica del territorio occupato». Per tale ampia accezione, si rinvia alla giurisprudenza: ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case n. IT-95-14-T, Trial Chamber I, Judgement, 3 March 2000 (in seguito ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement) § 184; ICTY, *Prosecutor v. Mladen Naletilić, alias Tuta, and Vinko Martinović, alias Štela*, Case n. IT-98-34-T, Trial Chamber, Judgement, 31 March 2003 (in seguito ICTY, *Naletilić, alias Tuta, and Martinović, alias Štela*, Trial Chamber, Judgement), § 612; ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, Case n. IT-95-10-T, Trial Chamber I, Judgement, 14 December 1999 (in seguito ICTY, *Jelisić*, Trial Chamber, Judgement), § 48; ICTY, *Prosecutor v. Hadžijahasanović and Kubura*, Case n. IT-01-47-T, Trial Chamber, Decision on Motion for Acquittal, 27 September 2004, § 128. Tuttavia, la stessa giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* non scioglie il dubbio sul fatto che l'atto isolato possa rappresentare o meno una seria violazione del diritto umanitario internazionale rientrante nella competenza del Tribunale internazionale, e si ritiene altresì che il termine *pillage*, utilizzato dall'art. 47 delle Regole dell'Aja e dall'art. 33 della IV Convenzione di Ginevra, nel suo significato tradizionale, includa un elemento di violenza non necessariamente presente nel reato di *plunder*: ICTY, *Prosecutor v. Delalić and others (Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias «Pavo», Hazim Delić and Esad Landžo alias «Zenga» - Celebići case)*, Case n. IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgement, 16 November 1998 –in seguito ICTY, *Delalić and others (Celebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 590 ss.; ICTY, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vuković («Foča» Case)*, Case n. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Trial Chamber II, Decision on Motion for Acquittal, 3 July 2000 (in seguito ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković («Foča» Case)*, Trial Chamber II, Decision on Motion for Acquittal), § 1.

definito, nei suoi elementi essenziali, dalla giurisprudenza della Corte penale internazionale, isolando i requisiti dell'appartenenza della proprietà ad un "nemico" o comunque parte avversa nelle ostilità<sup>172</sup> ed il dolo specifico incentrato sull'intento di privare il privato<sup>173</sup> della sua proprietà, nonché di asservire tale proprietà ad uso privato o personale<sup>174</sup>.

In relazione al termine "pillage", si sottolinea un elemento di violenza e di strumentalizzazione delle circostanze della guerra o di abuso della forza militare, come deriva anche dall'esame dei casi storicamente rientranti nella fattispecie, e come si evince anche dal linguaggio usato nei regolamenti militari. Proprio in considerazione di tale carattere violento, la Corte penale internazionale non ammette la necessità militare in relazione al saccheggio, prevista per le condotte di confisca ex art. 8 § 2 lett. b) xiii e di appropriazione ex art. 8 § 2 lett. a) iv<sup>175</sup>.

Proprio la necessità militare è uno dei concetti-cardine del diritto internazionale umanitario, fondato sui principi della distinzione tra combattenti e civili e sulla proporzionalità delle necessità militari rispetto ai *collateral damages* cagionati a civili e ad obiettivi non militari<sup>176</sup>, con il corollario del divieto di usare armi o strumenti offensivi i cui effetti esulino dalla *military necessity*<sup>177</sup>.

In particolare, le speculazioni su chi sia da considerare "civile" si sono affacciate a più riprese nella giurisprudenza. Mentre la *Appeals Chamber* nei casi *Kordić* e *Čerkez* ha ampliato l'accezione di "civile"<sup>178</sup>, la sentenza che decideva in primo grado il caso *Martić*, fondata sui giudizi di appello dei casi *Galić* e *Blaškić*<sup>179</sup>, è approdata ad una soluzione ancora più netta,

---

<sup>172</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo and Ngudjolo Chui*, Case n. 01/04-01/07, *Decision on the confirmation of charges*, § 329.

<sup>173</sup> Sul carattere "civile" dei beni presi di mira dal "pillage" come crimine di guerra, si veda anche ICTY, *Prosecutor v. Gotovina and others*, Case n. IT-06-90-T, Trial Chamber, 15 April 2011, Summary of Judgement (in seguito ICTY, *Gotovina and others*, Trial Chamber, Summary of Judgement).

<sup>174</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo and Ngudjolo Chui*, *Decision on the confirmation of charges*, § 332.

<sup>175</sup> A. M. MAUGERI, *La tutela dei beni culturali nell'ambito di conflitti armati*, op. cit., pp. 21-22.

<sup>176</sup> La *Appeals Chamber* (ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Case n. IT-95-14/2-A, Appeals Chamber, Judgement, 17 December 2004, § 62-in seguito ICTY, *Kordić and Čerkez*, Appeals Chamber, Judgement) ha ritenuto che lo scopo umanitario degli estensori delle Convenzioni di Ginevra fosse assicurare la protezione dei civili in tutti i modi possibili, obiettivo perseguito vietando attacchi illegali contro civili od obiettivi civili, indipendentemente dal risultato poiché tali attacchi comportano una concreta esposizione a pericolo per la vita e/o per la proprietà. Sui *collateral damages* si veda G. P. FLETCHER, *La giustizia è importante per il diritto di guerra?*, in *Criminalia*, 2008, p. 9 ss., p. 10: i *collateral damages* sono una delle estrinsecazioni del principio del duplice effetto, e ciò dimostra come i principi morali incidano sul diritto. Così, se è inammissibile bersagliare intenzionalmente i civili, essi possono comunque essere uccisi come "danno collaterale" di attacchi contro obiettivi militari, purché la perdita di vite tra i civili non sia "eccessiva" o "sproporzionata" rispetto all'obiettivo militare.

<sup>177</sup> Per un *excursus* storico sull'argomento si veda S. MANCINI, *I crimini di guerra*, op. cit., p. 259. L'Autore sottolinea che la *military necessity* era già contemplata dal codice *Lieber* del 1863, in particolare agli artt. 15, 16 e 17.

<sup>178</sup> ICTY, *Kordić and Čerkez*, Appeals Chamber, Judgement, § 421-422.

<sup>179</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case n. IT-95-14-A, Appeals Chamber, Judgement, 29 July 2004 (in seguito ICTY, *Blaškić*, Appeals Chamber, Judgement), § 113-114; ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Case n. IT-98-29-A, Appeals Chamber, 30 November 2006 (in seguito ICTY, *Galić*, Appeals Chamber), § 437, confermato in ICTY, *Prosecutor v. Martić*, Case n. IT-95-11-T, Trial Chamber, 12 June 2007 (in seguito ICTY, *Martić*, Trial Chamber), § 55 e ICTY, *Prosecutor v. Martić*, Case n. IT-95-11-A, Appeal Chamber, Judgement, 8 October 2008 (in seguito ICTY, *Martić*, Appeal Judgement).

perfezionandosi nel giudizio di appello, che ha statuito che la presenza di combattenti tra la popolazione civile non privi quest'ultima del suo carattere civile.

A tale proposito si riscontra, come di frequente, una parziale sovrapposizione rispetto all'area applicativa dei crimini contro l'umanità, rinvenibile anche a proposito del crimine di guerra della punizione collettiva<sup>180</sup>.

Tuttavia, nonostante l'evidente funzione di "presidio", il concetto di necessità militare è piuttosto ambiguo e perciò suscettibile di essere usato strumentalmente. Basti pensare alla scelta compiuta dal legislatore nazionale nella Legge 16.04.2009 n. 45 di Ratifica del II Protocollo della Convenzione dell'Aja per la tutela dei beni culturali del 1954<sup>181</sup>: si è optato per la necessità militare come causa di esclusione della punibilità, piuttosto che come causa di giustificazione o come elemento negativo del fatto, come previsto dal diritto penale internazionale<sup>182</sup>.

Si tratta di una scelta significativa, che lascia il fatto compiuto in una situazione di necessità militare come tipico, antiggiuridico e colpevole, ma non punibile per ragioni di politica criminale, il che dimostra quanto il requisito della *military necessity* possa essere manipolato, facendone il camuffamento di una mera "convenienza" militare<sup>183</sup>.

Ad ogni Stato si attribuisce il potere-dovere di procedere alla repressione di ogni fatto che costituisca "grave infrazione" delle Convenzioni di Ginevra, ovunque esso sia commesso e chiunque ne sia l'autore.

Questo introduce un annoso problema, che sarà trattato più diffusamente nel prosieguo<sup>184</sup>: l'obbligo degli Stati aderenti alle Convenzioni di legiferare in merito, limitatamente ai conflitti

---

<sup>180</sup> *About war Crime of Collective Punishment (the Notion of "Punishment")*, The Appeals Chamber of the Special Court of Sierra Leone (SCSL), by majority, held that the Trial Chamber erred in law in its definition of the crime of collective punishments, and overturned Fofana's and Kondewa's convictions for that crime. The Appeals Chamber emphasised that the notion "punishment" is an "indiscriminate punishment imposed collectively on persons for omissions or acts for which some or none of them may or may not have been responsible (SCSL, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Case n. SCSL-04-14-A, Appeals Judgement, 28 March 2008, § 223-224). As such, "punishment" is distinct from the targeting of protected persons as objects of attack. The targeting of protected persons as objects of attack. The targeting of protected persons as objects of war crimes and crimes against humanity may not necessarily be predicated upon a perceived transgression by such persons and therefore does not constitute collective punishment (SCSL, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeals Judgement, § 223-224). Thus, the mens rea element of collective punishment represents the critical difference between the war crime of collective punishment and the act of targeting. While targeting takes place on account of who the victims are, or are perceived to be, the crime of collective punishment occurs in response to the acts or omissions of protected persons, whether real or perceived (SCSL, Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeals Judgement, § 223-224): per la ricognizione giurisprudenziale in merito si rinvia a ELEWA BADAR e KARSTEN, *Current Developments at the International Criminal Tribunals* (2008), in *Int. Crim. L. Rev.*, 2009, volume 9, n. 1, pp. 227 ss., pp. 229 e 230.

<sup>181</sup> Per il cui commento si rinvia, diffusamente, a A. M. MAUGERI, *La tutela dei beni culturali nell'ambito di conflitti armati*, op. cit., pp. 5-24.

<sup>182</sup> A. M. MAUGERI, *La tutela dei beni culturali nel diritto internazionale penale. Crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, Milano, 2008, p. 1 ss., p. 70 ss.

<sup>183</sup> È una osservazione di A. M. MAUGERI, *La tutela dei beni culturali nell'ambito dei conflitti armati*, op. cit., p. 15. L'Autrice sottolinea che sarebbe opportuno negare qualunque possibilità di subordinare alle esigenze militari la tutela dei beni culturali, salva la necessità immediata ed ineluttabile di salvare la vita umana o l'incolumità personale.

<sup>184</sup> Si veda diffusamente *infra*, Parte Terza.

di carattere internazionale, in modo che il proprio ordinamento penale sia il più possibile uniformato ed aderente alle esigenze del diritto internazionale umanitario.

L'evoluzione che i crimini di guerra hanno subito<sup>185</sup>, non ha mancato di riflettersi sul versante giurisdizionale, e, dai Tribunali *ad hoc* alla Corte penale internazionale, la competenza è andata progressivamente allargandosi: infatti, se il Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia è competente a giudicare le infrazioni gravi alle Convenzioni di Ginevra, le violazioni delle leggi e delle consuetudini di guerra, la competenza del Tribunale per il Ruanda ha ad oggetto solo crimini commessi durante la guerra civile e che rientrano nell'art. 3 comune<sup>186</sup> alle Convenzioni di Ginevra e nel II Protocollo addizionale<sup>187</sup>, mentre la Corte permanente è competente sui crimini di guerra commessi durante i conflitti armati internazionali o interni.

La disposizione di contesto del § 1 è stata oggetto di ampio dibattito, apparentemente strumentale ad elevare la soglia di punibilità ed evitare che rientrino nell'ambito del penalmente rilevante anche atti isolati<sup>188</sup>, anche se plurimi riferimenti normativi inducono a ritenere che non sia stata inserita alcuna soglia minima vincolante di carattere generale.

Il *war link*, ultimo tratto di ogni fattispecie incriminatrice, rappresenta un fattore unitario per i crimini di guerra e designa, appunto, la sussistenza di un nesso tra la commissione del crimine e la guerra.

Secondo la giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, sussiste conflitto armato quando gli Stati ricorrano alla forza, o quando sussista una situazione

---

<sup>185</sup> In merito di veda S. MANCINI, *I crimini di guerra*, *op. cit.*, p. 237 ss. Si veda inoltre A. INTELISANO, *I crimini di guerra*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale -Organi- competenze- reati- processo*, Giuffrè Editore, 2006, pp. 759 ss.

<sup>186</sup> I principi umanitari contenuti in questo articolo comune alle Convenzioni di Ginevra, sono stati dichiarati come appartenenti al diritto internazionale consuetudinario dalla Corte internazionale di Giustizia nell'affare Nicaragua-Stati Uniti (ICJ, *Reports*, 1986, p. 114). Tale norma contempla il minimo *standard* umanitario cui le parti in conflitto, governo legittimo e insorti, hanno l'obbligo di attenersi. L'appartenenza di tale disposizione al diritto consuetudinario è stata ribadita nel caso *Tadić*: ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case n. IT-94-1-T, Trial Chamber, Judgement, 7 May 1997 (in seguito ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement), § 697.

<sup>187</sup> Il principio della protezione delle vittime del conflitto interno, si riflette in diverse disposizioni del II Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra, dichiaratorio delle esistenti o emergenti regole di diritto internazionale consuetudinario che si applica sia ai conflitti interni che a quelli internazionali: ICTY, *Tadić, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on jurisdiction*.

<sup>188</sup> Si veda, a proposito dei beni culturali, A. M. MAUGERI, *La tutela dei beni culturali nell'ambito dei conflitti armati*, *op. cit.*, p. 21: si dubita del fatto che l'atto isolato possa rappresentare una seria violazione della legge umanitaria internazionale (ICTY, *Naletilić, alias Tuta, and Martinović, alias Štela*, Trial Chamber, Judgement, § 613; ICTY, *Prosecutor v. Simić, M. Tadić, Zarić*, Case n. IT-95-9-T, Trial Chamber II, 17 October 2003, § 101; ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 1154). Richiede espressamente il carattere dell'estensione: ICTY, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vuković ("Foča" Case)*, Trial Chamber II, Decision on Motion for Acquittal, § 16. In particolare in riferimento al termine "saccheggio", usato sia in riferimento a sistematiche spoliazioni che a sequestri organizzati: ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 169, § 184; ICTY, *Naletilić, alias Tuta, and Martinović, alias Štela*, Trial Chamber, Judgement, § 612; ICTY, *Jelisić*, Trial Chamber, Judgement, § 48.

protratta di violenza armata fra autorità governative e gruppi armati o tra tali gruppi all'interno dello Stato<sup>189</sup>.

Occorre altresì verificare se la condotta posta in essere dall'agente sia in qualche modo ricollegabile all'esistenza di tale conflitto, poiché se tale nesso, elemento specializzante, mancasse, la condotta sarebbe perseguibile in base al diritto penale ordinario in quanto crimine comune.

A prescindere dalla *vexata quaestio* se il *war link* sia un mero requisito di giurisdizione<sup>190</sup> o un elemento costitutivo del reato, a cui legare anche l'accertamento del relativo elemento soggettivo<sup>191</sup>, l'esistenza di tale legame va accertata *case by case*, ed è da ritenersi sussistente quando *the offences were closely related to the armed conflict as a whole*<sup>192</sup>.

Proprio a proposito dell'elemento di contesto rappresentato dal *war link*, e dalla estensione del conflitto, vengono compiute due macro-distinzioni: i crimini di guerra commessi nei conflitti armati internazionali ed i crimini di guerra commessi nei conflitti armati di carattere non internazionale. Su tale distinzione, la giurisprudenza si è particolarmente soffermata.

La responsabilità penale è stata indifferentemente estesa sia ai conflitti internazionali che ai conflitti interni fin dal caso *Tadić*<sup>193</sup>. Nel caso *Delalić*<sup>194</sup>, i giudici internazionali hanno *in primis* esaminato la normativa penale relativa ai crimini di guerra vigente nel territorio bosniaco, che non contemplava tale macro-distinzione.

Ma anche una volta stabilita l'equiparazione tra una situazione di conflitto interno ed una di conflitto internazionale ai fini della rilevanza penale degli atti compiuti, permane la necessità di

---

<sup>189</sup> ICTY, *Tadić, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, § 70.

<sup>190</sup> In questa direzione ICTY, *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, Case n. IT-98-29/1-T, Trial Chamber III, 12 December 2007, § 870.

<sup>191</sup> ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 71; ICTY, *Prosecutor v. Bošković and Tarčulovski*, Case n. IT-04-82-PT, Pre-Trial Chamber, Decision on Assigned Pro Bono Counsel Motion Challenging Jurisdiction, 8 September 2006, § 18.

<sup>192</sup> ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 573. In particolare, in tale caso si è stabilito che «*It would be sufficient to prove that the crime was committed in the course of or as part of the hostilities in, or occupation of, an area controlled by one of the parties (omissis) the obligations of individuals under international humanitarian law are independent and apply without prejudice to any questions of the responsibility of States under international law*». Si veda anche F. MONETA, *Gli elementi costitutivi dei crimini internazionali: uno sguardo trasversale*, in CASSESE, CHIAVARIO e DE FRANCESCO, *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, op. cit., p. 23: per individuare il *war link* non sono stati elaborati parametri rigorosi. In assenza di criteri rigorosi, l'individuazione sotto il profilo oggettivo di tale collegamento dovrà avvenire *case by case*. Può assumere rilevanza anche l'identità dell'autore o della vittima. Quando il crimine sia stato commesso da un militare, la prassi tende a presumere la prova del nesso con lo stato di conflitto. Viceversa, la prova di tale nesso dovrà essere particolarmente rigorosa quando l'autore del crimine sia un civile e tanto più se lo è anche la vittima. Non dovrà così parlarsi di un crimine di guerra ma di un reato di diritto comune tutte le volte in cui sia stato compiuto per motivi personali e in situazioni in cui l'esistenza di un conflitto fosse rilevante soltanto come pretesto o circostanza contingente.

<sup>193</sup> ICTY, *Tadić, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on jurisdiction*. La *Appeals Chamber* ha individuato tre fondamentali dimensioni del diritto internazionale umanitario che determinano la responsabilità penale in entrambe le tipologie di conflitto: gravi violazioni dell'articolo 3 comune alle Convenzioni di Ginevra, gravi violazioni delle norme generali sulla protezione delle vittime dei conflitti armati interni, infrazioni delle norme riguardanti i metodi e le condotte di guerra. Il Tribunale considera quindi, queste norme come appartenenti al diritto consuetudinario.

<sup>194</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 312.

circoscrivere le condotte rilevanti nei due macro-ambiti, necessità affrontata dagli estensori dello Statuto di Roma con una elencazione specifica e dalla giurisprudenza dei tribunali penali internazionali con formule più generiche<sup>195</sup>.

Il Tribunale per la ex-Jugoslavia si è premurato di distinguere conflitti internazionalizzati, quali l'intervento dell'esercito croato in Bosnia e l'intervento dell'esercito iugoslavo in Croazia e in Bosnia, dai conflitti interni, quali gli scontri tra forze governative croate e ribelli serbo-croati in *Krajna*, salva la prova di un *direct involvement* della Repubblica Federale di Jugoslavia attraverso un effettivo controllo da parte di essa sui ribelli<sup>196</sup>.

Per internazionalizzare il conflitto è necessario il sostegno di uno Stato terzo che si traduca in un intervento significativo e continuativo, che comporti un vero e proprio controllo nell'organizzazione, coordinamento e pianificazione delle attività militari del gruppo armato, oltre a finanziamento, addestramento, equipaggiamento e sostegno operativo<sup>197</sup>.

Sono indici che sono stati ulteriormente specificati nel caso *Aleksovski*<sup>198</sup>, che ha proposto la valutazione oltre che casistica, anche capillare, dell'*overall control* o del *direct involvement*.

Invece, il conflitto armato interno si distingue in base a due parametri: l'esercizio protratto della violenza armata fra forze governative ed uno o più gruppi armati (criterio assimilato all'intensità del conflitto) ed il livello di organizzazione delle parti in conflitto.

Nel caso *Limaj*<sup>199</sup>, ad esempio, il Tribunale penale internazionale ha applicato con particolare rigore il doppio test intensità/organizzazione, ma la situazione politica della ex-Jugoslavia ha offerto un tragico quanto interessante "laboratorio" di studio della progressiva metamorfosi di meri conflitti interni in veri e propri conflitti armati internazionali<sup>200</sup>.

Nel corso della Conferenza di revisione dello Statuto di Roma, svoltasi a *Kampala* (Uganda) dal 31 maggio all'11 giugno 2010, è stata accolta la proposta belga relativa all'estensione al

---

<sup>195</sup> Si pensi all'asserzione «*what is inhumane and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane in civil strife*» (ICTY, *Tadić, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on jurisdiction*, § 119).

<sup>196</sup> ICTY, *Tadić, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, § 353 ss.

<sup>197</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case n. IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgement, 15 July 1999 (in seguito ICTY, *Tadić, Appeals Chamber, Judgement*), § 137.

<sup>198</sup> ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, Case n. IT-95-14/1-A, Trial Chamber, 25 June 1999 (in seguito ICTY, *Aleksovski, Trial Chamber, Judgement*) § 145: gli indici considerati constano dell'entità del coinvolgimento militare, dei legami storici, politici ed ideologici esistenti tra lo Stato terzo e le fazioni, dell'ampiezza del sostegno logistico, dell'integrazione delle strutture militari di comando, del riconoscimento di Stati terzi nonché di prese di posizione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite al riguardo. Il *direct involvement* si traduce in un coinvolgimento diretto dello Stato terzo mentre l'*overall control* nel coordinamento e pianificazione delle attività militari dei gruppi armati.

<sup>199</sup> ICTY, *Prosecutor v. Limaj, Bala and Musliu*, Case n. IT-03-66-T, Trial Chamber II, 30 November 2005 (in seguito ICTY, *Limaj, Bala and Musliu, Trial Chamber II*).

<sup>200</sup> SOMMARIO, *L'ambito di applicazione del diritto internazionale umanitario in situazioni di conflitto armato non internazionale nella giurisprudenza recente del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia* (Nota a Trib. penale intern. per l'ex-Jugoslavia 3 aprile 2008, *Prosecutor v. Haradinaj and others*; Trib. penale intern. per l'ex-Jugoslavia 10 luglio 2008, *Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski*), in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3, 2008, pp. 668-673. L'Autore indaga con rigore su tale metamorfosi, a partire dai casi *Milošević* (ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Case n. IT-02-54-T, Trial Chamber, Decision on Motion for Judgement of Acquittal, 16 June 2004) e *Limaj* (ICTY, *Limaj, Bala and Musliu, Trial Chamber II*) fino ai più recenti casi *Haradinaj* e *Boškoski and Tarčulovski*.

conflitto a carattere non internazionale di disposizioni già contemplate per i crimini di guerra commessi nel corso di conflitti a carattere internazionale<sup>201</sup>.

Tale estensione si è concentrata su alcune categorie di armi quali: a) l'utilizzo di veleno o di armi velenose; b) l'utilizzo di gas asfissianti, tossici o altri gas simili e tutti i liquidi, materiali e strumenti analoghi e infine c) l'utilizzo di proiettili che si espandono o si appiattiscono facilmente all'interno del corpo umano, quali i proiettili con involucro duro che non ricopre interamente la parte centrale o quelli perforati ad intaglio.

Si tratta, con immediata evidenza, di una proposta che è incardinata nel divieto di usare armi o strumenti offensivi i cui effetti esulino dalla necessità militare<sup>202</sup>.

Ma ancora più interessante, in tema di crimini di guerra, indagare il *tertium genus* che si aggiunge ai conflitti a carattere internazionale e non: i disordini interni (*internal disturbances*).

In ben due casi, proposti all'attenzione del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, si è posto il problema: il caso *Haradinaj*<sup>203</sup> ed il caso *Boškoski and Tarčulovski*<sup>204</sup>.

In entrambi i casi il Tribunale fornisce un esempio pratico di come possa avvenire la transizione da una situazione di “disordini interni” ad una di “conflitto armato”, metamorfosi rivelata da ben precisi indici<sup>205</sup>: l'intensità degli scontri, la loro continuità, episodi di terrorismo attribuibili ad una delle parti in conflitto, il grado di organizzazione dei gruppi armati, ed anche il contegno del governo, se comporta una mobilitazione di forze incompatibile con situazioni ordinarie.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, per tutti i crimini di guerra, occorre la consapevolezza delle circostanze di fatto che hanno costituito l'esistenza di un conflitto armato nel cui contesto viene perpetrata la condotta criminosa, e non rileva la conoscenza del carattere interno o internazionale del conflitto stesso.

Proprio dibattendo sul fatto che il *war link* dovesse rilevare solo sul piano dell'elemento materiale del crimine o anche sul versante psicologico, si è ritenuto che dovesse sussistere la consapevolezza, sia pure con un grado attenuato rispetto alla *default rule* dettata dall'art. 30 StICC, delle circostanze di fatto che hanno costituito l'esistenza di un conflitto armato in generale, e non estesa alla definizione giuridica di conflitto armato o del suo carattere internazionale o meno.

---

<sup>201</sup> Il riferimento è all'art. 8, par. 2, lett. b), xvii), xviii) e xix), dello Statuto della Corte penale internazionale dedicato alle *serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict*.

<sup>202</sup> Per un *excursus* storico sull'argomento si veda S. MANCINI, *I crimini di guerra*, *op. cit.*, p. 259, già richiamato *supra*.

<sup>203</sup> ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj, Balaj, Brahimaj*, Case n. IT-04-84-T, Trial Judgement, 3 April 2008 (in seguito ICTY, *Haradinaj, Balaj, Brahimaj*, Trial Chamber, Judgement).

<sup>204</sup> ICTY, *Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski*, Case n. IT-04-82-T, Trial Chamber II, 10 July 2008 (in seguito ICTY, *Boškoski and Tarčulovski* Trial Chamber II).

<sup>205</sup> SOMMARIO, *L'ambito di applicazione del diritto internazionale umanitario in situazioni di conflitto armato non internazionale*, *op. cit.*, p. 673.

Infatti, basta lo *standard* stabilito dall'art. 30 StICC in tutte quelle fattispecie in cui sia presente semplicemente il riferimento al fatto che il crimine debba essere commesso “*intenzionalmente*”, comprendendo nell'avverbio la finalizzazione dell'azione rispetto all'evento, non solo rispetto alla condotta.

Rientrano nell'elemento soggettivo le forme del dolo intenzionale, diretto ed eventuale, come previsto dalla giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia<sup>206</sup>.

È controverso se possano accogliersi anche *standards* inferiori: è un lecito dubbio insinuato proprio dalla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, tra riferimenti espliciti alla *negligence*, alla *recklessness*, o all'accettazione del rischio (*the taking of an excessive risk*)<sup>207</sup>, anche se non si sa fino a quale punto tali orientamenti possano conciliarsi con la nozione di *mens rea* offerta dall'art. 30 StICC, che richiede almeno il dolo diretto<sup>208</sup>.

Per quanto riguarda le infrazioni commesse nei confronti delle persone o dei beni protetti da una o più Convenzioni di Ginevra<sup>209</sup>, sul piano psicologico, è sufficiente la consapevolezza delle circostanze di fatto che hanno costituito lo stato di protezione, ossia dell'appartenenza della vittima ad una parte estranea al conflitto, senza che sia necessaria la conoscenza della nazionalità specifica.

Poiché la *mens rea* di tale elemento è desunta dal combinato disposto dell'art. 30 e dell'art. 32 StICC, il solo errore di fatto, ma non anche l'errore di diritto può escludere la sussistenza dell'elemento psicologico.

Tuttavia, l'immagine dei crimini di guerra come categoria più stabilizzata, come vero *nucleo forte*<sup>210</sup> del diritto penale internazionale si rivela inappropriata, perché, per come sono stati recepiti nella maggior parte degli ordinamenti nazionali in norme di diritto interno, integrano una tradizione giuridica risalente nel tempo ma segnata dall'inefficacia, tanto da indurre ad una

---

<sup>206</sup> Sotto il profilo soggettivo si richiede il dolo; la consapevolezza della circostanza che il crimine è commesso nell'ambito di un conflitto o di una missione internazionale; la consapevolezza del nesso con il conflitto o la missione; la consapevolezza che ad essere colpito non è un obiettivo militare. Nell'oggetto del dolo occorre comprendere anche gli elementi di contesto: ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case n. IT-99-36-T, Trial Chamber II, 1 September 2004 (ICTY, *Brđanin*, Trial Chamber II), § 599; ICTY, *Prosecutor v. Krajišnik*, Case n. IT-00-39/40-T, Trial Chamber, 27 September 2006 (in seguito ICTY, *Krajišnik*, Trial Chamber), § 837; ICTY, *Martić*, Trial Chamber, § 97-99. Sull'opportunità di comprendere anche un dolo specifico relativamente allo scopo di celare e distruggere reperti di valore culturale, storico e scientifico, con conseguente accertamento della idoneità della condotta a realizzare tale finalità, si veda A. M. MAUGERI, *La tutela dei beni culturali nell'ambito dei conflitti armati*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>207</sup> ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 152; ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 312. Si pensi, inoltre, alle indicazioni del diritto internazionale umanitario che, nell'incriminare gli attacchi sproporzionati ed indiscriminati, richiede almeno la *recklessness*: ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Case n. IT-98-29-T, Trial Chamber I, 5 December 2003, § 54.

<sup>208</sup> È una osservazione di E. AMATI, *I crimini di guerra*, *op. cit.*, p. 389.

<sup>209</sup> Il novero è esteso: feriti, malati, personale religioso, sanitario od ospedaliero, i naufraghi, i prigionieri di guerra, o «de persone che, in un momento o in un modo qualsiasi, si trovino in potere di una Parte belligerante o di una Potenza occupante», o contro gli ospedali civili, gli stabilimenti fissi o le formazioni sanitarie mobili del servizio sanitario, le navi ospedale, i mezzi di trasporto anche aerei dei feriti o dei malati o dell'equipaggiamento medico.

<sup>210</sup> L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, *op. cit.*, p. 278.

serie di quesiti: se siano mere norme simbolo, quale effettività di tutela possano vantare, fino a che punto i beni giuridici di riferimento siano *fumosi* o *positivizzabili* e *concretizzabili*<sup>211</sup>, e in quale misura siano, per restare in tema, *presidiati* dal diritto interno.

Sulle lacune ed i *restyling* formali compiuti intorno a tali crimini in ambito interno, e su tutte le difficoltà che si riverberano sul piano dell'adattamento dell'ordinamento interno allo Statuto di Roma, si rinvia al prosieguo del lavoro.

### 3. I crimini contro l'umanità

I crimini contro l'umanità costituiscono un *genus* di reati abbastanza datato<sup>212</sup> e comprendono gravi atti di violenza, commessi intenzionalmente nell'ambito di un attacco a vasto raggio o sistematico, diretto contro qualsiasi popolazione civile<sup>213</sup>.

Gli atti di grave violenza in cui si sostanziano tali crimini, ledono beni giuridici rilevanti: diritto alla vita, alla libertà personale, all'autodeterminazione, ad un'esistenza dignitosa, alla libertà religiosa, alla libertà sessuale. Questo dato di fatto induce all'accostamento della categoria alla nozione dei diritti umani<sup>214</sup>. È proprio la rilevanza dei beni giuridici in gioco a determinare i plurimi sconfinamenti dagli argini dell'ortodossia penalistica: vige l'importante principio della punibilità di tali crimini indipendentemente dalla liceità o meno a livello di legislazione nazionale, si stabilisce l'irrilevanza delle immunità derivanti dalla carica pubblica ricoperta dall'imputato, ne viene sancita l'imprescrittibilità<sup>215</sup>, e la loro repressione talora confligge con la sovranità nazionale, costretta, a tratti, a cedere il passo alla comunità internazionale ed al suo *jus puniendi*<sup>216</sup>.

L'affrancamento di tale categoria rispetto ai crimini contro la pace ed ai crimini di guerra avviene negli Statuti dei Tribunali internazionali militari di Norimberga e Tokyo<sup>217</sup>, che

---

<sup>211</sup> E. AMATI, *Quale repressione per i crimini di guerra?*, in *Ind. pen.*, 2000, n. 2, p. 227. I corsivi sono dell'Autore. Sulla inefficacia delle relative norme ai fini di una effettiva prevenzione e repressione, anche L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, *op. cit.*, p. 278.

<sup>212</sup> M. C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, *op. cit.*, p. 1 ss.: l'origine di questa categoria di crimini può essere rintracciata nella dichiarazione congiunta adottata dai governi francese, britannico e russo il 24 maggio 1915, che affrontava la questione dei crimini commessi dall'Impero ottomano in danno della popolazione armena, i quali cagionarono la morte di un numero considerevole di civili. In base alla dichiarazione del 1915 i governi alleati informarono pubblicamente il governo ottomano che avrebbero considerato personalmente responsabili per tali crimini tutti i membri del governo ottomano e tutti i suoi agenti che fossero risultati coinvolti nel massacro.

<sup>213</sup> Si veda l'art. 7 § 1 StICC e, per la dottrina, si rinvia, a titolo esemplificativo, a E. GREPPI, *I crimini di guerra ed i crimini contro l'umanità nel diritto internazionale. Lineamenti generali*, Torino, 2001, 108, *cit.* in S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale- II. Studi*, *op. cit.*, p. 184.

<sup>214</sup> Vedi *amplius* L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, *op. cit.*, p. 280.

<sup>215</sup> Per questi riferimenti, si veda S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, *op. cit.*, pp. 192-194.

<sup>216</sup> Si veda S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, *op. cit.*, p. 186.

<sup>217</sup> Il riferimento è all'art. 6, § 2, lett. c) dello Statuto del Tribunale penale internazionale di Norimberga ed all'art. 5, § 2, lett. c) dello Statuto del Tribunale penale internazionale dell'Estremo Oriente. Tuttavia, osserva R.

contemplano un novero di sei fattispecie: l'assassinio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e qualsiasi atto inumano commesso contro qualunque popolazione civile, prima e durante la guerra, o le persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi, quando siano state commesse in esecuzione di qualunque delitto che rientri nella competenza del Tribunale, o in collegamento con tale delitto.

A questa gamma di modalità di aggressione<sup>218</sup>, gli Statuti dei Tribunali *ad hoc* aggiungono l'imprigionamento, la tortura e lo stupro, ed il novero si arricchisce ulteriormente nello Statuto della Corte penale internazionale, che aggiunge gravi forme di violenza sessuale, quali la schiavitù, nonché la prostituzione, la gravidanza e la sterilizzazione forzata che ampliano il ramo dei crimini a sfondo sessuale.

Lo Statuto di Roma, adotta una tecnica normativa "a strati", perché nella prima parte dell'art. 7 paragrafo 1 vengono descritti gli elementi comuni a tutte le singole fattispecie incriminatrici (c.d. *chapeaux* o elementi di contesto), fattispecie che risultano poi elencate nella parte successiva del medesimo paragrafo con lettere dalla a) alla k), mentre i paragrafi 2 e 3 specificano il contenuto di alcune ipotesi ed il significato da attribuire a talune locuzioni utilizzate nel paragrafo 1.

Per tutti i reati previsti dopo lo *chapeau*, non c'è una descrizione degli atti integranti i crimini, perché le norme sono estremamente vaghe, quasi delle rubriche senza indicazione dei contenuti<sup>219</sup>. Di qui la ridda di interpretazioni addensatesi intorno ai singoli crimini, che senza l'elemento contestuale sarebbero reati comuni e che seguono, nell'art. 7 StICC, agli elementi comuni alle singole fattispecie: l'omicidio, lo sterminio, la schiavitù, l'imprigionamento, la sparizione forzata, la deportazione, la tortura, lo stupro e gli altri crimini a sfondo sessuale, la persecuzione e gli altri atti inumani.

Dalla formulazione normativa deriva che la ricostruzione delle singole fattispecie criminose richiede un procedimento complesso, caratterizzato dal congiungersi degli elementi comuni a tutti i crimini contro l'umanità con i singoli fatti tipici.

Gli elementi di contesto sono due: uno di natura oggettiva, consistente nel fatto che la commissione degli atti elencati sia avvenuta nell'ambito di un esteso o sistematico attacco

---

BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., che la categoria dei crimini contro l'umanità ricevette nello Statuto di Norimberga una autonomia solo ontologica (p. 55), perché la connessione con i crimini di guerra era imposta come condizione di punibilità (p. 58).

<sup>218</sup> Così, testualmente, S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, op. cit., p. 195.

<sup>219</sup> R. MUHM, *La natura giuridica dei crimini contro l'umanità e le attuali critiche in Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, n. 1, p. 256 ss., pp. 258, 259 e 260: l'Autore si sofferma sulla *indeterminatezza categoriale* dei crimini contro l'umanità, sulla formulazione in termini vaghi ed omnicomprensivi, e sulla intersezione di tali crimini sia con i crimini di guerra che con il genocidio, concludendo con la necessità di una migliore determinazione di tale figura delittuosa. Il corsivo è nostro.

contro popolazioni civili<sup>220</sup>, e l'altro di natura soggettiva, consistente nella consapevolezza dell'attacco.

La natura giuridica degli elementi di contesto è controversa, ma è certamente condivisibile l'orientamento che vuole che siano elementi esterni ai fatti di reato, ma ad essi oggettivamente e soggettivamente collegati. Da marginalizzare, invece, l'idea che possano avere mera natura giurisdizionale.

Sul prerequisito dell'attacco, si discute se ad unire i due aggettivi "esteso" e "sistematico" debba essere una disgiuntiva o meno. Il dibattito in seno ai lavori preparatori<sup>221</sup> si è concluso con l'opzione a favore della disgiuntiva, temperata attraverso l'esclusione, dall'ambito applicativo della fattispecie, di atti isolati e privi di una qualche forma di pianificazione.

Molte pronunce sono state spese sul prerequisito dell'atto proibito compiuto «nell'ambito di un attacco contro una popolazione civile»: l'attacco<sup>222</sup> è il contesto sistematico del quale gli atti proibiti ed elencati devono fare parte.

Gli atti individuali ma anche quelli collettivi sono punibili in quanto crimini internazionali e non in quanto crimini comuni, solo in quanto rientranti in tale contesto<sup>223</sup>, se esiste un nesso significativo tra questi ed il contesto stesso<sup>224</sup>.

Intorno al contesto ruota anche l'elemento psicologico, perché l'imputato deve essere a conoscenza del più ampio contesto<sup>225</sup> in cui il proprio atto individuale si inserisce, in modo che la sua condotta non si ponga come isolata o casuale<sup>226</sup>.

---

<sup>220</sup> Si veda A. RICCARDI, *Corte penale internazionale, azione motu proprio del Procuratore e contextual element dei crimini contro l'umanità* (Nota a Corte penale internazionale, Camera preliminare II, 31 marzo 2010, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation of Kenya*), in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3, 2010, p. 664 ss., p. 668-669: l'Autrice si sofferma sulla possibilità di considerare i "Non-State Actors" come potenzialmente imputabili di crimini contro l'umanità, e sulle difficoltà di fornire una risposta positiva in caso di assenza di collegamento con uno Stato. Viene ricordata la giurisprudenza che ha fatto a meno del *policy element*, ritenendo sufficiente, per la configurazione di un crimine contro l'umanità, non solo il coinvolgimento di un'amministrazione statale, ma anche regionale o addirittura locale (ICTY, *Prosecutor v. Kumarac, Kovac and Vuković*, Case n. IT-96-23-T, Appeals Chamber, 12 June 2002, § 89 (in seguito ICTY, *Kumarac*, Appeals Chamber).

<sup>221</sup> Per il quale si rinvia a S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, op. cit., pp. 199-200.

<sup>222</sup> L'attacco è definito dalla giurisprudenza come la linea di condotta nel cui ambito si realizzano un insieme di atti inumani e violenti diretti contro la popolazione civile: ICTY, *Prosecutor v. Kumarac, Kovac and Vuković* ("Foča" Case), Case n. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Trial Chamber II, Judgement, 22 February 2001 (in seguito ICTY, *Kumarac, Kovac and Vuković* ("Foča" Case), Trial Chamber II, Judgement), § 415; ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case n. ICTR-96-4-A, Appeals Chamber, 1 June 2001 (in seguito ICTR, *Akayesu*, Appeals Chamber), § 581; ICTR, *Rutaganda*, Judgement and Sentence, § 70; ICTR, *Prosecutor v. Musema*, Case n. ICTR-96-13-T, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 27 January 2000 (in seguito ICTR, *Musema*, Trial Chamber, Judgement), § 205; ICTR, *Prosecutor v. Semanza*, Case n. ICTR-97-20, Trial Chamber III, 15 May 2003 (in seguito ICTR, *Semanza*, Trial Chamber III), § 327.

<sup>223</sup> ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 646-648.

<sup>224</sup> ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 649; ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case n. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgement, 2 September 1998 (in seguito ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement), § 579.

<sup>225</sup> Requisito che compare per la prima volta nello Statuto della Corte penale internazionale, per poi affiorare nella giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*: ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case n. IT-95-14/2-T, Trial Chamber, 26 February 2001 (in seguito ICTY, *Kordić and Čerkez*, Trial Chamber), § 185; ICTY, *Kumarac, Kovac and Vuković* ("Foča" Case), Trial Chamber II, Judgement, § 102; ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case n. IT-97-25-A, Appeals Chamber, Judgement, 17 September 2003 (in seguito ICTY, *Krnojelac*, Appeals Chamber, Judgement), § 59; ICTR, *Prosecutor v. Kayishema e Ruzindana*, Case n. ICTR-95-1-A, Appeals Chamber, 1 June 2001 (in seguito ICTR,

Gli *Elements of Crimes*, sempre in ordine all'elemento soggettivo dell'attacco, precisano che, in caso di attacco imminente ma non ancora in corso, l'elemento psicologico sussiste se è ravvisabile nell'agente il dolo specifico di realizzare l'attacco o agevolarne la riuscita. In tal modo l'elemento soggettivo viene adattato al fatto oggettivo.

Tale coefficiente di natura soggettiva è previsto proprio perché gli *Elements of Crimes* dello StICC hanno indotto a tarare l'elemento psicologico sull'attacco imminente formulandolo come intenzione di agevolarne la riuscita, per cui la locuzione *intent clause* ha sostituito quella di *mens rea*<sup>227</sup>.

Proprio per fare riferimento alla natura massiva dei crimini ci si riferisce ad una "popolazione", senza distinzioni di nazionalità<sup>228</sup>, in particolare "civile", intendendosi per tale quella che non ha preso parte alle ostilità, incluse le forze armate che hanno abbandonato le armi e coloro che sono oggettivamente impossibilitati a combattere per impedimento fisico, per detenzione o per altra causa<sup>229</sup>.

È proprio in riferimento al numero delle vittime che l'attacco viene definito "esteso"<sup>230</sup>, mentre l'aggettivazione "sistematico"<sup>231</sup> esprime l'organizzazione<sup>232</sup> ascrivibile ad un piano o politica premeditata ed organizzata<sup>233</sup>.

---

*Kaysbema e Ruzindana*, Appeals Chamber, Judgement), § 133-134; ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, Trial Chamber I, Judgement, 7 June 2001 (in seguito ICTR, *Bagilishema*, Trial Chamber I, Judgement), § 94; ICTR, *Prosecutor v. Niyitegeka*, Case n. ICTR-96-14-T, Trial Chamber, Judgement and Sentence, 16 May 2003 (in seguito ICTR, *Niyitegeka*, Trial Chamber, Judgement and Sentence), § 442.

<sup>226</sup> ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 648; ICTR, *Prosecutor v. Kaysbema e Ruzindana*, Case n. ICTR-95-1-T, Trial Chamber II, Judgement, 21 May 1999 (in seguito ICTR, *Kaysbema e Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement), § 133; ICTR, *Prosecutor v. Kaysbema and Ruzindana*, Appeals Chamber, Judgement, § 122; ICTY, *Tadić*, *Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on jurisdiction*, § 271 e (problema analogo per il contesto di genocidio); ICTY, *Jelisić*, Trial Chamber, Judgement, § 66 ss. e, sulla necessità di una connessione tra l'intenzione del singolo e quella collettiva che sorregge il contesto genocidiario § 102-108. A tale ultimo proposito, si veda *infra* Parte Seconda, Sezione II, paragrafo 2.2.

<sup>227</sup> S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, *op. cit.*, p. 201, nota 42.

<sup>228</sup> ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 635.

<sup>229</sup> Accezione adottata sia nel caso *Tadić* che nel caso *Akayesu*, e confermata successivamente.

<sup>230</sup> ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 646-648; ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 580; ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 206; ICTY, *Kordić and Čerkez*, Trial Chamber, Judgement, § 179.

<sup>231</sup> ICTY, *Naletilić, alias Tuta, and Martinović, alias Stela*, Trial Chamber, Judgement, § 236.

<sup>232</sup> Sul carattere non alternativo ma cumulativo dei due requisiti "esteso" e "sistematico", come condizioni, rispettivamente, quantitativa e qualitativo-organizzativa, si veda ICTR, *Akayesu*, Appeals Chamber, § 579; ICTR, *Musema*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 203; ICTR, *Semanza*, Trial Chamber III, § 328; ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 647; ICTR, *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana*, Case n. ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T, 21 February 2003, § 804; ICTR, *Prosecutor v. Niyitegeka*, Trial Chamber, Judgement and Sentence, § 439.

<sup>233</sup> Su come l'esistenza di una politica statale o comunque organizzata è un elemento dal quale la natura sistematica di un attacco può essere dedotta: ICC, *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun* ("Ahmad Harun") and *Ali Muhammad Ali Abd-al-Rabman* ("Ali Kushayb"), Case n. ICC-02/05-01/07-01, Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute del 27 aprile 2007, § 62. Per i Tribunali *ad hoc* ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 668 e ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 580; ICTR, *Kaysbema and Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement, § 123. Sul problema dell'*animus* persecutorio relativo a tutti i crimini contro l'umanità, si nega in modo univoco che tale requisito motivazionale sia rilevante anche laddove non previsto (ICTR, *Akayesu*, Appeals Chamber, § 496); ICTR, *Semanza*, Trial Chamber III, § 332. Tuttavia, la *Trial Chamber* nel caso *Tadić* ha ritenuto che gli atti criminosi dovessero essere commessi con un intento discriminatorio, affinché si potesse parlare di crimine contro l'umanità: ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 652; si tratta di un

È inesistente, invece, una disposizione che richieda il *war link* per i crimini contro l'umanità, perché non richiesto dal diritto internazionale consuetudinario<sup>234</sup>, benché presente nelle origini storiche di tali crimini<sup>235</sup>.

A dispetto dell'elencazione, la formula di chiusura, con il suo riferimento agli «altri atti inumani di carattere analogo», nel ricomprendere atti addizionali di gravità comparabile a quelli già elencati, è la dimostrazione della volontà di conferire flessibilità all'elenco, in modo da consentire che, anche in questo ambito, possa inserirsi la creatività giurisprudenziale<sup>236</sup>.

Ma certamente la formula di chiusura «altri atti inumani», consentendo all'interprete un arbitrio pressoché illimitato nell'individuazione delle condotte incriminate, non appare rispettosa delle garanzie sottese al principio di legalità<sup>237</sup>.

L'analogia rispetto agli altri crimini contro l'umanità deve valutarsi in base alla natura ed alla gravità della condotta (c.d. regola dell'*eiusdem generis*)<sup>238</sup>, anche se tale criterio è stato ritenuto

---

coefficiente trascurato già negli Statuti dei Tribunali *ad hoc* e che, anche rispetto allo specifico crimine di persecuzione, si è tradotto, nello Statuto, nell'elencazione di una serie di motivi ampiamente "oggettivizzati" (ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 651 ss., e ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on jurisdiction, § 91 e 271 ss., ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 244, 260). In particolare nel corso del giudizio di secondo grado verso *Tadić*, emerse come la necessità di una componente discriminatoria fosse stata considerata ed in seguito rigettata anche in sede di redazione dello Statuto della Corte penale internazionale e tale opzione fu ritenuta conforme al diritto internazionale consuetudinario. Infatti, l'intento in esame afferisce alla sfera delle motivazioni e si è ritenuto che le motivazioni di chi commette un crimine contro l'umanità siano irrilevanti, sempre che si dimostri che l'imputato ha agito con la consapevolezza dell'attacco e che, nel caso di persecuzione, nutrivà intenti discriminatori (infatti, lo Statuto di Roma richiede questo specifico fattore soggettivo solo per la persecuzione).

<sup>234</sup> Gli interventi sulla formulazione originaria, segnano anche un affrancamento della fattispecie rispetto ad uno scenario di guerra: nell'art. 5 dello StICTY permane il *war link*, consistente nella necessità dell'esistenza di un conflitto armato pur estendendolo anche alle ipotesi di conflitto interno oltre che internazionale, mentre viene eliminato nello StICTR. Quest'ultimo si limita a prevedere, come requisito di carattere oggettivo, che i crimini siano commessi nell'ambito di un attacco, esteso o sistematico, contro qualsiasi popolazione civile, requisito della estensione e sistematicità peraltro previsto per la prima volta proprio dallo StICTR. Il *war link* non compare neanche nello Statuto della Corte penale internazionale, che fa a meno anche della finalità persecutoria come elemento comune a tutte le fattispecie, marginalizzandolo alla sola ipotesi di persecuzione di cui alla lettera h). Per la giurisprudenza, si veda ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on jurisdiction, § 141, § 251 e § 249 (sulla natura meramente giurisdizionale del conflitto armato). Su questo profilo anche ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case n. IT-97-25-A, Trial Chamber II, Judgement, 15 March 2002 (in seguito ICTY, *Krnojelac*, Trial Chamber II, Judgement), § 53; ICTY, *Prosecutor v. Simić* ed altri, Case n. IT-95-9-T, Trial Chamber, 17 October 2003, § 38; ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case n. IT-97-24-T, Trial Chamber II, 31 July 2003 (in seguito ICTY, *Stakić*, Trial Chamber II), § 618, confermata in ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 193-198 e ICTY, *Prosecutor v. Nikolić*, IT-95-2-R61, § 34 (lo stesso in cui fu interpretata la Regola 61 del Regolamento di Procedura e Prova del Tribunale per la ex-Jugoslavia, relativo alla pulizia etnica compiuta a Srebrenica ed alla sua configurabilità come genocidio).

<sup>235</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, *op. cit.*, ricorda che il *war nexus* originariamente era imposto come condizione di punibilità (p. 58) e solo successivamente fu sostituito da un diverso elemento di contesto dato dalla connessione della condotta tipica con una politica statale o quasi-statale ben precisa: la singola condotta acquista dimensione sovranazionale di offesa perché posta in essere nell'ambito di un esteso e sistematico attacco contro le popolazioni civili e sulla base di un intento discriminatorio (p. 59). Anche P. FOIS, *Sul rapporto tra i crimini internazionali dello Stato e i crimini internazionali dell'individuo*, in *Riv. dir. int.*, n. 4, 2004, p. 929 ss., ricorda che i crimini contro l'umanità erano previsti dal diritto di Norimberga essenzialmente come "un'estensione" dei crimini di guerra.

<sup>236</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayshema e Ruzindana*, Appeals Chamber, Judgement, § 149-151 (viene dichiarato che la gravità dell'atto viene *case by case* stabilita dal Tribunale).

<sup>237</sup> G. GENTILE, *I crimini contro l'umanità*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale*, *op. cit.*, p. 313 ss., p. 739.

scarsamente selettivo, tanto da generare proposte di integrazione<sup>239</sup>, attingendo alla normativa internazionale a protezione dei diritti umani, pur con le riserve sulla possibilità di una ricostruzione unitaria<sup>240</sup>.

Per quanto riguarda il concetto di «grande sofferenza», mentre è pacifico il riferimento ad uno stato di atroce dolore fisico o di intenso patimento mentale, da determinarsi *case by case*<sup>241</sup>, si discute sulla possibilità di ricondurvi anche le aggressioni alla dignità personale, non espressamente menzionate dalla norma.

Nella ricostruzione compiuta, gli altri atti inumani, comprenderebbero ipotesi meno gravi rispetto alla tortura e l'elemento psicologico è sempre legato all'intenzionalità, dunque non è sufficiente un atteggiamento di sconsiderata indifferenza nei confronti delle conseguenze delle proprie azioni<sup>242</sup>.

La formula residuale «altri atti inumani» che conclude il novero è stata definita una «catch all provision»: si tratterebbe, infatti, di una disposizione «acchiappatutto», così come letta dalla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, mentre più restrittiva è la lettura della Corte penale internazionale, che precisa che nessuno degli atti che costituiscono crimini contro l'umanità contemplati dall'art. 7 (1) (a) a (j) possono essere contemporaneamente considerati come *other inhuman acts* disciplinati dall'art. 7 (1) (k) dello Statuto<sup>243</sup>.

La dimostrazione dell'ampiezza della categoria è dimostrata dal fatto che anche il matrimonio forzato è stato fatto convergere negli «altri atti inumani»<sup>244</sup>, perché ritenuto non adeguatamente caratterizzato come crimine contro l'umanità a sfondo sessuale, nonostante sia lo stupro che la violenza sessuale abbiano una latitudine notevole, che, nella giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* vede un loro pendolarismo tra i crimini contro l'umanità, in particolar modo atti di tortura, ed i crimini di guerra, se non addirittura il genocidio<sup>245</sup>.

---

<sup>238</sup> ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 729; ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 585; ICTR, *Kaysbema e Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement, § 151; ICTR, *Musema*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 232; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prčić* (“*Omarska and Keratem Camps*”), Case n. IT-98-30/1, Trial Chamber I, 2 November 2001 -in seguito ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prčić* (“*Omarska and Keratem Camps*”), Trial Chamber I, § 206.

<sup>239</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreskić*, Case n. IT-95-16-T, Trial Chamber II, Judgement, 14 January 2000 (in seguito ICTY, *Kupreskić*, Trial Chamber II, Judgement), § 564 e 566.

<sup>240</sup> ICTY, *Stakić*, Trial Chamber II, § 721.

<sup>241</sup> ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 509; ICTY, *Kordić and Čerkez*, Trial Chamber, Judgement, § 244; ICTR, *Kaysbema e Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement, § 151; ICTR, *Musema*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 233; ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 243.

<sup>242</sup> ICTR, *Kaysbema e Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement, § 152-153.

<sup>243</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo and Ngudjolo Chui*, Case n. 01/04-01/07, *Decision on the confirmation of charges*, § 450-461. Per i problemi della sovrapposizione delle fattispecie, della difficile qualificazione del fatto, delle imputazioni alternative e delle *multiple charges*, si veda *infra* la Parte Seconda, Sezione I, Paragrafo 2.1.

<sup>244</sup> SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, Case n. SCSL-04-16-T, Trial Judgement, 20 June 2007 (in seguito SCSL, *Brima, Kamara and Kanu*, Trial Judgement), § 697; SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, Case n. SCSL-04-16-A, Appeals Chamber, Judgement, 22 February 2008 (in seguito SCSL, *Brima, Kamara and Kanu*, Appeals Chamber, Judgement), § 195, § 196, § 199, § 201.

<sup>245</sup> Per il pionierismo dei Tribunali *ad hoc* e la chiarificazione progressiva dei concetti di stupro e violenza sessuale, si veda, diffusamente, M. AYAT, *Quelques apports des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc et notamment le TPIR, à la*

Per quanto riguarda l'omicidio, la mancata definizione della condotta che lo integra è stata motivata sulla base della presunta «chiarezza» della fattispecie, presente in tutti gli ordinamenti penali nazionali. Infatti, l'elemento oggettivo del crimine internazionale non è ricostruibile in termini significativamente difformi dal crimine comune, in forma commissiva o omissiva.

Probabilmente per questa lacuna definitoria, a parte le divergenze linguistiche<sup>246</sup>, la giurisprudenza sulle condotte integranti omicidio<sup>247</sup> è particolarmente ricca.

Peculiare rispetto ai reati comuni è l'elemento soggettivo, per cui si perviene ad una conclusione identitaria per l'omicidio come crimine di guerra e come crimine contro l'umanità<sup>248</sup>: è inteso non solo come intenzione di cagionare la morte o come ragionevole consapevolezza della idoneità degli atti, ma anche come consapevolezza di agire nell'ambito di un attacco esteso o sistematico contro le popolazioni civili.

Per quanto riguarda lo sterminio, esso è integrato dall'uccisione di una o più persone nell'ambito di una vasta campagna omicida<sup>249</sup>. Esso presenta un quadro di selettività e offensività maggiore rispetto all'omicidio<sup>250</sup>, ma minore rispetto al genocidio: a differenza di quest'ultimo, infatti, il gruppo non deve essere omogeneo, né chiaramente identificato, ma addirittura può esistere putativamente solo nella mente dell'agente.

La *mens rea* che deve animare l'agente nel partecipare all'uccisione di massa, o alla creazione delle condizioni di vita che conducano ad essa, è compatibile non solo con varie tipologie di dolo<sup>251</sup>, ma anche con forme di volontà colpevole che si collocano al di sotto di esso<sup>252</sup>.

---

*lutte contre les violences sexuelles subies par les femmes durant les genocide et les conflits armés*, in *Int. Crim. L. Rev.*, Vol. 10, n. 5, 2010, pp. 787-827.

<sup>246</sup> Per le divergenze linguistiche tra le varie versioni dello Statuto, si rinvia, *infra*, alla Parte Seconda, Sezione I, Paragrafo 2.1.

<sup>247</sup> A tale proposito si veda ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 439 (sull'accezione come intenzione dell'imputato di uccidere o infliggere gravi ferite pericolose per la vita umana e sugli eventuali profili di distinzione tra l'omicidio come crimine di guerra e l'omicidio come crimine contro l'umanità-in ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case n. IT-94-1-A, *Appeals Chamber*, 26 January 2000 si esclude una distinzione, in termini di gravità, dell'omicidio come crimine contro l'umanità e come crimine di guerra); ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement (sull'irrelevanza del verificarsi o meno dell'evento-morte).

<sup>248</sup> Si concorda sull'intenzione di uccidere o di infliggere gravi sofferenze nel negligente disprezzo per la vita umana: ICTR, *Akayesu*, Appeals Chamber, § 589; ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 217; ICTY, *Kordić and Čerkez*, Trial Chamber, Judgement, § 236; ICTY, *Prosecutor v. Krstić ("Srebrenica-Drina Corps")*, Case n. IT-98-33-T, Trial Chamber I, Judgement, 2 August 2001 (in seguito ICTY, *Krstić ("Srebrenica-Drina Corps")*, Trial Chamber I, Judgement), § 485; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prcać ("Omarška and Keratem Camps")*, Trial Chamber I, § 485; ICTY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, Judgement, § 324 ss.; ICTY, *Kupreskić*, Trial Chamber II, Judgement, § 560-561.

<sup>249</sup> ICTR, *Kayshema and Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement, § 142-144; ICTR, *Rutaganda*, Judgement and Sentence, § 80-82; ICTR, *Musema*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 217. Tuttavia, rientra nell'ambito applicativo della fattispecie anche l'applicazione di condizioni idonee a cagionare la morte, anche in assenza di una singola uccisione.

<sup>250</sup> Dall'omicidio è, infatti, separato da una differenza di "grado": in tal senso, M. T. TRAPASSO, *I crimini contro l'umanità*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale, op. cit.*, p. 618.

<sup>251</sup> Sulla base di una importante sentenza (ICTR, *Kayshema and Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement, § 144) è stata richiesta la sussistenza dell'intenzione di uccidere o l'accettazione del rischio che dalla condotta realizzata sarebbe derivata la morte del soggetto passivo. Le due modalità si distinguono perché per l'uccisione diretta è richiesto il dolo diretto ("oblique intention") mentre per gli atti idonei diretti a cagionare la morte è richiesto il dolo intenzionale, di maggiore intensità. Da precisare che il "calculated to", che trova un omologo nella

Per quanto riguarda la schiavitù, l'imprigionamento e la sparizione forzata, sono tre fattispecie che hanno come comune denominatore la tutela della libertà personale, alla quale si affiancano altri beni fondamentali dell'individuo, quali la dignità umana, il diritto ad un regolare processo e a non subire maltrattamenti anche di natura psicologica.

In particolare, per la schiavitù, la definizione del crimine riprende i termini emersi dalla consuetudine internazionale e precisati dai Tribunali *ad hoc*<sup>253</sup>, incentrati sull'esercizio del diritto di proprietà di un uomo su di un altro uomo, senza però fare cenno alle pratiche simili alla servitù ed al lavoro forzato.

La giurisprudenza non ha ritenuto l'assenza di consenso elemento del crimine<sup>254</sup>, ma ha enucleato gli indici dell'esercizio della proprietà di un uomo sull'altro<sup>255</sup>: l'assenza della libertà di movimento, il controllo psicologico e fisico, l'adozione di misure volte a prevenire ed impedire la fuga, la sottoposizione a trattamenti crudeli ed abusi, il controllo della vita sessuale della vittima, un incremento dei guadagni del soggetto attivo.

Sul piano soggettivo è necessario il dolo specifico: l'agente deve avere agito nella consapevolezza e con l'intento di esercitare i poteri corrispondenti in tutto o in parte al diritto di proprietà su una o più persone, e deve sapere di agire nell'ambito di un attacco esteso o sistematico contro popolazioni civili.

Circa l'imprigionamento, esso si concretizza nell'arbitraria privazione<sup>256</sup> della libertà personale, in tutte le ipotesi di contrasto<sup>257</sup> con il *due process of law*: la persona detenuta ha diritto di essere informata al più presto dell'accusa e dei motivi dell'arresto, ad un immediato controllo della

---

formulazione della fattispecie di genocidio, oltre che essere interpretabile come un dolo specifico, potrebbe anche essere inteso in chiave oggettiva, come idoneità sul piano causale delle condizioni di vita a determinare la morte di coloro ai quali sono inflitte.

<sup>252</sup> ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 591 e § 146, in cui si affaccia un elemento soggettivo integrato, alternativamente, dall'intenzione, dalla sconsideratezza o grave negligenza. Si è anche ritenuto che la "recklessness" dovesse essere paragonata alla grave negligenza penale: ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 152; ICTR, *Kaysbema e Ruzindana*, Appeals Chamber, Judgement, § 142-147. La giurisprudenza è stata abbastanza concorde nel sostenere che gli atti di sterminio potessero essere commessi sia con dolo che con colpa, anche se questo orientamento desta perplessità rispetto all'utilizzo del termine "intenzionale" a proposito della condotta di inflizione delle condizioni di vita tali da cagionare la distruzione della popolazione.

<sup>253</sup> ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković* ("Foča" Case), Trial Chamber II, Judgement, § 539-540.

<sup>254</sup> ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković*, Appeals Chamber, § 119-120.

<sup>255</sup> ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković* ("Foča" Case), Trial Chamber II, Judgement, § 539-543. Si tratta del caso in cui veniva contestato il crimine di schiavitù per la presunta detenzione delle vittime in casa contro la loro volontà, e la costrizione a svolgere lavori domestici, sebbene avessero cibo e non fossero né sorvegliate né rinchiusi, e tuttavia assediati sia da soldati che da civili, sparsi in tutto il territorio. È stato oggetto di dibattito l'inclusione o meno dello *status servile*, su cui ci si è soffermati a causa della indeterminatezza della nozione ed il conseguente rischio di una eccessiva dilatazione della responsabilità penale. Ancora una volta gli *Elements of Crimes* hanno dirottato verso l'inclusione sia del lavoro forzato che dello *status servile*, che però vi rientrano solo in "some circumstances".

<sup>256</sup> ICTY, *Kordić and Čerkez*, Trial Chamber, Judgement, § 302; ICTY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, Judgement, § 112. Per i casi di arresto illegale, senza che fosse contestata formalmente un'accusa: ICTY, *Kordić & Čerkez*, Trial Chamber, Judgement, § 800 e ICTY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, Judgement, § 41.

<sup>257</sup> ICTY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, Judgement, § 123.

misura giudiziaria privativa della libertà, ad una durata ragionevole della detenzione in attesa di giudizio, ad un controllo giurisdizionale sulla legittimità della detenzione.

Alle norme degli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, viene affiancata la menzione ad *other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law*, ossia altre gravi privazioni, che si definiscono in negativo rispetto alla schiavitù ed alla sparizione forzata, lasciando anch'esse, per l'ampiezza della formula normativa, una notevole discrezionalità interpretativa<sup>258</sup>.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, la giurisprudenza<sup>259</sup>, discutibilmente, accoglie anche in questo caso *standard* inferiori all'*intent* ed alla *knowledge*.

La sparizione forzata, ha un retroterra storico significativo, se si pensa non solo ai più noti esempi delle dittature del Sud America, ma anche al largo utilizzo da parte dei nazisti.

L'*apartheid* è di difficile definizione, soprattutto in rapporto alla categoria residuale degli altri atti inumani.

L'elemento materiale si articola in condotte poste in essere in successione cronologica<sup>260</sup>: la privazione della libertà personale, nelle forme dell'arresto, della detenzione o del rapimento, con l'autoria o la compartecipazione, anche in forma di acquiescenza, di uno Stato o di un'organizzazione politica; il diniego di riconoscere tale privazione o fornire informazioni su sorte e luogo di custodia delle persone<sup>261</sup>.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, la fattispecie è caratterizzata dal dolo specifico, consistente nell'intento, ulteriore rispetto alla realizzazione dell'elemento materiale del crimine, di privare lo scomparso della protezione della legge per un prolungato periodo di tempo, contribuendo, in tal modo, a mantenere il regime. Anche l'aggettivo "*prolonged*" relativo alla

---

<sup>258</sup> Questa fattispecie costituisce un rinvio in bianco a norme non bene identificate e mutevoli, con conseguente discrezionalità interpretativa sul requisito della "gravità" e sulle norme internazionali di riferimento, tanto che, tautologicamente la gravità è ricondotta alla violazione delle norme fondamentali di diritto internazionale: si veda S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, *op. cit.*, p. 210. si veda anche G. GENTILE, *I crimini contro l'umanità*, *op. cit.*, p. 647.

<sup>259</sup> ICTY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, Judgment, §115.

<sup>260</sup> Il reato ha un'attitudine offensiva plurisoggettiva, perché coinvolge anche i congiunti dello scomparso, è caratterizzato da una condotta complessa, che ha a monte un'organizzazione in cui si assiste ad una capillare ripartizione di compiti e funzioni. Anche qui, significativamente, compare l'inciso con il riferimento a "some circumstances" che circoscrive l'ambito di applicazione in relazione all'arresto ed alla detenzione, perché in alcuni casi, tale privazione della libertà può avvenire anche su basi legali. Si tratta di un reato di natura permanente, in quanto l'offesa si protrae nel tempo per effetto della persistente volontà di non rilasciare lo scomparso e di non fornire indicazioni sulla sua sorte o sulla sua ubicazione.

<sup>261</sup> Controverso il rapporto tra le fasi dell'elemento materiale anche in sede di lavori preparatori dello Statuto di Roma: secondo l'orientamento statunitense, doveva essere considerata la sola fase della privazione della libertà personale; la delegazione araba proponeva l'alternatività delle due condotte materiali tipiche, mentre il gruppo tedesco e quello canadese ritenevano che la prima fase rappresentasse l'elemento materiale, e la seconda la circostanza, quindi non necessariamente posta in essere dall'agente, essendo sufficiente che lo stesso ne avesse consapevolezza. Infine, si è optato per entrambe le condotte tipiche. Per questa ricostruzione, si veda S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, *op. cit.*, pp. 212-213.

sottrazione, sembra proiettarsi sull'elemento oggettivo, come naturale conseguenza dello stato in cui viene tenuto lo scomparso.

La deportazione trova la sua fonte nel diritto consuetudinario<sup>262</sup>, e presuppone il trasferimento, a carattere tendenzialmente permanente<sup>263</sup>, oltre i confini nazionali di uno Stato, al contrario del trasferimento forzato, che concerne spostamenti all'interno dello stesso<sup>264</sup>, distinzione non esplicitata dallo Statuto, ma contemplata dagli *Elements of Crimes*. La condotta tipica deve essere accompagnata da modalità costringenti, quali violenza, di natura fisica o psicologica, o coercizione causata dal timore di violenza, minaccia, detenzione, vessazioni o abuso di potere, o dallo sfruttare condizioni ambientali oppressive.

Il bene giuridico protetto è il diritto a vivere nella propria comunità, al riparo da interferenze esterne<sup>265</sup>.

Sul piano soggettivo, non è richiesta alcuna particolare forma di dolo, dunque sono sufficienti la consapevolezza e l'intenzione di realizzare una dislocazione coattiva di persone, in assenza di ragioni giustificatrici previste dal diritto internazionale<sup>266</sup>.

La tortura è vietata in virtù di norme di *jus cogens*<sup>267</sup> ed è integrata dall'inflizione di gravi sofferenze, fisiche o psicologiche, da parte di un pubblico ufficiale, o da chi agisca per suo conto o con il suo consenso, talora allo scopo di carpire alla vittima una confessione o informazioni.

In tale fattispecie lo Statuto rimuove l'elemento del dolo specifico e della qualifica soggettiva dell'agente, a dispetto della giurisprudenza, sia pure non uniforme, dei Tribunali *ad hoc*<sup>268</sup>,

---

<sup>262</sup> ICTY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, Judgement, § 222-223 e ICTY, *Krstić* (“*Srebrenica-Drina Corps*”), Trial Chamber I, Judgement, § 521.

<sup>263</sup> ICTY, *Naletilić, alias Tuta, and Martinović, alias Štela*, Trial Chamber, Judgement, § 520; ICTY, *Prosecutor v. Simić* ed altri, Case n. IT-95-9-T, Trial Chamber, 17 October 2003, § 38; ICTY, *Stakić*, Trial Chamber II, § 132 ss.; ICTY, *Brđanin*, Trial Chamber II, § 545.

<sup>264</sup> ICTY, *Krstić* (“*Srebrenica-Drina Corps*”), Trial Chamber I, Judgement, § 521; ICTY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, Judgement, § 474; ICTY, *Naletilić, alias Tuta, and Martinović, alias Štela*, Trial Chamber, Judgement, § 670; ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Case n. IT-02-54-T, Trial Chamber, Judgement, 16 June 2004 (in seguito ICTY, *Milošević*, Trial Chamber, Judgement), § 68; ICTY, *Simić* et al., Trial Chamber, § 123; ICTY, *Brđanin*, Trial Chamber II, § 542.

<sup>265</sup> ICTY, *Prosecutor v. Simić* ed altri, Case n. IT-95-9-T, Trial Chamber, 17 October 2003, § 130; ICTY, *Stakić*, Trial Chamber II, § 677; ICTY, *Krstić* (“*Srebrenica-Drina Corps*”), Trial Chamber I, Judgement, § 523; ICTY, *Krnjelac*, Appeals Chamber, Judgement, § 218.

<sup>266</sup> Tra cui la sicurezza della popolazione e ragioni imperative di necessità militare: ICTY, *Krstić* (“*Srebrenica-Drina Corps*”), Trial Chamber I, Judgement, § 524 ss.

<sup>267</sup> ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 452-454; ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, Case n. IT-95-17/I-T, Trial Chamber, Judgement and Sentence, 10 December 1998 (in seguito ICTY, *Furundžija*, Trial Chamber, Judgement and Sentence), § 139 e 143; ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković* (“*Foča*” Case), Trial Chamber II, Judgement, § 466.

<sup>268</sup> Mentre in alcune sentenze la partecipazione del pubblico ufficiale sembra necessaria perché fatti di maltrattamento possano essere considerati come tortura (ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 473; ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, Case n. IT-95-17/I-A, Appeals Chamber, 21 July 2000, § 111 – in seguito ICTY, *Furundžija*, Appeals Chamber), non altrettanto accade in altre: ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković* (“*Foča*” Case), Trial Chamber II, Judgement, § 496, laddove si stabilisce che il fatto che gli atti di tortura siano commessi da un pubblico ufficiale, o su suo ordine o consenso, non costituisce elemento costitutivo della fattispecie in diritto penale internazionale.

richiedendo che la vittima sia in custodia o sotto il controllo dell'imputato. Il baricentro dell'incriminazione si è spostato dalla condotta all'evento: si tratta, infatti, di un crimine di evento, causalmente orientato, perché è richiesto solo che i dolori e le sofferenze inflitti siano gravi<sup>269</sup> ("severe").

Sul versante soggettivo, se la locuzione "intenzionalmente" costituisca un riferimento al dolo intenzionale è dubbio, ed anche se l'omissione di riferimenti degli *Elements of Crimes* farebbe propendere per una risposta negativa, si ritiene, tuttavia, che la definizione del crimine preveda l'intenzionalità della tortura, come stabilito anche dalla giurisprudenza<sup>270</sup>. Invece, sulla necessità di uno scopo specifico, qualificante gli atti di tortura, non vi è unanime ricostruzione nella giurisprudenza internazionale.

La persecuzione consiste nella intenzionale e grave<sup>271</sup> privazione dei diritti fondamentali<sup>272</sup> in violazione del diritto internazionale.

Lo Statuto della Corte penale internazionale riprende la definizione del crimine stabilita nella sentenza *Kupreskić*, che definisce una condotta attiva o omissiva di persecuzione nei confronti di una persona per motivi discriminatori<sup>273</sup>, commessa con l'intento di privare l'individuo del godimento di un diritto fondamentale<sup>274</sup>.

Non è stata adottata una nozione restrittiva: il novero delle ragioni discriminatorie, originariamente limitato ai motivi politici, razziali e religiosi, è stato esteso ai motivi nazionali, etnici, culturali e sessuali, con l'aggiunta della clausola di chiusura delle ragioni universalmente riconosciute come non consentite ai sensi del diritto internazionale. È uno dei casi in cui si sacrificano le esigenze di tipicità all'adeguamento al diritto internazionale consuetudinario.

La colpevolezza richiesta è di maggiore intensità rispetto agli altri crimini ed appartiene allo stesso *genus* di quella richiesta per il genocidio, che è la più estrema forma di persecuzione e che richiede una aggravata *mens rea*<sup>275</sup>.

---

<sup>269</sup> Il riferimento alla gravità vuol dire che solo atti che abbiano tale connotato possono integrare tortura, e la gravità delle sofferenze è elemento costitutivo del crimine: ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement; ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 594-595; ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković ("Foča" Case)*, Trial Chamber II, Judgement, § 497. Gli *Elements of Crimes* non abbondano di notazioni in merito, pur contemplando i parametri di valutazione della gravità, sia oggettivi, quali la durata del trattamento e le conseguenze fisiche o psichiche riportate dalla vittima, sia soggettivi, quali lo stato di salute di quest'ultima, l'età e le condizioni psico-fisiche (ICTY, *Simić et al.*, Trial Chamber, § 80; ICTY, *Brđanin*, Trial Chamber II, § 484; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigjć and Prcać ("Omarska and Keratem Camps")*, Trial Chamber I, § 143; ICTY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, Judgement, § 182).

<sup>270</sup> ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković*, Appeals Chamber, § 142 e 153-156; ICTY, *Furundžija*, Appeals Chamber, § 162; ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 594.

<sup>271</sup> ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 697.

<sup>272</sup> In merito si veda ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 697; ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 220.

<sup>273</sup> La discriminazione consiste nello specifico intento di attaccare una persona in quanto appartenente ad una comunità o ad un gruppo (ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 235).

<sup>274</sup> ICTY, *Kupreskić*, Trial Chamber II, Judgement, § 572, § 621.

<sup>275</sup> ICTY, *Kupreskić*, Trial Chamber II, Judgement, § 636. Si veda anche SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2<sup>nd</sup> Ed., Cambridge University Press, 2009, p. 10. Il crimine di genocidio e quello di persecuzione appartengono allo

Se invece si accede all'interpretazione che le ragioni discriminatorie non costituiscano un dolo specifico, esse vengono degradate a mero movente della condotta.

La questione dell'ineffettività, già declinata a proposito dei crimini di guerra, trova piena cittadinanza anche a proposito dei crimini contro l'umanità. Una alternativa credibile ad un diritto penale del nemico che consenta di conciliare legittimità dell'incriminazione ed efficacia delle norme incriminatrici, passa attraverso un percorso trifasico, che parte dalla definizione delle fattispecie, prosegue con la precisazione dei criteri di imputazione e termina con la risposta agli interrogativi sulla natura delle sanzioni<sup>276</sup>.

Le più importanti novità giurisprudenziali, tuttavia, riguardano i crimini a sfondo sessuale, che sono stati anche un prezioso pretesto per soffermarsi sui limiti della creatività giurisprudenziale, che non può estrapolare da un crimine sufficientemente definito nuovi crimini, né può forzare il dettato normativo oltre i limiti di una ragionevole interpretazione estensiva<sup>277</sup>.

È interessante rilevare l'onnipresenza nello Statuto di Roma dei crimini internazionali a sfondo sessuale, sia come crimini contro l'umanità nell'art. 7 (1) (g)<sup>278</sup> che come crimini di guerra nell'art. 8 (2) lett. (b) (xxii)<sup>279</sup> ed (e) (vi)<sup>280</sup>.

La violenza sessuale è, purtroppo, un crimine-cardine nei conflitti armati perché usato, spesso impunemente, come tattica di guerra per umiliare, dominare e instillare la paura nelle vittime, le loro famiglie e la comunità durante i conflitti armati<sup>281</sup>.

---

stesso *genus* perché in entrambi l'intento è quello di discriminare. Tuttavia mentre nel crimine di persecuzione l'intento di discriminare può assumere svariate forme che includono anche l'omicidio, nel caso del genocidio quell'intento deve essere accompagnato dallo scopo di distruggere in tutto o in parte il gruppo cui quell'individuo appartiene ed è in ciò l'accresciuta *mens rea*. La Corte internazionale di giustizia ha fatto propria questa distinzione nel caso *Bosnia c. Serbia*, al fine di conferire una connotazione precisa allo scopo che caratterizza il genocidio (ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Application of the Convention on the Prevention and the Punishment of the Crime of Genocide, Judgement, 26 February 2007, § 188).

<sup>276</sup> M. DELMAS-MARTY, *Violenza e massacri: verso un diritto penale dell'inumano?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 2009, p. 761.

<sup>277</sup> S. WHARTON, *The Evolution of International Criminal Law: Prosecuting "New" Crimes before the Special Court for Sierra Leone*, in *Int. Crim. L. Rev.*, Volume 11, n. 2, 2011, p. 217 ss., p. 226. Il riferimento è alla giurisprudenza SCSL, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Case n. SCSL-04-15-A, Appeal Judgement, 26 October 2009, § 888.

<sup>278</sup> Art. 7 lett. g) Stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata e altre forme di violenza sessuale di analoga gravità.

<sup>279</sup> Art. 8 lett. b) Altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili, all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale, nei conflitti armati internazionali, vale a dire uno dei seguenti atti: xxii) stuprare, ridurre in schiavitù sessuale, costringere alla prostituzione o alla gravidanza, imporre la sterilizzazione e commettere qualsiasi altra forma di violenza sessuale costituente violazione grave delle Convenzioni di Ginevra. Per la giurisprudenza, si veda SCSL, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Case n. SCSL-04-15-T, Trial Judgement, 2 March 2009, § 156.

<sup>280</sup> Art. 8 lett. e) Altre violazioni gravi delle leggi e degli usi applicabili, all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale, nei conflitti armati non di carattere internazionale, vale a dire uno dei seguenti atti: vi) stuprare, ridurre in schiavitù sessuale, costringere alla prostituzione o alla gravidanza, imporre la sterilizzazione e commettere qualsiasi altra forma di violenza sessuale costituente violazione grave delle Convenzioni di Ginevra.

<sup>281</sup> SCSL, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Case n. SCSL-04-15-T, Trial Judgement, 2 March 2009 (in seguito SCSL, *Sesay, Kallon and Gbao*, Trial Judgement), § 156. Su tale giurisprudenza si veda S. WHARTON, *The Evolution of International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 237. L'Autrice si sofferma anche sul dibattito sulla necessità di affrancare il reato di schiavitù sessuale rispetto a quello di riduzione in schiavitù *tout court*. Si veda altresì K. O'BYRNE, *Beyond Consent: Conceptualising Sexual Assault in International Criminal Law*, in *Int. Crim. L. Rev.*, Volume 11, n. 3, 2011, p. 495

Il fatto che la giurisprudenza abbia letto i crimini a sfondo sessuale compiuti in contesti bellici fondamentalmente come atti di violenza che non necessariamente comportano la penetrazione, induce a focalizzare l'attenzione proprio sul fattore coercitivo<sup>282</sup>.

A proposito di tali crimini, si riscontra uniformità nei principi ma non nella terminologia. Infatti, sia la giurisprudenza *Akayesu*, sia la giurisprudenza *Furundžija* che quella *Kunarac*, rilevano l'assenza di definizioni nel diritto internazionale convenzionale e consuetudinario oltre che negli statuti dei rispettivi tribunali penali internazionali.

Altresì incerto il *discrimen* tra elementi di prova<sup>283</sup> ed elementi costitutivi del reato. Questi ultimi compiono la loro prima epifania solo in *Milutinović* nel 2009<sup>284</sup>.

Si tratta del caso in cui sono stati giudicati sei alti funzionari serbi, imputati, tra l'altro, anche per aggressioni sessuali ai danni di donne albanesi del *Kosovo* come parte di una campagna persecutoria di trasferimento forzato.

Pur approfondendo la differenza tra coercizione e assenza di consenso la *Trial Chamber* ha chiarito che la disparità di approccio è solo di natura formale, ed ha prestato ossequio agli orientamenti espressi dalla *Appeals Chamber* nei casi *Kunarac* e *Gacumbitsi*, adottando una accezione estensiva di coercizione ed enucleando sia circostanze intrinsecamente coercitive<sup>285</sup> che atti a connotazione non sessuale che servano ad umiliare e degradare la vittima<sup>286</sup>.

---

ss., p. 496: l'Autrice si sofferma ampiamente sui crimini di natura sessuale compiuti in contesti bellici. In merito, diffusamente, anche M. AYAT, *Quelques apports des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc, op. cit.*, p. 789: la donna è bersaglio privilegiato della violenza sessuale durante i conflitti armati perché biologicamente dona la vita ed assicura la perpetuità della specie. Attraverso il suo corpo gli aggressori tentando di umiliare i loro nemici e di destabilizzarli. Abusare della donna durante i conflitti armati ha lo scopo di sminuire gli avversari colpendoli nel più profondo della loro dignità. Su come lo stupro, nella ex-Jugoslavia, sia stato qualcosa di ancora più terribile ed aberrante rispetto all'omologo reato comune, essendo diventato vera e propria arma di guerra, finalizzata all'annientamento di un'etnia, si veda G. CONSO, *Dai Tribunali internazionali penali ad hoc alla Corte criminale, op. cit.*, p. 209.

<sup>282</sup> K. O'BYRNE, *Beyond Consent: Conceptualising Sexual Assault in International Criminal Law, op. cit.*, p. 497: attualmente l'accezione di violenza sessuale adottata dalla Corte penale internazionale è fondata su di un *coercion test*. In generale, si ritiene che sia preferibile focalizzare l'attenzione giurisprudenziale sulla coercizione, anziché sull'assenza di consenso. La stessa Autrice precisa che questo approccio è preferito soprattutto nei contesti bellici (pp. 508-509).

<sup>283</sup> Basti ricordare la richiesta in Appello del *Prosecutor* nel caso *Gacumbitsi* (ICTR, *Prosecutor v. Gacumbitsi*, Case n. ICTR-2001-64-A, 28 September 2004, § 47-60), nella quale il Procuratore sosteneva che il non consenso della vittima e la conoscenza dell'autore del crimine di tale assenza di consenso non dovevano essere considerati elementi costitutivi del reato da provare ad opera del Procuratore. Il consenso, restava, invece, un mezzo di difesa che poteva essere opportunamente invocato dall'imputato. La *Appeals Chamber*, tuttavia, rispose negativamente, rifacendosi alla giurisprudenza *Kunarac* ed affermando che i due fattori in esame erano elementi costitutivi del crimine.

<sup>284</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milutinović and others*, Case n. IT-05-87-T, Trial Judgement, 26 February 2009 (in seguito ICTY, *Milutinović and others*, Trial Judgement), § 1. Per una ricognizione dottrinale sulla rilevanza del mancato consenso si rinvia a K. O'BYRNE, *Beyond Consent: Conceptualising Sexual Assault in International Criminal Law, op. cit.*, p. 509, nota 61.

<sup>285</sup> Si veda O. TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2<sup>nd</sup> Ed., Beck, Munchen, 2008, pp. 206-208. Per la giurisprudenza si veda SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, Case n. SCSL-2004-16-T, Trial Judgement, 20 June 2007 (in seguito SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, Trial Judgement), § 713-714.

<sup>286</sup> K. O'BYRNE, *Beyond Consent: Conceptualising Sexual Assault in International Criminal Law, op. cit.*, p. 226.

Il fatto che si ritenga che la violenza sessuale sussuma in sé lo stupro<sup>287</sup> segna la differenza rispetto ai precedenti *Furundžija*, *Stakić* e *Brđanin*, che distinguevano, invece, tra l'una e l'altro.

Più stringenti si rivelano gli *Elements of Crimes* per lo stupro, facendone un reato a forma vincolata, di cui, tuttavia, è stata fornita una definizione ampia, comprendendo anche atti in precedenza qualificati come reati meno gravi di violenza sessuale.

La condotta tipica è imperniata sulla penetrazione<sup>288</sup>, elemento specializzante rispetto alla violenza, e sulla mancanza di consenso, estorto con l'impiego di mezzi coercitivi<sup>289</sup>.

È stata marginalizzata la nozione meccanica di stupro, considerando anche il *trend* riscontrabile negli ordinamenti giuridici nazionali ad una progressiva dilatazione dei confini della fattispecie, a favore di una nozione dinamica, tale da abbracciare ogni evenienza fattuale<sup>290</sup>.

Non sono state individuate le modalità aggressive, è semplicemente richiesto un contesto di violenza e di coercizione<sup>291</sup>. La fattispecie, più che atteggiarsi a reato plurioffensivo, individua nella *sexual autonomy* un solo bene giuridico.

Sul piano soggettivo, non è richiesta alcuna particolare forma di dolo, essendo sufficiente la sussistenza del dolo generico così come contemplato dall'art. 30 StICC. Quindi l'agente deve avere agito nella consapevolezza e con l'intento di violare il corpo della vittima attraverso la penetrazione, e di estorcere il consenso di questa o di approfittare della sua incapacità di fornirlo spontaneamente, con la consapevolezza di agire nell'ambito di un attacco esteso o sistematico contro le popolazioni civili.

Lo stupro integra un esempio paradigmatico per la sua variabile e controversa collocazione sistematica, che, nella giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* oscilla tra il genocidio, i crimini contro l'umanità e, tra questi, la tortura, ed i crimini di guerra, mentre nella giurisprudenza della Corte penale internazionale, si registra un pendolarismo tra il genocidio, i crimini di guerra ed il crimine di aggressione<sup>292</sup>.

---

<sup>287</sup> Nello stesso senso, si veda anche M. AYAT, *Quelques apports des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc, op. cit.*, p. 812. L'Autore definisce lo stupro un sottomultiplo della violenza sessuale.

<sup>288</sup> ICTY, *Furundžija*, Trial Chamber, Judgement and Sentence, § 179 e 181.

<sup>289</sup> ICTY, *Furundžija*, Trial Chamber, Judgement and Sentence, § 186; ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 596. Si è esclusa una rigida elencazione degli atti coattivi: ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković* ("Foča" Case), Trial Chamber II, Judgement, § 129.

<sup>290</sup> A. ESPOSITO, *I crimini contro l'umanità*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale, op. cit.*, p. 686. Si veda ICTR, *Musema*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 226-228.

<sup>291</sup> ICTR, *Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli*, Case n. ICTR-98-44-T, Trial Chamber II, 1 December 2003 (in seguito ICTR, *Kajelijeli*, Trial Chamber II). Sulla rilevanza del contesto, si veda anche M. AYAT, *Quelques apports des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc, op. cit.*, p. 819: sia la giurisprudenza *Kunarac* che la giurisprudenza *Gacumbitsi*, si sono soffermate sul contesto in cui è stato perpetrato il crimine come elemento dal quale inferire sia il non consenso che la conoscenza dell'assenza di consenso da parte del soggetto attivo.

<sup>292</sup> Si veda, in merito, D. LIAKOPOULOS, *Il crimine dello stupro nel diritto internazionale penale*, Prima e Seconda Parte, rispettivamente nei numeri 3 (pp. 4-9) e 4 (pp. 14-21) di *Strumentario Avvocati. Rivista di diritto e procedura penale*, 2010. Si veda anche la giurisprudenza: lo stupro è stato qualificato come atto di tortura (ICTY, *Delalić and others* (*Čelebići case*), Trial Chamber, Judgement; ICTY, *Furundžija*, Trial Chamber, Judgement and Sentence; ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković* ("Foča" case), Trial Chamber II, Judgement); come atto di genocidio (ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement; ICTY, *Krajišnik*, Trial Chamber; ICTY, *Milošević*, Trial Chamber, Judgement); come

La sua formulazione ha indotto alla sua persecuzione usando alternativamente tutte le norme che contemplassero crimini internazionali<sup>293</sup>: l'art. 5 StICTY e l'articolo 3 StICTR, che lo inseriscono tra i crimini contro l'umanità; per la difficoltà di provare il carattere esteso e sistematico contemplato dallo *chapeau*, è stato anche perseguito ai sensi dell'art. 2 b StICTY, che considera lo stupro come tortura e dunque come violazione grave delle Convenzioni di Ginevra; l'articolo 3 dello StICTY, per cui viene perseguito come violazione delle leggi e dei costumi di guerra; infine l'art. 2 dello StICTY che incrimina lo stupro come atto di genocidio<sup>294</sup>.

Questo “pendolarismo” giurisprudenziale, dimostra le pecche rinvenibili sul piano della formulazione della norma<sup>295</sup>, talmente permeabile che consente allo stesso reato di transitare attraverso disposizioni normative contigue, a seconda che il fatto storico si adatti meglio all'una o all'altra. È una intercambiabilità normativa che poggia proprio sulla scadente formulazione delle fattispecie e che serve a conseguire, ciò nonostante, l'efficacia laddove altrimenti difetterebbe.

La schiavitù sessuale è una fattispecie talmente contigua alla schiavitù<sup>296</sup> *tout court* che ci si interroga sulla opportunità dell'inserimento della fattispecie tra i crimini a sfondo sessuale come ipotesi autonoma. Ad ogni modo, tale crimine ha natura plurioffensiva, dunque lesiva sia della libertà personale che della libertà sessuale. La condotta tipica è più ampia rispetto a quanto non sia quella di stupro e l'elemento caratterizzante è lo *status* di schiavitù o servilismo in cui si trova la vittima.

---

atto di riduzione in schiavitù (ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković* (“Foča” Case), Trial Chamber II, Judgement). Per la dottrina, si veda M. AYAT, *Quelques apports des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc, op. cit.*, p. 820 ss. L'Autore affronta la qualificazione dello stupro e della violenza sessuale come crimini di guerra (p. 788), come genocidio (pp. 820-823 ravvisando nello stupro un atto che miri ad impedire le nascite in seno al gruppo), come crimini contro l'umanità, in particolare tortura (pp. 823-826), ravvisando l'analogia nel fatto che entrambi i crimini internazionali vengono usati a fini di intimidazione, degradazione, umiliazione, discriminazione, punizione, controllo e distruzione della persona, con ciò citando la giurisprudenza *Akayesu*, celeberrima sentenza in cui lo stupro è riconosciuto come tappa del processo di distruzione del gruppo *Tutsi*.

<sup>293</sup> Per questa difficoltà di collocazione si veda ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković* (“Foča” Case), Trial Chamber II, Judgement.

<sup>294</sup> A. ESPOSITO, *La définition des crimes et le rôle du droit comparé: comment les juges comblent les lacunes normative*, in E. FRONZA e S. MANACORDA, *La justice pénale internationale, op. cit.*, p. 43.

<sup>295</sup> M. AYAT, *Quelques apports des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc, op. cit.*, p. 809. L'Autore, testualmente: «*Les juges ont accompli une oeuvre magistrale en essayant de dépasser le laconisme des conventions internationales et des statuts des tribunaux pénaux internationaux dans leur énonciation d'un certain nombre de concepts juridiques*».

<sup>296</sup> In merito si veda S. WHARTON, *The Evolution of International Criminal Law, op. cit.*, pp. 236-237: su come le incriminazioni per schiavitù sessuale non abbiano violato il *nullum crimen sine lege*, in quanto la schiavitù sessuale è suscumbibile nella schiavitù *tout court*, fattispecie già datata del diritto consuetudinario. Per la giurisprudenza si veda SCSL, *Sesay, Kallon and Gbao*, Trial Judgement, § 154, 155, 157. Nello stesso senso, per la dottrina, si veda W. A. SCHABAS, *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 212: gli atti di schiavitù sessuale potevano essere perseguiti dall'ICTY e dell'ICTR, non solo come il crimine contro l'umanità di riduzione in schiavitù, ma anche come crimine contro l'umanità rientrante nella categoria residuale degli «other inhumane acts» o come il crimine di guerra di schiavitù. Per i dubbi sulla necessità di coniare una autonoma fattispecie di schiavitù sessuale in aggiunta a quella di schiavitù *tout court*, si veda, invece, V. OOSTERVELD, *Sexual Slavery and the International Criminal Court: Advancing International Law*, in *Mich. J. Int'l L.*, 2004, p. 25.

È sufficiente la sussistenza del dolo generico.

Nella prostituzione forzata, elemento costitutivo della fattispecie è lo scambio, avvenuto o atteso, di denaro o altra utilità. Il profitto è elemento peculiare e specializzante della fattispecie, la cui definizione appare piuttosto ampia.

Il soggetto passivo è ugualmente sottoposto a coercizione, dunque il crimine in esame è in rapporto di specialità reciproca rispetto sia allo stupro che alla schiavitù sessuale, condividendo un nucleo comune di elementi costitutivi con entrambi. Anche in questo caso è sufficiente la sussistenza del dolo generico.

La gravidanza forzata è l'unico dei crimini a sfondo sessuale ad essere descritto dallo Statuto. È necessaria la sussistenza del dolo specifico ossia l'intenzione di alterare la composizione etnica di qualsiasi popolazione o di commettere altre gravi violazioni del diritto internazionale.

La sterilizzazione forzata è un reato causalmente orientato, integrato dalla privazione della capacità riproduttiva non giustificata né da un trattamento medico o ospedaliero della vittima, né da un consenso della medesima.

È sufficiente il dolo generico, a meno che l'agente non abbia finalità genocidiaria.

La violenza sessuale è fattispecie di chiusura dei reati a sfondo sessuale. Gli *Elements of Crimes* rapportano la gravità della condotta alle altre fattispecie a sfondo sessuale. Per valutare la gravità dell'evento, ossia l'intensità della lesione subita dalla vittima, non è previsto alcun parametro.

Si è riscontrato il frequente succedersi delle sentenze in merito sempre prestando ossequio al *nullum crimen sine lege*: adottando un'accezione ampia di coercizione si è evitato il problema dell'applicazione retroattiva della legge<sup>297</sup>.

Numerosi sono i margini di contiguità rilevabili nella giurisprudenza in materia. Volendo circoscrivere la valutazione alle prime pronunce in merito relative ai casi *Akayesu*, *Furundžija* e *Kunarac*, non si può fare a meno di rilevare caratteristiche comuni. *In primis*, il fatto che in tutti e tre i casi sia stata rilevata una lacuna definitoria nel diritto penale internazionale a proposito dei crimini in esame.

In secondo luogo, il fatto che sia stato necessario esplorare i diritti penali nazionali per trarne un minimo comune denominatore.

Tutti i casi, infine, mostrano la tensione interna al diritto penale internazionale, che conduce, alternativamente, al soddisfacimento di esigenze repressive su larga scala o all'ossequio al *nullum crimen sine lege stricta e scripta*.

Non a caso in *Akayesu* è stato compiuto un tentativo di affrancarsi da una nozione meccanica di stupro, mentre in *Furundžija* si ritorna verso tale nozione perché maggiormente consona alle

---

<sup>297</sup> K. O'BYRNE, *Beyond Consent: Conceptualising Sexual Assault in International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 502.

esigenze di precisione che presiedono alla definizione della norma penale. Diplomaticamente, in *Kunarac*, si tenta di mediare tra le due posizioni.

Quel che è dato rilevare è che dall'orientamento *Akayesu* ai successivi, il baricentro dell'attenzione penalistica si è sempre spostato dalla valorizzazione dell'elemento della coercizione a quello dell'assenza di consenso, tanto da determinare un passaggio di testimoniao dal *coercion test* al *consent test*, fino alla predetta affermazione di formale irrilevanza della distinzione, compiuta in *Milutinović*, che ha lasciato aperto il problema dell'equilibrio tra i due.

Non si è ancora pervenuti ad un orientamento stabile, ma, come accennato, solo all'estrapolazione di circostanze intrinsecamente coercitive ed alla netta oscillazione del baricentro processuale verso il fattore coercitivo se sono i conflitti armati a fare da sfondo al crimine.

Plurimi sono stati anche i riferimenti al diritto interno: oltre che essere fonte alla quale i Tribunali *ad hoc* hanno attinto<sup>298</sup>, e che hanno esaminato<sup>299</sup> se non addirittura rivisto<sup>300</sup>, è stata anche un valido pretesto per chiarire i rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e per scoraggiare la trasposizione automatica di concetti e schemi operativi, tra cui la presunzione di consenso, dal primo al secondo<sup>301</sup>.

Fino al lavoro pionieristico del Tribunale Speciale per la Sierra Leone (SCSL), che ha emesso le prime condanne per schiavitù sessuale<sup>302</sup> e matrimonio forzato, crimine multistrato<sup>303</sup> che si inserisce a sua volta nella formazione a strati dei crimini contro l'umanità.

Lo SCSL si è anche interrogato sui rapporti tra questi crimini tra di loro e rispetto alla più ampia categoria dei crimini contro l'umanità, in particolare la categoria residuale degli "altri atti inumani".

Una cospicua giurisprudenza riconduce a tale ultima categoria molti crimini a sfondo sessuale<sup>304</sup>, ma è esclusa la collocazione tra gli *other inhuman acts* del matrimonio forzato, che

---

<sup>298</sup> K. O'BYRNE, *Beyond Consent: Conceptualising Sexual Assault in International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 500.

<sup>299</sup> K. O'BYRNE, *Beyond Consent: Conceptualising Sexual Assault in International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 504: in *Kunarac* la *Trial Chamber* ha esaminato i principi applicabili agli stupri nei sistemi giuridici nazionali.

<sup>300</sup> In *Milutinović* (ICTY, *Milutinović and others*, Trial Judgement), la *Trial Chamber* ha rivisto gli approcci di diritto interno al fine di determinare gli elementi comuni della violenza sessuale.

<sup>301</sup> Un certo numero di giudici dei Tribunali *ad hoc* ha messo in guardia contro la trasposizione acritica e meccanica del diritto penale interno nel contesto internazionale senza tenere conto del diverso contesto dei crimini internazionali. Antonio Cassese, nella sua *Separate and Dissenting Opinion* nel giudizio *Erdemović* (ICTY, *Prosecutor v. Erdemović*, Case n. IT-96-22-A, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, 7 October 1997, § 2-6- in seguito ICTY, *Erdemović*, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese), ha sottolineato che, nel considerare un concetto proprio del diritto penale interno, il giudice deve valutare attentamente se il contesto internazionale imponga o meno "un significato totalmente autonomo" o l'opportunità di qualche adattamento al quale sottoporre il concetto perché possa essere correttamente applicato (ICTY, *Erdemović*, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, § 6).

<sup>302</sup> S. WHARTON, *The Evolution of International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 218.

<sup>303</sup> Così, testualmente, S. WHARTON, *The Evolution of International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 228: «...the act of forced marriage which has been described as a multi-layered crime which includes non-sexual elements»: M. FRULLI, *The Special Court for Sierra Leone Recognize Forced Marriage as a "New" Crime against Humanity*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 6, 2008, p. 1036.

l'orientamento giurisprudenziale maggioritario vuole legalmente sussunto nella schiavitù sessuale<sup>305</sup>, anch'essa esclusa dalla categoria residuale: trova spazio, evidentemente, l'orientamento che interpreta restrittivamente tale categoria, comprendendovi solo gli atti di natura non sessuale<sup>306</sup>.

La nota interessante è che la giurisprudenza dello SCSL è stata un modo per stabilire fino a che punto la categoria degli *other inhuman acts* possa essere una *catch-all provision* e fondare addirittura il “*darwinismo*” dei crimini internazionali<sup>307</sup>, e fino a quale punto possa spingersi la creatività giurisprudenziale per non violare il *nullum crimen sine lege*.

### 3.1. *The Crime of Crimes: il genocidio*

Il genocidio è certamente il crimine internazionale che si presta al maggior numero di declinazioni. Coniato dalla dottrina<sup>308</sup>, dell'uso del termine si riscontra una inflazione che ha indotto i «puristi» ad una sua sostituzione con termini più generici ed onnicomprensivi. Il termine *massacro*, ad esempio, avrebbe il vantaggio di non avere una dimensione giuridica, potendo essere definito sia come crimine di guerra che crimine contro l'umanità. Tuttavia, soluzioni di questo tipo, che non a caso provengono da cultura non giuridica<sup>309</sup>, pur chiudendo ogni problema definitorio, non aiuterebbero certo a risolvere i problemi di collocazione sistematica della figura criminosa riscontrati soprattutto rispetto alla più ampia categoria dei crimini contro l'umanità, di cui il genocidio è solitamente considerato una sottocategoria.

La stessa mancanza, nel diritto internazionale penale, di un *Allgemeiner Teil*, di una parte generale di diritto penale, si avverte con disagio particolare nell'approccio a questa fattispecie criminosa<sup>310</sup>.

---

<sup>304</sup> SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, Case n. SCSL-2004-16-A, Appeal Judgement, 22 February 2008 (in seguito SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, Appeal Judgement), § 184.

<sup>305</sup> S. WHARTON, *The Evolution of International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 232: la *Appeals Chamber* ha sottolineato le caratteristiche distintive del matrimonio forzato rispetto agli altri crimini contro l'umanità, a causa del vincolo coniugale coatto, che, oltre che essere causa di danni fisici e psicologici nelle vittime, si associa ad una stigmatizzazione sociale da parte della comunità di origine: SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, Appeal Judgement, § 195, 199.

<sup>306</sup> SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, Trial Judgement, § 697.

<sup>307</sup> S. WHARTON, *The Evolution of International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 239: l'Autrice sottolinea come le norme in materia di crimini contro l'umanità siano in grado di evolversi, di adattarsi. Che questo possa avvenire senza incorrere in violazioni del *nullum crimen sine lege*, è dovuto a due espedienti: la sussunzione nell'ambito della categoria residuale degli “*other inhuman acts*” ed un processo di particolareizzazione (*process of particularization*) che permette di estrapolare interessi ritenuti meritevoli di protezione speciale da parte della comunità internazionale.

<sup>308</sup> R. LEMKIN, *Les actes créant un danger général considérés comme délits des droits des gens*, Parigi 1933.

<sup>309</sup> J. SÉMELIN, *Pensare i crimini di massa. Un approccio socio-storico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 2009, p. 767 ss., p. 768.

<sup>310</sup> A meno che non si voglia considerare lo Statuto della Corte Penale Internazionale come base di una costruenda parte generale del diritto penale internazionale: in tal senso L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, *op. cit.*, p. 267. In posizione critica M. C. BASSIOUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale- Un quadro teorico*, *op. cit.*, p. 157: «Va sottolineato che la parte generale dello Statuto della

*The Crime of Crimes/Le crime des crimes*<sup>311</sup>, per gravità, è in cima ad una ideale parte speciale del diritto internazionale penale, pur collocandosi in una posizione ancora controversa rispetto agli altri crimini internazionali<sup>312</sup>.

A tale gravità, però, non necessariamente deve corrispondere un automatismo nella irrogazione della condanna<sup>313</sup>. Lo dimostrano anche gli studi compiuti sulla giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per il Ruanda, i cui imputati sono stati quasi tutti incriminati e condannati per genocidio, ma residuano gli interrogativi sulla proporzionalità della pena<sup>314</sup>, anche se la risposta riposa nella «necessaria sproporzione» già prospettata dalla dottrina<sup>315</sup>.

Questo difficile rapporto si propone anche rispetto ai crimini di diritto comune che la macrofattispecie «genocidio» ingloba, risolvendosi ora con un riferimento alla natura collettiva del soggetto passivo, ora rilevando quel dato di *internazionalità*<sup>316</sup> che è l'*intention spéciale*<sup>317</sup>.

---

Corte penale internazionale, che è stato istituito con un trattato, vincola soltanto gli Stati-parte, e non è, sino a questo momento, idoneo in sé e per sé ad essere considerato parte del diritto internazionale consuetudinario. Di conseguenza, queste disposizioni di parte generale non potranno essere considerate, in sé e per sé, alla stregua di una parte generale di diritto penale internazionale, a meno che non vi sia altrimenti conferma che una data norma di parte generale sia parte del diritto internazionale consuetudinario, o derivi dai principi generali di diritto».

<sup>311</sup> ICTR, *Kambanda*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 16: parole usate dal giudice *Laity Kama*. Riferimenti anche in ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, Appeals Chamber, Declaration of Judge LAL CHAND VOHRAH, § 9-10-11: *Dans l'affaire Kambanda jugée par le TPIR, la Chambre de première instance a fait observer que le Statut ne hiérarchise pas les différents crimes ressortissant au Tribunal ni les peines à infliger et que, par conséquent, il n'y a pas, en théorie, de distinction entre les crimes. Cependant, elle a ensuite souligné que lorsqu'elle prononce une peine, une Chambre de première instance doit tenir compte «d'un certain nombre de facteurs tenant à la gravité de l'infraction». Comme il est reconnu dans le Jugement Blaškić, la Chambre de première instance saisie de l'affaire Kambanda a considéré que les crimes de guerre étaient des «crimes d'une gravité moindre» que le génocide et les crimes contre l'humanité. Cette position a été reprise dans d'autres affaires, établissant ainsi une «véritable hiérarchie des crimes qui a été utilisée pour la détermination de la peine» au TPIR. Pour les raisons que j'ai mentionnées ici et dans mes décisions antérieures, ainsi que pour celles présentées par le Juge Cassese dans l'Arrêt Tadić, je considère toujours que, toutes choses égales par ailleurs, une personne reconnue coupable de crime contre l'humanité a commis un crime plus grave qu'une personne reconnue coupable de crime de guerre. Normalement, ce degré supérieur de gravité exige qu'à raison du même acte, une déclaration de culpabilité pour crime contre l'humanité entraîne une peine plus longue qu'une déclaration de culpabilité pour crime de guerre. Cette opinion vaut naturellement pour le génocide qui, qualifié également de crime contre l'humanité, est de la même manière intrinsèquement plus grave qu'un crime de guerre.*

<sup>312</sup> «Le génocide n'est pas un sous-ensemble du crime contre l'humanité. En réalité, les deux infractions se chevauchent partiellement», D. BOYLE, *Génocide et crimes contre l'humanité: convergences et divergences*, in E. FRONZA e S. MANACORDA, *La justice pénale internationale*, op. cit., pp. 124-140. Sulla definizione del genocidio come crimine internazionale più grave: ICTR, *Prosecutor v. Serushago*, Case n. ICTR 98-39-S, Judgement and Sentence, 5 February 1999 (in seguito ICTR, *Serushago*, Judgement and Sentence), § 13; ICTR, *Rutaganda*, Judgement and Sentence, § 451; ICTR, *Musema*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 981.

<sup>313</sup> B. HOLA, C. BIJLEVELD e A. SMEULERS: *Punishment for Genocide- Exploratory Analysis of ICTR Sentencing*, in *Int. Crim. L. Rev.*, Volume 11, n. 4, 2011, p. 745 ss., p. 752: *The reasoning along these lines was argued by the Prosecution in Rukundo and the Appeals Chamber dismissed it stating that «just as there is no category of cases where the imposition of life imprisonment is per se barred, there is also no category of cases where it is per se mandated. Each case remains to be examined on its own individual facts»*. Si rinvia al caso *Rukundo* (ICTR, *Prosecutor v. Rukundo*, Case n. ICTR-2001-70, Appeals Judgement, 20 October 2010, § 260).

<sup>314</sup> Per uno studio dettagliato si rinvia, diffusamente, a B. HOLA, C. BIJLEVELD e A. SMEULERS: *Punishment for Genocide*, op. cit., pp. 745-773. L'interrogativo sulla proporzionalità della pena è rinvenibile a p. 772 delle stesse Autrici: *«Is a sentence of 25 years indeed proportional in cases involving multiple killings committed with the intent to eliminate a whole ethnic or religious group?»*.

<sup>315</sup> In tal senso si veda M. DONINI, *La condanna a morte di Saddam Hussein*, op. cit., pp. 7-23.

<sup>316</sup> Così R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., p. 308.

<sup>317</sup> «C'est la nature collective des victimes qui permet de distinguer les infractions internationales des crimes "matériels" qui les constituent. C'est l'intention spéciale qui internationalise les actes matériels étudiés ci-dessus», D. BOYLE, *Génocide et crimes contre l'humanité*, op. cit., pp. 128-130.

Una finestra sul rapporto tra il diritto penale interno ed il diritto penale internazionale a proposito della formulazione di tale fattispecie è stata aperta da un recente caso: la condanna all'ergastolo per gli atti di genocidio compiuti nel 1994, irrogata nel giugno del 2010 da parte di un tribunale finlandese di primo grado, di *François Bazaramba*, cittadino ruandese<sup>318</sup>.

Per quanto concerne la formulazione interna, parte della dottrina si è espressa a favore della formulazione italiana<sup>319</sup> del crimine di genocidio. La Legge 9 ottobre 1967, n. 962, infatti, è stata ritenuta più severa della Convenzione per la Prevenzione e la Repressione del Delitto di Genocidio del 1948 e con un più ampio ambito di applicazione<sup>320</sup>.

Infatti, ha previsto come fattispecie ulteriore la «deportazione a fini di genocidio», qualora sia dimostrato lo scopo di distruzione del gruppo. Inoltre, accantonando la figura del quasi-reato, in deroga alla disciplina dell'art. 115 c.p., è stato sanzionato il solo fatto dell'istigazione al genocidio, ancorché non venga accolta.

La stessa apologia di genocidio è sanzionata indipendentemente dal verificarsi di un pericolo concreto di genocidio.

Tuttavia, questi innegabili pregi non sottraggono la legge italiana a critiche che si appuntano soprattutto sulla combinazione del dolo specifico con i tratti della fattispecie di attentato, che comporta un depauperamento oggettivo ed un allontanamento dal più pregnante contenuto offensivo della fattispecie così come contemplata dalla Convenzione del 1948 e dagli altri testi normativi seguiti, tra cui lo Statuto della Corte penale internazionale<sup>321</sup>.

Si ripropone così il problema di attribuire disvalore penale agli atti, selezionando quelli afferenti alla fattispecie, operazione non semplice, che ha costretto i Tribunali penali internazionali *ad hoc* a ripetuti e, talora, discutibili interventi.

Il primo, importante nucleo di dubbi, si rinviene nel dato di internazionalità rappresentato dal «context element», che riveste un ruolo di rilievo per il genocidio, tanto più che si identifica con l'elemento soggettivo, l'*intention spéciale*, il dolo specifico.

---

<sup>318</sup> Si rinvia diffusamente a M. KIMPIMÄKI, *Genocide in Rwanda- Is It Really Finland's Concern?*, in *Int. Crim. L. Rev.*, Volume 11, n. 1, 2011, pp. 155-176. Lo scritto si sofferma diffusamente anche sugli svantaggi ed i vantaggi legati all'esercizio della giurisdizione universale.

<sup>319</sup> L'Italia ha adempiuto agli obblighi assunti con la ratifica della Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio del 9 dicembre 1948, con l'emanazione della L. 962/67.

<sup>320</sup> «La legge italiana del 9 ottobre 1967, pur avendo il torto di essere arrivata in ritardo, è stata messa a punto con indiscutibile attenzione»: G. VASSALLI, *I crimini contro l'umanità: problemi giuridici*, op. cit., p. 4.

<sup>321</sup> S. MASSI, *Il genocidio. Il diritto dei popoli e la tutela del gruppo nazionale, etnico, razziale e religioso*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale- II. Studi*, op. cit., pp. 137-184. L'Autrice non risparmia critiche alla discutibile scelta di contemplare l'evento morte come mera circostanza aggravante del reato (art. 3 Legge 9 ottobre 1967, n. 962) perché il suo bilanciamento con circostanze attenuanti, anche generiche, nello smentire sostanzialmente il particolare disvalore che dovrebbe contenere la realizzazione di eventi di tale portata, conferma anche che il genocidio possa senz'altro consistere nel semplice pericolo non portato ad alcun effetto. Inoltre, configurandosi la circostanza anche per la morte del singolo, si equipara il disvalore del singolo omicidio a quello dell'omicidio di massa, ancora una volta disperdendosi il significato del genocidio.

Per l'ampio margine di sovrapposizione con altre fattispecie, e per la difficoltà di provare lo *special intent* che integra il genocidio, si è riscontrata una notevole riluttanza iniziale ad irrogare condanne.

Basti pensare alla non unanimità della giurisprudenza riscontrata rispetto alla pulizia etnica praticata a *Srebrenica* e nelle aree circostanti, che la giurisprudenza *Nikolić* ricondusse al genocidio<sup>322</sup>, a fronte di una giurisprudenza successiva che se ne dissociò<sup>323</sup>. La stessa «imposizione di misure volte ad impedire le nascite in seno al gruppo», ha ricevuto letture giurisprudenziali diverse.

La Commissione di esperti che indagarono nell'ex-Jugoslavia sugli abusi sessuali, non riuscì a verificare se effettivamente gli stupri a monte delle gravidanze delle donne appartenenti al gruppo rivale fossero sistematicamente usati per cambiare le caratteristiche etniche della popolazione e dunque se integrassero una forma di genocidio.

Al contrario, nella sentenza *Akayesu* il Tribunale per il Ruanda stabilì la rilevanza dello stupro come modalità per colpire il gruppo<sup>324</sup>.

Le difficoltà probatorie trovano conferma nel fatto che, nonostante l'accusa di genocidio, o di concorso in genocidio, il Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, fino alla pronuncia del 2 agosto 2001 sul caso *Krstić*, non aveva mai condannato nessun imputato di questo crimine, avendo optato, invece, per la contestazione della persecuzione<sup>325</sup>.

Anche il caso *Jelisić*, nel 1999, era stato chiuso con una condanna per crimini contro l'umanità, ma non per genocidio. Altresì rigettato tale capo di accusa contro *Duško Sikirica*<sup>326</sup>.

Troppe assoluzioni illustri, sia pure circoscritte a questo particolare capo di accusa, per non indurre a riflettere sulla formulazione della fattispecie di genocidio.

Essa ha radici convenzionali<sup>327</sup>, e viene pedissequamente riprodotta negli Statuti dei Tribunali *ad hoc*. Ha un nucleo apparentemente semplice: consta di un elemento oggettivo, il gruppo-bersaglio<sup>328</sup>, che integra anche l'oggetto materiale della condotta, e di un elemento soggettivo, l'intento di distruzione.

---

<sup>322</sup> ICTY, *Prosecutor v. Nikolić*, Case n. IT-95-2-R61, § 34.

<sup>323</sup> ICTY, *Prosecutor v. Karadžić and Mladić*, IT-95-5-R61, IT-95-18-R61, Atto d'accusa, 25 luglio 1995, § 64; ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 62 e § 84.

<sup>324</sup> ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement: la sentenza *Akayesu* ha riconosciuto lo stupro come tappa del processo di distruzione del gruppo *Tutsi*. Sulla stupro come crimine-mezzo per umiliare chi è percepito come "nemico", in contesti bellici e non, si veda *infra*, Parte Prima, Sezione III, Paragrafo 3.

<sup>325</sup> La contestazione del crimine di persecuzione ha trovato ampio utilizzo davanti al Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, in particolar modo in riferimento a condotte perpetrate a fini di "pulizia etnica": M. C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, *op. cit.*, p. 396 ss.; O. TRIFFTERER, *Persecution*, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, *op. cit.*, p. 146 ss.

<sup>326</sup> G. C. BRUNO, *Le crime de génocide dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yugoslavie et pour le Rwanda*, in E. FRONZA e S. MANACORDA, *La justice pénale internationale*, *op. cit.*, pp. 94-108.

<sup>327</sup> Si tratta della già citata Convenzione per la Prevenzione e la Repressione del Delitto di Genocidio, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 9 dicembre 1948 ed entrata in vigore il 12 gennaio 1951.

<sup>328</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, *op. cit.*, p. 441.

Tuttavia, a fronte di questa apparente bipolarità, la scomposizione della fattispecie, in sede applicativa, è foriera di problemi ulteriori.

L'unico dato incontestabile è l'esclusione a priori della giustificabilità di un crimine così grave<sup>329</sup>: secondo l'art. 6, comma 4 dello Statuto del Tribunale internazionale per il Ruanda, l'ordine non esclude la responsabilità di chi commette un crimine internazionale, ma può rilevare ai soli fini della mitigazione della pena.

Nella fase applicativa sono emersi molti nodi da sciogliere: le condotte materiali configurabili come atti di genocidio, la gravità delle lesioni all'integrità fisica e mentale, il concorso apparente di norme, il concorso di persone nel reato, sia materiale che morale, nella forma dell'istigazione diretta e pubblica<sup>330</sup>, e, non ultima, la difficile identificazione del gruppo, che, lungi dall'essere un ozioso problema vittimologico, ha forza condizionante della qualificazione penale del fatto<sup>331</sup>.

Le questioni-chiave da isolare sono, essenzialmente, rappresentate da: a) le condotte incriminate; b) la nozione di «gruppo», la cui esistenza (sopravvivenza) ed identità identifica il bene giuridico protetto; c) la *mens rea*; d) le infrazioni formali punite come genocidio<sup>332</sup>.

Quanto alle condotte incriminate, si assiste ad una anticipazione della tutela ad uno stadio anteriore alla distruzione del gruppo<sup>333</sup>, incriminando i vari *step* del processo di distruzione: uccidere membri del gruppo; cagionare gravi lesioni all'integrità fisica o psichica di persone appartenenti al gruppo; sottoporre deliberatamente persone appartenenti al gruppo a condizioni di vita tali da comportare la distruzione fisica, totale o parziale, del gruppo stesso; imporre misure volte ad impedire le nascite in seno al gruppo; trasferire con la forza bambini appartenenti ad un gruppo in un gruppo diverso.

Tuttavia, come per la fattispecie interna, sono numerose le insidie che si annidano nell'anticipazione della soglia di tutela: anche atti iniziali di mero «pericolo» rispetto all'evento gigantesco della distruzione del gruppo, si rivelano ragioni di «danno» in relazione a beni

---

<sup>329</sup> «I presupposti per l'applicabilità della *necessity* o della *duress* devono essere rigorosi e l'esimente andrebbe esclusa oggettivamente per il crimine di genocidio». E. MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, n. 1, pp. 237-265. Nello stesso senso R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, *op. cit.*, pp. 377-380-385, che cita anche l'art. 33 StICC, che considera manifestamente criminoso qualsiasi ordine di commettere un genocidio o un crimine contro l'umanità.

<sup>330</sup> Per i problemi relativi alla fattispecie di genocidio, E. FRONZA, *I crimini di diritto internazionale nell'interpretazione della giurisprudenza internazionale: il caso Akayesu*, in G. ILLUMINATI, L. STORTONI e M. VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, *op. cit.*, pp. 71-97; M. CAIANIELLO e E. FRONZA, *Il principio di legalità*, *op. cit.*, pp. 307-334.

<sup>331</sup> «L'identificazione della vittima come appartenente ad un gruppo o all'altro ha come effetto paradossale quello di condurre ad una diversa qualificazione del fatto: genocidio in caso di uccisione di un *Tutsi*, crimine contro l'umanità nel caso di uccisione di un *Hutu*». Così, l'Autrice, spiegando il *paradosso dell'etnicità*, E. FRONZA, *I crimini di diritto internazionale nell'interpretazione della giurisprudenza internazionale*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>332</sup> G. C. BRUNO, *Le crime de génocide*, *op. cit.*, 100.

<sup>333</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, *op. cit.*, p. 66.

intermedi (vita, incolumità, libertà) e sono tutti avvinti dall'intento genocidiario. Con il rischio che la portata offensiva degli atti risulti parzialmente dissolta dall'elemento soggettivo<sup>334</sup>.

Ugualmente difficile l'approccio al tentativo, che si atteggia, rispetto alla struttura del reato-fine, a macro-tentativo o micro-tentativo, nell'ambito di una elaborazione dottrinale tarata sulle peculiarità del crimine internazionale<sup>335</sup>: è quasi marginalizzata la valutazione dell'idoneità degli atti, con una forte polarizzazione sulla loro direzione univoca e oggettiva verso il genocidio<sup>336</sup>.

Nello *chapeau* che caratterizza la norma sul genocidio è stabilito un preliminare requisito finalistico, comune alle diverse condotte elencate, rappresentato dall'intenzione di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso. Tale requisito non si riduce alla mera qualificazione dell'elemento soggettivo, ma contribuisce a tipizzare oggettivamente il fatto criminoso nel suo insieme, avvicinando le singole condotte o atti materiali in uno specifico nesso teleologico<sup>337</sup>.

Molti problemi ha creato, inoltre, la nozione di «gruppo». La giurisprudenza più copiosa sul genocidio trae origine dalla pratica del Tribunale penale internazionale per il Ruanda: la prima condanna per genocidio è datata 2 settembre 1998, a chiusura del caso *Akayesu*.

La sentenza sembra optare per un criterio oggettivo di individuazione del gruppo, da identificare in base a criteri quali i tratti somatici, la lingua, la cultura e la religione. Tuttavia, contemporaneamente, si riferisce alla «percezione», che sembrerebbe attribuire rilevanza, nella formazione dell'identità, anche agli indici soggettivi<sup>338</sup>.

La rigidità eccessiva del criterio oggettivo è dimostrata dal riferimento alla *self identification*, che denuncia chiaramente la ricerca di una scappatoia normativa.

Non bastasse la discutibile formulazione normativa, che sembra contrastare con le indicazioni provenienti dalla dottrina circa la tecnica di formulazione della fattispecie incriminatrice<sup>339</sup>, si

---

<sup>334</sup> S. MASSI, *Il genocidio. Il diritto dei popoli*, op. cit., pp. 137-184.

<sup>335</sup> «Integra il “macro-tentativo” l'attività diretta a realizzare, prima ancora che una o più condotte offensive, lo stesso contesto che attribuisce valenza internazionale a quelle condotte e ad altre eventuali compiute da terzi. Si tratta di un comportamento che può essere realisticamente posto in essere soltanto dai vertici delle strutture statali, o che comunque godono di prerogative politiche, organizzative e militari particolarmente significative. Macro-tentativo rilevante è solo quello diretto alla realizzazione non soltanto del contesto, ma anche di una o più delle singole condotte tipiche, essendo queste ultime il “fulcro” del crimine internazionale. “Micro-tentativo”, invece, è quello volto alla realizzazione di una singola condotta criminosa (tentato omicidio, tentato stupro, tentata tortura) nell'ambito di un contesto tipico già esistente. Un micro-tentativo può essere realizzato anche da un singolo soggetto, un mero esecutore estraneo agli apparati di potere, purché tra la sua azione e l'elemento contestuale sussista quel legame obiettivo e soggettivo necessario per far guadagnare alla prima rilevanza internazionale»: A. VALLINI, *Il tentativo*, in E. AMATI, V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA e A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, op. cit., pp. 181-205.

<sup>336</sup> S. MASSI, *Il genocidio. Il diritto dei popoli*, op. cit., pp. 137-184.

<sup>337</sup> L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, op. cit., pp. 280-283.

<sup>338</sup> E. FRONZA, *I crimini di diritto internazionale nell'interpretazione della giurisprudenza internazionale*, op. cit., pp. 83.

<sup>339</sup> M. CAPELLÀ I ROIG, *La tipificación internacional*, op. cit., p. 377. L'Autrice ritiene che debbano essere marginalizzati gli elementi normativi, impiegando, quando possibile, elementi descrittivi, ed evitando sia i concetti indeterminati che la tecnica casistica.

aggiunge, problema nel problema, la questione linguistica, che si presenta particolarmente ostica per gli elementi normativi extragiuridici, mettendo in pericolo il principio di precisione. Proprio in tali elementi normativi rientra la qualità etnica, razziale, nazionale o religiosa di un gruppo, per individuare la quale occorre fare riferimento ad una serie di nozioni tecniche, o sociali, al fine di valutare se un determinato gruppo possa rientrare in una di queste categorie. Ma le fonti sociali sono di una imprecisione assoluta, e le norme che si propongono di attingere ad esse, presentano confini fluttuanti<sup>340</sup>.

Tuttavia, lo scoglio più grande è l'elemento psicologico, per il quale si conferma la generale tendenza ad interrogare il contesto fattuale, per inferirne la *mens rea*.

Gli indici a cui si presta maggiore attenzione, sono rappresentati dalla perpetrazione di atti contro il medesimo gruppo, in particolare il trattamento a cui vengono sottoposte donne e bambini, l'esistenza di altre atrocità che minano le fondamenta del gruppo, come la distruzione dei luoghi di culto (genocidio culturale o pulizia etnica) nonostante tali atti non facciano parte della definizione formale di genocidio<sup>341</sup>.

Insomma, viene interrogato il contesto fattuale, variegato e complesso, ma tangibile, per aggirare la *probatio diabolica* legata all'accertamento del dolo specifico.

Ultimo, non per importanza, il problema della parcellizzazione delle responsabilità derivante dal macro-contesto del crimine.

La giurisprudenza dell'ICTR ha escogitato soluzioni spesso originali, ma non immuni da contraddizioni.

Nel bilancio giudiziario sono rinvenibili, in merito, condanne eccellenti: nel settembre del 1998, l'ICTR condannava *Jean Kambanda*, ex Primo Ministro, per incitazione diretta e pubblica al genocidio, accusandolo, tra l'altro, di avere incoraggiato la *Radio des Milles Collines* a persistere nella diffusione dei messaggi di morte. Nello stesso mese fu condannato anche *Jean-Paul Akayesu*, funzionario pubblico del comune di *Taba*, tra i cui capi di accusa figurava l'istigazione diretta e pubblica al genocidio.

A fronte delle citate sentenze di condanna, diverso è stato l'evolversi delle vicende processuali di altri imputati tratti a giudizio davanti al Tribunale ruandese<sup>342</sup>, per i quali la *Appeals Chamber* ha optato per soluzioni assolutorie a causa di insuperabili scogli probatori.

---

<sup>340</sup> E. FRONZA, E. MALARINO e C. SOTIS, *Le principe de précision et la justice pénale internationale*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, op. cit., pp. 157-210.

<sup>341</sup> D. BOYLE, *Génocide et crimes contre l'humanité*, op. cit., pp. 124-140.

<sup>342</sup> Si rinvia una puntuale ricostruzione in C. HENDERSON, *Mera propaganda o arma di genocidio? Ruanda: il caso dei "media dell'odio"-Parte II*, *Cass. pen.*, n. 9, 2009, p. 361: La condanna di *Nabimana* (ICTR, *Prosecutor v. Nabimana and others*, Case n. ICTR-99-52-A, Appeals Chamber, Judgement, 28 November 2007, § 485-486) per responsabilità individuale è stata invece annullata per insufficienza di prove in relazione al suo asserito ruolo nella programmazione delle trasmissioni oggetto del procedimento. Per quanto concerne la responsabilità di *Nabimana* e *Barayagwiza* a titolo di superiori gerarchici, la Corte d'appello ne ha esaminato le posizioni con l'accuratezza che mancava alla sentenza di primo grado, analizzando specificatamente tutti gli elementi di questa particolare

Infatti, come è stato efficacemente sottolineato, a proposito delle disposizioni penali contro il razzismo e contro l'apologia di genocidio, sia gli atti diretti che le istigazioni devono tradursi, sotto il profilo dei possibili contrasti con la libertà di parola, in fattori causali dimostrabili: la dimostrazione della loro valenza causale può aversi solo se davvero terzi ascoltatori realizzino il fatto propugnato e dichiarino al contempo di essere stati spinti da ciò dalla manifestazione istigativa.

In assenza di tali elementi di fatto, la «dannosità» della pubblica istigazione è, di regola, indimostrabile<sup>343</sup>, anche se giova sottolineare che la natura dei reati di cui trattasi è stata variamente inquadrata, oscillando tra reati di danno e reati di pericolo<sup>344</sup>.

---

tipologia di responsabilità. In particolare, secondo la Corte, né la posizione di responsabile e di suo vice rispettivamente occupate da *Nabimana* e *Barayagwiza* nell'organigramma di RTLM, né l'appartenenza di entrambi al comitato direttivo di RTLM, sono in sé sufficienti a dimostrare che i due appellanti, durante il periodo rilevante (dal 6 aprile 1994 in poi), esercitassero effettive funzioni di controllo sui collaboratori subordinati. Nel pensiero della Corte occupare una posizione di superiorità non implica necessariamente un controllo effettivo sui collaboratori sottoposti; è, invece, maggiormente indicativa la capacità di influenzarne le azioni. Il fatto che *Nabimana* fosse riuscito ad intervenire per fermare gli assalti contro le truppe UNAMIR, come accertato dal Tribunale di primo grado anche se la circostanza era stata sempre negata dallo stesso *Nabimana*, costituisce un indice essenziale del suo effettivo potere nei confronti dei propri sottoposti, direttamente responsabili dell'incitamento. In assenza di prove in ordine ad una simile influenza in capo a *Barayagwiza* la Corte ha annullato la sua condanna.

<sup>343</sup> C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, sintesi aggiornata della monografia *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 209.

<sup>344</sup> La giurisprudenza sembra aver abbandonato il criterio dell'accertamento della pericolosità concreta delle condotte di istigazione o apologia, il quale, di fatto, aveva reso di difficile applicazione le fattispecie di apologia del fascismo ed ha sostenuto la diretta punibilità di determinati messaggi in quanto tali. In particolare, cfr. Corte Cass., sent. 29 marzo 1985, n. 507 (in *Giur. Cost.* 1987, II, 74 ss., con nota di S. LARICCIA, *Due sentenze della Cassazione sul problema dell'ostilità razziale nella società italiana*, 86 ss.), nella quale si afferma che «l'apologia di genocidio è un reato di pura condotta sanzionato per la sua intollerabile disumanità, per l'odioso culto dell'intolleranza razziale che esprime, per l'orrore che suscita nelle coscienze civili ferite dal ricordo degli stermini perpetrati dai nazisti e dal calvario ancora tragicamente attuale di talune popolazioni africane ed asiatiche». Si veda anche C. HENDERSON, *Mera propaganda o arma di genocidio?*, op. cit.: invece, la *Appeals Chamber* dell'ICTR, ha mostrato un orientamento influenzato dagli studiosi sostenitori del Primo Emendamento, per i quali le parole non rappresentano, *ex se*, elemento di danno, il che riprende l'idea di fondo dell'approccio americano alla libertà di parola, secondo il quale meritano di essere sanzionate solo le parole che sono connesse a, o causative di, un'azione dannosa e ingiustificata. Sulla teoria statunitense del *silencing effect* e sui problemi probatori si veda C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, op. cit., pp. 208-209. Per una puntuale ricostruzione delle oscillazioni tra pericolo astratto e concreto, si veda C. CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare. La problematica distinzione del Tribunale Costituzionale spagnolo (commento alla sent. n. 235/2007)*, 3 aprile 2008, in *Quad. cost.*, p. 3 e 4: «...il giustificazionismo che integri un incitamento indiretto alla commissione dei delitti di genocidio costituisce infatti un *tertium genus* rispetto alle fattispecie istigatrici e apogetiche previste dal codice penale spagnolo, costruite secondo lo schema dei reati di pericolo concreto». E ancora: «Se si guarda alle norme, stridente è la dissonanza: i beni giuridici tutelati da fattispecie generalmente riconducibili a formule di *hate speech* o di incitamento all'odio razziale costituiscono valori costituzionali che da tempo la dottrina individua come oggetto di una possibile tutela (Esposito 1958, Barile 1974, Id. 1984, Scaffardi 2006; in modo più problematico Ambrosi 2008, Pace-Manetti 2006), quali la dignità sociale e l'eguaglianza dei gruppi nella dignità stessa. Qualora invece si sanziona il negare o il giustificare delitti di genocidio come in Spagna, o Germania (ove per altro, in riferimento all'Olocausto, si tenta di ricondurre a canoni di maggior concretezza la norma penale, punendosi la negazione idonea a turbare la pace pubblica. Sul punto E. Fronza 1999; sulle questione poste dal c.d. caso *Irving*, M. Malena, 2006), il bene giuridico protetto appare sfuggente. Si è così di fronte a fattispecie di pericolo presunto (F. Mantovani 2001), volte a tutelare un problematico diritto alla verità. I moderni ordinamenti costituzionali però, per storia, norme e vocazione, più che affermare *la* verità, dovrebbero rafforzare gli strumenti giuridici per consentire l'incontro *delle* verità (Häberle 2001, Zagrebelsky 1995)».

L'alternativa sarebbe strutturare tali norme quali reati di pericolo concreto: questa è stata la strada percorsa dalla nostra Corte Costituzionale in due risalenti pronunce. La già citata sent. 65/1970 ha definito l'apologia rilevante a fini penali come quel comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti. Una decisione

A fronte dell'accennato orientamento della *Appeals Chamber* dell'ICTR, è significativo, tuttavia, il rigore giudiziario della sentenza di primo grado, palesemente segnata dal goffo tentativo di ricondurre le azioni degli accusati entro i presupposti del reato di incitamento al genocidio. È stata evidente, in questo caso come in altri, la necessità di accusare e condannare gli artefici della propaganda, ed è proprio questa necessità che introduce le amare considerazioni sulla tentazione che minaccia la giustizia penale internazionale fin dai suoi esordi: abbandonare tendenze critiche, anche e soprattutto in ambito giuridico, a fronte della necessità di reprimere crimini di eccezionale gravità.

E questa tentazione minaccia anche la sacralità di libertà fondamentali perché «sarebbe poco ragionevole che fossero trattati atti forieri di tanto dolore alla stregua di ogni altra espressione»<sup>345</sup>.

Sembra emergere un orientamento non incline a mettere in gioco esplicitamente la libertà di espressione quale contraltare della forza espansiva della fattispecie incriminatrice, perché non vengono apprestati i luoghi argomentativi che per altre tipologie di reati di opinione si prestano ad accogliere forme di bilanciamento tra diritto e delitto di espressione, quasi come se esistesse una impermeabilità alla rilevanza ermeneutica della libertà di manifestazione del pensiero<sup>346</sup>.

La riprovazione giustamente suscitata dai crimini internazionali non dovrebbe costituire motivo per bypassare il rigoroso accertamento dei requisiti minimi per la loro integrazione.

È però significativo che le due istanze, sia quella garantista che quella giustizialista, vengano espresse nel lavoro compiuto dall'ICTR, dal giudizio di primo grado al giudizio di appello, anche se non mancano contraddizioni di fondo.

Tuttavia, le divergenze costituiscono la prova che il collegio giudicante ha assimilato e compreso la necessità di sostenere due principi di diritto sia interno che internazionale, entrambi di importanza fondamentale, ma potenzialmente in conflitto: la protezione della libertà di manifestazione del pensiero e la criminalizzazione degli atti di genocidio.

Da quanto esposto, è evidente che la tensione dialettica tra esigenze repressive e garantismo, già propria del diritto penale interno, si riproduce, su più vasta scala, in ambito internazionale, segnando la giustizia che vi si amministra, nel funzionamento e nei caratteri.

---

di qualche anno successivo (n. 108/1974) ha invece tentato di rinvenire, quanto alla condotta di istigazione all'odio tra classi sociali, una concezione materiale dell'ordine pubblico quale bene giuridico tutelato: l'istigazione, perché sia punibile, deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità.

<sup>345</sup> *Prosecutor v. Simon Bikindi*, Case n. ICTR-01-72-T, Trial Chamber, 2 December, 2008, § 396.

<sup>346</sup> C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, op. cit., pp. 200-201. Si veda inoltre C. CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare*, op. cit., p. 2. A proposito della questione di legittimità costituzionale dell'art. 607 del codice penale spagnolo e della sottrazione ad un bilanciamento rispetto alla libertà di espressione: l'Avvocatura di Stato, costituitasi in giudizio, argomenta per la salvezza della norma, richiamando la nozione di reato di pericolo presunto: «la negazione o la giustificazione del genocidio costituisce pericolo potenziale per beni giuridici di massima importanza, e perciò non può considerarsi coperta dalla libertà d'espressione, essendo tale pericolo potenziale di per sé sufficiente per la sua punizione».

#### 4. Le «nuove guerre» ed il crimine di aggressione, un nodo ancora da sciogliere

Se il genocidio è stato definito *the Crime of Crimes*, il crimine di aggressione è stato ancora più brutalmente etichettato come “il crimine internazionale supremo”<sup>347</sup>.

Su tale gravità è stato raggiunto il pieno accordo fin dallo Statuto della Corte penale internazionale<sup>348</sup>.

Eppure il crimine *de facto* non è stato inserito nello Statuto di Roma<sup>349</sup> poiché al termine della conferenza si decise per l’istituzione di uno *Special Working Group on the crime of aggression*, e per la definizione<sup>350</sup> nell’ambito di apposita conferenza futura.

A proposito di tale crimine, è stata lasciata in *stand-by* anche l’esercizio della giurisdizione della Corte permanente.

Non a caso, i maggiori sforzi per completare lo Statuto si concentrano sulla scansione dei passaggi procedurali. Le condizioni per l’esercizio della giurisdizione, infatti, riflettono sul piano procedurale i problemi sottesi all’ipotesi di reato e le persistenti tensioni di politica criminale<sup>351</sup>.

Anche a causa di questa genesi tormentata, l’aggressione è stata definita<sup>352</sup> *the central topic in the review of the Statute*, e la difficoltà di operare una scelta tra le varie opzioni dottrinali consiste nel fatto che nessuna può essere destituita di fondamento giuridico.

L’aggressione si è trovata nell’occhio del ciclone revisionista perché ha portato in auge uno dei problemi maggiormente discussi dai penalisti: i criteri di ascrizione del fatto ogni volta in cui ci si trovi di fronte alla necessità di una incriminazione ad ampio spettro, problema accentuato dal carattere “programmatico” di una norma non operativa, frutto di compromesso sulla definizione del crimine e sulle condizioni per la relativa procedibilità.

---

<sup>347</sup> La definizione dell’aggressione come ‘supreme international crime’ risale al Tribunale di Norimberga, ed è rievocata anche dalla dottrina: T. TAYLOR, *The Anatomy of the Nuremberg Trials*, N.Y., Knopf, 1992, p. 168. AMATI, *La repressione dei crimini di guerra tra diritto internazionale e diritto interno*, in ILLUMINATI, STORTONI e VIRGILIO, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, *op. cit.*, p. 101 ss., p. 102, ricorda che l’aggressione veniva distinta dagli altri crimini di guerra «perché contiene in sé il male di tutti i mali», ben potendo considerarsi prodromica ai crimini di guerra propriamente detti, trattandosi (S. R. Ratner, 1999, p. 24) «dell’uso della forza da parte di uno Stato nei confronti di un altro Stato, non giustificato da ragioni di autodifesa o in assenza di altri motivi eccezionali legalmente riconosciuti».

<sup>348</sup> J. TRAHAN, *The Rome Statute’s Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference*, in *Int. Crim. L. Rev.*, Volume 11, n. 1, 2011, p. 49 ss., p. 53, rinviando all’art. 5 dello Statuto di Roma.

<sup>349</sup> Il crimine di aggressione è previsto nella competenza materiale della Corte dall’articolo 5 (1) dello Statuto di Roma. Allo stesso tempo il paragrafo 2 dello stesso articolo specifica che «la Corte eserciterà il proprio potere giurisdizionale sul crimine di aggressione successivamente all’adozione, in conformità agli articoli 121 e 123, della disposizione che definirà tale crimine e stabilirà le condizioni alle quali la Corte potrà esercitare il proprio potere giurisdizionale su tale crimine. Tale norma dovrà essere compatibile con le disposizioni in materia della Carta delle Nazioni Unite».

<sup>350</sup> E. KILDANI, *Il crimine internazionale di aggressione. L’aggressione come illecito internazionale e come fonte di responsabilità penale personale: un rapporto problematico*, in *Ind. pen.*, n. 1, 2010, pp. 273 ss., p. 326 su come la diplomazia e la dottrina si affatichino nella ricerca di improbabili mediazioni definitorie.

<sup>351</sup> Così, testualmente, E. KILDANI, *Il crimine internazionale di aggressione*, *op. cit.*, p. 305.

<sup>352</sup> Dal Presidente dell’Assemblea degli Stati Parte. *L’Opening remarks by the President of the Assembly* e gli interventi del *General Debate*, si veda il sito ufficiale della Corte <<http://www.icc-cpi.int>>.

Il paragrafo 2 dell'art. 5 StICC ha stabilito che la Corte possa esercitare la propria giurisdizione nei confronti di tale crimine solo qualora ne sia approvata la definizione e vengano adottate le condizioni per l'esercizio della giurisdizione<sup>353</sup>.

La definizione è un problema storicamente declinato attraverso scelte sistematiche<sup>354</sup> oppure risolto con l'ancoraggio a norme generali che consentissero di invocare la fattispecie a posteriori rispettando però il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

È stata proprio la difficoltà di fornire una definizione unanimemente condivisa e praticabile l'ostacolo in cui si sono inizialmente arenati i tentativi statunitensi di istituire una Corte permanente<sup>355</sup> e la sabbia su cui sono morti, spiaggiati, i tentativi di codificazione in seno alla bozza di codice sui crimini contro la pace ed il genere umano del 1954.

Per risalire alle origini del crimine, occorre rievocare l'operato del Tribunale di Norimberga<sup>356</sup>, la Carta delle Nazioni Unite<sup>357</sup> e la Risoluzione n. 3314 del 14 dicembre 1974 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che contiene una definizione dell'aggressione inficiata da due limiti: l'essere circoscritta all'accezione di crimine internazionale dello Stato, non dell'individuo, ed essere una definizione "aperta"<sup>358</sup>, con lo scopo di garantire la massima discrezionalità del Consiglio di Sicurezza, pur risultando difficilmente conciliabile con il principio di legalità da osservare in ambito penale.

È probabile che, anche per tale crimine, si sia compiuto un passo indietro rispetto allo stesso *default approach*<sup>359</sup>, vale a dire l'opzione di incompletezza del testo, di conseguenza si è posto il problema, tipicamente penalistico, di tarare una definizione praticabile di aggressione che si prestasse ad una ampia applicazione e tuttavia godesse di un sufficiente tasso di precisione, tale

---

<sup>353</sup> G. DELLA MORTE, *La conferenza di revisione dello Statuto della Corte penale internazionale ed il crimine di aggressione*, in *Riv. dir. int.*, n. 3, 2010, pp. 697 ss., p. 717.

<sup>354</sup> Per la collocazione, da parte del Tribunale penale militare di Norimberga, nella sottocategoria dei crimini contro la pace o addirittura dei crimini di guerra, si veda G. DELLA MORTE, *La conferenza di revisione*, op. cit., p. 718 nota 85.

<sup>355</sup> E. AMATI, *I crimini di guerra*, op. cit., pp. 362-363.

<sup>356</sup> J. TRAHAN, *The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression*, op. cit., p. 57, nota 31: «*Charter of the International Military Tribunal, Art. 6 (a) (...) a significant difference is that the London Charter covered the planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression (emphasis added), while the new definition covers the planning, preparation, initiation or execution of an act of aggression. As discussed further below, it was specifically debated at Princeton, New Jersey, as part of the negotiations of the Special Working Group whether only a "war" of aggression should be covered by the definition. See June 2006 SWGCA meeting, paras. 21-24, reproduced in The Princeton Process, p. 144. That approach was ultimately rejected as too restrictive. Most states wanted to cover lesser incursions that did not amount to full-scale wars.*

<sup>357</sup> Art. 2 (4) Carta delle Nazioni Unite.

<sup>358</sup> Si ricordi che la definizione di aggressione adottata nel 1974 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (G.A. A/RES/3314 (XXIX), 14-10-1974) la inquadrava come *the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations*, dunque la descriveva come un atto proveniente, necessariamente, da uno Stato ed elencava le specifiche azioni di aggressione compiute da uno Stato contro l'altro (tra cui invasione, attacco, bombardamento). Nonostante l'originaria onnipresenza dello Stato come soggetto attivo di tale crimine, nel suo lavoro sulla bozza di Codice dei Crimini contro la Pace e la Sicurezza del Genere Umano, la Commissione delle Nazioni Unite sul Diritto Internazionale, riecheggiando le parole del Tribunale di Norimberga, a propria volta concludeva che gli individui possono essere ritenuti responsabili per gli atti di aggressione (1996 ILC, *Draft Code*).

<sup>359</sup> E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale*, op. cit., p. 313 ss., p. 326.

da consentire di individuare, circoscrivere, ed, in ottica preventiva, evitare, gli atti penalmente rilevanti.

Fino all'intervento di revisione, se l'ambito speculativo migrava dalla responsabilità statale, essendo l'*aggression* il più noto esempio degli *international crimes of State*, a quella individuale, il quadro non migliorava, trovando il vuoto normativo a proposito della rilevanza penale delle condotte individuali.

Circa il novero dei possibili soggetti attivi, se limitato agli Stati o esteso anche ai *non-State actors*: la questione è stata dibattuta<sup>360</sup>. Ma l'emendamento adottato a *Kampala*, sede della tanto attesa e già citata Conferenza di revisione dello Statuto della Corte penale internazionale, ha previsto l'abrogazione dell'art. 5, par. 2, e l'inserimento del nuovo art. 8-*bis*, che definisce sia il crimine individuale di aggressione<sup>361</sup> sia l'atto di aggressione statale<sup>362</sup> che del primo costituirebbe il presupposto necessario.

Dunque, l'aggressione sarebbe un crimine individuale configurabile solo in connessione con una aggressione imputabile ad uno Stato<sup>363</sup>: i soggetti attivi devono avere agito per conto di

---

<sup>360</sup> G. PECCHIONI, *Sull'aggressione da parte di uno Stato quale necessario presupposto del crimine di aggressione*, in *Riv. dir. int.*, n. 4, 2010, p. 1086.

<sup>361</sup> L. POLI, *Il crimine di aggressione dopo la conferenza di Kampala: una soluzione di compromesso con ridotta efficacia dissuasiva*, in *ISPI (Istituto per gli studi di politica internazionale) Analysis*, n. 19, 2010, p. 1 ss., p. 3: Il crimine di aggressione è definito come «pianificazione, preparazione, scatenamento o esecuzione, da parte di una persona che sia nella posizione di esercitare un controllo effettivo o di dirigere l'azione politica e militare dello Stato, di un atto di aggressione che, per carattere, gravità e portata, costituisca una manifesta violazione della Carta delle Nazioni Unite». L'Autrice osserva che alla formulazione piuttosto ampia dell'atto di aggressione corrisponde una previsione più circostanziata del crimine di aggressione, che può sorgere soltanto rispetto a quegli atti che costituiscano una «manifesta violazione della Carta delle Nazioni Unite».

<sup>362</sup> L. POLI, *Il crimine di aggressione*, *op. cit.*: Patto illecito dello Stato è definito – ricalcando la previsione dell'art. 1 della Risoluzione 3314 (XXIX) del 1974 – come «l'uso della forza armata da parte di uno Stato contro la sovranità, l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di un altro Stato o in ogni altra maniera contraria alla Carta delle Nazioni Unite». La disposizione poi richiama espressamente la Risoluzione citata e riporta l'elenco esemplificativo di cui all'art. 3 della stessa (che menziona casi quali l'invasione o l'occupazione militare, il bombardamento, il blocco dei porti e delle coste, l'invio di bande di mercenari, ecc.). Non è precisato all'art. 8 *bis*, a differenza di quanto previsto dall'art. 4 della Risoluzione 3314 (XXIX), che tale elenco non ha valore esaustivo.

<sup>363</sup> Particolarmente esplicita la *International Law Commission* nel suo *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, 1996, p. 43: «*Individual responsibility for such a crime is intrinsically and inextricably linked to the commission of aggression by a State. Such a violation of the law by a State is a sine qua non condition for the possible attribution to an individual of responsibility for a crime of aggression.*». Come ricorda la dottrina (AMATI, *La repressione dei crimini di guerra*, *op. cit.*, p. 103) il suddetto Progetto del 1991, nel suo art. 15, ricalcava la definizione del crimine offerta dalla Risoluzione 3314, mentre l'ultima versione del 1996 si limitava a stabilire, nel suo art. 16, il principio della responsabilità individuale (si veda, *ante*, nota 359).

È esplicito, nello stesso senso, anche quanto si legge in commento all'art. 16 del progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità elaborato dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite su invito dell'Assemblea Generale: «*Les mots "une aggression commise par un État" indique clairement que cette violation du droit par un État est une condition sine qua non de l'imputation possible à un individu d'une responsabilité pour crime d'agression*» (Annuaire de la Commission du droit international, 1996, II, Deuxième partie, p. 45). Sottolinea che «non potrà configurarsi una aggressione "individuale" se non sussiste una aggressione "di Stato"»: CICIRIELLO, *L'aggressione in diritto internazionale*, Napoli, 2002, p. 13. Su come l'aggressione sia vista nell'ottica degli illeciti dello Stato P. FOIS, *Sul rapporto tra i crimini internazionali dello Stato e i crimini internazionali dell'individuo*, *op. cit.*, p. 929 ss. L'Autore ricorda che la Corte internazionale di giustizia, nella sentenza del 27 giugno 1986, pronunciandosi in merito al ricorso presentato da Nicaragua contro gli Stati Uniti, sottolinea come la definizione dell'aggressione figurante nella Risoluzione 3314 possa essere considerata come espressione del diritto internazionale consuetudinario.

uno Stato, cosa che non vale per gli altri crimini su cui la Corte esercita la propria giurisdizione.

Contro tale soluzione è schierata non solo la dottrina<sup>364</sup> ma anche recenti testi normativi attenti agli ultimi sviluppi in tema di uso della forza da parte di soggetti non statali, che hanno definito<sup>365</sup> l'aggressione come: *the use, intentionally and knowingly, of armed force or any other hostile act by a State, a group of States, an organization of States or non-State actor(s) or by any foreign or external entity, against the sovereignty, political independence, territorial integrity and human security of the population of a State Party to this Pact, which are incompatible with the Charter of the United Nations.*

Ovviamente, anche l'aggressione come crimine individuale richiede comunque l'esistenza di un gruppo minimamente strutturato ed organizzato: è questo il motivo per il quale la dottrina<sup>366</sup> rileva che nel crimine di aggressione l'illecito dello Stato e quello dell'individuo «sono due facce della stessa medaglia», benché il loro accertamento e la valutazione dei loro effetti giuridici avvengano su piani diversi.

È innegabile che il crimine di aggressione sconti anche il sistema a geometrie variabili, da tarare *case by case*, che è tipico del perseguimento dei fini di pace e, contemporaneamente, della tutela di quelli di giustizia, con la declinazione, irrinunciabile, di tutte le forme del garantismo<sup>367</sup>.

È proprio in questo senso che tale crimine, con tutte le sue peculiarità strutturali, si interfaccia con la tematica dell'azione giudiziaria a fronte di crimini su vasta scala e sulla opportunità di procere alle incriminazioni scendendo o meno verso il basso, nella direzione delle “pedine”, immancabilmente presenti in ogni progetto criminale di vasta portata.

In questa ottica, la *ratio* di una simile incriminazione è innegabilmente repressiva: sarebbe paradossale ritenere gli individui responsabili dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, appendici immancabili dei conflitti, e, contemporaneamente, garantire l'impunità a chi ha congegnato l'impalcatura, politica e militare, del conflitto stesso.

Quello in esame rientra, innegabilmente, tra i *leadership crimes*<sup>368</sup>, perché difficilmente potrebbe essere integrato dalla condotta di un semplice soldato: questo inconfutabile dato criminologico è a monte della proposta di arricchire l'art. 25 StICC con un comma 3-*bis* che circoscriverebbe

---

<sup>364</sup> «If the purpose of the relevant international rules is to protect the world community from serious breaches of the peace, one fails to see why individuals operating from non-State entities should be immune from criminal liability for aggressive conducts»: CASSESE, *One Some Problematical Aspects of the Crime of Aggression*, in *Leiden Journal of Int. Law*, 2007, p. 846.

<sup>365</sup> È il caso del Patto di non aggressione e difesa comune dell'Unione Africana, adottato il 31 gennaio 2005, ed entrato in vigore il 18 dicembre 2009, art. 1, lett.c).

<sup>366</sup> L. POLI, *Il crimine di aggressione*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>367</sup> In tal senso G. DELLA MORTE, *La conferenza di revisione*, *op. cit.*, pp. 703-704.

<sup>368</sup> J. TRAHAN, *The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression*, *op. cit.*, p. 57.

il crimine di aggressione solo a chi sia in condizioni tali da esercitare effettivamente il controllo o dirigere l'operato politico o l'esercito di uno Stato<sup>369</sup>.

Sul piano applicativo, i funambolismi della giurisprudenza, necessari a causa dell'incerto supporto normativo, hanno indotto ad invocare di rado la guerra di aggressione, anche nelle ipotesi più conclamate, come l'invasione del *Kuwait* da parte delle forze irachene del 1990<sup>370</sup>. Gli azzardi del secondo dopoguerra, quando il tribunale internazionale per l'Estremo Oriente condannò per aggressione ben venticinque di ventotto imputati, sono lontani<sup>371</sup>.

Ha inciso sulla lunga fase di stallo relativa al crimine di aggressione anche il timore che la Corte penale internazionale potesse essere sommersa da una valanga di casi teoricamente sussumibili nell'ampiezza della fattispecie, timore parzialmente infondato, dato il ruolo di filtro che potrebbe essere svolto dalla *Pre-Trial Division*<sup>372</sup>.

Tralasciando i tentativi di codificazione che approciano il problema processuale delle condizioni di procedibilità del crimine di aggressione, sul piano sostanziale la citata Risoluzione del 1974 con la quale l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha definito l'aggressione, non rappresenta un solido punto di appoggio per svariati motivi: perché non è vincolante, perché gli atti inclusi non sono un *numerus clausus*, ma il Consiglio di sicurezza ha facoltà di ampliare il novero, ed infine perché il riferimento generico ad una *international responsibility* sembra escludere che possa dare luogo anche ad una responsabilità individuale.

A parte la distinzione tra «atto» di aggressione e «crimine» di aggressione<sup>373</sup>, resta il fatto che non ogni attacco integra il crimine<sup>374</sup>, ma solo le violazioni manifeste della Carta delle Nazioni

---

<sup>369</sup> Resolution RC/Res. 6, advance version, 28 June 2010, 18:00, Annex I, 8bis, para. 1.

<sup>370</sup> L. POLI, *Il crimine di aggressione*, op. cit., p. 4, che rinvia a E. GREPPI, *State Responsibility for Acts of Aggression under the United Nations Charter: a Review of Cases*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice- Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Ashgate, London, 2010, pp. 499-517. Ugualmente rappresentò una ipotesi tipica di aggressione l'intervento anglo-americano in Iraq, tradottosi proprio in una aggressione tramite bombardamento. Su come però sia questo intervento che i successivi si siano tradotti in una difesa da pericoli solo potenziali e dunque in una violazione del divieto dell'uso della forza: U. VILLANI, *La nuova crisi del Golfo e l'uso della forza contro l'Iraq*, in *Riv. dir. int.*, n. 2, 1999, p. 451 ss. Si veda anche G. HEYDEMANN, *Tra consenso, crisi e conflitto. L'11 settembre 2001 e gli effetti sui rapporti tra Germania e USA*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2008, p. 255 ss., pp. 256, 260, 264, 268. L'Autore si sofferma su come la guerra contro l'Iraq, condotta a seguito dell'attacco alle Torri Gemelle dell'11 settembre 2001 abbia provocato numerose tensioni diplomatiche tra USA ed Europa, lasciando emergere importanti differenze circa il diritto internazionale, le politiche di sicurezza, le misure militari come mezzo politico, ed il rispetto dei diritti umani e civili. Altresì rileva la scarsa efficacia deterrente dell'occupazione dell'Iraq, vera e propria «calamita per terroristi islamici di tutto il mondo, i quali, con costanti attacchi, rendono nulli i tentativi americani di portare la situazione alla stabilità, sfruttando le ataviche divergenze etniche tra sciiti, sunniti e curdi. L'obiettivo di indebolire il terrorismo islamico eliminando il regime di Saddam, ha quindi portato all'effetto contrario». E compie rilievi critici: «Per legittimare un'azione del genere, non basta fare della prevenzione una dottrina. E se lo si fa comunque, allora gli alleati hanno il compito di proteggere Washington preventivamente da sé stessa» (cit. S. KORNELIUS, *Freunde in der Pflicht*, in *Süddeutsche Zeitung* del 23 luglio 2002). E, infine: «È indubbio che il terrorismo globalizzato debba essere combattuto globalmente con l'aiuto di una cooperazione internazionale. Senza che, però, ne risentano i diritti umani ed i diritti civili, ormai stabiliti a livello mondiale, né tanto meno le norme ed i principi di uno Stato di diritto».

<sup>371</sup> Sentenza consultabile *on line* all'indirizzo <<http://www.biblio.org/hyperwar/PTO/IMTFE/index.html>>.

<sup>372</sup> J. TRAHAN, *The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression*, op. cit., p. 94.

<sup>373</sup> J. TRAHAN, *The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression*, op. cit., p. 57: «The wording of Article 8-bis makes the differentiation between an "act of aggression" (covered in paragraph 2), which is the act that the state commits, and the "crime of

Unite<sup>375</sup>, in linea con il Preambolo dello Statuto di Roma, che attribuisce alla Corte la giurisdizione solo sui reati più gravi<sup>376</sup>.

Solo le violazioni «manifeste» possono essere sussunte nel crimine di aggressione<sup>377</sup>, e tale caratteristica si evince dal carattere, dalla gravità e dalla portata della violazione, con l'esclusione dei «casi limite» o di quelli rientranti in una sorta di zona grigia<sup>378</sup>: inevitabile, a tale proposito, aprire una parentesi sulle «nuove guerre» di matrice terroristica, sulla scorta di una contiguità non solo criminologica<sup>379</sup>.

La «deterritorializzazione», la «dematerializzazione» e la matrice marcatamente ideologica della minaccia terroristica, determinano la necessità di escogitare strategie di contrasto efficaci ma garantistiche, che non sfocino in un «diritto penale del nemico».

Ma un efficace intervento repressivo non può che partire da una compiuta definizione normativa.

Partendo dal presupposto che il novero contemplato dalla Risoluzione n. 3314 non sia completo, resta l'alternativa presentatasi anche al gruppo di lavoro di *Kampala*, tra un elenco «chiuso» ed uno «aperto» ai due estremi, e, come *tertium genus*, un elenco «semi-aperto» o «semi-chiuso»<sup>380</sup>.

Sono prevedibili le riserve avanzate, a tale proposito, circa l'ossequio al *nullum crimen sine lege*, ma si ritiene che si possa prospettare una violazione del principio solo a fronte di un elenco aperto, ma non anche di uno semi-aperto<sup>381</sup>, che concilierebbe le esigenze di duttilità della norma incriminatrice consentendole di sussumere anche le ipotesi non espressamente previste senza violare il principio di legalità ed i suoi corollari.

Bisognerebbe ristabilire un contatto tra la condotta e l'evento, ed al tempo stesso contribuire, sia pure di riflesso, ad una maggiore determinazione degli elementi costitutivi della fattispecie,

---

*aggression*” (covered in paragraph 1), which is the act that the individual acting alone, absent state action, to commit the crime of aggression».

<sup>374</sup> J. TRAHAN, *The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression*, op. cit., p. 59.

<sup>375</sup> Resolution RC/Res. 6, advance version, 28 June 2010, 18:00, Annex I, 8bis, para. 1 (emphasis added).

<sup>376</sup> Tale attribuzione è giustificata sulla base del fatto che i delitti più gravi che riguardano l'insieme della comunità internazionale non possono rimanere impuniti e che la loro repressione deve essere efficacemente garantita mediante provvedimenti adottati in ambito nazionale ed attraverso il rafforzamento della cooperazione internazionale (*omissis*).

<sup>377</sup> J. TRAHAN, *The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression*, op. cit., p. 58.

<sup>378</sup> Il riferimento ai *borderline cases* ed alla *grey area* è di J. TRAHAN, *The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression*, op. cit., p. 58, mutuato da *The Princeton Process* (vedi *supra* nota 315), rispettivamente p. 51, paragrafo 13 e p. 87 paragrafo 68.

<sup>379</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., p. 82: già il Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità del 1991 annovera il terrorismo tra gli atti di aggressione, pur limitando la responsabilità agli individui-organi di uno Stato.

<sup>380</sup> Le alternative sono illustrate da J. TRAHAN, *The Rome Statute's Amendment on the Crime of aggression*, op. cit., p. 60, note 47 e 48.

<sup>381</sup> J. TRAHAN, *The Rome Statute's Amendment on the Crime of aggression*, op. cit., p. 60.

configurandola come reato di pericolo per quei beni considerati dallo *jus cogens*, più che internazionali, universali<sup>382</sup>.

È dubbio<sup>383</sup> che questi risultati siano stati raggiunti con l'emendamento che ricalca la definizione formulata nella Risoluzione 3314 e che è stato adottato per *consensus*, introducendo nello Statuto due paragrafi, insieme a due intese ed agli elementi del crimine.

Alla sequela di dubbi nell'ambito del diritto penale sostanziale, si aggiunge l'ipoteca che incombe sul versante processuale e sull'esercizio, ancora in *stand-by*, della giurisdizione<sup>384</sup>.

Pur ammettendo che a *Kampala* sia stato raggiunto il solido risultato di una definizione condivisa del crimine di aggressione, ai giudici resta il supporto spesso insufficiente degli *Elements of Crimes* ed il dedalo dei *travaux préparatoire*<sup>385</sup>, sperando che ciò non frustri le esigenze penalistiche di tassatività nella definizione del fatto, le esigenze di certezza sui criteri di ascrizione del fatto stesso e sull'individuazione dei possibili soggetti attivi.

In caso contrario, l'applicazione della norma resterebbe eternamente in bilico tra il regno politico, da cui è uscita, ed il regno giudiziario che da troppo tempo aspetta uno strumento repressivo fruibile.

---

<sup>382</sup> E. KILDANI, *Il crimine internazionale di aggressione*, op. cit., p. 329. L'Autrice rileva anche (pp. 306-307) che «Le incertezze indeboliscono la giurisdizione della Corte nella misura in cui essa non adotti un'autonoma concezione di aggressione, ma la mutui da altro ambito per richiamarla come evento rispetto al quale ricostruire funzionalmente la condotta individuale rilevante. Si tratterebbe di un elemento normativo della fattispecie solo apparentemente marginale nella logica del precetto penale: esso ne costituisce piuttosto il reale baricentro».

<sup>383</sup> L. POLI, *Il crimine di aggressione*, op. cit., p. 1 ss.

<sup>384</sup> L'esercizio della giurisdizione della Corte sul crimine di aggressione è per il momento rimandato, anzi, subordinato a una decisione degli Stati Parti, da adottarsi a maggioranza di due terzi dopo il 1 gennaio 2017. Dunque, diverrà effettivo solo se gli Stati Parti decideranno in tal senso dopo la predetta data. L'emendamento adottato nel corso della Conferenza di revisione distingue in due diverse norme l'esercizio della giurisdizione: a seguito di *referral* di uno Stato e per iniziativa del Procuratore (art. 15 *bis*) o a seguito di *referral* del Consiglio di Sicurezza (art.15 *ter*). È consentito ad ogni Stato Parte di rifiutare la giurisdizione della Corte in materia di aggressione (15 *ter* par. 4), tranne nel caso di *referral* del Consiglio di Sicurezza (15 *ter*).

<sup>385</sup> J. TRAHAN, *The Rome Statute's Amendment on the Crime of aggression*, op. cit., pp. 94-95.

**PARTE SECONDA**  
**LA STRUTTURA DEL REATO E LA CREAZIONE DELLA**  
**FATTISPECIE**

**SEZIONE I**

**LA STRUTTURA DEL REATO NELLA GIURISPRUDENZA DEI TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI AD HOC TRA TIPICITÀ, ANTIGIURIDICITÀ, COLPEVOLEZZA E CONTEXT ELEMENT**

SOMMARIO: 1. Tipicità e tecniche di formulazione normativa: i miraggi della precisione e della determinatezza e l'«*Omnis definitio in iure periculosa*» di Giavoleno - 2. Il metodo di ricostruzione del fatto, la tormentata fase applicativa e le bizzarre metafore dottrinali: l'*hasty cut and paste, le bricolage normatif* e le geometrie circolari- 2.1. Le difficoltà concrete: il caso *Krnjelac* e la riqualificazione del fatto nei casi *Lubanga* e nella giurisprudenza delle Camere Cambogiane. 3. Antigiuridicità e cause di esclusione della responsabilità penale: il ruolo di primo piano dell'adempimento del dovere, lo stato di necessità, l'ordine manifestamente criminoso e la difficile ricostruzione della responsabilità penale nelle strutture complesse- 3.1. L'esecuzione dell'ordine del superiore tra manifesta criminalità e cause di giustificazione: dal caso *Erdemović* al caso *Eav* fu vera attenuante?-3.2. Al di là dell'ordine manifestamente criminoso: la command responsibility-3.2.1. Le alternative alle strettoie della *command responsibility*: la *Joint Criminal Enterprise* dal caso *Tadić* alle Camere Cambogiane e la confusa chiave di lettura della Corte penale internazionale nei casi *Lubanga, Katanga, Ngudjolo Chui, Al Bashir e Bemba Gombo*

**1. Tipicità e tecniche di formulazione normativa: i miraggi della precisione e della determinatezza e l'«*Omnis definitio in iure periculosa*» di Giavoleno**

È possibile trattare della struttura del reato comune operando un costante confronto con quella del crimine internazionale solo dopo alcune premesse chiarificatrici. Pur avendo un nucleo materiale e criminologico comune, i due fenomeni criminosi sono separati da un «disvalore di contesto». Questa nota introduce il «context element», l'elemento di contesto, esterno alla fattispecie, ma ad essa avvinto sotto il profilo oggettivo e soggettivo<sup>386</sup>.

Tale elemento va declinato in modo diverso a seconda della tipologia del crimine in cui si inserisce: dal «widespread or systematic attack against any civilian population» dei crimini contro l'umanità, al «war link» dei crimini di guerra, al *context element* fagocitato dallo *specific intent* per il genocidio<sup>387</sup>.

---

<sup>386</sup> Per questo inquadramento sistematico si veda F. MONETA, *Gli elementi costitutivi dei crimini internazionali*, op. cit., p. 3. Per il context element relativo a ciascuno dei crimini internazionali, si veda *infra*, Parte Prima, Sezione III.

<sup>387</sup> È consolidata nella giurisprudenza e nella dottrina dominante la consapevolezza che non sia richiesta per il genocidio la prova dell'esistenza di un elemento contestuale in cui debbano collegarsi oggettivamente i singoli atti criminosi. Tale prova potrà risultare utile ai fini dell'accertamento dello *specific intent*. Del resto, pretendere come elemento contestuale la pratica diffusa o sistematica di distruzione di un gruppo sarebbe un inutile aggravio probatorio. Così F. MONETA, *Gli elementi costitutivi dei crimini internazionali*, op. cit., pp. 19-20.

Dalla lettura dell'art. 30 StICC è possibile inferire, in negativo<sup>388</sup>, una volta estrapolata la *mens rea*, l'*actus reus*, che consta di *conduct* e *consequence*, essendo poi, il nesso di causalità liquidato con uno sbrigativo riferimento a ciò che accade «in the ordinary course of events».

Partendo dai lineamenti del crimine internazionale così come emergono dall'art. 30 StICC sarebbe impossibile compiere una comparazione strutturale con il reato comune per le numerose e marcate divergenze. Possibile, invece, l'operazione inversa, sia pure compiuta non senza semplificazioni, artifici e forzature. A partire dalla tipicità.

La trattazione della tipicità richiede alcune premesse, pur tarate sul diritto penale interno, e forse scolastiche, ma certamente necessarie a tracciare divergenze e parallelismi rispetto al ben diverso quadro internazionale.

Del principio di legalità, la dottrina interna ha già da tempo dipinto il crepuscolo<sup>389</sup>, immagine efficace che trova il suo contraltare nel ripensamento del principio che, giocoforza, deve essere compiuto in ambito internazionale, dove, addirittura, si fanno strada tesi negazioniste: «Scriveva Lombois che in diritto interno il principio di legalità ha fatto la sua comparsa tardi, a coronamento di una legislazione sviluppata, giunta a piena maturazione. Il diritto internazionale non ha ancora raggiunto un tale stadio»<sup>390</sup>.

Il principio di legalità, generalmente espresso con il brocardo «*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenalis*» (*scripta e stricta*)<sup>391</sup>, si articola in diversi corollari: il principio della riserva di legge, il principio di tassatività o determinatezza<sup>392</sup> della fattispecie penale, il principio di

---

<sup>388</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale*, p. 317: l'Autore rileva come sia significativa del deficit di elaborazione sull'elemento materiale del reato la mancanza di una disposizione ad esso dedicata. Il profilo materiale dell'illecito penale si può ricavare, in modo indiretto, dall'art. 30 StICC, dal quale si evince una caratterizzazione dell'illecito in termini di condotta (*conduct*) ed evento (*consequence*).

<sup>389</sup> Così, testualmente, T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale- Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, n. 2, 1999, pp. 527-543. Parlano, di "crisi" del modello di legalità nei sistemi di giustizia internazionale M. CAIANIELLO e E. FRONZA, *Il principio di legalità*, *op. cit.*, p. 307 ss., p. 310. Di crisi parla anche M. CAIANIELLO, *Indeterminatezza delle fattispecie e ruolo creativo del giudice in tema di ammissione ed acquisizione della prova nel processo penale davanti alla Corte penale internazionale*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, *op. cit.*, p. 339 ss., p. 348. Di «erosione» della legalità, parla A. ESPOSITO, *La définition des crimes*, *op. cit.*, p. 50 ss., p. 55.

<sup>390</sup> A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, in A. CASSESE, M. CHIAVARIO e G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 219 ss., p. 219, Cfr., LOMBOIS, *Droit pénal International*, *Dalloz*, 1979, p. 50. Sul principio di legalità nel diritto penale internazionale e comparato, si veda il più recente contributo di GALLANT, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, 2009.

<sup>391</sup> Si aggiunge, per completezza, in M. MASUCCI, *Garanzie di legalità nel diritto penale internazionale*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale- I. Casi e materiali*, *op. cit.*, pp. 1 ss., p. 2; E. FRONZA, E. MALARINO e C. SOTIS, *Le principe de précision*, *op. cit.*, p. 159 e R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, *op. cit.*, p. 289.

<sup>392</sup> Il rapporto tra tassatività e determinatezza non è unanimemente definito dalla dottrina, tendendo, una parte, ad intendere i due principi come sinonimi, e l'altra a differenziarli. Per una panoramica dottrinale completa si rinvia a N. BARTONE, *Diritto penale italiano. Sistema e valori. Giurisprudenza e ottica europea. Attuale e nuova codificazione*, Cedam, Padova, Seconda Edizione, 2007, p. 48: in dottrina prevale la tesi secondo cui "tassatività" e "determinatezza" sono sinonimi ed indicano un unico principio. Per altri Autori i due concetti sono autonomi: il principio di determinatezza implica il divieto di ricorrere a clausole generali, attiene all'aspetto esterno della fattispecie e si rivolge al legislatore, vincolandolo; il principio di tassatività, invece, comporta il divieto di norme esemplificative ed il divieto di analogia e si rivolge al giudice, imponendogli il rispetto delle ipotesi specificamente dettate dal legislatore.

tipicità dell'illecito e delle sanzioni penali, il principio di irretroattività delle norme incriminatrici ed il principio del divieto di analogia *in malam partem*.

Una formulazione *familiare e tradizionale*<sup>393</sup> del principio di legalità e dei corollari della irretroattività, determinatezza (precisione), tassatività (divieto di analogia) e legalità della pena, è rinvenibile negli artt. 22 e 23 dello Statuto della Corte penale internazionale, rubricati rispettivamente «*Nullum crimen sine lege*» e «*Nulla poena sine lege*», a cui si affianca una sequela di norme<sup>394</sup> che, più che essere un omaggio formale, intendono assicurare una legalità stretta<sup>395</sup>: dall'art. 5 che, sia pure nell'ellittico riferimento al crimine di aggressione, enfatizza la necessità di una puntuale definizione, all'art. 24, che contiene espressioni del principio di irretroattività che si aggiungono a quelle già previste dall'art. 22.

Cosa sia stato fatto del principio di irretroattività in ambito internazionale, è già stato oggetto di trattazione critica, e sarà oggetto di una breve riflessione anche nel prosieguo del lavoro<sup>396</sup>. In breve, non è esagerato dire che tale principio sia stato sacrificato sull'altare delle istanze punitive, almeno nell'esperienza dei Tribunali penali militari, anche se non mancano epifanie della retroattività anche nell'esperienza dei Tribunali *ad hoc*<sup>397</sup>.

Nel trattare, invece, delle tecniche di formulazione normativa, ci si imbatte in un vero e proprio *punctum dolens* del diritto penale internazionale: infatti, molte delle critiche sollevate all'indirizzo degli statuti dei Tribunali *ad hoc*, da quelli di Norimberga e Tokyo a quelli istituiti nella ex-Jugoslavia ed in Ruanda, sono state alimentate da un insoddisfacente tasso di

---

<sup>393</sup> A. DI MARTINO, *Postilla sul principio di legalità nello Statuto della Corte criminale internazionale*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, *op. cit.*, 2004, p. 329 ss., p. 330. Il corsivo è nostro. A sostenere, invece, che gli stessi elementi di cui le giurisdizioni internazionali hanno fatto uso per modellare una nozione autonoma di legalità sono presenti nella previsione di cui all'art. 22 StICC, A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, *op. cit.*, p. 267.

<sup>394</sup> Per questa ricognizione, si veda M. MASUCCI, *Garanzie di legalità*, *op. cit.*, p. 14 ss.; ID. *Definizione del crimine*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>395</sup> M. MASUCCI, *Garanzie di legalità*, *op. cit.*, pp. 2 e 9; R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, *op. cit.*, p. 294.

<sup>396</sup> Si veda, diffusamente, *infra*, Parte I, Sezione II, Paragrafo 2.1. e Parte Terza, Paragrafo 1. nonché H. H. JESCHECK, *Giuliano Vassalli visto dalla Germania*, *op. cit.*, pp. 277-281.

<sup>397</sup> Sono osservazioni di R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, *op. cit.*, pp. 285, 286 e 294. L'Autore ricorda che il Tribunale di Norimberga fu chiamato a rispondere alla scontata obiezione dei difensori, secondo cui gli atti di accusa degli imputati si fondavano su incriminazioni *ex post facto*. Dopo i processi di Norimberga e Tokyo il principio di legalità si è progressivamente imposto in ambito penale sovranazionale, pur nell'ampio significato e con evidenti tensioni. Ritiene altresì, collocandosi in una unanimità di vedute, che nel caso *Tadić* (ICTY, *Tadić, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, § 128) l'applicazione analogica delle Convenzioni di Ginevra anche ai conflitti interni abbia rappresentato l'applicazione retroattiva di un precetto che è diventato consuetudinario solo a seguito di questa giurisprudenza. Sul conio della formula di *Radbruch* e sul suo rinnovato riecheggiare sulla scena di epocali mutamenti politico-istituzionali, si veda M. MASUCCI, *Definizione del crimine e principio di chiarezza nello Statuto della Corte penale internazionale*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale- II. Studi*, *op. cit.*, p. 3 ss., pp. 3-4. Sul fatto che la gravità dei crimini internazionali non giustifichi un arretramento delle garanzie, si veda M. CAIANIELLO e E. FRONZA, *Il principio di legalità*, *op. cit.*, p. 307 ss., p. 334.

chiarezza nella previsione dei fatti punibili, spesso consistente in una descrizione sommaria dei loro elementi costitutivi<sup>398</sup>, o nel semplice richiamo al *nomen iuris*.

Nonostante sia fin troppo scontato rilevare che un fisiologico tasso di indeterminazione<sup>399</sup> è correlato alla dimensione dei crimini, ed è ineliminabile residuo fisso del loro carattere di contesto, ciò non toglie lo scarto, teorico e pratico, rispetto al diritto penale interno, soprattutto se si considera l'analogia insita nella stessa formulazione della norma incriminatrice internazionale<sup>400</sup>, non potendo, norme aperte e vaghe come quelle internazionali, impedire una applicazione analogica<sup>401</sup>.

I canoni di diritto interno impongono, invece, il rispetto della tassatività/determinatezza: è necessario che la formulazione della norma penale e la conseguente individuazione del fatto-reato in essa contenuto non sia generica. In particolare, per evitare gli arbitri del potere giudiziario, la riserva di legge, conformemente alla sua matrice storica, impone al legislatore un triplice ordine di obblighi: lo vincola alla formulazione delle norme penali nella forma più chiara possibile<sup>402</sup>, sulla scorta del principio di precisione, e gli impone, attraverso i paletti della tassatività e della determinatezza, di evitare sconfinamenti nell'analogia e di non incriminare fatti insuscettibili di essere provati<sup>403</sup>.

Ai fini della presente trattazione, è particolarmente importante, anche per la inafferrabilità di alcune forme di *Makrokriminalität*<sup>404</sup>, il principio di precisione, che assolve una funzione

---

<sup>398</sup> M. MASUCCI, *Definizione del crimine*, op. cit., p. 5. Per la giurisprudenza del Tribunale internazionale per i crimini commessi nel Ruanda, si vedano, ad esempio, le pronunce della Trial Chamber nel caso *Akayesu* (ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 605 ss.), e nel caso *Rutaganda* (ICTR, *Rutaganda*, Judgement and Sentence, § 86 ss.) ove è discussa l'appartenenza dell'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra e relativi allegati al diritto internazionale consuetudinario. La stessa dottrina, tuttavia, segnala che l'individuazione degli interessi offesi, ed il richiamo ad una serie di fatti individuati, almeno per linee essenziali, nel loro aspetto materiale e psicologico, segna una decisa affermazione delle esigenze di chiarezza e precisione, in una parola, di tipicità, nell'identificare i crimini perseguibili: M. MASUCCI, *Garanzie di legalità*, op. cit., p. 4.

<sup>399</sup> Così, testualmente, A. DI MARTINO, *Postilla sul principio di legalità*, op. cit., p. 329 ss., p. 332. La peculiarità dei crimini internazionali riecheggia anche in E. FRONZA, E. MALARINO e C. SOTIS, *Le principe de précision*, op. cit., p. 206: «Il faut en outre rappeler que les crimes contre l'humanité se caractérisent comme des macro-phénomènes à participation criminologiquement nécessaire (omissis). Il s'agit d'un secteur dans lequel qualité et précision de la norme ne vont pas de paire (omissis). On peut en effet imaginer que les juges prendront le meilleur de chaque tradition juridique (omissis), toutefois, cette méthode de formation de la norme pénale se révélera inévitablement imprécise».

<sup>400</sup> A sottolineare questa peculiarità inquietante del diritto penale internazionale è R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., p. 295.

<sup>401</sup> A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, op. cit., p. 260. L'Autrice si sofferma (p. 262) diffusamente anche sulle differenze rispetto all'interpretazione estensiva, che conduce a valutare come tipici anche quei fatti che, non rientrando nel nucleo centrale di significato della fattispecie astratta, si collocano nell'area marginale di significato della stessa. Laddove, nel nucleo o area centrale di significato rientrano i casi normali, che corrispondono alle ipotesi più comuni o frequenti della figura criminosa e nell'area marginale si collocano i casi anomali perché nuovi o meno evidenti rispetto all'ordinaria conformazione empirica della fattispecie.

<sup>402</sup> In effetti, la tassatività e la determinatezza della norma presuppongono l'ulteriore requisito della chiarezza. In tal senso, M. PIERDONATI, *Il dubbio sul fatto processuale e sulla norma penale nel caso Kappler*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, I. Casi e materiali*, op. cit., p. 45.

<sup>403</sup> È la ricostruzione di MARINUCCI e DOLCINI, *Manuale di diritto penale-Parte generale, Seconda Edizione*, p. 43 e ss., che, evidentemente, non sposa la concezione identitaria della tassatività e della determinatezza.

<sup>404</sup> M. CAIANIELLO e E. FRONZA, *Il principio di legalità*, op. cit., p. 311. Gli Autori spiegano la complessità dei fenomeni criminosi internazionali, dalla quale deriva la difficoltà di racchiuderli in tassative disposizioni

fondamentale per il giudice, favorendo la leggibilità della norma penale, e per il singolo, assicurando la prevedibilità della stessa<sup>405</sup>, dunque collocandosi sull'importante piano della conoscibilità.

Infatti, una formulazione precisa della norma penale, oltre che avere un forte impatto sulla prevenzione generale, ed essere strumentale al pieno esercizio del diritto di difesa, incide notevolmente anche sulla possibilità di muovere all'agente un rimprovero di colpevolezza<sup>406</sup>. Su questa linea di pensiero è chiaramente collocata anche la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*<sup>407</sup>.

In tale ottica, si può comprendere la conoscibilità della norma incriminatrice, intesa come accessibilità della stessa e prevedibilità delle sue conseguenze sanzionatorie. Paradigmatica la sentenza *Vasiljević*, in cui il parametro della conoscibilità è costruito intorno ai concetti di accessibilità e precisione, ripresi e sistematizzati nella successiva giurisprudenza in quattro condizioni: il fatto costituente reato deve essere previsto, implicitamente o esplicitamente, nello Statuto del Tribunale penale internazionale o nel diritto consuetudinario o convenzionale, ed i destinatari del precetto penale devono essere in grado di prevedere le conseguenze giuridiche del proprio agire, cosa possibile solo se la norma è accessibile e quindi conoscibile.

Sull'accessibilità del precetto numerose sono le pronunce<sup>408</sup>, che appoggiano la valutazione casistica su alcuni indicatori<sup>409</sup>: la formulazione normativa, la tipicità penale del fatto nel diritto

---

incriminatrici, problema al quale si aggiungono non risolte questioni di politica criminale, che portano il dettato delle norme giuridiche a mancare di una *ratio* univoca, ossia di unità e coerenza nella stessa ispirazione originaria.

<sup>405</sup> E. FRONZA, E. MALARINO e C. SOTIS, *Le principe de précision*, *op. cit.*, p. 266, p. 267, p. 270.

<sup>406</sup> Sul piano general-preventivo è evidente che perché la norma penale possa esercitare la funzione di intimidazione degli autori dei potenziali reati, è necessario che sia formulata in modo preciso, in modo da consentire ai destinatari di operare una distinzione tra i comportamenti che li condurranno o meno ad una pena. La proiezione sull'esercizio del diritto di difesa è altrettanto evidente perché una norma imprecisa impedirebbe sia all'imputato che al suo difensore di individuare l'oggetto dell'accusa e di fornire elementi di prova a sua discolta. Ma ancora più imponente è il riflesso sulla colpevolezza, che non può configurarsi a fronte dell' "assoluta oscurità del testo legislativo" (Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364).

<sup>407</sup> M. MASUCCI, *Garanzie di legalità*, *op. cit.*, pp. 8-9. L'Autore fa riferimento al *leading case* ICTY, *Vasiljević*, Trial Chamber II, Judgement, §§ 193-202. In particolare al § 193: «Dal punto di vista del principio *nullum crimen sine lege* sarebbe del tutto inaccettabile per una *Trial Chamber* condannare l'accusato sulla base di un divieto che, tenuto conto della peculiarità del diritto internazionale consuetudinario e nella prospettiva della graduale chiarificazione delle regole di diritto penale, non è sufficientemente preciso da determinare la condotta e distinguere il punibile dal lecito, o non è comprensibile al momento del fatto. Una condanna penale non dovrebbe mai fondarsi su di una norma che l'imputato non abbia ragionevolmente potuto conoscere al momento in cui ha agito, e tale norma deve rendere sufficientemente chiaro quale atto od omissione può fare scattare la responsabilità penale».

<sup>408</sup> ICTY, *Prosecutor vs. Milutinović, Šainović and Ojdanić*, Case n. IT-99-37-AR72, Decision of 21 May 2003, on Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise, § 38 (in seguito ICTY, *Milutinović, Šainović and Ojdanić*, *Decision on Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction*); vedere anche il caso *S.W. c. Royaume-Uni*, Arrêt, CEDH (Requête n. 20166/92), 22 novembre 1995, § 35 e 36: «La notion de "droit" ("law") utilisée à l'article 7 (art. 7) correspond à celle de "loi" qui figure dans d'autres articles de la Convention, notion qui englobe le droit écrit comme non écrit et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité». Tutti rievocati in ECCC, *Prosecutor v. M. Kaing Guek Eav alias Duch*, Case n° 001/18-07-2007/ECCC/TC, Trial Chamber, Judgement, 26 July 2010 (in seguito ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement), §§ 28 ss.

<sup>409</sup> E. AMATI, *Principio di precisione e concorso di persone nel reato*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, *op. cit.*, p. 305 ss., p. 310 e P. MANZINI, *Le rôle du principe de la*

interno, come fattore di prossimità; il grado di consolidamento nella prassi della regola consuetudinaria e l'atrocità del fatto<sup>410</sup>, presente quasi sempre nella *Makrokriminalität*.

Sulla scorta della sentenza *Vasiljević*, il principio di legalità non può impedire di ricostruire un elemento costitutivo di un crimine attraverso un'opera di progressiva interpretazione e chiarificazione, che però deve essere facilmente e ragionevolmente prevedibile dall'agente al momento della realizzazione del fatto costituente reato. Tuttavia, la prevedibilità dell'applicazione giurisprudenziale si riduce a clausola di stile, perchè la giurisprudenza non è in grado di chiarirne le condizioni<sup>411</sup>.

A fronte di questi rilievi di diritto sostanziale, il baricentro speculativo non può non spostarsi dalla prevedibilità della norma alla prevedibilità delle decisioni, per una osservazione conclusiva: in seno alla giurisprudenza del Tribunale per la ex-Jugoslavia, appare una operazione estremamente delicata la ricerca di un punto di equilibrio tra il bisogno di giustizia, da un alto, e, dall'altro, il bisogno di continuità giuridica, coerenza, sicurezza e prevedibilità, per cui i casi uguali devono essere trattati e decisi allo stesso modo<sup>412</sup>.

Tuttavia, in ambito internazionale, l'imprecisione è declinata in molti tempi, sia nel diritto penale processuale, dove si riscontra un *amorfismo* del diritto probatorio<sup>413</sup>, sia nel diritto penale sostanziale.

La formulazione della norma penale può conseguire l'obiettivo di una maggiore precisione attraverso l'uso di una tecnica casistica, che marginalizzi le clausole generali, notoriamente a più alto rischio di imprecisione, ma soprattutto faccia perno sulle definizioni legislative<sup>414</sup>. Sulla opportunità o meno di inserire definizioni stringenti non si può fare a meno di rievocare l'*omnis definitio in iure periculosa* della massima di Giavoleno<sup>415</sup>.

---

*légalité*, *op. cit.*, p. 261 ss., pp. 266-267. In particolare, per la conoscibilità della norma consuetudinaria «*There is a long and consistent stream of judicial decisions, international instruments and domestic legislation which would have permitted any individual to regulate his conduct accordingly and would have given him reasonable notice that, if infringed, that standard could entail criminal responsibility*», ICTY, *Milutinović, Šainović and Ojdanić, Decision on Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction- Joint Criminal Enterprise*, § 21. Su tale "accessibilità" si veda ancora P. MANZINI, *Le rôle du principe de la légalité*, *op. cit.*, p. 261 ss., p. 266.

<sup>410</sup> Per questa ricostruzione, si veda A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, *op. cit.*, pp. 242-243.

<sup>411</sup> A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, *op. cit.*, p. 243.

<sup>412</sup> È un'osservazione di M. CAIANIELLO e E. FRONZA, *Il principio di legalità*, *op. cit.*, p. 307 ss., p. 331, nota 57. Per la opzione a favore dello stare decisis o di un principio generale del precedente, si veda ICTY, *Prosecutor vs. Aleksovski*, Appeals Chamber, Judgement, IT-95-14/1-A, 24 March 2000 (in seguito ICTY, *Aleksovski*, Appeals Chamber, Judgement): la *Appeals Chamber* ha stabilito che per assicurare una ragionevole prevedibilità delle sentenze occorre seguire le decisioni anteriori, ma ha previsto la possibilità di discostarsene se ragioni imperative sembrano imporlo nell'interesse della giustizia. Tale decisione è stata confermata nella sentenza *Semanza* del 31 maggio 2000 dell'ICTR, e trova un fondamento normativo anche nell'art. 21 comma 2 dello Statuto della Corte penale internazionale.

<sup>413</sup> È una espressione di M. CAIANIELLO, *Indeterminatezza delle fattispecie e ruolo creativo*, *op. cit.*, p. 339.

<sup>414</sup> Per tutte queste suggestioni, si veda MARINUCCI e DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, *op. cit.*, p. 43 ss.

<sup>415</sup> Testualmente: «*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti possit*» (Iav., l. 202 De Reg. Jur.). Emblematicamente, *fil rouge* dell'incontro di studiosi confluito nella monografia: A.A.V.V., *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Cedam, 1996.

Un sostegno normativo pro-definizione è rinvenibile nello Statuto della Corte penale internazionale<sup>416</sup>, in particolare nella *definition of a crime* contemplata dall'art. 5, che trova un complemento nell'art. 22 comma 2<sup>417</sup>, e negli *Elements of Crimes*<sup>418</sup>, che sono portatori di una istanza di precisione, in quanto finalizzati alla definizione degli elementi costitutivi delle fattispecie criminose ed alla chiarificazione di talune nozioni o termini.

La dottrina penalistica, si è a lungo interrogata oltre che sulla relazione tra definizioni, principio di legalità e suoi corollari, anche sulla opportunità o meno di definire<sup>419</sup>, individuando nella definizione ora una gabbia<sup>420</sup>, ora una scappatoia per l'interprete. Tra le posizioni manichee, anche quelle intermedie, miranti a distinguere i casi in cui sia opportuno definire, e quelli in cui la tentazione definitoria sia esposta a controindicazioni che si riverberano sulla fase applicativa della norma incriminatrice<sup>421</sup>.

Nel contesto di cui trattasi, il problema definitorio è ulteriormente complicato dalla tendenza, tipica del diritto penale inglese, a mescolare il profilo probatorio con il profilo definitorio e di ridurre la definizione di un concetto giuridico alla metodologia del suo accertamento<sup>422</sup>.

Tutte le speculazioni ed i rilevi critici che si potrebbero proporre, sul piano internazionale, sul versante delle definizioni e della formulazione normativa, non possono non riflettersi sulla tipicità.

Dalla necessaria determinatezza della fattispecie penale deriva, infatti, quale ulteriore conseguenza del più generale principio di legalità, il principio di tipicità<sup>423</sup>: è reato solo quel

---

<sup>416</sup> M. MASUCCI, *Garanzie di legalità*, op. cit., p. 14; ID., *Definizione del crimine*, op. cit., p. 11 e R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., p. 294.

<sup>417</sup> M. MASUCCI, *Definizione del crimine*, op. cit., p. 11.

<sup>418</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., p. 294.

<sup>419</sup> Su chi sia, in generale, favorevole ad un determinato livello di astrazione e ad una qualificazione in termini di generalità, si veda L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, op. cit., p. 287, nota 66.

<sup>420</sup> Su come la chiarezza della formulazione normativa sia un limite allo sviluppo dell'interpretazione, si veda M. MASUCCI, *Definizione del crimine*, op. cit., p. 10. Sottolinea l'importanza delle definizioni per imbrigliare il teleologismo dell'interprete anche G. DE FRANCESCO, *Variazioni penalistiche alla luce dell'esperienza comparata-Riflettendo su di una recente indagine in tema di diritto penale scozzese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, n. 1, p. 233 ss., pp. 248-250. Che gli stessi *Elements of Crimes* siano un modo per mettere «sotto controllo» il giudice penale internazionale, è opinione di S. ZAPPALÀ, *Quale principio di legalità nel diritto internazionale penale?*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, op. cit., p. 277 ss., p. 284.

<sup>421</sup> Per tutti questi spunti, sui veda A. CADOPPI, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Presentazione*, in A.A.V.V., *Omnis definitio in iure periculosa?*, op. cit., pp. 1 ss. L'Autore si sofferma sul principio di legalità e relativi corollari, e sul rapporto tra gli stessi e le definizioni nel diritto penale (p. 6), nonché sulle opinioni che vogliono il giudice imbrigliato o meno dalle definizioni (pp. 7-18), o, al contrario, capace di trovare in esse delle scappatoie (p. 13), per chiudere poi con le considerazioni sulla pericolosità delle definizioni (p. 20) e sulle controindicazioni insite in alcune tentazioni definitorie (p. 25). Su tale ultimo profilo, anche G. ORRÙ, *Le definizioni del legislatore e le ridefinizioni della giurisprudenza*, in A.A.V.V., *Omnis definitio in iure periculosa?*, op. cit., p. 147 ss., pp. 152 e 158.

<sup>422</sup> E. AMATI, *Principio di precisione e concorso di persone nel reato*, op. cit., p. 306.

<sup>423</sup> Sul fondamento ideologico del principio di tipicità la dottrina non lesina osservazioni: R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., p. 292.

fatto che il legislatore ha espressamente e tassativamente considerato come tale, dunque i reati sono tipici e nominati e costituiscono un *numerus clausus*<sup>424</sup>.

La dottrina dipinge il tipo penale come immagine concettuale con espressioni linguistiche che, con maggiore o minore successo, intendano descrivere la condotta proibita con il dovuto grado di astrazione, e sintetizza la tipizzazione di una condotta come delitto nell'individuazione di tre componenti basiche: l'autore (soggetto attivo), il bene giuridico o i titolari di tale bene (soggetti passivi) e l'azione nella quale consiste la condotta antiggiuridica<sup>425</sup>.

Anche a proposito della tipicità si sono affermate teorie negazioniste, che negano l'esistenza di una tipicità astratta, esistendo solo il risultato definitorio ottenuto dai giudici<sup>426</sup>.

Non c'è nessuna norma internazionale che regoli la tecnica della tipizzazione, eppure l'esigenza di specificare gli elementi identificativi di ciascuna figura criminosa si pone in termini invariati per tutti i reati appartenenti al nucleo consolidato dei sistemi penali evoluti, tanto più che l'onere di una compiuta definizione dei crimini dovrebbe assumere carattere inderogabile per tutti gli ordinamenti che espressamente, o per consolidata interpretazione, attribuiscono ai principi di chiarezza, determinatezza e tassatività della norma penale un rilievo costituzionale<sup>427</sup>.

Eppure le fonti del diritto penale internazionale pongono un problema di "cronica" carenza di tassatività<sup>428</sup> e di tecnicismo, con un carico di contraddittorietà non indifferente.

Che si pongano, in ambito internazionale, quelle famose «buone ragioni»<sup>429</sup> che sconsigliano di definire? Che queste buone ragioni consistano in quelle *policy considerations*<sup>430</sup> che si ritroveranno anche nella parte relativa all'antigiuridicità?

Per sciogliere questo dubbio, occorre affrontare le peculiarità del diritto penale nella sua dimensione internazionale, che sono state mirabilmente espresse dalla dottrina: giudice-legislatore, testi aperti delle norme, nozioni fluide, gerarchia delle fonti debole e incerta,

---

<sup>424</sup> N. BARTONE, *Diritto penale italiano. Sistema e valori*, op. cit., p. 49.

<sup>425</sup> «*La composición estándar del tipo se basa en la descripción (teniendo en cuenta las anteriores consideraciones) del sujeto activo, de la acción y del bien jurídico o del sujeto pasivo titular de este bien jurídico*»: è la definizione di M. CAPELLÀ I ROIG, *La tipificación internacional*, op. cit., p. 376 (cit. MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 291-298), e p. 383. Sulla importanza della definizione, più che centrata sulle "modalità esteriori" della condotta, fondata sulla offensività del fatto, e dunque sulla *ratio* della norma, si veda F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Torino, 1874, cit. in A. CADOPPI, *Il problema delle definizioni*, op. cit., p. 14, note 30-31.

<sup>426</sup> A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, op. cit., p. 250.

<sup>427</sup> M. MASUCCI, *Definizione del crimine*, op. cit., p. 6. Lo si riscontrerà per le opzioni tedesche compiute a proposito dell'adattamento allo Statuto della Corte penale internazionale.

<sup>428</sup> In tal senso, testualmente, E. AMATI, *L'efficacia esimente dell'ordine del superiore in relazione ai crimini di guerra nel diritto interno e nel diritto internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 2001, p. 943 ss., pp. 948-949. L'Autore, riferendosi alla tipologia di quelle che spesso sono le fonti del diritto penale internazionale, osserva che coloro che intervengono nei processi di negoziazione multilaterali sono per lo più diplomatici non particolarmente esperti di diritto e procedura penale internazionali e comparati. E molto spesso le norme sono frutto di meri compromessi politici. Cfr. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale- Un quadro teorico*, op. cit., p. 2.

<sup>429</sup> Così, testualmente, A. CADOPPI, *Il problema delle definizioni*, op. cit., p. 19.

<sup>430</sup> Per tutti, si veda L. CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 1048.

supremazia del caso sulla norma<sup>431</sup>. Queste peculiarità sembrano costringere a manovre di doppio conio: una «determinatezza per congruenza o per corrispondenza»<sup>432</sup> ed una «tipicità differenziale» incastonate in una legalità tutta internazionale e decisamente *sui generis*.

Quanto alla legalità internazionale, effettivamente il *nullum crimen nulla poena sine lege* in ambito internazionalistico vanta una accezione meno positivista che negli ordinamenti interni<sup>433</sup>, ed il problema è proprio interrogarsi sul suo rispetto in un contesto diverso da quello in cui si è sviluppato<sup>434</sup>.

I profili di novità della legalità penale internazionale sono fondamentalmente due e attengono, da un lato, alle fonti di produzione legittimate a definire le condotte costituenti crimini internazionali e, dall'altro, alla qualità delle descrizioni delle condotte del c.d. diritto applicabile<sup>435</sup>.

Partendo dalla constatazione di un diverso atteggiarsi del principio di legalità in ambito internazionale, si può forse giungere alla conclusione che la marcata assenza di determinatezza e specificità degli elementi costitutivi dei crimini internazionali, sia un'impressione<sup>436</sup>, traducendosi invece, in un fenomeno fisiologico e perfettamente calato nel non-sistema penale internazionale<sup>437</sup>. Addirittura si ritiene che l'indeterminatezza sia una caratteristica auspicabile della norma penale internazionale<sup>438</sup>.

---

<sup>431</sup> M. VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, op. cit., p. 361. Tra le «anomalie che perturbano il campo penale internazionale» l'Autore cita anche la diffrazione della figura unitaria dell'autore del fatto costituente reato.

<sup>432</sup> In merito, si veda il paragrafo 2.1. in questa stessa sezione.

<sup>433</sup> R. HUESA VINAIXA, *Prólogo*, in M. CAPELLÀ I ROIG, *La tipificación internacional*, op. cit., p. 17. Sulla più ampia nozione di legalità si veda anche M. VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, op. cit., p. 368: l'Autore parla espressamente di «une notion élargie de légalité pénale». Su di una portata e significato autonomi della legalità in ambito internazionale, si veda A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, op. cit., pp. 218-219.

<sup>434</sup> E. FRONZA, E. MALARINO e C. SOTIS, *Le principe de précision*, op. cit., p. 159.

<sup>435</sup> A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, op. cit., p. 219. L'Autrice compie anche un *excursus* storico sul principio, inizialmente investito più di un valore etico che giuridico, destinato a cedere a superiori esigenze di giustizia, e successivamente cristallizzato nei trattati internazionali sui diritti dell'uomo nella sua veste giuridica, pp. 221-222.

<sup>436</sup> E. FRONZA, E. MALARINO e C. SOTIS, *Le principe de précision*, op. cit., p. 159.

<sup>437</sup> S. ZAPPALÀ, *Quale principio di legalità*, op. cit., p. 278. L'Autore a p. 283 dello stesso contributo, parla anche di un'accezione flessibile, rispondente alle specificità dell'ordinamento internazionale.

<sup>438</sup> È il punto di vista di VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, op. cit., p. 361: l'Autore suggerisce di interpretare le caratteristiche della giustizia penale internazionale non come una patologia, astraendola dal contesto, bensì come una risposta razionale alla complessità ed alla novità di questa nuova forma di giustizia. Sulla falsariga della fisiologia si inseriscono anche M. CAIANIELLO ed E. FRONZA, *Il principio di legalità*, op. cit., p. 307 ss., p. 319. Parla di fisiologica carenza di tecnicismo: E. AMATI, *L'efficacia esimente dell'ordine del superiore*, op. cit., p. 949, nota 13: l'alto valore del bene giuridico protetto sembrerebbe "legittimare" il legislatore ad essere meno rigoroso in relazione all'esigenza di legalità.

<sup>439</sup> Si veda, in merito, P. BENVENUTI, *Italy and implementation of the ICC Statute in national legislation: updating and brief remarks*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999- IV, p. 1443 ss., p. 1447; ID., *Italy, implementation of the ICC Statute in national legislation, constitutional aspects*, in C. KREB e F. LATTANZI (a cura di), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders - Volume I*, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, Il Sirente, 2000, p. 123 ss., p. 136. Evitare di inserire definizioni normative, secondo l'Autore, consente una interpretazione dinamica del diritto interno. In posizione critica M. CAIANIELLO, *Indeterminatezza delle fattispecie e ruolo creativo*, op. cit., p. 339 ss., p. 350, per il quale sarebbe fuorviante sostenere che l'adozione di norme a tal punto indeterminate e l'assenza di scelte chiare di fondo consenta di predisporre un modello sufficientemente elastico tale da consentire l'adattamento della fattispecie scritta al caso concreto, perchè ciò si concretizzerebbe piuttosto in una rinuncia alla legalità. Si profonde in

In effetti sono presenti numerosi elementi che inducono ad avallare l'immagine di una legalità affievolita<sup>439</sup>: se si pensa all'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, si può notare che questa autonoma versione del principio include, accanto al divieto di analogia ed al principio di precisione, anche il principio di irretroattività, ma non la riserva di legge, il che è proprio di una nozione materiale di legalità, piuttosto che di una nozione formale<sup>440</sup>, che è invece, quella che si è affermata.

Altresì si può parlare di una legalità *sui generis*<sup>441</sup>, e ritenere che ogni doglianza in merito si fondi su di una ricostruzione formalistica e dogmatica del principio di legalità come sviluppatosi in funzione della sua applicazione negli ordinamenti nazionali, senza però ignorare il carico di problemi sostanziali e applicativi che ruota intorno a questa legalità *sui generis*.

A cominciare dal fatto che ad una legalità prettamente internazionale corrisponda giocoforza una tipizzazione internazionale, con tutte le sue implicazioni di carattere tecnico, e che conduce a formulazioni difficilmente compatibili con le esigenze ed i presupposti più garantistici della moderna dogmatica penale<sup>442</sup>.

È inevitabile pensare a quella sorta di tipicità differenziale<sup>443</sup> che trae origine proprio dal fatto che la prima codificazione, sia pure simbolica, realizzata attraverso lo Statuto della Corte penale internazionale, realizza solo una selezione secondaria dell'illiceità penale, essendo,

---

osservazioni sul fenomeno M. VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, *op. cit.*, p. 361 ss., p. 363 e E. GRANDE, *Accordo criminoso e conspiracy: tipicità e stretta legalità nell'analisi comparata*, Padova, Cedam, 1993, p. 51. Considerazioni analoghe, per la giurisprudenza europea, a favore di tecniche di tipizzazione per clausole generali, che consentirebbero un adeguamento giurisprudenziale costante all'evolversi della realtà sociale A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, *op. cit.*, p. 228.

<sup>439</sup> S. ZAPPALÀ, *Quale principio di legalità*, *op. cit.*, p. 278. A parlare di «un "affaiblissement" du principe de légalité tel qu'il est connu en droit internes», L. GRADONI, *L'exploitation des principes généraux de droit dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux*, in E. FRONZA e S. MANACORDA, *La justice pénale internationale*, *op. cit.*, p. 10 ss., p. 35, cit. ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 405.

<sup>440</sup> A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, *op. cit.*, pp. 222-224.

<sup>441</sup> Si vedano, in tal senso, S. ZAPPALÀ, *Quale principio di legalità*, *op. cit.*, p. 276 ss., p. 283, che sottolinea che il principio di legalità è visto in un'accezione flessibile, rispondente alle specificità dell'ordinamento internazionale; sulla questione se siano requisiti di giurisdizione gli stessi elementi di contesto dei crimini internazionali E. FRONZA, E. MALARINO e C. SOTIS, *Le principe de précision*, *op. cit.*, p. 169 nota 43. Gli Autori rilevano la mutazione della legalità a livello internazionale rispetto alla legalità stretta; M. CAIANIELLO e E. FRONZA, *Il principio di legalità*, *op. cit.*, p. 307 ss., p. 307 rilevano come in ambito internazionale sia offerta una connotazione del tutto peculiare del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Gli Autori si soffermano anche sulla legalità nella dimensione sostanziale e processuale (p. 329); nello stesso senso G. DE FRANCESCO, *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 5 ss., p. 10: «Sembra di poter dire, a tale riguardo, che la legalità, da "principio" della normazione, sia destinata sempre più ad incarnare il ruolo e la vocazione di un "programma" e di una strategia di composizione delle diverse sfere di intervento implicate dalla vicenda punitiva». Invece A. DI MARTINO, *Postilla sul principio di legalità*, *op. cit.*, p. 329 ss., p. 331, tratta della trasposizione della legalità dalla dimensione sostanziale alla dimensione processuale, che fa della tipizzazione degli illeciti spesso un criterio interno di funzionamento della Corte penale internazionale; in quest'ultima direzione anche M. MASUCCI, *Garanzie di legalità*, *op. cit.*, p. 6, su come la giurisprudenza in tema di principio di legalità abbia mirato a circoscrivere le condizioni di esercizio della giurisdizione, sempre relativamente al caso *Vasiljević* (ICTY, *Vasiljević*, Trial Chamber II, Judgement); si soffermano sulla legalità nella dimensione sostanziale e processuale, M. CAIANIELLO e E. FRONZA, *Il principio di legalità*, *op. cit.*, p. 329.

<sup>442</sup> R. HUESA VINAIXA, *Prólogo*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>443</sup> A. DI MARTINO, *Postilla sul principio di legalità*, *op. cit.*, p. 329 ss., p. 331.

quella primaria, ancorata alle fonti di diritto internazionale, fino a comprendere anche “previsioni implicite”, contemplate da norme di carattere consuetudinario<sup>444</sup>.

La vera è propria breccia (occulta) aperta nel *nullum crimen* dalle norme consuetudinarie è evidente nel trittico di sentenze *Vasiljević, Ojdanić e Tadić*. È significativo che sia stato stabilito<sup>445</sup> che «in nessun caso il Tribunale può creare nuove offese criminali dopo la realizzazione dell'atto contestato», altrettanto significativamente si dispone che «Il principio *nullum crimen sine lege* non impedisce ad un tribunale di interpretare e chiarire gli elementi di un certo crimine. Né impedisce il progressivo sviluppo della legge ad opera del Tribunale».

È una breccia aperta soprattutto a favore del diritto consuetudinario, che funge da complemento alle fonti statutarie<sup>446</sup>, per evitare di invocare i soli Statuti dei Tribunali penali internazionali per parti in conflitto che siano ad essi estranei<sup>447</sup>. Con l'ulteriore precisazione che il Tribunale internazionale è autorizzato ad applicare, oltre al diritto consuetudinario, tutti i trattati che legano incontestabilmente le parti alla data della commissione del crimine<sup>448</sup>.

È pur vero che quest'ultima opzione avrebbe voluto, almeno nelle intenzioni dei giudici, evitare di infrangere il principio del *nullum crimen sine lege*, ma è anche vero che le aperture verso il diritto consuetudinario sembrano praticamente condurre in direzione contraria.

La rilevanza della consuetudine emerge soprattutto nelle norme di rinvio, come nel caso del concetto di correttezza<sup>449</sup>, laddove la consuetudine non solo fonda la definizione delle singole fattispecie criminose e l'operatività di cause di attenuazione o di esclusione della responsabilità, ma può anche disciplinare le modalità della compartecipazione criminosa<sup>450</sup>. Con tutta la discrezionalità giurisdizionale che ne deriva<sup>451</sup>.

---

<sup>444</sup> Ciò avviene per evitare di infrangere il *nullum crimen sine lege*. In tal senso si veda P. MANZINI, *Le rôle du principe de la légalité*, *op. cit.*, p. 261 ss., p. 264. L'Autore ricorda il caso *Ojdanić* (ICTY, *Milutinović, Šainović and Ojdanić, Decision on Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction- Joint Criminal Enterprise*), laddove si affermò la necessità che il crimine fosse riconosciuto come tale non solo dallo Statuto del Tribunale, ma anche dal diritto internazionale consuetudinario. Sulla rilevanza del diritto consuetudinario, si veda la sentenza *Kupreskić* (ICTY, *Kupreskić*, Trial Chamber II, Judgement, § 580), laddove si afferma che lo Statuto della Corte penale internazionale rappresenta l'*opinio juris* di una parte consistente della Comunità internazionale. Per alcune osservazioni su questo caso si veda M. BALBONI, *La coutume entre nécessité et volonté*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, *op. cit.*, p. 269 ss., p. 269 nota 2 e R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, *op. cit.*, p. 297, nota 752.

<sup>445</sup> ICTY, *Vasiljević*, Trial Chamber II, Judgement, § 196. Una ulteriore affermazione di principio a favore del principio di legalità si rinviene in ICTR, *Rutaganda*, Judgement and Sentence, § 86.

<sup>446</sup> ICTY, *Milutinović, Šainović and Ojdanić, Decision on Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction -Joint Criminal Enterprise*.

<sup>447</sup> ICTY, *Tadić, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, relativa all'appello della difesa sull'eccezione pregiudiziale di incompetenza.

<sup>448</sup> In tal senso, si vedano ICTY, *Tadić, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, § 143; ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 169; ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, note 46, §§ 605-610.

<sup>449</sup> Si tratta solo di un esempio. In realtà gli Statuti contengono diverse clausole di rinvio a preesistenti fonti consuetudinarie, come «the laws or customs of war», in un *corpus* normativo di fonte prevalentemente consuetudinaria, quale è il diritto penale inter/sovranazionale, R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, *op. cit.*, pp. 287 e p. 297. Parla esplicitamente della tesi di una *tipificación "consuetudinaria"* dei crimini di diritto internazionale R. HUESA VINAIXA, *Prólogo*, in M. CAPELLÀ I ROIG, *La tipificación internacional*, *op. cit.*, p. 18.

Inoltre, nella interpretazione giurisprudenziale è insita una componente creativa<sup>452</sup>, necessaria a causa di una norma-canovaccio<sup>453</sup>, a tipicità limitata, riempita dei più svariati contenuti. È pur vero che in ambito internazionale la tipicità limitata è inquadrata più come merito che come *deminutio*, dovendo consentire di adeguare la norma al fatto *case by case*, ma è anche vero che questo adeguamento, è di notevole complessità tecnica.

Non è una iperbole parlare di una vera e propria supplenza giurisprudenziale: l'assenza di determinatezza e specificità degli elementi costitutivi dei crimini internazionali, è strettamente legata al ruolo maieutico<sup>454</sup> della giurisprudenza dei tribunali penali internazionali, soprattutto per quanto attiene alla descrizione degli elementi delle fattispecie criminose internazionali.

Si tratta di una sorta di passaggio di testimoniao dal legislatore al giudice, con delle conseguenze di non poco conto, che conducono alla già descritta funzione di *law making* del giudice internazionale.

## **2. Il metodo di ricostruzione del fatto, la tormentata fase applicativa e le bizzarre metafore dottrinali: l'*hasty cut and paste*, le *bricolage normatif* e le geometrie circolari**

Altra accezione della legalità internazionale è quella di una *legalità raggiunta*, che, contrapponendosi ad una legalità offerta, delinea il risultato definitorio ottenuto dalla giurisprudenza nell'applicazione di una norma<sup>455</sup>.

Il legame così creato tra la legalità ed il ruolo del giudice penale internazionale, evidenzia l'importanza di quest'ultimo nella precisazione dell'esatta portata del precetto penale.

Ancorché le tematiche del principio di legalità e relativi corollari abbiano carattere eminentemente sostanziale, la dimensione sostanziale e quella processuale sono strettamente correlate, tanto da determinare una quasi totale intercambiabilità anche delle riflessioni dottrinali in merito<sup>456</sup>.

Si tratta di una interrelazione che si può sintetizzare in pochi passaggi.

---

<sup>450</sup> E. AMATI, *Principio di precisione e concorso di persone nel reato*, *op. cit.*, p. 310. L'Autore richiama la giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, che ha affermato che il Tribunale è competente a giudicare esclusivamente sulla base di elementi di responsabilità penale solidamente affermati nella consuetudine internazionale, e l'applicazione di tale principio riguarda sia la definizione delle singole fattispecie criminose sia le modalità di partecipazione alla commissione dei crimini (ICTY, *Milutinović, Šainović and Ojdanić, Decision on Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction- Joint Criminal Enterprise*).

<sup>451</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, *op. cit.*, p. 287 e E. AMATI, *Principio di precisione e concorso di persone nel reato*, *op. cit.*, p. 311.

<sup>452</sup> A. CADOPPI, *Il problema delle definizioni*, *op. cit.*, p. 1 ss., p. 18.

<sup>453</sup> Così, testualmente, VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, *op. cit.*, p. 368: l'Autore si sofferma sulla presa di distanza dal prototipo moderno di norma precisa, rigida e completa, a favore di una norma-canovaccio, fluida, flessibile, che lascia notevoli margini di discrezionalità. Su come, a fronte di un legislatore laconico, i Tribunali si accollino coscientemente la costruzione dell'edificio del diritto penale internazionale: L. GRADONI, *L'exploitation des principes*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>454</sup> È un'espressione di S. ZAPPALÀ, *Quale principio di legalità*, *op. cit.*, p. 278.

<sup>455</sup> A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, *op. cit.*, p. 250.

<sup>456</sup> E questo si riflette in numerosi contributi. A titolo esemplificativo, si veda VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, *op. cit.*, p. 362.

Il principio di certezza dell'addebito presenta due aspetti: certezza della norma penale, sotto il profilo della chiarezza della disposizione incriminatrice e dell'*in dubio pro reo* sostanziale; certezza del fatto, sotto il profilo della presunzione di non-colpevolezza e dell'*in dubio pro reo* processuale<sup>457</sup>. Sono canoni che costituiscono due diverse facce della stessa medaglia (*in dubio pro reo*).

Il canone sostanziale-interpretativo dell'*in dubio pro reo*, a fronte di una pluralità di letture diverse, tutte possibili, della stessa norma, è stato applicato anche nei casi *Vasiljević* e *Krstić*<sup>458</sup>.

Come già sottolineato, nel contesto internazionale, si riscontra la tendenza, tipica del diritto penale inglese, a mescolare il profilo probatorio con il profilo definitorio e di ridurre la definizione di un concetto giuridico alla metodologia del suo accertamento<sup>459</sup>.

A questa peculiarità sostanziale, si collega una peculiarità processuale: nella prospettiva del processo, la prova del fatto dipende dalle prove che possono essere introdotte in conformità con le regole del diritto, e, non essendo neutre, quelle regole contribuiscono a costituire i fatti, determinando un metodo di ricostruzione del fatto improntato a pragmatismo e flessibilità<sup>460</sup>.

I giudici internazionali sono investiti di un'autentica funzione para-legislativa a causa dei testi aperti delle norme penali internazionali<sup>461</sup>: per sottolineare questa funzione creativa, la dottrina evidenzia nuovi approcci, che vengono descritti nel modo più colorato e bizzarro: dal *bricolage normatif*<sup>462</sup>, alle metafore algebriche<sup>463</sup>, alla "distillazione"<sup>464</sup>, all' "hasty cut and paste"<sup>465</sup> che sembra

---

<sup>457</sup> M. PIERDONATI, *Il dubbio sul fatto processuale e sulla norma penale nel caso Kappler*, op. cit., pp. 44-45.

<sup>458</sup> Sono osservazioni di M. PIERDONATI, *Il dubbio sul fatto processuale e sulla norma penale*, op. cit., pp. 45 e 47. Il principio dell'interpretazione favorevole all'accusato è stato affermato anche dai Tribunali *ad hoc* proprio nel caso *Krstić* (ICTY, *Krstić* ("Srebrenica-Drina Corps"), Trial Chamber I, Judgement, § 502), dove, proprio in base a questo principio, è stata accolta una definizione di sterminio più ristretta rispetto a quella dello Statuto della Corte penale internazionale, in aderenza al diritto consuetudinario consolidato. Tuttavia, sembra che sia stato più applicato il principio di irretroattività dell'incriminazione: in merito, si veda R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., p. 289, nota 724.

<sup>459</sup> E. AMATI, *Principio di precisione e concorso di persone nel reato*, op. cit., p. 306.

<sup>460</sup> Per queste considerazioni si rinvia a M. VOGLIOTTI, *Al di là delle dicotomie: ibridismo e flessibilità del metodo di ricostruzione del fatto nella giustizia penale internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1-2, 2003, pp. 294 ss., p. 313. L'Autore osserva, però, criticamente, che l'atteggiamento inflessibile nel condannare formalismi e purezze finisce per omaggiare certi valori, magari di dettaglio, e per offendere il nucleo di altri non meno rilevanti. Nello stesso senso L. GRADONI, *L'exploitation des principes*, op. cit., p. 17: «En réalité, dans la pratique des Tribunaux le pragmatisme l'emporte sur la méticulosité», Cfr. M. DELMAS-MARTY, *L'influence du comparé sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux*, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, sous la direction de A. CASSESE e M. DELMAS-MARTY, PUF, Paris 2002, p. 105.

<sup>461</sup> VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, op. cit., p. 363.

<sup>462</sup> «Qu'est-ce que la mondialisation du droit? Plutôt qu'une architecture mondiale rigoureusement ordonnée, c'est une sorte de bricolage normatif auquel on assiste», ALLAN-GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, 2005, p. 91 ss.

<sup>463</sup> Così, si parla di «geometria circolare» usata per definire l'estensione del giudizio di responsabilità per capi e gerarchi in tutti i luoghi dell'organizzazione, nel luogo delle decisioni strategiche come in quello della mera esecuzione, A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale: dai rischi di impresa ai crimini internazionali*, Giappichelli, Torino, 2008.

<sup>464</sup> L'espressione è di A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato*, op. cit., pp. 799-841.

<sup>465</sup> K. AMBOS, *A Construção de uma Parte Geral do Direito Penal Internacional*, op. cit., p. 10, nota 64: «Schabas, (W. A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, Cambridge, 2000, p. 285), fala de um hasty cut and paste approach to the preparation of international instruments».

ricordare l'immagine, non meno suggestiva, dei giudici che usano le fonti come frammenti di un *collage* da realizzare o come pezzi di *puzzle* da ricostruire, o dei giudici "tessitori"<sup>466</sup>, che partono non dalla norma generale ed astratta, ma dal caso, ossia da un fatto sfiorato da una pre-comprensione giuridica, e compiono un percorso al termine del quale né il diritto né il fatto sono più ciò che erano in partenza, come se entrambi si trasfigurassero nella lettura giurisprudenziale.

Si pensi, ad esempio, all'evoluzione subita dal presupposto del conflitto armato e dal nesso con il crimine oggetto di contestazione, dal caso *Tadić*, al caso *Kunarac*, al caso *Vasiljević*<sup>467</sup>: dall'accertamento dell'esistenza di un conflitto armato, al nesso tra il conflitto e la commissione del crimine, all'intervallo temporale tra i due.

Si pensi, altresì, all'individuazione della portata di un elemento della fattispecie: basti ricordare l'ampliamento della nozione di incitamento a commettere genocidio operato nella sentenza *Nabimana*<sup>468</sup> o la definizione della nozione di trattamenti disumani nel caso *Delalić and others*<sup>469</sup>.

In ambito interno, non è stato infrequente notare una complementarità tra legge e giurisprudenza: cosa, ad esempio, avvenuta nelle infinite elaborazioni sulla colpevolezza, ma, in generale, ogni volta in cui sia stato compiuto un «*processo di precisazione, differenziazione, e perfezionamento del contenuto logico immanente alla norma, in cui le precedenti valutazioni di portata più generale gradualmente maturano sino a divenire la base di una massima di decisione ormai comunemente accettata, ma che, tuttavia, non acquista mai una dimensione definitiva, rimanendo sempre soggetta ad un progressivo raffinamento verso la persuasività e la praticabilità*»<sup>470</sup>.

Esattamente questo è l'operato di quel *law-maker*<sup>471</sup> che è il giudice internazionale, che, oltre che fondato su di un labile sostrato normativo di base, è complicato dai problemi che sono il pane quotidiano di ogni comparatista, dalle sottigliezze legate al plurilinguismo alle stratificazioni di formanti, che richiedono ponderazioni complesse e meditate.

---

<sup>466</sup> Le ultime due sono immagini di VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge « tisseur »*, *op. cit.*, pp. 365-366.

<sup>467</sup> Si rinvia a M. MASUCCI, *Garanzie di legalità*, *op. cit.*, p. 1 ss., pp. 5-6. Tra i punti salienti delle sentenze citate: «Deve esistere un conflitto armato e gli atti dell'imputato devono essere in stretta relazione con esso» (*Tadić*); «Il conflitto armato non deve necessariamente avere causato la commissione del crimine, ma la sua esistenza deve avere giocato un ruolo essenziale nella capacità dell'esecutore di commetterlo, nella decisione e nel modo di commetterlo o nello scopo per cui è stato commesso» (*Kunarac*). «Il requisito è soddisfatto se il crimine è stato commesso durante o immediatamente dopo lo scontro, quando risulti realizzato nel prosieguo o almeno nell'ambito della situazione creata dallo scontro» (*Vasiljević*).

<sup>468</sup> ICTR, *Prosecutor v. Nabimana*, Case n. T-99-52, 3 December 2003, §§ 983-1009. I giudici, in sintesi, ragionando sulla giurisprudenza internazionale in merito ai limiti della libertà di espressione, concludono per la rilevanza penale di tutte quelle condotte che non rientrano nel margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in tale materia.

<sup>469</sup> ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, §§ 534-542.

<sup>470</sup> Per questa magnifica sintesi si rinvia a G. ORRÚ, *Le definizioni del legislatore e le ridefinizioni della giurisprudenza*, *op. cit.*, p. 147 ss., pp. 159-160.

<sup>471</sup> In tal senso A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, *op. cit.*, p. 250.

## ***2.1. Le difficoltà concrete: il caso Krnojelac e la riqualificazione del fatto nei casi Lubanga e nella giurisprudenza delle Camere Cambogiane***

Né negli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, né nelle convenzioni di diritto internazionale umanitario sono rinvenibili descrizioni degli atti che convergono nelle fattispecie incriminatrici: ad eccezione del genocidio, tutte le norme, come etichette senza indicazione del contenuto, sono vaghe<sup>472</sup>.

La giurisprudenza internazionale consegna l'immagine di un giudice alle prese con una norma fluida, inserita in un contesto multilingue, costretto a complesse ponderazioni di diritto comparato e comparazioni strutturali a fronte della necessità di qualificare e riqualificare il fatto.

Parlando di multilinguismo, è inevitabile introdurre il concetto di determinatezza per congruenza o per corrispondenza<sup>473</sup>, che è una qualità normativa di conio dottrinale. Partendo dal presupposto che talora la mancanza di determinatezza della norma penale è legata al plurilinguismo, lo stesso vale anche per l'ambiguità o la mancanza di precisione, che può risultare dalla comparazione tra le diverse versioni linguistiche dello stesso testo, avente identico valore normativo. La determinatezza per corrispondenza richiama proprio le necessità di una identità di significati tra le norme che fondano la punibilità nelle diverse versioni ufficiali.

È vero che si ritiene che il plurilinguismo apparente nasconda un monolinguismo anglofilo occulto, ma è innegabile che, nella giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali, la casistica sulle speculazioni linguistiche è piuttosto ricca, soprattutto in quei casi in cui, per questioni di competenza territoriale, siano coinvolti più idiomi: paradigmatico il caso *Krnojelac*.

La composizione del collegio giudicante era quanto mai variegata: in primo grado era composto da giudici provenienti da Australia, Zambia e Cina. L'imputato ed i suoi difensori erano serbi, mentre le vittime, in prevalenza, bosniaci mussulmani. Il cancelliere era olandese. In secondo grado, i giudici provenivano da Francia, Germania, Guyana, Turchia e Malta. Si possono aggiungere gli investigatori del Tribunale in missione nei Balcani, intervenuti nella fase delle indagini dall'arresto alla consegna, nonché tutte le persone che hanno partecipato al procedimento in rappresentanza dell'ufficio del Pubblico Ministero. Tutte di varia provenienza, etnia e retroterra linguistico e culturale.

---

<sup>472</sup> A. ESPOSITO, *La définition des crimes*, *op. cit.*, pp. 42-43. Nello stesso senso anche B. PESQUIÉ, *La qualification des faits*, *op. cit.*, p. 58 ss., p. 61. L'Autrice si sofferma su come il comportamento semplicemente denominato sia inevitabilmente impreciso, e definisca in modo insoddisfacente il comportamento materiale che attenta ai beni giuridici protetti. La norma sui crimini contro l'umanità è una miniera di definizioni di questo tipo.

<sup>473</sup> E. FRONZA, E. MALARINO e C. SOTIS, *Le principe de précision*, *op. cit.*, p. 157 ss., p. 170.

Per venire a capo della responsabilità penale dell'imputato, più di cinquanta persone, provenienti dalle parti più svariate del mondo, si sono parlate, scritte e confrontate tra loro, con il dubbio se si siano veramente capite<sup>474</sup>.

La casistica abbonda di esempi di problemi generati dalle differenze linguistiche. Nel caso *Akayesu*<sup>475</sup> emerse l'interrogativo circa la divergenza tra i termini *killling* e *meurtre*, previsti come atti di genocidio. Si ritenne che l'inglese *killling* fosse troppo generale perché poteva comprendere sia l'omicidio intenzionale che non intenzionale, mentre la versione francese risultava più precisa.

Un altro problema di divergenza di significati tra le due lingue si presentò anche nei casi *Kayishema-Ruzindana*<sup>476</sup>, a proposito dell'inglese *murder* e del francese *assassinat*, sul piano dell'intenzione: mentre *murder* sembra presupporre, sia pure senza esigerla, la premeditazione, *assassinat* la esige sempre. Il contrasto è stato risolto interpretando il termine inglese alla luce del concetto francese e dunque esigendo la premeditazione.

Altre forme di divergenza linguistica sono state ritenute sostanzialmente ininfluenti sulla identità di significato: come nel caso *Delalić*<sup>477</sup>, in cui, a proposito della responsabilità del superiore, sono state ritenute assimilabili la formula inglese «information which should have enabled them to conclude» e la formula francese «des informations leur permettant de conclure».

Si pensi anche alle *grounds*, ossia le cause di esclusione della responsabilità penale contemplate dall'art. 31 StICC: il termine è stato scelto in luogo di quello *defenses* per evitare di sbilanciare troppo la definizione verso il mondo del *common law*. All'interno delle *grounds*, crea problemi la *contrainte*, il costringimento, generato da minaccia di morte o attentato grave all'integrità fisica, nella misura in cui si riscontra una differente formulazione tra la versione inglese «*continuing or imminent*», la versione francese «*continue ou imminente*» e la versione castigliana «*imminente*».

---

<sup>474</sup> Questo dubbio è argutamente sollevato da S. CANNATA, *La dimensione linguistica delle norme penali internazionali: brevi considerazioni in margine al rapporto tra multilinguismo e principio di determinatezza*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, op. cit., p. 319 ss., p. 320. L'Autore si sofferma nel dettaglio sulla composizione del collegio giudicante dell'ICTY.

<sup>475</sup> ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 501. Si tratta di una pronuncia importante confermata anche dalle successive: ICTR, *Rutaganda*, Judgement and Sentence, § 50; ICTR, *Bagilishema*, Trial Chamber I, Judgement, § 57; ICTY *Krstić*, Trial Chamber I, Judgement, note n. 1119. Per un commento su queste sentenze si vedano E. FRONZA, E. MALARINO e C. SOTIS, *Le principe de précision*, op. cit., pp. 162-163 e E. FRONZA e E. MALARINO, *Problemas de Determinação da Norma Penal e Soluções de Interpretação em Textos Penais Plurilingües no Exemplo do Estatuto de Roma*, in K. AMBOS e C. E. A. JAPIASSÚ, *Tribunal penal internacional- Possibilidades e desafios*, op. cit., p. 53 ss., p. 55.

<sup>476</sup> ICTR, *Kayishema e Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement, § 136-140.

<sup>477</sup> ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 392.

Tale differenza rinvia alla tematica dell'attualità della minaccia e del pericolo in esso insito. La soluzione migliore, in questo caso, come in quello *Kayishema-Ruzindana*, è interpretare le versioni inglese e francese alla luce della più rigorosa interpretazione castigliana<sup>478</sup>.

Anche a proposito del concorso emergono differenze linguistiche che si riflettono sulla pregnanza di significato. Il *common law* adotta un'accezione ampia di complicità attraverso la formula dell'*aiding and abetting*. Uno spagnolo non vi potrebbe mai fare rientrare la propria nozione di *inducción*, né un italiano l'istigazione, né un francese l'*encourager*<sup>479</sup>.

Esiste una presunzione di uguaglianza dei significati che non può giustificare il non tenere conto di tutte le versioni. Se è vero che il plurilinguismo apparente nasconde un monolinguisimo tacito<sup>480</sup>, forse è possibile riposare nella convinzione di autorevole dottrina che ritiene che, a fronte di ogni divergenza, si possa trovare un faro nella versione-madre inglese<sup>481</sup>.

Altro problema, solo apparentemente processuale, ma con risvolti sostanziali di non poco conto, è relativo alla riqualificazione del fatto. La peculiarità della *Makrokriminalität*, è legata alla complessità dei fenomeni criminosi, che non solo non si prestano ad essere racchiusi in tassative disposizioni incriminatrici<sup>482</sup>, ma accolgono condotte spesso sovrapponibili empiricamente.

Questo complica il problema di rapportare il fatto alla sua qualificazione giuridica e, dunque, di stabilire la differenza tra modifica del *nomen juris* e modifica del capo di imputazione, differenza di non poco conto se si considera che la *Regulation 55*, nel sistema delle fonti della Corte penale internazionale, consente all'organo giudicante di modificare la qualificazione giuridica dei fatti, ma non anche i fatti in quanto tali, che restano cristallizzati alla convalida della Camera preliminare<sup>483</sup>, e che sono parte integrante del capo di imputazione.

Il problema della riqualificazione si è posto, recentemente, a proposito del caso *Lubanga*, affrontato dalla Camera d'Appello della Corte penale internazionale, con decisione resa l'8 dicembre 2009. L'imputazione formulata a carico di *Lubanga* si riferiva al solo crimine di guerra consistente nell'arruolamento o nel reclutamento di bambini di età inferiore ai quindici anni nelle forze armate o nel loro utilizzo attivo nelle ostilità sia di carattere internazionale che

---

<sup>478</sup> È il suggerimento di E. FRONZA, E. MALARINO e C. SOTIS, *Le principe de précision*, *op. cit.*, p. 157 ss., p. 185.

<sup>479</sup> Sul medesimo tema si veda E. AMATI, *Principio di precisione e concorso di persone nel reato*, *op. cit.*, pp. 305-317. Altresì si vedano E. FRONZA, E. MALARINO e C. SOTIS, *Le principe de précision*, *op. cit.*, pp. 189-190.

<sup>480</sup> S. CANNATA, *La dimensione linguistica delle norme penali internazionali*, *op. cit.*, p. 325.

<sup>481</sup> K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, pp. 648, 690, p. 856.

<sup>482</sup> In merito si vedano M. CAIANIELLO e E. FRONZA, *Il principio di legalità*, *op. cit.*, p. 307 ss., p. 311.

<sup>483</sup> Si veda S. LUZZATI, *La modifica del nomen juris al vaglio della Corte penale internazionale nel caso Lubanga*, in *Cass. pen.*, n. 4, 2011, p. 1566 ss., p. 1573. L'Autrice si sofferma sulla *Regulation 52* che descrive gli elementi costitutivi dell'atto contenente l'imputazione: a) le generalità della persona alla quale vengono addebitati i fatti nonché ogni altra informazione utile che valga ad identificarla; b) l'esposizione dei fatti; c) la qualificazione giuridica dei fatti.

non internazionale. Le parti civili, partendo dal presupposto che i minori fossero stati anche obbligati ad assumere sostanze stupefacenti, individuavano in ciò un trattamento inumano e degradante, a cui si aggiungeva anche la riduzione ed il mantenimento in schiavitù sessuale. Si riteneva che tali addebiti né integrassero nuovi capi di accusa né sostituissero la qualificazione giuridica offerta dai fatti dal *Prosecutor*, ma integrassero, semplicemente, una qualificazione giuridica di carattere supplementare (“*supplementary*”).

La Camera di primo grado ha accolto la domanda, al termine di un percorso giurisprudenziale che aveva visto l’affermazione di una discrezionalità propria dei modelli di *civil law*<sup>484</sup>, in rottura con le soluzioni consuete dei Tribunali *ad hoc*.

Ma la Camera d’Appello ha offerto un responso maggiormente in linea con la giurisprudenza internazionale sviluppatasi sul *nomen juris*, cristallizzando la qualificazione dei fatti alla decisione di convalida ed aprendo al *Prosecutor*, una volta iniziata la fase dibattimentale, la sola possibilità di ritirare uno o più capi di accusa al fine di adeguare il quadro accusatorio a mutate situazioni fattuali e processuali.

Problema simile è stato affrontato anche dalle Camere Cambogiane<sup>485</sup>, che, nel loro percorso giurisprudenziale, hanno richiamato anche il caso *Lubanga*.

In sintesi, a proposito sia dei problemi linguistici che di riqualificazione, la conclusione è la medesima.

Da un lato, si ritiene che non sia l’astratto plurilinguismo o monolinguismo occulto ad inficiare la produzione di norme certe e determinate, ma siano le stesse peculiarità del diritto penale internazionale ad incidere: un diritto di creazione relativamente recente, ed ancora in via di formazione<sup>486</sup>. Ed è la stessa peculiarità ad essere a monte del problema processuale e sostanziale della modifica del *nomen juris* e della riqualificazione del fatto<sup>487</sup>.

---

<sup>484</sup> Gli ordinamenti di *common law* vincolano il giudice alla qualificazione giuridica dei fatti così come contenuta nel capo di imputazione, fatta salva in ogni caso, la facoltà di adeguare l’imputazione contestata alle prove assunte in corso di giudizio, sempre che tale modifica non venga effettuata in violazione del diritto dell’imputato di essere informato della natura e dei motivi dell’accusa formulata a suo carico. Questo pone al giudice, a fronte della necessità di riqualificare i fatti, l’alternativa tra a) richiedere una formale modifica dell’imputazione; b) assolvere dalla stessa l’imputato; c) condannare l’imputato per un reato minore, ma solo se i suoi elementi costitutivi siano per intero integrati dal reato più grave ritualmente contestato. Al contrario, gli ordinamenti di *civil law*, pur adottando approcci diversi tra loro, riconoscono al giudice maggiore discrezionalità nell’individuare le norme applicabili al caso concreto in applicazione del principio *iura novit curia*. Per questa differenza, si rinvia, più diffusamente, a S. LUZZATI, *La modifica del nomen juris*, *op. cit.*, pp. 1569-1570.

<sup>485</sup> ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 500: *Dans l’arrêt relatif aux appels interjetés par Thomas Lubanga Dyilo et par le Procureur contre la Décision informant les parties et les participants que la qualification juridique des faits peut être modifiée conformément à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, Chambre d’appel de la CPI (ICC-01/04-01/06 OA 15 OA 16), 8 décembre 2009, § 87, la Chambre d’Appel infirme l’interprétation de la norme 55 par la Chambre de première instance, tout en considérant qu’une modification apportée à la qualification des faits en application de cette norme n’est pas fondamentalement incompatible avec le droit de Thomas Lubanga Dyilo à un procès équitable.*

<sup>486</sup> S. CANNATA, *La dimensione linguistica delle norme penali internazionali*, *op. cit.*, p. 319 ss., p. 326. Su come il diritto penale internazionale sia un diritto penale piuttosto «grezzo», ove la ricostruzione storico-fattuale fa da padrona: E. AMATI, *Principio di precisione e concorso di persone nel reato*, *op. cit.*, p. 306.

<sup>487</sup> Per una trattazione esaustiva di un problema contiguo si rinvia a L. CRICRÌ, *Imputazione alternativa e qualificazione giuridica del fatto: un binomio inconciliabile*, in *Cass. pen.*, n. 2, 2010, pp. 856-862. L’Autore si sofferma sul rapporto tra

In questa peculiarità, ancora una volta, trovano sbocco le riflessioni compiute.

### **3. Antigiuridicità e cause di esclusione della responsabilità penale: il ruolo di primo piano dell'adempimento del dovere, lo stato di necessità, l'ordine manifestamente criminoso e la difficile ricostruzione della responsabilità penale nelle strutture complesse**

A proposito dell'antigiuridicità, si rende necessaria una premessa che parte dalle logiche di diritto interno per pervenire a quelle della dimensione internazionale, in cui le valutazioni di tipo *lato sensu* "esimente" sono possibili entro margini ristretti, perché l'offesa prodotta dai crimini internazionali è così importante da rendere molto improbabile l'esclusione della responsabilità secondo gli schemi tradizionali<sup>488</sup>. Nel diritto interno l'antigiuridicità trova la sua genesi nella concezione tripartita del reato<sup>489</sup>.

Sono ormai lontani i tempi in cui si parlava di primato dell'antigiuridicità<sup>490</sup>, anzi attualmente ci si chiede se essa non sia stata davvero sopravvalutata dai tripartiti, costituendo solo un capitolo storico con un ruolo modesto, nella teoria e nella pratica. Ciò accade a fronte del progressivo *svuotamento*<sup>491</sup> dell'antigiuridicità: infatti essa non riesce ad avere un contenuto positivo autonomo, potendo solo essere definita in negativo come assenza di cause di giustificazione perché, se la si vuole riempire di contenuti positivi, si rivela sistematicamente debordante<sup>492</sup>.

---

imputazione alternativa, diversità del fatto, modifica della qualificazione giuridica e preclusione derivante dal giudicato, ponendo in evidenza come la selezione, da parte del giudice, delle condotte contestate in via alternativa, presupponendo l'attribuzione di fatti diversi e fenomenologicamente incompatibili, non possa essere realizzata attraverso la mera rivisitazione del *nomen juris*. Sulle *multiple charges*, M. CAIANIELLO, *Il processo penale nella giustizia internazionale: casi giurisprudenziali dall'esperienza dei Tribunali ad hoc*, in G. ILLUMINATI, L. STORTONI e M. VIRGILIO, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, *op. cit.*, p. 137 ss., p. 145 ss. Sui *cumuls de qualifications*, B. PESQUIÉ, *La qualification des faits par le Tribunal pénal international pour le Rwanda*, *op. cit.*, pp. 66-67.

<sup>488</sup> E. VILLANI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto di Roma*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale*, II. *Studi*, *op. cit.*, pp. 93 ss., pp. 93-94. Si veda anche F. VIGANÒ, *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di «antigiuridicità» del fatto tipico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, fasc. 3, p. 1062 ss., p. 1062 (su come la norma sovranazionale possa influire sul giudizio di antigiuridicità di una condotta già qualificata come «tipica» ai sensi di una norma incriminatrice interna, riducendo l'area del penalmente rilevante rispetto alle scelte compiute dal legislatore nazionale) e p. 1088 (su come, al contrario, le norme esimenti interne possano determinare aree di impunità in contrasto con gli imperativi internazionali di tutela).

<sup>489</sup> Tale teoria in Italia si è sviluppata dagli anni Trenta del secolo scorso, ma si è affermata in dottrina solo nell'ultimo ventennio. Questa sistemica ha dato spazio al suo interno ad un nuovo capitolo, dedicato all'antigiuridicità. Sulla teoria della tripartizione e sulla antigiuridicità si veda N. BARTONE, *Diritto penale italiano. Sistema e valori*, *op. cit.*, p. 81 e p. 155 ss.

<sup>490</sup> Il riferimento è a G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978, p. 283.

<sup>491</sup> L'espressione è di M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?-Testo destinato agli Scritti in onore di Winfried Hassemer*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2009, p. 1646. Già G. VASSALLI, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, in Fest. Jescheck, (1984), Bd. I, 439, poi in ID., *Scritti giuridici*, Vol. 1, tomo II, Milano, 1997, p. 950, parlava di un crescente «disinteresse per l'antigiuridicità come elemento autonomo del reato».

<sup>492</sup> Per queste suggestioni si veda M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, *op. cit.*, p. 1646 ss.

Sulla base di tali premesse, è da ritenere che l'antigiuridicità può, per ragioni storico-culturali, occupare un capitolo autonomo di un manuale<sup>493</sup>, ma come categoria sistematica non può vantare, invece, la posizione di "elemento" autonomo del reato.

Spostandosi dalla dimensione interna a quella internazionale del diritto penale, il quadro si complica.

Come già accennato, esiste una tipicità tutta internazionale, con le sue peculiarità rispetto a quella interna. E tuttavia esiste. Parlare, invece, di una antigiuridicità e tentare di trasportarla, così come concepita nel diritto interno, in ambito internazionale, si traduce in una innegabile forzatura.

Non è esagerato sostenere che non esiste una vera e propria antigiuridicità internazionale: si può solo "costruire", prendendo a modello quella interna, e compiendo gli opportuni adattamenti, non senza artifici e «a scopi didattici e di analisi anatomica a tavolino»<sup>494</sup>.

Basti pensare al primo tentativo di codificazione compiuto con lo Statuto della Corte penale internazionale e a quel coacervo di cause incidenti sulla responsabilità penale che è l'art. 31-«*Grounds for excluding criminal responsibility*»<sup>495</sup>: tra cause di esclusione che incidono sul fatto tipico, cause di esclusione dell'antigiuridicità e cause di esclusione della colpevolezza, comprende varie *defences*, dal vizio di mente, all'altrui costrizione psichica, alle cause di giustificazione. È una norma che certamente risente degli influssi di *common law*.

Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, sono state accomunate, nel comma 1, lett. d) del citato articolo 31, *duress* e *necessity*, sia sul piano sostanziale che processuale, in una commistione da *common law*, che, avendo matrice spiccatamente processuale, bolla come inutile la distinzione tra di esse, dovendo scaturire in ogni caso il proscioglimento dell'imputato. La distinzione è, invece, necessaria nel *civil law*, dove l'imputazione di un fatto costituente reato passa attraverso l'accertamento della conformità al fatto tipico, dell'antigiuridicità e della colpevolezza<sup>496</sup>.

---

<sup>493</sup> L'antigiuridicità riceve una collocazione *sui generis* in alcuni manuali spagnoli che hanno scelto di trattarla in un capitolo addirittura antecedente al fatto tipico, alle cause di giustificazione e alla colpevolezza, dove inserire le questioni afferenti a bene giuridico, disvalore di azione e di evento, teoria delle norme: così, per es., Mir Puig, *Derecho penal*, parte gen. 5, Barcelona, 1998, 119 ss.; Berdugo Gómez De La Torre, Arroyo Zapatero, Ferré Olivé, García Rivas, Serrano Piedecabras, Terradillos Basoco, *Curso de derecho penal*, parte gen., Barcelona, 2004, 193 ss.; Quintero Olivares (dir.), *Manual de derecho penal*, Pamplona, 1999, 275 ss.), il che sembra ancora più riconoscere che si tratta, ormai, di una categoria così "asistemica". Per questa ricognizione si veda M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, *op. cit.*, nota 7.

<sup>494</sup> È una efficace immagine di M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, *op. cit.*, p. 1646 ss.

<sup>495</sup> E. VILLANI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto di Roma*, *op. cit.*, p. 94. L'Autrice sottolinea che le fattispecie previste sono tendenzialmente impermeabili a sforzi concettuali miranti a disporle entro predefinite categorie dogmatiche, e ciò per la logica di compromesso tra le diverse culture giuridiche che sottende allo Statuto di Roma in particolare. Già a livello linguistico un generico riferimento alle "*grounds for excluding criminal responsibility*" sostituisce sia la distinzione di matrice anglosassone tra "*justifications*" ed "*excuses*", sia la onnicomprensiva categoria delle *defences*, e non si riscontra una rispondenza neanche rispetto ai "dogmi" della dottrina italiana.

<sup>496</sup> E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, in A. CASSESE, M. CHIAVARIO e G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, *op. cit.*, p. 118.

Fatta questa doverosa premessa, ci si imbatte in una figura-cardine nella storia processuale internazionale: l'adempimento del dovere.

Se si considera la qualità dei soggetti agenti (militari o soggetti comunque inquadrati in sistemi gerarchici), la tipologia dei crimini commessi (crimini di guerra, genocidio, crimini contro l'umanità) ed il contesto nel quale tali crimini sono commessi (conflitto armato, attacco esteso e sistematico contro le popolazioni civili, intento di distruggere uno specifico gruppo) il tema dell'obbedienza ad un ordine superiore diventa centrale, e questo fin dagli albori della giustizia penale internazionale<sup>497</sup>.

Si tratta di un tema non solo centrale, ma anche controverso, in quanto appeso ad un *moral choice test*<sup>498</sup> di difficile taratura e dagli esiti fluttuanti: è solo chiaro che la componente essenziale del costringimento psichico connesso all'ordine sia l'assenza di una scelta morale, ma quali siano gli indici esteriori sintomatici di tale assenza è ancora controverso.

A ciò si aggiunge che non esiste una uniformità della *defence of duress*, perché mancano giurisprudenza e legislazioni interne univoche<sup>499</sup>. Che poi, per le peculiarità del diritto penale internazionale non si viva l'*horror vacui*<sup>500</sup>, colmato immancabilmente con delle *policy considerations*<sup>501</sup>, è un altro discorso.

Assurto a *cliché* difensivo<sup>502</sup> fin dal noto caso *Eichmann*, ufficiale delle *Schutzstaffel*, interamente incentrato sull'asserzione di avere agito «*im Auftrage*», per incarico dei superiori<sup>503</sup>, non ha

---

<sup>497</sup> Così, testualmente, E. AMATI, *L'ordine del superiore*, *op. cit.*, p. 214.

<sup>498</sup> H. SATO, *The Defense of Superior Orders in International Law: Some Implications for the Codification of International Criminal Law*, in *Int. Crim. L. Rev.*, n. 1, 2009, p. 117 ss., pp. 117-126.

<sup>499</sup> E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, *op. cit.*, pp. 113-114. Sulla difformità delle soluzioni nazionali, H. SATO, *The Defense of Superior Orders*, *op. cit.*, p. 134.

<sup>500</sup> Sulle lacune presenti nelle disposizioni di diritto sostanziale dello Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, e sul disomogeneo processo di codificazione, si veda L. CAVICCHIOLI, *Il costringimento psichico come causa di esclusione della colpevolezza nei crimini contro l'umanità: il caso Erdemović*, in *Riv. dir. int.*, n. 1, 1997, pp. 373 ss., p. 375. Sul fatto che le lacune dipendano da una stagnazione del processo di codificazione internazionale, H. SATO, *The Defense of Superior Orders*, *op. cit.*, p. 136. Lo stesso Autore si chiede, non si sa se come domanda retorica o per insinuare che la lacuna non sia nociva alla prassi giurisprudenziale: «...the "vacuum" of international rules has been the result of a stagnation of the international codification process. How should we appraise this vacuum of rules? Do we necessarily need to evaluate it in a negative manner?».

<sup>501</sup> Sul punto interviene, con un giudizio di viva stigmatizzazione, Antonio Cassese, nella sua famosa *dissenting opinion* incardinata nel giudizio contro *Erdemović*, in cui sottolinea l'estraneità al mandato del Tribunale penale internazionale (per la ex-Jugoslavia) delle considerazioni di ordine pratico, comunque stridenti con il *nullum crimen sine lege*. Sulle *practical policy considerations*, E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, *op. cit.*, p. 114, e G. MORGANTE, *La responsabilità dei capi e la rilevanza dell'ordine del superiore*, in A. CASSESE, M. CHIAVARIO e G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, *op. cit.*, p. 149 ss., p. 151. Sulla asserita funzione positiva delle *policy considerations*, si veda quanto riportato da H. SATO, *The Defense of Superior Orders*, *op. cit.*, p. 128: «The "policy consideration" of the International Tribunal was so sweeping so as "to facilitate the development and effectiveness of international humanitarian law and to promote its aims and application by recognizing the normative effect which criminal law should have upon those subject to them».

<sup>502</sup> N. SELVAGGI, *Dubbio sulla criminalità dell'ordine e responsabilità penale internazionale*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, II. Studi*, *op. cit.*, p. 123 ss., p. 123.

<sup>503</sup> E. AMATI, *L'ordine del superiore*, *op. cit.*, p. 214. L'Autore ricorda la difesa di *Adolf Eichmann*, ufficiale delle *Schutzstaffel*, interamente incentrata sull'ordine del superiore. Catturato in Argentina nel 1961 dal servizio segreto israeliano, venne processato in Israele da un Tribunale speciale, che ritenne che l'ordine del superiore fosse un'attenuante operante solo nel caso in cui l'ordine non fosse manifestamente criminoso, e dunque condannarono a morte l'imputato. Ma le origini di questa asserzione sono anche più antiche. Con riferimento ai giudizi celebrati

mancato di manifestarsi anche in casi successivi, fino al recente caso *Boškoski and Tarčulovski*<sup>504</sup>, facendo rilevare una oscillazione della bilancia dell'antigiuridicità o della colpevolezza dal superiore al subalterno, dal *respondeat superior approach* all'*absolute responsibility approach*<sup>505</sup>.

A dispetto di una sostanziale identità statutaria, riscontrabile tra gli statuti dei tribunali internazionali militari e quelli dei tribunali *ad hoc*<sup>506</sup>, la giurisprudenza si è mostrata ambigua e tale ambiguità ha visibilmente spostato il baricentro speculativo dal diritto internazionale a temi specifici di diritto penale sostanziale<sup>507</sup>.

La collocazione sistematica delle *grounds for excluding criminal responsibility* è in bilico tra cause di giustificazione e cause di esclusione della colpevolezza. Questo pendolarismo sistematico rievoca la possibilità, paventata in ambito interno, di valorizzare gli elementi soggettivi all'interno delle cause di giustificazione, in ragione dei molteplici punti di tangenza tra cause di giustificazione e scusanti, secondo un *trend* confermato anche da una parte della manualistica<sup>508</sup>.

---

davanti al Tribunale di Lipsia, istituito alla fine della prima guerra mondiale, nel 1920, è stato sottolineato che «nel nome del principio del rispetto degli ordini ricevuti e, quindi, per un esasperato senso della legalità, molti di coloro che avevano perpetrato crimini erano stati assolti o tutt'al più erano state comminate pene molto lievi»: SAULLE, *Il senso della legalità nel Processo di Norimberga*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>504</sup> ICTY, *Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski*, Case n. IT-04-82-A, Appeals Chamber, 19 May 2010, Summary of Judgement (in seguito ICTY, *Boškoski and Tarčulovski*, Appeals Chamber): «*Dans son septième moyen d'appel, Johan Tarčulovski affirme que la Chambre de première instance a eu tort de le condamner à 12 ans de réclusion. Il fait notamment valoir que la Chambre de première instance n'a pas retenu comme circonstance atténuante le fait qu'il exécutait les ordres que lui avaient donnés ses supérieurs hiérarchiques. Il ajoute que la Chambre de première instance n'a pas tenu compte du fait que l'ex-République yougoslave de Macédoine avait par la suite accordé une amnistie générale à tous ceux qui avaient été parties au conflit.*»

<sup>505</sup> N. SELVAGGI, *Il caso Erdemović tra ordine del superiore e stato di necessità*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, I. Casi e materiali*, *op. cit.*, p. 51 ss., p. 52; ID., *Dubbio sulla criminalità dell'ordine*, *op. cit.*, p. 125: è comune distinguere tra un modello che valorizza l'ordine criminoso per circoscrivere al solo superiore il centro di imputazione della responsabilità, ed un altro che non attribuisce all'ordine medesimo, in linea di principio, alcun significato di esonero per chi lo abbia eseguito, che si pone, così, quale "autore diretto" di un crimine.

<sup>506</sup> È un rilievo di E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, *op. cit.* Infatti, sia l'art. 8 dello Statuto di Norimberga che gli articoli 7 e 6 degli Statuti del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia ed il Ruanda, considerano l'ordine come una circostanza attenuante, in quanto tale incidente solo in fase di commisurazione della pena, ma non di ascrizione della responsabilità penale.

<sup>507</sup> È una osservazione di H. SATO, *The Defense of Superior Orders*, *op. cit.*, p. 134. Così, testualmente, l'Autore: «It can be said that, since Nuremberg, the focus of the relevant debate has been shifted from matters concerning a structural change of international law to specific topics of substantive criminal law, and is exclusive of any consideration of the basic structure of international law».

<sup>508</sup> Sono spunti di M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, *op. cit.*, note 21, 26 e 38. Quest'ultimo riferimento è alla imponente produzione tedesca e spagnola sugli elementi soggettivi delle cause di giustificazione, cui fa da sfondo l'istruttiva discussione anglo-americana sul carattere oggettivo o anche soggettivo delle cause di giustificazione, che un po' fa sfumare la distinzione fra *justifications* (cause giustificanti) and *excuse* (cause scusanti). Il riferimento è a SIMESTER-SULLIVAN, *Criminal Law*, Oxford, Portland Oregon, 2003, 541 ss. e FLETCHER, *Basic Concepts*, *cit.*, trad. it. *Grammatica del diritto penale*, *cit.*, 165 ss., in relazione ad alcuni paradigmatici scritti di P. ROBINSON, *A Theory of Justification: Societal Harm as Prerequisite to Criminal Liability*, in *University of California Los Angeles Law Review*, 1975, 266 ss.; ID., *Criminal Law Defenses: a Systematic Analysis*, in *Columbia Law Review*, 1982, 245 ss.; ID., *Competing Theories of Justification: Deeds vs. Reasons*, in SIMESTER-SMITH (Eds.), *Harm and Culpability*, Oxford, 1996, 45 ss., e FLETCHER, *The Right Deed for the Wrong Reason: a Reply to Mr. Robinson*, in *University of California Los Angeles Law Review*, 1975, 293 ss.; ID., *The Individualization of Excusing Conditions*, in *Southern California Law Review*, 1974, 269 ss.

L'ambiguità è anche interna alle stesse cause di giustificazione, oscillando tra adempimento del dovere e stato di necessità, al quale hanno spesso rinviato i Tribunali *ad hoc*, per i profili di coazione ricollegabili alla vincolatività di un ordine illegittimo<sup>509</sup>.

Alle difficoltà sistematiche si aggiungono quelle prodotte dal macro-contesto che complica, talora, anche il *balancing* della proporzione, insita nelle cause di giustificazione. Si pensi, allo stato di necessità al cospetto dei crimini internazionali: quello preservato dal soggetto attivo sarebbe, nell'ambito dello stato di necessità, sempre soccombente, in quanto contrapposto non ad un interesse singolo, bensì alla comunità internazionale nel suo complesso. Per non parlare dell'irragionevolezza di un bilanciamento quando siano in gioco beni giuridici disomogenei e non di pari rango<sup>510</sup>.

Su questo ed altri problemi si soffermeranno le osservazioni che seguono.

### ***3.1. L'esecuzione dell'ordine del superiore tra manifesta criminalità e cause di giustificazione: dal caso Erdemović al caso Eav fu vera attenuante?***

La rilevanza della “*contrainte*” è emersa nel *leading case Erdemović*, precedente di autorità indiscussa<sup>511</sup>, ancorché l'imputato non sia stato l'unico ad invocare il costringimento psichico. *Dražžen Erdemović*, soldato di grado subalterno dell'esercito serbo-bosniaco<sup>512</sup>, si dichiarò colpevole dei crimini ascrittigli, ma sostenne di avere agito per salvare la propria vita e quella dei propri familiari, e dunque in circostanze tali da concretare gli estremi del costringimento psichico o dello stato di necessità determinato dall'altrui minaccia<sup>513</sup>.

A fronte del silenzio degli Statuti, è stato necessario interrogarsi sulla rilevanza, quale causa di esclusione della responsabilità, di una situazione definita di “*contrainte morale*” o “*état de nécessité*”,

---

<sup>509</sup> In generale, per la distinzione, si rinvia a E. MEZZETTI, “*Necessitas non habet legem?*” *Sui confini tra “impossibile” ed “inesigibile” nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000.

<sup>510</sup> Per queste considerazioni si rinvia a E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>511</sup> E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, *op. cit.*, p. 111, nota 38: anche i giudici successivi si sono conformati al caso: ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prcać* (“*Omarska and Keratem Camps*”), Trial Chamber I, § 323 (in seguito ICTY *Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prcać* Trial Chamber I); ICTY *Krstić*, Trial Chamber I, Judgment.

<sup>512</sup> Ricostruisce cronologicamente i fatti N. SELVAGGI, *Il caso Erdemović tra ordine del superiore e stato di necessità*, *op. cit.*, pp. 55-56: i fatti cui si riferisce il procedimento penale instaurato a carico di *Dražžen Erdemović* sono immediatamente successivi alla caduta, ad opera dell'esercito serbo, della *enclave* di *Srebrenica*, che una Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite aveva dichiarato come “area di sicurezza” (*safe area*) e quindi teoricamente garantita da eventuali attacchi o, più in generale, da atti di ostilità di carattere militare. Solo cinque giorni dopo, esattamente il 16 luglio 1995, l'imputato ed altri membri di un'unità dell'esercito serbo ricevevano l'ordine di recarsi presso una fattoria (“*Pilica*”), a nord-ovest di *Zvornik*, dove da *Srebrenica* giungevano continuamente camion trasportanti civili bosniaci, di religione musulmana, di età compresa tra i 17 ed i 60 anni; i quali, fatti scendere dai mezzi, venivano scortati dalla polizia militare serba in un campo adiacente e qui eseguiti dalla unità di cui faceva parte l'imputato. Il 29 maggio 1996, *Erdemović* fu incriminato, alternativamente, per avere commesso un crimine contro l'umanità (art. 5 StICTY) o una violazione delle leggi e degli usi di guerra (art. 3 dello StICTY). Il 31 maggio 1996, dinanzi alla *Trial Chamber*, l'imputato si dichiarava colpevole con riferimento al crimine contro l'umanità, così decadeva l'imputazione alternativa di violazioni di leggi e di usi di guerra.

<sup>513</sup> È il tenore quasi testuale di quanto dichiarato all'udienza del 31 maggio 1996 e trasposto nella sentenza: «*J'ai été contraint d'agir de la sorte: si j'avais refusé de le faire, on m'aurait tué en même temps que ces hommes. Lorsque j'ai refusé de travailler, on m'a dit: “Fais attention, si tu regrettes, mets-toi avec eux et on te tuera”. Je n'avais pas peur pour moi j'avais peur pour ma famille, pour mon épouse et mon fils qui avait neuf mois à l'époque, et on les aurait tués également si j'avais refusé d'agir.*»

espressioni che trovano il loro contraltare nella nozione di costrizione morale delineata nei giudizi pronunciati dalle giurisdizioni alleate nei confronti dei criminali di guerra minori ed espressa, di volta in volta, come “*coercion*”, “*compulsion*”, “*duress*”, “*necessity*”, “*Nötigungsstand*”.

Eppure già tra la *duress* e la *necessity* esistono differenze di non poco conto: nel *common law* lo stato di necessità, oltre che essere determinato da circostanze naturali incontrollabili, è fondato sul criterio della prevalenza e quindi potrà essere invocato solo da chi preserva un interesse superiore a quello minacciato, per cui viene compiuto un *balancing*. Invece, la *duress*, assimilabile al costringimento psichico, oltre che caratterizzata da una minaccia esercitata da un'altra persona, non si fonda su di un giudizio di bilanciamento, ma sull'alterazione del processo motivazionale. Solo la *necessity* esime, mentre la *duress* scusa<sup>514</sup>.

Già questo rilievo lascia intravedere una confusione terminologica e dogmatica, e per fugarla, basta rievocare le efficaci parole di una *dissenting opinion* che tanto ha avuto rilievo nel caso in esame<sup>515</sup>: «*La contrainte est souvent baptisée “état de nécessité”, mais l'expression état de nécessité a une acception plus large que le terme de contrainte, recouvrant les menaces à la vie ou à l'intégrité physique de façon générale et non pas seulement les cas où ces menaces émanent d'un tiers*».

Inoltre, l'argomento è trattato quasi sempre in *attachment* con l'ordine del superiore<sup>516</sup>, poiché da quest'ordine il costringimento psichico deriva quasi sempre<sup>517</sup>, essendo una ipotesi poco più

---

<sup>514</sup> Per la puntuale ricostruzione delle due *defences*, si veda E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, *op. cit.*, p. 123-124. A sottolineare le discrepanze che si riscontrano sul piano terminologico e concettuale tra i vari ordinamenti giuridici circa le definizioni di costrizione fisica e morale, stato di necessità e forza maggiore, e come esse emergano nel caso *Erdemović*, si veda L. CAVICCHIOLI, *Il costringimento psichico come causa di esclusione della colpevolezza*, *op. cit.*, p. 383

<sup>515</sup> Il riferimento è alla *dissenting opinion* di Antonio Cassese, (ICTY, *Erdemović*, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, § 14 del paragrafo B), in cui vengono chiariti la nozione ed i criteri che presiedono alla individuazione della *contrainte*. La dottrina, significativamente, riconduce il caso *Erdemović*, alle fattispecie di esonero della responsabilità che rispondono, a grandi linee, alla logica dello stato di necessità: testualmente N. SELVAGGI, *Il caso Erdemović tra ordine del superiore e stato di necessità*, *op. cit.*, p. 55. Il corsivo è dell'Autore.

<sup>516</sup> ICTY, *Erdemović*, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, § 15. Nello stesso senso anche L. CAVICCHIOLI, *Il costringimento psichico come causa di esclusione della colpevolezza*, *op. cit.*, p. 377 nota 13 e pp. 378-379, nota 16: La tematica del costringimento psichico e quella dell'ordine del superiore gerarchico si presentano sotto più aspetti connesse e tendono in parte a sovrapporsi, tanto è vero che gli elementi di coercizione collegati alla disciplina militare hanno indotto in epoca meno recente qualche studioso ad identificarvi a priori un'ipotesi di costrizione morale, Cfr. RENAULT, *De l'application du droit pénal aux faits de guerre*, in *Journal du droit int.*, 1915, pp. 341-342. In Germania, quando si pose il problema di stabilire la responsabilità di quanti avevano rivestito un ruolo di secondo piano nell'attuazione dei piani criminali nazisti, l'eccezione della costrizione morale e dello stato di necessità fu frequentemente invocata, di solito congiuntamente con quella dell'ordine del superiore. In alcune sentenze i due mezzi di difesa si compenetrano a tal punto che risulta difficile distinguerli. Inoltre, la maggior parte della dottrina, alla luce della giurisprudenza successiva alla fine della seconda guerra mondiale, è incline a considerare la circostanza dell'obbedienza all'ordine semplicemente alla stregua di un elemento fattuale da tenere in conto nel valutare l'ammissibilità di diverse cause di esclusione della responsabilità, tra cui appunto il costringimento psichico, lo stato di necessità e l'errore sul carattere illecito del comando. Per tutti GLASER, *L'ordre hiérarchique en droit pénal International*, in *Revue de Droit pénale et de criminologie*, 1952-1953, pp. 285 ss. Sulla rilevanza dell'obbedienza all'ordine come elemento fattuale per dimostrare il costringimento psichico, più recentemente, si veda E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, *op. cit.*, pp. 110, nota 33.

<sup>517</sup> G. MORGANTE, *La responsabilità dei capi e la rilevanza dell'ordine del superiore*, *op. cit.*, p. 173: l'Autrice si sofferma sulla stretta interrelazione tra l'ordine del superiore e lo stato di necessità determinato dall'altrui minaccia (*duress*), figura, quest'ultima, contemplata dallo Statuto di Roma, all'art. 31, comma 1, lett. d).

che scolastica<sup>518</sup> quella in cui la minaccia derivi da un soldato o da un qualunque soggetto equiordinato.

È difficile pensare all'operatività dell'esimente nei termini di una vera e propria causa di giustificazione, poiché solo in limitatissime ipotesi potrebbe determinarsi un bilanciamento di interessi che si risolva nella prevalenza dell'interesse minacciato al responsabile rispetto a quello poi leso dal macro-crimine commesso<sup>519</sup>.

Sia gli Statuti del Tribunale di Norimberga che dei Tribunali internazionali *ad hoc*, prevedono che il fatto di agire sotto ordine di un superiore non costituisca causa di esclusione della responsabilità<sup>520</sup> in caso di crimini contro l'umanità e di crimini di guerra.

Nel silenzio statutario, è possibile trovare un riferimento nel Rapporto del Segretario generale delle Nazioni Unite<sup>521</sup>, al quale era annesso il progetto dello statuto dell'ICTY, laddove si prevede l'evenienza che l'ordine del superiore gerarchico possa essere considerato, congiuntamente ad altri mezzi di difesa «*such a coercion or lack of moral choice*», senza chiarire se alla coercizione debba essere attribuito, come avviene per l'ordine del superiore, valore di mera circostanza attenuante oppure di causa di esclusione della responsabilità, ma compiendo un importante passaggio di testimoniaio al Tribunale, che viene onerato di decidere *case by case* circa l'ammissibilità delle varie cause di esclusione della responsabilità<sup>522</sup>.

È incerto anche se il citato Rapporto ritenga il costringimento psichico una scusante, ossia una causa di esclusione della colpevolezza, oppure una semplice circostanza attenuante, opzione, quest'ultima, per la quale sembra propendere la *Trial Chamber* nel caso in esame. Nella sentenza *Erdemović* sembra sia stata attribuita al costringimento psichico la natura di causa di esclusione

---

<sup>518</sup> L'ipotesi trova spazio, a titolo esemplificativo, in ICTY, *Erdemović*, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, § 15.

<sup>519</sup> E. VILLANI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto di Roma*, *op. cit.*, p. 111.

<sup>520</sup> Si veda una delle pronunce più recenti che hanno ripercorso questa tematica: ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 552, note 963 e 964: L'article 8 du Statut de Nuremberg énonce: «*Le fait que l'accusé a agi conformément aux instructions de son Gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige*». L'article 7 4) du Statut du TPIY est rédigé comme suit: «*Le fait qu'un accusé a agi en exécution d'un ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale mais peut être considéré comme un motif de diminution de la peine si le Tribunal international l'estime conforme à la justice*»; voir également l'article 6 4) du Statut du TPIR et l'article 6 4) du Statut du TSSL, qui contiennent des dispositions identiques. L'article 33 1) du Statut de la CPI dispose: «*Le fait qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été commis sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, n'exonère pas la personne qui l'a commis de sa responsabilité pénale, à moins que: a) Cette personne n'ait eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur en question; b) Cette personne n'ait pas su que l'ordre était illégal; et c) L'ordre n'ait pas été manifestement illégal. 2. Aux fins du présent article, l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal*».

<sup>521</sup> L. CAVICCHIOLI, *Il costringimento psichico come causa di esclusione della colpevolezza*, *op. cit.*, p. 375 nota 6. Il riferimento è al Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993), doc. S/25704, par. 57.

<sup>522</sup> Testualmente, «*The International Tribunal itself will have to decide on various personal defences which may relieve a person of individual criminal responsibility, such as minimum age or mental incapacity, drawing upon general principles of law recognized by all nations*», Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), *cit.*, § 58.

della colpevolezza<sup>523</sup>, anche se nell'evolversi del processo emerge il rifiuto del modello scusante, ammettendone soltanto il valore di attenuazione della pena<sup>524</sup>.

A ben vedere, la prassi della giurisprudenza internazionale aveva già collocato la coazione morale tra le ipotesi scusanti, perché i giudici avevano accolto la *defence of duress* non sulla base di un giudizio di bilanciamento, che è il baricentro della dimensione esimente, ma avendo riguardo alla pressione motivazionale che aveva condizionato il soggetto attivo del reato, dunque incentrando il giudizio sull'inesigibilità<sup>525</sup>.

È questa commistione che rende conto dell'assenza di proporzione.

Eppure per potere distinguere tra uno stato di necessità giustificante ed uno scusante risulta decisivo il requisito della proporzione: solo laddove sussista un bilanciamento oggettivo di interessi siamo di fronte ad una esimente e di contro, una volta disancorata la norma dalla comparazione di beni giuridici, si entra nell'orbita della colpevolezza<sup>526</sup>.

La componente essenziale di questa causa di esclusione della colpevolezza è stata individuata, in linea con la giurisprudenza anteriore, nell'assenza di scelta morale<sup>527</sup>.

I giudici hanno, sì, ammesso sul piano teorico l'invocabilità della costrizione morale come circostanza attenuante, negandone, però, la sussistenza, nel caso di specie<sup>528</sup>. Si pervenne, in conclusione, all'affermazione della piena responsabilità penale dell'imputato, senza però accertare l'esistenza, nella specie, dell'elemento soggettivo del reato, probabilmente per la difficoltà di provare il dolo specifico nei crimini contro l'umanità. Un tale accertamento si ritenne, forse, superfluo, data la dichiarazione di colpevolezza dell'imputato<sup>529</sup>.

È indubbio che la sentenza emessa in primo grado a carico di *Erdemović* abbia identificato i presupposti del costringimento psichico attraverso un disorganico e superficiale rinvio alla

---

<sup>523</sup> N. SELVAGGI, *Il caso Erdemović tra ordine del superiore e stato di necessità*, op. cit., p. 54, così motiva: mentre l'ordine *tout court* rileva come causa di giustificazione, l'ordine coatto coinvolge fattori incidenti sull'atteggiamento psicologico dell'agente, e quindi operanti sul terreno della colpevolezza.

<sup>524</sup> ICTY, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, Case n. IT-96-22-A, *Appeals Chamber, Disposition*, 7 October 1997 (in seguito ICTY, *Erdemović, Appeals Chamber, Disposition*), § 19. Sulla stigmatizzazione delle *policy considerations* si vedano, *infra*, le *dissenting opinion* dei giudici Cassese e Stephen.

<sup>525</sup> E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, op. cit., p. 121.

<sup>526</sup> E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, op. cit., p. 119. Si veda, in particolare la nota 70.

<sup>527</sup> Si veda G. MORGANTE, *La responsabilità dei capi e la rilevanza dell'ordine del superiore*, op. cit., p. 178: è proprio sull'assenza di scelta morale che si fonda l'unica conclusione ritenuta possibile, nelle *dissenting opinions*, sulla scorta della giurisprudenza internazionale: qualora l'ordine abbia ad oggetto lo sterminio di vittime innocenti, l'applicabilità della *duress* può essere invocata soltanto allorché l'inadempimento dell'ordine richieda un vero e proprio atto di eroismo personale, assolutamente inutile a salvare le vittime da una fine alla quale, comunque, non possono sottrarsi. Queste considerazioni sono rievocate nella *dissenting opinion* in ICTY, *Erdemović*, *Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese*, § 47: gli esempi proposti anticipano la conclusione che situazioni di questo tipo sono totalmente esonerative da responsabilità penale. Si veda anche E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, op. cit., p. 113

<sup>528</sup> Le uniche attenuanti riconosciute all'imputato sono state il rango subalterno rivestito e la giovane età al momento del fatto, l'ammissione di colpevolezza, il rimorso e l'atteggiamento collaborativo, nonché l'assenza di sua pericolosità e la sua emendabilità.

<sup>529</sup> Sono rilievi critici di L. CAVICCHIOLI, *Il costringimento psichico come causa di esclusione della colpevolezza*, op. cit., p. 393. Su tale eventualità, si pronuncia anche Antonio Cassese (ICTY, *Erdemović*, *Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese*, § 10).

giurisprudenza resa dai Tribunali militari americani, inficiata anche da una certa confusione terminologica nelle varie definizioni, ed è altrettanto indubbio che la decisione di secondo grado sia ugualmente censurabile<sup>530</sup>.

Infatti, di fronte all'assenza di una regola di diritto penale internazionale l'*Appeals Chamber* ha deciso di risolvere il punto controverso sulla base di considerazioni di politica criminale, concludendo che l'esimente della coercizione morale non poteva essere legittimamente applicata al soldato che, pur sotto minaccia, abbia provocato la morte di civili innocenti, con la conseguenza di considerare il costringimento morale, in caso di crimini contro l'umanità, come mera circostanza attenuante<sup>531</sup>.

Per comprendere le critiche sulle conclusioni di entrambi i gradi di giudizio, occorre ripercorrere i criteri che presiedono alla individuazione del costringimento psichico: l'imminenza del pericolo derivante dall'altrui minaccia, il pericolo non altrimenti evitabile, identità di comportamento di un uomo di normale ragionevolezza<sup>532</sup> in circostanze simili a quelle oggetto di giudizio, la non volontaria causazione della situazione di pericolo. Questi furono i requisiti proposti dall'accusa nel caso *Erdemović*, individuati in base ad un esame comparato delle legislazioni di vari Paesi, ma non tutti trasposti o ugualmente enfatizzati nella sentenza. Da una lettura più attenta della giurisprudenza risalente, in particolare quella relativa al caso *Krupp*<sup>533</sup>, dal quale sono stati tratti i requisiti della costrizione morale indicati nella sentenza *Erdemović*, sono stati enucleati altri criteri<sup>534</sup> dei quali il novero dell'accusa mancava: il riferimento ad una minaccia di violenza grave o di morte, con l'indicazione implicita del benevita ed integrità fisica, la proporzionalità<sup>535</sup> tra la gravità del crimine commesso e quello

---

<sup>530</sup> Sul primo profilo, diffusamente L. CAVICCHIOLI, *Il costringimento psichico come causa di esclusione della colpevolezza*, op. cit., pp. 380, 382, 393-395. Sul giudizio di secondo grado, invece, si veda ICTY, *Erdemović*, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese.

<sup>531</sup> ICTY, *Erdemović*, Appeals Chamber, *Disposition*. La decisione fu presa con tre voti favorevoli (dei giudici *McDonal*, *Li* e *Vorban*) e due contrari, dei giudici *Stephen* e Cassese.

<sup>532</sup> Si tratta del concetto di *reasonableness*, tratto dal diritto penale anglosassone, in base al quale, per potere invocare la costrizione morale è necessario provare che un uomo di normale fermezza di carattere, dotato delle medesime caratteristiche personali dell'autore del crimine, avrebbe, posto di fronte alla stessa minaccia, reagito in ugual modo.

<sup>533</sup> ICTY, *Erdemović*, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, § 43, nota 103: «*Dans les affaires bien connues portées devant les Tribunaux militaires des Etats-Unis siégeant à Nuremberg, Flick et Farben, il était question de plusieurs industriels allemands qui, dans le cadre du "programme de travail forcé" mis en place par les autorités allemandes, avaient utilisé des dizaines de milliers de prisonniers des camps de concentration et prisonniers de guerre. Ils avaient été accusés (en tant qu'auteur ou complice) d'avoir participé à la réduction à l'esclavage et à la déportation de civils étrangers sur une échelle immense. Ils avaient, notamment, été accusés d'avoir exploité cette main-d'oeuvre dans des conditions inhumaines. Les Tribunaux des Etats-Unis estimèrent que certains des accusés avaient agi sous la contrainte et les déclara non-coupables de ce chef d'accusation (pour l'affaire Flick, cf. Trial of Friedrich Flick and Five Others, Trials of War Criminals, vol. VI, p. 1197 et 1201; pour l'affaire Farben, cf. United States v. Carl Krauch, ibid., vol. VIII, p. 1175). Un autre tribunal américain, dans l'affaire Krupp, parvint à la conclusion inverse mais seulement en raison des faits (cfr. United States v. Alfred Krupp, ibid., vol. IX, p. 1439-1448)*».

<sup>534</sup> Si veda ICTY, *Erdemović*, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, § 16, nota 10.

<sup>535</sup> Nello stesso caso *Einsatzgruppe* (*Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10 (1946-1950)*, vol. 4, § 480) la Corte militare statunitense precisò che un requisito della *duress* doveva

minacciato, la non volontarietà della situazione che ha originato il costringimento psichico. Tra l'altro, un riferimento indiretto della sentenza di primo grado al requisito della volontarietà si può leggere solo nell'affermata rilevanza della volontaria partecipazione ad un'azione che non lasciava dubbi quanto ai suoi fini criminosi.

Da questi criteri discendono altri sottocriteri: ad esempio, con riguardo alla gravità e all'imminenza del pericolo, è oggetto di valutazione il grado di precisione della minaccia (il pericolo deve essere *clear and present, imminent*<sup>536</sup>, *real and inevitable*<sup>537</sup>) e l'effettiva sussistenza in capo al "coartatore" del potere di condurre ad effetto la minaccia stessa; con riferimento alla inevitabilità altrimenti della lesione minacciata si è tenuto conto della non ambiguità dell'ordine<sup>538</sup> e dell'eventuale discrezionalità consentita nell'attuarlo, nella misura in cui questa permettesse di impedire il compimento del crimine; quanto allo *status* personale del reo si è guardato al suo rango nella gerarchia militare<sup>539</sup> ed al rapporto di maggiore o minore prossimità gerarchica rispetto a chi gli ha impartito l'ordine<sup>540</sup>, ma anche al suo vissuto personale, che consente di fare emergere se il crimine è stato commesso nel solo intento di preservare la propria vita o integrità fisica, oppure sia stato determinato da altri contromotivi<sup>541</sup>, quali l'ambizione personale o il desiderio di compiacere il proprio superiore<sup>542</sup>, o di trarre qualsivoglia vantaggio, o da una semplice adesione morale al crimine<sup>543</sup>. Infine, sotto il profilo della responsabilità per la causazione del pericolo, ha assunto rilievo l'arruolamento volontario in corpi od organizzazioni militari notoriamente dedite al compimento di attività criminose<sup>544</sup>.

---

ravvisarsi nella necessaria proporzione tra il danno (*harm*) causato attraverso l'esecuzione dell'ordine criminoso ed il danno che sarebbe scaturito dall'inosservanza di tale ordine.

<sup>536</sup> Sulla disgiuntiva che oppone, nell'art. 31 StICC, il *continuing* all'*imminent*, si vedano le riflessioni già proposte *infra* trattando delle tecniche di formulazione normativa nella parte dedicata alla tipicità (Parte Seconda, Sezione I, Paragrafo 1).

<sup>537</sup> Cfr. rispettivamente *The Flick Case*, § 1201 e *Einsatzgruppen Case*, § 480.

<sup>538</sup> Può accadere non solo che il contenuto criminoso dell'ordine sia ambiguo, e che tale carattere sia collegabile all'ambiguità del dettato normativo dal quale promana, ma anche che l'ordine sia frazionato in una serie di istruzioni, ognuna delle quali non consenta immediatamente di risalire alla commissione di un genocidio, come nell'ipotesi di ordine militare di trasferimento di civili da una zona all'altra: sono riflessioni di N. SELVAGGI, *Dubbio sulla criminalità dell'ordine*, *op. cit.*, pp. 130 e 133-134.

<sup>539</sup> N. SELVAGGI, *Dubbio sulla criminalità dell'ordine*, *op. cit.*: è importante, infatti, interrogarsi sulla situazione dell'agente-subordinato (p. 127), in modo da dedurre la dominabilità personale del fatto offensivo (p. 124) e comprendere se sia possibile disattendere l'ordine e comportarsi conformemente alla legge (p. 128). Sulla invocabilità della *duress* in casi molto gravi in cui il destinatario dell'ordine rischi il *self sacrifice*, si veda G. MORGANTE, *La responsabilità dei capi e la rilevanza dell'ordine del superiore*, *op. cit.*, p. 177, nota 40.

<sup>540</sup> Si veda la sentenza della U.S. Military Commission in *Trial of Lieutenant-General Shigeru Sawada and three others*, in *Int. Law Reports*, vol. 13, p. 303.

<sup>541</sup> Per questo novero, si veda E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, *op. cit.*, p. 127.

<sup>542</sup> Motivazione particolarmente ricorrente. Si pensi a *Jelisić*: ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, Case n. IT-95-10-A, Appeals Chamber, Judgement, 5 July 2001 (in seguito ICTY, *Jelisić*, Appeals Chamber, Judgement), § 70, e allo zelo di *Eav* (ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 613).

<sup>543</sup> Si veda E. AMATI, *L'efficacia esimente dell'ordine del superiore*, *op. cit.*, p. 965 ss. Al fine di valutare l'adesione morale vengono considerate le modalità con cui viene impartito l'ordine e, soprattutto, i comportamenti che seguono ad un primo rifiuto di obbedire del subordinato: N. SELVAGGI, *Il caso Erdemović tra ordine del superiore e stato di necessità*, *op. cit.*, pp. 57-58.

<sup>544</sup> Per questa ricognizione, si veda L. CAVICCHIOLI, *Il costringimento psichico come causa di esclusione della colpevolezza*, *op. cit.*, p. 389, nota 51.

Se al tribunale per la ex-Jugoslavia spetta una sorta di primogenitura nell'elaborazione giurisprudenziale relativa all'ordine del superiore ed alle tematiche connesse, per avere deciso il caso *Erdemović*, a questa giurisprudenza si sono rifatte, molto più recentemente, le Camere Cambogiane nel già richiamato caso *Eav*<sup>545</sup>. Ma in tale caso il ruolo dell'imputato nell'attuazione delle politiche del Partito comunista di *Kampuchea* (CPK) è stato ritenuto una circostanza aggravante, mentre nel caso *Erdemović* i crimini commessi sotto minaccia e dietro ordini superiori era stata configurata come circostanza attenuante.

Eppure *Eav* ha descritto la struttura gerarchica nella quale aveva operato, sottolineando l'impossibilità di disobbedire per un gerarca di alto rango, poiché una defezione sarebbe stata interpretata come ostilità nei confronti dell'Esecutivo<sup>546</sup>. Ha altresì opposto il pericolo al quale avrebbe esposto la vita della propria famiglia nella ipotesi in cui un suo superiore avesse giudicato la sua condotta insoddisfacente<sup>547</sup>. Tuttavia, si è ritenuto che il costringimento psichico non potesse essere invocato, né come causa di esclusione della responsabilità penale, né come circostanza attenuante, perché l'imputato aveva attivamente e volontariamente<sup>548</sup> partecipato alla politica di terrore instaurata.

Analoghe considerazioni avrebbero potuto assumere rilievo anche nel caso *Erdemović*, che aveva deciso spontaneamente di entrare a far parte di un esercito in cui la commissione di atrocità era stata eretta a sistema nella conduzione delle operazioni militari, pur spinto dalle condizioni di bisogno in cui versava la propria famiglia, ma senza costrizioni<sup>549</sup>.

Tuttavia, spesso, simili valutazioni sono estranee al percorso giurisprudenziale compiuto, nonostante l'evidente necessità di introdurre delle *sequenze personalizzanti* sia per evitare di irrigidire eccessivamente il meccanismo di ascrizione della responsabilità<sup>550</sup>, sia per seguire un percorso argomentativo logico e consono alla precipua natura<sup>551</sup> dei crimini internazionali ed al contesto in cui vengono perpetrati, fattore prioritario nell'indirizzare il giudice sull'ammissibilità o meno di questa difesa. Si pensi al più recente caso *Šljivančanin*, in cui in ben due *separate opinions*<sup>552</sup> è stato affermato che l'imputato aveva l'obbligo di proteggere i prigionieri

---

<sup>545</sup> Si veda ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 554, nota 966, in cui viene rievocato, sinteticamente, il caso *Erdemović*.

<sup>546</sup> ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 555.

<sup>547</sup> ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 557.

<sup>548</sup> ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 557.

<sup>549</sup> È una osservazione di L. CAVICCHIOLI, *Il costringimento psichico come causa di esclusione della colpevolezza*, op. cit., p. 394. Considerazione analoga è rinvenibile in ICTY, *Erdemović*, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, § 50.

<sup>550</sup> N. SELVAGGI, *Dubbio sulla criminalità dell'ordine*, op. cit., p. 123; pp. 132-133. Il corsivo è nostro.

<sup>551</sup> E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, op. cit., p. 113.

<sup>552</sup> ICTY, *Prosecutor v. Šljivančanin*, Case n. IT-95-13/1-R.1, Appeals Chamber, 8 December 2010, *Separate opinion of Judges Meron and Güney*. Si riportano per esteso le parole del giudice Güney: «I wish to add my opinion to that of Judge Meron and uphold the validity of the legal conclusion stated in paragraph 74 of the Appeal Judgement, according to which any state agent responsible for prisoners of war ("Prisoners") has the continuous legal obligation to protect these Prisoners. The reversal of the Appeal Judgement as it relates to the factual conclusion on which the sentencing is based does not, in my opinion, alter in any way the

di guerra detenuti ad *Ovčara* e doveva, in particolare, impedire il trasferimento dei detenuti prima di essersi assicurato che non fossero sottoposti a maltrattamenti. L'ordine del coimputato *Mrkšić*, infatti, non lo dispensava dall'esercitare le sue funzioni di ufficiale. La stessa *Appeals Chamber* ha concluso che in certe circostanze un ufficiale deve, nella misura in cui i mezzi a sua disposizione glielo consentano, andare al di là dell'autorità di cui è investito e rifiutarsi di eseguire un ordine criminoso.

Eppure il rilievo di primo piano che hanno assunto le *policy considerations*, che hanno condotto anche il secondo grado del giudizio *Erdemović* verso l'epilogo prospettato dall'accusa, sia pure attraverso percorsi differenti<sup>553</sup>, ha fatto ritenere che la sentenza sia la manifestazione più evidente del pragmatismo dei Tribunali penali internazionali, che prevale sulla meticolosità<sup>554</sup>.

Se questo pragmatismo risponda ad esigenze eminentemente repressive o sia rispettoso della logica giuridica<sup>555</sup>, può essere occasione di ulteriore dibattito.

### **3.2. Al di là dell'ordine manifestamente criminoso: la command responsibility**

La *command responsibility* trova la sua genesi nell'evoluzione delle tecniche belliche, nel diritto internazionale umanitario e nelle riflessioni della dottrina<sup>556</sup>. Il principio secondo il quale il superiore è responsabile del comportamento dei suoi subalterni, viene fatto risalire al secondo

---

*legal reasoning behind the aforementioned legal principle. The Appeals Chamber issues the following legal conclusion: The Appeals Chamber therefore considers that Šljivančanin was under a duty to protect the prisoners of war held at Ovčara and that his responsibility included the obligation not to allow the transfer of custody of the prisoners of a war to anyone without first assuring himself that they would not be harmed. Mrkšić's order to withdraw the JNA troops did not relieve him of his position as an officer of the JNA. This legal conclusion reverses that of the Trial Chamber, which limited Šljivančanin's responsibility to the period preceding the order to withdraw the troops assigned to secure the Prisoners. In my opinion, this transfer, therefore, invested the agents of the Detaining Power with the responsibility to ensure the continued protection of the Prisoners in order to prevent them from exonerating themselves of such a responsibility by way of transferring it to another authority».*

<sup>553</sup> È una osservazione che si può leggere in ICTY, *Erdemović*, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, § 18.

<sup>554</sup> Sono le parole dei giudici *Mc-Donald* e *Vorban*, che approvarono, insieme al giudice *Li*, il provvedimento.

<sup>555</sup> Il giudice Cassese, nella sua *dissenting opinion* (ICTY, *Erdemović*, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese), ritiene di no. Questo il percorso logico seguito dal giudice: considerato che, nel diritto penale internazionale la *duress* è generalmente riconosciuta come esimente e che non esiste nessuna norma di diritto internazionale consuetudinario capace di escludere l'applicabilità della *duress* ai crimini in esame, la soluzione più corretta, sul piano logico e giuridico, sarebbe stata quella di applicare la norma generale e, quindi, riconoscere efficacia esimente alla coercizione stessa. Infatti, se non è provata l'esistenza di una eccezione ad una regola, bisogna applicare la regola generale. Né può rappresentare un ostacolo il fatto che siano state uccise delle vittime innocenti. Cassese cita i casi *Touvier et Papon*, decisi da un tribunale francese, il caso *Retzlaff et consorts*, deciso da un tribunale sovietico, numerosi casi decisi da corti britanniche ed infine il caso *Priebke*, deciso da un tribunale italiano e che si conclude con una affermazione totale di responsabilità dell'imputato, ritenendo che potesse sottrarsi all'ordine manifestamente criminoso, ma che, in base alle risultanze processuali, avesse voluto obbedire «per una spinta criminosa frutto della immarcescibile certezza di essere nel “giusto” prima che soltanto nel “doveroso” in base ad una professione di fede con cui egli riempie con coerenza la propria vita, sino ad oggi»: così, testualmente, si legge nella decisione della Corte Militare di Appello. Le considerazioni di politica criminale a monte della decisione di secondo grado nel caso *Erdemović*, sono da ritenere estranee ai compiti che il Tribunale penale internazionale dovrebbe svolgere.

<sup>556</sup> Per questa origine composita e per le riflessioni che seguiranno, si veda G. MORGANTE, *La responsabilità dei capi e la rilevanza dell'ordine del superiore*, *op. cit.*, p. 152.

dopoguerra<sup>557</sup>, ha seguito l'evoluzione della natura dei conflitti bellici, a partire dalla Guerra dei Trent'anni, alla quale spetta la primogenitura dell'organizzazione gerarchizzata delle truppe, dai battaglioni, ai reggimenti centrali, alle altre unità periferiche. In questa organizzazione, aumentando la spendita della delega verso il basso, veniva, contemporaneamente valorizzato il ruolo del superiore.

A volere trasporre questa situazione fattuale in termini penalistici, si può dire che la posizione di garanzia, in specie di controllo, dei superiori, si affermò proprio come conseguenza della decentralizzazione delle forze armate, che consentiva di identificare proprio nei comandanti delle unità periferiche gli osservatori privilegiati dei subalterni.

La natura giuridica di tale responsabilità, il cui disvalore è enfatizzato rispetto a quella dei subalterni<sup>558</sup>, è ancora oscillante<sup>559</sup>: da responsabilità per fatto del subordinato, a responsabilità *sui generis*<sup>560</sup> per inadempimento del dovere di controllo dell'operato dei subordinati, a responsabilità per complicità, nella forma del concorso morale o materiale<sup>561</sup>.

Sul versante definitorio, si sono alternate diverse opzioni: *responsibility for a fact committed by others* (responsabilità per fatto dei subordinati)<sup>562</sup>, di cui si rinviene una trasposizione normativa negli statuti dei Tribunali *ad hoc*<sup>563</sup>; *type of individual criminal responsibility for the illegal acts of subordinates*<sup>564</sup>; *type of imputed responsibility o indirect responsibility*<sup>565</sup>, e, infine, *dereliction of duty*, in presenza di una rimproverabile *failure to perform an act required by international law*<sup>566</sup>.

---

<sup>557</sup> ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case n. IT-01-48-T, Trial Chamber I, Section A, Judgement, 16 November 2005, § 42 (in seguito ICTY, *Halilović*, Trial Chamber I). La dottrina più attenta, tuttavia, data in maniera risalente l'origine della responsabilità da comando: si veda G. MORGANTE, *La responsabilità dei capi e la rilevanza dell'ordine del superiore*, *op. cit.*, p. 152. L'Autrice, (rifacendosi all'opera di Telford Taylor, *Die Nürnberger Prozesse*, München, 1994, p. 103) fa risalire l'origine di tale responsabilità alla Guerra dei Trent'anni, che segnò l'organizzazione delle truppe secondo una *chain of command* gerarchicamente organizzata.

<sup>558</sup> «The criminal culpability of those leading others is higher than those who follow» (ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković* ("Foča" Case), Trial Chamber II, Judgement, § 863.

<sup>559</sup> Si veda R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, *op. cit.*, p. 352, nota 7: l'Autrice sottolinea come l'alternativa tra una qualificazione della responsabilità del superiore in termini di *mode of liability* (una forma di responsabilità) per i crimini dei subordinati o di *separate offence for failure to discharge his duty of control* sia stata già rilevata dai Tribunali del secondo dopoguerra, e successivamente dai Tribunali *ad hoc*. Per la giurisprudenza, ICTY, *Halilović*, Trial Chamber I, § 53.

<sup>560</sup> ICTY, *Halilović*, Trial Chamber I, § 78. A sottolineare come «A debate has recently been taking place at the crimes of subordinates or is a sui generis responsibility for dereliction of duty» (ICTY, *Halilović*, Trial Chamber I, § 42-54) S. DARCY, *The doctrine of Superior Responsibility*, in A.A.V.V., *Rethinking International Criminal Law -The Substantive Part-*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007, p. 131 ss.

<sup>561</sup> ICTY, *Halilović*, Trial Chamber I, § 42-43.

<sup>562</sup> ICTY, *Halilović*, Trial Chamber I, § 54; ICTY, *Prosecutor v. Emver Hadžibasanović and Amir Kubura*, Case n. IT-01-47-T, Trial Chamber, 15 March 2006 (in seguito ICTY, *Hadžibasanović and Kubura*, Trial Chamber), § 69-75.

<sup>563</sup> Alla luce della formulazione degli artt. 7 § 3 StICTY e 6 § 3 StICTR, appare netta l'afferenza della responsabilità del superiore al fatto dei subordinati: così R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, *op. cit.*, p. 365.

<sup>564</sup> ICTY, *Delalić and others* (Čelebići case), Trial Chamber, Judgement, § 331.

<sup>565</sup> ICTY, *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić (alias «Pavo»), Hazim Delić and Esad Landžo (alias «Zenga»)* (Čelebići case), Case n. IT-96-21-A, Appeals Chamber, Judgement, 20 February 2001 (in seguito ICTY, *Prosecutor v. Delalić and others* (Čelebići case), Appeals Chamber, Judgement), § 225.

<sup>566</sup> ICTY, *Halilović*, Trial Chamber I, § 54; ICTY, *Hadžibasanović and Kubura*, Trial Chamber, § 69-75; ICTY, *Prosecutor v. Naser Orić*, Case n. IT-03-68-A, Appeals Chamber, Judgement, 3 July 2008 (in seguito ICTY, *Orić*, Appeals Chamber, Judgement), § 293.

L'avvicinarsi di queste definizioni<sup>567</sup>, non ha prodotto effetti puramente terminologici. Infatti, la costruzione della fattispecie incentrata sulla *dereliction of duty* ha il merito di riportare l'istituto della responsabilità da comando nell'alveo della responsabilità per fatto proprio colpevole, ma ha il demerito di non sciogliere il nodo gordiano del nesso tra la colpevole omissione del superiore ed il crimine realizzato dai subordinati.

Certo è che, quando la responsabilità a titolo di superiore gerarchico convive con una responsabilità derivante da una partecipazione diretta al crimine, è quest'ultima a fondare l'imputazione, mentre la *command responsibility* viene degradata ad aggravante<sup>568</sup>.

È frequente che la *command responsibility* venga marginalizzata, prediligendo gli istituti del concorso di persone o della *Joint Criminal Enterprise*, nonostante presentino non pochi punti di attrito con i principi della responsabilità penale.

Discutibilmente, si assiste addirittura al cumulo delle responsabilità, configurando, in capo al gerarca, contestualmente responsabilità diretta e responsabilità da comando. È anche l'ampiezza della nozione di complicità a rendere fluidi i confini tra responsabilità per concorso e responsabilità da comando e a determinare imputazioni duplici, a tratti stigmatizzate dalla giurisprudenza<sup>569</sup>.

Nonostante sia ormai pacifico che i comandanti militari e le altre persone investite di un potere gerarchico possono essere ritenute penalmente responsabili degli atti delittuosi dei loro subalterni, e ciò in virtù di una regola consolidata del diritto internazionale consuetudinario e convenzionale<sup>570</sup>, la *command responsibility* è probabilmente, una delle tematiche più controverse, non solo in dottrina, ma anche in giurisprudenza.

Lo dimostra lo scarto esistente tra le soluzioni offerte dai Tribunali *ad hoc* e quelle della Corte penale internazionale, nonché l'ambiguità di queste ultime. La ragione è da rinvenire nella natura massiva dei crimini internazionali, e nelle difficoltà insite nel controllo da operare nei macro-livelli.

Basti pensare al caso *Yamashita*, dichiarato responsabile dalla Corte suprema degli Stati Uniti per avere permesso ai suoi uomini di commettere delle atrocità<sup>571</sup>. Nella sua *dissenting opinion* il

---

<sup>567</sup> Per le quali si rinvia, diffusamente, a R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, op. cit., pp. 351, 355-357, 360, 361.

<sup>568</sup> ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 539, richiamando la giurisprudenza: ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case n IT-95-14-PT, Pre-Trial Chamber, 4 April 1997 (in seguito ICTY, *Blaškić*, Pre-Trial Chamber), § 91; ICTR, *Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli*, Case n° ICTR-98-44A-A, Appeals Chamber, Judgement, 23 May 2005 (in seguito ICTR, *Kajelijeli*, Appeals Chamber, Judgement), § 85.

<sup>569</sup> ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 337. In tale pronuncia il Tribunale viene obbligato ad esercitare una scelta, optando per il titolo di imputazione più adatto tra i due. Altre sentenze di analogo tenore: ICTY, *Blaškić*, Appeals Chamber, Judgement, § 91; ICTY, *Brđanin*, Trial Chamber II, § 284-285; ICTY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, Judgement, § 173; ICTY, *Orić*, Appeals Chamber, Judgement, § 343.

<sup>570</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 333.

<sup>571</sup> Trial of General Tomoyuki Yamashita, United States Military Commission, Manila, 8 October-7 December 1945, Case n. 21, IV Law Reports of Trials of War Criminals 1, §13. Per una rievocazione critica dell'episodio, tra

giudice *Murphy* fondò il suo dissenso rispetto al verdetto, sulla base dell'assenza di conoscenza in cui versava l'imputato, nonché la mancanza di legami diretti con le atrocità commesse.

Non molto è cambiato dalla giurisprudenza più datata, al recentissimo caso *Dorđević*<sup>572</sup>, che ha declinato i fattori che presiedono alla sussistenza di un controllo effettivo: potere *de jure*, conoscenza precisa degli eventi, ruolo-cardine nel coordinamento delle operazioni, presenza sul territorio, ruolo attivo nelle operazioni e informative ricevute contestualmente ai fatti costituenti crimini internazionali.

Come accennato, sul piano normativo, la responsabilità del superiore è riconducibile a due diversi paradigmi: quello della responsabilità diretta, conseguente ad un personale contribuito, materiale o morale, disciplinati rispettivamente, dall'art. 25 § c) e b), e la responsabilità da comando, disciplinata dall'art. 28 StICC. Quest'ultimo prevede la responsabilità "indiretta" dei superiori per i crimini commessi dai subordinati, strutturata in forma sussidiaria rispetto a quella "diretta" corrispondente alla emanazione di ordini (art. 25 comma 3, lett. b) o alla partecipazione in organizzazioni criminali (art. 25 comma 3, lett. d)<sup>573</sup>.

Sotto il profilo formale, la disposizione si divide in due parti, cui corrispondono due diverse discipline: la prima riguardante le relazioni di subordinazione militare; la seconda, accessoria, concernente tutti i superiori non militari (paramilitari, vertici di milizie irregolari, di bande armate, civili e politici).

L'art. 28 StICC contempla una specifica forma di responsabilità del superiore gerarchico per i crimini commessi dai suoi subordinati, interpretata dalla dottrina, sulla base della struttura della fattispecie, come una forma di concorso omissivo colposo del superiore nei reati dei subordinati o come forma di responsabilità autonoma per agevolazione colposa di un reato doloso. Sulla base di tale norma, si mira fondamentalmente a criminalizzare l'inerzia dei comandanti e superiori gerarchici, affermando così la responsabilità del superiore per avere reso possibile o più agevole ai subordinati, per negligenza o superficialità, la commissione di reati che aveva il dovere di impedire o per non avere provveduto alla loro punizione<sup>574</sup>.

A fronte della matrice spesso omissiva della responsabilità del superiore, sottolineata dalla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*<sup>575</sup>, non si può fare a meno di ricordare un'altra *dissenting*

---

i "Problematic Aspects of Superior Responsibility", si veda S. DARCY, *The doctrine of Superior Responsibility*, *op. cit.*, pp. 139-142.

<sup>572</sup> ICTY, *Prosecutor v. Dorđević*, Case n. IT-05-87/1, Trial Chamber, 23 February 2011, Summary of Judgement.

<sup>573</sup> Si veda, in tal senso, D. PIVA, *Responsabilità penale individuale e collettiva*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, II. Studi*, *op. cit.*, pp. 19 ss., pp. 28 e 63. L'Autore si sofferma sulla distinzione tra la responsabilità da comando "diretta", per atti positivi di ordine, ed una indiretta, per mancata prevenzione e/o repressione dei crimini commessi dai subordinati, emersi nella giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, a partire dal *leading case* ICTY, *Prosecutor v. Delalić and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement.

<sup>574</sup> In tal senso si veda A. VETRI, *La responsabilità penale al vaglio della Corte penale internazionale: punti fermi e questioni irrisolte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2010, pp. 252 ss. p. 281, nota 70.

<sup>575</sup> ICTY, *Aleksovski*, Trial Chamber, Judgement, § 67: «La théorie de la responsabilité du supérieur hiérarchique fait peser la responsabilité pénale sur un supérieur non en raison de ses actes, sanctionnés sur la base de l'article 7 1) du Statut, mais en raison de

*opinion*, che si muove sulla stessa falsariga garantistica della precedente: quella del giudice *Shahabuddeen* nel caso *Hadžihasanović*<sup>576</sup>, che sottolinea come il superiore gerarchico non debba essere ritenuto responsabile dei crimini commessi dai subalterni in assenza di elemento soggettivo e di qualsivoglia tipo di partecipazione alla realizzazione del fatto tipico, a meno che, appunto, non sapesse o avesse modo di sapere.

In tale ottica, è stato precisato che i superiori non possono essere ritenuti responsabili per i crimini commessi prima di essere investiti del potere e di essere in grado di esercitarlo effettivamente<sup>577</sup>. Tuttavia, non mancano orientamenti più restrittivi e probabilmente più funzionali ad esigenze repressive<sup>578</sup>.

La sentenza *Hadžihasanović* è solo una delle tre importanti sentenze che la *Appeals Chamber* del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia ha recentemente emesso a proposito della *command responsibility*, oltre alle sentenze *Orić* e *Strugar*<sup>579</sup>.

Anche dalla lettura degli Statuti dei Tribunali penali internazionali, oltre che dalla giurisprudenza, è dato estrapolare i presupposti della responsabilità del superiore: il legame di subordinazione; l'elemento soggettivo costituito dalla conoscenza effettiva ("sapeva") o potenziale («aveva ragione di sapere»<sup>580</sup>) ed il venire meno all'obbligo di prevenire o punire i subalterni<sup>581</sup>.

---

*ses abstentions: un supérieur hiérarchique est tenu responsable des actes de ses subordonnés s'il n'a pas, soit empêché les violations criminelles commises par ses subordonnés, soit puni les auteurs de ces violations*». Altresì si vedano ICTY, *Delalić and others* (*Čelebići case*), Trial Chamber, Judgement, § 346; ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 294, § 484; ICTY, *Aleksovski*, Appeals Chamber, Judgement, § 72. Vedere anche ICTY, *Kordić and Čerkez*, Appeals Chamber, Judgement, § 827; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prvać* ("Omarska and Keratem Camps"), Trial Chamber I, § 401.

<sup>576</sup> ICTY, *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Case n. IT-01-47-T, Trial Chamber, *Decision on the Defence Motion on Jurisdiction* (in seguito ICTY, *Decision Hadžihasanović on the Defence Motion on Jurisdiction*), § 32.

<sup>577</sup> ICTY, *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Case n. IT-01-47-AR72, *Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility*, 16 July 2003, § 51.

<sup>578</sup> ICTY, *Orić*, Appeals Chamber, Judgement, § 167.

<sup>579</sup> ICTY, *Orić*, Appeals Chamber, Judgement e ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case n. IT-01-47-A, Appeal Judgement, 17 July 2008, § 34, § 55, § 60.

<sup>580</sup> Si veda come si atteggiava tale presupposto nei progetti riportati nel contributo di S. DARCY, *The doctrine of Superior Responsibility*, *op. cit.*, p. 131 ss.: «*In the case of the Statutes of the ad hoc Tribunals the standard is that an accused "knew or had reason to know" that crimes had been or were about to be committed. Around the time of the adoption of the ICTY Statute, the Commission of Experts felt that was needed on the part of a superior is: a) actual knowledge b) such serious personal dereliction or the part of the commander as to constitute wilful and wanton disregard of the possible consequences, or c) an imputation of constructive knowledge, that is, despite pleas to the contrary, the commander, under the facts and circumstances of the particular case, must have known of the offences charged and acquiesced therein*» (Final Report of the Commission of Government Experts, U.N. Doc. S/1994/674, 27 May 1994, § 56, reprinted in M. CHERIF BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law-Vol. III: Enforcement*, 2<sup>nd</sup> Edition, (Ardsley, New York, Transnational Publishers, 1999, 443, § 58).

<sup>581</sup> ICTY, *Delalić and others* (*Čelebići case*), Trial Chamber, Judgement, § 346. Nello stesso senso ICTY, *Halilović*, Trial Chamber I, § 56 in cui sono stati estrapolati i tre elementi della *command responsibility doctrine*: A) *the existence of a superior-subordinate relationship*; B) *that the superior knew or had reason to know that subordinates had or were about to commit criminal acts, and C) the superior did not take the necessary and reasonable measures to prevent those crimes or to punish the perpetrators*.

Il legame di subordinazione, fosse anche temporaneo<sup>582</sup>, indiretto o mediato<sup>583</sup>, è la fonte della posizione di garanzia, dunque dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, perché è in tale legame che riposa il potere del superiore di controllare<sup>584</sup> i subordinati. Il vincolo superiore-subalterno è direttamente legato al problema della identificazione dei subordinati<sup>585</sup>.

Al legame di subordinazione si aggiunge, per i superiori civili o politici, l'“inerenza” dei crimini commessi dal subordinato alla propria attività di servizio, il che però rischia di introdurre una disparità di trattamento rispetto alle altre ipotesi<sup>586</sup>.

Tra l'altro, non è detto che debba essere presente una posizione di garanzia, perché in molti casi la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* prescinde da essa, riconoscendo carattere agevolatore anche alla condotta omissiva di chi non era obbligato ad impedire i crimini, in mancanza della relazione superiore-subordinato o di altra fonte dell'obbligo di agire<sup>587</sup>.

In tal modo, si introduce una deroga ai presupposti fondamentali della responsabilità omissiva ed un discutibile ampliamento degli estremi della responsabilità concorsuale.

Sembrerebbe essere richiesto, per configurare la responsabilità omissiva, un dovere di agire da rinvenire al di là del diritto penale *stricto sensu* inteso<sup>588</sup>, dunque una posizione di garanzia, la cui fonte è variamente individuata: dalle leggi e consuetudini di guerra per la *Appeals Chamber* del

---

<sup>582</sup> ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković* (“Foča” Case), Trial Chamber II, Judgement, § 399: il carattere temporaneo di una unità militare non basta di per sé ad escludere un legame di subordinazione tra i membri di questa unità ed il suo comandante.

<sup>583</sup> ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case n. IT-01-42-T, Trial Chamber II, Judgement, 31 January 2005 (in seguito ICTY, *Strugar* Trial Chamber II, Judgement) § 363. Sul caso *Strugar* si veda la ricostruzione di S. DARCY, *The doctrine of Superior Responsibility*, *op. cit.*, p. 131 ss. L'Autore lo ritiene uno dei più chiari esempi dello *standard* soggettivo richiesto per il superiore nei processi internazionali: lo standard “had reason to know” fu applicato dall'ICTY nel 2005 nei confronti del luogotenente generale dell'Esercito popolare jugoslavo *Strugar*, in relazione ai crimini commessi durante un attacco su *Dubrovnick* nel dicembre del 1991. Informato che gli ordini precedenti erano stati eseguiti con fin troppo zelo militare fino a sfociare nel reato e del fatto che sussisteva il rischio che i suoi subordinati ne commettessero ulteriori, aveva ommesso di adottare le misure necessarie e ragionevoli per porre fine agli atti criminali e consegnare alla giustizia i colpevoli, e fu condannato a otto anni di carcere.

<sup>584</sup> «*The first element of superior responsibility, the superior-subordinate relationship, must involve the superior having the power to control or influence the acts of subordinates*»: ICTR, *Bagilishema*, Trial Chamber I, Judgement, § 37.

<sup>585</sup> *The Appeals Chamber in the Orić case held that, while it is not necessary to identify the subordinates in person, at least “their existence” must be established before superior responsibility can arise* (ICTY, *Orić*, Appeals Chamber, Judgement, § 35). *The Appeals Chamber reversed the conviction of Orić for crimes committed by the Military Police because the Trial Chamber did not mention the potentially culpable members of the Military Police but only established the existence of the Military Police as an entity* (ICTY, *Orić*, Appeals Chamber, Judgement, § 35). *The identification of the subordinates and finding of their criminal responsibility is particularly important in cases where subordinates of the accused are alleged to be criminally responsible for the crimes of direct perpetrators who are not subordinates of the accused* (ICTY, *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, Case n. IT-02-60-A, Appeals Judgement, 9 May 2007, § 280, 281). Per questa ricognizione giurisprudenziale si rinvia, più diffusamente, a ELEWA BADAR e KARSTEN, *Current Developments at the International Criminal Tribunals*, *op. cit.*, p. 238.

<sup>586</sup> D. PIVA, *Responsabilità penale individuale e collettiva*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>587</sup> ICTR, *Kayshema and Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement, § 200; ICTY, *Boškoski and Tarčulovski*, Trial Chamber II, § 402; ICTY, *Brđanin*, Trial Chamber II, § 537.

<sup>588</sup> «*Common ground would seem to be that criminal responsibility for omission requires a duty to act*; «...quite a few national legal systems use legal duties from beyond the criminal law as a constituent element to establish criminal liability for omission»: così, testualmente, BERSTER, “*Duty to Act*” and “*Commission by Omission*”, in *Int. Crim. L. Rev.*, 2010, Vol. 10, n. 5, p. 619 ss., pp. 621 e 625.

caso *Mrkešić*<sup>589</sup>, al diritto internazionale umanitario, alle posizioni di autorità o alla situazione di pericolo precedentemente cagionata per la *Trial Chamber* nel caso *Orić*<sup>590</sup>. Fino al caso *Šljivančanin*<sup>591</sup>, in cui è stato invocato il diritto dei conflitti armati. Il minimo comune denominatore di questa giurisprudenza è proprio essere tutta diretta alla ricerca di una fonte dell'obbligo di agire, rinvenuto perfino nei diritti nazionali, individuando, invece, nelle leggi e consuetudini di guerra una fonte alternativa.

La stessa casistica sulla configurazione del dovere di agire è piuttosto ricca ma spicca soprattutto il dovere di agire incardinato sulla responsabilità da posizione: si pensi al caso *Mucić*<sup>592</sup> ed al caso *Bala*<sup>593</sup>.

Se, sul versante della responsabilità penale individuale, prima ferma sulla perpetrazione fisica e personale del crimine<sup>594</sup>, si nota che è stato compiuto un ampliamento della nozione di “*commission*”<sup>595</sup>, tendenze contrastanti si rinvengono sul versante della giurisprudenza sulla *commission by omission*<sup>596</sup>.

Ma la stessa giurisprudenza tenta di arginare simili tendenze richiedendo che la *commission by omission* presupponga un obbligo di agire<sup>597</sup>. La dottrina, invece, ritiene che la questione della posizione di garanzia sia marginale se si considera che l'art. 28 StICC non sancisce una clausola generale di estensione della punibilità attraverso l'asserita equivalenza tra l'agire e l'omettere, ma procede alla tipizzazione, anche se incompleta, della fattispecie omissiva, attraverso

---

<sup>589</sup> ICTY, *Prosecutor v. Mrkešić-Šljivančanin*, Case n. IT-95-13/1-A, Appeals Chamber, Judgement, 5 May 2009 (in seguito ICTY, *Mrkešić-Šljivančanin*, Appeals Chamber, Judgement), § 151.

<sup>590</sup> ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case n. IT-03-68-T, Trial Chamber II, Judgement, 30 June 2006 (in seguito ICTY, *Orić*, Trial Chamber II, Judgement), § 304.

<sup>591</sup> ICTY, *Mrkešić and Šljivančanin*, Appeals Chamber, Judgement, nota 526.

<sup>592</sup> In *Čelebići*, the Trial Chamber held that the defendant Mucić had been in a position of de facto superior authority over the Čelebići-prison camp and, by virtue of his position, was primarily responsible for the detainees' living-conditions. By withholding adequate food, water, health-care and sanitary facilities from those under his control, Mucić was found to have participated in maintaining the inhumane conditions that prevailed at the prison-camp: ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 1123. In merito, con note critiche, si veda BERSTER, “*Duty to Act*” and “*Commission by Omission*”, *op. cit.*, p. 639.

<sup>593</sup> «In *Limaj et al.*, defendant Bala was found guilty for having participated in cruel treatment by omission in that he failed to satisfy the basic needs of detainees under his control: ICTY, *Limaj, Bala and Musliu*, Trial Chamber II, § 652. Per rilievi critici si veda anche BERSTER, “*Duty to Act*” and “*Commission by Omission*”, *op. cit.*, p. 639.

<sup>594</sup> ICTY, *Vasiljević*, Trial Chamber II, Judgement, § 62.

<sup>595</sup> Si pensi al caso *Seromba*, in cui l'imputato è stato ritenuto responsabile, in quanto autore principale, a prescindere dalla perpetrazione diretta e fisica del crimine, in ciò rivestendo un ruolo rilevante la *mens rea* (ICTR, *Prosecutor v. Seromba*, Case n. ICTR-2001-66-A, Appeal Judgement, 12 March 2008, § 161, § 171, § 172, § 174, § 181, § 182, § 185, § 190), riprendendo la giurisprudenza dello stesso Tribunale a proposito di azioni che costituiscono parte integrante della commissione del crimine facendo assumere all'autore un ruolo centrale nello stesso: ICTR, *Prosecutor v. Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-A, Appeals Chamber, Judgement, 7 July 2006 (in seguito ICTR, *Gacumbitsi*, Appeals Chamber, Judgement), § 206.

<sup>596</sup> Si veda, diffusamente, in merito: L. C. BERSTER, “*Duty to Act*” and “*Commission by Omission*”, *op. cit.*, pp. 619-646.

<sup>597</sup> ICTY, *Galić*, Appeals Chamber, § 175; ICTY, *Blaškić*, Appeals Chamber, Judgement, § 663; ICTR, *Prosecutor v. Ntagerura and others*, Case n. ICTR-99-46-A, Appeals Chamber, 7 July 2006 (in seguito ICTR, *Ntagerura and others*, Appeals Chamber), § 659; ICTY, *Mrkešić-Šljivančanin*, Appeals Chamber, Judgement, § 134-146-147; ICTY, *Prosecutor v. Popović and others*, Case n. IT-05-88-T, Trial Chamber II, 10 June 2010 (in seguito ICTY, *Popović and others*, Trial Chamber II) § 1019.

l'individuazione del soggetto obbligato, la descrizione della condotta doverosa e l'indicazione dello specifico elemento soggettivo<sup>598</sup>.

Il controllo deve essere effettivo, e deve tradursi nella possibilità materiale di impedire o di punire un comportamento criminale<sup>599</sup>. Tale capacità può trovare il suo fondamento nelle funzioni ufficiali, nel potere *de jure* o *de facto*<sup>600</sup>, e nel posto occupato in seno alla gerarchia militare o politica<sup>601</sup>. Neanche un'«influenza apprezzabile» può essere paragonata ad un controllo effettivo, tratto da indici specifici<sup>602</sup>.

Il fatto che sussista un potere *de jure* non implica, almeno fino a prova contraria, l'effettività del controllo<sup>603</sup>. L'*Appeals Chamber* nel caso *Hadžibasanović and Kubura* ha confermato l'orientamento *Čelebići*, ed ha altresì escluso presunzioni legali ed inversioni dell'onere della prova in merito<sup>604</sup>.

Anche nel caso *Orić* è stato confermato che il potere *de jure* non è sinonimo di controllo effettivo, è solo uno dei fattori da cui inferire l'esistenza dell'effettività del controllo<sup>605</sup>.

---

<sup>598</sup> R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, op. cit., p. 348, nota 2. Inoltre, l'Autrice rileva una peculiarità: mentre la prima fonte della *command responsibility* è il diritto consuetudinario (p. 355, nota 11) lo stesso non contempla la clausola di equivalenza, che equipara agire ed omettere (p. 44).

<sup>599</sup> In merito si vedano ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 378; ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 491; ICTR, *Kayshema e Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement, § 222. La nozione di "Effective control" è stata così definita: «The material ability to prevent and punish criminal conduct», ICTY, *Delalić & Others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 198, § 256; ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 540, richiamando la giurisprudenza: ICTR, *Bagilishema*, Trial Chamber I, Judgement, § 61; SCSL, *Brima, Kamara and Kanu*, Appeals Chamber, Judgement, § 257.

<sup>600</sup> Per i riferimenti alla *de jure or de facto authority*, si veda ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 378; ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 491; ICTR, *Kayshema e Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement, § 216, 222; ICTR, *Musema*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 148; ICTY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, Judgement, § 93; ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 540, citando la giurisprudenza: ICTY, *Delalić & Others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 191-192; ICTR, *Kajelijeli*, Appeals Chamber, Judgement, § 85.

<sup>601</sup> ICTY, *Kordić and Čerkez*, Trial Chamber, Judgement, § 418-424.

<sup>602</sup> ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 541, che rinvia alla giurisprudenza: ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 364-378; ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, Case n. ICTR-95-1A-A, Appeals Chamber, Judgement, 3 July 2002 (in seguito ICTR, *Bagilishema*, Appeals Chamber, Judgement), § 61: «La Camera d'Appello ripete che il criterio applicabile in ogni caso consista nel sapere se l'imputato esercitasse o meno un controllo effettivo sui suoi subordinati».

<sup>603</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 197.

<sup>604</sup> ICTY, *Prosecutor v. Hadžibasanović and Kubura*, Case n. IT-01-47-A, Appeals Chamber, Judgement, 22 April 2008 (in seguito ICTY, *Hadžibasanović and Kubura*, Appeals Chamber, Judgement), § 21.

<sup>605</sup> ICTY, *Orić*, Appeals Chamber, Judgement, § 91, § 92 e ICTY, *Hadžibasanović and Kubura*, Appeals Chamber, Judgement, § 189. Collegata alla questione del controllo effettivo, anche la questione dei distaccamenti militari che siano sottoposti all'autorità di un superiore gerarchico. Per una approfondita trattazione in merito si veda ELEWA BADAR e KARSTEN, *Current Developments at the International Criminal Tribunals*, op. cit., p. 239: *Both in the Hadžibasanović and Kubura case and in the Delić case, it was in dispute whether the accused exercised effective control over Mujahedin detachment, which fought alongside with the units of the accused, and whether the accused were responsible for crimes committed by these detachments. The issue was whether the accused bear responsibility since they benefited militarily from the cooperation with those units. The Appeals Chamber clarified that the alleged benefit from the cooperation with other units is not a relevant factor when assessing whether the superior had effective control (ICTY, Hadžibasanović and Kubura, Appeals Chamber, Judgement, § 189). It added that it may entail "some form of responsibility" if "the particulars of such responsibility are adequately pleaded in an Indictment". However, ultimately the superior responsibility is only triggered upon a showing of effective control (ICTY, Hadžibasanović and Kubura, Appeals Chamber, Judgement, § 213). In the Hadžibasanović and Kubura case, the Appeals Chamber found that the relationship between the accused and the Mujahedin detachment was one of cooperation and did not evolve into a superior-subordinate-relationship (ICTY, Hadžibasanović and Kubura, Appeals Chamber, Judgement, § 200, 210, 214, 217, 221). In the Delić case, the majority found that the Mujahedin detachment was not an independent unit merely cooperating with the Army of Bosnia and Herzegovina, although it enjoyed a certain degree of autonomy (ICTY, Prosecutor v. Rasim*

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, lo *standard* richiesto oscilla dal dolo, con complicazioni ulteriori per le fattispecie che richiedano uno *specific intent*, alla negligenza talmente grave da essere assimilata ad acquiescenza, alla negligenza pura e semplice<sup>606</sup>. Alla varietà riscontrabile sul versante soggettivo si aggiunge, peraltro, una molteplicità di situazioni compatibili con la responsabilità omissiva del superiore: dall'omissione combinata con la scelta di essere presente (*approving spectator*) che si rivela istigante<sup>607</sup>, all'analoga presenza nelle vicinanze, fino all'assenza<sup>608</sup> agevolatrice.

La fattispecie che contempla la responsabilità da comando è sostenuta da atteggiamenti soggettivi colposi, in deroga al parametro soggettivo generale dell'*intent and knowledge* dell'art. 30 StICC, ma sia in ipotesi di responsabilità dolosa che colposa si assiste al ricorso a semplificazioni probatorie<sup>609</sup>.

Tuttavia, nel caso *Brđjanin*<sup>610</sup>, la giurisprudenza ha denunciato la tendenza ad imputare una simile forma di responsabilità per concorso nel reato fondata sulla presenza passiva sul luogo del delitto, attraverso una serie di presunzioni e deduzioni presuntive.

Un ruolo essenziale assumono le «informazioni disponibili». Occorre una conoscenza effettiva<sup>611</sup> che i subalterni avessero commesso o stessero commettendo<sup>612</sup> un crimine, oppure potenziale, derivante dal possesso di informazioni<sup>613</sup> esaustive o che siano comunque tali da

---

*Delić*, Case n. IT-04-83-T, Trial Chamber I, Judgement, 15 September 2008, § 466). *The majority found that Delić exercised effective control over the Mujahedin and was, therefore, criminally responsible for a number of crimes committed by the Mujahedin. In his dissenting opinion; Judge Moloto considered that the relationship between the Mujahedin detachment and the Army of Bosnia was throughout one of cooperation rather than one effective control* (ICTY, *Prosecutor v. Delić*, Trial Judgement, dissenting opinion of Judge Moloto).

<sup>606</sup> ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 489, in cui espressamente si fa riferimento ad una *negligence so serious as to be tantamount to acquiescence or even malicious intent*, e ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 314, in cui si compie una diversa interpretazione dell'*bad reason to know*, che conduce alla negligenza pura e semplice. Diverse le scelte legislative compiute in ambito interno: in Australia, ad esempio, è stata indicata la *recklessness* come *standard* minimo di attribuzione ai superiori gerarchici dei crimini commessi dai subordinati, in sede di attuazione dello Statuto di Roma e di trasposizione dell'art. 28 dello StICC.

<sup>607</sup> L'istigazione sussiste quand'anche non venga espressa condivisione rispetto al fatto costituente reato: ICTR, *Prosecutor v. Mpambara*, Case n. ICTR-01-65-T, Trial Chamber, 11 September 2006 (in seguito ICTR, *Mpambara*, Trial Chamber), § 22; ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 704-705.

<sup>608</sup> Si vedano, in merito i casi ICTY, *Aleksovski*, Trial Chamber, Judgement, § 87-88; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prcać* (“*Omarska and Keratem Camps*”), Trial Chamber I, § 258; ICTY, *Orić*, Trial Chamber II, Judgement, § 283; ICTR, *Kayshema e Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement, § 202 e Appeals Chamber, § 201.

<sup>609</sup> Per ciascuno di questi aspetti si veda, diffusamente, *infra*, Parte Seconda, Sezione II.

<sup>610</sup> ICTY, *Brđjanin*, Trial Chamber II, § 278 ss.

<sup>611</sup> ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 523, citando la giurisprudenza: ICTY, *Hadžibasanović and Kubura*, Appeals Chamber, Judgement, § 30 («*La Chambre d'Appel souligne que lorsqu'un supérieur ne punit pas un crime dont il a effectivement connaissance, ses subordonnés sont portés à croire qu'il cautionne, voire qu'il encourage de tels agissements et qu'ils sont alors plus enclins à commettre d'autres crimes*»); ICTR, *Bagilishema*, Trial Chamber I, Judgement, § 50. Vedere anche SCSL, *Sesay, Kallon and Gbao*, Trial Judgement, § 311; ICTY, *Halilović*, Trial Chamber I, § 95 e 96.

<sup>612</sup> L'obiettivo è impedire non solo gli illeciti effettivi ma anche quelli potenziali: ICTY, *Furundžija*, Trial Chamber, Judgement and Sentence, § 148 (si rinvia al caso *Soering v. United Kingdom*, Judgement of 7 July 1989, Eur. Ct. H.R., Series A, No. 161, § 90).

<sup>613</sup> Sulla pregnanza del “dovere informativo” dei superiori militari, si veda S. DARCY, *The doctrine of Superior Responsibility*, *op. cit.*, p. 131 ss.: «*It is clear that a more exacting standard is required of civilian superiors, while military commanders may be liable for subordinate crime on the basis of their own recklessness or possibly negligence. The latter are said to be*

indurre ad indagini. Non viene fissato alcun limite intrinseco dell'informazione rilevante, sia quanto alla forma, orale o scritta<sup>614</sup>, sia quanto al carattere ufficiale della stessa.

È possibile trarre l'effettività della conoscenza da elementi indiziari<sup>615</sup>: il numero, il tipo e la portata degli atti illegali imputati ai subordinati; l'epoca dei fatti, le armi impiegate; i mezzi logistici messi in campo; i luoghi in cui è stato consumato il crimine, la loro ampiezza; i tempi di evoluzione delle operazioni; le modalità di esecuzione degli atti illegali; gli ufficiali e le persone impiegate; il luogo dove si trovava il superiore al momento dei fatti<sup>616</sup>.

A titolo esemplificativo, sarà difficile provare una conoscenza effettiva a fronte di una grande distanza fisica tra il luogo in cui si trovava il superiore e quello in cui si è consumato il crimine, al contrario, invece, a fronte di prossimità e di reiterazione<sup>617</sup>.

La conoscenza effettiva è ancora più agevolmente dimostrabile nel caso in cui il superiore faccia parte di una organizzazione strutturata che disponga di sistemi informativi e di sorveglianza<sup>618</sup>.

Il superiore «ha ragione di sapere» quando disponga di informazioni che gli consentano di sapere del crimine o comunque informazioni che siano tanto allarmanti da indurre ad indagini per ottenere riscontri<sup>619</sup>.

Non sono necessarie informazioni dettagliate, ma basta che siano generiche<sup>620</sup>, essendo sufficienti anche i tratti caratteriali violenti o instabili di certi soldati<sup>621</sup> o la loro reputazione criminale<sup>622</sup>, purché siano subalterni<sup>623</sup>.

---

*under a "more active duty" to keep themselves informed "of their subordinates" conduct*, ICTR, *Kaysbema e Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement, § 227.

<sup>614</sup> ICTY, *Orić*, Trial Chamber II, Judgement, § 323.

<sup>615</sup> ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 543, citando la giurisprudenza: ICTY, *Kordić and Čerkez*, Trial Chamber, Judgement, § 427; SCSL, *Sesay, Kallon and Gbao*, Trial Judgement, § 309.

<sup>616</sup> Si legga, a tale proposito, significativamente, che «*Superiors could not stay "wilfully blind" to the acts of their subordinates and those who ignore information in their actual possession which compels the conclusion of subordinate crimes are derelict in their duty and criminally liable under the doctrine of superior responsibility*»: ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 387.

<sup>617</sup> ICTY, *Aleksoski*, Trial Chamber, Judgement, § 80.

<sup>618</sup> ICTY, *Naletilić, alias Tuta, and Martinović, alias Štela*, Trial Chamber, Judgement, § 73. Vedere anche ICTY, *Kordić and Čerkez*, Trial Chamber, Judgement, § 428.

<sup>619</sup> ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 544, citando la giurisprudenza: ICTY, *Hadžihasanović and Kubura*, Appeals Chamber, Judgement, § 28.

<sup>620</sup> ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 544, citando la giurisprudenza: ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 393; SCSL, *Sesay, Kallon and Gbao*, Trial Judgement, § 310.

<sup>621</sup> ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 328; ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 223-241; ICTY, *Orić*, Trial Chamber II, Judgement, § 323; ICTY, *Krnjelac*, Appeals Chamber, Judgement, § 151 e 154; ICTY, *Brđanin*, Trial Chamber II, § 278; ICTY, *Halilović*, Trial Chamber I, § 68.

<sup>622</sup> ICTY, *Brđanin*, Trial Chamber II, § 278, rinviando ai § 223 e 241 della sentenza *Čelebići*. «Nel caso *Krnjelac*, la Camera d'Appello ha concluso che si tratta di una violazione particolare, le informazioni a disposizione del superiore gerarchico sugli atti illeciti commessi o sul punto di essere commessi dai subalterni non devono essere necessariamente fornite in modo dettagliato e preciso. Quando una violazione (la «prima violazione») abbia un elemento materiale comune ad un'altra violazione, che presenti un elemento supplementare in rapporto alla prima (la «seconda infrazione»), è sufficiente, perché il superiore sia ritenuto responsabile della seconda violazione sulla base dell'articolo 7 3) dello Statuto, che egli disponga di informazioni allarmanti sulla prima violazione». Si veda anche ICTY, *Krnjelac*, Appeals Chamber, Judgement, § 155.

Non è necessario un controllo costante, ma solo a fronte di determinati indici rivelatori<sup>624</sup>.

Infatti, lo Statuto ha adottato la c.d. teoria dei segnali di allarme, attraverso la quale ha voluto limitare il *duty of inquire* dei superiori<sup>625</sup>: in presenza di determinate informazioni, dalle quali poteva desumersi con chiarezza la commissione di reati da parte dei sottoposti, il superiore non può trascurare di valutarle ai fini delle sue determinazioni doverose.

È chiaro che l'informazione deve presentare un margine di valutabilità, altrimenti si ricadrebbe nell'ipotesi di conoscenza piena<sup>626</sup>, con conseguente mutamento del titolo soggettivo di responsabilità.

Tra l'altro anche a proposito delle informazioni, si riscontra un problema linguistico<sup>627</sup> che si annida nella discrepanza tra la versione inglese (*information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes*) e quella francese (*informations leur permettent de conclure*) della norma, differenza che ugualmente incide sull'elemento soggettivo<sup>628</sup>, perché solo la versione francese enfatizza il mero dato oggettivo della disponibilità delle informazioni, a prescindere dalla loro idoneità ad essere sintomatiche di reati.

Il controllo effettivo è funzionale anche all'adozione, da parte del superiore, di tutte le misure necessarie e ragionevoli che rientrano nella sua possibilità materiale<sup>629</sup>, date le circostanze<sup>630</sup>, per prevenire il crimine o punirne gli autori.

L'efficacia e la ragionevolezza delle misure devono essere provate *case by case*<sup>631</sup> sulla base di indici ulteriori: gli ordini impartiti, le misure adottate per renderli esecutivi, i provvedimenti

---

<sup>623</sup> ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 543, citando la giurisprudenza: ICTY, *Orić*, Trial Chamber II, Judgement, § 57 A 59.

<sup>624</sup> ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 544, citando la giurisprudenza ICTY, *Delalić & Others* (*Čelebići case*), Appeals Chamber, Judgement, § 226; ICTY, *Blaškić*, Appeals Chamber, Judgement, § 62 a 64 e 406; SCSL, *Sesay, Kallon and Gbao*, Trial Judgement, § 312.

<sup>625</sup> D. PIVA, *Responsabilità penale individuale e collettiva*, op. cit., p. 68.

<sup>626</sup> Per questi rilievi, si veda N. PISANI, *L'elemento psicologico del crimine internazionale nella parte generale dello Statuto della Corte Internazionale Penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, n. 4, p. 1370 ss., p. 1387.

<sup>627</sup> Per tali problemi si vedano, diffusamente, *infra* Parte Seconda, Sezione I, Paragrafo 2.1.

<sup>628</sup> A rilevarlo ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 326, in cui il Tribunale rileva una divergenza tra la versione inglese e la versione francese del testo. La prima sembrerebbe esigere, oltre all'elemento oggettivo relativo alla disponibilità delle informazioni, altresì un elemento soggettivo, nel senso che le informazioni devono avere portato il superiore a concludere che i suoi subordinati stavano commettendo o erano sul punto di commettere dei crimini. La seconda invece, esigerebbe esclusivamente il dato oggettivo della disponibilità delle informazioni, con caratteristiche oggettive tali da indurre il superiore ad ulteriori verifiche.

<sup>629</sup> Come il "controllo effettivo", così è anche la possibilità materiale di prevenire e punire la condotta criminale (ICTY, *Delalić & Others* (*Čelebići case*), Appeals Chamber, Judgement, § 256): così la responsabilità penale non può che derivare dall'omissione delle misure che ugualmente rientrano in tale possibilità materiale (ICTY, *Delalić and others* (*Čelebići case*), Trial Chamber, Judgement, § 395).

<sup>630</sup> ICTR, *Krnjelac*, Trial Chamber II, Judgement, § 95. A proposito della rilevanza del potere *de facto*, nel caso *Čelebići*, la Trial Chamber ha concluso che «un superiore può essere ritenuto penalmente responsabile anche laddove non abbia ufficialmente e giuridicamente il potere di prendere le misure necessarie per impedire il crimine compiuto dai subordinati»: ICTY, *Delalić and others* (*Čelebići case*), Trial Chamber, Judgement, § 395.

<sup>631</sup> ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 545, citando ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case n IT-01-48-A, Appeals Chamber, Judgement, 16 October 2007 (in seguito ICTY, *Halilović*, Appeals Chamber, Judgement), § 63.

finalizzati a porre fine agli atti illegali, l'avvio di indagini adeguate a fare emergere il crimine o ad assicurare alla giustizia i colpevoli<sup>632</sup>.

Data la necessità di contestualizzare l'adeguatezza delle misure perché il superiore possa schivare la responsabilità omissiva, è come se, dall'obbligo di carattere generale, si potesse ricavare uno particolare<sup>633</sup>.

L'obbligo di prevenire è a sé stante rispetto a quello di punire<sup>634</sup>. A proposito dell'obbligo di punire, la *Appeals Chamber* nel caso *Krnjelac*<sup>635</sup> ha ritenuto che lasciare impuniti i crimini dei subordinati non possa essere considerato prova della conoscenza, da parte del superiore, della commissione futura dei crimini, e dunque non raggiunga la soglia dell'*had reason to know*. La valutazione deve essere sempre casistica<sup>636</sup>.

Tuttavia, nel più recente caso *Gotovina*<sup>637</sup>, si è sottolineato che creare un clima di impunità tra i subordinati, produce effetto incoraggiante nella commissione dei crimini.

Non meno incisiva la pronuncia *Boškoski and Tarčulovski*<sup>638</sup>, nella quale il superiore gerarchico è stato ritenuto dispensato dall'obbligo di punire appunto ragguagliando le autorità competenti e sollecitando l'apertura di inchieste, in tal modo adempiendo pienamente al *duty of inquire*.

Non è necessario che esista un nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del superiore e la perpetrazione dei crimini<sup>639</sup>, nonostante le contrarie indicazioni della dottrina<sup>640</sup> e le discordanze riscontrabili nella stessa giurisprudenza<sup>641</sup>, perché, se tale nesso fosse richiesto, vorrebbe dire pretendere un necessario coinvolgimento, di natura materiale o psichica, snaturando, così, la responsabilità del superiore<sup>642</sup>.

---

<sup>632</sup> ICTY, *Strugar* Trial Chamber II, Judgement, § 378.

<sup>633</sup> ICTY, *Halilović*, Trial Chamber I, § 89.

<sup>634</sup> ICTY, *Blaškić*, Pre-Trial Chamber, § 85; ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Case n IT-95-14/2-PT, *Decision on the Joint Defence Motion to Dismiss for lack of Jurisdiction of the amended Indictment alleging «Failure to Punish» Liability*, 2 mars 1999, § 9-16. Sull'obbligo di punire, in particolare, si vedano: ICTR, *Bagilishema*, Trial Chamber I, Judgement, § 49; ICTY, *Strugar* Trial Chamber II, Judgement, § 373; ICTY, *Hadžihasanović and Kubura*, Appeals Chamber, Judgement, § 259; ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 546.

<sup>635</sup> ICTY, *Krnjelac*, Appeals Chamber, Judgement, § 169.

<sup>636</sup> ICTY, *Hadžihasanović and Kubura*, Appeals Chamber, Judgement, § 30-31.

<sup>637</sup> ICTY, *Gotovina and others*, Trial Chamber, Summary of Judgement. Il riferimento è, in particolare, al coimputato *Mladen Markač*.

<sup>638</sup> ICTY, *Boškoski and Tarčulovski*, Appeals Chamber.

<sup>639</sup> ICTY, *Strugar*, Trial Chamber II, Judgement, § 349; ICTY, *Brđanin*, Trial Chamber II, § 658- 677 e ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case n. IT-99-36-A, Appeals Chamber, 3 April 2007 (in seguito ICTY, *Brđanin*, Appeals Chamber, Judgement), § 348; ICTY, *Orić*, Trial Chamber II, Judgement, § 284; ICTY, *Popović and others*, Trial Chamber II, § 1018.

<sup>640</sup> Sull'auspicio che venga superato l'orientamento giurisprudenziale che non ritiene indispensabile il requisito della causalità, D. PIVA, *Responsabilità penale individuale e collettiva*, op. cit., p. 72.

<sup>641</sup> Conformemente, ICTY, *Halilović*, Trial Chamber I, § 78. Dans l'affaire *Čelebići* (ICTY, *Delalić and others -Čelebići case*, Trial Chamber, Judgement, § 398), la Défense n'a pris comme référence que l'ouvrage de M. CHERIF BASSIOUNI, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publisher, 1996, p. 350 et 351, qui parle de l'existence d'un lien de causalité comme d'un élément essentiel de la théorie de la responsabilité du supérieur hiérarchique.

<sup>642</sup> ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 396-400. Sulla possibilità di snaturare la responsabilità del superiore: ICTY, *Halilović*, Trial Chamber I, § 78.

In generale, il legislatore internazionale nella disciplina del concorso di persone non contempla il contributo causale alla consumazione del reato<sup>643</sup>.

Questo conduce inevitabilmente alla marginalizzazione della rilevanza del contributo, che non deve avere necessariamente efficacia eziologica, basta che sia in qualche modo diretto a favorire il piano o il proposito<sup>644</sup>.

Qualche osservazione conclusiva sulla struttura dell'art. 28 StICC quale norma a più fattispecie, le cui condotte omissive sono alternativamente connesse alla prevenzione dei reati, alla punizione dei responsabili o, in via del tutto innovativa, alla collaborazione del superiore a fini di giustizia: un coarcevo di condotte precedenti o successive al crimine, il cui novero realizza un'incriminazione in senso "progressivo-dipendente", a seconda del crimine commesso, della posizione del superiore e del grado di esigibilità della condotta doverosa valutati *case by case*<sup>645</sup>.

Quella fin qui delineata è, essenzialmente, la responsabilità dei superiori per complicità in forma omissiva. Più complessa è la "mappatura" delle trasposizioni dogmatiche offerte alle varie condotte commissive, e lo si potrà comprendere soltanto ripercorrendo la giurisprudenza in materia, da quella dei Tribunali *ad hoc*, a quella della Corte penale internazionale.

Nella giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, per imputare i crimini ai *leader*, ci si avvale dell'istituto del concorso<sup>646</sup>, declinato attraverso la pianificazione, l'istigazione e l'ordine diretto<sup>647</sup>. Per l'attività di *planning*, su cui la giurisprudenza si è molto soffermata<sup>648</sup>, è controversa l'importanza della consumazione, ritenuta necessaria dalla giurisprudenza maggioritaria<sup>649</sup>, salve isolate pronunce<sup>650</sup>.

Dietro la condotta di *ordering*, per parte della giurisprudenza si nasconde una forma non di complicità ma di autoria mediata con conseguente attribuzione di responsabilità primaria al superiore gerarchico<sup>651</sup>. Viene applicato un concetto di autore e coautore di carattere

---

<sup>643</sup> A. M. MAUGERI, *La responsabilità dei leader nel diritto e nella giurisprudenza internazionale penale*, in *Ind. pen.*, n. 1, 2011, p. 253 ss., p. 278.

<sup>644</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prcać* ("Omarska and Keratem Camps"), Trial Chamber I, § 289.

<sup>645</sup> D. PIVA, *Responsabilità penale individuale e collettiva*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>646</sup> ICTY, *Kordić and Čerkez*, Trial Chamber, Judgement, § 373; ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 473; ICTR, *Semanza*, Trial Chamber III, § 377; ICTR, *Kaysbema e Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement, § 196-197; ICTR, *Musema*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 11; ICTR, *Prosecutor v. Muvunyi*, Case n. ICTR-00-55-T, Trial Chamber II, 12 September 2006, § 460; ICTR, *Rutaganda*, Judgement and Sentence, § 33; ICTR, *Kajelijeli*, Trial Chamber II, § 757; ICTR, *Prosecutor v. Bisengimana*, Case n. ICTR-00-60-T, Trial Chamber II, 13 April 2006, § 31; ICTR, *Prosecutor v. Nzabirinda*, Case n. ICTR-2001-77-T, Trial Chamber II, 23 February 2007, § 15.

<sup>647</sup> A. M. MAUGERI, *La responsabilità dei leader*, *op. cit.*, p. 274.

<sup>648</sup> A tale proposito, si veda ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 40; ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 279; ICTY, *Limaj, Bala and Muslim*, Trial Chamber II, § 513.

<sup>649</sup> ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 473; ICTY, *Limaj, Bala and Muslim*, Trial Chamber II, § 513; ICTR, *Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda*, Case n. ICTR-95-54A-T, Trial Chamber II, 22 January 2004 (in seguito ICTR, *Kamuhanda*, Trial Chamber II), § 592; ICTY, *Prosecutor v. Mrkšić-Radić-Šljivančanin*, Case n. IT-95-13/1-T, Trial Chamber II, 27 September 2007, § 548; ICTY, *Krstić* ("Srebrenica-Drina Corps"), Trial Chamber I, Judgement, § 601; ICTY, *Popović and others*, Trial Chamber II, § 1005; ICTR, *Prosecutor v. Seromba*, Case n. ICTR-2001-66-1, Trial Chamber, 13 December 2006 (in seguito ICTR, *Seromba*, Trial Chamber), § 303.

<sup>650</sup> ICTY, *Kordić and Čerkez*, Trial Chamber, Judgement, § 386.

<sup>651</sup> ICTY, *Kordić and Čerkez*, Trial Chamber, Judgement, § 367.

teleologico e non formale, che consente di equiparare la condotta del superiore gerarchico che impartisce l'ordine criminoso, a quella dell'autore, in virtù della sua signoria sul fatto<sup>652</sup>.

In particolare, viene accolta una concezione teleologicamente orientata di autoria, in base al criterio del «dominio della condotta»<sup>653</sup>.

Nella prassi, la giurisprudenza internazionale, in particolare quella del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, proprio sulla scorta di tale nozione teleologica, ben diversa da quella formale, riesce a fare rientrare nella nozione di coautore chiunque fornisca un contributo nell'ambito della *Joint Criminal Enterprise*, ed il caso *Tadić* ne è un esempio.

È solo uno dei tanti esempi di come si riescano ad allargare le maglie della responsabilità dei superiori gerarchici, probabilmente perché gli angusti confini della *command responsibility* non sono consoni alle esigenze repressive.

### ***3.2.1. Le alternative alle strettoie della command responsibility: la Joint Criminal Enterprise dal caso Tadić alle Camere Cambogiane e la confusa chiave di lettura della Corte penale internazionale nei casi Lubanga, Katanga, Ngudjolo Chui, Al Bashir e Bemba Gombo***

Complessivamente, la responsabilità da comando, così come delineata dalla giurisprudenza e codificata nell'art. 28 dello Statuto della Corte penale internazionale, non necessiterebbe, in termini di politica criminale, di eventuali tentativi di ulteriore responsabilizzazione dei superiori.

Tuttavia, per le esigenze repressive che si potranno immaginare e per il macro-livello in cui nasce e si consuma la *Makrokriminalität*, ciò avviene, sia attraverso la *Joint Criminal Enterprise*, che introduce surrettiziamente una responsabilità da posizione, sia attraverso applicazioni troppo disinvolute e soggettivizzanti dell'autoria mediata e della coautoria<sup>654</sup>.

La giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, si sofferma ampiamente sulla *JCE*, cogliendone gli elementi dal diritto internazionale consuetudinario e dalla giurisprudenza sui crimini di guerra delle corti militari e civili del secondo dopoguerra<sup>655</sup>, nonché dai principi di alcuni sistemi penali nazionali sulla responsabilità per fatto altrui<sup>656</sup>.

---

<sup>652</sup> A. M. MAUGERI, *La responsabilità dei leader*, op. cit., p. 276.

<sup>653</sup> Per tale osservazione e per la sua matrice roxiniana, si veda A. M. MAUGERI, *La responsabilità dei leader*, op. cit., p. 327.

<sup>654</sup> A. M. MAUGERI, *La responsabilità dei leader*, op. cit., p. 381.

<sup>655</sup> In questo *excursus* si spinge il Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, sia per quanto concerne le digressioni sul secondo dopoguerra (ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, Judgement, § 185-190), sia per l'esplorazione dei sistemi giuridici nazionali (ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, § 224-226). Nello stesso senso ICTY, *Milutinović, Šainović and Ojdanić, Decision on Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction- Joint Criminal Enterprise*, § 44, § 40 ss. Per la dottrina, si veda anche L. MARSH e M. RAMSDEN, *Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to Tadić*, in *Int. Crim. L. Rev.*, Volume 11, n. 1, 2011, pp. 137 ss., p. 139 che rileva le origini ed il *leading case*. *JCE finds its lineage in post World War II jurisprudence, and rose to prominence in the controversial ICTY Appeals Chamber decision, Prosecutor v. Tadić*.

<sup>656</sup> Per la genesi della *Joint Criminal Enterprise*, si veda A. M. MAUGERI, *La responsabilità dei leader*, op. cit., pp. 285 ss.

Non si può negare che dalla seconda guerra mondiale all'elaborazione dei primi due modelli di *JCE* si sia verificata un'evoluzione<sup>657</sup>.

Il principale problema del diritto penale internazionale, è rappresentato dalla costruzione di meccanismi di imputazione a maglie larghe, confluiti nel modello della *JCE*, dall'antesignano caso *Tadić*, alla rilettura della Corte permanente, fino all'apporto innovativo recentemente compiuto dalle Camere Cambogiane, in un percorso giurisprudenziale in cui, come nel caso *Martić*, sono stati forniti lumi su tale figura criminosa, attraverso la contorta esplorazione del principio di legalità nell'ottica internazionalistica.

L'ossequio al *nullum crimen sine lege* è stato ritenuto compiuto attingendo al diritto consuetudinario in un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, affermato implicitamente nel caso *Tadić* ed esplicitamente nel caso *Ojdanić*<sup>658</sup>.

L'*excursus* sulle origini storiche della figura<sup>659</sup>, e sulla distinzione, compiuta nel caso *Ojdanić*, rispetto all'antesignana *conspiracy*<sup>660</sup>, dovendo, l'accordo criminoso, essere consumato per integrarla, trova un tratto caratterizzante comune nella casistica sui crimini di matrice plurisoggettiva: le difficoltà probatorie che ruotano intorno alla colpevolezza degli imputati, riscontrate anche nel caso trattato dalle Camere Cambogiane<sup>661</sup>, con conseguente necessità di ricorrere ad una "costruzione" di comodo quale, appunto, la *JCE*.

La semplificazione probatoria è l'essenza dell'impresa criminale comune, una costruzione giurisprudenziale<sup>662</sup> indotta dal paradigma plurinucleare<sup>663</sup> che caratterizza il crimine

---

<sup>657</sup> In tal senso, L. MARSH e M. RAMSDEN, *Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to Tadić*, op. cit., p. 148.

<sup>658</sup> L. MARSH e M. RAMSDEN, *Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to Tadić*, op. cit., p. 144. Per la giurisprudenza si veda: ICYT, *Prosecutor vs. Milutinović, Šainović and Ojdanić*, Case n. IT-05-87-PT, Decision on Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction: Indirect Co-Perpetration, 22 March 2006, § 15. Sulla rilevanza del rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari: ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case n. 97-24-A, Appeals Chamber, Judgement, 22 March 2006 (in seguito ICTY, *Stakić*, Appeals Chamber, Judgement), § 67: «*The principle nullum crimen sine lege protects persons who reasonably believed that their conduct was lawful from retroactive criminalization of their conduct. It does not protect who knew that they were committing a crime from being convicted of that crime under a subsequent formulation*». Le riserve sulla terza forma di *JCE*, sono relative all'inettitudine del diritto consuetudinario a comprenderla. Per una possibile applicazione dei principi generali del diritto si veda, invece, ICTY, *Furundžija*, Trial Chamber, Judgement and Sentence, § 177.

<sup>659</sup> In ultimo si veda ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 504.

<sup>660</sup> Per la *conspiracy* anglosassone, si veda N. BARTONE, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato – Analisi strutturale comparata dei reati di frode/truffa nelle sovvenzioni, criminalità informatica, furto, racket/estorsione, riciclaggio, corruzione, associazione per delinquere in Italia, Francia, Germania, Spagna-*, Prefazione di Giuliano Vassalli, Milano, Giuffrè Editore, 2003, pp. 7-8.

<sup>661</sup> Si veda ECCC OCIJ, *Prosecutor v. Thirith Ieng and others*, Case n. 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, Decision on Ieng Thirith's Appeals Against Order on Extension of Provisional Detention, 11 May 2009, § 25; ECCC OCIJ, *Prosecutor v. Khieu Samphan and others*, Case n. 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, Decision on Samphan's Appeals Against Order Refusing Request for Release and Extension of Provisional Detention Order, 3 July 2009, § 137. Su come si confidi nella *JCE* proprio per ascrivere responsabilità penale per la sola partecipazione ad un gruppo che agisca animato da un comune piano criminale, si veda L. MARSH e M. RAMSDEN, *Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to Tadić*, op. cit., p. 139.

<sup>662</sup> VIVIANI, *Joint Criminal Enterprise e responsabilità dell'individuo per crimini internazionali* (Nota a Trib. Penale intern. Per l'ex-Jugoslavia Camera d'appello 8 ottobre 2008 (ICTY, *Prosecutor v. Martić*, Case n. IT-95-11-A, Appeal Judgement, 8 October 2008 -in seguito ICTY, *Martić*, Appeal Judgement), in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 3, n. 2, 2009, p. 452 ss., p. 453.

internazionale: se il crimine è commesso da uno dei partecipanti alla JCE, tutti i partecipanti ne sono ugualmente responsabili, senza riguardo al ruolo svolto nella consumazione<sup>664</sup>.

L'obiettivo è proprio incriminare gli "architetti" del piano criminale, i "catalizzatori" del crimine, pure in mancanza di un collegamento fisico con esso<sup>665</sup>.

L'utilità della figura ai fini repressivi è dimostrata dal frequente ricorso da parte dei Tribunali penali internazionali di seconda e quarta generazione: i due Tribunali *ad hoc*<sup>666</sup>, la *Special Court* in Sierra Leone<sup>667</sup>, i *Serious Crimes Special Panel* in Timor Est<sup>668</sup> e l'*Iraqi High Tribunal*<sup>669</sup>.

Per configurare una comune impresa criminosa, è necessaria<sup>670</sup> una pluralità di persone, organizzate<sup>671</sup> in una struttura amministrativa, politica o militare, l'esistenza di un comune piano, disegno o proposito che comporti la consumazione di un crimine previsto dallo Statuto<sup>672</sup>, la partecipazione dell'accusato a tale piano<sup>673</sup> attraverso un atto commissivo o omissivo<sup>674</sup>.

Definita nel caso *Tadić*, dal punto di vista strutturale, trova nella *mens rea* il criterio discrezionale<sup>675</sup> delle sue tre forme, declinate in *basic*, *systemic* ed *extended*<sup>676</sup>.

---

<sup>663</sup> Espressione che ci permettiamo di coniare in contrapposizione all'immagine del paradigma mononucleare (un autore/una vittima/un fatto) di MANACORDA, *I confini della responsabilità individuale nel diritto penale internazionale: primi appunti*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>664</sup> ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, Judgement, § 191; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Radić, Žigić, Prcać*, Case n. IT-98-30/1-A, Appeals Chamber, Judgement, 28 February 2005 (in seguito ICTY, *Kvočka, Radić, Žigić, Prcać*, Appeals Chamber, Judgement), § 99; ICTY, *Vasiljević*, Trial Chamber II, Judgement, §§ 67; ICTY, *Stakić*, Trial Chamber II, § 435.

<sup>665</sup> L. MARSH e M. RAMSDEN, *Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to Tadić*, *op. cit.*, p. 139: «Using JCE, prosecutors seek to connect the charged persons in Case n. 2 who may not have been physically connected to criminal acts but were catalysts for them – to the lower-level offenders who executed the crimes at their behest. JCE is thus able to better reflect the central role played by the key architects (planners, organisers, and ideologues) of international crimes».

<sup>666</sup> ICTR, *Prosecutor v. Simba*, Case n. ICTR-01-76-T, Trial Judgement, 13 December 2005.

<sup>667</sup> SCSL, *Brima, Kamara and Kanu*, Trial Judgement.

<sup>668</sup> SPET, *Prosecutor v. José Cardoso Ferreira*, Case n. 4c/2001, Trial Judgement, 5 April 2003.

<sup>669</sup> IHT, *Prosecutor v. Al Dujail Lawsuit*, Case n. 1/9 First/2005, Trial Judgement, 3 November 2006.

<sup>670</sup> ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, Judgement, § 228: «(i) a plurality of persons organised in a military, political or administrative structure; (ii) the existence of a common plan, design or purpose which amounts to or involves the commission of a crime; (iii) participation in that common plan or design».

<sup>671</sup> Sull'organizzazione si riscontra anche giurisprudenza difforme: ICTY, *Stakić*, Appeals Chamber, Judgement, § 64; ICTY, *Martić*, Trial Chamber, § 436, 446; ICTY, *Boškoški and Tarčulovski*, Trial Chamber II, § 395; ICTR, *Mpambara*, Trial Chamber, § 13.

<sup>672</sup> ICTY, *Martić*, Trial Chamber, § 442 ss (in seguito ICTY, *Martić*, Trial Chamber).

<sup>673</sup> ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, Judgement, § 228; ICTY, *Stakić*, Trial Chamber II, § 435; ICTY, *Prosecutor v. Babić*, Case n. IT-03-72-S, Trial Chamber, 29 June 2004, § 32; ICTY, *Martić*, Trial Chamber, § 435; ICTY, *Boškoški and Tarčulovski*, Trial Chamber II, § 395; ICTY, *Popović and others*, Trial Chamber II, § 1021 ss.

<sup>674</sup> Sull'omissione come forma di partecipazione in una JCE si veda ICTR, *Mpambara*, Trial Chamber, § 24, in particolare sulla prova dell'elemento soggettivo desumibile dal comportamento anteriore all'omissione; ICTY, *Kvočka, Radić, Žigić, Prcać*, Appeals Chamber, Judgement, § 187.

<sup>675</sup> Si veda la efficace sintesi di S. RAGAZZI, "Pulizia etnica" in Bosnia e crimine di genocidio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, n. 4, p. 1293 ss., p. 1321. Sono previsti diversi coefficienti di adesione psicologica: nella prima (*co-perpetration*), tutti i componenti del gruppo agiscono in conformità a un disegno comune e manifestano la stessa volontà criminosa; nella seconda ipotesi (*concentration camp*) alcuni membri hanno soltanto conoscenza personale della natura criminale del sistema organizzato di maltrattamenti e la volontà di partecipare attivamente alla sua realizzazione; nella terza tipologia, esiste un disegno volto a porre in essere una determinata linea di condotta, ma alcuni dei reati in concreto perpetrati si rivelano estranei al disegno concertato, pur essendone conseguenza naturale e prevedibile.

Le tre forme hanno un nucleo comune, costituito da una pluralità di persone, dal comune accordo nel perpetrare reati, e dal contributo di ciascun imputato al piano criminale comune<sup>677</sup>. Nella prima forma (*basic form*)<sup>678</sup>, la più rigorosa, tutti i partecipanti perseguono un disegno comune<sup>679</sup> e condividono il medesimo intento criminale, che comporta la consumazione di uno o più crimini previsti dallo Statuto. Ogni partecipante riveste un ruolo diverso nella realizzazione del disegno, ma tutti devono condividere l'intenzione di commettere il crimine, anche se nella prassi talora la condivisione dell'intento viene presunta, con il rischio di adottare una nozione di partecipazione troppo ampia e vaga.

La seconda forma di *JCE* (*systemic form*)<sup>680</sup>, è comunemente riferita alla categoria dei campi di concentramento, ma estensibile anche ad altre istituzioni<sup>681</sup> rette da un sistema organizzato ed animato dal comune proposito criminale perpetrato a danno degli internati.

Come per la prima forma, la nozione di partecipazione è talmente vaga da attribuire rilevanza penale a qualsiasi contributo al funzionamento dell'istituzione, anche ad una condotta in sé legale e neutrale, senza tralasciare responsabilità da posizione<sup>682</sup>, ed è accompagnata, sul piano soggettivo, da un semplice *dolus generalis*, che comprenda tutto ciò che avviene nel sistema, e che viene anch'esso dedotto dallo *status* rivestito e dal «non poteva non sapere». Se per l'integrazione del crimine internazionale considerato occorre uno *specific intent*, viene anch'esso presunto<sup>683</sup>, ed è inquietante che la terza forma di *JCE* sia applicata anche a reati per i quali è richiesto lo *specific intent*, come il genocidio<sup>684</sup>.

---

<sup>676</sup> ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, Judgement, § 196-199, 202 ss., e 204; ICTR, *Mpambara*, Trial Chamber, § 15. L'esame delle tre forme è stato attentamente compiuto, in tempi più recenti, dalla Pre-Trial Chamber dell'ECCC: ECCC, *Prosecutor v. Ieng and others*, Case n. D97/15/9, Pre-Trial Chamber, Decision of 20 May 2010 (in seguito ECCC, *Ieng and others*, Pre-Trial Chamber, Decision).

<sup>677</sup> In merito, si vedano ICTY, *Stakić*, Appeals Chamber, Judgement, § 64; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prčić* ("Omarska and Keratem Camps"), Trial Chamber I, § 90; ICTY, *Brđanin*, Appeals Chamber, Judgement, § 430.

<sup>678</sup> ICTY, *Gacumbitsi*, Appeals Chamber, Judgement, § 158; ICTY, *Kvočka, Radić, Žigić, Prčić*, Appeals Chamber, Judgement, § 82; ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, Judgement, § 197, § 220; ICTY, *Krajišnik*, Trial Chamber, § 879.

<sup>679</sup> Sulla nozione di disegno comune e sulla sua contiguità, nel diritto consuetudinario, con la complicità si vedano ICTY, *Martić*, Appeal Judgement, § 80-81; ICTR, *Prosecutor v. Rukundo*, Case n. ICTR-2001-70-T, Trial Judgement, 27 February 2009, § 23.

<sup>680</sup> ICTY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, Judgement, § 78; ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, Judgement, § 89.

<sup>681</sup> ICTY, *Kvočka, Radić, Žigić, Prčić*, Appeals Chamber, Judgement, § 182.

<sup>682</sup> ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, Judgement, § 220; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prčić* ("Omarska and Keratem Camps"), Trial Chamber I, § 324 e ICTY, *Kvočka, Radić, Žigić, Prčić*, Appeals Chamber, Judgement, § 198.

<sup>683</sup> Si pensi all'intento discriminatorio nel caso ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prčić* ("Omarska and Keratem Camps"), Trial Chamber I, § 199. Contro questa cattiva prassi, non rispettosa del principio di colpevolezza ICTY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, Judgement, § 78.

<sup>684</sup> ICTY, *Milošević*, Trial Chamber, Judgement, § 291. Su come il dolo speciale risulti diluito nella terza forma di *JCE*: ICTY, *Stakić*, Trial Chamber II.

Nella terza forma di *JCE* il partecipe risponde di un crimine diverso rispetto a quello concordato nel piano comune, ma che ne rappresenta una naturale e prevedibile conseguenza<sup>685</sup>, come chiaramente affermato nel recente caso *Haradinaj*<sup>686</sup>.

Si ritiene che i crimini che sono naturale e prevedibile conseguenza (*extended crimes*) finiscano successivamente per rientrare nello scopo comune, e che i *leader* della *JCE* ne siano consapevoli e li accolgano come parte integrante dello scopo comune<sup>687</sup>: significativo, in tal senso, anche il recente caso *Gotovina*<sup>688</sup>, nel quale si è ribadito che anche i crimini non facenti parte dell'obiettivo comune ne costituivano conseguenze naturali e prevedibili.

Che la terza forma di *JCE* preveda il dolo eventuale<sup>689</sup>, con la marginalizzazione delle ipotesi colpose del caso *Kvočka*<sup>690</sup>, conduce a conseguenze di non poco conto sul piano probatorio, con il rischio di oggettivizzare o presumere il dolo, come spesso è accaduto nella prassi dei Tribunali *ad hoc*, o di dare vita a forme di “*collective criminality*” o più precisamente “*collective guilty*”<sup>691</sup>.

È, insomma, la responsabilità da posizione a prevalere, nell'ascrivere ai vertici i crimini compiuti nell'unità militare, nel campo di prigionia o nell'azienda<sup>692</sup>, in virtù di automatismi che solo usando un eufemismo si possono definire semplificazioni probatorie.

Il fatto che la *JCE* comporti un ampliamento della rilevanza a titolo di concorso anche di comportamenti non condizionanti l'effettiva consumazione dei crimini, la rende una figura di

---

<sup>685</sup> ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, Judgement, § 202.

<sup>686</sup> ICTY, *Haradinaj, Balaj, Brahimaj*, Trial Chamber, Judgement, § 139.

<sup>687</sup> ICTY, *Krajišnik*, Trial Chamber, § 1098; ICTY, *Prosecutor v. Krajišnik*, Case n. IT-00-39-A, Appeals Chamber, 17 March 2009, § 161 ss.

<sup>688</sup> ICTY, *Gotovina and others*, Trial Chamber, Summary of Judgement.

<sup>689</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case n. IT-98-33-A, Appeals Chamber, 19 April 2004 (in seguito ICTY, *Krstić*, Appeals Chamber), § 134, § 149-150. A qualificare il coefficiente soggettivo come “advertent recklessness”: ICTY, *Milutinović, Šainović and Ojdanić*, *Decision on Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction- Joint Criminal Enterprise*, § 28; ICTY, *Boškoški and Tarčulovski*, Trial Chamber II, § 397; ICTY, *Popović and others*, Trial Chamber II, § 2030.

<sup>690</sup> In tale pronuncia si finisce con l'ammettere una forma di partecipazione colposa al reato doloso altrui: ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prcać* (“*Omarska and Keratem Camps*”), Trial Chamber I, § 327: «Sarebbe irrealistico pensare che le donne detenute non fossero soggette a stupri o altre forme di violenza sessuale, dato che nel campo di *Omarska* numerose donne erano detenute e sorvegliate da uomini armati che erano spesso ubriachi, violenti, dediti all'abuso e che potevano agire indisturbati. Del resto tali violenze erano parte integrante dell'intento dell'impresa criminale di assoggettare il gruppo preso di mira alla persecuzione con mezzi come la violenza e l'umiliazione».

<sup>691</sup> Si veda A. M. MAUGERI, *La responsabilità dei leader*, *op. cit.*, pp. 295 e 301 e 304. L'Autrice si sofferma su come, attraverso la contestualizzazione dei meccanismi di interazione personale, si attribuisca rilievo causale (causalità psicologica) alla mancata interdizione dell'altrui iniziativa delittuosa, attraverso indebite semplificazioni probatorie, con «conseguente creazione di forme verticistiche di responsabilità concorsuale di dubbia compatibilità con il principio di responsabilità per fatto proprio del colpevole». In merito si rinvia a M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, n. 3, p. 815-853.

<sup>692</sup> Si ricorda che è dalla realtà aziendale che sono partiti i primi casi. Si pensi agli imprenditori le cui aziende venivano usate per i lavori forzati: il caso *Krupp*, in cui si ritenne responsabile l'imprenditore in quanto partecipava al piano criminale volontariamente e senza costrizioni, perseguendo un proprio interesse, ed il caso *Flick*, in cui l'imprenditore fu ritenuto penalmente responsabile perché consapevole del carattere criminoso del programma, pur costretto a prendervi parte (*U.S. v. Krupp and others*, in *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. IX, P. 1439 e *U.S. v. Flick -The Flick Case-*, 3 March 1947-22 December 1947, Case V, in *TWC*, vol. VI). A cogliere il nesso tra la *Makrokriminalität* e le logiche di impresa anche A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale*, *op. cit.*

ardua collocazione sistematica, come dimostrato dall'infinita varietà di definizioni fornite dalla dottrina, tra cui spicca quella di "juridical aberration"<sup>693</sup>.

Volendo tentare un collocazione nella parte generale del diritto penale, tale figura risulta in bilico tra le forme di manifestazione del reato («forma di manifestazione del reato» e «forma di responsabilità residuale del complice, quando il suo contributo non incorra in altre forme di responsabilità concorsuale»<sup>694</sup>) e l'elemento soggettivo («forma di attribuzione della responsabilità», «modalità di ascrizione del crimine», «forma di partecipazione dell'individuo ai crimini internazionali»<sup>695</sup> e «forma di manifestazione della responsabilità individuale»). Nella parte speciale, potrebbe porsi come ibrido tra la *conspiracy* e la fattispecie associativa<sup>696</sup>. In un'ottica di politica criminale, si rivela un formidabile strumento punitivo, che consente di bypassare i rigorosi confini della *command responsibility* e superare gli ardui problemi probatori che ne conseguono.

Del resto, il pendolarismo che caratterizza la collocazione sistematica, trova riscontro nella evoluzione giurisprudenziale subita dalla figura, dai Tribunali *ad hoc* alla Corte penale internazionale.

Queste premesse, conducono ad una conclusione di non poco conto dal punto di vista sostanziale: che anche intorno alla costruzione della *JCE* ruotano meccanismi di ascrizione della responsabilità penale presuntivi, che fanno assurgere, come nel caso di *Dachau e Belsen*<sup>697</sup>, anche la partecipazione minimale a contributo, senza pretendere formali investiture di potere o in mancanza di una rigida gerarchia organizzativa della sfera militare, come nei casi *Krnjelac* e *Stakić*<sup>698</sup>.

In generale, l'efficacia eziologica del contributo è un fattore alquanto marginale, il che espone la *JCE* al fuoco incrociato delle *dissenting opinions* che aprono una breccia significativa nella giurisprudenza consolidata, allineandosi alle riserve dottrinali<sup>699</sup>.

In linea con le presunzioni più volte denunciate nella giustizia penale internazionale, è stata marginalizzata la necessità di provare l'accordo di ogni partecipante, il che ha fatto giustamente ritenere, come nella *dissenting opinion* del giudice *Shahabudden*, nel caso *Gacumbitsi*, che la

---

<sup>693</sup> BERNARDINI, *Tre contributi alla difesa per il "processo" Milosević (Relazione alla Conferenza internazionale dell'Aja del 26 febbraio 2005 sul Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia)*, in *Riv. coop. giur. int.*, fasc. 24, 2006, pp. 7-24.

<sup>694</sup> MAUGERI, *La responsabilità dei leader*, *op. cit.*, pp. 298 e 368.

<sup>695</sup> ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 511.

<sup>696</sup> MAUGERI, *La responsabilità dei leader*, *op. cit.*, in prospettiva *de iure condendo*, p. 379.

<sup>697</sup> In tal senso si veda L. MARSH e M. RAMSDEN, *Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to Tadić*, *op. cit.*, p. 147, nota 65: *According to Klip, Andre and Göran Sluiter, both cases can be read as establishing a rebuttable presumption that holding an executive, administrative, or protective role in a camp constitutes general participation in the crimes committed therein (Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals: the ICTY, Intersentia, Antwerpen, 2001-2002, vol. 8)*, pp. 631-633.

<sup>698</sup> ICTY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, Judgement, § 343-525; ICTY, *Stakić*, Trial Chamber II, § 201.

<sup>699</sup> MAUGERI, *La responsabilità dei leader*, *op. cit.*, p. 304, nota 255 (l'Autrice cita la *dissenting opinion* del giudice *Per-Johan Lindholm*, par. 2-5, incardinata nella pronuncia ICTY, *Simić*, Trial Chamber II) e p. 353, nota 480 (l'Autrice cita la *dissenting opinion* del giudice *Shomburg*, § 18 ss., espressa nel giudizio ICTY, *Gacumbitsi*, Appeals Chamber, Judgement).

responsabilità legata alla *JCE* sia “derivata” e non “diretta”, e dunque in contrasto con il principio della personalità della responsabilità penale.

Le posizioni dottrinali, pur non convergenti<sup>700</sup>, sembrano riecheggiare le *dissenting opinions* e denotano una chiave di lettura completamente diversa da quella giurisprudenziale, che investe tutta la costruzione della *JCE*: la definizione<sup>701</sup>, le posizioni critiche sull’adesione al piano comune, quale «vaporoso collegamento a carattere psichico»<sup>702</sup>, il “contributo” quale «limitato concetto di causalità»<sup>703</sup>, che, per giunta, non vanta il retroterra del diritto penale interno sulla soglia minima di punibilità dell’apporto dei vari concorrenti<sup>704</sup> e, infine, il carattere artificioso di tutti gli espedienti giurisprudenziali che presiedono alla riduzione a misura d’uomo della complessità del contesto, che investe anche lo spettro rappresentativo del dolo<sup>705</sup>.

Il limite supremo della stessa giurisprudenza sviluppatasi in materia è rappresentato dall’ossequio incondizionato, compiuto fino al più recente caso *Milutinović*, all’antesignano caso *Tadić*, *leading case* affetto anch’esso da un limite intrinseco: la difesa non si premurò di contestare l’esistenza di una *JCE* nell’atto di appello, il che precluse una disamina della questione da parte della *Appeals Chamber*<sup>706</sup>.

---

<sup>700</sup> Si rinvia a L. MARSH e M. RAMSDEN, *Joint Criminal Enterprise: Cambodia’s Reply to Tadić*, *op. cit.*, p. 151: «In a recent article, Scheffer and Dinh criticised the PTC’s decision in departing from *Tadić* on JCE III. In challenging the premise that WWII case law must, with certainty, establish customary international law, they said “though “certainty” is surely preferred, it is a mischaracterisation to say that certainty is the standard by which courts are bound when interpreting relevant jurisprudence». Il riferimento è a D. SCHEFFER e A. DINH, *The Pre-Trial Chamber’s Significant Decision on Joint Criminal Enterprise for Individual Responsibility*, reperibile on line all’indirizzo <<http://blog.cambodiatribunal.org/2010/06/pre-trial-chambers-significant-decision.html>>, 11 October 2010. Gli Autori proseguono: «This criticism is misconceived as it ignores the ECCC’s obligation to uphold the principle of legality. It is precisely because of the principle of legality that courts must be satisfied to a high standard that a form of criminal responsibility submitted by the prosecution is reflective of international law. If a norm was less than certain, then how can it be said that such norm was sufficiently foreseeable to the accused? Certainty is not, as Scheffer and Dinh seem to suggest, a mere optional standard with which to judge relevant jurisprudences: il riferimento è a M. KARNAVAS, *Joint Criminal Enterprise: A critical analysis of two divergent commentaries on the Pre-Trial Chamber’s Decision against the application of JCE*, reperibile on line all’indirizzo <[www.dccam.org/Tribunal/Analysis/pdf/JCE\\_at\\_the\\_ECCC.pdf](http://www.dccam.org/Tribunal/Analysis/pdf/JCE_at_the_ECCC.pdf)>, 11 October 2010.

<sup>701</sup> A fronte della definizione giurisprudenziale offerta dal caso *Tadić*, che rileva la struttura della *JCE*, e della definizione *Kvočka* (ICTY, *Kvočka, Radić, Žigić, Prvać*, Appeals Chamber, Judgement, § 91), che finalisticamente e pragmaticamente parla di mezzo per commettere un crimine (e vale la pena sottolineare che l’orientamento in virtù del quale la *Joint Criminal Enterprise* è un mezzo per commettere un crimine e non un crimine in sé è in linea con il resto della giurisprudenza dei tribunali internazionali: a titolo esemplificativo SCSL, *Brima, Kamara and Kanu*, Appeals Chamber, Judgement, § 77-78), si riscontrano le definizioni dottrinali più protese ad incardinare dogmaticamente la figura: «forma di attribuzione della responsabilità», «modalità di ascrizione del crimine» (BUFALINI, *La Joint Criminal Enterprise davanti alle Camere cambogiane e il rapporto tra norme consuetudinarie e principio di legalità nel diritto internazionale penale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 4, n. 3, 2010, p. 658 ss., pp. 658 e 662), «forma di partecipazione dell’individuo ai crimini internazionali» e «forma di manifestazione della responsabilità individuale» (VIVIANI, *Joint Criminal Enterprise e responsabilità dell’individuo*, *op. cit.*, pp. 452 e 453).

<sup>702</sup> Così, testualmente, SERENI, *Causalità e responsabilità penale*, Introduzione, *op. cit.*, p. 13. Si veda MAUGERI, *La responsabilità dei leader*, *op. cit.* per diverse note su come la causalità non emerga come criterio di tipizzazione (p. 296), su come vengano incriminati anche comportamenti non dotati di efficacia causale (p. 303) e sull’auspicio di limitare la rilevanza penale ai contributi causalmente rilevanti (p. 369).

<sup>703</sup> Sono sempre parole di SERENI, *Causalità e responsabilità penale*, Introduzione, *op. cit.*, p. 12.

<sup>704</sup> VIVIANI, *Joint Criminal Enterprise e responsabilità dell’individuo*, *op. cit.*, p. 453.

<sup>705</sup> SERENI, *Causalità e responsabilità penale*, Introduzione, *op. cit.*, p. 12.

<sup>706</sup> ICTY, *Milutinović, Sainović and Ojdanić*, *Decision on Ojdanić’s Motion Challenging Jurisdiction - Joint Criminal Enterprise*, § 26. Per la necessità di legare l’accessibilità e conoscibilità della norma penale anche al diritto interno: ICTY,

Date queste premesse, fitte di riserve, non solo giurisprudenziali, ma anche dottrinali, sulla *Joint Criminal Enterprise*, non stupisce che la Corte penale internazionale l'abbia detronizzata a favore dell'autoria e della coautoria, pur estremamente confuse tra loro<sup>707</sup>.

Tutto è iniziato dal caso *Stakić*, le cui conclusioni sono state riprese dalla *Pre-Trial Chamber* della Corte penale internazionale a partire dal caso *Lubanga*<sup>708</sup>, poi confermato nelle successive decisioni nel caso *Katanga and Ngudjolo Chui*<sup>709</sup>, *Omar Al Bashir*<sup>710</sup> e nel caso *Bemba Gombo*<sup>711</sup>.

La pronuncia *Stakić*<sup>712</sup> ricorreva alla nozione di autore mediato, probabilmente, proprio per superare le aporie che l'applicazione del modello della *Joint Criminal Enterprise* mostrava nei casi in cui si discutesse della responsabilità di *leader* politici e militari, lontani dal contesto di realizzazione del fatto costituente reato.

La giurisprudenza della Corte penale internazionale respinge la nozione oggettivo-formale dell'autoria, in quanto incompatibile con lo Statuto, perché limiterebbe la categoria degli autori principali a coloro che fisicamente pongono in essere uno o più elementi materiali del reato<sup>713</sup>.

Ma respinge anche la distinzione fra autore e complice fondata su di un criterio soggettivo, ritenendola una forma residuale di complicità<sup>714</sup>.

Viene adottata un'accezione teleologica di autoria, e l'autoria mediata viene combinata con la coautoria: ai fini dell'applicabilità dell'ibrido "coautoria mediata" (*indirect co-perpetration*<sup>715</sup>), la Corte penale internazionale richiede che siano soddisfatti i requisiti previsti per entrambe le forme-madri dell'ibrido<sup>716</sup>.

Nell'ampia interpretazione di autoria mediata prospettata nella prima giurisprudenza prodotta dalla Corte penale internazionale, viene contemplata anche la possibilità di combinarla con la

---

*Milutinović, Šainović and Ojdanić, Decision on Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction - Joint Criminal Enterprise*, nota 26 e ICTY, *Vasiljević*, Trial Chamber II, Judgement, § 193.

<sup>707</sup> Per una ricostruzione puntuale di questa evoluzione si veda A. VETRI, *La responsabilità penale al vaglio della Corte penale internazionale*, op. cit., e A. M. MAUGERI, *La responsabilità dei leader*, op. cit., pp. 253-382.

<sup>708</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Case n. ICC-01/04-01/06, *Decision on the confirmation of charges*, 29 January 2007 (in seguito ICC, *Lubanga, Dyilo Decision on the confirmation of charges*).

<sup>709</sup> ICC, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Case n. ICC-01/04-01/07-717, *Decision on the confirmation of charges*, 30 September 2008 (in seguito ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges*).

<sup>710</sup> ICC, *Prosecutor v. Al Bashir*, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Al Bashir*, Case n. ICC-02/05-01/09-3, 4 March 2009.

<sup>711</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Case n. ICC-01/05-01/08-424, *Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 Juin 2009 ICC (in seguito ICC, *Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute*).

<sup>712</sup> ICTY, *Stakić*, Trial Chamber II, § 439. Tale pronuncia è stata cassata, tuttavia, in appello (ICTY, *Stakić*, Appeals Chamber, Judgement, § 62).

<sup>713</sup> ICC, *Lubanga, Dyilo Decision on the confirmation of charges*, § 328-323 e ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges*, § 482.

<sup>714</sup> ICC, *Lubanga, Dyilo Decision on the confirmation of charges*, § 334: la distinzione tra autore e complice non viene fondata neanche su di un criterio soggettivo. Si tratta della ipotesi contemplata dall'art. 25 n. 3 d) StICC, ricondotta tra le forme di commissione del reato in qualità di coautore, sulla base della dottrina della JCE: ICTY, *Kvočka, Radić, Žigić, Prvać*, Appeals Chamber, Judgement, § 90 e ICTY, *Krnjelac*, Appeals Chamber, Judgement, § 31-33.

<sup>715</sup> Si veda, diffusamente, in A. VETRI, *La responsabilità penale al vaglio della Corte penale internazionale*, op. cit., p. 281.

<sup>716</sup> ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges*, § 519.

coautoria, in modo da farne un valido strumento per l'attribuzione, a soggetti che dirigono organizzazioni criminali, dei crimini commessi dai membri delle stesse. Attraverso la figura dell'autoria mediata mediante il dominio dell'organizzazione, si raggiunge un risultato altrimenti perseguibile solo con una duplice fattispecie criminosa, che incrimini, da un lato, l'organizzazione criminale, dall'altro i vertici dell'organizzazione per i reati commessi dai suoi membri.

La giurisprudenza della Corte penale internazionale enfatizza la presenza, nell'organizzazione, di un elevato numero di subordinati, in modo da garantirne la fungibilità e da fare in modo che un ordine non manchi mai di esecutori. La responsabilità del superiore gerarchico si fonda proprio sul suo capillare controllo sull'organizzazione. E questo modello di ascrizione della responsabilità, è ritenuto in grado di sostituire il modello della *JCE*, più volte usato dai Tribunali *ad hoc*<sup>717</sup>.

L'elemento-chiave dell'ascrizione della responsabilità penale è il dominio dell'organizzazione che compie i crimini.

Volendo scomporre questa "costruzione" sulla responsabilità, si possono enucleare l'elemento oggettivo, l'elemento soggettivo ed i caratteri dell'organizzazione criminale.

Sul piano oggettivo, la giurisprudenza ha individuato l'esistenza di un accordo o piano comune tra due o più persone, che «comprenda un elemento di criminalità» e la prestazione, da parte di ciascun coautore, di un contributo coordinato ed essenziale al piano, rilevante per la realizzazione del reato<sup>718</sup>.

Il soggetto deve avere in concreto utilizzato il proprio dominio sull'organizzazione per la realizzazione dei crimini, nel senso che egli deve avere attivato la sua autorità ed il suo potere nell'ambito dell'organizzazione per assicurarsi l'esecuzione dei propri ordini, con la consapevolezza e volontà di utilizzare la propria posizione per favorire la commissione di illeciti. Occorre, altresì, che ciò abbia effettivamente comportato la realizzazione consumata o tentata di un crimine internazionale<sup>719</sup>.

La *doctrine of control* sostenuta nella giurisprudenza della Corte penale internazionale, enfatizza, appunto, l'elemento del controllo<sup>720</sup> in ogni fase della realizzazione del reato, incardinando il

---

<sup>717</sup> ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of charges, § 512, § 517, § 518; ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Case n. 01/04-01/06, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, Case n. 01/04-01/06 OA 15 OA 16, 29 January 2007, § 334 e ss.; ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo and Ngudjolo Chui*, Case n. 01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, § 491, § 494, § 518, § 534, § 538.

<sup>718</sup> ICC, *Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges, § 343, 344; ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of charges, § 522; ICC, *Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute, § 348.

<sup>719</sup> ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of charges, § 514.

<sup>720</sup> Si veda, testualmente, BERSTER, "Duty to Act" and "Commission by Omission", *op. cit.*, p. 640: «The vast majority of cases on security control relates to scenarios where a superior fails to prevent a subordinate from committing a crime. Typically, the superior's control constitutes a form of security control acquired by assignment and based upon the subordinates's submission to the superior's will» (ICTY, *Prosecutor v. Delalić and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 303).

controllo (congiunto) anche nella responsabilità concorsuale, e tale orientamento è ritenuto particolarmente adatto a cogliere la responsabilità dei superiori gerarchici<sup>721</sup>.

Dal punto di vista soggettivo, la colpevolezza del concorrente in relazione al crimine commesso, è rappresentata dall'elemento psicologico richiesto per l'integrazione della fattispecie criminosa contestata, accompagnato da una ulteriore componente soggettiva, che può essere indicata, in maniera riassuntiva, come coscienza e volontà della realizzazione comune.

Nella decisione *Lubanga* si richiede che i coautori siano tutti almeno consapevoli e accettino che l'esecuzione del loro piano comune potrà causare la realizzazione degli elementi oggettivi del reato, consentendovi o riconciliandosi con tale possibilità.

Ulteriore requisito di tipo soggettivo richiesto è la consapevolezza da parte del soggetto delle circostanze di fatto che gli consentano di esercitare un controllo sul reato<sup>722</sup>. In particolare, il soggetto deve essere consapevole tanto dell'essenzialità del ruolo<sup>723</sup> nell'esecuzione del piano comune e nella connessa realizzazione del reato, quanto della correlata possibilità di frustrare l'esecuzione del piano comune e quindi la realizzazione del reato, rifiutandosi di prestare il proprio contributo<sup>724</sup>.

Per potere fondare la responsabilità è, ovviamente, necessario che l'organizzazione stessa possieda determinate caratteristiche, che sia gerarchicamente ordinata, che possieda una certa estensione ed un notevole numero di soggetti subordinati che garantisca la fungibilità di ognuno<sup>725</sup>.

Il problema è che non si sa se la giurisprudenza citata si convertirà realmente in uno schema di imputazione realmente rispettoso del principio di personalità della responsabilità o, invece, si

---

<sup>721</sup> Lo osserva BERSTER, "Duty to Act" and "Commission by Omission", *op. cit.*, p. 634. L'Autore cita anche i passaggi più significativi delle sentenze *Lubanga* e *Katanga*: «In *Lubanga*, the ICC Pre-Trial Chamber I followed this approach, stating that the concept of co-perpetration embodied in article 25 (3) (a) of the Statute coincides with that of joint control over the crime by reason of the essential nature of the various contributions to the commission of the crimes»: ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Case n. 01/04-01/06, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, 29 January 2007, § 341. Tale orientamento è stato confermato in ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Case n. ICC-01/05-01/08, Pre-Trial Chamber II, *Decision of 15 June 2009*, § 348. «In *Katanga*, the ICC-Pre Trial Chamber took the control principle to the next stage and held that combinations of "commission through another person" and "co-perpetration" are just as well governed by this concept. The Chamber stated that the wording of Art. 25 (1) (a) ICC Statute, according to which commission may be constituted by any one of the three given modalities, shall not be construed in an exclusive sense. Quite to the contrary, through combining the individual responsibility for committing crimes through other persons with the mutual attribution among co-perpetrators, a mode of liability transpires which the Court deems especially adequate to capture the responsibility of "senior leaders"»: ICC, *Prosecutor v. Katanga*, Case n. ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber I, *Decision of 30 September 2008*, § 492.

<sup>722</sup> ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, *Decision on the confirmation of charges*, § 527-534.

<sup>723</sup> Solo coloro a cui sono stati attribuiti compiti essenziali e che, pertanto, hanno il potere di frustrare la commissione del reato non ponendo in essere il proprio contributo, possono dirsi avere un controllo comune sul reato ed esserne, perciò, gli autori principali: ICC, *Lubanga Dyilo*, *Decision on the confirmation of charges*, § 347. Nell'ambito dell'organizzazione la prestazione del contributo essenziale da parte del coautore mediato può consistere nell'attivazione dei meccanismi che conducono all'automatica esecuzione degli ordini criminali da parte della struttura collettiva: ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, *Decision on the confirmation of charges*, § 524.

<sup>724</sup> ICC, *Lubanga Dyilo*, *Decision on the confirmation of charges*, § 349, § 361, § 365-367.

<sup>725</sup> ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, *Decision on the confirmation of charges*, § 512.

trasformerà in un dubbio meccanismo ascrittivo dei reati commessi dall'apparato di potere, in ragione della posizione che il soggetto attivo riveste in esso<sup>726</sup>.

Probabilmente non è un caso che a pochi mesi di distanza dalla sentenza *Lubanga* si siano già affermati modelli ibridi, che non rinunciano alla *JCE* ed alla *doctrine of control* congiungendole<sup>727</sup>, in un esperimento di ingegneria giuridica che non si sa quanto possa essere ritenuto proficuo. In questo caso come in altri, saranno il tempo e l'esperienza giurisprudenziale a parlare.

---

<sup>726</sup> È un'osservazione di A. VETRI, *La responsabilità penale al vaglio della Corte penale internazionale*, op. cit., p. 282.

<sup>727</sup> ICTY, *Brdanin*, Appeals Chamber, Judgement, § 427. Nello stesso senso, ECCC, *Ieng and others*, Pre-Trial Chamber, Decision, § 38.

## SEZIONE II

### **LA COLPEVOLEZZA PSICOLOGICA: LA MENS REA NELLE SENTENZE DEI TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI**

SOMMARIO: 1. Premessa- 2. L'elemento soggettivo: le forme di volontà colpevole- 2.1. Il dolo: contenuti e tipologie- 2.2. La difficile prova del dolo e gli escamotages probatori- 2.3. La zona grigia tra il dolo e la colpa e la residualità delle ipotesi colpose

#### **1. La colpevolezza psicologica nei crimini internazionali, tra schemi presuntivi e quadratura del cerchio**

La teoria della colpevolezza è contrassegnata da difficoltà e incertezze che ne rendono arduo lo sviluppo. Forse nessun'altra categoria penalistica è altrettanto gravata di implicazioni filosofico-giuridiche, antropologiche e socio-psicologiche<sup>728</sup>, probabilmente perché rappresenta l'aspetto più delicato e significativo del diritto penale, il più specificamente *penale* di tutta la teoria del reato<sup>729</sup>, in cui sono più marcate le differenze e le corrispondenze tra le varie acquisizioni di ciascun ordinamento giuridico penale<sup>730</sup>.

La colpevolezza potrebbe essere rappresentata come bidimensionale: prima che vantare una dimensione concettuale come categoria dogmatica interna alla sistematica del reato, distinta dal fatto e dall'antigiuridicità, ne vanta una significativa che permea l'intero diritto penale, come principio.

Queste due dimensioni si snodano lungo due percorsi diversi, registrandosi sul primo una progressiva erosione a favore di tendenze "oggettivizzanti"<sup>731</sup>, nonché attrazioni, più o meno forzate, all'area della tipicità<sup>732</sup>, e nel secondo un arricchimento progressivo.

Ma, probabilmente, la più tortuosa e dibattuta è la dimensione interdisciplinare<sup>733</sup> dell'imputabilità, alla cui definizione contribuiscono le scienze ausiliarie del diritto penale, quali la criminologia, la psichiatria, l'antropologia.

---

<sup>728</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto Penale- Parte Generale*, Zanichelli, ultima edizione.

<sup>729</sup> Così si esprime E. R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, *Lectio doctoralis* in occasione del conferimento della laurea *honoris causa* da parte della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata, il 3 aprile 2003 (traduzione di Ezequiel Malarino e Massimo Pavarini), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, n. 1-2, p. 339 ss. p. 339. L'Autore aggiunge: « La colpevolezza dà conto della dimensione della crisi che attraversa il nostro sapere oramai da tempo, crisi che sembra sempre più accentuarsi ».

<sup>730</sup> E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, *op. cit.*, p. 313 ss., p. 336. Sulla difficoltà di fornire una definizione compiuta del principio di colpevolezza, data la varietà di ricostruzioni che esso ha ricevuto nelle legislazioni dei vari Paesi, N. PISANI, *L'elemento psicologico del crimine internazionale*, *op. cit.*, pp. 1374 e 1376.

<sup>731</sup> Sull'oggettivizzazione si veda l'attuale nota 157 L. CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, *op. cit.*, p. 1071-1072, nota 165 p. 1095. L'Autrice riferendosi ai lavori della Commissione del diritto internazionale, cita l'art. 3, par. 3 del progetto di codice: *Knowledge, intent or pur pose required as an element of an offense set forth in paragraph 1 of this article may be inferred from objective factual circumstances*. Sulla necessità di evitare l'impunità, p. 1070-1071.

<sup>732</sup> In tal senso F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi -Spunti per un dibattito-*, Testo della relazione tenuta al Convegno di studio dal titolo *Ias Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, svoltosi dal 2 al 5 ottobre 2000 presso l'*Universidad Católica Argentina de Buenos Aires*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2002, p. 123-125. L'Autore (p. 122) parla di progressivo svuotamento della colpevolezza come categoria dogmatica.

Questa dimensione è l'interfaccia logica della descritta *traslatio* della colpevolezza verso la tipicità: il dato interiore, psicologico, intangibile della colpevolezza che è a monte dei tentativi di oggettivizzarla, determina la necessità di ricorrere a supporti extrapenalici, ancorché di rigore scientifico variabile.

Già da queste premesse, si può evincere che il settore ideale che, nella teoria del reato, occupa la colpevolezza, è crocevia delle più svariate istanze: dal nodo, tutto da sciogliere, delle esigenze preventive, al *pendolarismo* dell'individuo, che vaga dal centro della scena penale ai suoi margini, a seconda che prevalga il garantismo o che venga asservito, in quanto destinatario della misura punitiva, alle esigenze di prevenzione.

È in questa oscillazione che tale categoria dogmatica rivela la sua ambiguità, e la più sensibile dottrina ha sottolineato come sia solo tendenziale la proporzione tra l'effettivo «bisogno di pena», sul piano soggettivo dell'agente, ed il significato «internazionalistico» di una eventuale condanna<sup>734</sup>.

Il naturale processo di sdoppiamento della responsabilità penale internazionale nella duplice dimensione individuale e collettivo-statale<sup>735</sup> determina la necessità di un allontanamento dal regime proprio dei crimini di diritto comune, nella direzione di una teoria dell'elemento soggettivo che sia funzionale<sup>736</sup> al contesto internazionalistico, tarando un elemento psicologico avente oggetto e forma *sui generis*.

Alla accennata natura ambigua della colpevolezza come categoria dogmatica, si accompagna quel *quid* di interiore e, quindi, di intangibile che la integra, e che apre la strada alle *sottigliezze empiriche*<sup>737</sup> proprie del diritto penale ed alla necessità di un'opera di paziente decodificazione

---

<sup>733</sup> In merito, si vedano i contributi di R. SICURELLA, *L'impervio cammino del principio di colpevolezza nel sistema penale francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2001, p. 946. L'Autrice spiega: «Risultante di componenti normative ma necessariamente anche di componenti soggettivistiche, la categoria dogmatica della colpevolezza è quella che più di altre è chiamata a rispondere alle sempre più pressanti sollecitazioni provenienti dalle scienze empirico-sociali. Nell'ordinamento italiano, sebbene anche nel periodo di maggiore fortuna dell'approccio tecnico-giuridico non sia mai stata negata la necessità di un continuo riferimento della dogmatica alle indicazioni di scienze sociali quali criminologia, psicologia, sociologia - ai fini di un riscontro della validità anche empirica delle soluzioni prospettate-, è soprattutto nell'attuale periodo di ripensamento, da parte della scienza penalistica, di molti istituti anche di parte generale, che è stata messa in evidenza l'impossibilità del mantenimento di una netta separazione tra cultura giuridica e altre scienze»; F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi*, op. cit., p.123.

<sup>734</sup> A. VALLINI, *L'elemento soggettivo nei crimini di competenza della Corte penale internazionale*, in A. CASSESE, M. CHIAVARIO e G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, op. cit., p. 43. Nello stesso senso L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, n. 4, p. 1157 ss., p. 1170. L'Autore, a dimostrazione di quanto la categoria della colpevolezza sia spesso piegata ad esigenze preventive, cita, a p. 1168, la curiosa espressione che avrebbe usato, secondo quanto riferito dagli organi di informazione, il Procuratore capo presso il Tribunale penale internazionale per i crimini nella ex-Jugoslavia, subito dopo la morte, in stato di custodia cautelare, dell'ex presidente *Milošević*, imputato di reati molto gravi: quella morte, essendo intervenuta poco prima di una prevedibile e severa sentenza di condanna, sarebbe risultata *sconveniente*. Il corsivo è dell'Autore. A sottolineare l'incompatibilità tra il rigore della teoria del reato e le rigide esigenze di giustizia, M. CAIANIELLO e E. FRONZA, *Il principio di legalità*, op. cit., p. 326.

<sup>735</sup> Così, testualmente, D. PIVA, *Responsabilità penale individuale e collettiva*, op. cit., p. 24.

<sup>736</sup> L. CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, op. cit., p. 1051.

<sup>737</sup> G. FORTI, *L'immane concretezza*, Cortina Editore, 1999. Il corsivo è dell'Autore.

del dato interiore da parte del sapere extragiuridico. Sia l'istanza solidaristica insita nella prevenzione, sia quella personalistica che impone il garantismo, dipendono dall'ascolto prestato al sapere extragiuridico, sia da parte della cultura penalistica che dell'elaborazione giurisprudenziale<sup>738</sup>.

L'esigenza di introspezione psicologica, consistente nell'esplorare il dato interiore del fatto criminoso, sussiste anche per i crimini internazionali<sup>739</sup>, e questo crea una breccia piuttosto ampia a favore di elementi metagiuridici, anch'essi purtroppo insufficienti per definire l'intangibile<sup>740</sup>.

Dunque, se è vero che l'intenzionalità o l'elemento rappresentativo sono stati psicologici reali<sup>741</sup>, è altrettanto vero che rientrano in un ambito in cui maggiormente trovano cittadinanza le *tiranniche presunzioni*, le *quasi-prove*, le *semi-prove* che imperano in un diritto penale sempre più messo in discussione<sup>742</sup> determinando incriminazioni a tappeto<sup>743</sup>.

I crimini internazionali hanno una specifica connotazione strutturale come reati «a pluralità soggettiva tipica di contesto» il cui contenuto offensivo presuppone necessariamente una pluralità di agenti<sup>744</sup>, il che significa che se è relativamente semplice tracciare una dogmatica della colpevolezza nel diritto interno, non altrettanto si può dire in ambito internazionale.

Infatti, il dedalo del diritto penale internazionale è lastricato di problemi, in cui si rinvengono risposte che si collocano su due profili non necessariamente coincidenti: quello normativo, variegato e stratificato; e quello giurisprudenziale, cantiere sempre aperto alle più disparate soluzioni, in cui spesso si consumano derive sostanzialistiche e relativistiche<sup>745</sup>.

Lo stesso art. 30 StICC, unico referente normativo, accogliendo una clausola di riserva<sup>746</sup> a favore delle disposizioni più confacenti al caso, dimostra l'impossibilità di fornire una risposta esaustiva in un quadro ancora troppo fluttuante, in cui sono rinvenibili solo poche costanti<sup>747</sup>.

---

<sup>738</sup> F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi*, op. cit., p.123.

<sup>739</sup> L. CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, op. cit., 1059.

<sup>740</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto Penale -Parte Generale-*, op. cit.: significativamente, gli Autori citano GOLDBERG, *La colpa. Un assioma della psicoanalisi*, trad. it., Milano, 1988.

<sup>741</sup> L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma*, op. cit., p. 1173.

<sup>742</sup> G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1041. L'Autore approfitta per osservare il ritorno ad antichissime confusioni del dolo e della colpa: il «non poteva non sapere» è una moderna riedizione del bartoliano «aut ipse scivit, aut scire debuìt», e rientra nel diffuso rovesciamento del diritto penale sostanziale in funzione probatoria.

<sup>743</sup> In tal senso A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato*, op. cit., pp. 803-805: le incriminazioni a tappeto avverrebbero in capo a soggetti unilateralmente selezionati con esclusione di quelli politicamente più forti in ambito internazionale.

<sup>744</sup> D. PIVA, *Responsabilità penale individuale e collettiva*, op. cit., p. 29.

<sup>745</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., p. 507.

<sup>746</sup> VALLINI, *La mens rea*, in E. AMATI, V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA e A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, op. cit., pp. 143.

<sup>747</sup> K. AMBOS, *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, M. Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, pp. 152-153: «Queda todavía un largo camino por recorrer hacia un concepto integral de responsabilidad penal individual en Derecho penal supranacional. La jurisprudencia de los crímenes de guerra, sin embargo, ofrece elementos de responsabilidad individual fundamentales e importantes».

È un elemento soggettivo multiforme, quello che caratterizza i crimini internazionali, tanto da indurre ad una trattazione distinta a seconda delle fattispecie, con una ulteriore distinzione tra quelle “macrocriminali” e quelle dei delitti comuni sottesi alla *Makrokriminalität*.

Dunque, in ambito internazionale la trattazione della colpevolezza si complica ulteriormente rispetto al diritto interno, e si tratta di complicazioni di contesto<sup>748</sup>.

Infatti, tra le caratteristiche fondamentali di questo sistema di giustizia, rientra il suo ambizioso programma di sintesi fra macro grandezze dei crimini e micro-dimensione individuale<sup>749</sup>.

E proprio nel punto di incontro tra queste due dimensioni si inserisce il problema che segna il tentativo di abbozzare una anatomia della logica della colpevolezza: non solo giudicare e condannare, ma spiegare, comprendere, cogliere la complessità delle cose.

Tutto ciò nel presupposto, più che verosimile, che gli stessi crimini gravi siano conseguenza di fattori eterogenei, certamente non riconducibili soltanto ad azioni individuali, ancorché eseguibili<sup>750</sup>.

I concetti teorici fondanti lo studio sul principio di colpevolezza non si possono automaticamente innestare nell’assetto ordinamentale internazionale, perché spesso è necessario creare categorie che, rispetto a quelle tradizionali, conservino le informazioni dogmatico-funzionali ma si pongano come nuove ed autonome, trovando la loro matrice genetica nell’ordinamento internazionale<sup>751</sup>.

Si pongono, per i paradigmi ascrittivi della responsabilità, ancora una volta, i problemi già sottolineati agli inizi del presente lavoro, nel tratteggiare il conflittuale rapporto tra il diritto penale e l’ambito internazionale in cui si trova ad essere trapiantato: sembra doversi scartare l’eventualità di *importare*<sup>752</sup> direttamente i meccanismi regolativi della responsabilità tradizionalmente elaborati in diritto interno, mentre è da preferirsi la ricerca di strade alternative che valorizzino la dimensione collettiva dell’agire criminoso, che è propria della giustizia penale internazionale.

---

- en el plano objetivo un concepto muy amplio de participación en el sentido de cualquier contribución causal a la comisión de un acto; un fundamento particularmente importante de la responsabilidad de los líderes dentro de organizaciones jerárquicas está dado por la teoría de la autoría indirecta por medio del dominio del hecho en virtud de un aparato organizado de poder (*Organisationsherrschaft*) o, más general, la autoría mediata;

- en el plano subjetivo el requisito de conocimiento, eventualmente probado con evidencia circunstancial (no sobre la base de una presunción) e intención;

- distintas formas de expansión de la imputación, de las cuales la responsabilidad de mando es la más importante en términos prácticos y conceptuales; a diferencia de la *Organisationsherrschaft* desarrolla criterios de imputación por omisiones, no actos; a partir de allí, ambos conceptos se complementan entre sí.

<sup>748</sup> Sulle difficoltà nel definire compiutamente il principio di colpevolezza nel diritto penale internazionale N. PISANI, *L’elemento psicologico del crimine internazionale*, op. cit., p. 1374.

<sup>749</sup> In tal senso A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato*, op. cit., pp. 799 ss., p. 804.

<sup>750</sup> G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in *Criminalia*, 2007, p. 41-55. Il testo riproduce la relazione introduttiva al Seminario internazionale dal titolo “*Punire Riconciliare Ricostruire. Dalla giustizia penale internazionale alla elaborazione dei conflitti*”, tenutosi presso l’Università di Palermo nei giorni 30-31 marzo 2007.

<sup>751</sup> R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, op. cit., p. 52.

<sup>752</sup> S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, op. cit., p. 42-43. Il corsivo è nostro.

È certamente incontestabile il ruolo della colpevolezza come principio di civiltà: è alla giurisprudenza del Tribunale di Norimberga che si deve il primo, esplicito riconoscimento del principio di colpevolezza, riconoscimento che, tuttavia, è solo un embrione della costruzione della relativa categoria nel diritto penale internazionale. Successivamente, la lettura degli Statuti dei due tribunali *ad hoc* ha confermato la tendenza a riconoscere al principio di colpevolezza un rilievo sempre crescente, fino a giungere allo Statuto di Roma, in cui si registra l'espressa consacrazione normativa della colpevolezza quale elemento costitutivo del crimine internazionale<sup>753</sup>.

Lasciato il piano dei principi, si riscontra, tuttavia, una minore uniformità di vedute circa il contenuto della colpevolezza come categoria dogmatica<sup>754</sup>.

Infatti, il riconoscimento *de facto* della colpevolezza quale elemento costitutivo dei crimini internazionali, non ha un sostrato solido, perché manca di disposizioni di carattere generale dalle quali sia possibile ricostruire una più ampia teoria della colpevolezza<sup>755</sup>.

A questa fragilità dogmatica, si accompagnano tutte le difficoltà di un contesto plurilingue: non pochi sono convinti che sia impossibile formulare norme di principio in materia, senza perdersi in un dibattito teorico senza fine<sup>756</sup>.

In genere si ripiega su esercizi di autentico funambolismo ermeneutico, le cui corde sono rappresentate dal ricorso ai principi comuni agli ordinamenti dei vari Stati, dal ripiegamento teleologico verso gli scopi della norma penale o dall'opzione applicativa a favore della sua effettività.

È pur vero che lo Statuto della Corte penale internazionale, che è il primo, meritorio tentativo di codificazione in ambito internazionalpenalistico, tenta di munire il suo art. 30 di un *retrotterra semantico*<sup>757</sup> che lo renda fruibile sul piano applicativo, ma è anche vero che è dubbio che questo possa condurre ad una nozione di *mens rea* tendenzialmente autonoma e ovunque condivisibile: non si possono ignorare, infatti, i rischi che si annidano in un ambito in cui ci si trova a dovere operare con termini e nozioni che hanno precisi contenuti all'interno del

---

<sup>753</sup> R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, *op. cit.*, p. 11 e 60.

<sup>754</sup> L'osservazione è di G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto Penale- Parte Generale*-, *op. cit.*

<sup>755</sup> L. CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, *op. cit.*, p. 1086. Nello stesso senso R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, *op. cit.*, p. 11 e 59.

<sup>756</sup> L. CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, *op. cit.*, p. 1086. L'Autrice, si riferisce ai lavori della Commissione del diritto internazionale, istituita dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la risoluzione n. 174 (II) del 21 novembre 1947 con il duplice compito di: (a) *Formulate the principles of international law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in judgment of the Tribunal, and (b) Prepare a draft code of offences against the peace and security of mankind, indicating clearly the placet to be accorded to the principles mentioned in subparagraph (a) above.* Riporta le parole del membro francese Reuter: «La difficulté tient ici au fait que les termes employés dans chaque langue juridique nationale sont quasi intraduisibles dans les autres langues, parce qu'ils correspondent à des concepts déterminés dans une pensée juridique déterminée (omissis). La Commission devra malgré tout, pour chaque crime prévu dans le projet de code, décider si les considérations qui relèvent de facteurs psychologiques doivent ou non entrer dans la définition du crime. Elle ne saurait formuler sur ce point de règles générales».

<sup>757</sup> A. VALLINI, *L'elemento soggettivo*, *op. cit.*, p. 48. Il corsivo è dell'Autore.

sistema in cui sono tratti, e che potrebbero essere erroneamente manipolati nella formulazione del precetto internazionale<sup>758</sup>.

Partendo dal presupposto che, in un'unica nozione di colpevolezza, si annida una diversità di opzioni e che l'identità semantica non sempre riesce ad omogeneizzare l'eterogeneo e l'incompatibile<sup>759</sup>, la dottrina contemporanea, riferendosi alla colpevolezza in senso dogmatico, la distingue concettualmente a seconda che essa funga da elemento costitutivo del reato (*Strafbegründungsschuld*) che si pone accanto alla tipicità e all'antigiuridicità, oppure da criterio di commisurazione della pena (*Strafzumessungsschuld*).

Nella sua concezione psicologica, ossia come parametro valutativo della relazione psicologica fatto-autore, è pacifico che essa abbracci, come requisiti minimi, il dolo e la colpa, ma si è sempre discusso se vi rientrassero ulteriori elementi e di quale natura fossero.

Che poi la relazione fatto-autore venga spesso, nella teoria generale del reato internazionale-penalistica, rimpiazzata dal nesso individuo-gruppo criminoso, è questione che sarà oggetto di approfondimento nel corso del presente studio<sup>760</sup>.

Anche la nozione di *mens rea* emergente dall'art. 30 StICC è di carattere squisitamente psicologico, perché rapporta l'elemento rappresentativo e/o volitivo dell'agente con il dato materiale "tipico" marginalizzando aspetti "emotivi", "motivazionali", di generica "adesione" al fatto<sup>761</sup>.

Nella dottrina di diritto interno, la colpevolezza psicologica è andata incontro a due obiezioni di fondo, perché è parzialmente inidonea, sul piano dogmatico, a fornire un concetto superiore veramente in grado di ricomprendere il dolo e la colpa: mentre, infatti, il dolo consta di coscienza e volontà come atteggiamenti psicologici effettivi, ad integrare la colpa sono sufficienti anche atteggiamenti psicologici potenziali.

Sul piano funzionale, poi, la concezione psicologica non valorizza tutte le potenzialità della colpevolezza come elemento di graduazione della responsabilità penale.

A tali inconvenienti dogmatici si propone di ovviare la concezione normativa, che introduce la valutazione delle circostanze dell'agire, del processo di motivazione, alla stregua di un canone normativo, trasformando la colpevolezza in un giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà<sup>762</sup>.

Ma è certamente psicologica la colpevolezza che emerge dal diritto penale internazionale. Infatti, la colpevolezza normativa presuppone che il giudizio di rimproverabilità vada rapportato alla conoscibilità del divieto penale, ma tale conoscibilità si atteggia in modo

---

<sup>758</sup> R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, op. cit. p. 125.

<sup>759</sup> In tal senso E. R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, op. cit., p. 340.

<sup>760</sup> S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, op. cit., p. 241.

<sup>761</sup> A. VALLINI, *L'elemento soggettivo*, op. cit., p. 77.

<sup>762</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto Penale- Parte Generale*-, op. cit.

diverso rispetto al diritto interno, trovando le sue radici nel contraddittorio binomio tra cronica carenza di tassatività e presunzione assoluta di conoscenza.

Tale contraddizione, tuttavia, trova una giustificazione ed una sintesi nella manifesta illiceità dei fatti integranti i crimini internazionali, dal che anche la marginalizzazione dell'errore<sup>763</sup>.

È facile comprendere come il correttivo rappresentato dalla concezione normativa di rado trovi cittadinanza nella giustizia penale internazionale, a causa della prevalente esigenza di contrastare strategie difensive pretestuose a fronte di comportamenti connotati da un'offensività macroscopica<sup>764</sup>.

È evidente che una teoria della colpevolezza funzionale rispetto alla specifica morfologia dei crimini internazionali deve essere costruita a partire dai caratteri essenziali e connotanti tali fenomeni criminosi, nonché le risposte punitive che essi generano ed il confronto comparatistico tra i contenuti delle norme sulla *mens rea* e le regole di imputazione affermatesi nel sistema penale italiano, è l'unico modo per tentare di "tradurre" in categorie tecniche a noi più familiari le indicazioni che promanano dalle fonti internazionali<sup>765</sup>, nonostante le evidenti divergenze che consentono di ascrivere una maggiore severità al sistema italiano<sup>766</sup>.

Tuttavia, la perdurante incertezza e fluidità della categoria della colpevolezza risulta evidenziata anche nell'ambito dell'indagine comparata, che stenta anch'essa a collocare la colpevolezza nella teoria generale del reato e a definire i fattori che incidono su di essa.

La difficoltà di questa definizione si evince dai lineamenti della colpevolezza così come tratteggiati dalla giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali.

I Tribunali di Norimberga e di Tokyo, contemplano una colpevolezza, come elemento costitutivo del crimine internazionale, tratteggiata "in negativo", attraverso la definizione e applicazione delle cause che la escludono<sup>767</sup>, quasi fosse talmente evanescente da consentire di approcciare solo la definizione dei fattori che non la integrano.

---

<sup>763</sup> F. RAGO, *I requisiti subiettivi minimi per un'imputazione giusta nello Statuto della Corte penale internazionale*, op. cit., pp. 100-102: «L'art. 32 StICC distingue tra le due diverse forme di errore, di fatto e di diritto, ed esclude, senza distinguere tra errore evitabile ed errore inevitabile. L'*error iuris* potrà assumere valore di causa di esclusione della responsabilità penale solo nell'ipotesi in cui escluda l'elemento psicologico. Gli ordinamenti penali moderni, in seguito al sempre maggiore aumento dei delitti di pura creazione legislativa, accanto al tradizionale nucleo dei c.d. delitti naturali, hanno reputato astratta la pretesa assolutezza del principio della inescusabilità dell'errore su legge penale».

<sup>764</sup> A. VALLINI, *L'elemento soggettivo*, op. cit., p. 77. Spiega, l'Autore: «Tale scelta sembra giustificarsi non tanto in virtù della necessità, tipica di un diritto penale laico e liberale, di sottrarre al giudice qualsiasi facoltà di sondare la personalità morale dell'imputato, quanto in ragione dell'esigenza di contrastare strategie difensive in varia guisa incentrate vuoi sulla "non malvagità" del reo, vuoi sulla natura "personale" dei motivi principali dell'agire».

<sup>765</sup> A. VALLINI, *L'elemento soggettivo*, op. cit., p. 47.

<sup>766</sup> VALLINI, *La mens rea*, op. cit., p. 179. L'Autore indica (p. 180) anche l'unica armonizzazione che si prospetta necessaria e che è relativa alle indicazioni speciali dello StICC in tema di *mens rea* che prevedono requisiti soggettivi particolarmente labili (*recklessness*, *willful blindness*, ecc.), a fronte delle quali le forme di dolo rilevanti nel sistema italiano, potrebbero lasciare spazi di impunità.

<sup>767</sup> L. CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, op. cit., p. 1087, nota 146. L'Autrice rileva come la ricostruzione in negativo dell'elemento soggettivo, enucleando le cause che lo escludono, ricordi la genesi della costruzione della *mens rea* del *common law*: è attraverso l'affermazione dell'efficacia di un

Spostandosi dal piano giurisprudenziale a quello normativo, si riscontra che, difettando espresse disposizioni in merito, dal complesso delle norme dello Statuto del Tribunale di Norimberga, sembra emergere la possibilità di un'ascrizione della responsabilità penale unicamente sulla scorta di un contributo causale oggettivo, ancorché la giurisprudenza si discosti poi da questo quadro normativo<sup>768</sup>.

Anche i successivi lavori compiuti per suggellare tale giurisprudenza si concentrano esclusivamente sulle eccezioni alla responsabilità penale, scegliendo di enunciare a priori le cause di esclusione della responsabilità stessa, tanto da fare pensare all'omissione deliberata dell'elemento dell'intenzione criminosa<sup>769</sup>.

Proseguendo con i Tribunali *ad hoc*, si nota la stessa lacuna sul piano normativo perché gli Statuti di entrambi i Tribunali non contemplano alcuna disposizione sul principio di colpevolezza e sull'elemento soggettivo del crimine internazionale.

È la rispettiva giurisprudenza a tracciare una colpevolezza in cui non mancano problemi di "ascrizione"<sup>770</sup>, e non vengono disdegnati affatto i coefficienti psicologici a metà tra il dolo e la colpa. Sulla scorta del modello di *common law* la volontà colpevole viene declinata in tante forme<sup>771</sup> per quanti sono gli elementi dell'*actus reus*, scelta compiuta anche nello Statuto della Corte penale internazionale.

Il processo volitivo risulta intricato a fronte di crimini tipicamente di gruppo: la gravità e vastità delle conseguenze e l'ampiezza della stessa attività criminale, presuppongono normalmente un *concursum plurium ad delictum*, perché è inconcepibile che i crimini internazionali vengano compiuti da individui singoli<sup>772</sup>.

---

mezzo di difesa che il concetto di *mens rea* riceve un'applicazione pratica e i giudici dei Paesi di *common law* fanno fronte all'incertezza terminologica e all'evidente mancanza di organicità che caratterizza tuttora l'argomento. Rileva la definizione in negativo dell'elemento soggettivo del reato anche R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, *op. cit.*, p.116, citando F. MALEKIAN, *International Criminal Responsibility*, in M.C. BASSIOUNI (a cura di), *International Criminal Law, I, Crimes, Ardsley, New York*, 1999, in particolare, p. 161 ss.

<sup>768</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, *op. cit.*, p. 331: «Tale circostanza, peraltro, non ha impedito che il Tribunale di Norimberga, di fronte alla spinosa questione della punibilità di appartenenti a gruppi o ad associazioni imputati di gravi crimini, in quanto tali, affermasse con decisione il principio di personalità della responsabilità penale ed il conseguente divieto di condanne di massa fondate sul mero apporto oggettivo, scisso da una corrispondente componente soggettiva, pur se, in realtà, oggetto di scarsa elaborazione concettuale e di non adeguata attenzione in fase di accertamento e motivazione». Lo stesso Autore, a p. 343, precisa che, nel corso del giudizio, fu più volte affermata la necessità della prova dell'elemento psicologico, unitamente alla reiezione di forme di responsabilità da posizione.

<sup>769</sup> L. CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, *op. cit.*, p. 1061-1063. Riferendosi ai lavori della *International Law Commission*, cita l'opinione del delegato statunitense, che rilevò la deliberata omissione dell'elemento dell'intenzione criminosa, nonostante nei sistemi di *civil law* e di *common law*, non ci possa essere crimine senza intenzione criminosa.

<sup>770</sup> M. ELEWA BADAR, *Rethinking Mens Rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, in A.A.V.V., *Rethinking International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 32. I problemi di ascrizione ricevono dall'Autore un cenno a p. 13: «*Is it the act which should be intentional, or the consequence, or both?*».

<sup>771</sup> VALLINI, *La mens rea*, *op. cit.*, pp. 146-150. Più diffusamente vedi infra Parte Seconda, Sezione II, Paragrafo 2.1.

<sup>772</sup> L. CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, *op. cit.*, p. 1057. Sull'attribuzione della responsabilità per crimini internazionali a livello individuale e *ultraindividuale*, si veda S.

La dinamica della responsabilità assume, in tale ambito, una connotazione singolare: ci si trova di fronte ad fenomeno di “dispersione” della volontà criminosa. Infatti, tra l’atto e la volontà criminale, dunque tra l’elemento materiale e quello soggettivo, si crea una distanza notevole, quasi una dissociazione. Il processo decisionale risulta atomizzato, tanto da essere difficilmente ascrivibile in blocco a qualcuno<sup>773</sup>.

Appare come una sorta di «quadratura del cerchio» l’adeguamento dei criteri di imputazione, di derivazione interna, alla realtà dei crimini internazionali, contesto in cui il dato psicologico viene o poco valorizzato<sup>774</sup> o travisato con manovre di avvicinamento al polo oggettivo del reato, manovre che lo “oggettivizzano” a sua volta.

Il risultato è che l’elemento soggettivo viene filtrato attraverso schemi presuntivi, palesi o surrettiziamente introdotti, ma sempre con la finalità di evitare l’impunità.

Il carattere esemplare e, talora, sommario che connota la giustizia penale internazionale, si riflette anche sulla colpevolezza: così, le ipotesi di esclusione della responsabilità penale in genere riconosciute con riguardo alla criminalità comune, difficilmente trovano ingresso nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali.

Questo spiega perché si neghi l’effetto scusante dell’errore sul precetto, nonché l’insufficiente chiarezza dei presupposti dell’errore sul fatto, e l’assenza di un’indagine seria circa le questioni dell’imputabilità<sup>775</sup>.

## 2. L’elemento soggettivo: le forme di volontà colpevole

Se si pensa che la colpevolezza è quel luogo ideale della teoria del reato deputato a *raccogliere* i criteri di imputazione soggettiva<sup>776</sup>, si può comprendere perché si atteggi in modo peculiare nella giustizia penale internazionale<sup>777</sup>. Soprattutto se si pensa che la dottrina che ne osserva il ruolo da “raccolgitore”, significativamente aggiunge che tale è «con intenti ordinatori e didattici»<sup>778</sup>, quasi sottintendendo le non lievi forzature sottese al rapporto tra la dimensione dogmatica e quella applicativa.

---

MANACORDA, *“I confini della responsabilità individuale nel diritto penale internazionale: primi appunti”*, *op. cit.*, p. 6. Il corsivo è nostro.

<sup>773</sup> L. CAVICCHIOLI, *Sull’elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell’umanità*, *op. cit.*, p. 1064-1065.

<sup>774</sup> S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, *op. cit.*, pp. 150 e 239.

<sup>775</sup> R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, *op. cit.*, pp. 119-120.

<sup>776</sup> Così, testualmente, F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d’oggi*, *op. cit.*, p. 123. Il corsivo è nostro.

<sup>777</sup> A parlare di una colpevolezza *sui generis*, R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, *op. cit.*, p. 359 ss.

<sup>778</sup> F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d’oggi*, *op. cit.*, p. 123. Rievoca altra dottrina che, a proposito dell’antigiuridicità, parla di «scopi didattici e di analisi anatomica a tavolino»: M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, *op. cit.*, p. 1646.

Le forzature sono ancora più marcate se si tenta di trasporre le fattezze della colpevolezza come categoria dogmatica, così come intesa nel diritto penale interno, anche nella dimensione internazionale, poiché tale trasposizione risente della stessa “ambivalenza” del diritto penale internazionale<sup>779</sup>.

L'esame della giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* dimostra che la complessità del processo di accertamento della colpevolezza, a causa dell'intricato processo volitivo che conduce alla realizzazione in concreto del crimine, ha causato una dilatazione della responsabilità personale<sup>780</sup>.

È innegabile che, a fare da azionista di maggioranza, in questa ambivalenza ed in questa complessità, sia il *common law*.

Nella cornice delineata dall'art. 30 StICC, le forme mentali al di sotto del dolo intenzionale (diretto) hanno carattere residuale o addirittura singolare. Tra le ipotesi residuali, quelle di dolo indiretto; tra quelle che si pongono come uniche, la colpa<sup>781</sup>.

Il dolo intenzionale è preferito, evidentemente, per la sua centralità selettiva<sup>782</sup>, e soprattutto perché la peculiare struttura ontologica degli illeciti non si concilia logicamente, se non in casi eccezionali, né con titoli soggettivi di imputazione riportabili ad una responsabilità “da rischio”, a cavallo tra dolo eventuale e colpa cosciente, né con coefficienti psicologici soggettivamente più sfumati, come la colpa (*negligence*)<sup>783</sup>.

Quella codificata dallo stesso Statuto della Corte penale internazionale è la trasposizione semplificata e spuria dell'opzione del *Model Penal Code*<sup>784</sup> che rapporta un diverso coefficiente soggettivo a ciascuno degli elementi dell'*actus reus*.

Il primo contempla sia *intent* (intenzione) che *knowledge* (consapevolezza) per condotta, evento e circostanze.

Lo Statuto, invece, senza ulteriormente distinguere tra le varie sfumature tra *general* e *specific intent, purpose, oblique intention* e *desire*, richiede solo l'*intention* per la condotta<sup>785</sup> e solo la *knowledge*

---

<sup>779</sup> E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, op. cit., p. 313.

<sup>780</sup> F. RAGO, *I requisiti subiettivi minimi per un'imputazione giusta nello Statuto della Corte penale internazionale*, op. cit., p. 83.

<sup>781</sup> A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato*, op. cit., p. 810.

<sup>782</sup> A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato*, op. cit., p. 812.

<sup>783</sup> E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, op. cit., p. 334.

<sup>784</sup> Ad esporlo, in maniera esaustiva, E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, op. cit., p. 336 ss. A volere considerare, invece, le differenze tra un ordinamento e l'altro non si può fare a meno di considerare la differenza, propria del diritto penale tedesco, tra *Absicht* e *direkter Vorsatz* (*dolus directus*), più o meno corrispondente alla distinzione di *Common Law* tra *direct intent* e *oblique intent*, il primo caratterizzato da una volontà che mira direttamente al raggiungimento di uno scopo, il secondo da una previsione di certezza da parte dell'autore che il determinato risultato si verificherà come «*virtually certain accompaniment of what he intended*» (E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, op. cit., p. 337; N. PISANI, *L'elemento psicologico del crimine internazionale*, op. cit., p. 1380; O. TRIFFTERER, *Legal and political implications of domestic ratification and implementation processes*, in KREB & LATTANZI (a cura di), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders- Volume I, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden*, Il Sirente, p. 1 ss., p. 23.

<sup>785</sup> N. PISANI, *L'elemento psicologico del crimine internazionale*, op. cit., p. 1382: nei sistemi di *Common Law* si ritiene che l'*intention* debba essere circoscritta alla sola azione fisica materiale (condotta), posto che colui che agisce è in grado

per le circostanze, confermando la esclusiva punibilità di forme di dolo intenzionale o diretto (*direct intention* e *knowledge*): chi agisce è consapevole che è praticamente certo che la sua condotta cagionerà un determinato risultato. Proprio a tale proposito viene in rilievo il criterio della certezza delle conseguenze secondo il corso ordinario degli eventi (*ordinary course of the events*): affinché un determinato evento possa essere imputato a titolo di dolo, chi ha agito deve avere potuto rappresentarsi quel determinato risultato come conseguenza altamente probabile della sua azione, avendone valutato il rischio di verifica, secondo la scienza ed esperienza del momento storico e del tipo di attività, ed avendo escluso la possibilità di impedire l'evento sulla base dei mezzi a sua disposizione.

Si tratta di una evidente anomalia, che sembra riprodurre canoni di accertamento dell'illecito colposo, dal momento che l'atteggiamento soggettivo è rapportato alla prevedibilità di un normale decorso causale, basato sui calcoli realistici dell'uomo medio, che dovrebbero scaturire nell'evento ineluttabile, dato l'iter causale che lo ha prodotto<sup>786</sup>.

Tuttavia, troneggia il dolo come forma di volontà colpevole perchè il carattere manifestamente criminoso degli atti integranti crimini internazionali è incompatibile con un coefficiente psicologico di minore caratura, quale è quello colposo, di cui si trova, nel sistema punitivo sovranazionale, una sola ipotesi legata alla responsabilità del superiore per avere violato l'obbligo di impedire i crimini dei subordinati, per essere incorso nella colpevole ignoranza dei crimini dei subalterni disattendendo l'obbligo di tenersi informato su ciò che avviene nei territori sotto il proprio controllo e da parte dei soggetti sottoposti al proprio comando, situazione ripresa dai successivi strumenti normativi<sup>787</sup>.

Non si sa fino a quale punto sia da avallare l'opzione dei codificatori, né fino a che punto le opzioni di *common law* possano essere inquadrare come il minimo comune denominatore delle varie soluzioni ordinamentali, alle quali i Tribunali *ad hoc* fanno spesso ricorso<sup>788</sup>.

---

di prevedere le conseguenze normali della propria condotta. Tale regola si risolve in una vera e propria regola probatoria (*rule of evidence*), e spesso in una presunzione relativa (*rebuttable presumption*). Ad interpretare così l'art. 30 StICC, tuttavia, la colpevolezza resterebbe confinata ad un ruolo marginale, mentre riemergerebbe con prepotenza la c.d. *strict liability*, risolvendosi l'accertamento della *mens rea* in una *fiction iuris*. L'Autore (p. 1380-1381) si sofferma anche sulla distinzione, presente nel *Model Penal Code*, tra *purpose* (*direct intention*) ed *intent* e sull'autonomia, riconosciuta in quel progetto di codificazione, del concetto di intenzione indiretta (*oblique intention*), posta in successione rispetto al "di proposito" (*purpose*): l'agente ha agito con la consapevolezza che è praticamente certo che la sua condotta cagionerà un determinato risultato. Sul fatto che, per le *circumstances* (espressione con la quale nel *Common Law* si indicano gli elementi costitutivi oggettivi della fattispecie di reato diversi da condotta ed evento) si richiede che l'agente sia semplicemente consapevole della loro esistenza, e che per le «conseguenze della condotta» si richiede che l'agente debba volerle come scopo della propria azione o essere consapevole (*aware*) che queste si verificheranno secondo «il normale corso degli eventi»: I. MERENDA, *L'elemento soggettivo nello Statuto della Corte penale internazionale*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale*, II. *Studi*, op. cit., p. 75 ss., p. 78 e p. 80.

<sup>786</sup> Si veda, in merito al parametro in esame, E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, op. cit., p. 339 e N. PISANI, *L'elemento psicologico del crimine internazionale*, op. cit., p. 1385.

<sup>787</sup> R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, op. cit., p. 56.

<sup>788</sup> In tal senso F. RAGO, *I requisiti subiettivi minimi per un'imputazione giusta nello Statuto della Corte penale internazionale*, op. cit., pp. 80-81.

## 2.1. Il dolo: contenuti e tipologie

Basta un breve *excursus* storico per comprendere il ruolo altalenante del dolo e della pregnanza di tale forma di volontà colpevole, nella configurazione dei crimini di diritto internazionale: da Norimberga ad oggi, non di rado è stata attribuita rilevanza a forme di volontarietà decisamente più blande rispetto al dolo, e straordinariamente contigue alla colpa<sup>789</sup>.

È difficile trattare l'elemento soggettivo del crimine internazionale in modo organico<sup>790</sup> e su tale problema di fondo, si innesta la declinazione del dolo in tante forme a seconda dei reati<sup>791</sup>.

Ad ogni modo, nei crimini internazionali, il coefficiente soggettivo quasi sempre richiesto corrisponde al dolo, restando, la colpa, un'ipotesi assolutamente marginale.

I due requisiti psichici che devono supportare la realizzazione del fatto criminoso in tutti i suoi *material elements* sono l'intenzione (*intent*) e la consapevolezza (*knowledge*)<sup>792</sup>.

Tali requisiti integrano il cuore della *mens rea*, ma sarebbe riduttivo volerli ricondurre al sistema bipolare elemento rappresentativo-elemento volitivo che si riscontra nel dolo delle fattispecie di diritto interno.

---

<sup>789</sup> A. VALLINI, *La mens rea*, op. cit., pp. 140-141. Così l'Autore: «Se fin dai giudizi di Norimberga si è sostenuto che la responsabilità penale internazionale deve fondarsi su di una adesione soggettiva al fatto criminoso, è pur vero che tale requisito psicologico è stato inteso nelle più svariate maniere, dipingendo un quadro variegato di soluzioni che riflette l'eterogeneità delle indicazioni offerte dai singoli sistemi penali statali. Così, talune decisioni ritengono sufficienti coefficienti soggettivi inferiori al dolo, mentre altre individuano la forma minima di colpevolezza nell'aver ignorato ciò che, ragionevolmente, non si poteva ignorare. Parte della dottrina, invece, pretende un comportamento *deliberatamente imprudente*. Altrove, in termini ancora più rigorosi, si è richiesta la prova della *consapevolezza della probabilità* del verificarsi di un certo evento, mentre taluno preferisce evocare la categoria del *dolo eventuale*, altrove ritenuta equivalente all'angloamericana *advertent recklessness*. Vengono poi richiamati i parametri, tipici degli ordinamenti angloamericani, ma difficilmente traducibili in categorie del diritto penale continentale della *recklessness* o *wilful blindness*. Non manca, infine, chi ritiene rilevante soltanto il perseguimento intenzionale dell'obiettivo criminoso, negando importanza, dunque, a forme più "blande" di volontarietà». Il corsivo è dell'Autore.

<sup>790</sup> In tal senso A. VALLINI, *L'elemento soggettivo*, op. cit., p. 42 nota 4: Fin dai primordi della giustizia penale internazionale, si è affermata l'opinione che la responsabilità penale internazionale debba fondarsi, in linea di principio, su di un nesso psichico di carattere «intenzionale». Peraltro, tale nesso viene espresso, nelle esperienze nazionali, con una terminologia variabile che converge in una babele semantica, e questo stato di cose si riflette nella giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, che ha alternativamente affermato che requisito mentale del crimine internazionale può anche essere «una negligenza così grave da equivalere ad una acquiescenza o addirittura ad un dolo» (*negligence so serious that it is tantamount malicious intent*: ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 489). Altrove si ritiene sufficiente un comportamento deliberatamente imprudente ritenendo sufficiente la dimostrazione del fatto che «l'agente non avrebbe potuto ragionevolmente ignorare» un certo dato significativo della fattispecie (ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković* ("Foča" Case), Trial Chamber II, Judgement, § 435). Si è ritenuto anche sufficiente provare come il soggetto attivo avesse compreso «la probabilità» del verificarsi di un certo evento (ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 153). In altri casi è stato evocato il *dolus eventualis* (*advertent recklessness*: ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, Judgement, § 220).

<sup>791</sup> Per questa ricognizione, si rinvia a A. VETRI, *La responsabilità penale al vaglio della Corte penale internazionale*, op. cit., p. 256 nota 8: in alcune decisioni, ed in riferimento ad alcuni reati, è stato richiesto che il soggetto abbia agito con dolo intenzionale (ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 153). In altri casi è ritenuta sufficiente la sussistenza del dolo diretto (ICTY, *Prosecutor v. Mucić and others* ("Čelebići case"), Trial Chamber, Judgement, § 326) o del dolo eventuale (ICTY, *Krstić* ("Srebrenica-Drina Corps"), Trial Chamber I, Judgement, § 616 ss.). In altri casi ancora si è fatto riferimento a parametri soggettivi familiari ai giuristi angloamericani, ad esempio la *recklessness* (ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 151 ss.), o la negligenza (vedi *ante* nota 791).

<sup>792</sup> Sulla sostanziale identità dei due coefficienti soggettivi I. MERENDA, *L'elemento soggettivo nello Statuto della Corte penale internazionale*, op. cit., p. 77.

Se la *knowledge* integra certamente la componente cognitivo-rappresentativa della *mens rea*<sup>793</sup>, non altrettanto netta è la configurazione dell'*intent*. Infatti, solo il *direct intent* ha natura spiccatamente volitiva.

In generale, bisogna considerare che la *mens rea* assume una fisionomia diversa a seconda che si consideri il piano normativo o quello giurisprudenziale: sul primo versante, al silenzio dei Tribunali militari internazionali e dei Tribunali *ad hoc*<sup>794</sup>, si oppone solo lo Statuto della Corte penale internazionale, mentre il versante giurisprudenziale è più variegato.

È possibile, dunque, considerare la *mens rea* così come delineata dall'unico riferimento normativo, ossia dall'art. 30 StICC, che si atteggia a clausola generale, che può subire delle eccezioni, sia da parte di enunciati di parte generale, ossia concernenti categorie generali del crimine (tali sono l'art. 25, 3 (d) StICC e l'art. 28 StICC), sia da parte di enunciati di parte speciale, ossia contemplati dalle singole fattispecie incriminatrici: è il caso dello *specific intent* richiesto per il genocidio o delle numerose fattispecie che richiedono il solo *intent* o (il caso dei crimini contro l'umanità) la sola *knowledge*.

Ogni elemento dell'*actus reus* ha un proprio coefficiente soggettivo<sup>795</sup>. La condotta (*conduct*), ossia il comportamento attivo od omissivo rilevante per l'integrazione del crimine deve essere sorretta almeno da un dolo di proposito; la conseguenza (*consequence*), ossia l'evento naturalistico prodotto dalla condotta deve essere sorretto almeno da un dolo diretto, dunque il soggetto attivo deve rappresentarsela come conseguenza certa o altamente probabile della propria condotta; infine la circostanza (*circumstance*) che può essere definita per esclusione rispetto agli altri due elementi della condotta e della conseguenza, e che comprende anche i dati fattuali che connotano il contesto, deve essere anch'essa sorretta almeno dal dolo diretto.

Dunque, in linea di massima lo StICC pretende un dolo quantomeno diretto, consistente nel rappresentarsi e volere l'evento come conseguenza certa o altamente probabile della condotta, anche quando, tuttavia, il fine dell'azione sia altro. Al contrario i Tribunali *ad hoc*, la cui

---

<sup>793</sup> Ed è suscettibile anch'essa di distinzioni, quale quella tra *actual knowledge* (conoscenza diretta) and *constructive knowledge* (conoscenza implicita). Sulla *constructive knowledge* interviene anche K. AMBOS, *Temas de Derecho Penal*, op. cit., pp. 209 e 309, che si riferisce al caso *Blaškić*: «La definición clara, y también práctica, de conocimiento dada en el caso *Blaškić* no está en contradicción con otra resoluciones, sino que es un útil. esclarecimiento del oscuro concepto “conocimiento constructivo”». E ancora: «El criterio del conocimiento constructivo, según la jurisprudencia, forma parte de la definición del conocimiento». L'Autore aggiunge: «...al parecer también cree que los jueces utilizaron la locución “conocimiento constructivo” como un sinónimo de “ceguera voluntaria”». Citando CHESTMAN, *An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity*, *Duke J. Comp. Int' L.*, n. 10, 2000, pp. 307 e 316. In merito si veda anche L. CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, op. cit., p. 1081. L'Autrice introduce la distinzione a proposito del superiore che non sia prontamente intervenuto, nonostante avesse una cognizione attuale e diretta del compimento dei crimini (*actual knowledge*), o comunque sia in possesso di informazioni da cui avrebbe dovuto trarre un convincimento in proposito.

<sup>794</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., p. 331. L'Autore sottolinea che gli statuti dei Tribunali *ad hoc* contemplano il solo principio, di cui l'elemento psicologico è *continuum*, della responsabilità penale individuale in ambito ultrastatuale.

<sup>795</sup> VALLINI, *La mens rea*, op. cit., pp. 146-150.

giurisprudenza accoglie anche forme più blande di volontà colpevole, tra cui dolo eventuale, colpa cosciente e *recklessness*, che si colloca tra la colpa cosciente ed il dolo eventuale presunto.

Le deliberazioni criminose attuate sull'onda di un impeto emotivo sono escluse dal tenore testuale della norma: mentre la versione francese dell'art. 30 StICC utilizza un generico *entend*, sia la versione inglese (*means to*) che quella spagnola (*se propone*) si riferiscono ad un'opzione meditata<sup>796</sup>.

Deve trattarsi, quindi, di un dolo di proposito, compatibile con scelte criminose maturate in un lasso di tempo apprezzabile, anche se relativamente breve<sup>797</sup>.

La componente rappresentativa, non deve avere, inoltre, un contenuto particolarmente ricco, anzi, si assiste addirittura ad un'erosione dei contenuti rappresentativi, fin quasi ai limiti del dolo eventuale<sup>798</sup>, il che ha la funzione di scardinare l'ermetica struttura delle catene di comando, in modo da ricondurre ad unità una responsabilità che in essa risulta atomizzata, polverizzata, diluita<sup>799</sup>, e di riuscire ad isolare i singoli comportamenti inseriti nella macchinosa realizzazione di crimini sistemici o diffusi su larga scala al fine di facilitarne la personale punibilità<sup>800</sup>.

Solo per alcune fattispecie, ed è il caso del genocidio, è richiesto lo *specific intent*, normalmente espresso ricorrendo al vocabolo *intent*, carico di un'ambiguità semantica che si può diluire in due direzioni: ritenere che esprima una "finalizzazione" cosciente e diretta verso il perseguimento di un risultato, oppure ritenerla espressione riassuntiva di varie forme di imputazione *lato sensu dolose*<sup>801</sup>. Dalla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, emerge un concetto di *intent* particolarmente pregnante, restando, invece, assolutamente marginali le interpretazioni a favore di una mera consapevolezza o accettazione del rischio di una finalità genocidiaria, ritenuta sufficiente, invece, per l'identificazione di un contributo concorsuale<sup>802</sup>.

---

<sup>796</sup> A. VALLINI, *La mens rea*, op. cit., p. 147.

<sup>797</sup> A. VALLINI, *L'elemento soggettivo*, op. cit., p. 78; ID., *La mens rea*, op. cit., pp. 147 e 148.

<sup>798</sup> A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato*, op. cit., p. 813.

<sup>799</sup> In tal senso L. CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, op. cit., p. 1065.

<sup>800</sup> A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato*, op. cit., pp. 807-808.

<sup>801</sup> ICTY, *Krstić*, Trial Chamber I, Judgment, § 571.

<sup>802</sup> ICTY, *Krstić*, Appeals Chamber, § 134: *Comme il a été établi, les moyens de preuve produits permettent seulement d'établir que Radislav Krstić avait connaissance de l'intention génocidaire qui animait certains membres de l'état-major principal de la VRS, et qu'il n'a néanmoins rien fait pour empêcher l'utilisation des membres et des moyens du Corps de la Drina pour faciliter ces massacres. La connaissance qu'il avait de cette intention génocidaire ne permet pas à elle seule de conclure qu'il en était animé. Le génocide est l'un des crimes les plus odieux qui soient, et sa gravité a pour corollaire l'exigence stricte d'une intention spécifique. Un accusé ne peut être déclaré coupable de génocide que si cette intention est clairement établie. La Chambre de première instance n'a, à l'évidence, pas suffisamment démontré que Radislav Krstić était animé d'une intention génocidaire. Il n'est donc pas coupable de génocide en tant qu'auteur principal. Meglio § 137: Bien que les éléments de preuve présentés laissent penser que Radislav Krstić n'était pas partisan de ce plan, il a, en sa qualité de commandant du Corps de la Drina, permis à l'état-major principal de faire usage des moyens du Corps. Il est donc plus juste de mettre en cause Radislav Krstić en tant que complice (aider and abettor) et non en tant qu'auteur de génocide. Cette accusation figure à juste titre dans l'Acte d'accusation où il est allégué que Radislav Krstić a aidé et encouragé à planifier, préparer ou commettre un génocide contre les Musulmans de Srebrenica. E ancora § 141: En droit français par exemple, le complice doit seulement savoir que, par sa contribution, il aide l'auteur principal; cette condition générale vaut pour la prohibition du génocide. De même, en droit allemand, pour les infractions exigeant la preuve d'une intention spécifique (dolus*

A parte la necessità di sottolineare la confusione terminologica<sup>803</sup> imperante a proposito delle nozioni, di diversa matrice e di diversa pregnanza semantica, di *dolus specialis*, *special intent* e *specific intent*, questa forma di dolo non implica necessariamente una premeditazione, potendo, l'intenzione, sorgere anche a ridosso della commissione del crimine se non addirittura nella fase di implementazione dello stesso<sup>804</sup>.

La funzione selettiva del dolo specifico si esplica peraltro nel degradare la condotta che ne sia priva, da crimine di genocidio, a crimine contro l'umanità, o alla corrispondente fattispecie comune<sup>805</sup>.

Mentre per il *genus* dei crimini contro l'umanità l'esplicito riferimento alla prospettiva seriale e massiva della condotta<sup>806</sup> ritaglia un'area di rilevanza penale per le sole condotte effettivamente funzionali<sup>807</sup> agli scopi perseguiti su scala generale, per il genocidio mancano riferimenti normativi. Anzi, non mancherebbero, in teoria, elementi per attribuire rilevanza penale anche ad indefinite aspirazioni, atteggiamenti deliranti, atti del tutto isolati e strutturalmente inidonei rispetto allo scopo<sup>808</sup>.

Ma si tratta di una prospettiva solo teorica. Infatti, pur sembrando che il genocidio sia caratterizzato dal solo dolo specifico, esso richiede un contesto di base analogo a quello degli

---

*specialis*), il n'est pas nécessaire que le complice ait le même degré d'intention que l'auteur principal; il suffit qu'il ait connaissance de l'intention de ce dernier. L'approche est la même dans le droit pénal suisse puisqu'une personne peut être déclarée coupable d'avoir facilité un crime du seul fait qu'elle avait connaissance de l'intention spécifique qui animait son auteur. Parmi les systèmes de common law, le droit pénal anglais retient une approche semblable, précisant que le complice doit seulement avoir connaissance de l'intention de l'auteur principal. Ce principe général s'applique à la prohibition du génocide. On retrouve ce même principe au Canada et en Australie, ainsi que dans certains États des États-Unis d'Amérique. Voir Arrêt Krnojelac, par. 52 («le complice de persécutions, infraction comportant un dol spécial, doit [...] être conscient de l'intention discriminatoire des auteurs de ce crime» mais «il ne doit pas nécessairement partager cette intention»); Arrêt Vasiljević, par. 142 («Pour pouvoir déclarer l'Appelant coupable de complicité de persécutions, la Chambre d'appel doit établir qu'il savait que les auteurs principaux de l'entreprise criminelle commune avaient l'intention de commettre les crimes sous-jacents et entendaient par leurs actes exercer une discrimination»); voir aussi Arrêt Tadić, par. 229 («S'agissant de la complicité (aiding and abetting), l'élément moral requis est le fait de savoir que les actes commis par la personne qui aide et encourage favorisent la perpétration d'un crime spécifique par l'auteur principal»). Si veda anche ICTR, Akayesu, Trial Chamber, Judgement, § 489, 521.

<sup>803</sup> S. RAGAZZI, "Pulizia etnica" in Bosnia e crimine di genocidio, *op. cit.*, p. 1303: *dolus specialis* è concetto proprio di alcuni ordinamenti di tradizione romanistica e germanica, ma sconosciuto ai sistemi di *common law*, laddove lo *specific intent* è tipico di alcuni Paesi di *common law*, ma non corrisponderebbe alla nozione di "dolo specifico" dei sistemi di matrice romano-germanica (tale figura ricorrerebbe in modo pressoché esclusivo con riguardo alla scusante di "intossicazione volontaria" che comporta la derubricazione da omicidio volontario, caratterizzato da *specific intent*, a omicidio preterintenzionale o colposo, caratterizzato da *general intent*).

<sup>804</sup> ICTY, Krstić, Trial Chamber I, Judgement, § 572.

<sup>805</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, *op. cit.*, p. 334.

<sup>806</sup> ICTY, Krstić, Appeals Chamber, § 220: *Le génocide exige la preuve de l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, à la différence de l'extermination en tant que crime contre l'humanité. Celle-ci exige de rapporter la preuve que le crime a été commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile, preuve qui n'est pas exigée pour établir le génocide.* (ICTR, Musema, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 366: *Pendant le procès en appel, la Défense a reconnu que si l'on suivait le raisonnement adopté dans l'affaire Musema, il était possible de déclarer un accusé coupable à la fois d'extermination et de génocide.*)

<sup>807</sup> Sulla «funzionalità», tuttavia, mantiene una posizione critica A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato*, *op. cit.*, p. 828: «Vaghi appaiono i criteri che pur con accenti diversi fanno leva sulla funzionalità del contributo. La causalità resta irrinunciabile cardine della responsabilità, perché ogni atto, al di fuori della logica causale, potrebbe risultare funzionale al crimine solo in forza della convergenza all'obiettivo».

<sup>808</sup> A. VALLINI, *L'elemento soggettivo*, *op. cit.*, p. 71.

altri crimini. In caso contrario, si rischierebbe di qualificare come genocidiarie anche azioni mosse da semplici desideri di distruzione.

Dunque, per non determinare la punibilità della sola intenzione, il dolo non si può astrarre dal proprio adeguato contesto, ma deve inserirsi in una più vasta pianificazione ed in una sua pur parziale attuazione<sup>809</sup>.

E non mancano le pronunce sulla rilevanza di questa pianificazione<sup>810</sup>, ancorché non sia ritenuta un elemento costitutivo del crimine di genocidio, e, talora sia stata negata la rilevanza della sua sola conoscenza, ritenendo che essa non equivalesse ad intenzione<sup>811</sup>.

Infatti, la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* afferma in linea di principio che non è necessario un piano<sup>812</sup>, ma ne riscontra sempre, positivamente o negativamente, l'esistenza, traendo, dalla sua accertata esistenza, una prova decisiva del dolo<sup>813</sup>.

In particolare, l'idoneità degli atti sorretti da finalità genocidiaria, si atteggia ad idoneità di contesto, dunque agganciata a condotte idonee<sup>814</sup>, ma anche intrinsecamente connotanti il singolo comportamento, restando aperta nell'art. 7 degli *Elements of Crimes*, dal punto di vista probatorio, l'individuazione, anche in via presuntiva e *case by case*, del *dolus specialis*, sulla base

---

<sup>809</sup> In tal senso A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato*, op. cit., p. 821. L'Autore precisa che è necessaria un'oggettiva «collocazione in rete» del reato, dalla quale collocazione l'«ambiziosa» meta del dolo, ossia la distruzione in tutto o in parte di un gruppo, tragga reale consistenza e concreti punti di riferimento. Circa l'elemento contestuale del genocidio, ossia la necessità che l'intent abbracci anche la consapevolezza di un complessivo predeterminato piano, ancorché non sia necessario che se ne comprenda ogni singolo dettaglio: ICTR, *Kaysbema e Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement, § 94, § 538-540. Si veda anche R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., p. 336, nota 116. Tuttavia, nello stesso *leading case Akayesu*, pur richiamando la natura sistematica o di massa del crimine di genocidio non si menziona espressamente un piano perché in quel caso l'esistenza di una volontà specifica di distruggere il gruppo etnico dei *Tutsi* era di immediata evidenza.

<sup>810</sup> ICTY, *Krstić*, Appeals Chamber, § 225: *S'agissant de l'intention requise pour l'extermination et le génocide, la Chambre de première instance a également conclu que «l'un et l'autre exigent que les meurtres s'inscrivent dans le cadre d'un projet visant à tuer une fraction substantielle d'une population civile». Cependant, la Chambre d'appel a considéré que « l'existence d'un plan ou d'une politique n'est pas un élément juridique constitutif du crime de génocide ». Si l'existence d'un tel plan peut contribuer à établir l'intention génocidaire requise, elle ne constitue pour autant qu'un élément de preuve permettant de déduire cette intention et non un élément juridique du génocide.*

<sup>811</sup> ICTY, *Krstić*, Appeals Chamber, § 129: *La Chambre de première instance a déduit l'intention génocidaire de l'accusé de la connaissance qu'il avait des exécutions et de la part que des hommes et des moyens placés sous son commandement y avaient prise. Cependant, la connaissance que Radislav Krstić avait de ces faits ne permet pas à elle seule de conclure qu'il était animé d'une intention génocidaire.* Nello stesso senso § 134: *Comme il a été établi, les moyens de preuve produits permettent seulement d'établir que Radislav Krstić avait connaissance de l'intention génocidaire qui animait certains membres de l'état-major principal de la VRS, et qu'il n'a néanmoins rien fait pour empêcher l'utilisation des membres et des moyens du Corps de la Drina pour faciliter ces massacres. La connaissance qu'il avait de cette intention génocidaire ne permet pas à elle seule de conclure qu'il en était animé.*

<sup>812</sup> Il riscontro sarebbe non solo il tenore testuale della norma ma anche i Lavori Preparatori della Convenzione per la Prevenzione e la Repressione del Delitto di Genocidio, nei quali la proposta di includere un piano tra gli elementi costitutivi del crimine fu esplicitamente rigettata.

<sup>813</sup> ICTY, *Jelisić*, Appeals Chamber, Judgement, § 48.

<sup>814</sup> ICTY, *Krstić*, Appeals Chamber, § 32: *Pour conclure qu'un génocide a été commis à Srebrenica, la question capitale qui se pose est celle de savoir s'il y a eu réellement intention de commettre un génocide. Si cette intention doit s'inférer de l'ensemble des faits, le génocide n'exige pas la preuve que son auteur ait choisi le mode d'action le plus efficace qui soit pour parvenir à son objectif qui était de détruire la partie du groupe visée. Même si le mode d'action choisi ne traduit pas pleinement l'intention de l'auteur, la destruction demeurant incomplète, cela ne signifie pas pour autant que l'on ne peut conclure à l'existence d'une intention génocidaire. L'attention de la communauté internationale, focalisée sur Srebrenica, combinée à la présence des troupes des Nations Unies dans la région, a empêché les membres de l'état-major principal de la VRS qui avaient conçu le plan génocidaire de le mettre en oeuvre de la manière la plus directe et la plus efficace possibles. Bridés par les circonstances, ils ont adopté une méthode qui leur permettait de réaliser leur dessein génocidaire tout en minimisant le risque de châtiment.*

dell'*id quod plerumque accidit*<sup>815</sup>. In sintesi, ai fini della *mens rea*, è necessario e sufficiente che il soggetto abbia la percezione di tutti e soltanto quei profili “contestuali” dell’azione che possono lasciar dedurre un correlativo “dolo specifico”.

È opportuno sottolineare anche la gradazione suggerita a proposito dell’intenzione specifica di genocidio, proponendo di mantenere fermo il parametro dell’intenzione specifica per i soggetti che nell’operazione genocida svolgano funzioni decisionali, organizzative e direttive, limitandosi ad esigere, per subordinati ed esecutori materiali del progetto, un più basso standard di “volontà generica” o mera “consapevolezza” del fatto materiale compiuto, ossia l'*intent* e la *knowledge*<sup>816</sup>.

Allo stesso modo, si atteggia in modo particolare e composito l’elemento soggettivo dei crimini contro l’umanità.

Essendo caratterizzati da particolare violenza e crudeltà, la relativa *mens rea* non può limitarsi al dolo delle singole fattispecie sottostanti, ma richiede un *quid* ulteriore riferito al più ampio contesto in cui si colloca la singola condotta criminosa<sup>817</sup>, escludendo comunque la rilevanza della mera colpa, ma residuando uno spazio per il dolo eventuale.

Le incertezze legate alla colpevolezza si acquiscono sia a causa delle discutibili formulazioni normative che dello scarto semantico rinvenibile in un contesto plurilingue come quello internazionale.

A volte lo Statuto utilizza, per indicare l’elemento soggettivo di alcuni crimini internazionali, solo uno dei due termini, impiegati cumulativamente nell’art. 30 StICC, con lo scopo di restringere l’ambito di incriminazione<sup>818</sup>.

Non sono poche le ipotesi di dissociazione dei due requisiti dell’intenzionalità dell’evento rilevante (*intent*) e della consapevolezza (*knowledge*) dei contorni tipici della fattispecie.

Tali requisiti sono richiesti talora alternativamente, talora cumulativamente, ma la dottrina concorda nel ritenere che il requisito psichico dell’“intenzione” sia sempre e comunque, per sua stessa natura, comprensivo anche della sottostante “rappresentazione”<sup>819</sup>, tanto che sembra

---

<sup>815</sup> ICTR, *Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, § 523.

<sup>816</sup> In tal senso LIPPMAN, *Genocide*, cit., in BASSIOUNI, *International Criminal Law*, cit., vol. 1, pp. 603 e 612. Si veda anche A. VALLINI, *La mens rea*, op. cit., p. 154: l’art. 30 StICC si caratterizza per una selettività verso l’alto perché opta per un criterio di imputazione di indiscutibile pregnanza, ovvero una forma di dolo quantomeno diretto e di proposito. L’Autore aggiunge (pp. 155-156) che l’art. 30 StICC è formulato in modo da colpire soprattutto i soggetti attivi che si trovino in posizione apicale, perché i “pesci piccoli” si caratterizzano, normalmente, per una minore adesione soggettiva alla complessiva strategia delittuosa.

<sup>817</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., pp. 336-337: «L’elemento psicologico in questione si sostanzia in: a) consapevolezza (*awareness*) del più ampio contesto di violenza in cui si colloca la singola condotta criminosa, ossia conoscenza del fatto che dette condotte costituiscono parte di una politica sistematica di violenze o di abusi di massa, e tale consapevolezza è espressamente contemplata dall’art. 7 StICC; b) *specific intent*, che qui va tradotto come dolo intenzionale, relativo alle singole fattispecie criminose “sottostanti”; c) un dolo, specifico, di persecuzione o discriminazione, qualora vengano in considerazione crimini in tal modo qualificati».

<sup>818</sup> I. MERENDA, *L’elemento soggettivo nello Statuto della Corte penale internazionale*, op. cit., p. 85.

<sup>819</sup> A. VALLINI, *L’elemento soggettivo*, op. cit., p. 73.

lecito ritenere che intenzione e conoscenza integrino una endiadi, dove i due termini indicano diverse sfumature di un dato psichico unitario<sup>820</sup>.

Il margine di contiguità tra i due termini, fa sorgere il problema, anche in casi in cui sia richiesta la sola intenzionalità dell'evento rilevante, di stabilire la pregnanza semantica del verbo *to intend*. Gli *Elements of Crimes* sembrano indurre a credere che indichi il proposito specificamente rivolto verso uno scopo coincidente con l'evento tipico, mentre la dottrina in materia di crimini di guerra ed alcune sentenze dei Tribunali *ad hoc*, sembrano equiparare *intent* e *wilfulness*<sup>821</sup>. Questa equiparazione apre nuovi scenari, perché il termine *wilfulness* si presta ad aperture anche maggiori di quelle suggerite dall'art. 30StICC, pronte ad accogliere anche la *recklessness*, ibrido tra *intention* e *negligence*.

In altre circostanze è richiesta la sola consapevolezza del contesto<sup>822</sup> qualificante i crimini contro l'umanità, è escluso il disvalore penale dell'*intent* rispetto ad elementi circostanziali del crimine, e non hanno rilevanza internazionale le condotte commesse unicamente per motivi personali<sup>823</sup>, avendo invece rilievo solo la rappresentazione eventuale di dati fattuali rilevanti, ossia rientranti in un piano generale diffuso e sistematico<sup>824</sup>.

Tutto ciò per due ragioni: in primo luogo, per schivare il pericolo dell'impunità, insito nel fatto che l'incriminazione di un determinato comportamento sul piano internazionale sia condizionata dalla presenza, come elemento costitutivo del reato, di una particolare motivazione personale dell'autore, di ardua dimostrazione.

---

<sup>820</sup> A. VALLINI, *La mens rea*, op. cit., p. 146.

<sup>821</sup> ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 431.

<sup>822</sup> Rispetto al contesto qualificante i crimini contro l'umanità sarebbe effettivamente sufficiente la mera «consapevolezza» del contesto medesimo e del nesso tra quest'ultimo e la propria azione (ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 247 ss., elaborando ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 656 e ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on jurisdiction, § 248; ICTR, *Kayshema e Ruzindana*, Trial Chamber II, Judgement, § 133). Sarebbe sufficiente che l'agente abbia «implicitamente» accettato la complessa strategia politica o militare nella quale «molto probabilmente» si inserisce il suo volontario contributo (ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 255) e che egli abbia consapevolmente «accettato il rischio» di partecipare «all'implementazione dell'ideologia, della strategia politica o del piano» criminosi (ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 251, 257 e ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković* ("Foča" Case), Trial Chamber II, Judgement, § 434.

<sup>823</sup> Il fatto di considerare il movente come elemento costitutivo del crimine di genocidio potrebbe essere portato a pretesto per fondare un'eventuale non colpevolezza sull'assenza del dolo specifico: ad esempio, il tentativo di annientare un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso potrebbe essere presentato come una serie di atti di violenza isolati commessi da singoli individui sulla base di motivazioni personali: L. CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, op. cit., p. 1071. Si vedano anche in tal senso A. VALLINI, *L'elemento soggettivo*, op. cit., p. 74, e, sulla rilevanza residuale dei motivi, p. 77 e K. AMBOS, *Temas de Derecho Penal*, op. cit., p. 310.

<sup>824</sup> Nello stesso senso R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON e E. WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op. cit., p. 200: «It is not required that the perpetrator had detailed knowledge of the attack or its characteristics. In most conceivable circumstances, the existence of a widespread or systematic attack would be notorious and knowledge could not credibly be denied». A conferma gli Autori citano la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*: ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 251; ICTY, *Kunarac, Kovac and Vuković*, Appeals Chamber, § 102, 103, e ICC *Elements, General Introduction*, p. 3.

In secondo luogo, per negare efficacia scusante alla strumentalizzazione processuale della parcellizzazione di compiti e mansioni nelle complesse strutture di potere piegate ad intenti criminali<sup>825</sup>.

Quanto detto vale per l'art. 7 degli *Elements of Crimes*, anche se l'analoga terminologia usata dall'art. 30 StICC ultimo comma non comprende né il *dolus eventualis*<sup>826</sup> né forme di *recklessness* o di colpa cosciente<sup>827</sup>, che, tuttavia, trovano cittadinanza in altre norme dello stesso Statuto e nella giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali, ancorché a fronte di un sostanziale appiattimento sanzionatorio<sup>828</sup>.

L'ingresso di queste forme minori di volontà colpevole, rischia di ampliare la sfera del dolo<sup>829</sup> e di snaturarne la vera essenza<sup>830</sup>.

Infatti, quando si ascrive la responsabilità a titolo di *dolus eventualis* o *recklessness*, si chiarisce che tale coefficiente soggettivo è integrato quando l'agente accetta il rischio che un evento lesivo si verifichi a causa della sua condotta oppure è consapevole ("prevede") che esso possa conseguirne in modo probabile o possibile. Il problema consiste nel fatto che la *recklessness* sembra contemplare il solo elemento rappresentativo di futuri risultati dannosi, restando marginalizzata la componente volitiva del dolo, insita nell'«accettazione del rischio». Nonostante la giurisprudenza internazionale tenti di conciliare le due componenti<sup>831</sup>, permane il rischio di impoverimento del dolo, ridotto al contenuto puramente rappresentativo del fatto tipico oggettivo<sup>832</sup>.

---

<sup>825</sup> A. VALLINI, *L'elemento soggettivo*, op. cit., p. 75. In merito si vedano anche L. CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, op. cit., p. 1065 e A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato*, op. cit., pp. 807-808.

<sup>826</sup> A titolo esemplificativo, si vedano I. MERENDA, *L'elemento soggettivo nello Statuto della Corte penale internazionale*, op. cit., p. 79 e E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, op. cit., p. 313 ss., p. 340.

<sup>827</sup> E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, op. cit., p. 340 e N. PISANI, *L'elemento psicologico del crimine internazionale*, op. cit., p. 1383-1385.

<sup>828</sup> Giova ricordare che l'art. 77 StICC prevede uguale pena in astratto per i reati dello Statuto, siano essi puniti a titolo di dolo intenzionale, *dolus eventualis* o colpa.

<sup>829</sup> D. PIVA, *Responsabilità penale individuale e collettiva*, op. cit., p. 37.

<sup>830</sup> S. RAGAZZI, "Pulizija etnica" in Bosnia e crimine di genocidio, op. cit., pp. 1326-1328.

<sup>831</sup> ICTY, *Krstić* ("Srebrenica-Drina Corps"), Trial Chamber I, Judgement, § 613; ICTY, *Prosecutor v. Talić*, Trial Chamber, § 29-31: 29. *Tous les actes ou omissions qualifiés de crimes contre l'humanité faisaient partie d'une offensive généralisée ou systématique dirigée contre les populations civiles musulmane et croate de Bosnie-Herzégovine*. 30. *Pendant toute la période couverte par le présent Acte d'accusation, la République de Bosnie-Herzégovine a été le théâtre d'un conflit armé et d'une occupation partielle. Les forces armées de la Republika Srpska ont agi pendant ladite période, sous le contrôle global de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), et en son nom. Le conflit armé qui a opposé, en Bosnie-Herzégovine, les Serbes de Bosnie et les autorités centrales de Bosnie-Herzégovine était donc un conflit armé international*. 31. *Tous les actes ou omissions qualifiés d'infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 -les «infractions graves»-, se sont produits pendant ce conflit armé et l'occupation partielle de la Bosnie-Herzégovine*. Si esige in capo al concorrente diverso dall'autore del fatto la consapevolezza effettiva circa la possibile commissione degli ulteriori reati, sposando la versione soggettiva e più garantista di *recklessness* (*advertent recklessness*, consapevole trascuratezza), ma si recupera anche l'elemento volitivo richiamando implicitamente l'accettazione del rischio propria del dolo eventuale, dal momento in cui si pretende che con questa consapevolezza l'agente abbia partecipato all'associazione criminale.

<sup>832</sup> S. RAGAZZI, "Pulizija etnica" in Bosnia e crimine di genocidio, op. cit., pp. 1326-1327.

## 2.2. La difficile prova del dolo e gli *éscamotages probatori*

Per i crimini internazionali si annida, in sede processuale, il rischio della mancata identificazione del contributo concorsuale dei singoli partecipi per assenza di prova, con la conseguente necessità di traslare in via presuntiva la responsabilità di sistema sul terreno della responsabilità individuale<sup>833</sup>.

Nonostante si affermi che la *mens rea* non può essere presunta<sup>834</sup>, così non accade nella pratica dei Tribunali penali internazionali.

Gli stessi elementi meramente giurisdizionali, non sono nient'altro che un *éscamotage* per eludere le difficoltà probatorie legate alla *mens rea* rispetto a taluni profili del fatto<sup>835</sup>.

I precetti degli *Elements of Crimes* possono essere letti come il tentativo di “indirizzare” quel processo di deduzione di una realtà (psicologica) ignota da una realtà (materiale) nota, che inevitabilmente costituisce l'unico strumento “probatorio” a disposizione del giudice laddove sia necessario appurare requisiti “soggettivi” dell'illecito”<sup>836</sup>.

Date queste premesse, non si può fare a meno di citare la pronuncia *Blaškić*, la più illuminante in materia, compiuta nel corso del processo che più si è soffermato sulla colpevolezza, e che ha offerto conferma di una costante della giurisprudenza internazionale: l'approccio pragmatico e deduttivo, che assume come punto di partenza l'osservazione e marginalizza le regole e le norme ufficiali<sup>837</sup>.

Infatti, il problema fondamentale è rappresentato dall'accertamento del dolo. In un unico caso il punto di arrivo e quello di approdo dell'accertamento del dolo coincidono: l'ordine manifestamente criminioso. Dalla obiettiva, manifesta criminosità dell'ordine si presume, direttamente ed in ogni caso, la soggettiva consapevolezza di tale criminosità<sup>838</sup>.

---

<sup>833</sup> Così, testualmente, E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, op. cit., p. 326.

<sup>834</sup> ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 307; ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 386.

<sup>835</sup> A. VALLINI, *L'elemento soggettivo*, op. cit., p. 82. L'Autore si riferisce ad elementi che non fanno parte della fisionomia del reato, ma rilevano solo ai fini dell'affermazione della competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale. Secondo l'Autore sarebbe rinvenibile un unico esempio di elemento senz'altro giurisdizionale, dato dalla necessaria attinenza dei crimini di guerra ad un piano o ad una strategia politica o ad una realizzazione su larga scala di crimini analoghi, come espressamente precisato dalla norma. Si veda, in posizione contraria, F. MONETA, *Gli elementi costitutivi dei crimini internazionali*, op. cit., pp. 6 ss., che propende per la natura costitutiva di tali coefficienti, in quanto pur sempre necessari a connotare un crimine internazionale e la sua peculiare offensività rispetto ad un reato di diritto comune.

<sup>836</sup> A. VALLINI, *L'elemento soggettivo*, op. cit., p. 66. L'Autore cita il punto 3 dell'introduzione generale degli *Elements of Crimes*, ove si precisa, per l'appunto, che «l'intenzione e la conoscenza possono essere dedotti da fatti e circostanze rilevanti».

<sup>837</sup> ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 676: *Il est en effet apparu que la méthode de calcul adoptée par l'accusation est de nature pragmatique et déductive, dans le sens où elle privilégie un raisonnement partant de l'observation. Elle se différencie de celle de la défense qui, partant des données exposées par l'accusation, se veut plus abstraite et mathématique en se basant sur des règles et des normes officielles.*

<sup>838</sup> M. PIERDONATI, *Il dubbio sul fatto processuale e sulla norma penale*, op. cit., pp. 32-33.

Solo in questo caso si risolve immediatamente la *vexata quaestio* dell'«indagine sul dolo» che, tuttavia, abbandonato questo circoscritto settore, si complica.

Perché l'accertamento del dolo non si trasformi in una *probatio diabolica*, si ricorre a massime di esperienza per inferire un processo psicologico interno da fatti esterni conformi a fattispecie di reato. Vengono, così, in rilievo tutte le modalità estrinseche della condotta, e tutte le circostanze che possano assumere valore sintomatico della volontà colpevole<sup>839</sup>.

Ma proprio la presenza di una serie di elementi soggettivi pregnanti che qualificano la condotta o la stessa antigiuridicità del comportamento può determinare forme di *presumed intent*, ossia forme presuntive di acquisizione della prova del requisito soggettivo<sup>840</sup>.

Tuttavia, se è legittimo ricorrere a massime di esperienza, non è altrettanto legittimo l'uso di schemi presuntivi, perché la presunzione di prova è inconciliabile con il dolo inteso come coscienza e volontà reali di un fatto criminoso.

*A fortiori* non è possibile esimersi dall'accertamento del dolo neanche a fronte di fattispecie legali *soggettivamente pregnanti*<sup>841</sup>, ossia quelle in cui la volontà colpevole sembra implicita nella stessa realizzazione del fatto materiale.

Certamente in questa categoria si possono inserire anche le fattispecie che contemplano i crimini internazionali, per la lapalissiana gravità degli stessi.

Tuttavia, se tali considerazioni risultano quasi scontate nell'ottica dell'internista, non altrettanto accade nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali.

Anche in tale ambito, i *mental elements* affiorano anzitutto attraverso evidenze e regolarità esteriori, ed il loro accertamento richiede una copiosa filiera di circostanze concordanti e specifiche<sup>842</sup>, nel tentativo di “oggettivizzare” il fine criminoso, ad esempio deducendolo, come è accaduto per il genocidio, dallo stesso carattere massivo, seriale e sistematico degli atti compiuti<sup>843</sup>.

Si pensi al caso *Jelisić*, nel quale i giudici di primo grado non sono riusciti a compensare l'incongruenza tra l'asserita sufficienza di un dato puramente psicologico ad integrare lo *special intent* di genocidio ed il *quid pluris* rappresentato dal piano criminale, che non rientra, almeno testualmente, nella fattispecie penale astratta: si è tentato, a fronte della natura puramente

---

<sup>839</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto Penale -Parte Generale-*, op. cit. Nello stesso senso, si veda R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON e E. WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, op. cit., p. 200: “*Knowledge may be inferred from the relevant facts and circumstances*”, ICC Elements, General Introduction, p. 3.

<sup>840</sup> E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, op. cit., p. 340.

<sup>841</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto Penale -Parte Generale-*, op. cit. Gli Autori precisano che il principio secondo cui il dolo deve costituire oggetto di reale accertamento, è principio generale da rispettare sempre, sia nei casi in cui la prova dell'elemento psicologico risulti difficile sia in quelli in cui appaia semplificata dalla “pregnanza” della fattispecie, perché la volontà colpevole sembra implicita nella stessa realizzazione del fatto materiale. Il corsivo è degli Autori.

<sup>842</sup> A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato*, op. cit., p. 813-815. L'Autore pone l'esempio della *command responsibility*, anch'essa esangue nel suo contenuto cognitivo.

<sup>843</sup> S. RAGAZZI, “*Pulizia etnica*” in *Bosnia e crimine di genocidio*, op. cit., p. 1316.

psicologica dell'intento speciale di genocidio, di trovare un riscontro oggettivo rappresentato dal piano o dalla strategia genocida<sup>844</sup>. L'imputato è stato poi assolto dalla specifica incriminazione di genocidio non per l'assenza della chiara intenzione di distruggere il gruppo, a causa di una personalità immatura e megalomane, bensì perché il suo agire non si inseriva in concreto entro un quadro o piano omicida ma appariva isolato, compiuto a casaccio, arbitrariamente, fuori anche da una strategia personale di distruzione dei non-Serbi di Bosnia<sup>845</sup>.

Si assiste, così, ad un'erosione dei contenuti rappresentativi del dolo, a cui talora consegue l'adozione di *standars* presuntivi della *mens rea* e la configurazione di un'esigibilità disumana per i crimini più gravi.

Si tratta di rimedi estremi a fronte del difficile accertamento dell'elemento soggettivo nelle fattispecie psicologicamente orientate, e tuttavia necessari a causa del fatto che nei crimini internazionali la volontà criminosa risulta diluita lungo la scala gerarchica degli organi di Stato, nel percorso ideale che si snoda dalle posizioni di vertice agli esecutori materiali<sup>846</sup>.

Tuttavia, le difficoltà probatorie permangono anche a fronte di coefficienti soggettivi meno intensi rispetto al dolo: si pensi alla prospettazione della stessa *recklessness* come «criterio ermeneutico di meccanismi logici complessi, in cui confluiscono bisogni di semplificazione dell'indagine sul requisito psicologico»<sup>847</sup>.

Dunque di non minore difficoltà probatoria potrebbe risultare il riscontro dell'esistenza degli speciali titoli soggettivi previsti a proposito della responsabilità dei comandanti militari e dei superiori gerarchici<sup>848</sup>, che è decisamente al di fuori dell'orbita della responsabilità dolosa, essendo pienamente calata nella zona grigia della colpevolezza.

---

<sup>844</sup> Così, testualmente, S. RAGAZZI, "Pulizia etnica" in *Bosnia e crimine di genocidio*, *op. cit.*, p. 1293 ss., pp. 1303 e 1306.

<sup>845</sup> ICTY, *Jelisić*, Trial Chamber, Judgement, § 66 ss. e § 102-108 (sulla necessità di una connessione tra l'intenzione del singolo e quella collettiva che sorregge il contesto genocidiario). A. VALLINI, *La mens rea*, *op. cit.*, p. 172 ricorda che il dolo specifico nel crimine internazionale si indirizza per lo più verso macro-eventi di enorme portata sociale, certo non raggiungibili con scelte di azione individuali o occasionali, perché occorre l'idoneità della condotta rispetto ai risultati perseguiti, idoneità determinata dall'inserimento funzionale della stessa in un più generale ed esteso progetto criminoso, nel suo complesso adeguato allo scopo.

<sup>846</sup> L. CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, *op. cit.*, pp. 1057 e 1064-1065. Della stessa Autrice *Il costringimento psichico come causa di esclusione della colpevolezza nei crimini contro l'umanità: il caso Erdemović*, in *Riv. dir. int.*, 1997, pp. 377, nota 12 e 393-394, nota 64.

<sup>847</sup> F. RAGO, *I requisiti subiettivi minimi per un'imputazione giusta nello Statuto della Corte penale internazionale*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>848</sup> E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, *op. cit.*, p. 341. Si pensi alle circostanze di fatto dalle quali è dato desumere la consapevolezza del superiore dei crimini commessi dai subordinati (ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 307-308): numero, tipo ed effetti degli atti criminali commessi dai subordinati; periodo di tempo e luogo in cui sono stati compiuti, numero e tipo di soldati coinvolti, carattere e *modus operandi* di tali atti, luogo in cui il comandante o il superiore si trovava durante la commissione dei crimini, posizione di autorità rivestita dal sovraordinato (ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, Trial Chamber, Judgement, § 80). Infine la consapevolezza si può desumere dall'organizzazione capillare della *chain of command*, tale da fare supporre che il superiore dovesse necessariamente sapere: come nel caso *Karadžić*, in cui la Trial Chamber ha ritenuto che l'imputato, nella qualità di presidente del partito democratico serbo della Bosnia-Herzegovina e, dunque, nella posizione di presidente della Repubblica serba della Bosnia-Herzegovina, disponesse di un effettivo controllo

### *2.3. La zona grigia tra il dolo e la colpa e la residualità delle ipotesi colpose*

La manichea separazione fra bene e male, che la pena per sua natura attua, se da un lato semplifica le cose, dall'altro può far perdere di vista il chiaroscuro delle situazioni complesse<sup>849</sup>. Per quanto concerne i crimini internazionali, molte tipologie di comportamento non possono essere “spiegate” secondo le nitide categorie di responsabilizzazione fissate dalla dogmatica penale, perché appartengono alla “zona grigia”, che va dall'attiva motivazione, piena di tensione morale ed ideale, a forme non intenzionali di partecipazione, come la connivenza o l'indifferenza<sup>850</sup>.

Nel rigore dell'art. 30 StICC ultimo comma, non sono contemplati né il *dolus eventualis* né forme di *recklessness* o di colpa cosciente, tuttavia lo Statuto non ha rinunciato ad una loro punizione in via eccezionale, legittimata in virtù della clausola di riserva contenuta nello stesso art. 30 e ribadita dall'apertura dell'art. 28 in tema di responsabilità di comandanti militari e superiori gerarchici, oltre che richiesta da alcune fattispecie incriminatrici di parte speciale.

In queste ultime, spesso viene usata una terminologia, variamente interpretata<sup>851</sup>, sconosciuta all'art. 30 StICC, derivante dall'uso del lemma *willful* e suoi derivati<sup>852</sup>. Nonostante parte della dottrina<sup>853</sup> ritenga che la terminologia adoperata non giustifichi una minore selezione del dolo rispetto all'art. 30 StICC<sup>854</sup>, nella prassi si oscilla tra dolo eventuale e colpa cosciente, sia attraverso la clausola di riserva contemplata dallo stesso art. 30 StICC<sup>855</sup>, sia nella giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* che in quella recentissima della Corte penale internazionale, proprio a proposito della *command responsibility*.

---

sulle forze armate e sul territorio e fosse a conoscenza dei reati commessi in tale zona, tuttavia astenendosi da qualsiasi attività di prevenzione e di impedimento di tali atti.

<sup>849</sup> In tal senso A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato*, op. cit., p. 803.

<sup>850</sup> Così E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, op. cit., p. 316.

<sup>851</sup> A. VALLINI, *L'elemento soggettivo*, op. cit., p. 76, nota 116.

<sup>852</sup> StICC art. 8 comma 2, lett. a (I) “*Willful killing*”, (III) “*Wilfully causing great suffering, or serious injury to body or health*”, (VI) “*Wilfully depriving a prisoner of war or other protected person of the rights of fair and regular trial*”.

<sup>853</sup> Così A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato*, op. cit., p. 810: «L'impiego, nello Statuto, per alcuni crimini, dell'avverbio “intenzionalmente” o l'uso di predicati dal lemma *willful* non possono intendersi come minore selezione del dolo rispetto alla regola generale dettata dall'art. 30 StICC, ma vanno intesi come mero suo rafforzativo laddove, in particolare, la fisionomia del fatto potrebbe ingenerare equivoci sull'intensità dell'intenzione rispetto allo scopo. Lo stesso lemma *willful* può ritenersi ripetizione confermativa del canone generale dell'intenzione, perché mancano argomenti univoci per intendere la precisazione delle fattispecie di parte speciale, come allargamento al *dolus eventualis* o ad altro».

<sup>854</sup> E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, op. cit., p. 340: secondo l'Autore in base all'art. 30 dello Statuto della Corte penale internazionale il mancato riferimento all'accettazione del rischio fa escludere che esso possa rientrare nella disposizione, quantunque la norma difetti della dovuta chiarezza.

<sup>855</sup> I. MERENDA, *L'elemento soggettivo nello Statuto della Corte penale internazionale*, op. cit., p. 83.

La giurisprudenza internazionale spesso desume direttamente la colpevolezza degli imputati dal loro ruolo di ufficiali o comunque superiori gerarchici all'interno della struttura in cui operano<sup>856</sup>.

Pur essendo esclusa la possibilità di dedurre la responsabilità del superiore a partire dalla sua posizione di comando o di autorità, i Tribunali comunque la ritengono un importante indizio da valutare ai fini della prova del dolo<sup>857</sup>.

Il principio della necessità di provare il dolo è sempre strettamente congiunto con la reiezione di forme di responsabilità da posizione, camuffate dietro l'accertamento presuntivo del dolo, che in realtà si traduce nell'accertamento della violazione dell'obbligo di conoscenza gravante sull'agente in ragione della posizione ricoperta in seno ad organizzazioni militari, politiche, sanitarie o economiche<sup>858</sup>.

Se è vero che nelle pieghe dell'accertamento presuntivo dell'elemento volitivo del crimine si annida l'interscambio concettuale tra le forme di responsabilità dolosa con quelle colpose<sup>859</sup>, allora il settore della *command responsibility*<sup>860</sup> è quello in cui più frequentemente si assiste a tale fenomeno di interscambio.

Rispetto al dettato dell'art. 30 StICC, si tratta di un'ipotesi speciale di responsabilità colposa, la cui disciplina dell'elemento psicologico prevale su quella contemplata dalla predetta norma.

L'art. 28 StICC declina la responsabilità da comando in tre diversi paradigmi di ascrizione soggettiva del fatto<sup>861</sup>.

*In primis* è prevista una responsabilità conseguente ad una consapevole inerzia rispetto all'adozione delle misure necessarie per prevenire ed evitare la realizzazione dei crimini da parte dei subordinati, ossia un omesso impedimento, nella piena consapevolezza che i propri subordinati stavano commettendo o erano in procinto di commettere determinati crimini.

È una responsabilità ascrivibile sia ai superiori civili che militari, che integra un contributo doloso riconducibile al concorso. Il dolo è inteso non solo come volizione del fatto criminoso, ma anche come accettazione della sua realizzazione, dunque dolo eventuale: basti pensare a diverse sentenze dei Tribunali *ad hoc*<sup>862</sup>, ma anche della Corte penale internazionale<sup>863</sup>.

---

<sup>856</sup> E. MACULAN, *Crimini di massa e modelli di attribuzione della responsabilità: riflessioni a margine della sentenza sul caso "Astiz"*, in *Cass. pen.*, n. 4, 2010, p.1441 ss., pp. 1451-1452.

<sup>857</sup> ICTR, *Kajelijeli*, Trial Chamber II, § 776; ICTR, *Kamuhanda*, Trial Chamber II, § 607.

<sup>858</sup> N. PISANI, *L'elemento psicologico del crimine internazionale*, *op. cit.*, p. 1386.

<sup>859</sup> E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, *op. cit.*, p. 341.

<sup>860</sup> Per la cui trattazione si veda diffusamente *ante* Parte Seconda, Sezione I.

<sup>861</sup> Per questa ricognizione e per le note critiche si veda R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, *op. cit.*, p. 371 ss.

<sup>862</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 254: il Tribunale afferma che la *knowledge* richiesta ai fini dell'ascrizione della responsabilità penale «include anche la condotta di una persona che si accolla deliberatamente un rischio nella speranza che esso non si trasformi in offesa», dunque la *knowledge* richiede anche la colpa con previsione escludendo solo forme più o meno gravi di colpa incosciente (*should have known standard*).

Nonostante si auspichi che non vengano adottati ragionamenti presuntivi o indiziari, determinando la metamorfosi della *actual knowledge* in *constructive knowledge*<sup>864</sup>, in sede processuale l'accettazione della produzione dell'evento è spesso presunta o sostituita da una generica consapevolezza, ben lontana dalla rappresentazione e volizione del reato, con conseguente depauperamento del dolo, o comunque suo snaturamento.

Per tale forma di responsabilità si riscontra un arretramento rispetto ai requisiti soggettivi propri della responsabilità concorsuale. Viceversa, la riconducibilità alle forme del concorso viene meno laddove l'atteggiamento soggettivo del superiore, lungi dall'integrare gli estremi del dolo, si fermi ai margini di una consapevole indifferenza, che rientra nella previsione dell'art. 28 StICC.

È poi prevista una forma di consapevole "disattenzione" o "trascuratezza" del superiore circa le informazioni in suo possesso, dalle quali risulterebbe chiaramente che i subordinati stavano commettendo o erano in procinto di commettere determinati crimini.

Si tratta di una responsabilità prevista esplicitamente dalla norma solo per i superiori civili, ma *a fortiori* configurabile anche per i superiori militari, poiché questi ultimi sono chiamati a rispondere, a differenza dei superiori civili, anche in presenza di una forma di negligenza meno intensa derivante dal fatto di non avere controllato o di non essere intervenuti per impedire il crimine, in ragione di un'ignoranza delle circostanze di fatto, negligente o colpevole.

Per i superiori civili, accanto al criterio del dolo, comune ai superiori militari, c'è un parametro colposo accostabile alla *wilful blindness*, a fronte di una responsabilità dei superiori militari incardinata sul più ampio parametro dello *should have known* che si sostituisce al controverso *had reason to know standard* affermato nel *Čelebići case* e previsto dagli Statuti dei Tribunali *ad hoc*.

Tale parametro colposo è espresso dal criterio del *conscious disregard*, che definisce una responsabilità ridotta rispetto al superiore militare, poiché per il superiore civile non sussiste un generale obbligo di tenersi informato circa i propri subordinati<sup>865</sup>.

La responsabilità di stampo colposo è quella che si pone in maggiore tensione con il principio di colpevolezza, perché attribuisce al superiore la diretta responsabilità dei crimini

---

<sup>863</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber, Decision on the confirmation of charges, Case n. 01/04-01/06 OA 15 OA 16, 10 February 2006: decisione fondata sull'esplicito riferimento dell'art. 28 StICC, quale oggetto della consapevolezza, al rischio di consumazione di crimini ("*he knew that the forces were committing or about to commit such crimes*"). In merito si veda, più diffusamente, Parte Seconda, Sezione I.

<sup>864</sup> D. PIVA, *Responsabilità penale individuale e collettiva*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>865</sup> La scelta del legislatore internazionale è stata di recuperare, con riguardo ai superiori militari, il criterio dello *should have known*, ampiamente consolidato nella giurisprudenza internazionale del dopoguerra, ma cui era stata preferita dai redattori degli Statuti dei Tribunali penali internazionali *ad hoc* la diversa espressione *had reason to know*, espressione più ambigua e non supportata da precedenti normativi e giurisprudenziali. In tal modo residua l'opzione per una più ampia responsabilità dei militari per *dereliction of a duty*, a fronte della consapevole ignoranza richiesta per i superiori civili, con i dubbi, a tale proposito avanzati, sul fatto che la responsabilità per i superiori civili sia costruita in termini eccessivamente restrittivi e, pertanto, non sufficientemente severi. Così, testualmente, R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, *op. cit.*, pp. 398-399 ss.

dolosamente commessi dai propri subordinati sulla base di violazioni colpose dei propri doveri di controllo e di intervento.

I problemi di natura dogmatica ed applicativa, sono ulteriormente complicati dal fatto che l'individuazione dell'elemento psicologico si interseca con quello dei limiti della responsabilità omissiva: se il comandante era a conoscenza che si commettevano o si stavano per commettere dei crimini e ciò nonostante ha omesso di attivare le iniziative necessarie per impedirli, si verte nella ipotesi di omesso impedimento consapevole, e quindi di contributo doloso, dunque di un'ipotesi di concorso omissivo doloso<sup>866</sup>.

Invece, nell'ipotesi di violazione del dovere di vigilanza sul comportamento dei subordinati, il superiore incorre nell'agevolazione colposa, ossia responsabilità per omesso impedimento colposo di un'altrui condotta criminosa, dovuta ad omessa vigilanza sul comportamento dei subalterni<sup>867</sup>.

Sulla natura omissiva propria o impropria non mancano dubbi<sup>868</sup>.

La responsabilità contemplata nell'art. 28 StICC, risulta in parte normativizzata, come ogni responsabilità colposa, ma dovrebbe comunque mantenersi negli argini di una comprovata effettiva rimproverabilità del superiore.

In non poche sentenze, si è sottolineato il rischio di travalicare i limiti di una responsabilità colposa realmente personale per assumere i lineamenti di una responsabilità da posizione<sup>869</sup>, conducendo ad una oggettivizzazione del giudizio di colpa, ed all'affermazione di un generico obbligo di controllo, con conseguente strumentalizzazione dei singoli soggetti di vertice a fini non solo di difesa sociale, ma anche di punizione esemplare. Questi sarebbero i risultati qualora si decidesse di prescindere da qualunque valutazione circa la concreta prevedibilità del crimine dei subordinati da parte dei superiori.

---

<sup>866</sup> È cospicua la giurisprudenza che prospetta una inerzia istigante: ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 229 e 674; ICTY, *Aleksovski*, Trial Chamber, Judgement, § 61-76; ICTY, *Kumarac, Kovac and Vuković* ("Foča" Case), Trial Chamber II, Judgement, § 392.

<sup>867</sup> N. PISANI, *L'elemento psicologico del crimine internazionale*, op. cit., p. 1387.

<sup>868</sup> «Pur qualificando la responsabilità del superiore quale "forma peculiare di concorso omissivo", così inquadrando la responsabilità da comando quale "specialità concorsuale", rileva tuttavia la particolarità della fattispecie omissiva alla base della responsabilità da comando quale fattispecie interamente tipizzata. Nella sistematica del reato italiana, la categoria cui risulterebbe riconducibile, secondo quest'ultima lettura, la figura della responsabilità da comando sarebbe quella di un reato omissivo proprio, ossia un reato omissivo di mera condotta o di evento. Ma se si inquadra la *command responsibility* nell'ambito della responsabilità concorsuale, essa opera come reato omissivo improprio, non tipizzato come tale dal legislatore, ma che trarrebbe la propria rilevanza dall'innesto di una clausola generale di equivalenza tra omettere ed agire, in presenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento, sulla base della conversione delle fattispecie commissive di parte speciale»: R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, op. cit., p. 378, nota 59.

<sup>869</sup> È un riferimento frequente nei casi in cui venga prospettata la responsabilità penale colposa in presenza di informazioni da cui non emerga in modo chiaro il pericolo di consumazione di uno specifico crimine o di una certa tipologia di crimini richiedenti le necessarie iniziative preventive: ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prvać* ("Omarska and Keratem Camps"), Trial Chamber I, § 318; ICTY, *Krnjelac*, Appeals Chamber, Judgement, § 155; ICTY, *Orić*, Trial Chamber II, Judgement, § 323-324.

Tuttavia, a dispetto dell'auspicio di non incardinare la responsabilità dolosa o colposa sulla posizione dell'imputato<sup>870</sup>, ciò accade spesso.

La tendenza ad affermare responsabilità da posizione, si riscontra non solo nella giurisprudenza internazionale, ma anche in quella interna che si trovi a giudicare crimini internazionali. Si pensi alla sentenza della Cassazione<sup>871</sup> che ha deciso sulla responsabilità dei militari coinvolti nel c.d. *Proceso de reorganización nacional*, piano criminale messo a punto dai vertici delle Forze Armate che governarono l'Argentina dal 1976 al 1983, il cui scopo era reprimere con la forza il terrorismo "di sinistra" e, più precisamente, sterminare il "nemico comunista". Imputati nel processo in esame, e giudicati per avere ucciso alcuni italiani, erano cinque ufficiali della Marina militare: il tenente *Alfredo Ignacio Astiz, Vañek, Vildoza, Acosta e Febres*.

A parte *Astiz, Vildoza, Acosta e Febres*, condannati in quanto coautori dei crimini contestati, avendo posto in essere comportamenti costituenti elementi oggettivi e concreti delle serie causali che condussero alla generalità degli omicidi perpetrati dall'organizzazione, *Vañek*, pure estraneo ai fatti, è stato condannato perché gerarchicamente sovraordinato nell'organizzazione.

Non interessa, in questo caso, sottolineare l'inadeguatezza della disciplina codicistica italiana sul concorso di persone al cospetto dei crimini internazionali, quanto soffermarsi sull'affermazione della responsabilità da posizione.

La dottrina che ha ricostruito il caso<sup>872</sup>, nell'adottare la chiave di lettura del concorso, vede la soluzione ideale nel ricondurre il gerarca alla figura dell'istigatore. Infatti, giungere a tale forma di concorso morale, sembrerebbe profilare meno problemi probatori ed interpretativi rispetto alla qualifica di compartecipe nel reato. Tuttavia, in tal modo, si giunge all'altro vero e proprio nodo gordiano della causalità psichica.

Ma sulle mille riserve legate alla lettura del contegno umano, come fascio di motivi, scopi e ragioni nella chiave causale, la dottrina si è già espressa.

Infatti, il paradigma causale, rapportato al rafforzamento dell'intento criminoso dell'agente, costituisce l'artificio verbalistico con cui la giurisprudenza dominante cerca di individuare un nesso quando sia assente un rapporto effettivamente significativo tra la condotta dell'imputato e l'evento criminoso realizzato da altri.

È ovvio che, in tal modo, l'istituto della causalità psichica opera in modo opposto a quello in cui dovrebbe operare un requisito di tipo garantistico, idoneo a delimitare tassativamente i fatti penalmente rilevanti.

---

<sup>870</sup> D. PIVA, *Responsabilità penale individuale e collettiva*, op. cit., p. 74.

<sup>871</sup> Cass. Pen., Sez. I, del 26 febbraio 2009.

<sup>872</sup> E. MACULAN, *Crimini di massa e modelli di attribuzione della responsabilità*, op. cit., p. 1458.

Infatti, con questo procedimento, si postula erroneamente che nelle proposizioni che descrivono una interazione tra gli uomini sia contenuta implicitamente una affermazione generale di regolarità: quella in base alla quale una condotta istigante debba necessariamente riuscire a determinare l'altrui agire criminoso.

Al contrario, la decisione dell'uomo si sottrae ad ogni previsione secondo la legge della "necessità" e ad ogni conclusione di valenza universale fondata sulla sola presenza di fattori che, presumibilmente, dovrebbero incidere sulla psiche<sup>873</sup>.

È evidente che, nella responsabilità colposa, non si annidano meno problemi rispetto a quelli che caratterizzano quella dolosa.

Ancora una volta, la peculiarità è da rinvenire nei meccanismi di ascrizione della responsabilità penale indotti dalla *Makrokriminalität*, su cui la letteratura, non solo giuridica, non ha mancato di spendersi<sup>874</sup>.

---

<sup>873</sup> Così M. RONCO, *Le interazioni psichiche*, op. cit., p. 815 ss., pp. 836 (citando K. BERNSMANN, Zum Verhältnis von Wissenschaftstheorie und Recht, in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie ARSP, 1982, 536), 843-845. L'Autore osserva (p. 841) che il rinvio a leggi di tipo psicologico, indispensabile in materia di causalità psichica, richiederebbe l'utilizzo di specifiche competenze scientifiche, di cui il giudice non è professionalmente fornito. Inoltre, nel giudizio è preclusa la perizia per stabilire le qualità psichiche dell'imputato indipendenti da cause patologiche (art. 220, comma 2 c.p.p.), e la valutazione scientifica del teste è ammessa soltanto al limitato fine di verificarne l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza (art. 196, comma 2 c.p.p.). Questi rilievi fanno comprendere come la struttura stessa del processo sia incompatibile con la predicazione della tesi che vuole costruire la "causa psichica" in analogia alla causalità naturalistica. Sulla causalità psichica, si rinvia a: D. PIVA, *Responsabilità penale individuale e collettiva*, op. cit., p. 40 (sul nesso, nel concorso morale, tra il reato oggetto di istigazione e quello effettivamente posto in essere), p. 53 (sull'incitamento al genocidio, e sulla potenzialità espansiva della fattispecie in quanto fondata su processi di causalità psichica, di nota evanescenza e difficile accertamento); A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato*, op. cit., p. 824 e 825 ss.: l'Autore prospetta alcune conseguenze derivanti dalla mancanza nello Statuto di regole sul nesso di causalità, tra cui, nell'ambito del concorso morale, l'adozione di un criterio alternativo consistente nella generica strumentalità del contributo, se non addirittura nell'applicazione di schemi presuntivi, fondati sul ruolo o sulla qualifica del concorrente; si veda, infine, L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino 2007.

<sup>874</sup> J. SÉMELIN, *Pensare i crimini di massa. Un approccio socio-storico*, op. cit., p. 772 sulla possibile sinergia tra storici e giuristi; F. PALAZZO, *Il diritto penale di fronte ai crimini di massa*, in Riv. it. dir. proc. pen., n. 2, 2009, p. 750 ss., p. 751 su come la dimensione di tali crimini esorbiti dalle capacità puramente individuali; M. DELMAS-MARTY, *Violenza e massacrati: verso un diritto penale dell'inumano?*, op. cit., p. 753 ss., p. 761 sul timore di creare un diritto penale del nemico e sulla necessità di definire le fattispecie dei crimini contro l'umanità e precisarne i criteri di imputazione, perché malgrado (p. 763) le difficoltà proprie di una "criminalità di sistema" il diritto penale dovrebbe permettere di individuare la colpevolezza che fonda la responsabilità di ognuno; G. ZAGREBELSKY, *Crimini di massa e responsabilità individuale*, in Riv. it. dir. proc. pen., n. 2, 2009, p. 774 ss., p. 779 sulla impossibilità di criteri di incriminazione rigorosi tra sovraordinati e meri esecutori.

**SEZIONE III**  
**LA COLPEVOLEZZA NORMATIVA**

SOMMARIO: 1. La colpevolezza normativa e l'imputabilità: cenni introduttivi- 2. L'imputabilità e l'infermità mentale in ottica comparata- 3. Dal silenzio dei Tribunali militari e dei Tribunali *ad hoc* allo Statuto della Corte penale internazionale- 4. L'infermità mentale nella casistica dei Tribunali penali internazionali- 4.1. Il *Čelebići* case: *Landžo* ed il cubo di *Rubik*- 4.2. *Jelisić* ed il contenuto rappresentativo e volitivo del dolo nel non imputabile- 4.3. *Stress* post-traumatico e fattori personologici: rilevanza penale nei casi *Erdemović, Todorović* e *Došen*

**1. La colpevolezza normativa e l'imputabilità: cenni introduttivi**

La trattazione dell'imputabilità rende necessarie alcune premesse.

La prima, ineludibile, è che introdurre l'imputabilità nel diritto penale internazionale, è un'operazione complessa, in bilico tra la forzatura ermeneutica e l'inserzione, in un insieme, di un elemento estraneo, che non trova riscontro nella dogmatica e nella dottrina internazionalpenalistica, e men che meno negli Statuti dei Tribunali penali internazionali<sup>875</sup>.

Essa gode anche di un'altalenante qualificazione giurisprudenziale<sup>876</sup>.

Accantonata per un attimo la dimensione internazionalistica, e circoscrivendo la trattazione al solo ambito interno, giova ricordare che nell'ambito della teoria generale del reato, l'imputabilità è incardinata nella concezione normativa della colpevolezza<sup>877</sup>.

Tale concezione, richiamando l'attenzione sul processo formativo della volontà del colpevole, instaura una corrispondenza necessaria tra la libertà di autodeterminazione e l'aspettativa del comportamento conforme alle pretese dell'ordinamento.

In tale ottica, acquistano rilievo primario tutti i fattori di disturbo o di alterazione del processo formativo della volontà, quale, appunto, l'assenza di imputabilità, che assurge a essenziale coefficiente della colpevolezza nella logica della norma penale come strumento di motivazione e orientamento comportamentale<sup>878</sup>.

---

<sup>875</sup> A. GARGANI, *Le norme statutarie concernenti l'imputabilità*, in A. CASSESE, M. CHIAVARIO e G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, op. cit., pp. 85-102. L'Autore, premette: «Sul piano metodologico, è necessario precisare che il criterio di aggregazione delle fattispecie adottato per delimitare l'oggetto di questa indagine e lo strumentario terminologico di riferimento si richiamano ad una visuale di diritto interno. In seno allo Statuto, non è, infatti, rinvenibile un'autonomia e distinta disciplina degli aspetti concernenti la categoria che, negli ordinamenti dell'Europa continentale, viene denominata "imputabilità"».

<sup>876</sup> Basti considerare l'oscillazione subita, nella giurisprudenza dell'ICTY, dall'imputabilità, tra causa di esclusione della responsabilità penale, circostanza attenuante e criterio di commisurazione della pena.

<sup>877</sup> F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi*, op. cit., p. 123. L'Autore si sofferma diffusamente sulla paternità della concezione normativa, che viene comunemente fatta risalire all'opera di R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen*, Giessen, 1907, p. 519 s. Così ad esempio H. WELZEL, op. cit., p. 140.

<sup>878</sup> F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi*, op. cit., p.123.

L'imputabilità si trova in posizione defilata rispetto all'intera area della colpevolezza psicologica<sup>879</sup>, ed attiene non al reato ma al reo, con una collocazione topografica a sé stante, ma non immune da critiche<sup>880</sup>.

Quanto ai suoi rapporti, non unanimemente definiti, con la colpevolezza, è ormai sicuro punto di approdo che l'imputabilità ne sia il presupposto, collocandosi in una posizione di propedeuticità soggettiva rispetto al reato<sup>881</sup>.

Data la distanza solo apparente rispetto alla sua area, non si può fare a meno di riproporre, per l'imputabilità, le considerazioni già proposte per la colpevolezza, soffermandosi su tutti i parallelismi tra l'una e l'altra.

In primo luogo, la tridimensionalità, perché anche l'imputabilità vanta le dimensioni di principio costituzionale, di categoria dogmatica del reato, di presupposto e criterio guida della sanzione penale.

In secondo luogo, la definizione in negativo<sup>882</sup> sulla base dei fattori che la escludono, già elemento caratteristico della colpevolezza nel diritto penale internazionale.

E, non ultimi, i problemi legati alla sua natura disambigua: essa occupa, infatti, quel luogo ideale del diritto penale in cui il patrimonio giuridico è insufficiente ed occorre attingere a fonti extragiuridiche, per identificare e delimitare le cause di incapacità.

---

<sup>879</sup> Non mancano, tuttavia, posizioni critiche, che rilevano come la dottrina più attenta riconosca nell'imputabilità la prima componente del giudizio di colpevolezza: M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2001, p. 850.

<sup>880</sup> In maniera particolarmente critica sulla estromissione dell'imputabilità dal Titolo relativo al reato si era pronunciato S. MOCCIA, *Considerazioni sul sistema sanzionatorio nel Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Relazione alla Conferenza nazionale. Progetto preliminare di riforma del codice penale, Siracusa, 3-5 novembre 2000, p. 13 e *Enfornie tecnicistiche nel "laboratorio" della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 463-469, loc. cit., 467. Tale scelta rivelerebbe una ambiguità nell'interpretazione dei rapporti tra imputabilità, colpevolezza e prevenzione se si considera che la Commissione, nella relazione che accompagna il Progetto, riconosce che le particolari condizioni incapacitanti escludono la colpevolezza; Cfr. critico anche DONINI, *La sintassi del rapporto fatto-autore nel "Progetto Grosso". Inflazione penale, sudditanza al processo ed eticizzazione della responsabilità nell'articolato di parte generale redatto dalla Commissione Grosso*, Relazione presentata alla Conferenza nazionale. Progetto preliminare di riforma del codice penale, Siracusa, 3-5 novembre 2000, p. 13: «Gli art. 96-111 su imputabilità, vizio di mente e minore età, collocati dopo il sistema sanzionatorio, sono un gruppo di norme staccate dal resto, prive di ordine sistematico». Per questa ricognizione si vedano M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità*, op. cit. e G. PAVAN, *Sui rapporti fra disciplina dell'imputabilità e nosografia psichiatrica*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 3-4, 2003, p. 659. Altresì si veda M.T.COLLICA, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2002, pp. 882-883, che sottolinea l'opportunità dell'inserimento della disciplina dell'imputabilità nella parte dedicata alla colpevolezza, perché «teoria giuridica e topografia del codice possano coincidere».

<sup>881</sup> In tal senso si veda autorevole dottrina: per tutti M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, p. 505 e ss., 527 e ss., 577 e ss.

<sup>882</sup> A soffermarsi diffusamente sulla reticenza definitoria che interessa l'imputabilità, M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità*, op. cit.: «L'imputabilità allora diventa riflesso positivo di un concetto negativo, la non imputabilità, che viene in gioco solo attraverso le cause di esclusione della stessa». A titolo esemplificativo, l'Autrice cita il Progetto di codice penale, redatto dalla Commissione Grosso, e riveduto nel maggio 2001, il quale, discostandosi dalla normativa in vigore, rinuncia «a definire in "positivo" l'imputabilità, limitandosi a disciplinare le condizioni inabilitanti, in presenza delle quali l'imputabilità (l'assoggettabilità a pena) è esclusa». Altresì si vedano: G. FIANDACA, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel Progetto Grosso - Il testo riproduce una relazione tenuta al Convegno su "Verso un codice penale modello per l'Europa: La parte generale II: Imputabilità e misure di sicurezza"*, Università degli Studi di Foggia, 10-11 novembre 2000, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 3, 2002, pp. 870-871; M.T.COLLICA, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, op. cit., p. 879 e 894.

Ciò richiede un'opera di costante mediazione, che, dall'ambito extragiuridico, prosegue nell'ambito giuridico, dibattendosi tra il garantismo che presiede al rigoroso accertamento dell'imputabilità e la necessità di arginare strumentalizzazioni processuali di infermità mentali spesso più presunte che reali.

Nel prosieguo del capitolo si tenterà di fornire una panoramica generale dei problemi che gravitano intorno all'imputabilità, tra le difficoltà di collocazione in seno alla teoria generale del reato, la crisi della stessa nozione di imputabilità, i progetti di riforma del codice penale, e le caute manovre di avvicinamento, che essi compiono, alle formule aperte, definitorie dell'infermità, di matrice europea.

Nella consapevolezza che non solo l'imputabilità costituisce una delle sfide del diritto penale moderno o postmoderno<sup>883</sup>, ma è anche emblematica delle molteplici contaminazioni a cui è esposta nella prassi<sup>884</sup>, contaminazioni che nel processo internazionale risultano esasperate da forti attese di difesa della comunità internazionale, suscitate da orribili crimini.

Il rigore della disciplina italiana troverà, invece, significativi punti di contatto nella prassi dei tribunali internazionali.

## **2. L'imputabilità e l'infermità mentale in ottica comparata**

Ripercorrere, a grandi linee, l'annoso dibattito sull'imputabilità e sulla nozione di infermità vuol dire, sembra ombra di dubbio, calcare un terreno battuto dalla dottrina penale di diritto interno, ed in gran parte ignorato dalla dottrina internazionalpenalistica.

Tuttavia, non ci si può esimere dal farlo, perché le finzioni giuridiche, le reticenze definitorie, i problemi irrisolti che si incontrano lungo questo percorso speculativo, risultano illuminanti anche a proposito delle soluzioni sposate dalla giurisprudenza penale internazionale.

Partiamo dal principio: è imputabile chi è capace di intendere e di volere, e la capacità di intendere e di volere può essere pregiudicata da vari fattori, tra cui l'infermità mentale, l'unica su cui si soffermerà il prosieguo del lavoro, perché di maggiore interesse e frequenza nella casistica dei tribunali penali internazionali.

---

<sup>883</sup> M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità*, op. cit., p. 850 e ss.

<sup>884</sup> La prassi del processo è dominata, anche in tema di imputabilità, da feroci battaglie tra esperti (alcuni dicono meno «esperti» di altri) spesso talmente pronomi alla prospettiva «partigiana» da stravolgere anche i più obiettivi dati scientifici; da viscerali attese di difesa sociale suscitate da orribili delitti «senza motivo»; dal rischio che la decisione possa scaturire dall'intuitiva, immotivata, incontrollabile, adesione ad una delle ipotesi prospettate dagli esperti o dall'acritico rifugio nella tesi del perito d'ufficio, che diventa così «arbitro» delle sorti dell'imputato; o, infine, dal pericolo di trovare una comoda soluzione nella «via di fuga» del vizio parziale di mente. In tal senso, citando il filosofo francese FOUCAULT: F. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n.1, 2005, pp. 247-300.

È impossibile scindere la trattazione dell'imputabilità, categoria giuridica, da quella dell'infermità mentale, categoria nosografia, e sussiste la necessità di una trattazione congiunta<sup>885</sup>, che approda laddove il diritto e le discipline extragiuridiche devono, giocoforza, incontrarsi.

Un incontro necessitato ma da tempo investito dal vento della "crisi" per l'acquisita consapevolezza di non poter mutuare dal sapere psichiatrico sicuri paradigmi di misurazione dell'imputabilità<sup>886</sup>, tanto da far ritenere che il vero problema sia *il grado di incertezza tollerabile*<sup>887</sup>.

Già da tempo è stato detto<sup>888</sup> che il "patologismo" è una delle fallacie della psicologia criminale, evidentemente intuendo quanto il concetto di infermità sia in realtà vuoto e ingannatore, perché idoneo ad accogliere vari contenuti, forniti dalle più svariate discipline<sup>889</sup>, che hanno

---

<sup>885</sup> «Nel difficile spazio del diritto penale "scientificizzato", o meglio del suo "progetto" di scientificizzazione, in presenza di evidenti esigenze di convergenza conoscitiva tra conoscenze scientifiche e sapere giuridico, il diritto (ed il diritto penale in particolare) deve dialogare con la scienza. In questa "coproduzione" i saperi si ibridano mediante uno "sconfinamento" reciproco tra i suddetti saperi intercomunicanti»: G. M. PATRIZIA SURACE, *Abnormalità psichiche ed emozionali nell'ermeneutica teleologica della Suprema Corte. Parte I*, in *Zacchia*, n. 1, 2011, p. 1 ss., p. 8.

<sup>886</sup> Ad introdurre il concetto di «crisi», M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 191 ss. La stessa Autrice compie una interpretazione autentica della propria espressione in M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 2, 2006, p. 539: «La questione della definizione della infermità mentale alla base del vizio di mente, infatti, non solo non ha ancora trovato una risoluzione in via normativa, ma sembra lontana dal trovarla, data l'estrema incertezza che regna nella psichiatria forense sul tema. Il titolo del mio articolo "*La crisi del concetto di imputabilità*", cit., p. 191, voleva icasticamente, stigmatizzare questo stato di cose, ma il termine "crisi" da me adoperato in quell'articolo è stato invece criticato attraverso una opzione interpretativa che riduttivamente attribuisce la crisi alla categoria dell'imputabilità». Sulla crisi del concetto di imputabilità, chi diffusamente, chi *en passant*: G. FIANDACA, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel Progetto Grosso*, op. cit.; F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi*, op. cit.; M.T. COLLICA, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 3, 2008, p. 1170.

<sup>887</sup> «Operare un giudizio in tema di imputabilità e quindi ricostruire se esisteva, al momento del fatto una infermità mentale in grado di cagionare il comportamento deviante non significa pervenire ad una certezza scientifica o dogmatica, ma semplicemente pervenire a quella scelta che presenta il più alto grado di compatibilità con quello che può essere accaduto e con la realtà fattuale così come rivelata anche dalle emergenze processuali, oltre che da quelle psichiatriche» (così recente giurisprudenza interna di merito – Tribunale di Como, 20 maggio 2011, in *Corr. merito*, n. 1, 2012). Ne consegue quanto acutamente osservato da M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza*, op. cit.: «Il vero problema diventa allora quello della soglia massima di incertezza tollerabile, oltre la quale cioè l'interpretazione e l'applicazione perdono di razionalità. In altre parole, di fronte ad orientamenti scientifici contrastanti circa il ruolo che la patologia mentale, anche uniformemente diagnosticata, ha avuto sulla capacità dell'autore del fatto di reato di comprenderne il significato e la portata, occorre chiedersi quali siano le condizioni probatorie minime in base alle quali il giudice possa scegliere tra gli orientamenti scientifici in concorrenza». Secondo altri, l'incertezza sarebbe, anzi, residuo fisso indice della bontà della perizia. In tal senso si veda M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Disturbi di personalità e imputabilità*, *Med. leg. Quad. cam.*, 1998, 26, il quale ricorda: «Se tutto quadra, non è sempre ragione di lode per una perizia».

<sup>888</sup> S. DE SANCTIS, *Psicologia sperimentale*, volume II, Psicologia Applicata, Stock, Roma, 1930.

<sup>889</sup> Sulla disposizione di cui all'art. 85 c.p. quale norma-principio si veda, in particolare G. VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942, 91 ss. L'Autore ha avuto occasione di specificare: «Ho sempre sostenuto (sin dal lontano 1942) che la disposizione di cui all'art. 85 c. p. è una norma-principio, con la conseguenza che le cause di esclusione e di diminuzione dell'imputabilità di cui agli articoli 88 e seguenti c.p. non sono che specificazioni non tassative di detto principio e che qualunque causa atta ad essere riconosciuta in concreto come fonte di esclusione o di diminuzione della capacità di intendere o di volere, o di entrambe, deve essere considerata agli effetti stabiliti negli articoli 88 e 89 c.p.», cit. in G. PAVAN, *Sui rapporti fra disciplina dell'imputabilità e nosografia psichiatrica*, op. cit. In generale, la giurisprudenza (Cassazione, Sezioni Unite, 25 gennaio 2005 n. 9163, depositata l'8 marzo 2005, su cui si richiama autorevole dottrina M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 853 ss.) si dimostra consapevole del «giudizio di relatività che oggi viene assegnato, anche dalla comunità scientifica, alle scienze in genere, anche a quelle una volta considerate

dato numerosi quanto contraddittori contributi. In parte, ciò è dovuto al fatto che la classificazione dei disturbi psichici è ardua e relativa ed è ormai acclarata l'insufficienza dei paradigmi medico-organicista<sup>890</sup> e nosografico nonché psicologico e sociologico.

Senza volere indulgere alle considerazioni sull'adozione di un modello integrato<sup>891</sup> di definizione dell'infermità mentale, che trasformerebbero la auspicata navigazione sotto costa<sup>892</sup> in un viaggio in mare aperto, è certo che cospicua giurisprudenza di diritto interno si sia già da tempo diretta verso il superamento dei limiti nosografici tradizionali legati al concetto di infermità<sup>893</sup>. Anche se, verso il paradigma nosografico, continuano a manifestarsi “nostalgici” ritorni<sup>894</sup>.

---

assolutamente “esatte”, del tutto pacifiche e condivise», *cit.* in F. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità, op. cit.*, p. 253.

<sup>890</sup> Unanimemente stigmatizzato il “riduzionismo biologico”, e affermata la necessità di una visione integrata della malattia mentale con conseguente approccio multidisciplinare, in F. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità, op. cit.*, pp. 257-259.

<sup>891</sup> In tal senso si veda G. PONTI, *Il dibattito sull'imputabilità*, in *Questioni sull'imputabilità*, a cura di A. CERETTI e I. MERZAGORA, Cedam, 1994, p. 21. L'infermità viene definita come «da risultante di una condizione sistemica nella quale concorrono il patrimonio genico, la costituzione, le vicende della vita, le esperienze maturate, gli *stress*, il tipo di ambiente, la qualità delle comunicazioni intra ed extra familiari, la individuale plasticità dell'encefalo, i meccanismi psicodinamici, le peculiari modalità di reagire, di opporsi, di difendersi. Di qui l'opportunità di applicare un “modello integrato”, che tenga conto delle variabili biologiche, psicologiche, sociali e relazionali che entrano in gioco nel determinismo dell'infermità. Tale modello consentirebbe di attribuire rilevanza anche a fattori normalmente esclusi dall'accezione più rigorosa di malattia mentale, quali l'exasperazione di un sentimento o di una passione, lo stato di forte tensione o turbamento emotivo, l'attaccamento morboso, il tormento, l'angoscia, la sofferenza interiore».

<sup>892</sup> L'espressione è di G. FORTI, *L'immane concretezza*, Cortina Editore, 1999.

<sup>893</sup> «Qualunque condizione morbosa, anche se difficilmente caratterizzabile sul piano clinico, può integrare il vizio di mente, sempre che presenti connotazioni tali da escludere o da diminuire grandemente le normali capacità intellettive e volitive», Cass. Pen. 13 gennaio 1986 in Cass. Pen. n. 697; vedasi inoltre Cass. Pen. 15 febbraio 1982, in *Riv. Pen.* 1983 n. 430; Cass. Pen. 10 febbraio 1986 in *Riv. Pen.* 1986 n. 41. Questa ricognizione è rinvenibile in G. B. TRAVERSO e S. CIAPPI, *Disegno di legge di riforma del codice penale: note critiche a margine della nuova disciplina sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 3, 1997, p. 667. Altresi si vedano D. DAWAN, *Reati gravissimi e condotte ripugnanti non costituiscono per ciò solo indizio di infermità rilevante per l'imputabilità*, in *Giur. merito*, n. 6, 2010, p. 1630: nella ormai nota sentenza n. 9163 delle Sezioni Unite del 25 gennaio 2005 si attribuiva valore di infermità - come tale rilevante al fine di escludere in tutto o in parte l'imputabilità - anche ai disturbi della personalità, i quali pure non sono inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, purché siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere e di volere, a condizione che sussista un nesso eziologico tra il disturbo e il fatto di reato di talché possa sostenersi che questo è casualmente ascrivibile al primo, quasi possa esserne considerato un sintomo; S. CODA e U. FORNARI, *La perizia psichiatrica come mezzo di prova*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 4-5, 2001, p. 771. Con sentenza non impugnata e passata in giudicato, la Corte d'Assise che ha emesso la sentenza in commento, proscioglieva l'imputato per vizio totale di mente in riferimento al reato di omicidio e gli applicava la misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario per una durata non inferiore ad anni 5. Dalla lettura della sentenza emergono chiaramente la convergenza e la sintonia tra il ragionamento giuridico e quello clinico, operazione che è stata possibile perché il percorso da noi seguito nella costruzione peritale ha consentito di organizzare in un insieme coerente comportamenti, frasi, modalità di esecuzione del reato, incongruenze, storia di vita, testimonianze e dati clinici che altrimenti non avrebbero trovato una loro collocazione armonica e comprensibile. I comportamenti tenuti poi dopo l'omicidio non sono certamente significativi di una personalità cosciente, come affermava il consulente del P.M. In realtà, dietro l'apparenza di comportamenti delinquenziali orientati a crearsi un alibi o a evitare l'arresto si coglie piuttosto la presenza e la persistenza di disturbi psicotici allucinatori e deliranti per le grossolane incongruità da cui sono caratterizzati. A parere della Corte, che condivide totalmente questa proposizione della personalità dell'imputato e del suo agire, non vi è pertanto alcun dubbio che tutti i suoi comportamenti, sia prima che durante, che dopo l'atto omicidiario, siano caratterizzati da percezioni e intuizioni deliranti, e siano stati messi in atto in uno stato di evidente e accertata confusione, dissociazione e deragliamento dei processi ideativi e logici.

<sup>894</sup> Lo rileva M. BERTOLINO, *Il “breve” cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in *Criminalia*, 2009, p. 338 ss.

E sulla scorta del «si deve lasciare aperto ciò che non si può chiudere senza forzature»<sup>895</sup>, l'orientamento è nel senso di introdurre nella definizione legale dell'imputabilità e delle cause di esclusione della stessa, almeno con riferimento al vizio di mente, clausole definitorie c.d. "aperte", tali da consentire, grazie all'utilizzazione di criteri normativi, psicologici e anche biologici, un giudizio sulla capacità di intendere e di volere in grado di soddisfare le esigenze garantistiche e preventive relative al caso concreto<sup>896</sup>.

Tuttavia, le "formule aperte" nell'ordinamento italiano hanno fatto capolino solo nei progetti di riforma del codice penale<sup>897</sup>, mentre godono di piena cittadinanza nei codici penali

---

<sup>895</sup> L'espressione è di M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Disturbi di personalità e imputabilità*, op. cit., il quale ricorda: «Il problema era allora quello della valutazione delle "personalità psicopatiche", ma ancora oggi, che esse sono tramontate a tutto vantaggio dei "disturbi di personalità", le difficoltà non sono mutate, sì che continua a valere l'invito a "diffidare del perito" che sa rispondere a troppe cose, specialmente se si adegua troppo zelantemente alle formule proposte. Spesso lo fa per ambizione (anzi egli scriveva, per "*uberjuristischer Ehrgeiz*"). Se tutto quadra, non è sempre ragione di lode per una perizia. Si deve lasciare aperto ciò che non si può chiudere senza forzature», cit. in G. PAVAN, *Sui rapporti fra disciplina dell'imputabilità e nosografia psichiatrica*, in *Riv. it. medicina legale*, n. 3-4, 2003, p. 659.

<sup>896</sup> M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità*, op. cit. Anche la recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, riporta le accezioni di capacità di intendere e di volere di un precedente orientamento giurisprudenziale della stessa Corte (Cass. Pen., Sez. I, n. 13202/1990): «La capacità di intendere è l'idoneità del soggetto ad orientarsi nel mondo esterno secondo una percezione non distorta della realtà, rendendosi conto del significato del proprio comportamento e valutandone conseguenze e ripercussioni», mentre «La capacità di volere è l'idoneità del soggetto ad autodeterminarsi, in relazione ai normali impulsi che ne motivano l'azione, in modo coerente ai valori di cui è portatore».

<sup>897</sup> Circa i sostegni giuridici, si possono citare vari progetti di riforma del codice penale, per la più puntuale ricognizione dei quali, si vedano G. FIANDACA, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel Progetto Grosso*, op. cit.; G. PAVAN, *Sui rapporti fra disciplina dell'imputabilità e nosografia psichiatrica*, op. cit.; M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità*, op. cit.; M.T. COLLICA, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, op. cit., N. BARTONE, *Diritto penale italiano: sistema e valori*, op. cit., p. 314: nel 1987, abbandonando la strada delle piccole riforme, il Governo italiano nella persona dell'allora Guardasigilli Giuliano Vassalli, ritenne essere giunto il momento di procedere ad una revisione generale di tutto il codice penale. Una delle previsioni maggiormente interessanti dal punto di vista psichiatrico-forense contenute nell'ordito legislativo che ne derivò è costituita dalla nuova disciplina sull'imputabilità. Infatti, l'art. 83 che regolamenta il «vizio totale di mente» così recita: «Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto era, per infermità o per gravissima anomalia psichica, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere». Mentre l'art. 84 che regolamenta il «vizio parziale di mente» a sua volta recita: «Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto era, per infermità o per grave anomalia psichica, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita fino ad un terzo». Come si evince dalla norma testé menzionata, l'orientamento della Commissione è stato dunque quello di considerare, come presupposto ai fini di un eventuale giudizio di esclusione o limitazione dell'imputabilità, non solo la condizione di "infermità" già prevista dal Codice Rocco, ma anche quella di "anomalia psichica". Nell'art. 34 dello schema di disegno di legge-delega del 1992 (Progetto Vassalli-Pagliaro), era prevista l'esclusione dell'imputabilità per il soggetto che, al momento della condotta, fosse, per infermità di mente o altra anomalia, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere. Nei casi suddetti, se la capacità di intendere o di volere era grandemente scemata, ma non esclusa, era prevista una diminuzione di pena. Nell'art. 83 dello schema del disegno di legge n. 2038/S del 1995 (Progetto Ritz) si prevedeva che non fosse imputabile chi, nel momento in cui aveva commesso il fatto, fosse, per infermità o per gravissima anomalia psichica, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere e di volere; sugli stessi presupposti l'art. 84 disciplinava il vizio parziale di mente. L'art. 96 del progetto preliminare di riforma del codice penale (Progetto Grosso), nel testo del 12 settembre 2000, stabiliva che era esclusa l'imputabilità di chi, per infermità o per altra grave anomalia, nel momento in cui aveva commesso il fatto, fosse in condizioni di mente tali da escludere la possibilità di comprendere l'illiceità del fatto o di agire in conformità a tale valutazione. L'art. 94 del testo del 26 maggio 2001, prevedeva che non fosse imputabile chi, per infermità o altro grave disturbo della personalità, nel momento in cui aveva commesso il fatto fosse in condizioni di mente tali da escludere la possibilità di comprendere il significato del fatto o di agire in conformità a tale valutazione. E nel disciplinare la finalità del trattamento e diminuzione di pena (art. 100), si richiamava ancora la «infermità o altro grave disturbo della personalità».

stranieri<sup>898</sup>: il § 20 StGB tedesco, in seguito alla riforma del 1975, contempla il novero dei disturbi psichici in grado di escludere l'imputabilità: i disturbi della coscienza, purché profondi<sup>899</sup>, i disturbi psichici di natura patologica, la debolezza mentale, e, solo a chiusura, le "altre gravi anomalie"<sup>900</sup>. È proprio lo StGB ad aver aperto la strada alla rilevanza dell'altra

---

Nella Relazione del primo dei testi del Progetto Grosso, si afferma che «potrebbe anche ritenersi sufficiente la formula del codice vigente, incentrata sul concetto di infermità, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale cui essa ha dato luogo». Tuttavia, si ritiene «preferibile un chiarimento legislativo, mediante l'introduzione, accanto all'infermità, della formula della grave anomalia psichica», che «renderebbe più sicuro il percorso per una possibile rilevanza, quali cause di esclusione dell'imputabilità, di situazioni di difficile individuazione, come le nevrosi e le psicopatie, o stati momentanei di profondo disturbo emotivo, che fossero tali da togliere base ad un ragionevole rimprovero di colpevolezza». Alle obiezioni circa il rischio di un possibile indebolimento della tenuta generalpreventiva del sistema penale, i relatori rispondevano rilevando che «nessuna patente di irresponsabilità si vuole dare automaticamente a realtà in cui sia mancato un controllo esigibile di impulsi emotivi». Il progetto di riforma del codice penale del 2004 (c.d. Progetto Nordio) purtroppo smentisce i precedenti orientamenti. L'art. 48, nel suo testo provvisorio e non ufficiale, prevede che «nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato se nel momento della condotta costitutiva non aveva, per infermità, la capacità di intendere e di volere, sempre che il fatto sia stato condizionato dalla incapacità. Agli effetti della legge penale la capacità di intendere e di volere è intesa come possibilità di comprendere il significato dal fatto e di agire in conformità a tale valutazione».

Quindi rimane sostanzialmente immutato l'attuale riferimento lessicale al termine «infermità»; e si legge nel commento di accompagnamento che, pur tenendo conto dei diversi orientamenti teorici, si ritiene irrinunciabile il riferimento all'infermità, intesa nelle accezioni classiche della psichiatria, della criminologia e della medicina legale. L'obiettivo è evitare gli sbandamenti applicativi e le aperture a tutti i più originali e diversificati fenomeni in chiave assolutamente psicologica ed emozionale, quanto mai da impedire in questo delicato settore, come sono quelli connessi a formule generiche ed onnicomprensive quali «disturbo psichico», «disturbo della personalità», o che siano frutto di valutazioni compiute da non specialisti sulla base di parametri socio-culturali, tipo l'abusata figura del soggetto c.d. *borderline*. È evidente che l'orientamento «aperto» circa l'individuazione dell'infermità, è rimasto, almeno nel nostro ordinamento, su un piano meramente propositivo.

<sup>898</sup> Per la rapida ricognizione compiuta, si rinvia a G. M. PATRIZIA SURACE, *Abnormità psichiche ed emozionali*, op. cit., p. 38, nota 97.

<sup>899</sup> M.T. COLLICA, *Il giudizio di imputabilità*, op. cit., (note 34 e 127); M. T. COLLICA, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, op. cit., p. 894; M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità*, op. cit.: Secondo DONINI, *La sintassi del rapporto fatto-autore nel "Progetto Grosso"*, op. cit., p. 12: «...l'espressione tedesca "Unrecht", è mutuata dai § 20 e 21 dello StGB tedesco, i quali peraltro si riferiscono alla capacità di comprendere la natura sostanzialmente illecita del fatto... non la sua formale illiceità... ». D'altra parte, se *Unrecht* in tedesco significa *torto* e lo si vuole tradurre in italiano, la contrarietà al diritto che esso significa ben può rendersi con *illecito*. Lo dice lo stesso Autore quando afferma che il termine può riferirsi sia all'illecito formale che a quello sostanziale. In generale, sull'opportunità del riferimento all'anomalia, G. B. TRAVERSO, S. CIAPPI, *Disegno di legge di riforma del codice penale*, op. cit., p. 667: «Sebbene concordi sull'ampliamento dell'ambito della nozione posta a fondamento dell'accertamento del vizio di mente, non approviamo l'utilizzazione del termine "anomalia psichica" quale integrazione della nozione di infermità. Riteniamo, infatti, che tale concetto sia estremamente vago e indeterminato, scarsamente utile sul piano clinico per il trattamento del malato, accolto con diffidenza dalla comunità scientifica nel suo complesso, e difficilmente compatibile con i più accreditati sistemi di nosografia psichiatrica».

<sup>900</sup> M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza*, op. cit. L'Autrice cita varie posizioni critiche a proposito delle norme tedesche: A. E. STANGE, *Gibt es psychiatrische Diagnostikansätze, um den Begriff der schwereren anderer seelischen Abartigkeit in §§ 20, 21 StGB auszufüllen?*, Frankfurt a M., 2003, p. 50 ss., secondo la quale nessuno dei diversi criteri offerti dagli psichiatri forensi può essere utilizzato ai fini della decisione circa la gravità della anomalia psichica di cui ai §§ 20 e 21, in particolare quando si tratta di disturbi della personalità. Nemmeno le classificazioni internazionali. Esse, se pur favoriscono la trasparenza e l'obiettività della diagnosi, non sono in grado di offrire un criterio in base al quale poter dare contenuto al concetto di «altra grave anomalia psichica» di cui ai §§ 20 e 21 StGB. Il problema si è posto in particolar modo con riferimento alla affidabilità della valutazione dell'incidenza sull'imputabilità dei disturbi al limite della normalità e in particolare dei disturbi di personalità, quale «grave anomalia psichica» rilevante ai sensi dei §§ 20 e 21 StGB, che pure sono oggetto del 99% delle perizie sull'imputabilità, Cfr. G. TONDORF, *Psychologische und psychiatrische Sachverständige im Strafverfahren*, cit., p. 134, nota n. 175.

"grave anomalia psichica" e ad aver costituito, di conseguenza, il modello ispiratore principe delle legislazioni successive.

Questa soluzione, infatti, è stata recepita, ad esempio, nell'art. 20 del recente *Código Penal Español* del 1995, il quale a differenza del precedente, non definisce l'imputabilità e si limita a prevedere una clausola generale di infermità, che comprende "*cualquier anomalia o alteración psichica*"<sup>901</sup>. L'inimputabilità, inoltre, non risulta più collegata automaticamente all'accertamento di una "alienazione di mente" (*enajenación*) o di un "turbamento mentale transitorio" (*trastorno mental transitorio*), ma si ha solo qualora il disturbo abbia reso impossibile la percezione dell'illiceità della condotta e la conformazione del proprio comportamento a tale comprensione. Nello stesso senso, si era mosso già il codice penale portoghese del 1982, che qualifica non imputabile chi, al momento del fatto, a causa di un'"anomalia psichica" sia incapace di comprendere l'illiceità del fatto e di determinarsi di conseguenza.

Anche il nuovo Codice Penale francese del 1994, all'art. 122.1, sostituisce il precedente riferimento alla demenza con quello alla "*trouble psychique ou neuropsychique*".

E sorte analoga ha subito il *Nuevo Código Penal* peruviano del 3 aprile 1991 che, nell'art. 20, esclude la responsabilità penale di chi, a causa di anomalia psichica, grave alterazione della coscienza o modificazioni della percezione che incidono grandemente sulla percezione della realtà, non possieda la facoltà di comprendere il carattere delittuoso del suo atto, o di determinarsi secondo tale valutazione.

Allo stesso modo, nel codice penale sloveno del 1995<sup>902</sup>, si comprendono, tra i fattori di esclusione della capacità di intendere e di volere, l'infermità mentale temporanea, i disturbi psichici temporanei, uno sviluppo psichico imperfetto, altre anomalie psichiche di natura permanente e grave.

Il codice penale croato ha stabilito la non imputabilità di chi, al momento della commissione del reato, non era in grado di intendere il significato del suo agire o non ha potuto dominare la sua volontà «per infermità psichica, turbamento psichico temporaneo, insufficiente sviluppo psichico o altro grave vizio psichico».<sup>903</sup>

---

<sup>901</sup> Art. 20. Non è penalmente responsabile: 1. Chi nel momento in cui ha commesso la violazione penale, a causa di qualunque anomalia o alterazione psichica, non è in grado di comprendere l'illiceità del fatto o di agire secondo questa rappresentazione: *Il codice penale spagnolo*, trad. di G. NARONTE, in *Casi, fonti e studi per il diritto penale*, raccolti da S.VINCIGUERRA, Padova, 1997, 55.

<sup>902</sup> Art. 16. Capacità di intendere e di volere. 1) È incapace di intendere e di volere chi, al momento della commissione del reato, non era in grado di comprendere il significato della propria condotta oppure non era in grado di controllare le proprie azioni, a causa di una infermità mentale permanente o temporanea, di disturbi psichici temporanei, di uno sviluppo psichico imperfetto o di altra anomalia psichica permanente e grave (vizio totale di mente): *Il codice penale sloveno*, trad. di Z. FISER, N. FOLLA, M. UKMAR, in *Casi, fonti e studi per il diritto penale*, raccolti da S.VINCIGUERRA, Padova, 1998, 45.

<sup>903</sup> *Il codice penale croato*, trad. di E. BACCARINI, D. BERTACCINI, D. BLAAKOVIC, E. MARION, B. PAVIIC, in *Casi, fonti e studi per il diritto penale*, raccolti da S. VINCIGUERRA, Padova, 1999, 67.

L'uso delle formula aperte a proposito della definizione dell'infermità produce l'effetto, non secondario, di ampliare i fattori incidenti sull'imputabilità, generando, così, delle riserve, in primo luogo sul versante strettamente penalistico, in particolare sul piano preventivo.

In secondo luogo, sul piano scientifico, perché gli addetti ai lavori rilevano che il problema non è tanto quello di scegliere tra diverse formule più o meno aperte, quanto quello di stabilire in concreto la rilevanza di alcune tipologie di disturbi mentali, rilevanza che non deve essere verificata in astratto<sup>904</sup>.

Queste considerazioni anticipano il problema, che si colloca a metà strada tra l'ambito scientifico e quello giuridico, dell'incidenza della patologia mentale sulla commissione del fatto costituente reato.

In quest'ottica, è agevole rilevare che, se anche si riuscisse a giungere ad una soluzione condivisa a proposito di una definizione dell'infermità fruibile per il diritto, non sarebbe comunque risolto il problema del nesso eziologico<sup>905</sup> tra l'infermità ed il fatto costituente reato, che comporta la necessità di addentrarsi nel complesso mondo della criminogenesi e della criminodinamica<sup>906</sup>.

Un argine ai pericoli che si ritengono insiti nell'ampliamento della nozione di infermità, si trova proprio nella necessità di rinvenire un nesso<sup>907</sup>, sia eziologico che cronologico<sup>908</sup>, tra infermità e

---

<sup>904</sup> I. MERZAGORA BETSOS, *I nomi e le cose*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2, 2005, p. 403-432.

<sup>905</sup> Il nesso di interdipendenza tra reato e anomalia di mente è centrale, in quanto esso attribuisce rilevanza alle caratteristiche cliniche del soggetto psicopatico che determinano disarmonie nella personalità e sono capaci di alterare il meccanismo delle spinte e contropunte all'azione, consentendo di ricercare nella vicenda storica quali spinte interne abbiano condotto alla realizzazione del delitto e portato il giudice ad indagare in concreto l'intensità della pressione esercitata dalla situazione di stimolo, G. M. PATRIZIA SURACE, *Abnormità psichiche ed emozionali*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>906</sup> Per una pregevole trattazione dell'argomento, si veda M. T. COLLICA, *Il giudizio di imputabilità*, *op. cit.*, p. 1170. Note critiche in M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità*, *op. cit.*: Anche la prevalente dottrina in tema di infermità di mente si pronuncia a favore dell'ampliamento delle cause di esclusione dell'imputabilità, onde ricomprendervi anche le nevrosi, le psicopatie e in generale i disturbi della personalità. Ma la stessa dottrina, al fine di rendere più tecniche e precise tali formule, invita ad evitare clausole eccessivamente generiche, a non fare troppo affidamento sulle capacità delimitative del concetto di gravità del disturbo e a prevedere in termini espressi la sussistenza del nesso eziologico fra infermità e reato commesso; M. T. COLLICA, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, *op. cit.*: citando I. MERZAGORA, *Relazione al Convegno: Imputabilità e misure di sicurezza*, *cit.*, richiamando la definizione di «disturbo mentale» contenuta nel DSM-III e da ultimo nel DSM-IV (Manuale Diagnostico Statistico dei disturbi mentali), la quale ha, tuttavia, sottolineato come la richiesta di un nesso eziologico tra la malattia ed il reato commesso potrebbe comunque fungere da freno ad un allargamento eccessivo dell'infermità mentale. Favorevole, invece, alle formule aperte F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi*, *op. cit.*: «Nel campo dell'imputabilità, l'irrelevanza di alcuni fattori di disturbo come le nevrosi, che pure possono incidere fortemente sulla dinamica psichica dei reati, segnatamente di quelli colposi, va ricondotta a preoccupazioni di natura preventiva, liberamente interpretate dal legislatore e dalla dottrina anche sulla base di un atteggiamento culturale del corpo sociale ritenuto conforme».

<sup>907</sup> Invece, sulla difficoltà di rinvenire un rapporto di necessaria bi-implicazione tra reato ed infermità, si veda G. M. PATRIZIA SURACE, *Abnormità psichiche ed emozionali*, *op. cit.*, p. 9: agli psichiatri forensi si addossa il difficile compito di cercare e di spiegare il nesso fra malattia mentale e comportamento deviante.

<sup>908</sup> In tal senso F. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità*, *op. cit.*, p. 263. M. T. COLLICA, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, *op. cit.*, p. 879. L'Autrice precisa che il criterio di giudizio sull'imputabilità recepito dal legislatore della riforma, è di tipo misto o biologico-psicologico, non rinunciando, da un lato, alla diagnosi della malattia mentale e richiedendo, dall'altro, la valutazione del grado di incidenza del disturbo sulla comprensione del significato del fatto. Il sistema misto di giudizio è diffuso, oltre che in Italia,

crimine: occorre, infatti, non solo acquisire la prova che l'imputato fosse affetto dall'infermità al momento del fatto, ma anche che tra il disturbo mentale ed il crimine sussista un nesso eziologico che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo.

È significativo che ben due progetti di riforma del codice penale che hanno interessato l'imputabilità, il Progetto Grosso ed il Progetto Nordio, facciano riferimento alla capacità di intendere e di volere come «possibilità di comprendere il significato del fatto e di agire in conformità a tale valutazione»<sup>909</sup>.

È di immediata evidenza l'assonanza con il dettato dell'art. 31 StICC quella definizione *intellettualistica* che tanto è stata oggetto di critiche<sup>910</sup>.

È altrettanto evidente, purtroppo, che l'intellettualistico riferimento alla «capacità di comprendere il disvalore penale dei propri atti» non sia molto utile ai fini del superamento dei limiti della precedente nozione della capacità di intendere e di volere, perché caratterizzato dalla stessa vacuità, genericità, indeterminatezza e inaffidabilità scientifica delle altre formule definitorie dell'imputabilità<sup>911</sup>.

### **3. Dal silenzio dei Tribunali militari internazionali e dei Tribunali *ad hoc* allo Statuto della Corte penale internazionale**

L'imputabilità è un istituto centrale della costruzione normativa della responsabilità, su cui si riscontra una estrema laconicità sia delle disposizioni convenzionali, sia dei più recenti testi normativi precedenti lo Statuto della Corte penale internazionale.

Perfino gli Statuti dei Tribunali *ad hoc* hanno sostanzialmente confermato l'approccio dello Statuto del Tribunale di Norimberga, nel quale nessuno spazio è riservato né alle *defenses*, né a questioni centrali nella definizione della colpevolezza dell'agente, quali l'errore sul fatto o sul precetto, l'imputabilità, la coazione, salva l'espressa previsione dell'esclusione dell'effetto esimente di determinate circostanze, e in particolare dell'ordine del superiore. Una situazione, questa, che trova facile spiegazione oltre che nella priorità da sempre accordata dal diritto penale internazionale al profilo repressivo, altresì nelle profonde differenze che i suddetti

---

anche nei Paesi di *Common Law*, quali Inghilterra, Irlanda e U.S.A., nei Paesi di lingua tedesca come Germania, Austria e Svizzera, oltre che in Portogallo, Spagna e Perù.

<sup>909</sup> È il dettato dell'art. 48 n. 2 del Progetto Nordio, in N. BARTONE, *Diritto penale italiano. Sistema e valori*, op. cit., p. 314.

<sup>910</sup> Il riferimento è a DONINI, *La sintassi del rapporto fatto-autore nel "Progetto Grosso"*, op. cit., p. 12, in M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità*, op. cit., nota 25: Quanto alla formulazione dell'infermità come «incapacità di comprendere il significato del fatto», in adesione alle indicazioni emerse dal dibattito sul punto, essa è stata introdotta dalla Commissione che ha elaborato il Progetto Grosso nel testo riveduto, in sostituzione di quella originaria dell'«incapacità di comprendere l'illiceità del fatto» (art. 96). La definizione originaria sarebbe stata «chiaramente intellettualistica, perché ancorata solo alla comprensione della illiceità del fatto e alla capacità di agire in conformità alla valutazione di illiceità». Il corsivo è nostro.

<sup>911</sup> In tal senso F. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità*, op. cit., pp. 264-265.

istituti presentano nei vari ordinamenti e che hanno tradizionalmente impedito il raggiungimento di una posizione di sintesi circa la definizione di parametri comuni<sup>912</sup>.

Se queste sono le premesse sul versante normativo, ancora più oscuro è il piano dogmatico: in seno al diritto penale internazionale non è rinvenibile un'autonoma e distinta disciplina degli aspetti concernenti la categoria che viene denominata "imputabilità" negli ordinamenti dell'Europa continentale, e che non trova riscontro sistematico nelle elaborazioni di *common law*. E analoghe incertezze si rinvengono sul versante della collocazione topografica della categoria. In generale, l'esatta portata di ciascuno dei fattori che convergono nella colpevolezza, inclusa l'imputabilità, e la relativa collocazione nella teoria generale del reato, è una delle questioni più controverse del diritto penale comparato<sup>913</sup>.

Si può solo tentare una lettura trasversale dello StICC, che offre l'unico riferimento normativo<sup>914</sup>, e che segue l'esempio del *common law*, che frammenta la categoria dell'imputabilità tra *infancy*, *insanity* e *intoxication*. Infatti, il vizio di mente e l'intossicazione, da noi classificate come cause di esclusione della capacità di intendere e di volere, vengono qui collocate nell'ambito di una categoria piuttosto generica: le cause di esclusione della responsabilità penale (art. 31 StICC)<sup>915</sup>, o, per usare la terminologia angloamericana, le *defenses*<sup>916</sup>.

I due profili sostanziali dell'imputabilità, come si può osservare, si trovano "a cavaliere" tra la disciplina dei coefficienti di imputazione psicologica e quella dell'errore<sup>917</sup>, sotto la rubrica «cause di esclusione della responsabilità penale».

Lo StICC non riduce il concetto di colpevolezza al dolo e alla colpa. Infatti, l'art. 31 StICC, non attribuisce rilievo al vizio di mente in quanto idoneo ad annullare l'elemento psicologico del reato, ma piuttosto in quanto idoneo a determinare uno stato di mente tale da escludere la «facoltà di comprendere il carattere delittuoso o la natura del proprio comportamento o di

---

<sup>912</sup> R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, op. cit., p. 114.

<sup>913</sup> Così osservando, l'Autrice ripropone una considerazione già compiuta a più riprese a proposito del diritto interno. Vedi *amplius ante* Parte Seconda, Sezione III, Paragrafo 2: R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, op. cit., p. 114-116.

<sup>914</sup> Constatazione e lettura suggerite da A. GARGANI, *Le norme statutarie concernenti l'imputabilità*, op. cit., p. 85: «Lungi dal volere "distorcere" le trame della disciplina statutaria secondo schematizzazioni e categorizzazioni proprie di alcune realtà ordinamentali interne, si leggeranno "trasversalmente" le norme dello Statuto, valutando, senza preconcetti dogmatici, contenuti e funzioni delle previsioni attinenti al tema indicato. Solo tenendo conto della natura composita della "dogmatica" statutaria, è possibile affrontare la trattazione settoriale della categoria unificante dell'imputabilità, che non trova, ad esempio, come tale, riscontro sistematico nelle elaborazioni di *common law*».

<sup>915</sup> F. RAGO, *I requisiti subiettivi minimi per un'imputazione giusta nello Statuto della Corte penale internazionale*, op. cit., pp. 102-103. L'Autrice precisa che, quanto alla minore età, essa viene qualificata come causa di esclusione della giurisdizione della Corte, in base all'art. 26 StICC, che ha l'evidente *ratio* di considerare vittime i minori che si trovino a commettere crimini internazionali.

<sup>916</sup> Su come questo termine illumini sull'influenza del *Common Law*, delle dinamiche processuali sulla ricostruzione delle categorie del diritto sostanziale, e sulla commistione realizzata nell'art. 31 StICC, tra le varie *defenses* (al contrario della distinzione, necessaria nel *civil law*, dove l'imputazione di un fatto costituente reato passa attraverso l'accertamento della conformità al fatto tipico, dell'antigiuridicità e della colpevolezza): E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, op. cit., p. 118.

<sup>917</sup> A. GARGANI, *Le norme statutarie concernenti l'imputabilità*, op. cit., pp. 88-89.

controllarlo per renderlo conforme alle norme di legge» (art. 31 comma 1, *lett a*). Non si fa, dunque, riferimento alla capacità di intendere e di volere, tuttavia, si richiama un concetto molto simile, che si riferisce, comunque, all'idoneità del soggetto a comprendere il mondo esterno e a porre in essere una condotta in sintonia con la comprensione dello stesso e delle norme di legge<sup>918</sup>.

Nelle ambiguità che la tematica dell'imputabilità propone, in ambito internazionale come in ambito interno, residua una certezza: è un altro settore in cui si avverte un marcato ascendente del *common law*<sup>919</sup>. Altra certezza sono le contraddizioni emerse nelle pronunce dei Tribunali *ad hoc* quanto alle situazioni in grado di inficiare l'imputabilità. A parte qualche sparuta pronuncia<sup>920</sup>, è emersa solo l'esclusione di ogni rilevanza penale per i fattori che riducano ma non escludano del tutto la capacità di intendere e di volere<sup>921</sup>.

È stato necessario attendere lo Statuto della Corte penale internazionale, per trovare, sia pure nella eterogeneità del contenuto dell'art. 31, uno specifico riferimento alla infermità totale di mente che, sola, può escludere l'imputabilità, in presenza di un *mental disease or defect* e di *intoxication* che escludano (*destroy*) la capacità del soggetto di valutare l'illiceità o la natura del proprio comportamento (*the unlawfulness or nature of his or her conduct*) o di dominare la propria condotta (*to control his or her conduct*)<sup>922</sup>.

---

<sup>918</sup> F. RAGO, *I requisiti subiettivi minimi per un'imputazione giusta nello Statuto della Corte penale internazionale*, *op. cit.* L'Autrice precisa: «Non sembra, inoltre, che si sia voluta accogliere l'impostazione del diritto penale inglese secondo la quale l'*insanity* rileva se e in quanto sia un fattore di esclusione della *mens rea*. Se si fosse inteso attribuire rilevanza al vizio di mente, in quanto idoneo ad annullare l'elemento psicologico del reato, lo si sarebbe affermato *expressis verbis*, come, del resto, avviene nell'art. 32 StICC in tema di errore».

<sup>919</sup> A sottolineare una visibile prevalenza, verso cui sembra mostrarsi una certa condiscendenza delle giurisdizioni, della tradizione di *common law*, e a rimarcare la necessità di una sintesi tra le diverse tradizioni giuridiche, M. DELMAS-MARTY, *Droit comparé et droit international: interactions et internomativité*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Milano, 2003, pp. 20-21; ID., *Les forces imaginantes du droit*, Vol. II, *Le pluralisme ordonné*, Paris, 2006, p. 101 ss., e p. 121. È possibile citare, nello stesso senso, proprio il *leading case* in materia di imputabilità: ICTY, *Delalić and others (Čelebići case)*, Trial Chamber, Judgement, § 20. *Per incidens*, e come si vedrà meglio nel prosieguo della trattazione, in questo procedimento la difesa di *Esad Landžo*, alias *Zenga*, richiamò molte suggestioni del *common law* statunitense. A tale ultimo proposito, più diffusamente, L. MONTICELLI, *Le "cultural defenses" (esimenti culturali) e i reati "culturali orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. pen.*, n. 2, 2003, pp. 547-548: Il diritto penale statunitense prevede varie *defenses*: legittima difesa (*Self Defense*), esclusivamente riconosciuta per risolvere i casi di *battered woman*, l'errore di fatto (*Mistake of Fact*), lo stato passionale e la "*suitas*" (*Unconsciousness and Heat of Passion*), la provocazione (*Provocation*), il vizio di mente (*Insanity*) o della semi-imputabilità (*Diminished Responsibility*). La *mitigating defense* è semplicemente attenuante, mentre solo la totale esclusione della responsabilità penale o della punibilità integra una *complete defense*. L'Autore ricorda un caso di derubricazione del *murder in voluntary manslaughter* (omicidio volontario attenuato) perché la consulenza tecnica di sette psichiatri, unanimemente constatava che lo stato mentale dell'imputata al momento del fatto non era quello richiesto per integrare la fattispecie di *murder*. Questo permise di dimostrare che la donna non era completamente capace di intendere e di volere e venne applicata la *defense* della *insanity* nella forma attenuata della *Diminished Capacity*. Questa soluzione venne considerata pienamente aderente al diritto statunitense, e in particolare a quello californiano, il quale prevede una presunzione assoluta per cui le persone inferme di mente non sono *blameworthy*, ossia non sono rimproverabili.

<sup>920</sup> ICTY, *Krstić ("Srebrenica-Drina Corps")*, Trial Chamber I, Judgement, § 691, in cui sembrerebbe che il Tribunale esiga un «significant mental handicap», ai fini dell'esclusione dell'imputabilità.

<sup>921</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 449.

<sup>922</sup> Per questa sintesi dell'art. 31 StICC nella parte relativa all'imputabilità, si veda R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, *op. cit.*, p. 232. Per l'uso della versione inglese dello Statuto della Corte penale internazionale, si rinvia,

Che poi la nozione di infermità sia continuamente dibattuta nella letteratura psichiatrica, ed oscilli tra ampliamenti e restrizioni, fino a comprendere o espungere le anomalie psichiche, si è già visto nelle premesse.

#### 4. L'infermità mentale nella casistica dei Tribunali penali internazionali

La casistica dei tribunali penali internazionali risente della marginalizzazione dell'imputabilità, nei rispettivi Statuti: un elemento evanescente, talora invocato, anche con pervicace ostinazione, ma con evidenti finalità di strumentalizzazione processuale (come nel caso *Landžo*), ma sempre affetto da una congenita incapacità di incidere sull'accertamento della responsabilità penale.

È accaduto anche che le *defenses of mental disease and intoxication* siano invocate in *attachment* come nei casi *Vasiljević* e *Žigić*.

I margini di contiguità tra le predette ipotesi e quelle in cui è stata invocata la *diminished responsibility*, si individua nel fatto che è stato affermato lo stesso *standard* probatorio stabilito nel *Celebici case*, fondato sulla «preponderanza di probabilità». È quanto è accaduto nel caso *Vasiljević*<sup>923</sup>: l'imputato, invocava una mitigazione della pena, adducendo alcolismo cronico, associato a psiconevrosi reattiva e ad esaurimento, tesi suffragata da tre periti. Anche *Žigić* invocò in appello il consumo di sostanze alcoliche come fattore perturbatore della capacità di intendere e di volere, adducendone l'assunzione involontaria, perché indotta dal trauma<sup>924</sup> prodotto dall'amputazione dell'indice a seguito di complicanze derivanti da lesioni che lo avevano ridotto in fin di vita. A ciò si aggiungeva un passato da alcolista<sup>925</sup>.

Ma il Tribunale concluse che l'imputato avesse mancato, in primo grado, di invocare l'ubriachezza involontaria<sup>926</sup>, e che comunque non avesse offerto prove di avere agito in preda ai fumi dell'alcool con conseguente compromissione della capacità di intendere e di volere<sup>927</sup>.

---

*ante*, alla Parte Seconda, Sezione I, Paragrafo 2.1., ed alle osservazioni sulla primogenitura della versione inglese, sull'interpretazione orientata verso tale versione e la sua ampiezza semantica.

<sup>923</sup> ICTY, *Vasiljević*, Trial Chamber II, Judgement.

<sup>924</sup> Ma si potrebbe invocare, a tale proposito, il fatto che il disturbo dovrebbe non essere solo temporaneo per via del riferimento normativo ad una *sofferenza* (*the person suffers*): E. VILLANI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto di Roma*, *op. cit.*, p. 102 nota 35.

<sup>925</sup> ICTY, *Kvočka, Radić, Žigić, Prvać*, Appeals Chamber, Judgement, § 704.

<sup>926</sup> E. VILLANI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto di Roma*, *op. cit.*, p. 104: la giurisprudenza internazionale è chiaramente protesa ad ammettere il valore anche solo attenuante dell'uso di sostanze tossiche proprio in esclusiva ragione dell'assoluta involontarietà. Si veda ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prvać* ("Omarska and Keratem Camps"), Trial Chamber I, § 702; ICTY, *Kvočka, Radić, Žigić, Prvać*, Appeals Chamber, Judgement, § 6 e 7. La giurisprudenza internazionale sembra orientata ad escludere l'efficacia scusante anche dell'intossicazione colposa: ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prvać* ("Omarska and Keratem Camps"), Trial Chamber I, § 702, laddove si stabilisce che lo stato di intossicazione può costituire circostanza attenuante solo se forzato e coartato (*forced or coerced*). Altro contributo sulle *defences*, in maniera particolare sulla *defence of intoxication*, S. VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del Diritto penale inglese - I Principi*- Cedam Padova, 1992, pp. 214-217.

<sup>927</sup> ICTY, *Kvočka, Radić, Žigić, Prvać*, Appeals Chamber, Judgement, § 705- 708. Sulla necessità di accertare l'incidenza che l'intossicazione (come la malattia mentale) ha avuto sulla capacità del soggetto di comprendere il

Anche nel caso *Vasiljević* il Tribunale ha ritenuto che il *Čelebici-standard*<sup>928</sup> non fosse stato integrato<sup>929</sup> e che non fosse soddisfatto l'onere della prova, a carico dell'imputato, della ridotta capacità mentale al momento dei fatti.

Infatti, l'onere della prova è decisamente posto a carico dell'imputato nella sua interezza da parte dei Tribunali *ad hoc*, in ragione dell'asserita esistenza di una *presumption of sanity*<sup>930</sup>.

Resta aperta la questione dello "spessore" della prova da fornire in questi casi, comunque nella pratica invocata prevalentemente da soldati ed ufficiali di basso rango, ma non da *leader* militari o politici implicati in crimini internazionali<sup>931</sup>.

Sono stati, inoltre, registrati casi di riconoscimento, anch'essi non incidenti in modo significativo sull'esclusione della responsabilità penale, del disturbo da *stress* post-traumatico (i casi *Erdemović, Todorović, Došen*), ma si sono inseriti nell'approccio complessivamente timido alla tematica dell'imputabilità, per il tributo che essa deve, in generale, a discipline extragiuridiche, ma soprattutto per la marcata tendenza, tipica dei tribunali penali internazionali, ad assicurare la certezza e l'esemplarità della pena<sup>932</sup>.

---

carattere illecito o la natura del suo comportamento, ovvero di controllarlo per renderlo conforme a legge, si veda l'art. 31 StICC lett. a) e b).

<sup>928</sup> Si tratta dello *standard*, di matrice anglosassone, della preponderanza delle probabilità, in base al quale l'imputato prova che era privo di *mens rea* e non era *negligent*, ossia che aveva un onesto e ragionevole convincimento in uno stato dei fatti che, se fosse esistito, avrebbe reso il suo atto innocente. L'imputato che eccepisce una *defence* deve fornire prove sufficienti a far supporre che effettivamente ne sussistono gli estremi costitutivi, secondo, appunto, la regola basata sulla preponderanza delle probabilità (*on the balance of the probabilities*) ed allora l'accusa dovrà provare al di là di ogni ragionevole dubbio (*beyon reasonable doubt*) che nel caso di specie non ne sussistono gli estremi: S. VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*, *op. cit.*, pp. 172-202. Sul *Čelebici-standard* anche G. KNOOPS e A. JAN, *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2008, pp. 141-142.

<sup>929</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić and others (Čelebici case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 590, *which held that the accused bears the onus of establishing the defense of mental disease or diminished mental responsibility (only relevant to the sentence to be imposed; and thus no ground for acquittal) on the balance of probabilities. This standard means that the accused must show that «more probably than not such a condition existed at the relevant time». The defense or diminished responsibility is only admissible in two (alternative) events: a) in case of an impairment of the accused's capacity to appreciate the unlawfulness of or the nature of his conduct, or b) in case of an impairment to control his conduct in order to conform to the requirements of the law* (ICTY, *Delalić and others (Čelebici case)*, Trial Chamber, Judgement, § 283).

<sup>930</sup> E. VILLANI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto di Roma*, *op. cit.*, pp. 103-104. L'Autrice precisa anche che, nel sistema statutario, in conformità ad inequivocabili indicazioni (art. 67, lett. i), esso andrebbe invece, ricondotto entro i canoni della presunzione di innocenza (sancita dall'art. 66), di modo che, per l'imputato sia sufficiente far sorgere il dubbio sull'esistenza del vizio mentale che impedirebbe alla Corte una sentenza di condanna.

<sup>931</sup> Per queste osservazioni e per una puntuale ricostruzione processuale del caso in esame, si rinvia a G. KNOOPS e A. JAN, *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, *op. cit.*, pp. 140-143. Si rinvia anche a A. GARGANI, *Le norme statutarie concernenti l'imputabilità*, *op. cit.*, p. 97 nota 48, che rinvia a SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2001, p. 89, secondo il quale, il fatto che la Corte penale internazionale sia predisposta soprattutto in relazione ad un numero relativamente ristretto di *leaders*, organizzatori e promotori di genocidi, crimini contro l'umanità e crimini di guerra su vasta scala, la cui natura presuppone pianificazione e preparazione, fa sì che la *defence* in esame risulti virtualmente incompatibile e di rara verifica concreta.

<sup>932</sup> Invece, sulla casistica di diritto interno e sul ricorso ad un uso distorto dei diversi ed opposti approcci psichiatrici, M. BERTOLINO, *Normalità del male e patologia mentale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3, 2007, p. 285.

Sullo sfondo, spicca la tematica dei reati-sintomo: è stato, sì, riscontrato un nesso eziologico tra patologia e crimini internazionali<sup>933</sup>, la cui assoluta gravità li rende spesso possibili solo ai portatori di personalità fortemente “squilibrate”<sup>934</sup>.

Ma è emerso altresì con certezza che reati gravissimi e condotte ripugnanti non costituiscono, per ciò solo, indizio di infermità rilevante al fine di escludere l'imputabilità<sup>935</sup>.

Una parentesi originale, ma non si sa quanto condivisibile, è segnata dalla giurisprudenza sul caso *Jelisić* che tocca, indirettamente, l'annoso problema della compatibilità del dolo con il disturbo mentale, e che ha ritenuto lo *special intent* di genocidio pienamente compatibile con il quadro clinico di una personalità *borderline*<sup>936</sup>.

Il caso dimostra, allineandosi al dettato dell'art. 31 StICC, che mentre si nega la rilevanza di alterazioni mentali atipiche, quali i disturbi della personalità, prendendo le distanze rispetto alle timide aperture di diritto interno<sup>937</sup>, la responsabilità penale è esclusa solo a fronte di vizio totale di mente, essendo il diritto penale internazionale ancora indissolubilmente legato al paradigma medico-nosografico.

Dunque l'art. 31 StICC è l'unica certezza, insieme all'isolato *leading case* in merito: il caso *Landžo*.

#### **4.1. Il Čelebići case: Landžo ed il cubo di Rubik**

Il caso *Landžo* è l'esempio più eclatante di strumentalizzazione dell'infermità mentale al fine di conseguire benefici processuali.

L'intento di strumentalizzazione è denunciato dalla pluralità di manovre ermeneutiche sulla *diminished responsibility*<sup>938</sup>, manovre compiute su vari fronti, tali da ricordare quelle praticate sulla facce di un cubo di *Rubik* per pervenire alla sua soluzione, e tuttavia necessitate per vincere la presunzione di sanità mentale<sup>939</sup>.

---

<sup>933</sup> Si veda, appunto, ICTY, *Jelisić*, Trial Chamber, Judgement, § 105: I giudici hanno definito i crimini dell'imputato «frutto di una personalità disturbata, immatura, narcisistica».

<sup>934</sup> Lo osserva E. VILLANI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto di Roma*, op. cit., p. 101.

<sup>935</sup> Così testualmente D. DAWAN, *Reati gravissimi e condotte ripugnanti*, op. cit., p. 1630.

<sup>936</sup> Alcune sentenze di diritto interno se ne discostano, ma dagli atti non è dato sapere di quale entità fosse il disturbo della personalità da cui era affetto l'imputato. Si veda *infra*, il paragrafo 4.2.

<sup>937</sup> Aperture che, tuttavia, si riscontrano in ordinamenti diversi da quello italiano, dove la prospettiva resta *de iure condendo*.

<sup>938</sup> Sul concetto di *diminished responsibility*, G. DE FRANCESCO, *Variazioni penalistiche alla luce dell'esperienza comparata*, op. cit., p. 245: tale figura, intermedia tra normalità e deficienza, è propria del diritto penale scozzese, caratterizzato da un elevato coefficiente di permeabilità e di adattabilità delle proprie categorie giuridiche alla variegata tipologia delle forme di anomalia psichica di volta in volta riscontrabili nel singolo autore dell'illecito. In merito anche A. GARGANI, *Le norme statutarie concernenti l'imputabilità*, op. cit., p. 93.

<sup>939</sup> ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement § 582: *D'un autre côté, lorsqu'il soulève la question du défaut de discernement, l'accusé combat la présomption de santé mentale en plaidant l'aliénation mentale. Il s'agit d'un véritable moyen de défense en ce sens que c'est à l'accusé qu'il incombe de le prouver - c'est-à-dire de montrer que l'hypothèse la plus vraisemblable est qu'au moment des faits, il souffrait de troubles de la raison dus à une maladie mentale, de sorte qu'il ignorait la nature ou la qualité de ses actes ou, s'il ne l'ignorait pas, il ne savait pas que ce qu'il faisait était répréhensible.* Per i contributi

Ma sono tali e tante le mistificazioni e interpretazioni di comodo, da impedire all'imputato ed alla sua solerte difesa di allineare tutti i colori su ciascuna faccia, mistificazioni soprattutto normative. È notorio che la semi-imputabilità è una delle scappatoie a cui si ricorre per rimuovere i dubbi irrisolti sulla capacità di intendere e di volere<sup>940</sup>, ed è la stessa a cui ricorre l'imputato in questo caso.

Pretendeva, la difesa di *Landžo*, che l'infermità parziale, quale quella supposta nel caso di specie, dovesse avere uno specifico retroterra normativo, a cominciare dallo Statuto dello stesso ICTY, di fronte al quale era tratto a giudizio.

Altresì veniva chiamato in causa lo Statuto della Corte penale internazionale, e, lasciato il piano statutario, si guardava al vasto orizzonte del diritto internazionale<sup>941</sup>, senza tralasciare il diritto interno, soprattutto di matrice anglo-americana, specificamente invocato perché più duttile e fruibile<sup>942</sup>. E, del resto, lo stesso giudizio di primo grado è stato condotto sulla falsariga di tale modello<sup>943</sup>.

---

di dottrina e giurisprudenza interne, si veda M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza*, op. cit.: «L'orientamento prevalente nella giurisprudenza è nel senso di ritenere che l'imputabilità sia presunta fino a prova contraria e che questa prova contraria incomba sull'imputato». L'Autrice prosegue con un'attenta ricognizione anche degli orientamenti più risalenti: sottolinea come l'orientamento di ritenere l'infermità mentale oggetto di un vero e proprio onere probatorio a carico dell'imputato caratterizzasse la giurisprudenza fino agli anni Cinquanta: L. FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale*, Padova, 1988, p. 53 e ss., alla quale si rinvia per l'analisi delle sentenze. Per una recente adesione a tale orientamento: Corte Ass. Foggia, 6.2.2000, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1562 ess., con nota di E. INFANTE, *Il lucido delirio e il futile motivo - Note in tema di imputabilità*, il quale osserva, adeguatamente motivando, come l'indirizzo della Corte di ritenere «implicitamente un onere meramente difensivo quello dell'individuazione del vizio di mente» non appaia condivisibile. Altresì si rinvia a A. GIARDA, G. SPANGHER, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2001, p. 1532, che richiamano il pensiero di Cordero. Si veda anche M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2005, vol. II, sub pre-art. 85, p. 8, ove si precisa che negli artt. 85 e seguenti è presente un assetto normativo, «per il quale non occorre dimostrare positivamente la capacità di intendere e di volere e la si può invece considerare presente nella persona maggiore di età, sino a che non abbia a sorgere in concreto un ragionevole, serio dubbio sulla sua assenza».

<sup>940</sup> Ma non mancano tentativi di autorevole dottrina di rivalutare il ruolo della semi-infermità sul presupposto che costituirebbe una modalità per non deresponsabilizzare penalmente il malato che ha compiuto un delitto: in tal senso G. PONTI, *Responsabilità e psichiatria. Il ruolo della psichiatria nel processo penale*, in *Rassegna di criminologia*, 1984, p. 177, cit. in G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto Penale- Parte Generale*-, op. cit.

<sup>941</sup> ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 584.

<sup>942</sup> È lo stesso ICTY a riconoscere la matrice anglosassone della *diminished responsibility*: ICTY, *Landžo* («Čelebići Case»), Appeals Chamber, Judgement, § 586. Per la dottrina italiana in proposito, si veda G. DE FRANCESCO, *Variazioni penalistiche alla luce dell'esperienza comparata*, op. cit., pp. 233-253: «Il diritto penale scozzese ha costituito la patria d'origine, rispetto agli altri sistemi di *common law*, della c.d. *diminished responsibility* (o semi-imputabilità) la quale, proprio per il suo carattere "intermedio" tra normalità e deficienza psichica, ben si prestava a trovare il proprio terreno di coltura in un sistema caratterizzato da un elevato coefficiente di "permeabilità" e di adattabilità delle proprie categorie giuridiche alla variegata tipologia delle forme di anomalia psichica di volta in volta riscontrabili nel singolo autore dell'illecito», cit. A. CADOPPI- A. MC CALL SMITH, *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, Padova, 1995, p. 262 ss. Sulla maggiore elasticità del *common law* anche M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza*, op. cit., nota 115, citando anche S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001, trad. it., cit., p. 115: «Il sottile disprezzo che trapela in *Daubert* (nota sentenza *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc*, 1993) verso una regola decisionale filosoficamente coerente rappresenta un valido esempio del talento del *common law* nel procedere in base all'esperienza più che alla logica». Cfr. C. SLOBOGIN, *Pragmatic Forensic Psychology: a Means of "Scientizing" Expert testimony from Mental Health Professionals?*, in *Psychology, Public Policy and Law*, 2003, 9, p. 275 ss.

<sup>943</sup> ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 578: *Aucun préjudice résultant de ce refus n'a été démontré, qui porterait à conclure que le procès de Landžo n'était pas équitable. Premièrement, la Chambre de première instance a adopté en substance la définition du «moyen de défense spécial» qu'il proposait. Après avoir cité l'article 2 1) de la loi anglaise et galloise de 1957 sur l'homicide, la Chambre de première instance a déclaré: Ainsi, l'accusé doit souffrir d'un trouble*

Ma tutte le argomentazioni della difesa sono state abbattute nel corso del giudizio di secondo grado, che ha rilevato come tutti gli appigli giuridici dell'imputato fossero inconsistenti: dal ridimensionamento della rilevanza dell'invocato art. 67 A) ii) b) del Regolamento di procedura e prova, alle mistificazioni compiute sugli Statuti dei tribunali penali internazionali<sup>944</sup>.

È interessante notare come le manovre dell'imputato siano state compiute anche sull'operato giudiziario, alternativamente valutato, a seconda delle esigenze della difesa.

Sopravalutato, allorquando si pretendeva che una norma processuale, il sopra citato art. 67 A) ii) b) del Regolamento di procedura e prova, potesse essere, dai giudici, convertito in una inesistente norma di diritto sostanziale, pretesa prontamente rintuzzata dal collegio<sup>945</sup>, altresì onerato, dalla difesa, dell'arduo compito di «definire l'indefinibile», ossia il mezzo di difesa speciale rappresentato dalla *diminished responsibility*, collegando a tale omissione addirittura la creazione di un *vulnus* nel giusto processo, ma anche tale doglianza è stata respinta<sup>946</sup>.

È singolare che la difesa lamentasse la mancata definizione dell'infermità, in tal modo chiedendo ad un tribunale internazionale di sciogliere il più intricato dei grovigli, che, tra

---

*mental qui a altéré fortement son discernement. Le trouble mental doit être imputable à une arriération mentale ou à toute cause congénitale ou à une maladie ou à une lésion. Il est essentiel que le trouble mental altère fortement la capacité de l'accusé à contrôler ses actes.*

<sup>944</sup> ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 584: *Landžo a soutenu qu'il devrait exister en droit international un «moyen de défense spécial» de ce genre plus ou moins calqué sur le modèle anglais, parce que c'est un «moyen de défense généralement reconnu comme juste et équilibré», qu'il a été reconnu dans le droit interne de bien des pays et par le Statut de la CPI. L'examen des droits internes cités par les parties et du Statut de la CPI ne corrobore pas cette analyse. E ancora al § 587: Le Statut de la CPI prévoit qu'une personne n'est pas responsable pénalement si, au moment des faits, elle «souffrait d'une maladie ou d'une déficience mentale qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi». Il ne s'agit pas là d'une excuse atténuante puisqu'est exigée l'abolition (et non simplement l'altération) du discernement de l'accusé, et qu'elle entraîne l'acquiescement. Ce moyen de défense se rapproche de la cause d'exonération de la responsabilité qu'est la démence. Le Statut de la CPI ne contient aucune disposition expresse relative aux conséquences de l'abolition du discernement.*

<sup>945</sup> ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 583: *Bien que Landžo affirme le contraire, le Statut du Tribunal ne mentionne pas l'altération du discernement comme un moyen de défense. Le fait que l'article 67 A) ii) du Règlement présente le défaut partiel de responsabilité mentale comme un «moyen de défense spécial» ne suffit pas à lui conférer cette qualité. Le pouvoir qu'ont les juges d'édicter des règles est défini à l'article 15 du Statut du Tribunal, qui leur reconnaît le pouvoir d'adopter seulement «un règlement qui régira la phase préalable à l'audience, l'audience et les recours, la recevabilité des preuves, la protection des victimes et des témoins et d'autres questions appropriées». La Chambre d'appel a jugé que ce pouvoir permettait aux juges d'adopter non pas des règles créant de nouvelles infractions, mais des règles de procédure et de preuve pour des questions qui relèvent de la compétence du Tribunal. Il s'ensuit qu'ils ne sont pas compétents pour adopter des règles créant de nouveaux moyens de défense. S'il existe en droit international un «moyen de défense spécial» tiré de l'altération du discernement, il doit être recherché dans les sources habituelles du droit international, dans ce cas précis, en l'absence de toute référence à ce moyen de défense en droit coutumier ou conventionnel, dans les principes généraux du droit reconnus par toutes les nations. Si rinvia, per la dottrina, a A. GARGANI, *Le norme statutarie concernenti l'imputabilità*, op. cit., p. 93: la *diminished responsibility* non è una *defence* in senso stretto, in grado di escludere la responsabilità penale dell'accusato, e la sua mera descrizione come *defence* speciale nel Rule 67 (A) (ii) è insufficiente a costituirlo come tale (ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 590). Secondo la Corte, per rilevare come *defence* speciale nel diritto internazionale, la *diminished responsibility* avrebbe dovuto essere prevista nelle consuetudine fonti del diritto internazionale, quali norme consuetudinarie, convenzionali, principi generali del diritto riconosciuti dalle Nazioni civili. Non essendo prevista, vuol dire che non è una *defence* in grado di condurre ad una assoluzione in senso stretto (ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 582 ss., § 590).*

<sup>946</sup> ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, §577: *Landžo a aussi fait valoir qu'en refusant de définir le «moyen de défense spécial» avant toute communication des éléments de preuve y afférents, la Chambre de première instance l'a privé d'un procès équitable. Une Chambre de première instance n'est cependant pas tenue de définir de telles questions à l'avance. Elle doit trancher les questions en temps opportun, une fois que toutes les pièces pertinentes lui ont été présentées et après avoir entendu les parties.*

contrapposte istanze di certezza giuridica e di rigore scientifico, si presenta ancora in tutta la sua consistenza<sup>947</sup>.

Tuttavia, è stato anche affrontato un importante nodo ancora da sciogliere: la difficoltà di scorporare, quando si controverte sull'imputabilità, il ruolo del giudice e quello dell'esperto, tema spinoso di cui si è occupata la dottrina di diritto interno<sup>948</sup>. A dispetto della posizione netta palesata dal collegio<sup>949</sup>, lungi dal risolversi in un problema solo processuale, ed in una ideale scomposizione del processo in fasi<sup>950</sup>, il problema ha imponenti riflessi sostanziali,

---

<sup>947</sup> Si veda *supra*, Parte Seconda, Sezione III, Paragrafo 2.

<sup>948</sup> M.T. COLLICA, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, *op. cit.*; M.T. COLLICA, *Il giudizio di imputabilità*, *op. cit.*, nota 34. L'Autrice si sofferma sulle diverse proposte avanzate in Germania per migliorare il rapporto tra giudici ed esperti: fra queste, oltre all'introduzione di regole processuali più severe, al fine di ridurre lo spazio di autonomia e discrezionalità dell'esperto e riattribuire al giudice un più ampio controllo sulla perizia, vi sarebbe anche la soluzione di distinguere il processo in due fasi, la prima volta all'accertamento del fatto (*Tatinterlokut*) e la seconda alla verifica della colpevolezza (*Schuldinterlokut*) per inserire l'intervento del perito nell'ultima; M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza*, *op. cit.*: «La perizia diventa anche ricostruzione criminogenetica e criminodinamica della vicenda, che dà "spessore" al sintomo. Anzi, si afferma, la ricostruzione dello vicenda delittuosa dovrebbe essere considerata il processo di validazione (o sconfessione) dell'esistenza di un dato quadro clinico al momento del fatto», citando F. CARRIERI, R. CATANESI, *La perizia psichiatrica sull'autore di reato: evoluzione storica e problemi attuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 27; S. CODA e U. FORNARI, *La perizia psichiatrica come mezzo di prova*, *op. cit.*; U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *Cass. pen.*, n. 1, 2006, p. 274; F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi*, *op. cit.*; M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità*, *op. cit.*; COSIMO LORÈ- P. MOSCARINI, *La valutazione relativa alla incapacità processuale dell'imputato per infermità di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2, 1999, p. 375.

<sup>949</sup> ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 593- § 594: *Étant donné qu'il ne s'agit pas seulement de déterminer au plan médical s'il y avait altération des facultés mais aussi de déterminer si cette altération peut «à juste titre» être qualifiée de substantielle, déterminer si les facultés mentales pour un acte sont partiellement abolies ne relève pas de la compétence de la profession médicale; cela suppose un jugement de valeur par le juge du fait représentant la communauté, et non une conclusion ou opinion médicale (...). C'est à la Chambre de première instance, et non aux experts médicaux, de déterminer si les faits sur lesquels s'appuient les experts sont véridiques, et elle le fait au vu de tous les éléments de preuve présentés. Nonobstant leur compétence, les experts médicaux ne bénéficient pas de ces éléments de preuve.*

<sup>950</sup> Sulla ricostruzione a due piani dell'imputabilità, l'uno c.d. psicopatologico, relativo alla diagnosi della malattia mentale e, l'altro, di tipo normativo, concernente l'accertamento del grado di incidenza del disturbo sulle capacità conoscitive e volitive del soggetto al momento del fatto, si veda M.T. COLLICA, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, *op. cit.* Ma la stessa Autrice osserva, nel contributo successivo *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, *op. cit.*: «Il c.d. studio criminogenetico, ossia del ruolo che il disturbo mentale diagnosticato ha avuto nella genesi del delitto, insieme alla ricostruzione criminodinamica dello stesso, costituiscono l'anello di congiunzione tra l'aspetto psicopatologico e quello normativo del giudizio di imputabilità, in tal modo superando la tesi che vorrebbe nettamente separati il ruolo del perito e del giudice, diagnostico-cognitivo il primo e normo-valutativo il secondo. Di conseguenza, anche il secondo piano del giudizio di imputabilità, che si ritiene tradizionalmente di tipo normo-valutativo, si arricchisce di componenti di tipo empirico-psicologico caratterizzanti tradizionalmente solo il primo piano del giudizio medesimo». L'Autrice aggiunge: «Se per la diagnosi del disturbo mentale non si può prescindere dal supporto del perito basato su di un accertamento metodologicamente corretto, maggiori problemi desta la valutazione dei ruoli che giudice ed esperto devono assumere nel secondo piano di giudizio dell'imputabilità, relativo alla determinazione del grado di incidenza dell'infermità sulle capacità cognitive e volitive del soggetto agente». Infatti, la permeabilità tra ricostruzione psicopatologica e ricostruzione normativa è a senso unico, perché se è comprensibile che il giudice sconfini nel terreno del perito per una ricostruzione giuridicamente rigorosa, non può accadere il contrario. Su come debbano essere coordinate le due fasi: U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, *op. cit.*: «In un sistema non bifasico come quello attuale la nostra valutazione clinica è relativa a una verità processuale non ancora consolidata, perché la perizia viene disposta *in itinere*. Pertanto quando i dati anamnestici, clinici e di accertamento diagnostico di cui si è venuti in possesso fino al momento in cui è stato disposto l'accertamento peritale non consentono di ricostruire criminogenesi e criminodinamica del reato addebitato al periziando perché non ammesso o non adeguatamente chiarito nei suoi passaggi o comunque solo parzialmente ricostruito, non si deve rispondere al quesito relativo alle condizioni di mente riferite al fatto per cui il periziando è indagato». Si veda anche un precedente contributo: S. CODA e U. FORNARI, *La perizia psichiatrica come mezzo di prova*, *op. cit.*, dove gli Autori espongono un caso di loro osservazione personale, finalizzato a dimostrare come

complicato, in questo caso, da una super-perizia compiuta da cinque esperti, per giunta senza unanimità di vedute<sup>951</sup>.

Ben quattro periti non ebbero difficoltà a riconoscere l'esistenza di turbe mentali<sup>952</sup>, denunciate dai comportamenti dell'imputato suffragati da numerose testimonianze<sup>953</sup>, ma non fu una posizione unanime ed il peso specifico maggiore fu attribuito al responso dell'unico psichiatra dell'accusa, scelta, questa, motivata con lo scarso peso specifico attribuito alle testimonianze a conferma del responso degli altri quattro<sup>954</sup>.

Se fosse accaduto il contrario, se fossero prevalsi i pareri dei quattro periti che riconoscevano il vizio parziale di mente, il ruolo del giudice sarebbe stato certamente marginalizzato, sulla scorta delle argomentazioni addotte anche da autorevole giurisprudenza interna<sup>955</sup>.

---

l'applicazione di una metodologia rigorosa e di una ricostruzione attenta della criminogenesi e della criminodinamica rappresentino premesse indispensabili per consentire ai giudici una corretta utilizzazione di un elaborato peritale.

<sup>951</sup> Sulle insidie e sulle maggiori incombenze legate alle perizie compiute da più esperti sullo stesso caso M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza, op. cit.*: La costruzione giuridica della scienza non può più limitarsi, infatti, come fino ad ora ci si era illusi, «a recepire, conformemente a una visione della scienza certa e neutrale, le proposizioni che la scienza porge», ma è necessario passare «a una condizione di reciproco scambio critico». Di questa realtà sembrano ormai essere consapevoli anche i giudici, quando affermano che, allorché «le conclusioni degli esperti che hanno ricevuto incarico di eseguire perizia psichiatrica sull'imputato siano insanabilmente divergenti, il controllo di legittimità sulla motivazione del provvedimento concernente la capacità di intendere e di volere deve necessariamente riguardare i criteri che hanno determinato la scelta tra le opposte tesi scientifiche: il che equivale a verificare se il giudice del merito abbia dato congrua ragione della scelta e si sia soffermato sulle tesi che ha creduto di non dover seguire e se, nell'effettuare tale operazione, abbia tenuto costantemente presenti le altre risultanze processuali e abbia con queste confrontato le tesi recepite» ( Corte Cass. 7 luglio 2000, CED 216613).

<sup>952</sup> ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 592: *Cinq psychiatres ont témoigné sur la santé mentale de Landžo. Quatre d'entre eux ont conclu (quoiqu'en des termes différents) qu'il souffrait d'un trouble de la personnalité et, en substance, que son discernement était substantiellement altéré au moment des faits au camp de détention de Celebići. Selon eux, sa capacité à exercer son libre arbitre lorsqu'on lui donnait des ordres était réduite.*

<sup>953</sup> ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 566-§ 570: *La Chambre a jugé que des victimes sans défense étaient continuellement soumises aux sévices corporels les plus cruels sous les yeux des autres détenus qui devaient observer impuissants les blessures et les souffrances effroyables causées par ces mauvais traitements. Dans ces conditions, selon la Chambre, les détenus étaient contraints de vivre dans la peur permanente d'être tués ou victimes de sévices corporels. Leur sentiment d'insécurité et d'effroi était aggravé par les menaces proférées par les gardiens (y compris Landžo). La Chambre de première instance a évoqué la «sauvagerie» avec laquelle Landžo avait tué Gotovac, et le caractère «continu et cruel» de l'agression mortelle dont a été victime Samoukovic. Selon la Chambre, les sévices corporels et autres formes de mauvais traitements ont été infligés avec «une cruauté inventive et une férocité extrême». Nombre de victimes et de témoins du comportement de Landžo gardent des cicatrices permanentes, tant physiques que psychologiques, de sa cruauté. La Chambre a fait remarquer que la préférence manifeste de Landžo pour les graves brûlures était la marque d'un sadisme certain et clairement d'une préméditation et qu'il avait pris un plaisir pervers à infliger des souffrances et des humiliations horribles.*

<sup>954</sup> ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 593: *La Chambre de première instance a rejeté les opinions des quatre psychiatres non pas parce qu'elle préférerait celle de l'unique psychiatre cité par l'Accusation, mais parce qu'elle mettait en doute les faits relatés par Landžo sur lesquels les quatre psychiatres ont fondé leurs opinions. Plus précisément, elle a constaté que Landžo avait avoué à l'un des psychiatres n'avoir jamais éprouvé de difficultés à faire souffrir les prisonniers et y avoir pris plaisir.*

<sup>955</sup> «La valutazione dell'idoneità del vizio di mente riscontrato in sede peritale a produrre una notevole diminuzione della capacità di intendere e di volere non rientra nelle conoscenze tecniche del giudice di merito, dunque deve ritenersi implicita nella valutazione clinica del perito. Se quest'ultimo conclude per l'esistenza di una seminfermità, deve presumersi che il giudizio medico-legale, proprio perché espresso in sede di risposta a quesiti in materia di psichiatria forense, dia per scontato che l'unico vizio di mente di rilievo ai fini dell'accertamento della seminfermità è quello che comporta una rilevante diminuzione della capacità di intendere e di volere. Ne consegue l'inesigibilità per il giudice di merito di un'indagine volta ad accertare quale sia in termini percentuali il grado di incidenza del vizio mentale sulla complessiva capacità di intendere e di volere»: Cass. 12 dicembre 1991, CED 191097.

Con la conseguenza che *Landžo* fu ritenuto, al momento del fatto, capace di controllare i propri atti<sup>956</sup>.

I ripetuti riferimenti ai suoi tratti di personalità<sup>957</sup>, consentono di leggere, tra le righe, una loro rilevanza circoscritta alla fase di commisurazione della pena, senza, peraltro, isolare il loro peso specifico rispetto agli altri fattori in gioco, a dispetto delle aspettative dell'imputato<sup>958</sup>.

E comunque, se anche fosse stata riconosciuta la parziale infermità, l'unico referente normativo in merito, l'art. 31 StICC, concede cittadinanza al solo vizio totale di mente, non a quello parziale, in cui avrebbe potuto essere inquadrato il comportamento dell'imputato<sup>959</sup>, poiché la *diminished responsibility* può comportare solo una diminuzione della pena<sup>960</sup>.

Si riscontra, anche in ambito internazionale, l'irrilevanza delle forme meno gravi di infermità, che pure trovano, nel diritto interno e per i crimini comuni, ampie nicchie di riconoscimento, dottrinale e giurisprudenziale.

Quanto al ruolo dei giudici al cospetto delle *expert evidences*, certamente è ideale ma poco reale, la descrizione che parte della dottrina<sup>961</sup> ne fornisce, tra il combinare i vari elementi del quadro probatorio, soppesare le evidenze extragiuridiche, calcolare la tara degli errori eventuali degli esperti e dell'insufficienza intrinseca della scienza, addirittura decostruendo le affermazioni degli esperti se emergono ragionevoli dubbi sulla loro validità. Se i giudici abbiano o meno compiuto la complessa operazione di epurazione e sintesi appena descritta o se abbiano

---

<sup>956</sup> ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 593, § 841: *Bien qu'elle ait admis l'opinion des psychiatres selon laquelle Landžo souffrait d'un trouble de la personnalité, elle a considéré que les témoignages qui mettaient son incapacité à contrôler ses actes physiques sur le compte de son trouble mental n'étaient absolument pas convaincants, et elle a conclu qu'en dépit de son trouble de la personnalité, Landžo était tout à fait en mesure de contrôler ses actes.*

<sup>957</sup> ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, §595, § 839, § 841.

<sup>958</sup> ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 595, § 827, § 839, § 841: *Landžo fait valoir que la Chambre de première instance aurait dû clairement indiquer que, compte tenu de l'altération du discernement constatée, elle décidait de réduire la peine d'un certain nombre d'années. (omissis) La Chambre de première instance a tout de même tenu compte des «traits de personnalité» de l'appelant. Ce faisant, et passant en revue les différentes circonstances atténuantes auxquelles elle attachait de l'importance, elle a expressément conclu que le témoignage des «nombreux» experts psychiatriques entendus avait été pris en considération et avait joué un rôle dans la détermination de la juste peine. (omissis) La Chambre d'Appel ne discerne aucune erreur ou ambiguïté dans cette conclusion. La Chambre de première instance n'est pas tenue, comme le laissait entendre Landžo, d'indiquer explicitement le nombre d'années qu'elle déduit de la peine pour chaque circonstance atténuante invoquée. Elle doit au contraire procéder à une évaluation globale.*

<sup>959</sup> E. VILLANI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto di Roma, op. cit.*, p. 102: sulla rilevanza della sola infermità mentale totale, ma non della *defence* della *diminished mental capacity*, a cui è riconosciuto solo l'effetto di attenuare la pena. Si veda il caso ICTY, *Prosecutor v. Delalić and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 449; ICTY, *Prosecutor v. Todorović*, Case n. IT-95-9/1-S, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 31 July 2001 (in seguito ICTY, *Todorović*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence), § 93.

<sup>960</sup> ICTY, *Prosecutor v. Sikirica, Došen and Kolundžija*, Case n. IT-95-9/1-S, Trial Chamber III, Judgement and Sentence, 13 November 2001 (in seguito ICTY, *Sikirica, Došen and Kolundžija*, Trial Chamber III, Judgement and Sentence), § 197; ICTY, *Todorović*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 93-95.

<sup>961</sup> G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, Relazione al Convegno *Scienza e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*, cit., p. 13 datt., cit. in M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza, op. cit.* Secondo l'Autore se il giudice si sottraesse a questo più alto controllo, incorrerebbe nel pericolo di conferire alla «verità processuale» un carattere fittizio in misura superiore al tollerabile: ritorna il problema della determinazione della soglia massima di incertezza tollerabile già prospettato da M. BERTOLINO citata.

prevalso, in questo caso come in altri, comprensibili esigenze repressive<sup>962</sup>, è di immediata evidenza.

#### **4.2. Jelisić ed il contenuto rappresentativo e volitivo del dolo nel non imputabile**

Il caso *Jelisić*<sup>963</sup> è crocevia dei vari problemi che ruotano intorno all'imputabilità: irrilevanza di disturbi mentali atipici, quali quelli di personalità; rilievo di alcuni reati, in quanto sintomatici di un sotteso disturbo mentale<sup>964</sup>; compatibilità del dolo, incluso quello specifico di genocidio, con tali disturbi e, infine, coincidenza clinica tra disturbi della personalità e determinati reati, coincidenza che, tuttavia cade in una nicchia di irrilevanza penale ai fini dell'imputabilità, rilevando solo ai fini dell'attenuazione della responsabilità penale. Dagli atti processuali, emerge che *Jelisić* soffriva di turbe della personalità, era immaturo, narcisista, desideroso di compiacere i superiori<sup>965</sup>.

Quest'ultimo tratto di personalità, peraltro frequente nelle strutture gerarchizzate come quelle militari, è stato rinvenuto anche nel caso *Eav*<sup>966</sup>, ma in quest'ultimo caso su sostrato non patologico: nulla di diverso dallo zelo militare e dalla dedizione alla disciplina. Del resto, è pacifica la differenza tra tratti fisiologici di personalità e patologie della personalità<sup>967</sup>.

Nel caso *Jelisić* è un tratto di personalità innestato su di una patologia di natura *borderline*. In effetti, il quadro clinico di tale disturbo di personalità, spesso fa registrare la coesistenza di condotte socialmente e professionalmente specchiate<sup>968</sup> con deformità morali.

---

<sup>962</sup> Peraltro ammesse dallo stesso Tribunale, in questo come in altri casi: ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, nota 1437 § 838: *Dans d'autres affaires, les Chambres de première instance ont expressément pris note d'éléments soumis par une personne reconnue coupable dans le cadre des circonstances atténuantes mais ont conclu qu'en raison de la gravité des crimes commis et du fait que souvent, de nombreux accusés ont une situation personnelle similaire, le poids de ces éléments était limité ou non existant lorsqu'il s'agissait de déterminer la sentence.* Vedere anche ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 782. Vedere anche ICTY, *Furundžija*, Trial Chamber, Judgement and Sentence, § 284; ICTY, *Jelisić*, Trial Chamber, Judgement, § 124.

<sup>963</sup> ICTY, *Jelisić*, Appeals Chamber, Judgement.

<sup>964</sup> La letteratura psichiatrica parla di reati-sintomo, ossia reati sintomatici di una patologia psichiatrica: U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, *op. cit.*, p. 274.

<sup>965</sup> ICTY, *Jelisić*, Appeals Chamber, Judgement, § 70.

<sup>966</sup> ECCC, *Eav alias Duch*, Trial Chamber, Judgement, § 613: *Les experts ont décrit l'Accusé comme étant «conscientieux», «influçable et impressionnable», et comme ayant «un fort besoin d'affiliation et de reconnaissance de ses chefs».*

<sup>967</sup> Sulla puntualità con la quale, in ambito psichiatrico, si valutano i "tratti" di personalità rispetto ai "disturbi di personalità", si vedano M. CERISOLI, L. CIMINO, A. D'ERRICO, D. VASAPOLLO e G. R. DELL'OSSO, *Le cosiddette "reazioni ad eventi": quadri psicopatologici di interesse medico-legale- Il disturbo post-traumatico da stress (DPTS)*, in *Zacchia*, n. 1, 2004, p. 16 ss., p. 34.

<sup>968</sup> G. M. PATRIZIA SURACE, *Abnormalità psichiche ed emozionali*, *op. cit.*, p. 35 nota 92: pur mancando una integrazione tra i veri settori della vita psichica, ci si trova in presenza di una certa adattabilità sociale, anzi, si evidenzia una certa disparità fra il "buon" comportamento sociale, buona presenza, buone apparenze, buona professionalità, e la povertà della struttura psichica. Sui tratti di personalità *borderline*, anche U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, *op. cit.*, p. 274: rabbia eccessiva e inappropriata (rivolta contro sé stessi e/o contro altri) isolamento, scontroosità, (*alterazioni del funzionamento comportamentale, alterazioni del funzionamento affettivo relazionale*) e instabilità dell'umore costituiscono tratti propri (anche) del disturbo *borderline* di personalità, di per sé non sufficienti per determinarne la gravità quando sono assenti tutti gli altri tratti qualificanti, quali *disturbi dell'identità* (diffusione e assenza di una chiara identificazione con incapacità di reggere, organizzare ed elaborare la solitudine e di stare con sé stessi), *alterazioni tipiche del sentimento di realtà* (perdita dei confini tra mondo interno e mondo esterno e della capacità di differenziare il sé dal non sé; vissuti di angoscia panica; comportamenti bizzarri

Non si sa se per “narcisista” gli esperti intendessero riferirsi al vero e proprio disturbo narcisistico di personalità, ma, se così fosse, esso è proprio caratterizzato dall'estrema polarizzazione sul proprio sé, da cui deriva un comportamento esibizionistico, finalizzato alla prevaricazione con inconsistenza della sfera morale ed assenza di senso di colpa.

Lo stesso disturbo *borderline*, esplicitamente menzionato, è caratterizzato da aggressività improntata a distruttività, odio, dominio e manipolazione che sottrae ogni autentica capacità empatica<sup>969</sup>. I disturbi di personalità sono abnormità psichiche dalla natura incerta ed indistinta e, sul piano codicistico interno, compaiono solo sparuti riferimenti in progetti di riforma<sup>970</sup>.

Sul piano processuale, non potendo né dimostrare, né escludere a priori che si innestino su di un vero e proprio disturbo mentale, occorre fondarsi sulla verificabilità empirica della stessa categoria giuridica dell'imputabilità e sulla tenuta processual-probatoria delle inferenze addotte<sup>971</sup>.

Dagli atti, a parte una certa confusione tra capacità di stare in giudizio e capacità di intendere e di volere, non è dato inferire di quale gravità fosse il disturbo *borderline*, anche se la letteratura psichiatrica lo ritiene grave di per sé<sup>972</sup>.

In sintesi e concludendo, i disturbi o anomalie della personalità possono acquisire rilevanza solo ove siano di consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere, compromettendola del tutto o grandemente scemandola; devono quindi essere gravi ed essere idonei a determinare una situazione di assetto psichico incontrollabile e ingestibile tanto da integrare gli estremi di una vera e propria psicosi. Per stabilire l'incidenza del disturbo di personalità, il funzionamento patologico psichico da cui discende la gravità del crimine deve essere messo a confronto con il comportamento tenuto prima, durante e dopo il crimine stesso (organizzato o disorganizzato, psicopatico o psicotico).

---

e incongrui), *ricorso esclusivo all'utilizzazione di meccanismi primari di difesa* (scissione, identificazione proiettiva, negazione, idealizzazione, svalutazione, diniego).

<sup>969</sup> Per queste preziose ricostruzioni, si veda G. M. PATRIZIA SURACE, *Abnormità psichiche ed emozionali*, op. cit., pp. 6 e 35 nota 92, Cfr. Cass. Pen., sez. VI, n. 7845/1997. *Contra* Cass. Pen., Sez. I, n. 15419/2002 e Cass. Pen., n. 6062/2000: gli approcci per definire il disturbo *borderline*, un tempo incluso tra le psicosi atipiche, sono stati molteplici: inserito tra le c.d. «sindromi marginali» con connotazioni sia nevrotiche sia psicotiche, è stato anche considerato quale disturbo stabile della personalità.

<sup>970</sup> Il Progetto Grosso (si veda *ante*, Parte Seconda, Sezione III, Paragrafo 2) auspicava l'introduzione, accanto all'infermità, della formula della «grave anomalia psichica», in modo da includere anche stati patologici, che, pur senza integrare una forma di infermità totale o parziale di mente, fossero tali da togliere base ad un ragionevole rimprovero di colpevolezza. In sede di revisione dell'originaria stesura, alla formula «grave anomalia» veniva sostituita la locuzione «grave disturbo della personalità», come fattore inficiante l'imputabilità.

<sup>971</sup> È la conclusione di G. M. PATRIZIA SURACE, *Abnormità psichiche ed emozionali*, op. cit., p. 15.

<sup>972</sup> U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, op. cit., p. 274: «Condivido l'opinione di coloro che individuano la gravità del disturbo di personalità nella organizzazione *borderline* di personalità. Questo tipo di organizzazione, oltre che nel disturbo *borderline* di personalità, può trovarsi, in particolare, in quelli narcisistico, paranoide, istrionico, antisociale, schizoide, schizotipico e, in genere, in tutti i disturbi di personalità. Ne consegue che per essere definito grave, un disturbo di personalità deve essere caratterizzato, indipendentemente dal *cluster* in cui è inserito, da un funzionamento *borderline* di personalità».

Altresì rilevante il maggiore o minore riordino mentale e comportamentale dopo il fatto, in tempi più o meno rapidi<sup>973</sup>.

Non è dato inferire tutti questi fattori, né prendere lettura delle relazioni peritali, ma il caso è stata un'occasione per riportare in auge la *vexata quaestio* della compatibilità del dolo, la forma più grave di volontà colpevole, con l'infermità mentale, quesito al quale la concezione psicologica della colpevolezza fornisce responso positivo<sup>974</sup>.

Nel processo in esame, in primo grado si è stabilito che i crimini compiuti da *Jelisić* fossero frutto della sua personalità disturbata, immatura, narcisistica<sup>975</sup>, ed è stato riconosciuto l'intento discriminatorio<sup>976</sup>, ma non dolo di genocidio, non essendo stato dimostrato lo speciale elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie<sup>977</sup>.

Nonostante la suddetta conclusione, in linea di principio è stato comunque ammesso che i tratti di personalità dell'imputato non escludessero il dolo di genocidio<sup>978</sup>, anzi si è ritenuto che un intento genocidiario possa attecchire più facilmente in personalità simili che non in personalità normali<sup>979</sup>. E se si guarda indietro nel tempo, non si può che concordare.

#### **4.3. Stress post-traumatico e fattori personologici: rilevanza penale nei casi Erdemović, Todorović e Došen**

I Tribunali penali internazionali non tralasciano la rilevanza di fattori personologici, ovviamente, come il diritto penale interno, ai soli fini della commisurazione della pena: nel caso

---

<sup>973</sup> Per queste considerazioni si rinvia a U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, op. cit., p. 274.

<sup>974</sup> G. M. PATRIZIA SURACE, *Abnormalità psichiche ed emozionali*, op. cit., p. 20 nota 60, Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte Generale, Giuffrè, Milano, 1990: da tale assunto si ricava la tesi dell'imputabilità quale qualificazione soggettiva, estranea alla teoria del reato e riconducibile nell'alveo naturale della categoria del reo, così come topograficamente collocata nello stesso codice penale. Tuttavia, la suddetta concezione, basandosi sulla mera relazione psichica tra il soggetto agente ed il fatto oggettivamente inteso, presenta la sua fallacia rispetto all'errore patologico o condizionato (così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2009).

<sup>975</sup> ICTY, *Jelisić*, Trial Chamber, Judgement, § 105.

<sup>976</sup> Sul contiguo problema dell'*animus* persecutorio relativo a tutti i crimini contro l'umanità, il *genus* che accoglie la *species* genocidio, si nega in modo univoco che tale requisito motivazionale sia rilevante anche laddove non previsto; si tratta di un coefficiente trascurato già negli Statuti dei Tribunali *ad hoc* e che, anche rispetto allo specifico crimine di persecuzione, si è tradotto, nello Statuto, nell'elencazione di una serie di motivi ampiamente "oggettivizzati" (ICTY, *Tadić*, Trial Chamber, Judgement, § 651 ss., e ICTY, *Tadić*, Appeals Chamber, Judgement, §271 ss., ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 244, 260).

<sup>977</sup> A criticare la sentenza di primo grado, S. RAGAZZI, "*Pulizija etnica*" in *Bosnia e crimine di genocidio*, op. cit., p. 1310: la sentenza di primo grado, affermando che *Jelisić* agì motivato o mosso da solo intento persecutorio e non genocida finisce per creare confusione, dando l'impressione di porre impropriamente l'intento peculiare di genocidio sullo stesso piano dei motivi dell'agire.

<sup>978</sup> ICTY, *Jelisić*, Appeals Chamber, Judgement, § 102: *Il suffit ici de souligner que l'immaturation, le narcissisme et les troubles de la personnalité diagnostiqués par les psychiatres sur lesquels s'est appuyée la Chambre n'excluent pas eux-mêmes une aptitude à nourrir l'intention de détruire un groupe protégé particulier*. Sulla necessità di una connessione tra l'intenzione del singolo e quella collettiva che sorregge il contesto genocidiario, si veda ICTY, *Jelisić*, Trial Chamber, Judgement, § 66 ss. In particolare, sull'asserzione che non vi fosse incompatibilità tra la personalità immatura e disturbata dell'imputato ed il dolo di genocidio, anzi su come quest'ultimo attecchisse più facilmente in tal caso che non in un individuo strutturato in modo equilibrato e senza difetti di personalità, si veda il § 70.

<sup>979</sup> ICTY, *Jelisić*, Appeals Chamber, Judgement, § 102: *De fait, ainsi que le souligne l'Accusation, un individu à la personnalité limite et instable se laissera plus facilement aller à une haine raciale et ethnique extrême qu'une personne plus équilibrée et plus pondérée, qui ne présente pas de troubles de la personnalité*.

Krstić è stato stabilito che anche il carattere semplice, l'esperato senso della professione di soldato o la povertà dell'ambiente familiare, in combinazione con la giovane età e la personalità immatura e fragile, sono elementi che possono costituire circostanze attenuanti<sup>980</sup>.

Ben più importanti e frequenti i casi di *stress* post-traumatico.

I casi *Todorović* e *Došen* possono essere trattati in *attachment* perché presentano diversi punti di contatto: stesso atteggiamento di basso profilo nei confronti dell'invocato vizio parziale di mente, non già preteso fattore di esclusione della responsabilità come nel caso *Landžo*<sup>981</sup>, bensì semplice circostanza attenuante<sup>982</sup>.

Stessa compresenza di esperti, ma non già super-perizia come nel precedente già citato, bensì consulenza di parte e consulenza d'ufficio. Stesso perito di parte, Dott. *Lecic-Toševski*, che gioca, dato il contesto bellico in cui si consumano i crimini che il tribunale giudica, la stessa carta, facilmente spendibile: la sindrome da *stress* post-traumatico<sup>983</sup>.

Stessa posizione "negazionista" di qualsivoglia vizio di mente per il consulente d'ufficio: in modo netto per il Dott. *Soyka*, nel caso *Todorović*<sup>984</sup>, in modo meno marcato per il Dott. *Najman*, nel caso *Došen*<sup>985</sup>.

In entrambi i casi compaiono, ancorché prevalentemente accampati dalle rispettive difese, riferimenti a fattori personologici<sup>986</sup>, circoscritti alla sola "testimonianza di moralità" da parte della madre e della sorella di *Todorović*<sup>987</sup>, ma più numerosi per *Došen*, di cui pure viene valutata

---

<sup>980</sup> ICTY, *Krstić* ("Srebrenica-Drina Corps"), Trial Chamber I, Judgement, § 714.

<sup>981</sup> Aspettativa, peraltro, decisamente rintuzzata dal tribunale. Si veda ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others* (Čelebići case), Appeals Chamber, Judgement, § 585: *Il s'agit d'une cause d'atténuation de la responsabilité, et non d'une cause d'irresponsabilité.* Da precisare che l'imputato aveva, prudentemente, invocato il vizio parziale di mente anche a titolo di mera circostanza attenuante: *Ce moyen d'appel demeure pertinent parce que Landžo a également invoqué l'altération du discernement à titre de circonstance atténuante* (§591).

<sup>982</sup> ICTY, *Todorović*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, §18: *La Défense a demandé que soient établis des rapports d'expertise médicale afin de démontrer une éventuelle «abolition ou altération» du discernement qui pourrait être retenue, non comme cause exonératoire de responsabilité, mais comme circonstance atténuante.* ICTY, *Sikirica, Došen and Kolundžija*, Trial Chamber III, Judgement and Sentence, §188: *l'accusé invoque l'altération du discernement comme circonstance atténuante.*

<sup>983</sup> Sulla frequenza e sull'entità del disturbo, si veda *Victims and Witnesses, Support, Symptoms of post trauma*, in ICTY *Manual on Developed Practices, Prepared in conjunction with UNICRI as part of a project to preserve the legacy of the ICTY*, Edizioni UNICRI, 2009, Torino, pp.197-206.

<sup>984</sup> ICTY, *Todorović*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 94: *Le docteur Soyka a conclu que Stevan Todorović ne présentait pas de trouble mental majeur, ni aucun autre trouble psychiatrique grave à l'époque des faits et qu'il ne présentait aucun signe d'altération du discernement.*

<sup>985</sup> ICTY, *Sikirica, Došen and Kolundžija*, Trial Chamber III, Judgement and Sentence, § 198: *Le docteur Najman, n'a pas traité de la question particulière de l'altération du discernement dans son rapport; il a toutefois fait remarquer que Došen se sentait vulnérable, souffrait de dépression et d'angoisse, surtout depuis l'événement traumatisant qu'avait été pour lui le décès de son premier enfant.*

<sup>986</sup> La valutazione della personalità, così come contemplata dall'art. 133 del codice penale italiano e da analoghe norme di diritto interno, prevede che si considerino la vita e condotta antecedente, contemporanea e susseguente al reato, le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo, nonché il suo carattere, definito dagli addetti ai lavori come struttura di autocontrollo e strumento di orientamento dell'individuo nella scelta tra diverse possibilità di azione, che, solo se solido, gli consente di governare le inclinazioni del temperamento e le pulsioni istintuali. La valutazione di questi elementi serve a calcolare l'incidenza dell'ambiente sul processo criminogenetico, il che fa apparire meno riprovevole l'autore sul piano della colpevolezza.

<sup>987</sup> ICTY, *Todorović*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 22: *La Défense a reçu l'autorisation de citer la mère et la soeur de l'accusé comme témoins de moralité.*

la moralità<sup>988</sup>, insieme ad altri fattori legati al suo vissuto personale, quali il lutto legato alla scomparsa del suo primo figlio, il basso livello di istruzione, la malattia mentale della madre e l'ereditarietà legata a tale fattore, e, non ultima, la giovane età<sup>989</sup>, fattore di non poco conto anche presso le giurisdizioni internazionali, se si considera che è addirittura fattore escludente la giurisdizione nell'unico referente normativo di riferimento che è l'art. 26 StICC<sup>990</sup>.

Non si sa quanto tali riferimenti siano allineati alla ricerca di un *tertium genus* di diagnosi volto alla identificazione, fra le possibili cause del comportamento criminale, di fattori, anche genetici, che espongono il soggetto attivo ad un maggior rischio di reazioni aggressive in presenza di fattori di *stress* esterni<sup>991</sup>.

Certamente i rilievi dei periti uniscono molti tasselli della letteratura psichiatrica in materia di disturbo post-traumatico da *stress* (DPTS): *in primis* che un evento traumatico, che, nella letteratura più risalente veniva ricondotto esclusivamente a guerra e catastrofi naturali<sup>992</sup>, passi attraverso variabili individuali che rendono alcune persone più "protette" ed altre più "vulnerabili". Incidono, così, il sesso maschile, in cui rientrano tutti gli imputati, pregressi disturbi psichici personali e/o familiari, anche sotto forma di tratti "nevrotici". Nel caso di specie, i periziandi sono stati sottoposti ad una osservazione a tutto campo, come prescritto dalla scienza medica, e l'anamnesi pre-morbosa ha prodotto esiti positivi, rilevando, per *Došen*, un caso familiare di disturbi psichici ed un disturbo personale depressivo pregresso, ancorché di eziologia reattiva essendo legato ad un evento luttuoso<sup>993</sup>.

---

<sup>988</sup> ICTY, *Sikirica, Došen and Kolundžija*, Trial Chamber III, Judgement and Sentence, § 178: *L'Accusation avance que, si, avant les faits, l'accusé Došen était d'une moralité irréprochable.*

<sup>989</sup> ICTY, *Sikirica, Došen and Kolundžija*, Trial Chamber III, Judgement and Sentence, § 182: *«La Défense souligne que Damir Došen avait 25 ans à l'époque des faits et qu'il n'était pas allé au-delà de l'école primaire. Elle insiste sur le fait qu'il a perdu son premier enfant, un garçon, juste avant le début du conflit, et que son père est mort en février 2000, soit trois mois après son arrestation»; § 183 e § 189: «De plus, la Défense fait valoir que l'épouse de Došen est sans emploi, qu'elle vit avec leurs deux enfants, âgés de 8 ans et de 16 mois, et la mère de l'accusé, laquelle souffre de graves troubles mentaux. Elle indique également que la famille de Došen vit dans des conditions matérielles très difficiles à Prijedor»; § 190: «La Défense fait valoir que Došen souffre d'un syndrome de stress post-traumatique à l'état chronique, d'une anxiété généralisée, de troubles dépressifs graves et récurrents. Elle souligne également que le comportement de Došen se caractérise par la dépendance, la passivité, l'hypersensibilité et la vulnérabilité émotionnelle, par de fortes peurs et angoisses, par le désir d'être accepté et par une incapacité à jouer un rôle de dirigeant. La Défense renvoie à la conclusion du docteur Lecic-Tošenski: au vu du diagnostic établi et de son hérédité, la dépression pourrait s'aggraver et mener au suicide».*

<sup>990</sup> A. GARGANI, *Le norme statutarie concernenti l'imputabilità*, *op. cit.*, p. 85-86, parla della norma processuale (art. 26 StICC) relativa all'esclusione della giurisdizione della Corte per le persone di età inferiore a 18 anni, tuttavia di scarso rilievo pratico per l'esigua rilevanza dei reati commessi da minori nel diritto penale internazionale.

<sup>991</sup> Si veda G. MESSINA, *Il contributo delle neuroscienze nel giudizio sull'imputabilità*, in *Corr. merito*, n. 1, 2012, Note a sentenza Tribunale di Como, 20 maggio 2011, p. 70 ss., p. 72.

<sup>992</sup> Storicamente, il DPTS appare come la derivazione dalle «nevrosi traumatiche», sindromi che hanno ricevuto una migliore sistemazione nosografica a partire dal DSM-1 (*Diagnostic and Statistical Manual, American Psychiatric Association, 1952*), che, tuttavia, non faceva ancora riferimento al DPTS, ma che definiva l'equivalente sindromico come *gross stress reaction*, condizione con la quale si descriveva una grave reazione da *stress* che si poteva verificare in soggetti con normale struttura di personalità e solo in rapporto a due specifiche condizioni: azioni di guerra e catastrofi naturali; G. M. PATRIZIA SURACE, *Abnormalità psichiche ed emozionali*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>993</sup> ICTY, *Sikirica, Došen and Kolundžija*, Trial Chamber III, Judgement and Sentence, § 198: Dopo avere esaminato *Došen*, il Dott. *Lecic-Tošenski*, ha concluso che al momento dei fatti l'imputato soffriva di reazioni da *stress*, legate al decesso del suo primo figlio ed alla situazione contingente, reazione successivamente degenerata in una sindrome da *stress* post-traumatico, con una comorbilità caratterizzata da depressione e angoscia. Su come i disturbi di ansia

Per *incidens*, il disturbo post-traumatico da *stress* è stato riscontrato anche in *Erdemović*<sup>994</sup>, anche se è un *leading case* per ben altre ragioni.

Per i due imputati in esame l'esito è identico: il Tribunale circoscrive i fattori da ponderare ai fini del calcolo della pena sia per *Todorović*<sup>995</sup> che per *Došen*<sup>996</sup> ed è interessante notare come prevalgano sempre l'ammissione di colpevolezza ed il rimorso espresso, innegabili retaggi inquisitori<sup>997</sup>, ancorati ad incerti parametri di valutazione<sup>998</sup>, ma indiscutibilmente legati all'esemplarità della pena ed alla "missione" dei Tribunali penali internazionali.

Il Tribunale decide di non riconoscere come circostanza attenuante neanche l'infermità parziale di mente, dunque non applica alcuna riduzione di pena<sup>999</sup>.

Non sono disponibili le relazioni peritali, ma incombe la domanda: è sufficiente la motivazione adottata? Oppure, lungi dall'essere una motivazione<sup>1000</sup>, si traduce semplicemente nel consegnare una decisione?

È un caso che i Tribunali penali internazionali, a fronte di diversi pareri di esperti, accolgano sempre il responso più rigoroso e meno favorevole per l'imputato? Oppure è frutto del ricorso

---

e depressione debbano essere valutati separatamente rispetto al DPTS su cui si innestano, M. CERISOLI, L. CIMINO, A. D'ERRICO, D. VASAPOLLO e G. R. DELL'OSSO, *Le cosiddette "reazioni ad eventi"*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>994</sup> ICTY, *Erdemović*, Appeals Chamber, Introduction, § 5: *Le collège de trois experts a présenté son rapport le 26 juin 1996, concluant que l'Appelant souffrait de désordre, trouble lié à un stress post-traumatique et que son état mental ne lui permettait pas de comparaître devant la Chambre de première instance à ce moment.*

<sup>995</sup> ICTY, *Todorović*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 74: *La Chambre estime que dans le cas de l'accusé Stevan Todorović, on peut retenir comme circonstances atténuantes: son plaidoyer de culpabilité, l'étendue et le sérieux de sa coopération avec l'Accusation, les remords qu'il a exprimés pour son crime et la question de l'altération du discernement.* Ma a proposito di tale ultima circostanza, si veda il *revirement* § 95.

<sup>996</sup> ICTY, *Sikirica, Došen and Kolundžija*, Trial Chamber III, Judgement and Sentence, § 192: *La Chambre tiendra compte des circonstances atténuantes suivantes pour fixer la peine applicable à Damir Došen: son plaidoyer de culpabilité, les remords exprimés, et l'aide fournie à certains des détenus de Keraterm.*

<sup>997</sup> L. DE CATALDO NEUBURGER, *La psicologia della testimonianza dal codice di Manu ai giorni nostri (passando per la Santa Inquisizione)*, in *Psichiatria, Psicologia e Diritto*, Anno I- n. 1- Aprile 2009: «Una volta riconosciuto colpevole, l'eretico era invitato a ritrattare ed a pentirsi, se non lo faceva era consegnato all'autorità secolare, che era esecutore dei giudizi dei tribunali ecclesiastici. Nello sforzo di portare alla conversione gli eretici, la missione dei tribunali ecclesiastici riceveva una magnifica consacrazione».

<sup>998</sup> Si veda, diffusamente, ICTY, *Prosecutor v. Erdemović*, Case n. IT-96-22-T, Trial Chamber II, Judgement and Sentence, 29 November 1996 (in seguito ICTY, *Erdemović*, Trial Chamber II, Judgement and Sentence), § 96 e seguenti. Nel caso di specie, ICTY, *Todorović*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 89. Il Tribunale penale internazionale ha considerato il rimorso come una circostanza attenuante in un certo numero di casi. Occorre tuttavia, che la Camera di prima istanza sia convinta della sincerità del rimorso espresso. Nota 90: ICTY, *Erdemović*, Trial Chamber II, Judgement and Sentence, § 16; ICTY, *Jelisić*, Trial Chamber, Judgement, § 127 (la Camera non era convinta della sincerità del rimorso espresso da *Jelisić*); ICTY, *Blaškić*, Trial Chamber I, Judgement, § 775 (il rimorso espresso da *Blaškić* non è stato considerato sincero); ICTR, *Serushago*, Judgement and Sentence, § 40 e 41; ICTR, *Prosecutor v. Ruggiu*, Case n. ICTR 97-32-I, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 1 June 2000, § 69-72.

<sup>999</sup> ICTY, *Todorović*, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, § 95: *La Chambre estime que l'état de santé de Stevan Todorović n'était pas de nature à justifier une réduction de sa peine. Par conséquent, il ne sera pas retenu comme circonstances atténuantes.* ICTY, *Sikirica, Došen and Kolundžija*, Trial Chamber III, Judgement and Sentence, § 199: *La Chambre conclut que l'état de santé mentale de Damir Došen au moment des faits ne justifie pas une réduction de peine.*

<sup>1000</sup> M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza*, *op. cit.*: allorché «le conclusioni degli esperti che hanno ricevuto incarico di eseguire perizia psichiatrica sull'imputato siano insanabilmente divergenti, il controllo di legittimità sulla motivazione del provvedimento concernente la capacità di intendere e di volere deve necessariamente riguardare i criteri che hanno determinato la scelta tra le opposte tesi scientifiche: il che equivale a verificare se il giudice del merito abbia dato congrua motivazione della scelta» (Cass. 7 luglio 2000, CED 216613).

ad un uso distorto dei diversi ed opposti approcci psichiatrici, quale «unico possibile antidoto alla intollerabilità sociale del male»<sup>1001</sup>?

Ma, soprattutto, la salute mentale, pur definita elemento di quella situazione personale<sup>1002</sup> apparentemente così considerata, quale peso specifico può vantare?

Ancora una volta, la risposta è rinvenibile solo nelle finalità eminentemente repressive dei Tribunali penali internazionali.

---

<sup>1001</sup> G. M. PATRIZIA SURACE, *Abnormalità psichiche ed emozionali*, op. cit., p. 12, Cfr. M. BERTOLINO, *Normalità del male e patologia mentale*, op. cit., p. 285.

<sup>1002</sup> ICTY, *Prosecutor v. Landžo and others (Čelebići case)*, Appeals Chamber, Judgement, § 589: *La santé mentale de l'accusé serait, dans les autres cas, à prendre en compte dans la sentence, en conformité avec l'article 24.2 du Statut du Tribunal, comme l'un des éléments de la «situation personnelle» du condamné.*

## PARTE TERZA

### INCIDENZA DEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE SUL DIRITTO INTERNO

SOMMARIO: 1. La dimensione interna del diritto penale al cospetto della dimensione internazionale: l'adattamento- 2. Gli Statuti dei Tribunali penali internazionali e l'adattamento del diritto interno, tra teoria e pratica- 3. I lineamenti del crimine internazionale visti attraverso la lente bifocale dell'adattamento: *a Janus face?*

#### 1. La dimensione interna del diritto penale al cospetto della dimensione internazionale: l'adattamento

Come anticipato nelle premesse, il diritto penale internazionale ed il diritto penale interno inizialmente potevano essere rappresentati come due rette parallele che, in virtù dei canoni inderogabili della geometria giuridica, non potevano incontrarsi<sup>1003</sup>.

Ma il gemellaggio internazionale-penale, prima ritenuto impensabile, è scaturito, inevitabile, dal secolo dei genocidi<sup>1004</sup>.

Il progredire ed il ripetersi di importanti manifestazioni criminali di rilievo internazionale, ha indotto a rilevare un'esigenza primaria: pur nel rispetto delle competenze delle altre discipline, in particolare del diritto internazionale, è indispensabile sondare la normativa penale internazionale con tutte le conoscenze proprie dei penalisti, non solo per evitare che rimanga materia lasciata ad una maturazione incompiuta o ad una trattazione didattica non specialistica<sup>1005</sup>, ma soprattutto per la imponente penetrazione del diritto penale internazionale nel diritto penale interno.

Sulla scorta della tradizionale impostazione sistematica, le norme statutarie dei tribunali penali internazionali rientrerebbero nel diritto internazionale penale, mentre le norme interne di attuazione sarebbero riconducibili al diritto penale internazionale<sup>1006</sup>. Taluni propendono per il superamento della predetta sistemazione, ad esempio facendo ricorso alla denominazione

---

<sup>1003</sup> Si veda Parte Prima, Sezione I, Paragrafo 2.

<sup>1004</sup> In merito si veda G. VASSALLI, *I crimini contro l'umanità: problemi giuridici*, op. cit., pp. 1-6.

<sup>1005</sup> A. FIORELLA, *Introduzione* a E. MEZZETTI, *Diritto penale internazionale- I. Casi e materiali*, op. cit., p. XII. L'Autore così motiva: «Il diritto penale e la sua scienza hanno ormai e da tempo raggiunto un grado di sviluppo molto raffinato. Ciò conferma che emerge un ambito di analisi critica e ricostruttiva di schietta competenza di chi si sia propriamente formato come penalista e che dia alla materia il contributo più avanzato e approfondito possibile alla luce delle acquisizioni raggiunte nello specifico settore disciplinare».

<sup>1006</sup> Alcuni orientamenti dottrinali propendono per il superamento della predetta sistemazione, ad esempio facendo ricorso alla denominazione «giustizia internazionale penale»: E. SELVAGGI, *La Corte penale internazionale e la cooperazione giudiziaria*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale*, op. cit., p. 1397, ispirandosi al titolo dell'opera di G. VASSALLI (*La giustizia penale internazionale*, Giuffrè, 1995). Sulla transizione di dimensioni determinata dalla cooperazione con i Tribunali penali internazionali, si veda G. BOSCO, *States Cooperation with the International criminal Tribunal for ex-Yugoslavia*, in *Riv. coop. giur. int.*, n. 8, 2001, p. 27 ss., p. 28: «This new approach to the matter of cooperation leads to the general remark that we are evolving from *criminal International law* to *International criminal law*».

«giustizia internazionale penale», che comprenda tanto gli aspetti internazionali quanto quelli domestici.

Alcuni orientamenti dottrinali<sup>1007</sup> hanno indotto, in questa sede, ad optare per la definizione «diritto penale internazionale» con aspirazione omnicomprensiva, comprendendo non solo gli aspetti penali e procedurali del diritto internazionale ma anche degli aspetti internazionali del diritto penale interno.

Pure in un contesto speculativo segnato da tensioni interne è inconfutabile che la *Makrokriminalität*, le offese perpetrate idealmente a danno dell'intera comunità internazionale, la necessità di una risposta repressiva che si sviluppasse proprio in seno a tale comunità, hanno condotto la dimensione penale in un ambito che non le era proprio ed in cui, a tratti, ancora si muove a fatica. Non senza concessioni reciproche che non smettono di animare diatribe che interessano gli internazionalisti, ma soprattutto i penalisti, chiamati a soddisfare esigenze continue di adattamento della dogmatica tradizionale, e ad affrontare problemi di legittimazione di soluzioni che si sono imposte fin dagli albori come necessitate, ancorché in palese contrasto con i principi fondanti della materia<sup>1008</sup>.

Questa continua tensione tra un *Sein* fitto di problemi ed un *Sollen* che sembra essere una pura utopia, non manca di riflettersi sulla giurisprudenza, impegnata in una vera e propria creazione<sup>1009</sup>, che si insinua, come si vedrà nel prosieguo, anche nella procedura di adattamento del diritto penale interno al diritto penale internazionale<sup>1010</sup>.

---

<sup>1007</sup> Si rinvia a quanto diffusamente esposto infra, nella Parte Prima, Sezione I, Paragrafo 2.

<sup>1008</sup> G. VASSALLI, *I delitti contro l'umanità ed il problema giuridico della loro punizione*, op. cit.: dopo avere riempito il *cabier de doléances* della giustizia penale internazionale, l'Autore tenta di muoversi anch'egli in un'ottica di legittimazione del paradigma punitivo, in modo da superare le prevedibili obiezioni in termini di legalità: si veda *supra*, Parte Prima, Sezione seconda, paragrafo 2.1. Più recentemente, si vedano: sul fondamento legale della punizione per crimini internazionali, il contributo di M. MASUCCI, *Garanzie di legalità*, op. cit., p. 2; BAGARIC e MORSS, *International Sentencing Law: In Search of a Justification and Coherent Framework*, in *Int. Crim. L. Rev.*, n. 6, 2006, pp. 191-255: «The most pressing problem is that it lacks a clear justification and objective. The primary objective was to convict -and punish- those individually responsible for their crimes». «It may seem otiose in the context of the international criminal domain, which is concerned only with the most heinous of criminal offences, to search for a justification of punishment. However, even in relation to such matters a moral justification for the practice is necessary». Sul versante della carenza di legittimazione e sulla contiguità spesso riscontrabile tra intervento punitivo e vendetta si veda A. MATWIJKIW, *The No Impunity Policy in International Criminal Law: Justice versus Revenge*, in *Int. Crim. L. Rev.*, n. 1, 2009, pp. 1-37.

<sup>1009</sup> In tal senso, si vedano, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, op. cit.: M. CAIANIELLO, *Indeterminatezza della fattispecie e ruolo creativo*, op. cit., pp. 339-352 e M. VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur»*, op. cit., pp. 361-370.

<sup>1010</sup> Si rinvengono, in merito specifici riferimenti in A. APONTE CARDONA, *Criminal Prosecution of International Crimes: The Colombian Case*, in *Int. Crim. L. Rev.*, vol. 10, n. 4, 2010, p. 549 ss., p. 568, e P. GALAIN PALERMO, *The Prosecution of International Crimes in Uruguay*, in *Int. Crim. L. Rev.*, vol. 10, n. 4, 2010, p. 601 ss., p. 606. Su come l'armonizzazione (della normativa nazionale allo Statuto di Roma) possa essere agevolata dalla prassi giurisprudenziale, si veda A. ORIOLO, *La responsabilità penale internazionale degli individui*, op. cit., pp. 164-165. In particolare, l'Autrice fa riferimento, a titolo esemplificativo, alla Corte Costituzionale bulgara che ha osservato che gli strumenti internazionali che qualificano come criminali certi atti non definiti come tali dalla legislazione interna, sono considerati (evidentemente tramite una operazione ermeneutica) come facenti parte della detta legislazione, sia che apportino delle precisazioni sulla natura delle infrazioni definite dal codice penale, sia che obblighino la Repubblica bulgara ad emendare la sua legislazione interna.

Quale che sia il metodo che ad essa presiede, non è dato sapere, ma una certezza si può enucleare dal magma<sup>1011</sup>: il diritto penale internazionale è, per molti aspetti, recente, ancora in evoluzione, e, proprio per la sua genesi prettamente giurisprudenziale è bisognoso di una continua opera di sistematizzazione. Tuttavia, il “sistema” appare troppo stretto, ed in questa angustia penalisti ed internazionalisti sembrano congiungersi<sup>1012</sup>, incontrando entrambi, sul proprio cammino speculativo, la presa d’atto di un sistema che, se non è venuto meno, è sempre più “aperto” e la cui «ricostruzione, anziché avvenire a priori partendo dai “principi”, si realizza faticosamente esplorando un arcipelago di isole giuridiche, di sovra e sottosistemi»<sup>1013</sup>.

Ne consegue una *apertura del campo penale*<sup>1014</sup>, che determina un mutamento di contesto, di oggetto e dunque di metodo. Questo fenomeno ha manifestazioni diffuse, che invadono non solo il sistema delle fonti, ma anche la teoria generale del reato, l’elaborazione dei concetti e delle categorie, nonché le risposte repressive, esigendo un diverso approccio epistemologico sia per il penalista che per l’internazionalista.

Da quanto esposto, deriva l’opportunità di pensare ad innesti extrasistematici, e la necessità di scendere a compromessi con soluzioni spesso non giudiziarie ma politiche.

Nel prendere atto della crisi del sistema e dell’attualità della figura dell’*undogmatisch* prospettata da autorevole dottrina<sup>1015</sup>, non si può rinunciare, tuttavia, alla creazione di un *fil rouge* tra la dimensione internazionale e quella interna del diritto penale.

Di fronte all’esigenza di fronteggiare il crimine internazionale, il diritto penale interno ha un necessario ruolo di rilievo. Infatti, anche dopo l’istituzione della Corte penale internazionale e,

---

<sup>1011</sup> Si veda, in merito, R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, *op. cit.*, p. 441, che parla di «congerie magmatica di *inputs* normativo-prasseologici», espressione a cui l’Autore aggiunge altre, sempre vagamente definitorie del diritto penale internazionale: «dimensione ultrastatuale della penalità», «fenomeno punitivo internazionale», «sistema di diritto punitivo sopranazionale», «fenomeno sanzionatorio ultrastatuale», «...costanti sottese alle diverse epifanie della penalità».

<sup>1012</sup> P. PAONE, *Riflessioni sul metodo di studio del diritto internazionale contemporaneo*, in *Comunità int.*, n. 3, 2010, p. 367 ss., p. 381: «Da questi appunti traspare lo scetticismo ed il disincanto che si annidano nella ricerca dell’internazionalista, oggi come non mai a contatto diretto con le dure repliche della storia. Il “sistema” è la parte veneranda dell’ordinamento, strutturata con il rilievo assorbente della logica, che oggi è in crisi evidente, cagionata dalla globalizzazione. La soluzione alla crisi in atto deve essere *principalmente politica*, non giudiziaria. La scienza giuridica fa il suo mestiere conservando fin dove possibile il contatto con il razionalismo “sistematico”, ma deve innestare, *professando realismo*, una revisione critica nella ricerca, imposta dalla struttura a incrocio “extrasistemico”, necessaria all’*esistenza* dell’ordinamento nel suo corso storico attuale, non più alla sua natura o astratta essenza. Nell’ordinamento è saltato il tappo del sistema. È tempo dunque di rivedere il metodo nello studio del diritto internazionale. Se si semplifica troppo con la logica del sistema, rischia di sfuggire la realtà. Con le sue complicazioni e la possibilità di cambiarla in aderenza al tempo della globalizzazione».

<sup>1013</sup> Così, testualmente, M. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell’espansione del diritto penale economico*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale*, *op. cit.*, pp. 67 ss., p. 86.

<sup>1014</sup> E. FRONZA, *Riflessioni sulla nascita di un sistema penale internazionale*, *op. cit.*, pp. 171 ss., p. 172. Il corsivo è dell’Autrice.

<sup>1015</sup> Il riferimento è a Jescheck, da RUGGIERI, *Il diritto penale in un mondo globale: in memoria di Hans-Heinrich Jescheck (Jescheck’s kolloquium, Freiburg im Breisgau 7-8 gennaio 2011)*, in *Cass. pen.*, n. 4, 2011, p. 1577 ss., p. 1579.

a dispetto del tentativo di attribuire idealmente lo *jus puniendi* alla comunità internazionale<sup>1016</sup>, resta compito primario degli Stati reprimere i più gravi crimini contro il diritto internazionale<sup>1017</sup>, addirittura anche quando i giudici internazionali, attraverso la Corte permanente, decidano di esercitare un'azione penale nei confronti dei maggiori responsabili<sup>1018</sup>. Agli Stati il compito di operare attivamente contro il crimine internazionale, in vari modi, e sotto l'influsso di molti fattori che spesso tutto sono, tranne che giuridici: l'adattamento allo Statuto di Roma è un prezioso pretesto per esplorare le soluzioni adottate nell'America Latina<sup>1019</sup>, la soluzione tedesca<sup>1020</sup> e quelle italiane<sup>1021</sup>. Gli esiti sono diversi e proprio la molteplicità delle soluzioni adottate in ambito interno<sup>1022</sup> rende difficile prospettare tutte le interazioni future tra il diritto penale interno ed il diritto penale internazionale. Resta da chiedersi quanto si possa concretizzare la visione della già citata autorevole dottrina<sup>1023</sup> del secondo dopoguerra che prospettava una progressiva internizzazione del diritto

---

<sup>1016</sup> Si veda, in tal senso, P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, op. cit., p. 139. Più recentemente, nello stesso senso anche C. MÈNDEZ RODRÍGUEZ, *L'adeguamento del diritto spagnolo allo statuto della Corte Penale Internazionale: influenza dei casi Pinochet, Guatemala e Scilingo*, in *Ind. pen.*, n. 2, 2006, pp. 863-864. Concorde anche F. POCAR, *Fonti del diritto penale internazionale e dialogo fra le Corti internazionali e fra queste e le Corti nazionali*, in *Riv. it. dir. priv.*, n. 2, 2010, p. 21 ss., pp. 23 e 30.

<sup>1017</sup> G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, in *Ind. pen.*, 2005, n. 2, pp. 747-759. Altresì si veda L. PICOTTI, *La criminalità internazionale*, op. cit., p. 105. Nello stesso senso K. AMBOS, *Temas de Derecho Penal*, op. cit., p. 63 e F. POCAR, *Fonti del diritto penale internazionale*, op. cit., p. 28. Sulla necessità che la istituzione di una Corte internazionale permanente non porti ad una "deresponsabilizzazione" dei legislatori nazionali, si veda E. AMATI, *Quale repressione per i crimini di guerra?*, op. cit., p. 234. Su come la repressione dei crimini internazionali si fondi su sistemi concorrenti, ed il sistema nazionale sia in ogni caso il sistema portante, E. FRONZA, *Riflessioni sulla nascita di un sistema penale internazionale*, op. cit., pp. 171 ss., p. 173 nota 5. Sul ruolo pur sempre decisivo degli Stati nella repressione dei crimini, nonostante l'internazionalizzazione degli strumenti di garanzia, A. ORIOLO, *La responsabilità penale internazionale degli individui*, op. cit., p. 186. Sempre sull'appartenenza agli Stati-parte della giurisdizione primaria in base allo Statuto della Corte penale internazionale, A. ORIOLO, *Ratifica e attuazione in Italia dello Statuto di Roma: questioni di compatibilità costituzionale e opportunità di un'armonizzazione legislativa*, in G. ZICCARDI CAPALDO (a cura di), *Attuazione dei Trattati Internazionali e Costituzione italiana. Una riforma prioritaria nell'era della Comunità globale -Atti del Convegno Internazionale*, Università di Salerno, 13-14 dicembre 2001, ESI, 2003, p. 277. Si veda, infine, P. BENVENUTI, *Italy and implementation of the ICC*, op. cit., p. 1443.

<sup>1018</sup> G. DELLA MORTE, *La Conferenza di revisione*, op. cit., p. 708. Così l'Autore nel sottolineare il ruolo della complementarità positiva, che lascia emergere la primaria responsabilità degli Stati in materia di perseguimento dei crimini internazionali.

<sup>1019</sup> P. H. BALMACEDA, *Aplicação Direta dos Tipos Penais do Estatuto do Tribunal Penal Internacional no Direito Interno*, in AMBOS e JAPIASSÚ (a cura di), *Tribunal penal internacional -Possibilidades e desafios-*, op. cit., pp. 163 e ss.

<sup>1020</sup> In merito si veda il contributo di G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, op. cit., p. 747 ss.

<sup>1021</sup> Si veda il contributo di M. PISANI, *La "penetrazione" del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano*, Testo della relazione svolta al Seminario di "Diritto penale internazionale" organizzato a Siracusa, nel dicembre 1978, dal Consiglio Superiore della Magistratura e dall'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC), in *Ind. pen.*, 1979. L'Autore si sofferma sui molteplici esempi di trasposizione italiana che denotano maggiore severità rispetto al tenore testuale dei testi convenzionali. A proposito dell'ottemperanza agli obblighi di cooperazione giudiziaria con il Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, si veda A. PERDUCA e N. PIASENTE, *Il "sistema" del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia: effetti ed esecuzione in Italia delle sentenze del TPJ*, in *Dir. giust.*, n. 10, 2003, p. 10.

<sup>1022</sup> Sui mille volti dell'armonizzazione A. ORIOLO, *La responsabilità penale internazionale degli individui*, op. cit., pp. 164-173.

<sup>1023</sup> P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, op. cit., p. 139: l'Autore prospettava una progressiva internizzazione del diritto internazionale a seguito della quale il diritto internazionale sarebbe divenuto una branca del diritto interno, ed il diritto umano avrebbe trovato nelle norme e negli istituti del diritto interno la sua tendenziale realizzazione. Cit. ante Parte Prima, Sezione II, Paragrafo 2.1.

internazionale e la metamorfosi del diritto internazionale in una branca del diritto interno. Visione che, forse, è tutt'uno con altre ricostruzioni che descrivono un processo di internazionalizzazione, sia della produzione che dell'attuazione del diritto penale, fenomeno che si traduce nella rilevanza del diritto internazionale quale fonte diretta della criminalizzazione e della repressione delle condotte individuali<sup>1024</sup>.

In realtà sono chiavi di lettura solo in apparenza contrapposte, che rilevano un unico dato inconfutabile: non solo il decentramento<sup>1025</sup> della giustizia internazionale rispetto alle sedi che originariamente le erano proprie, ma anche la progressiva erosione del confine tra diritto internazionale e diritto interno, ed è proprio nella breccia aperta nel muro di confine tra i due che si crea un ampio margine per *influssi* e *reflussi* fra ordinamento internazionale e ordinamenti interni<sup>1026</sup>.

L'internazionalizzazione del diritto penale, come il fenomeno della privatizzazione, muta lo stesso diritto penale ed evidenzia il cambiamento del rapporto tra Stato e pena, nonché degli stessi contenuti e delle stesse funzioni della pena, inducendo a rivederne la concezione classica e ripensarne principi e categorie<sup>1027</sup>.

La domanda che più incombe è quanto il rapporto con la dimensione internazionale possa allontanare il diritto penale da sé stesso, dalla terraferma su cui poggiano le sue fondamenta e da cui si auspica non ci si allontani, spingendo verso soluzioni alternative, ma pure indotte dal contesto.

A questa domanda si può tentare di fornire una risposta solo percorrendo un sentiero lastricato dai tanti dubbi che residuano nel rapporto tra le due dimensioni della giustizia, quella penale e quella internazionale, un rapporto ancora da definire ed in continua evoluzione.

In particolare, quando si parla di penetrazione del diritto internazionale penale nel diritto penale interno, ci si riferisce ad un fenomeno disambiguo, che, dal versante degli internazionalisti, prende il nome di “adeguamento” dell'ordinamento interno al diritto internazionale<sup>1028</sup>.

---

<sup>1024</sup> Per tutti, si veda ORIOLO, *La responsabilità penale internazionale degli individui*, op. cit., p. 185.

<sup>1025</sup> G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome- Le paradigme du «Völkerstrafgesetzbuch» allemand*, in *Rev. sciences crim. et. dr. pén. comp.*, 2003, pp. 501 ss., pp. 505.

<sup>1026</sup> Così, testualmente, R. RIVELLO, *I principi generali di diritto e le cause di giustificazione nel diritto internazionale penale: influssi e reflussi fra ordinamento internazionale e ordinamenti interni*, Relazione al Convegno “Diritto e Forza Armata. Nuovi Impegni”, Padova, 30 novembre, 2000, reperibile on line all'indirizzo <www.studiperlapace.it>.

<sup>1027</sup> E. FRONZA, *Riflessioni sulla nascita di un sistema penale internazionale*, op. cit., pp. 171 ss., p. 172 nota 2, Cfr. JUNG, *Anmerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, 514.

<sup>1028</sup> N. PISANI, *La “penetrazione” del diritto internazionale penale*, op. cit., p. 7 nota 6. L'Autore parla anche di “adattamento”.

È stato ampiamente chiarito, dalla dottrina<sup>1029</sup>, sia pure non unanime<sup>1030</sup>, perché non si possa parlare di “armonizzazione”, processo che presuppone un collegamento genetico con la dimensione dei sistemi nazionali<sup>1031</sup>, trattandosi, invece, di qualcosa di essenzialmente nuovo rispetto ai singoli ordinamenti, che questi sarebbero tenuti ad incorporare.

Per le stesse ragioni, non è possibile richiamare in questo ambito, se non con gli opportuni (si consenta il gioco di parole) “adeguamenti”, il processo di *interiorizzazione nazionale*<sup>1032</sup> del diritto comunitario. Nel novero della terminologia comunitaria da accantonare nell’ambito speculativo in esame rientra anche l’assimilazione<sup>1033</sup>.

L’accennata penetrazione non è un fenomeno sporadico e circoscritto, ma frequente ed ininterrotto, tanto da indurre la dottrina a prospettare una *penetrazione a ciclo continuo*<sup>1034</sup> delle statuizioni dell’ordinamento internazionale nel diritto penale interno, determinata dal fatto che il testo delle convenzioni ispiri la disciplina positiva dell’ordinamento interno e contribuisca poi, in sede applicativa, a precisarne i contorni normativi.

La commistione di diritto internazionale e diritto interno forma un immenso labirinto, che si approssima a diventare giungla, per giunta *multilevel*<sup>1035</sup>: dal livello nazionale, agli accordi bilaterali, all’ambito comunitario, ai trattati multilaterali conclusi sotto l’egida delle Nazioni Unite.

Il diritto penale internazionale forma un mondo giuridico parallelo al diritto penale statale, e manifesta *in primis* nelle fonti il suo pluralismo<sup>1036</sup>, annoverando tra le sue componenti

---

<sup>1029</sup> Il riferimento è a LELIEUR, *Le Statut de la Court pénale internationale: un droit répressif d’une génération nouvelle*, in DELMAS-MARTY, PIETH e SIEBER (a cura di), *Les chemins de l’harmonisation pénale*, Paris 2008, p. 39 ss., p. 53, cit. in R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, op. cit., p. 28, nota 42.

<sup>1030</sup> Si vedano, in tal senso, G. WERLE e S. MANACORDA, *L’adaptation des systèmes pénaux nationaux*, op. cit., p. 509. «Le “*marge nationale d’appréciation*” fait du Statut un instrument d’unification et en même temps d’harmonisation à travers les effets induits sur les ordres juridiques nationaux du système pénal», cit. S. MANACORDA, *L’armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, 2000, pp. 35 e ss. Sul conseguimento di una progressiva armonizzazione legata alle Convenzioni recanti norme penali, si veda R. BELLELLI, *Lo Statuto di Roma e la Costituzione italiana*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale*, op. cit., pp. 1597 ss., p. 1610 e O. TRIFFTERER, *Legal and political implications*, op. cit., pp. 12-13.

<sup>1031</sup> Si veda, per il versante europeo, L. SALVATO, *Il rapporto tra norme interne, diritto dell’UE e disposizioni della CEDU: il punto sulla giurisprudenza*, in *Corr. giur.*, n. 3, 2011, pp. 333-342.

<sup>1032</sup> N. BARTONE, *Diritto penale italiano. Sistema e valori*, op. cit., p. 32.

<sup>1033</sup> G. WERLE e S. MANACORDA, *L’adaptation des systèmes pénaux nationaux*, op. cit., pp. 501 ss., p. 506.

<sup>1034</sup> L’espressione è di N. PISANI, *La “penetrazione” del diritto internazionale penale*, op. cit., p. 14. Riferendosi a *Cass. pen.*, Sez. I, 30 settembre 1971- il caso Braibanti-, l’Autore sottolineava come il giudicato dimostri che «il testo delle convenzioni, dopo avere ispirato la disciplina positiva dell’ordinamento interno, contribuisce in primo piano a precisarne i contorni normativi».

<sup>1035</sup> È la ricostruzione di K. AMBOS, *International Cooperation in Criminal Matters*, in *Crim. L. Forum*, n. 2, 2008, Vol. 19, pp. 299-302. Nello stesso senso M. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale?*, op. cit., pp. 67 ss., p. 79: «Fonti-diritto, fonti-fatto e fonti-istituzione si rincorrono nella *law in action*: legge e diritto, e perciò anche magistratura, Corte Costituzionale, diritto comunitario, e quindi regolamenti, direttive, decisioni-quadro, trattati e prassi internazionali, Corte europea dei diritti dell’uomo, Corte di Giustizia della CE, Tribunali penali internazionali, esperienze e categorie straniere, diritti stranieri impiegabili nell’attività di comparazione culturale e giudiziaria».

<sup>1036</sup> E. FRONZA, *Riflessioni sulla nascita di un sistema penale internazionale*, op. cit., pp. 171 ss., pp. 172-173.

genetiche norme internazionali, pattizie e consuetudinarie, che rappresentano anche il futuro giuridico dei settori che hanno valenza globale<sup>1037</sup>.

La penetrazione del diritto internazionale nel diritto penale interno non è un fenomeno subito dagli ordinamenti interni, che ne diventano, invece, parte attiva, nonostante l'espressione "adeguamento" sembri rinviare ad una operazione meramente passiva.

Tuttavia, non mancano forme di imitazione pedissequa delle disposizioni penali degli strumenti pattizi, che probabilmente rappresentano le uniche forme di integrazione passiva<sup>1038</sup>, inficiate però da limiti genetici dovuti a difficoltà di "innesto" degli istituti giuridici in sistemi diversi da quello di provenienza.

Alle difficoltà tecniche dell'adeguamento, si aggiungono, pur senza necessariamente sposare la tesi di un boicottaggio sistematico, innegabili resistenze politiche, denunciate da indizi concreti<sup>1039</sup>.

Infatti, gli aggettivi che connotano ogni singola forma di penetrazione sono sintomatici del "grado di resistenza" opposto dal diritto interno al diritto internazionale, resistenza manifestata nell'apposizione di "condizioni", proiezioni di uno *jus puniendi* rivendicato dalla sovranità statale, come nel caso in cui l'intervento repressivo sia "condizionato" da clausole del tipo «nella misura in cui lo permetta la legislazione nazionale».

In tempi più recenti, la versione "condizionata", coniata dalla dottrina per la penetrazione, è stata estesa, con motivazioni in parte analoghe ma più complesse, anche all'applicazione di un altro importante presidio dell'esercizio dello *jus puniendi* a livello internazionale: il principio di universalità. Questo potente antidoto giuridico all'impunità, da una fase di iniziale espansione, ha subito restrizioni sempre più incalzanti, fino a soggiacere anch'esso ad una "condizione". Emblematica di questa metamorfosi è la vicenda spagnola, transitata attraverso le due fasi nella giurisprudenza più recente, passaggio ampiamente documentato dalla dottrina: dalla battaglia per l'estensione del principio di giurisdizione universale fino a raggiungere un'accezione assoluta, che prescindendo dal luogo di commissione del reato e da vincoli di nazionalità attiva o passiva o altri criteri di giurisdizione riconosciuti dal diritto internazionale<sup>1040</sup>, fino all'adesione della Spagna alla versione c.d. "condizionata" del criterio di universalità, sulla scorta delle

---

<sup>1037</sup> R. RIZ, *Il diritto penale transfrontaliero e il rilevante contributo dato da Hans-Heinrich Jescheck*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale*, op. cit., pp. 21 ss., pp. 23 e 43.

<sup>1038</sup> G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux*, op. cit., p. 501 ss., p. 509.

<sup>1039</sup> Indizi analoghi citati anche da H. H. JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo ed internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?*, in FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale*, op. cit., pp. 1 ss., p. 18. Si veda, in particolare G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux*, op. cit., pp. 501 ss., p. 502. Sulle resistenze politiche si veda, *amplius*, V. PESKIN, *International Justice in Rwanda and The Balkans -Virtual trials and the struggle for state cooperation-*, Cambridge University Press, 2008.

<sup>1040</sup> C. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *L'adeguamento del diritto spagnolo*, op. cit., p. 871. L'Autrice si sofferma, in particolare, oltre che sui casi *Pinobet* e *Scilingo* sulla sentenza del *Tribunal constitucional* sul caso *Guatemala*, che ha affermato che la *LOPJ* (Legge Organica del Potere Giudiziale) ha instaurato un principio di giurisdizione universale assoluto, frutto di un progressivo ampliamento del principio di giurisdizione universale (p. 879).

critiche mosse alla versione pura, quali il rischio di abusi giudiziari, manipolazione politica e difficoltà di raccogliere prove e reperire testimoni in assenza di collegamenti con il crimine<sup>1041</sup>.

Accade anche che la penetrazione sia “smorzata” da scelte di politica criminale nazionale diverse ed autonome da quelle dominanti sul piano internazionale, come nel caso dell’istituto della recidiva internazionale<sup>1042</sup>.

Infine, la penetrazione viene definita “incompiuta”<sup>1043</sup>, per designare una situazione ricorrente e tutt’altro che affascinante, come sarebbe l’omologa creazione artistica michelangiolesca, ma foriera di problemi e tristemente attuale.

Il problema dell’adattamento, riguarda non soltanto le convenzioni in materia penale ma anche la “reattività” interna agli statuti dei tribunali penali internazionali, problema la cui soluzione è presupposto imprescindibile della lotta alla *Makrokriminalität*.

In un contesto caratterizzato dalla pregnanza delle interrelazioni interno-internazionale, in cui non si può quasi più distinguere la “internazionalità”<sup>1044</sup>, offrire una soluzione ad ogni problema legato all’adattamento è compito arduo. Infatti, in questa commistione di dimensioni, emergono le peculiarità del diritto penale e le esigenze legate alla sua ortodossia, dogmatica e funzionale.

---

<sup>1041</sup> Si veda, in tal senso, M. FRULLI, *La Spagna modifica le norme relative alla giurisdizione universale: le ragioni di una riforma annunciata*, in *Riv. dir. int.*, n.1, 2010, p. 120 ss., pp. 126-127. Per una accezione relativamente ristretta del principio di universalità nell’ordinamento giapponese si rinvia a K. TAKAYAMA, *Lo sviluppo del diritto penale internazionale nella prospettiva giapponese*, in *Ind. pen.*, 2008, n. 2, p. 727 ss., pp. 729-730: nel 1987, in occasione della ratifica della Convenzione internazionale del 1973 sulla prevenzione e la punizione di crimini contro persone protette dal diritto internazionale e quella del 1979 contro la cattura di ostaggi, è stato introdotto nel codice penale giapponese l’art. 4-bis, per estendere il diritto penale nazionale a crimini lesivi di interessi universali, ancorché commessi fuori dal territorio nazionale.

<sup>1042</sup> Lo ricorda N. PISANI, *La “penetrazione” del diritto internazionale penale*, op. cit., p. 17, come “uno degli istituti-bandiera del diritto internazionale penale nelle sue aspirazioni universalistiche”.

<sup>1043</sup> Per tutte queste suggestioni si veda N. PISANI, *La “penetrazione” del diritto internazionale penale*, op. cit., pp. 5 ss., pp. 7, 16, 17. L’ultimo corsivo è nostro. L’Autore passa in rassegna le diverse tipologie di penetrazione. A p. 15 prende in esame la Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione adottata a New York il 21 marzo 1950. L’art. 3, nel reprimere, oltre al tentativo, ogni atto preparatorio, con l’inciso «nella misura in cui lo permetta la legislazione nazionale» introduce la “penetrazione condizionata”. Nel fare riferimento (p. 17) all’istituto della recidiva internazionale, rileva le attenuazioni apportate dalla legislazione italiana (art. 9 Decreto legge 11 aprile 1974, n. 99 convertito nella Legge 7 giugno 1974, n. 220), attenuazioni che rappresentano un esempio di “penetrazione smorzata”. L’Autore osserva acutamente (p. 19) che, a fronte di vuoti di tutela penale, ci si trova di fronte ad una penetrazione che presenta il limite dell’incompiutezza, ultima battuta che ci ha indotto a coniare una ulteriore tipologia di “penetrazione incompiuta”. Un rapido e non circostanziato cenno (p. 24) è, invece, dedicato alle altre convenzioni di poco antecedenti a quelle prese in esame, per le quali il legislatore italiano aveva optato per soluzioni pienamente rispondenti agli enunciati sottoscritti in sede internazionale.

<sup>1044</sup> Su come sia sempre più marcata e rapida la osmosi tra diritto interno e diritto internazionale e sempre meno netto il confine tra i due ordinamenti G. ZICCARDI CAPALDO, *Verso una regolamentazione del rapporto tra ordinamento italiano e trattati internazionali- Contenuti di una riforma possibile dopo le modifiche al Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in G. ZICCARDI CAPALDO (a cura di), *Attuazione dei Trattati Internazionali e Costituzione italiana. Una riforma prioritaria nell’era della Comunità globale -Atti del Convegno Internazionale*, Università di Salerno, 13-14 dicembre 2001, ESI, 2003, p. 17 ss., p. 18; ID., *Diritto globale- Il nuovo diritto internazionale*, Giuffrè Editore, 2010, p. 372. La medesima osservazione riferita all’ambito regionale in M. PISANI, *La “penetrazione” del diritto internazionale penale*, op. cit., pp. 26-27.

Se anche si volesse usare la suggestiva metafora della *dissenting opinion* di autorevole giurisprudenza<sup>1045</sup>, che parla di decantazione, occorrerebbe associarvi l'immagine di un *sommelier* piuttosto in ambascie nel gestire un decantatore *sui generis*, che non può limitarsi ad accogliere il diritto internazionale, ma deve, tanto per attingere ad immagini contigue, lavorarlo, filtrarlo, distillarlo<sup>1046</sup>.

In questa ottica non si possono tralasciare alcune osservazioni di base. Nonostante l'inevitabile evoluzione nella definizione dei crimini internazionali, molte fattispecie appaiono ancora inficcate da un ampio tasso di astrattezza e genericità. Non è infrequente che le condotte incriminate vengano sintetizzate in una sola locuzione, che vengano sommariamente descritte, che accolgano forme di analogia esplicita o che si chiudano con clausole fin troppo "aperte" per l'universo penale<sup>1047</sup>, fino a sollevare seri dubbi sul piano del rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari di tassatività delle fattispecie e determinatezza delle norme incriminatrici.

Non è un caso che ogni Stato abbia, in linea di massima, provveduto ad una tipizzazione distinta operante nell'ambito nazionale, con riferimento a fatti già assunti come fattispecie tipiche nell'ambito internazionale<sup>1048</sup>. A ragion veduta, però, non si tratta di condotte censurabili. Lo si può spiegare a partire dal *deficit* di tipizzazione<sup>1049</sup> che si riscontra in ambito internazionale, lacuna che è stata declinata senza eccezioni negli Statuti dei Tribunali penali internazionali, fin dalla risoluzione istitutiva del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, in cui figura solo l'elenco dei crimini soggetti alla giurisdizione del Tribunale, senza alcuna indicazione ulteriore dei loro elementi costitutivi, il che degrada l'elenco, come stabilito fin dal caso *Tadić*, a mera attribuzione di giurisdizione ben lontana dall'essere diritto penale applicabile.

Ma si ritiene che la scarsa tipizzazione sia un vantaggio anche in sede applicativa<sup>1050</sup>.

Lo stesso Statuto della Corte penale internazionale, pur se in modo più dettagliato rispetto agli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, si limita ad una mera elencazione dei crimini, senza una precisa

---

<sup>1045</sup> ICTY, *Erdemović*, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese: il diritto internazionale penale viene definito «prodotto della decantazione progressiva dei concetti e delle regole penali interne», «frutto di una «amalgama», caratterizzata dalla sua unicità e differenziata dai diritti penali interni.

<sup>1046</sup> La metafora della distillazione è usata da A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato*, *op. cit.*, p. 799 ss., p. 801.

<sup>1047</sup> Per tutte queste suggestioni si veda V. ZANETTI, *Attuazione dello Statuto della Corte penale internazionale: alcuni nodi costituzionali*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2010, pp. 773 ss., pp. 782-784-786.

<sup>1048</sup> C. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *L'adeguamento del diritto spagnolo*, *op. cit.*, p. 854.

<sup>1049</sup> E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, *op. cit.*, p. 326. L'Autore spiega la tecnica di "default approach", ossia di deliberata incompletezza del testo, che legittima il rinvio ad ulteriori criteri soggettivi indicati eccezionalmente nelle singole fattispecie dello Statuto stesso oppure in una serie di regole aggiuntive contenute negli *Elements of Crimes*.

<sup>1050</sup> P. BENVENUTI, *Italy and implementation of the ICC*, *op. cit.*, p. 1447; ID., *Italy, implementation of the ICC Statute in national legislation, constitutional aspects*, in C. KREB e F. LATTANZI (eds.), *The Rome Statute*, *op. cit.*, p. 123 ss., p. 136. Evitare di inserire definizioni normative, secondo l'Autore, consente una interpretazione dinamica del diritto interno.

indicazione degli elementi costitutivi degli stessi. Solo in parte sopperisce un documento specificamente dedicato agli *Elements of Crimes*, con la pretesa di integrare lo Statuto, senza però riuscire ad arginare il ricorso al diritto internazionale consuetudinario<sup>1051</sup>, o come *extrema ratio*, ai principi.

A fronte della indeterminatezza delle fattispecie potrebbe soccorrere solo una interpretazione sistematica, che, oltre all'apporto integratore degli *Elements of Crimes*, si serva anche di specifici trattati internazionali in materia penale, con un approccio che ruoti intorno ad una immagine strutturale “a *matrioska*”<sup>1052</sup> delle fattispecie che contemplano i crimini internazionali.

Quella della *matrioska* è certamente un'immagine suggestiva perché il pendolarismo da una fonte all'altra, che presiede alla fase interpretativo-applicativa dei crimini internazionali, facilmente rinvia ad un rapporto tra contenente e contenuto, come quello proprio della struttura dei richiamati *souvenirs* russi. Immagine, però, che diventa grottescamente semplicistica se si pensa alle lacune che neanche una serie di rinvii incrociati tra le fonti internazionali può colmare. È questo che rende l'adattamento del diritto interno al diritto internazionale uno dei problemi più spinosi per la *law in books* ma soprattutto per la *law in action*.

Infatti, l'ostacolo fondamentale della giustizia penale internazionale è rappresentato dal superamento delle lacune del diritto penale per evitare l'impunità di gravi crimini spesso commessi sotto l'egida del potere costituito. A fronte di una lacuna penale, le possibili soluzioni che si presentano sul piano del diritto interno sono essenzialmente tre<sup>1053</sup>: l'emanazione di una legge penale retroattiva<sup>1054</sup>, fermo restando il carattere compromissorio di questa soluzione<sup>1055</sup>, a cui fanno da contraltare l'applicazione del diritto internazionale

---

<sup>1051</sup> Sono osservazioni di F. POCAR, *Fonti del diritto penale internazionale*, op. cit., pp. 24-26.

<sup>1052</sup> È una immagine di V. ZANETTI, *Attuazione dello Statuto della Corte penale internazionale*, op. cit., pp. 773 ss., p. 783. L'Autrice osserva che tale struttura ricorda quella delle c.d. “norme penali in bianco” dell'ordinamento italiano, ossia norme caratterizzate dal fatto che il precetto viene fissato in tutto o in parte da una disposizione diversa da quella che prevede la sanzione e che risultano legittime nella misura in cui tale rinvio venga diretto a fonti di pari rango gerarchico. Per l'immagine delle norme penali in bianco, si veda anche P. H. BALMACEDA, *Aplicação Direta dos Tipos Penais*, op. cit., p. 179. Così l'Autore: «Segundo o principio de tipicidade, a lei penal deve conter não somente a descrição da conduta que se considera ilícita, como também a sanção aplicável. Esta objeção é a que impedi a direta aplicação do Direito Penal Internacional na ordem interna, a inexistência de uma sanção que acompanhe a figura prevista na norma convencional. Não obstante, tanto se considerássemos estar em presença de uma norma penal incompleta, com se nos encontrássemos na hipótese de uma norma penal em branco, não é possível obviar que o que vem a completar o tipo objetivo não tem nem o nível de um regulamento, nem o de uma lei extra-penal, mas sim precisamente de um tratado ou convênio internacional».

<sup>1053</sup> G. AMARELLI, *Riflessioni a margine del lavoro di Vassalli*, op. cit., p. 909.

<sup>1054</sup> Si veda H. H. JESCHECK, *Giuliano Vassalli visto dalla Germania*, op. cit., p. 281. L'Autore riconosce a Vassalli il grande merito di non avere avuto timore di dichiarare la rilevante e straordinaria conseguenza della sua tesi: o lasciare l'intollerabile impunito o una legge penale retroattiva. Si veda altresì G. AMARELLI, *Riflessioni a margine del lavoro di Vassalli*, op. cit., p. 911. Si veda, *infra*, Parte Prima, Sezione II, Paragrafo 2.1.

<sup>1055</sup> P. GALAIN PALERMO, *The Prosecution of International Crimes in Uruguay*, op. cit., p. 611, nota 49. L'Autore rinvia ad autorevole dottrina: A. CASSESE, *Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law*. The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 410 ss., p. 416.

consuetudinario o dei principi generali<sup>1056</sup>; l'interpretazione ad opera della giurisprudenza del diritto vigente al tempo dei fatti, depurata dalla sovrastruttura imposta dal regime politico ed orientata, altresì, dai principi dello Stato di diritto; il ricorso, con tutte le incertezze che ciò comporta, al diritto sovrapositivo attraverso la nota *formula di Radbruch*; infine<sup>1057</sup>, l'*éscamotage* del ricorso ai provvedimenti di amnistia, soprattutto nel passaggio da un regime totalitario ad uno democratico<sup>1058</sup>.

Ma, oltre a quelle appena esposte, è prospettabile anche un'altra soluzione, e infatti non sono mancati periodi storici in cui è stata applicata: è accaduto che i crimini internazionali fossero puniti applicando le fattispecie di diritto interno<sup>1059</sup> che contemplassero reati contro la persona<sup>1060</sup>. Soluzione oggi ritenuta<sup>1061</sup>, anche se non unanimemente, idonea a fare scattare la giurisdizione, pur complementare, della Corte penale internazionale.

Che i crimini internazionali comprendano anche condotte criminose di diritto comune è indubbio, ma la dottrina bene evidenzia la differenza tra i reati di diritto penale comune e quelli portatori di quel disvalore di contesto che determina l'illiceità speciale internazionale<sup>1062</sup>: è

---

<sup>1056</sup> Tra i contributi più recenti si veda R. O. FABIAN, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

<sup>1057</sup> Ci permettiamo di aggiungere, sulla scorta dei riferimenti dello stesso Autore G. AMARELLI, *Riflessioni a margine del lavoro di Vassalli*, *op. cit.*, pp. 904 e 906, che ritiene l'amnistia «uno dei pochi casi di utilizzo legittimo del potere di clemenza collettiva, teleologicamente complementare con le funzioni della pena», *cit.* MAIELLO, *Clemenza collettiva e sistema penale*, Napoli, 2007. Sull'amnistia, si rinvia al recente contributo di M. R. MAURO, *Leggi di amnistia e punizione dei crimini internazionali*, in *Riv. dir. int.*, n. 2, 2010, pp. 343 ss., riflessioni critiche p. 400.

<sup>1058</sup> P. GALAIN PALERMO, *The Prosecution of International Crimes in Uruguay*, *op. cit.*, pp. 606 nota 29 e 618. In tal senso anche V. PESKIN, *International Justice in Rwanda and The Balkans*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>1059</sup> G. MICHELINI, *Lo Statuto della Corte penale internazionale: attuazione nella legge italiana e prospettive*, in *Quest. giust.*, n. 1, 2001, pp. 367 ss., p. 370.

<sup>1060</sup> È quanto riferiscono, per l'esperienza tedesca, G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, *op. cit.*, p. 752. A parte il caso del genocidio, venivano applicate le fattispecie di *Mord* o *Totschlag* o lesioni personali.

<sup>1061</sup> G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux*, *op. cit.*, pp. 501 ss., p. 506, nota 24: gli Autori sottolineano che, a prima vista, il semplice fatto che uno Stato persegua, ad esempio, un crimine di guerra "solo" come un omicidio, non sembra una ragione sufficiente per considerarlo *unable* o *unwilling* a perseguire l'autore. Tuttavia, il diritto e la pratica dei tribunali *ad hoc* sembrano dare indicazioni contrarie. Negli Statuti dei tribunali si rinvengono precise disposizioni che escludono l'applicazione del *ne bis in idem* quando i crimini internazionali siano già stati perseguiti alla stregua di crimini di diritto comune o con negligenza da uno Stato (Nello stesso senso R. CARNEVALI, *I principi del primato e della complementarità nel diritto penale internazionale. Alla ricerca di una necessaria armonizzazione tra le giurisdizioni nazionali e internazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2010, p. 1653 ss., p. 1663-1666). Non mancano precisazioni idonee a suffragare la veridicità di questi assunti. Gli Autori esemplificano (p. 507) diffusamente la "mancanza di volontà" e l' "incapacità" degli Stati di perseguire i crimini di competenza della Corte penale internazionale.

<sup>1062</sup> Si vedano, a tale proposito, sull'esperienza argentina il contributo di P.F. PARENTI, *The Prosecution of International Crimes in Argentina*, in *Int. Crim. L. Rev.*, vol. 10, n. 4, 2010, p. 490 ss., p. 498: «*The legal analysis undertaken by Argentine courts can be described in general as a procedure of double classification of the facts of the cases: on the one hand, the charged conduct instantiates a legal crime under Argentine domestic criminal law, and on the other hand, it instantiates a legal category under international law (a crime against humanity) that cannot be subject to statutory limitations. This double classification does not entail a finding that the charged conduct is both punishable under domestic criminal law and under international law. In effect, in Argentine case law, the classification of the facts under international criminal law generally arises when Courts discuss the General Part section of the criminal code, particularly in the evaluation of statute of limitation defences. Still there have been some occasions in which courts in passing and without open argument, seem to have indicted and convicted defendants under both domestic and international law*». Riferimenti generali in merito anche in G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, *op. cit.*, p. 753. Ma, in particolare, R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, p. 28, nota 42, citando LELIEUR, *Le Statut de la Court pénale internationale*:

superfluo precisare che, in molti casi, la dimensione domestica del crimine ha una formulazione eccessivamente asfittica per potere inglobare crimini internazionali, il che rende impossibile la qualificazione di atti criminosi di rilievo internazionale alla stregua del diritto interno.

È evidente che l'opzione a favore del diritto penale comune, forse necessitata nei periodi storici in cui è stata applicata, è purtroppo inadeguata: l'inettitudine delle fattispecie di diritto comune a fronteggiare la pregnanza ed il disvalore penale della *Makrokriminalität*<sup>1063</sup>, determina la necessità di fare ricorso a fattispecie di diritto criminale internazionale<sup>1064</sup>, talora di matrice consuetudinaria<sup>1065</sup>.

I crimini internazionali inglobano condotte costituenti già reato nei sistemi penali nazionali, ma hanno ad oggetto beni di dimensione e rango superiori ai beni tutelati dalle fattispecie interne, il che giustifica e legittima la definizione di una disciplina derogatoria della disciplina comune dei reati (basti pensare alle specifiche regole della imprescrittibilità e della inammissibilità di amnistie e cause di immunità) che consenta di superare gli ostacoli alla repressione<sup>1066</sup>.

Tra l'altro, la doppia dimensione riscontrabile nella parte speciale del diritto penale, ha interessato anche la parte generale perché molti principi interni al diritto penale, hanno subito una manovra di doppio conio, generando una versione interna e l'omologa internazionale: coesisterebbero, ad esempio, un principio di legalità applicabile nel e per il diritto interno, ed un principio di legalità penale internazionale vigente per i reati internazionali, riferendosi

---

*un droit répressif d'une génération nouvelle, cit.*, p. 53: «Le fattispecie normative dei crimini internazionali si pongono quali fattispecie di matrice propriamente internazionale, ossia quali disposizioni geneticamente autonome ed estranee rispetto agli ordinamenti nazionali che gli Stati sono chiamati ad introdurre quale *novum* nel proprio sistema. (...)». Più esplicito sull'elemento di contesto J. P. PIERINI, *All'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto della Corte Penale Internazionale, non più rinviabile l'appuntamento con l'attuazione legislativa*, in *Cass. pen.*, 2002, n. 11, p. 3324. Si rinvia anche a G. DE FRANCESCO, *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale, op. cit.*, p. 9, sull'importanza del contesto in cui l'atto criminale internazionale si colloca.

<sup>1063</sup> Si vedano, a tale proposito, sull'esperienza argentina il contributo di P.F. PARENTI, *The Prosecution of International Crimes in Argentina, op. cit.*, p. 498. Su come tali crimini, offensivi di valori fondamentali comuni all'intero assetto dei rapporti internazionali, necessitino di uno statuto *ad hoc*: G. DE FRANCESCO, *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale, op. cit.*, p. 9; riferimenti generali in merito anche in G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale, op. cit.*, p. 753.

<sup>1064</sup> Sulla necessità che i reati contemplati dallo Statuto di Roma siano coperti da paradigmi legali nazionali, si veda P. BENVENUTI, *Italy and implementation of the ICC, op. cit.*, p. 1443 e p. 1447. Altresi si veda: G. DE FRANCESCO, *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale, op. cit.*, p. 10: «I delitti in esame meritano di essere sottoposti a criteri di valutazione, destinati ad interferire con regole e principi generali "modellati" in funzione di esigenze applicative di portata ben diversa rispetto a quelle ipotizzabili nel campo della criminalità *lato sensu* "comune"».

Altresi si rinvia a J. L. GUZMÁN DALBORA, *The Treatment of International Crimes in Chilean Jurisprudence: A Janus Face*, in *Int. Crim. L. Rev.*, vol. 10, n. 4, 2010, p. 535 ss., p. 538: «*In many cases, common offences (es. abduction and murder) have been reviewed in the context of the international crimes under which they would be categorized if the country had a satisfactory characterization when these events took place. As this was not the case, the pertinent international regulations are directly applied.*».

<sup>1065</sup> Sulla rilevanza del diritto consuetudinario G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale, op. cit.*, pp. 749 e 756.

<sup>1066</sup> LELIEUR, *Le Statut de la Court pénale internationale: un droit répressif d'une génération nouvelle, op. cit.*, p. 54, cit. in R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza, op. cit.*, p. 28, nota 42. Al di là di rigidi tecnicismi semantici, altra dottrina che ammette, invece, riferimenti all'armonizzazione: G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux, op. cit.*, pp. 501 ss., pp. 503 e 509.

quest'ultimo alla norma internazionale in senso ampio, inclusa la consuetudine ed i principi generali del diritto<sup>1067</sup>.

Da quanto detto, risulta evidente che l'esercizio della giurisdizione riguardo ai crimini internazionali, evoca un difficile confronto tra le previsioni contenute negli Statuti dei Tribunali penali internazionali, ed i modelli normativi adottabili all'interno dei singoli ordinamenti<sup>1068</sup>.

L'istituzione dei tribunali penali internazionali è sempre seguita da percorsi, più o meno complessi, di adeguamento interno perché i singoli apparati normativi nazionali possano cooperare e rappresentare quella sorta di *longa manus* che manca all'efficienza delle giurisdizioni internazionali.

Tuttavia, molti dei problemi legati alla cooperazione, non ancora superati<sup>1069</sup>, affondano le loro radici nel diritto penale sostanziale, internazionale e soprattutto interno: a titolo puramente esemplificativo, è proprio per le lacune del diritto e dei codici penali interni che le autorità nazionali balcaniche stanno fallendo nel perseguire efficacemente i reati loro trasferiti dall'ICTY<sup>1070</sup>.

---

<sup>1067</sup> C. MÈNDEZ RODRÌGUEZ, *L'adeguamento del diritto spagnolo*, op. cit., p. 870.

<sup>1068</sup> Così G. DE FRANCESCO, *Le sfide della politica criminale: "integrazione" e sviluppo dei sistemi repressivi, nel quadro dell'internazionalizzazione della tutela penale*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale*, op. cit., pp. 47 ss., pp. 64-65.

<sup>1069</sup> V. PESKIN, *International Justice in Rwanda and The Balkans*, op. cit., p. 251: l'Autore osserva come «*the ICC's wide international backing and the detailed rules governing state cooperation in the Rome Statute do not eliminate significant obstacles*».

<sup>1070</sup> In merito, si veda, diffusamente, *Completing the work of the International criminal tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, 26 novembre 2010, reperibile on line all'indirizzo <<http://www.amnesty.org/en/library/info/REG01/005/2010/en>>. In merito si veda anche S. ZAPPALÁ, *Due anni di funzionamento del Tribunale internazionale per l'ex-Jugoslavia: tra bilanci e prospettive*, in *Legisl. pen.*, n. 3-4, 1996, p. 643 ss., p. 650: «Gli impegni assunti dagli Stati nati dallo sgretolamento della ex-Jugoslavia potevano far ritenere che la loro cooperazione con il Tribunale sarebbe stata maggiore e migliore che in precedenza, ma non è stato così».

## 2. Gli Statuti dei Tribunali penali internazionali e l'adattamento del diritto interno, tra teoria e pratica

Purtroppo per l'Italia, mancando ancora disposizioni di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale, è possibile riflettere sul rapporto tra il diritto penale interno ed il diritto penale internazionale soltanto interrogando il passato, dal quale, peraltro, si traggono immagini non incoraggianti<sup>1071</sup>, sia che si voglia scandagliare il variegato e vasto mondo delle Convenzioni in materia, sia che si voglia guardare alla reattività del legislatore italiano alla istituzione dei due tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia ed il Ruanda. Del primo profilo si è già detto, a proposito delle tipologie di penetrazione estrapolate dalla dottrina dal mare *magnum* dell'adattamento al diritto pattizio<sup>1072</sup>, a cui è dato solo aggiungere una rapida e più recente rassegna<sup>1073</sup>, che peraltro introduce un argomento dotato di una sua autonomia. In sintesi, si può dire che l'Italia ha declinato tutti i possibili tempi dell'adattamento: dall'imitazione pedissequa, alle forme di trasposizione modificativa segnate da “condizioni”, “attenuazioni”, “smorzamenti” e interventi recanti il riprovevole segno giuridico della “incompiutezza”.

Passando, invece, ad affrontare il discorso dei Tribunali penali internazionali, rincresce rilevare che il minimo comune denominatore è stato il ritardo nel procedere.

Tale ritardo, peraltro, considerevole, se si eccettua la relativa celerità<sup>1074</sup> registrata per il Tribunale per la ex-Jugoslavia, ha condotto a casi particolarmente incresciosi di violazione degli obblighi di cooperazione<sup>1075</sup>.

In particolare, nel dare attuazione alla risoluzione istitutiva del Tribunale per la ex-Jugoslavia, si è fatto ricorso ad una normativa che riecheggia quella esistente per la cooperazione giudiziaria internazionale tra Stati, con l'indubbio vantaggio di usare una tecnica redazionale, categorie

---

<sup>1071</sup> P. BENVENUTI, *Italy and implementation of the ICC*, *op. cit.*, p. 1445, sul quadro non incoraggiante che si trae dall'esperienza italiana del passato in materia di ratifica, esecuzione interna ed attuazione legislativa dei trattati.

<sup>1072</sup> Vedi *supra*, Parte Terza, Paragrafo 1.

<sup>1073</sup> R. BELLELLI, *Lo Statuto di Roma*, *op. cit.*, pp. 1597 ss., pp. 1612-1613, nota 36.

<sup>1074</sup> A tale proposito, lo Stato italiano si è dimostrato sensibile e sollecito rispetto al Tribunale: ha velocemente elaborato e presentato al Segretario Generale dell'ONU un progetto di Statuto ed è stato fra i primi Paesi ad emanare norme per regolare la cooperazione con il Tribunale stesso, con lo strumento del decreto legge previsto proprio per le situazioni di necessità ed urgenza, che ha dimostrato la volontà dell'Italia di agire presto, addirittura troppo presto, in quanto il Tribunale penale internazionale non aveva ancora emanato le Regole di procedura e prova, né la Cancelleria del Tribunale aveva ancora formulato apposite direttive per gli Stati in materia di adattamento della legislazione interna, trasmesse agli Stati nel febbraio 1995.

<sup>1075</sup> Sono diversi i tempi di adozione delle leggi di cooperazione: per il Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia il 1994 (Legge 14 febbraio 1994, n. 120 e Legge 7 giugno 1999, n. 207) e per l'omologo Tribunale per il Ruanda il 2002 (Legge 2 agosto 2002, n. 181 e Legge 6 febbraio 2006, n. 64), a fronte delle date delle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (n. 808 del 1993 del 22 febbraio 1993 per il primo, e n. 955 del 1994 dell'8 novembre 1994 per il secondo). Si rinvia a BELLELLI, *Lo Statuto di Roma*, *cit.*, ante nota 23, pp. 1601-1603, note 13 e 14, per il caso del sacerdote cattolico *Athanase Seromba*, che era ricercato per crimini di guerra e crimini contro l'umanità dalla Procura del Tribunale penale internazionale per il Ruanda. Il caso giunse alla ribalta della cronaca perché l'imputato risultava esercitare indisturbato il suo ministero religioso nella diocesi di Firenze. Sotto il profilo della cooperazione, la situazione fu risolta solo con la consegna spontanea dell'accusato al Tribunale, ad *Arusha*, il 6 febbraio 2002.

concettuali e prassi operative ampiamente collaudate, il che non ha mancato di produrre effetti positivi.

Nonostante sia teoricamente prospettabile la possibilità di applicare le stesse procedure previste per la cooperazione con i Tribunali *ad hoc*<sup>1076</sup> anche alla cooperazione con la Corte permanente<sup>1077</sup>, sono di ostacolo le diverse caratteristiche dei primi: l'istituzione *ex post factum*, la primazia, l'imposizione agli Stati di obbligazioni di condotta e non di risultato, in generale una "unilateralità"<sup>1078</sup> denunciata da differenze terminologiche non casuali, che sono ben lontane dal recinto semantico della "collaborazione" degli Stati su cui la Corte penale internazionale poggia l'esercizio della propria giurisdizione.

Sulla Corte permanente incombono tutte le difficoltà dell'adattamento. L'adattamento è un'operazione complessa, proprio a causa del già descritto divario tra le fattispecie criminose di diritto interno e quelle di diritto internazionale, per questo esso transita attraverso una doppia, se non addirittura una tripla qualificazione alla quale deve essere sottoposto il medesimo fatto costituente reato.

La qualificazione deve necessariamente essere almeno duplice perché, dal punto di vista strutturale, il reato contemplato dal diritto penale interno, rappresenta un *minus* rispetto al crimine internazionale, data la necessità di rinvenire, per quest'ultimo, il *context element* che la dimensione domestica del crimine non conosce. La migliore concezione della doppia qualificazione<sup>1079</sup> del fatto muove proprio dall'assunto che, per ravvisare il crimine internazionale, non si può evitare di rinvenire i relativi *actus reus* e *mens rea*.

---

<sup>1076</sup> In merito, si veda BOSCO, *States Cooperation with the International criminal Tribunal*, *op. cit.*, pp. 28-29; ID., *L'accordo tra l'Italia e le Nazioni Unite per l'esecuzione delle sentenze del Tribunale penale internazionale per il Ruanda*, in *Riv. coop. giur. int.*, n. 18, 2004, p. 21 ss., pp. 23-24, per i riferimenti ai precedenti legali in materia di cooperazione.

<sup>1077</sup> H. DUFFY e J. HUSTON, *Implementation of the ICC Statute: international obligations and constitutional considerations*, in KREB e LATTANZI (a cura di), *The Rome Statute*, *op. cit.*, p. 29 ss., p. 34: «Where legislation exists for cooperating with the *ad hoc* tribunals, it may be that legislation can be applied, or slightly modified to apply, to cooperation with the ICC. Much will also depend on the relationship between domestic and international law in the particular State's legal system». Altro tentativo della dottrina di individuare i margini di contiguità tra i Tribunali *ad hoc* e la Corte permanente, si rinviene in VAN DER WILT, *National Law: A Small but Neat Utensil in the Toolbox of International Criminal Tribunals*, in *Int. Crim. L. Rev.*, n. 2, 2010, pp. 209-241: l'Autore ritiene che la Corte permanente potrebbe seguire l'esempio dei Tribunali *ad hoc* nel rapportarsi alle legislazioni nazionali, per dare forma alla sua politica di "complementarietà positiva". Per una surrettizia complementarietà anche dei Tribunali *ad hoc*, si veda anche CARNEVALI, *I principi del primato*, *op. cit.*, p. 1666.

<sup>1078</sup> Tutti questi spunti sono rinvenibili in E. SELVAGGI, *La Corte penale internazionale*, *op. cit.*, p. 1377 ss., pp. 1399, 1378-1379, 1390, 1382, 1386.

<sup>1079</sup> «Notice however that the application of the legal definitions of national crimes should not hide the fact that the conduct is also being judged under the legal definitions of national crimes (homicide, torture, and so on) almost certainly the objective and subjective requirements (*actus reus* and *mens rea*) will be fewer than those required by the crime against humanity of torture, and so on. Judging the conduct under the corresponding international law crime must include whether the particular case also meets objective and subjective elements demanded by international law (particularly, the contextual elements). In some judicial rulings courts have indeed proceeded this way, which appears to be the best conception of true double classification doctrine». In tal senso P. F. PARENTI, *The Prosecution of International Crimes in Argentina*, *op. cit.*, p. 506. A sottolineare la confusione di cui è foriera questa duplice qualificazione: A. APONTE CARDONA, *Criminal Prosecution of International Crimes*, *op. cit.*, p. 555: «It is necessary to distinguish clearly when clearly when the same conduct constitutes a violation of human rights and when the same conduct constitutes a crime. For instance, in Colombia abortion is not a violation of human rights, but it is a crime. In contrast, a forced disappearance

Ma, pur nella sua complessità, l'adattamento è l'irrinunciabile *trait-d'union* tra il diritto internazionale e la sua attuazione in ambito interno, a parte i casi in cui si tenta di marginalizzare sia le normative nazionali che internazionali a beneficio dell'effettività dell'operato dei tribunali penali internazionali<sup>1080</sup>.

L'istituzione della Corte penale internazionale permanente è la tappa più significativa del diritto penale internazionale, del diritto dei popoli (*Völkerstrafrecht*<sup>1081</sup>) a presidio dei diritti umani e della sicurezza internazionale. Infatti, se i Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia ed il Ruanda hanno rappresentato una evoluzione del diritto penale internazionale sul piano applicativo, lo Statuto della Corte permanente ha segnato una evoluzione sul piano del diritto legislativo, come prima codificazione solenne a livello mondiale<sup>1082</sup> sia pure simbolica<sup>1083</sup>. I profili sostanziali e processuali sono entrambi coinvolti nel processo di adattamento interno allo Statuto di Roma e sono strettamente correlati<sup>1084</sup>.

Infatti, i profili processuali sono molto condizionati da una corretta qualificazione del fatto costituente crimine internazionale, anche per quanto riguarda l'esercizio della giurisdizione universale: infatti, il primo e imprescindibile passo per l'esercizio di tale giurisdizione è proprio la corretta qualificazione dei fatti per stabilire se possano essere sussunti nelle fattispecie per le quali è previsto il suo esercizio<sup>1085</sup>.

In particolare, dal punto di vista del diritto penale sostanziale, il grande progresso dello Statuto nei confronti di tutte le tappe precedenti risiede nella previsione dettagliata delle fattispecie penali del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra.

Dall'art. 86 dello Statuto<sup>1086</sup> discende per gli Stati aderenti l'obbligo di prevedere, nel diritto nazionale, le norme necessarie a cooperare con la Corte, il che non si traduce in un vero e

---

*has this dual status. If these two categories are not differentiated, the Criminal Code will then become a human rights treaty, generating considerable confusion».*

<sup>1080</sup> A tale proposito, si veda A. PERDUCA e N. PIASENTE, *Il "sistema" del Tribunale penale internazionale*, *op. cit.* Così, testualmente, gli Autori: «È interessante ricordare che il Presidente del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, dopo l'adozione del Regolamento di procedura, indirizzò una nota agli Stati membri delle Nazioni Unite con cui, ribadita l'importanza della cooperazione da parte dei destinatari, li invitava a non fare riferimento alle convenzioni bilaterali in materia di estradizione. E ciò in quanto l'obbligo di consegna dovrebbe trovare il suo compiuto fondamento nel combinato disposto degli articoli 29 dello Statuto e 58 del Regolamento di procedura, quest'ultima disposizione escludendo qualsiasi interferenza delle normative nazionali ed internazionali in tema di estradizione, in tal modo vincolando la procedura alla mera richiesta del Tribunale penale internazionale».

<sup>1081</sup> Così H. H. JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo ed internazionale*, *op. cit.*, pp. 14 e 16.

<sup>1082</sup> E. FRONZA, *Riflessioni sulla nascita di un sistema penale internazionale*, *op. cit.*, p. 173. Sullo Statuto di Roma come momento di rottura che regola per la prima volta le condizioni essenziali della responsabilità penale per crimini internazionali, A. ESER, *Verso una Corte penale internazionale: nascita e fondamenti dello Statuto di Roma*, in *Ind. pen.*, n.1, 2002, p. 279 ss., p. 303.

<sup>1083</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, *op. cit.*, p. 268.

<sup>1084</sup> G. MICHELINI, *Lo Statuto della Corte penale internazionale*, *op. cit.*, pp. 367 ss., p. 370.

<sup>1085</sup> M. FRULLI, *La Spagna modifica le norme relative alla giurisdizione universale*, *op. cit.*, pp. 120 ss., p. 123.

<sup>1086</sup> H. DUFFY e J. HUSTON, *Implementation of the ICC Statute*, *op. cit.*, p. 33. Sulla lettura congiunta degli art. 86-88 dello Statuto, si veda E. SELVAGGI, *La Corte penale internazionale*, *op. cit.*, pp. 1390-1391.

proprio obbligo, ma piuttosto in un onere degli Stati<sup>1087</sup>, cui gli stessi soggiacciono per evitare di perdere, a beneficio della Corte, la propria giurisdizione sui crimini previsti dallo Statuto. Onere, peraltro, fronteggiato spendendo la più assoluta discrezionalità, madre di soluzioni differenziate ed anche di non pochi dubbi che è difficile sciogliere: quale sia il margine di divergenza consentito rispetto allo Statuto, quali principi fondamentali dello Stato potranno prevalere sulle disposizioni statutarie o quali principi o regole del diritto penale internazionale dovranno essere obbligatoriamente rispettati dagli Stati nonostante una diversa prescrizione a livello interno<sup>1088</sup>.

Prima di addentrarsi nella peculiarità delle singole soluzioni nazionali, è opportuno compiere qualche osservazione di carattere generale sull'adattamento. Rispetto al metodo di adeguamento diretto, che considera il diritto internazionale come facente parte del diritto interno, il metodo indiretto è quello più comunemente seguito<sup>1089</sup>. Tale metodo consiste nel fare entrare i precetti del diritto internazionale nel diritto interno, attraverso la ratifica dei trattati e delle convenzioni internazionali in materia penale o l'adesione alle medesime ed il deposito dell'ordine di esecuzione<sup>1090</sup>.

La ratifica e l'adattamento sono contestuali quando le norme di attuazione seguono all'autorizzazione alla ratifica ed all'ordine di esecuzione contenute nello stesso strumento formale (c.d. ratifica vestita)<sup>1091</sup>, ma questo accade solo quando la materia sia a basso coefficiente di difficoltà.

---

<sup>1087</sup> In merito G. DE SIMONE, *L'attuazione in Italia dello Statuto di Roma*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale*, op. cit., pp. 155 ss., p. 162. Altresì si veda G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, op. cit., p. 748: lo Statuto di Roma non stabilisce nessun obbligo di introdurre negli ordinamenti interni determinate fattispecie, ma risponde all'intento progettuale dello Statuto che gli Stati adattino le proprie norme di diritto penale sostanziale alle prescrizioni dello Statuto per assicurare la repressione dei crimini internazionali in modo analogo alla stessa Corte criminale internazionale. Nello stesso senso F. BELLELLI, *Lo Statuto di Roma*, op. cit., pp. 1597 ss., pp. 1599-1601. Si veda anche, per la configurazione come "obligation/opportunità" G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux*, op. cit., pp. 501 ss., pp. 506-507.

<sup>1088</sup> FRONZA, *Principio di complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in AMATI, CACCAMO, COSTI, FRONZA e VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, op. cit., p. 35 ss., p. 64: «Lo Stato parte, nel tradurre a livello nazionale quanto sancito dallo Statuto, quanto potrà discostarsi dalle previsioni di quest'ultimo senza rischiare di perdere la propria giurisdizione (primaria) in base al principio di complementarità? In altri termini, qual è lo scarto, il "gioco" della normativa nazionale che può ritenersi ammissibile e che non potrà dunque fondare un intervento della Corte? E quali principi fondamentali dello Stato potranno prevalere sulle disposizioni statutarie divenendo veri e propri controlimiti e, per converso, quali principi o regole del diritto penale internazionale dovranno essere obbligatoriamente rispettati dagli Stati, nonostante una diversa prescrizione a livello interno?».

<sup>1089</sup> E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, op. cit., p. 104.

<sup>1090</sup> N. PISANI, *La "penetrazione" del diritto internazionale penale*, op. cit., pp. 5 ss., p. 8. Sull'ordine di esecuzione P. BENVENUTI, *Italy and implementation of the ICC*, op. cit., p. 1443.

<sup>1091</sup> R. BELLELLI, *Lo Statuto di Roma*, op. cit., pp. 1597 ss., p. 1606.

La scelta italiana in merito allo Statuto di Roma è stata quella di procedere prima ad una ratifica c.d. nuda o secca<sup>1092</sup>, ossia di procedere alla ratifica e di affrontare solo successivamente i problemi legati all'adattamento, soluzione, peraltro, suggerita agli Stati la cui legislazione interna da adeguare fosse particolarmente complessa e soprattutto richiedesse una completa verifica dei profili di costituzionalità<sup>1093</sup>, escludendo in tal modo le norme sostanziali e processuali necessarie per consentire la piena operatività della Corte penale internazionale<sup>1094</sup>.

È certo che l'ordine di esecuzione non è un atto idoneo per l'adeguamento del diritto interno al diritto internazionale, perché con esso non si realizzano le specifiche esigenze del diritto penale, soddisfatte, invece, solo con l'adattamento ordinario<sup>1095</sup>. Ma già la dottrina risalente riconosceva che l'introduzione formale nel diritto interno delle norme che sanciscono l'obbligo internazionale di incriminare determinati fatti «è inidonea ad adattare senz'altro il diritto interno al diritto internazionale, perché l'obbligo può essere ottemperato solo con una espressa legge incriminatrice»<sup>1096</sup>.

A questo punto, bisogna compiere un ulteriore passaggio logico. L'inquadramento degli obblighi di adattamento sostanziale allo Statuto della Corte penale internazionale, presuppone la definizione del rapporto tra lo Statuto stesso e le Convenzioni da cui sono originate talune delle fattispecie incriminatrici in esso previste<sup>1097</sup>.

Tale rapporto deve essere definito considerando che lo Statuto ha compiuto un'operazione di selezione e codificazione novativa rispetto ai precedenti pattizi, o recuperando solo una parte delle incriminazioni che essi prevedevano, oppure apportandovi modifiche sostanziali sulla base della giurisprudenza penale internazionale<sup>1098</sup>.

Queste "interpolazioni" conferiscono autonomia alle disposizioni statutarie rispetto a quelle convenzionali.

---

<sup>1092</sup> Si vedano G. DE SIMONE, *L'attuazione in Italia dello Statuto di Roma*, op. cit., p. 155; E. SELVAGGI, *La Corte penale internazionale*, op. cit., p. 1399; G. MICHELINI, *Lo Statuto della Corte penale internazionale*, op. cit., p. 369, che parla anche di approccio a due tempi (*two-track approach*) come O. TRIFFTERER, *Legal and political implications*, op. cit., p. 11; J. P. PIERINI, *All'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto*, op. cit., p. 3318. Sulla ratifica secca, sui problemi di adeguamento e sul vaglio di costituzionalità, si vedano R. BELLELLI, *Lo Statuto di Roma*, op. cit., pp. 1607, 1609 e 1614, e ORIOLO, *Ratifica e attuazione in Italia dello Statuto di Roma*, op. cit., pp. 268 ss.

<sup>1093</sup> R. BELLELLI, *Lo Statuto di Roma*, op. cit., pp. 1597 ss., pp. 1607 e 1609.

<sup>1094</sup> In merito J. P. PIERINI, *All'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto*, op. cit., p. 3318. L'Autore accompagna con una esclamazione (sic!) di desolazione la constatazione sulla natura parziale della ratifica secca.

<sup>1095</sup> P. M. GEMELLI, *Lo sviluppo del diritto penale internazionale in tema di crimini di guerra ed il problema dell'adeguamento della legislazione interna*, in *Riv. coop. giur. int.*, n. 10, 2002, pp. 84 ss., p. 89.

<sup>1096</sup> N. PISANI, *La "penetrazione" del diritto internazionale penale*, op. cit., pp. 5 ss., p. 8, citando LEVI, *Diritto penale internazionale*, 1949, pp. 66, 67, nota 11, 86 ss.

<sup>1097</sup> Solo le Convenzioni di Ginevra del 1949 vengono richiamate espressamente dallo Statuto della Corte penale internazionale, mentre per altre il riferimento è implicito (Convenzione di New York del 9 dicembre 1948 sul genocidio; Convenzione di New York del 30 novembre 1973, sull'abolizione e punizione del delitto di Apartheid; Convenzione di New York del 1° dicembre del 1984, contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti).

<sup>1098</sup> R. BELLELLI, *Lo Statuto di Roma*, op. cit., pp. 1597 ss., pp. 1610-1611.

Le soluzioni adottate dai vari diritti interni sono le più disparate, perché il modo attraverso il quale ogni ordinamento giuridico provvede all'adeguamento allo Statuto di Roma subisce variazioni a seconda della situazione preesistente del diritto interno e delle scelte di opportunità compiute dal legislatore<sup>1099</sup>.

Nella esposizione delle modalità di adattamento, lasciate alla discrezionalità degli Stati<sup>1100</sup>, si prenderanno in considerazione la scelta tedesca, certamente paradigmatica<sup>1101</sup>, e che pur senza pretendere di essere un modello, si eleva al rango di punto di riferimento per gli altri Stati<sup>1102</sup>; la soluzione italiana, a suo modo ugualmente paradigmatica, sul versante della necessità di adeguamenti, non solo costituzionali e manchevoli ritardi, e, infine, le soluzioni dell'America Latina, in cui spesso l'adattamento allo Statuto di Roma si inserisce in un contesto politico piuttosto tormentato<sup>1103</sup>.

I *modus procedendi* relativi all'adattamento si possono distinguere secondo tre criteri: il primo è fondato sull'ordine cronologico in cui si avvicendano adattamento e ratifica. Sulla base di tale criterio è dato distinguere<sup>1104</sup>: a) l'adattamento seguito da ratifica, soluzione che mette al riparo sul piano della preventiva verifica di compatibilità con l'ordinamento giuridico; b) ratifica ed adattamento contestuali (c.d. ratifica vestita), soluzione che, per le materie che impongono pochi adattamenti procedurali, lascia seguire le norme di attuazione all'autorizzazione alla ratifica ed all'ordine di esecuzione contenute nello stesso strumento formale; c) ratifica seguita

---

<sup>1099</sup> È una osservazione di G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux*, *op. cit.*, pp. 501 ss., p. 508.

<sup>1100</sup> Si veda, in merito, G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux*, *op. cit.*, pp. 501 ss., pp. 507-509: «Pour ce qui concerne l'introduction des dispositions matérielles de droit pénal international, les États ont un large espace de manoeuvre». Sottolinea come, a fronte dell'obbligazione di risultato legata alla cooperazione con la Corte penale internazionale gli Stati conservino un margine di manovra quanto al modo e al mezzo con cui realizzarlo E. SELVAGGI, *La Corte penale internazionale*, *op. cit.*, pp. 1377 ss., p. 1390.

<sup>1101</sup> Così, testualmente, G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux*, *op. cit.*, pp. 501 ss., pp. 506-507.

<sup>1102</sup> Di questa opinione G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux*, *op. cit.*, pp. 501 ss., p. 503, con la possibilità, secondo gli Autori, di influenzare l'evoluzione del diritto internazionale consuetudinario soprattutto nelle ipotesi in cui lo Statuto della Corte penale internazionale sembri allontanarsene. Sull'importanza dei passi compiuti dalla Germania a proposito dell'adeguamento allo Statuto di Roma, si veda anche H. H. JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo ed internazionale*, *op. cit.*, pp. 1 ss., p. 17. Si pensi, a titolo esemplificativo, a chi (N. SELVAGGI, *Dubbio sulla criminalità dell'ordine*, *op. cit.*, p. 128) propone di usare, per la ricostruzione della causa di esclusione della responsabilità prevista dall'art. 33 dello Statuto di Roma il § 3 del *Völkerstrafgesetzbuch*, che stabilisce l'esonero della responsabilità per difetto di colpevolezza di chi abbia agito in esecuzione di un ordine o di un'istruzione dotata, di fatto, della medesima efficacia vincolante, se non conosceva della illegittimità dell'ordine e questa non era ancora manifesta. Si tratta di una disposizione interessante perché propone un'unica ipotesi nella quale confluiscono sia il profilo della vincolatività dell'ordine, sia quelli relativi alla sfera di conoscenza dell'agente.

<sup>1103</sup> Si veda, invece, per una prima casistica delle scelte compiute dai vari Stati, A. ORIOLO, *Ratifica e attuazione in Italia dello Statuto di Roma*, *op. cit.*, pp. 265 ss., pp. 265-307; ID., *La responsabilità penale internazionale degli individui*, *op. cit.*, pp. 164 ss. Si veda altresì C. KREB e F. LATTANZI (eds.), *The Rome Statute*, *op. cit.*

<sup>1104</sup> È la distinzione proposta da R. BELLELLI, *Lo Statuto di Roma*, *op. cit.*, pp. 1597 ss., 1606-1607. È lo stesso Autore a rilevare che la prima opzione (l'adattamento preventivo) è stata seguita dall'Italia con la Legge 29 ottobre 1997, n. 374 (Norme per la messa al bando delle mine antipersona) che ha addirittura preceduto la Convenzione sul divieto di impiego, di stoccaggio, di produzione e di trasferimento delle mine antipersona e sulla loro distruzione (Ottawa, 3 dicembre 1997), ratificata con Legge 26 marzo 1999, n. 106.

da adattamento (c.d. ratifica nuda o secca), che, in casi di notevole complessità che impongano un “carico adattativo” di difficile smaltimento legislativo, permette, da un lato, una rapida entrata in vigore del trattato e, dall’altro, lascia aperte le questioni di diritto interno legate alla mancanza di norme di adeguamento.

Benché il superamento del momento di attenzione sulla ratifica non favorisca certo il riavvio dei lavori parlamentari sulla stessa materia in tempi successivi<sup>1105</sup>, l’Italia ha provveduto proprio ad una ratifica secca, stralciando ogni disposizione relativa all’adeguamento, scelta che parte della dottrina ha ritenuto meritoria proprio per il suo significato simbolico di lotta all’impunità<sup>1106</sup>.

Invece, la Germania ha scelto di risolvere i contrasti tra lo Statuto di Roma e l’ordinamento interno prima della ratifica<sup>1107</sup>, con un adattamento puntuale, intervenuto appena un giorno prima dell’entrata in vigore dello Statuto sul piano internazionale<sup>1108</sup>.

Le ragioni della scelta italiana e di quella tedesca, diametralmente opposte, saranno comprensibili nel prosieguo dell’esposizione.

Esposto il criterio cronologico, resta la tipologia dell’intervento normativo, che è criterio discrezionale del secondo *modus procedendi* relativo all’adattamento<sup>1109</sup>. Fin dalle prime battute è possibile escludere dal novero, se non per finalità meramente classificatorie, la “soluzione zero”, che non contempla alcun tipo di intervento e si rivela implicitamente devolutiva, alla Corte permanente, della giurisdizione sui crimini internazionali: difficile, infatti, sfuggire, alla constatazione di una “*unwillingness*” o “*unability*” della giurisdizione statale, a fronte non solo di un non-intervento<sup>1110</sup>, ma anche di divario<sup>1111</sup> importante tra il dettato normativo interno e quello internazionale delle fattispecie incriminatrici.

Eppure la soluzione zero ed il ricorso a norme di diritto penale comune ha caratterizzato il passato giuridico della Germania ed è una soluzione, teoricamente temporanea, ma purtroppo persistente, in tutti gli ordinamenti che non hanno modificato il proprio diritto penale interno dopo lo Statuto di Roma<sup>1112</sup>.

---

<sup>1105</sup> Così, in posizione critica, R. BELLELLI, *Lo Statuto di Roma*, op. cit., pp. 1597 ss., 1607, nota 22.

<sup>1106</sup> P. BENVENUTI, *Italy and implementation of the ICC*, op. cit., p. 1444.

<sup>1107</sup> A. ORIOLO, *Ratifica e attuazione in Italia dello Statuto di Roma*, op. cit., pp. 265 ss., p. 305.

<sup>1108</sup> G. WERLE e S. MANACORDA, *L’adaptation des systèmes pénaux nationaux*, op. cit., pp. 501 ss., p. 502.

<sup>1109</sup> È la distinzione proposta in G. WERLE e F. JESSBERGER, *L’adattamento nell’ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, op. cit., pp. 748-751. Il corsivo è nostro.

<sup>1110</sup> H. H. JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo ed internazionale*, op. cit., pp. 1 ss., p. 16. Sulla “mancanza di volontà” e l’ “incapacità” dello Stato, si veda, diffusamente, F. LATTANZI, *La complementarità*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale*, op. cit., pp. 179 ss., p. 185 ss.

<sup>1111</sup> G. WERLE e S. MANACORDA, *L’adaptation des systèmes pénaux nationaux*, op. cit., pp. 501 ss., p. 506.

<sup>1112</sup> G. WERLE e S. MANACORDA, *L’adaptation des systèmes pénaux nationaux*, op. cit., pp. 501 ss., p. 508.

Essenzialmente, le tipologie di intervento si riducono alla trasposizione integrale, alla trasposizione modificativa ed alle forme miste, segnate dall'avvicinarsi di vari tipi di intervento, a seconda delle tipologie di crimine internazionale.

Prendendo le mosse dalla trasposizione integrale, bisogna precisare che essa accorpa a sua volta diverse modalità di intervento legislativo: l'applicazione immediata nel diritto interno, il rinvio e la riproduzione. L'applicazione immediata nel diritto interno è una soluzione praticabile nei sistemi di *common law*, dove la punibilità può essere fondata non solo sul diritto scritto, ma anche sul diritto consuetudinario in cui rientrano le fattispecie contemplate dallo Statuto di Roma<sup>1113</sup>.

In questo modo si produce un effetto *self-executing* delle norme internazionali<sup>1114</sup>, ma è un dettaglio non trascurabile che la maggior parte delle norme dello Statuto di Roma non sia *self-executing*<sup>1115</sup> anche se l'individuazione della diretta esecutività è complessa e casistica<sup>1116</sup>.

Non a caso per questa soluzione si è optato in Perù<sup>1117</sup>, sulla scorta di una constatazione: non si può imporre un assoluto rispetto del principio di legalità *stricto sensu* inteso nel sistema giuridico internazionale<sup>1118</sup>, né lo Statuto di Roma lo esige. Anzi, il rispetto del principio di legalità è compatibile con la possibilità di imporre sanzioni fondate non solo sul diritto scritto ma anche sul diritto consuetudinario internazionale. Ovviamente, tale opzione prevede la soluzione preventiva di una lunga serie di problemi preliminari, riguardanti la gerarchia tra norme consuetudinarie e norme interne eventualmente in contrasto ed il vaglio di conformità costituzionale, che deve essere compiuto per dare spazio all'applicazione diretta della fattispecie tipiche contemplate proprio dalle norme consuetudinarie<sup>1119</sup>.

Il rinvio, invece, si caratterizza per il fatto che il diritto nazionale rinvia alle fattispecie dello Statuto, collegato ad un ordine di esecuzione, ed è una opzione in linea di massima scartata dalla Germania<sup>1120</sup> per evitare incompatibilità costituzionali.

Se il rinvio è genericamente rivolto al diritto consuetudinario generale, è precluso negli ordinamenti che contemplano un obbligo di tipicità<sup>1121</sup>.

---

<sup>1113</sup> G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, *op. cit.*, p. 749 (sulla incorporazione del diritto internazionale consuetudinario nelle fattispecie dello Statuto di Roma) e p. 756 (sul riferimento al diritto internazionale consuetudinario quando lo Statuto sia al di sotto degli *standards* di quest'ultimo). Si veda altresì G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux*, *op. cit.*, pp. 501 ss., pp. 508-509.

<sup>1114</sup> G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux*, *op. cit.*, pp. 501 ss., p. 509.

<sup>1115</sup> P. BENVENUTI, *Italy and implementation of the ICC*, *op. cit.*, p. 1443.

<sup>1116</sup> O. TRIFFTERER, *Legal and political implications*, *op. cit.*, pp. 10-11.

<sup>1117</sup> D. C. CARO CORIA, *Prosecuting International Crimes in Peru*, in *Int. Crim. L. Rev.*, vol. 10, n. 4, 2010, pp. 582 ss., p. 596.

<sup>1118</sup> In tal senso anche P. H. BALMACEDA, *Aplicação Direta dos Tipos Penais*, *op. cit.*, p. 170: «O rigor do princípio de legalidade que se tem dentro de um sistema nacional pode diferir em não poucas ocasiões do previsto pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional».

<sup>1119</sup> P. H. BALMACEDA, *Aplicação Direta dos Tipos Penais*, *op. cit.*, pp. 166-167-169.

Infatti, con tale opzione il legislatore compie un intervento a maglie larghe, che ha il merito di risolversi in un richiamo diretto allo strumento-madre<sup>1122</sup>, ma il demerito di bypassare naturalmente ogni problema di fattibilità concreta sul piano pratico-attuativo, il che induce ad un passaggio di testimoniaio a favore della giurisprudenza, che, pur senza esautorare la dottrina, esercita un indiscutibile ruolo nella individuazione delle fattispecie concrete del crimine internazionale<sup>1123</sup>.

La *norma de remissao* è la soluzione per la quale si è optato anche in America Latina<sup>1124</sup>, e su cui la dottrina si è soffermata per porsi una serie di interrogativi tutt'altro che oziosi: dal rapporto tra la norma di rinvio e l'applicazione diretta del diritto penale internazionale, alla possibilità di quest'ultima opzione anche in assenza di una norma di rinvio, e, non ultimo, alla funzione integratrice della *norma de remissao* nella immagine a *matrioska*, già prospettata, della norma penale internazionale, una sorta di norma penale in bianco<sup>1125</sup> che necessita di essere "riempita" tramite rinvio. È un percorso speculativo che conduce alla quasi scontata conclusione che, più che ovviare alle lacune tramite rinvio, è opportuno adeguare tutte le norme interne.

La riproduzione è la via maestra, perché l'imitazione pedissequa dello strumento-madre ha tra i propri scopi il conseguimento di una progressiva armonizzazione<sup>1126</sup>. È la soluzione per la quale, in via preferenziale, hanno optato la Germania ed anche l'America Latina<sup>1127</sup>.

Infatti, il *Leitmotiv* della trasposizione tedesca è stata la riproduzione più precisa possibile delle disposizioni dello Statuto<sup>1128</sup>, se consentita dal diritto tedesco<sup>1129</sup>. Il rapporto di tensione tra la

---

<sup>1120</sup> JARASCH e KREB, *The Rome Statute and the German legal order*, in C. KREB e F.LATTANZI (a cura di), *The Rome Statute*, op. cit., p. 91 ss., p. 95.

<sup>1121</sup> G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, op. cit., p. 749. Si veda anche G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux*, op. cit., pp. 501 ss., pp. 508-509.

<sup>1122</sup> Si parla, precisamente, di *norma-madre* in G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, op. cit., p. 753. Il corsivo è nostro.

<sup>1123</sup> P. FOIS, *Sul rapporto tra i crimini internazionali dello Stato e i crimini internazionali dell'individuo*, op. cit., p. 929: «...il ruolo che indubbiamente deve essere riconosciuto alla giurisprudenza nell'accertare la sussistenza, nelle fattispecie concrete, di un crimine internazionale non può indurre la dottrina a sottrarsi dal dare una risposta, sul piano dei principi, alla questione relativa al contenuto delle norme la cui violazione può comportare la commissione di un crimine internazionale», Cfr. AGO, *Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats*, in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, II, *Première partie*, par. 152, p. 56. Sul meccanismo istituzionale successivamente proposto dal relatore speciale ARANGIO-RUIZ in merito all'"esistenza-attribuzione" di un crimine internazionale si veda *Annuaire de la Commission du droit international*, 1995, II, *Deuxième partie*, p. 57.

<sup>1124</sup> S. HERENCIA CARRASCO, *Implementation of War Crimes in Latin America: An Assessment of the Impact of the Rome Statute of the International Criminal Court*, in *Int. Crim. L. Rev.*, vol. 10, n. 4, 2010, pp. 461 ss., p. 467. Il rinvio è sinteticamente trattato tra le varie altre modalità di adattamento scelte in America Latina.

<sup>1125</sup> P. H. BALMACEDA, *Aplicação Direta dos Tipos Penais*, op. cit., pp. 171-178-179-182. Nello stesso senso, vedi *supra* nota 36 ZANETTI, *Attuazione dello Statuto della Corte penale internazionale*, op. cit., pp. 773 ss., pp. 782-784-786.

<sup>1126</sup> R. BELLELLI, *Lo Statuto di Roma*, op. cit., pp. 1597 ss., p. 1610. L'Autore si riferisce alle Convenzioni recanti norme di diritto internazionale penale, ma riteniamo di potere estendere queste giuste osservazioni anche alla materia in esame.

<sup>1127</sup> S. HERENCIA CARRASCO, *Implementation of War Crimes*, op. cit., p. 469, riferendosi ad una "literal incorporation" posta in essere dall'Uruguay per i crimini di guerra.

<sup>1128</sup> G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, op. cit., p. 755 e F. JARASCH e C. KREB, *The Rome Statute and the German legal order*, op. cit., p. 95.

riproduzione il più fedele possibile e le esigenze del diritto costituzionale e penale tedesco è risolto cercando un margine di mediazione<sup>1130</sup>.

Per l'Italia, trovandosi l'adeguamento allo Statuto di Roma in una fase di stallo, come già accennato, si possono solo citare dei precedenti storici, anche risalenti, ma sempre improntati ad una pedissequa imitazione degli strumenti convenzionali<sup>1131</sup>.

In generale, alla riverente imitazione del modello funge da argine soprattutto la Costituzione. Il discorso del rapporto fra adeguamento allo Statuto di Roma ed il diritto penale costituzionalmente orientato<sup>1132</sup> è dotato di una sua autonomia ed è troppo ampio<sup>1133</sup> per potere essere compiutamente affrontato in questa trattazione, in cui ci si limita a rilevare che, oltre alla Costituzione, agiscono, sia pure in forma non eclatante ma surrettizia, le peculiarità della cultura giuridica nazionale. Anche in questa sede, quale fonte sussidiaria del diritto penale internazionale<sup>1134</sup>, il diritto interno fa avvertire la propria influenza.

I fattori che inducono il legislatore ad accantonare, in fase di adeguamento, l'idea di una imitazione pedissequa, e lo spingono ad introdurre un *quid novi*, sono probabilmente, a monte anche delle opzioni a favore di una trasposizione modificativa.

La Germania, discostandosi dall'opzione di fondo a favore della fedeltà alla norma-madre dello Statuto di Roma, ha optato per soluzioni personalizzate sia per la parte generale del diritto penale, per la quale il diritto tedesco vanta completezza e coerenza dogmatica, sia per le norme di parte speciale dello Statuto che facessero attrito con il diritto interno tedesco, in particolare con l'obbligo di tipicità (*Tatbestandszwang*), con i più alti *standards* di certezza del diritto<sup>1135</sup>, e soprattutto con il diritto costituzionale<sup>1136</sup>.

Segue il terzo criterio discretivo, fondato sulle forme dell'adattamento: la forma tecnicamente più semplice consiste nella trasposizione del diritto penale internazionale introducendo le corrispondenti disposizioni nell'ambito di leggi penali già esistenti, ad esempio in un codice

---

<sup>1129</sup> È un chiaro riferimento alla penetrazione "condizionata" di cui si è detto (si veda *infra* Parte Terza, Paragrafo 1).

<sup>1130</sup> G. WERLE e F. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux*, *op. cit.*, pp. 501 ss., p. 511.

<sup>1131</sup> N. PISANI, *La "penetrazione" del diritto internazionale penale*, *op. cit.*, pp. 5 ss., p. 24, rinvia ai numerosi esempi di puntuale rispondenza degli enunciati del legislatore italiano a quelli sottoscritti in sede internazionale.

<sup>1132</sup> Si vedano, a tale proposito, G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale -Parte generale-*, *op. cit.*

<sup>1133</sup> Si rinvia, in merito, ai contributi di A. ORIOLO, *La responsabilità penale internazionale degli individui*, *op. cit.*; G. DE SIMONE, *L'attuazione in Italia dello Statuto di Roma*, *op. cit.*; R. BELLELLI, *Lo Statuto di Roma*, *op. cit.*; F. POCAR, *Fonti del diritto penale internazionale*, *op. cit.*; V. ZANETTI, *Attuazione dello Statuto della Corte penale internazionale*, *op. cit.*, pp. 773-798; J. P. PIERINI, *All'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto*, *op. cit.*, p. 3318. Quest'ultimo si sofferma altresì sulla questione a latere delle cosiddette "guarentigie" costituzionali. Queste ultime, allo stato, rischiano di fornire copertura a condotte che, per quanto lecite sotto il profilo costituzionale, si porrebbero in totale contrasto con obblighi di carattere internazionale. Si pensi alla approvazione di una legislazione introduttiva di un regime *apartheid* ovvero a una istigazione al genocidio nel corso di lavori parlamentari. Parimenti suscettibile di ponderazione nell'attuazione dello Statuto è la questione della responsabilità del Capo dello Stato.

<sup>1134</sup> E. FRONZA, *Riflessioni sulla nascita di un sistema penale internazionale*, *op. cit.*, pp. 171-183.

<sup>1135</sup> F. JARASCH e C. KREB, *The Rome Statute and the German legal order*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>1136</sup> G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, *op. cit.*, p. 755.

penale comune, il che si traduce, come dice qualcuno<sup>1137</sup>, nell'*intervento sull'esistente*; più complessa, e foriera di polemiche, è l'opzione per una nuova codificazione<sup>1138</sup>, compiuta dal legislatore tedesco attraverso un Codice di diritto penale internazionale<sup>1139</sup> (*Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einfuehrung eines Volkerstrafgesetzbuches, AEVStGB*)<sup>1140</sup>, soluzione accolta con favore dalla dottrina<sup>1141</sup>.

Nel dettaglio, volendo passare in rassegna le soluzioni adottate dalla Germania per i singoli crimini internazionali, ci si imbatte in opzioni differenziate a seconda della tipologia di crimine. Per la fattispecie di genocidio (*Völkermord*) la norma è stata mutuata dal § 220a dello StGB, vecchio testo<sup>1142</sup>, con modifiche chiarificatrici che non scalfiscono una sostanza già conforme alla Convenzione per la Prevenzione e la Repressione del Delitto di Genocidio del 1948 e allo Statuto di Roma.

Per i crimini contro l'umanità, in linea rispetto alla sistematica che li collega al genocidio, si è optato per la regolamentazione nello stesso Titolo I, che accoglie il *Crime of Crimes*. La formulazione distingue, come lo Statuto di Roma, il fatto singolo (*Einzeltat*) già di norma punito in quanto omicidio, sterminio, violenza sessuale, sequestro di persona o persecuzione, ed il fatto di contesto (*Gesamttat*) che fa assurgere il fatto singolo a crimine internazionale. La novità introdotta dal legislatore tedesco consiste nella ripartizione tra “fattispecie principale” e “qualificazioni”, così come nella considerazione di “casi meno gravi”.

Il Titolo II contiene la disciplina dei crimini di guerra, che è quella che più si emancipa rispetto allo Statuto di Roma, allineandosi al più avanzato diritto consuetudinario, con la parificazione tra conflitti internazionali e conflitti interni: superando la distinzione propria dello Statuto, fondata sulla estensione geografico-politica del conflitto, distingue tra diritto di Ginevra e diritto dell'Aja, dal che deriva un'articolazione del relativo titolo composita ed incentrata sul bene giuridico da tutelare<sup>1143</sup>: crimini di guerra contro le persone (§ 9), contro la proprietà ed altri diritti (§ 10), contro operazioni umanitarie ed emblemi, compresi crimini consistenti nell'utilizzazione di metodi vietati (§ 12) e di mezzi vietati nella conduzione delle ostilità (§ 13).

---

<sup>1137</sup> G. MICHELINI, *Lo Statuto della Corte penale internazionale*, op. cit., pp. 367 ss., p. 371.

<sup>1138</sup> G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, op. cit., p. 751. Gli Autori prospettano polemiche perché, testualmente, la collocazione al di fuori del codice penale comune potrebbe avvalorare l'impressione che il codice dei crimini internazionali non contenga il nucleo più duro dello stesso «diritto penale nucleare», ma piuttosto materiale normativo da «diritto penale complementare», o addirittura che si tratti di una «legge speciale» di impronta politica.

<sup>1139</sup> A. APONTE CARDONA, *Criminal Prosecution of International Crimes*, op. cit., pp. 549 ss., p. 552. Altresì si veda G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux*, op. cit., pp. 501 ss., p. 510.

<sup>1140</sup> G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux*, op. cit., p. 510.

<sup>1141</sup> P. BENVENUTI, *Italy, implementation of the ICC Statute*, op. cit., p. 136.

<sup>1142</sup> *Deutsche Strafgesetze, Sechzehnter Abschnitt. Straftaten gegen das Leben, §220a Völkermord*.

<sup>1143</sup> G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, op. cit., p. 757.

I punti più significativi di distacco dallo strumento internazionale, sono rappresentati dalla parte generale del Codice, per la quale si è deciso di attingere al diritto interno tedesco, che vanta completezza e coerenza<sup>1144</sup>.

In conclusione, appare assolutamente mirabile l'operato del legislatore tedesco, capolavoro non solo giuridico ma anche diplomatico: tendenzialmente proteso alla imitazione pedissequa dello Statuto, laddove possibile; e pronto alla ricerca di un punto di mediazione e di soluzioni divergenti solo a presidio della tipicità e dei valori costituzionali, attingendo al patrimonio offerto dal diritto consuetudinario<sup>1145</sup>, e all'interpretazione offerta dalla giurisprudenza dei tribunali penali internazionali, e sperimentando addirittura la creazione di una "passerella"<sup>1146</sup> tra diritto penale internazionale e diritto penale comune, quando sia necessario attingere a quest'ultimo, ed al suo rigore sistematico. Emblematico l'esempio, sopra citato, della fattispecie di genocidio.

Più complesso il quadro italiano, sia sul versante del patrimonio giuridico disponibile, sia per quanto riguarda norme per ora solo *futuribili*<sup>1147</sup>.

In particolare, per assicurare che l'ordinamento penale sostanziale italiano copra tutte le sfere di offensività incriminate dallo Statuto di Roma, sono necessarie norme di attuazione soprattutto per i crimini contro l'umanità. Occorrerebbe che fossero codificati curando la conformità della fattispecie a quella prevista dallo Statuto di Roma e dagli altri strumenti di diritto internazionale, se garantiscono un maggiore livello di protezione.

Sia pure in misura minore, occorrerebbe intervenire anche sui crimini di guerra, per i quali occorrerebbe, in via preliminare, affrontare e risolvere l'intricato rapporto tra diritto penale militare e diritto umanitario bellico, che racchiude in sé le violazioni dello *jus in bello*, portato dalla tendenza umanizzatrice dei conflitti armati. Nel compiere questo passaggio preliminare, non si può fare a meno di notare che, per quanto il diritto umanitario bellico abbia una stretta attinenza con il diritto penale militare, tale attinenza nel panorama comparatistico non è considerata di per sé decisiva ai fini della scelta della collocazione sistematica dei crimini di guerra nella normativa penale militare o nella legislazione penale, codicistica o extracodicistica, comune. Basta citare gli esempi tedesco e italiano per averne conferma<sup>1148</sup>: in Germania i

---

<sup>1144</sup> G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, *op. cit.*, p. 755.

<sup>1145</sup> G. WERLE e F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, *op. cit.*, p. 756.

<sup>1146</sup> L'espressione è nostra. Il riferimento è a G. WERLE e S. MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux*, *op. cit.*, pp. 501 ss., p. 511.

<sup>1147</sup> G. DE SIMONE, *L'attuazione in Italia dello Statuto di Roma*, *op. cit.*, pp. 155 ss., p. 157.

<sup>1148</sup> Per queste riflessioni si veda G. FIANDACA, *Quale specialità per il diritto penale militare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2008, p. 1059, Riproduzione, con aggiunta di note, della relazione svolta al XV Congreso Internacional de Defensa social su "El Derecho Penal entre la guerra y la paz: Justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales", Toledo, Spagna, 20-22 settembre 2007. L'Autore cita anche l'esempio della Finlandia, che disciplina i crimini di guerra, insieme a quelli contro l'umanità ed al genocidio, nel codice penale comune, ed osserva come un simile

crimini in esame sono stati inseriti nell'autonomo codice dei crimini internazionali, mentre in Italia sono ospitati, fin dal 1941, nel codice penale militare di guerra, con la denominazione «Reati contro le leggi e gli usi di guerra», ed ha prevalso l'orientamento di non integrare i codici ordinari e militari esistenti, almeno nella fase iniziale dell'adeguamento<sup>1149</sup>.

L'intervento del legislatore dovrebbe essere orientato anche in questo caso verso la conformità al diritto dell'Aja, risolvendo la questione abolizionista<sup>1150</sup> ed estendendo e modificando le fattispecie di diritto interno<sup>1151</sup>, andando bene al di là del *restyling*<sup>1152</sup> finora compiuto, tradottosi nella frettolosa introduzione di norme scarsamente compatibili con i principi costituzionali di tassatività e determinatezza della norma penale<sup>1153</sup> ed insufficienti a fornire copertura giuridica anche alle missioni militari all'estero<sup>1154</sup>. Soprattutto quest'ultimo aspetto necessita di un intervento in tempi brevi, date le frequenti interrelazioni tra interventi umanitari, conflitti armati di nuova generazione e operazioni di *peace-making*<sup>1155</sup>.

Per il genocidio, invece, la questione dell'adattamento potrebbe essere circoscritta ad un emendamento minimale della legge in vigore<sup>1156</sup>, data la qualità della già citata Legge 9 ottobre 1967, n. 962<sup>1157</sup>, e la completezza del legislatore italiano<sup>1158</sup>.

Tuttavia, non mancano rilievi critici sulla definizione di tale crimine, manchevole della condotta consistente nel causare gravi danni mentali agli appartenenti al gruppo. Altresì si discute sulla opportunità dell'anticipazione della soglia di tutela, auspicando che l'art. 1 della L. 962, che

---

accorpamento sia consono alle analoghe ragioni sostanziali di tutela dell'umanità e della dignità personale, rispetto alle quali passa in secondo piano il tasso di militarità, e, con esso di specialità, dei crimini di guerra.

<sup>1149</sup> BENVENUTI, *Italy and implementation of the ICC*, op. cit., p. 1447; ID., *Italy, implementation of the ICC Statute*, op. cit., p. 136. Precluso, quindi, un intervento sull'esistente. Vedi *supra*, *amplius*, nota 106.

<sup>1150</sup> FIANDACA, *Quale specialità*, op. cit., pp. 1081-1082, sul problema del mantenimento o meno della pena capitale come sanzione applicabile nell'ambito del diritto penale militare, specie di guerra.

<sup>1151</sup> Si pensi, a titolo puramente esemplificativo, alla necessità di ampliare le fattispecie previste dagli artt. 179 e 185 c.p.m.g., oppure di estendere l'ambito di applicazione anche ai conflitti armati non internazionali degli artt. 177, 184-bis, 185, 187, 190 e 192 c.p.m.g., e infine, non per ordine di importanza, di arricchire il novero dei crimini di guerra mutuando dallo Statuto di Roma e dalle Convenzioni di diritto umanitario (sterilizzazione forzata, crimini sessuali e alcuni crimini commessi in conflitti armati a carattere non internazionale).

<sup>1152</sup> È un'espressione di A. INTELISANO, *I crimini di guerra*, op. cit., pp. 759 ss., p. 782.

<sup>1153</sup> Sono le note critiche di J. P. PIERINI, *All'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto*, op. cit., p. 3323. L'Autore si riferisce alla introduzione, nel c.p.m.g., degli articoli 184-bis (Cattura di ostaggi) e 185-bis (Altre offese contro persone protette dalle convenzioni internazionali) che enumerano senza ordine logico una serie di condotte prese dal catalogo delle gravi violazioni delle convenzioni di Ginevra del 1949 e del I Protocollo addizionale.

<sup>1154</sup> DE VERGOTTINI, *Un nuovo codice penale per le missioni militari*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2011, p. 107 ss., p. 107, sull'inadeguatezza dei codici penali militari di pace e di guerra, e pp. 109-110 sull'opportunità di un codice speciale per le missioni per soddisfare le necessità di rigorosa tipizzazione.

<sup>1155</sup> R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, op. cit., p. 43, nota 154.

<sup>1156</sup> R. BELLELLI, *Lo Statuto di Roma*, op. cit., pp. 1597 ss., p. 1613.

<sup>1157</sup> G. VASSALLI, *I crimini contro l'umanità*, op. cit., p. 4. L'Autore osserva che, pur avendo il torto di essere arrivata in ritardo, a quasi vent'anni dall'obbligo assunto con la relativa Convenzione, la legge italiana sul genocidio è stata messa a punto con indiscutibile attenzione. Si veda, *infra*, Parte Prima, Sezione III, Paragrafo 3.1.

<sup>1158</sup> M. PISANI, *La "penetrazione" del diritto internazionale penale*, op. cit., p. 12.

criminalizza condotte soltanto dirette a cagionare morte o lesioni personali alle persone appartenenti al gruppo, sia modificato o interpretato in maniera conforme all'art. 56 c.p.<sup>1159</sup>.

Quasi superfluo parlare del *vulnus* normativo a proposito della tortura<sup>1160</sup>, categoria criminale disambigua, in bilico tra crimini contro l'umanità e crimini di guerra, oltre che crimine dotato di una sua autonomia. Non ultimo il crimine di aggressione, un problema ancora aperto<sup>1161</sup>.

Non è infrequente che la legislazione interna sia arroccata su posizioni di salvaguardia della sovranità statale<sup>1162</sup>, di cui si teme il pregiudizio<sup>1163</sup>, e, con essa, del baluardo costituzionale.

---

<sup>1159</sup> Su come l'art. 1 della Legge 962 strutturi la fattispecie in modo molto anticipato anche rispetto al limite posto dal tentativo si veda S. MASSI, *Osservazioni sugli elementi costitutivi del crimine di genocidio: il caso Akayesu*, in E. MEZZETTI, *Diritto penale internazionale, I. Casi e materiali*, op. cit., p. 105 ss., p. 120.

<sup>1160</sup> Si veda, in merito, il contributo di BARBERINI, *L'Italia condannata per tortura*, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2010, fasc. 2, pp. 62-64, che si sofferma ampiamente sulle inadempienze dell'Italia a proposito degli obblighi internazionali in materia di tortura e sulla mancata configurazione del reato di tortura nel codice penale italiano.

<sup>1161</sup> Tra i contributi più recenti si vedano G. DELLA MORTE, *La conferenza di revisione*, op. cit., pp. 697-752 e BOSCO, *L'International Law Association e la Conferenza di revisione dello statuto di Roma*, in *Riv. coop. giur. int.*, n. 35, 2010, pp. 45 ss., p. 45-49. Si vedano altresì G. MICHELINI e V. MONETTI, *L'istituzione della Corte penale internazionale ed i suoi precedenti. La struttura della Corte*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale*, op. cit., pp. 3 ss., p. 9.

<sup>1162</sup> A. PERDUCA e N. PIASENTE, *Il "sistema" del Tribunale penale internazionale*, op. cit.: A proposito della cooperazione dell'Italia con il Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, gli Autori osservano che limitando l'attenzione ai Paesi europei a consolidata forma di Stato di diritto, sono certamente diffuse e reiterate le dichiarazioni di principio a favore di una collaborazione incondizionata con il Tribunale. Ma nei fatti non manca di affermarsi una certa resistenza, verosimilmente dovuta ad almeno due ragioni: da un lato rimane forte il riflesso della sovranità di ciascuno Stato che tende a conservare la propria giurisdizione e comunque di riservarsi il potere di accertare e stabilire a quali condizioni ricorra quella del Tribunale penale internazionale; dall'altro non manca la preoccupazione di garantire all'imputato perseguito dallo stesso il rispetto dei diritti fondamentali. Il risultato è che le leggi adottate sul piano interno si limitano a prevedere per lo più modelli di collaborazione con il Tribunale penale internazionale assimilabili alla assistenza giudiziaria esistente tra gli Stati e cioè tra entità paritarie, e non invece la cooperazione con una autorità giurisdizionale internazionale, sovraordinata rispetto a quelle nazionali. Non può quindi sorprendere che la maggior parte degli Stati approvino leggi che sottopongono a precise condizioni l'accoglimento delle richieste di cooperazione avanzate dal Tribunale internazionale. L'Italia non si sottrae a questo generale atteggiamento. A proposito, invece, della Corte penale internazionale, si veda U. VILLANI, in ALBANESE e ROSSANO (a cura di), *Verso la Corte penale internazionale permanente* -Atti del Convegno di Taranto (5 febbraio 1999), Aracne, 2002, p. 27 ss., p. 34: l'Autore si sofferma sulle ombre mostrate dai risultati della Conferenza di Roma, molte gettate proprio dalle resistenze degli Stati nel limitare la propria sovranità in materie così "sensibili" come quelle oggetto dello Statuto della Corte. Si veda inoltre L. PICOTTI, *Sulle sfide del diritto penale nel XXI secolo -Un omaggio all'insegnamento del Professor Hans-Heinrich Jescheck*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale*, op. cit., pp. 93 ss., p. 104, che nega che la complessa disciplina della ricevibilità di una causa da parte della Corte stessa sia una riserva di sovranità degli Stati. Sulla penetrazione del diritto penale internazionale nello scudo della sovranità statale, si veda M. C. BASSIOUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale -Un quadro teorico*, op. cit., p. 32. Sul contemperamento delle esigenze "particolari" della sovranità e l'interesse "generale" per la lotta contro il terrorismo G. ZICCARDI CAPALDO, *Terrorismo internazionale e garanzie collettive*, op. cit., p. 102; ID., sul fenomeno della erosione della sovranità, *The Pillars of Global Law*, Ashgate, 2008, pp. 167-168: «The development of international law in the human rights field has been characterized by the continuous erosion of sovereignty and the birth of a multilateral system of intervention against dictatorial and immoral regimes». A sottolineare come la giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e per il Ruanda abbia sradicato definitivamente la nozione di crimine individuale dal concetto di sovranità statale A. ORIOLO, *La responsabilità penale internazionale degli individui*, op. cit., p. 185.

<sup>1163</sup> Sul trasferimento di sovranità, e sul condizionamento senza precedenti che la ratifica dello Statuto della Corte penale internazionale comporta, si veda A. ORIOLO, *Ratifica e attuazione in Italia dello Statuto di Roma*, op. cit., pp. 270 e 302. Sulla perdita di "pezzi di sovranità" legata ai processi di armonizzazione e cooperazione penale di forte profilo, V. DEL TUFO, *Problemi di adeguamento ai trattati internazionali in materia penale*, in G. ZICCARDI CAPALDO (a cura di), *Attuazione dei Trattati Internazionali e Costituzione italiana. Una riforma prioritaria nell'era della Comunità globale* -Atti del Convegno Internazionale, op. cit., p. 169.

Effettivamente, il *sistema* delineato dallo Statuto di Roma è capace di incidere sulla sovranità degli stessi Stati che vi aderiscono, perché contempla meccanismi permanenti di salvaguardia dell'autonomia ed indipendenza della Corte<sup>1164</sup>.

La condotta degli Stati, la si voglia etichettare come “serietà”, necessità di ponderare, “ostruzionismo” o “peggio”<sup>1165</sup>, si è mossa sulla falsariga della diffidenza anche nei confronti della Corte penale internazionale. Solo recentemente ha assunto toni più sfumati<sup>1166</sup>, anche grazie a *revirements* di importanti Stati<sup>1167</sup> sul versante della cooperazione.

Nel richiedere l'adattamento spesso si lascia un certo margine di discrezionalità, il che sembra un modo per rispettare la sovranità statale, ma questo fa fallire nell'intento uniformante iniziale.

### 3. I lineamenti del crimine internazionale visti attraverso la lente bifocale dell'adattamento: *a Janus face?*

Le modalità di adattamento soccorrono, più di ogni altro fattore, a definire il rapporto tra diritto penale interno e diritto penale internazionale. Si è parlato di internizzazione del diritto internazionale e della sua trasformazione in una branca del diritto interno<sup>1168</sup>, forse presentando, con straordinaria preveggenza, le modalità dell'adattamento del diritto interno al diritto internazionale: procedimento volto non solo ad “immettere” le norme internazionali negli ordinamenti interni, ma a trasformarle in norme interne, a “nazionalizzarle”, operando una trasformazione del diritto internazionale in diritto interno, prassi italiana prodottasi nel riformulare il contenuto degli atti vincolanti dell'ONU, mediante atti *ad hoc* di attuazione, e ripetuta anche per strumenti normativi di origine pattizia *self-executing*, con conseguente alterazione del relativo contenuto<sup>1169</sup>. Prassi universale ripercorsa nel più ristretto ambito

---

<sup>1164</sup> Così L. PICOTTI, *Sulle sfide del diritto penale nel XXI secolo*, op. cit., pp. 93 ss., p. 105.

<sup>1165</sup> Ancora V. PESKIN, *International Justice in Rwanda and The Balkans*, op. cit., p. 253: *In June 2007, John B. Bellinger III, the State Department legal advisor, articulated further change in the U.S. approach to the ICC, underscoring Washington's need to be perceived as a supporter of international justice. «The very seriousness with which we approach international law is sometimes mischaracterized as obstructionism or worse».* L'Autore si sofferma sull'iniziale ostruzionismo degli Stati Uniti. Altresì su tale aspetto H. H. JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo ed internazionale*, op. cit., pp. 1 ss., p. 15 sull'*accanimento* degli Stati Uniti contro la Corte penale internazionale. Il corsivo è nostro. Lo stesso Autore (p. 18) non trascurava considerazioni su modalità surrettizie degli Stati di attirare a sé porzioni ulteriori di sovranità a discapito della Corte. In tal senso anche L. PICOTTI, *Sulle sfide del diritto penale nel XXI secolo*, op. cit., pp. 93 ss., p. 105 e ss.

<sup>1166</sup> L'osservazione è di C. MÈNDEZ RODRÌGUEZ, *L'adeguamento del diritto spagnolo*, op. cit., p. 844.

<sup>1167</sup> V. FANCHIOTTI, *Cessate le ostilità statunitensi verso la Corte penale internazionale*, in *Cass. pen.*, n. 6, 2009, pp. 2652-2653.

<sup>1168</sup> Vedi, *supra*, Parte Terza, Paragrafo 1.

<sup>1169</sup> Sulla teoria della trasformazione o della nazionalizzazione, G. ZICCARDI CAPALDO, *Verso una regolamentazione del rapporto tra ordinamento italiano e trattati internazionali*, op. cit., pp. 23 e 33 e ss.

regionale, nel fornire una tipicità nazionale al congruo novero di reati a monte dell'euromandato, a dispetto di opzioni diverse nello stesso ambito europeo<sup>1170</sup>.

E, infine, emblematicamente riproposte nell'adeguamento del diritto interno allo Statuto della Corte penale internazionale: il fatto che la competenza della Corte penale internazionale funzioni conformemente al principio di complementarità, implica che questo ordine giuridico sopranazionale coesista con il diritto interno degli Stati in relazione allo stesso tipo di fattispecie delittuosa alla cui previsione si obbliga ogni Paese firmatario.

Il procedimento di nazionalizzazione riproposto nell'adeguamento del diritto interno allo Statuto di Roma ha prodotto esiti mutevoli da ordinamento a ordinamento, con ricadute non certo positive sul versante repressivo<sup>1171</sup>.

È stato agevole rilevare come il rapporto tra la dimensione interna e quella internazionale del diritto penale si dibatta tra esigenze e resistenze. Sul versante delle esigenze, è rinvenibile la cooperazione con i Tribunali penali internazionali, che ha come tramite l'adeguamento e come scopo l'effettività. Sul versante delle resistenze, la strenua difesa della sovranità statale, dell'esercizio dello *jus puniendi* e della dogmatica penale, nonché dei principi-baluardo della materia. Tra le esigenze e le resistenze, il (non)sistema creatosi, con tutte le sue storture, colmo di lacune, pretesto per la disapplicazione<sup>1172</sup> e conseguentemente segnato dall'ineffettività.

Una delle vicende più recenti in cui è emerso il problema dell'adattamento delle norme interne allo Statuto di Roma, è quella relativa ai tre mandati di arresto per crimini contro l'umanità emessi nei confronti del *leader* libico *Gheddafi*, di suo figlio *Saif Al-Islam* e del capo dei servizi segreti libici *Abdullah Al-Senussi*<sup>1173</sup>.

La dottrina<sup>1174</sup> ha fatto partire da tale vicenda una serie di riflessioni sulle possibili conseguenze del mancato adattamento dell'ordinamento italiano allo Statuto di Roma, a fronte della eventuale decisione di uno degli indagati di stabilirsi o di transitare in Italia: in tale eventualità,

---

<sup>1170</sup> N. BARTONE, *Diritto penale italiano. Sistema e valori*, op. cit., pp. 43 e 49.

<sup>1171</sup> R. RIZ, *Il diritto penale transfrontaliero*, op. cit., p. 21 ss., pp. 25-26, che si sofferma, in generale, su come la diversità di pene nei singoli Stati per lo stesso fatto costituente reato possa violare i principi di uguaglianza e certezza.

<sup>1172</sup> A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 305. Così l'Autore a proposito della mancata o deficitaria attuazione dei trattati internazionali: «*This phenomenon is all the more serious because many national courts are not prepared to exercise jurisdiction if express national legislation to this effect is lacking. Often they require that the legislation implementing international treaties include not only rules on the criminalization of certain acts (that is legislation providing that certain acts amount to crimes), but also provisions expressly granting jurisdiction to courts over those offences. If such legislation is lacking, courts refuse to take proceedings*». Sulla interpretazione del meccanismo di attivazione della giurisdizione della Corte penale internazionale non solo per ragioni di fatto ma anche per ragioni di diritto, ossia per mancata previsione della fattispecie di reato nell'ordinamento giuridico nazionale, si legga anche MICHELINI, *Lo Statuto della Corte penale internazionale*, op. cit., pp. 367 ss., p. 370.

<sup>1173</sup> ICC, *Prosecutor v. Gaddafi and others*, Case n. ICC-01/11-12, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to *Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, 27 June 2011. Con tale provvedimento, la Prima Camera Preliminare della Corte penale internazionale ha accolto la richiesta formulata dal Procuratore il 16 maggio 2011.

<sup>1174</sup> FRANCESCHELLI, *Gheddafi davanti alla Corte penale internazionale: un'opportunità per adattare le norme interne allo Statuto di Roma*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 10, p. 3603 ss., pp. 3618-3621.

in mancanza di una norma *ad hoc* che consenta di privare della libertà personale un individuo sulla base di un provvedimento della Corte penale internazionale e che renda azionabile la procedura di consegna, si sarebbe dovuto fare ricorso in via analogica ad istituti già disciplinati dal codice di rito italiano. A fronte di tale soluzione, però, sarebbero state difficilmente superabili le eccezioni legittimamente sollevabili in punto di diritto.

La Corte penale internazionale, ad oggi, sembra una delle più importanti voci nel passivo del bilancio della giustizia penale internazionale<sup>1175</sup>, tra impatto sugli ordinamenti coinvolti e (non)cooperazione degli stessi.

A meno che non si voglia indulgere ad una valenza minimale della Corte permanente, che si prospettava prima ancora che essa venisse alla luce, come foro di raccolta delle *notitiae criminis*, antepoendo una funzione preventiva<sup>1176</sup> e latamente deterrente<sup>1177</sup> e tralasciando l'aspetto repressivo, è motivo di preoccupazione il fatto che l'Italia, dopo più di dieci anni dall'emanazione dell'ordine di esecuzione dello Statuto di Roma, non abbia ancora adottato una legge sui crimini internazionali<sup>1178</sup>, tanto da fare dire che «La storia dell'attuazione dello Statuto è, per l'Italia, la storia di un appuntamento mancato»<sup>1179</sup>.

Ma l'adattamento allo Statuto della Corte penale internazionale vanta altre immagini, efficaci quanto suggestive, nel modo delle metafore, dal compimento di un viaggio interrotto a metà, al treno (modalità di esecuzione nazionale) staccato dalla locomotiva (legge che autorizza la

---

<sup>1175</sup> G. BOSCO, *L'International Law Association*, op. cit., pp. 45 ss., p. 49.

<sup>1176</sup> Così F. LATTANZI, *L'amministrazione della giustizia penale ad opera di una Corte internazionale: una timida sfida all'impunità*, in *Ars interpretandi*, 2001, p. 195 ss., p. 222. L'Autrice, ponendo l'accento sull'importanza della funzione repressiva, ricorda che nel mese di aprile 1993 apparve un rapporto di M'Baye, incaricato dalla Commissione dei diritti dell'uomo di condurre un'inchiesta in Ruanda, che denunciava sia i crimini fino ad allora perpetrati che la pianificazione di un genocidio futuro. Tuttavia si rimase inerti e non fu compiuta alcuna denuncia a livello di opinione pubblica mondiale. *La notitia criminis* è rimasta sommersa nel mare di documenti che ogni giorno vengono prodotti dalle Nazioni Unite. Ebbene, se ci fosse stata la Corte penale internazionale, questo non sarebbe accaduto e si sarebbe potuto, forse, evitare il genocidio del 1994.

<sup>1177</sup> A tale proposito, giova ricordare che il versante della deterrenza è una delle note negative relative al funzionamento dei Tribunali penali internazionali. Cassese, primo Presidente del Tribunale per la ex-Jugoslavia, ha sottolineato il fallimento di uno degli obiettivi affidato al Tribunale, ossia proprio la funzione di dissuasione dal commettere nuove atrocità. Il genocidio successivo alla presa di Srebrenica è, infatti, avvenuto nel luglio 1995, quando il Tribunale già era stato istituito. Sulle aspettative di deterrenza rispetto ad ulteriori violazioni che si riponevano nella istituzione del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, si veda anche G. CONSO, *Dai Tribunali internazionali penali ad hoc alla Corte criminale*, op. cit., p. 208.

<sup>1178</sup> F. POCAR, *Fonti del diritto penale internazionale*, op. cit., p. 30. L'Autore, nelle ultime battute del suo contributo, si augura che la legge venga approvata al più presto ai fini di un completo adeguamento del nostro ordinamento agli obblighi internazionali che gli derivano dal diritto internazionale consuetudinario e convenzionale e di un dialogo efficace e ordinato tra giudici italiani, internazionali e stranieri in una materia che è di interesse primario per l'intera comunità internazionale. Gli fa eco G. DELLA MORTE, *La conferenza di revisione*, op. cit., p. 712. L'Autore, riferendosi alla Conferenza di revisione dello Statuto della Corte penale internazionale, tenutasi a Kampala dal 31 maggio all'11 giugno 2010, si riferisce all'impegno assunto in quella sede dal governo italiano di smistare le singole richieste presso gli organi competenti a livello statale, in assenza di una legge di esecuzione che ripostulasse il tessuto normativo interno consentendo la piena e completa attuazione dello Statuto di Roma, ratificato con ordine di esecuzione l'anno successivo all'adozione dello Statuto ed ancora in attesa di una serie di norme di adattamento, Cfr. la Legge 12 luglio 1999, n. 232, pubblicata in G.U. 19 luglio 1999, n. 167, supplemento ordinario.

<sup>1179</sup> J. P. PIERINI, *All'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto*, op. cit., p. 3318.

ratifica) ed impantanato nel groviglio dei lavori parlamentari<sup>1180</sup>. Fino alla figura, decisamente più reale, dei cassetti ministeriali<sup>1181</sup> che hanno accolto i vari disegni di legge<sup>1182</sup>, frutto di tentativi, purtroppo vani, di uscire dal dedalo delle infinite vie dell'adattamento.

Sembra che, nel bilanciamento tra esigenze e resistenze, la giustizia possa attendere.

Ma, in generale, il rapporto tra la dimensione interna e quella internazionale del diritto penale genera un reato dalle fattezze ambigue, che trova, forse, nel viso di Giano la sua più efficace rappresentazione<sup>1183</sup>.

---

<sup>1180</sup> Per entrambe le immagini siamo debitori a P. BENVENUTI, *Italy and implementation of the ICC*, *op. cit.*, rispettivamente p. 1443 e 1445.

<sup>1181</sup> È un'immagine di G. DE SIMONE, *L'attuazione in Italia dello Statuto di Roma*, *op. cit.*, p. 156.

<sup>1182</sup> J. P. PIERINI, *All'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto*, *op. cit.*, p. 3318 cita non solo le proposte di legge dedicate all'attuazione della Corte penale internazionale, ma anche i manuali dedicati a questa tematica: quello di *Human Rights Watch*, quello *No Peace Without Justice*, ed, infine, non per ordine di importanza, quello di *Amnesty International*. Si ricorda, altresì, l'ultimo disegno di legge contenente le norme di adeguamento alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, il d.d.l. n. S-2769, approvato dalla Camera dei deputati l'8 giugno 2011 e trasmesso al Senato il 9 giugno 2011, articolato in tre capi, rispettivamente dedicati alle disposizioni generali (artt.1-9), alla consegna degli imputati (artt. 10- 13) ed alla esecuzione dei provvedimenti della Corte penale internazionale (artt. 14-23). In molti, hanno sollecitato, nel corso dei loro interventi in seno alla Camera, la definitiva approvazione di un testo unificato che, anche alla luce dei recenti sviluppi internazionali, riveste straordinaria importanza (*Rao*), soprattutto nell'ottica della credibilità internazionale del Paese e della universalizzazione degli istituti giuridici penalistici (*Ria*), riprendendo la strada del proficuo impegno profuso dall'Italia nell'apertura della Conferenza diplomatica e nei negoziati che hanno condotto all'istituzione della Corte penale internazionale (*Gozzi*), e con la precipua finalità di rendere effettiva la giustizia penale internazionale (*Palomba*).

<sup>1183</sup> K. AMBOS, *Latin American and International Criminal Law: Introduction and General Overview*, in *Int. Crim. L. Rev.*, vol. 10, n. 4, 2010, p. 431 ss., p. 435, cit., J. L. GUZMÁN DALBORA, *The Treatment of International Crimes in Chilean Jurisprudence*, *op. cit.*

## Conclusioni

Il diritto penale internazionale è caratterizzato geneticamente da una tensione tra la connotazione penalistica e la matrice e l'ambito internazionale di applicazione.

La tentazione di una trasposizione automatica di concetti e modalità applicative tipicamente interni è sempre in agguato, ma autorevoli voci tentano di scoraggiarla: Cassese nella sua *Separate Opinion* nel giudizio *Erdemović*, ha sottolineato che, nel considerare un concetto proprio del diritto penale interno, il giudice internazionale deve valutare attentamente se il contesto applicativo imponga o meno «un significato totalmente autonomo» o l'opportunità di qualche adattamento al quale sottoporre il concetto perché possa essere correttamente applicato.

È stata solo una delle tante, autorevoli voci che si sono levate contro la trasposizione acritica e meccanica del diritto penale interno nel contesto internazionale, una trasposizione compiuta senza tenere conto del diverso contesto in cui viene generata e deve essere repressa la *Makrokriminalität*.

Compiuta una approfondita trattazione della struttura del reato, attraverso una tipicità, una antigiuridicità ed una colpevolezza trasfigurate dalle necessità del contesto applicativo internazionale, tanto da divenire entità autonome e *sui generis* rispetto a quelle del diritto penale interno, quel che resta è la certezza che il diritto penale internazionale è una branca rudimentale del diritto, la cui emersione e sviluppo costituiscono la risultante di un processo di stratificazione complesso e variegato, talora casuale, in cui, spesso, hanno predominato attività di organi giurisdizionali ed esigenze meramente processuali, e che ha condotto a risultati lontani dalle tradizionali parti generali e speciali dei codici penali.

Tali caratteristiche sarebbero tanto radicate e tuttora pervasive da giustificare l'idea che neppure le recenti elaborazioni normative siano sufficienti per costruire un sistema giuridico coerente. In questo (non) sistema si inseriscono i crimini internazionali, categoria criminale autonoma che, quanto alle forme di repressione, ai limiti della giurisdizione, alle cause di non punibilità o di estinzione del reato o della pena, si distacca nel suo regime giuridico dai singoli sistemi interni di diritto penale.

Se, è chiaro, in linea di principio, quali siano le *guide-lines* da applicare, non altrettanto acclamate sono le modalità operative concrete, che convergono in una sorta di cantiere sempre aperto, in cui si registrano le conclusioni giurisprudenziali, senza, tuttavia, escludere *revirements*.

La varietà che si riscontra sul piano metodologico nell'approcciare il diritto penale internazionale ed il suo dedalo inestricabile di norme di discutibile formulazione, viene efficacemente espressa dalla dottrina: dall'«hasty cut and paste», al «bricolage normatif», alle metafore algebriche, alla «distillazione».

E, con un giudice-*law maker* quale è quello internazionale, che deve metaforicamente improvvisarsi chimico, matematico o dedito ad un improbabile «fai-da-te», resta da chiedersi quale sia l'alchimia prodotta nel suo laboratorio processuale e se conduca alla repressione dei crimini internazionali mantenendosi negli argini del garantismo o bypassandolo in, sia pure occasionali, derive penalistiche.

In questo scenario, non è dato sapere quale sia la metamorfosi subita dalla scienza del diritto penale e con quale riserva mentale si possa fornire una risposta univoca a tale interrogativo. Ma è dato confidare nel fatto che la giustizia penale internazionale sia perfettibile e che le storture finora riscontrabili siano fisiologiche dimostrazioni del fatto che «Ogni inizio di forme superiori di vita è sempre incerto e difettoso».

## TABLE OF CASES/INDICE DEI CASI

### International Court of Justice/Corte internazionale di Giustizia

#### 2007

ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Application of the Convention on the Prevention and the Punishment of the Crime of Genocide, Judgement, 26 February 2007, § 188.

### International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia/Tribunale penale internazionale per la ex-Yugoslavia

#### 1994

ICTY, *Prosecutor v. Milošević*, Case n. IT-02-54-T, Trial Chamber, Decision on Motion for Judgement of Acquittal, 16 June 2004.

#### 1995

ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case n. IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, § 59, § 70, § 248.

#### 1996

ICTY, *Prosecutor v. Erdemović*, Case n. IT-96-22-T, Trial Chamber II, Judgement and Sentence, 29 November 1996, § 96 ss.

#### 1997

ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case n. IT-95-14-PT, Pre-Trial Chamber, 4 April 1997, § 85, § 91.

ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case n. IT-94-1-T, Trial Chamber, Judgement, 7 May 1997, § 229, § 651 ss., § 656, § 674.

ICTY, *Prosecutor v. Erdemović*, Case n. IT-96-22-A, Appeals Chamber, Disposition, 7 October 1997, § 5, § 19.

#### 1998

ICTY, *Prosecutor v. Delalić and others (Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias «Pavo», Hazim Delić and Esad Landžo alias «Zenga» -Čelebići case)*, Case n. IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgement, 16 November 1998, § 20, § 193-198, § 283, § 312, § 328, § 331, § 346, § 364 a 378, § 386, § 387, § 392, § 393, § 395, § 396-400, § 405, § 431, § 439, § 452, § 454, § 473, § 509, §§ 534-542, § 1123, § 1154.

ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, Case n. IT-95-17/1-T, Trial Chamber, Judgement and Sentence, 10 December 1998, § 139, § 143, § 148, § 177, § 179, § 181, § 186, § 284.

#### 1999

ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Case n. IT-95-14/2-PT, Decision on the Joint Defence Motion to Dismiss for lack of Jurisdiction of the amended Indictment alleging «Failure to Punish» Liability, 2 March 1999, § 9 a 16.

ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, Case n. IT-95-14/1-T, Trial Chamber, Judgement, 25 June 1999, § 61-76, § 80, § 87-88, § 145.

ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case n. IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgement, 15 July 1999, § 89, § 188, § 191, § 197, § 220, § 228.

ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, Case n. IT-95-10-T, Trial Chamber I, Judgement, 14 December 1999, § 48, § 66 ss., § 105, § 124.

**2000**

ICTY, *Prosecutor v. Zoran Kupreskić, Mirjan Kupreskić, Vlatko Kupreskić, Drago Josipović, Dragan Papić and Vladimir Santić*, Case n. IT-95-16-T, Trial Chamber II, Judgement, 14 January 2000, § 560, § 561, § 572, § 621, § 636, § 564, § 566, § 580, § 637-704.

ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case n. IT-94-1-A, *Appeals Chamber*, 26 January 2000, § 89, § 185-191, § 196, § 199, § 202-204, § 220, § 224, § 226, § 228.

ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case n. IT-95-14-T, Trial Chamber I, Judgement, 3 March 2000, § 71, § 151-153, § 169, § 184, § 206, § 217, § 220, § 235, § 243, § 244, § 247 ss., § 251, § 254, § 255, § 257, § 260, § 279, § 294, § 307-308, § 314, § 326, § 337, § 484, § 676, § 775, § 782.

ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, Case n. IT-95-14/1-A, *Appeals Chamber*, Judgement, 24 March 2000, § 72.

ICTY, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vuković*, Case n. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Trial Chamber II, Decision on Motion for Acquittal, 3 July 2000, § 16.

ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, Case n. IT-95-17/I-A, *Appeals Chamber*, 21 July 2000, § 111, § 162.

**2001**

ICTY, *Prosecutor v. Delalić and others (Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias «Pavo», Hazim Delić and Esad Landžo alias «Zenga» -Čelebići case)*, Case n. IT-96-21-A, *Appeals Chamber*, Judgement, 20 February 2001, § 191-192, § 197, § 198, § 223-225, § 226, § 241, § 256, § 303, § 333, § 449, § 566, § 570, § 577, § 578, § 582, § 583, § 584, § 585, § 586, § 589, § 590, § 592, § 593, § 594, § 595, § 827, § 838, § 839, § 841.

ICTY, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vuković*, Case n. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Trial Chamber II, Judgement, 22 February 2001, § 102, § 129, § 392, § 399, § 415, § 434, § 435, § 466, § 496, § 497, § 539, § 540, § 543, § 863.

ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Case n. IT-95-14/2-T, Trial Chamber, Judgement, 26 February 2001, § 179, § 185, § 236, § 302, § 367, § 373, § 386, § 427, § 418 a 424, § 428, § 800.

ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, Case n. IT-95-10-A, *Appeals Chamber*, Judgement, 5 July 2001, § 48, § 70, § 102.

ICTY, *Prosecutor v. Todorović*, Case n. IT-95-9/1-S, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 31 July 2001, §18, § 22, § 74, § 89, § 93-95.

ICTY, *Prosecutor v. Krstić (“Srebrenica-Drina Corps”)*, Case n. IT-98-33-T, Trial Chamber I, Judgement, 2 August 2001, § 485, § 502, § 521, § 523, § 524, § 571- 572, § 601, § 616 ss., § 691.

ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić and Prcać (“Omarska and Keratem Camps”)*, Case n. IT-98-30/1, Trial Chamber I, 2 November 2001, § 90, § 199, § 206, § 243, § 258, § 289, § 318, § 323, § 324, § 327, § 401, § 485, § 702.

ICTY, *Prosecutor v. Sikirica, Došen and Kolundžija*, Case n. IT-95-8-S, Trial Chamber III, 13 November 2001, § 178, § 182, § 183, §188, § 189, § 190, § 192, § 197, § 198, § 199.

**2002**

ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case n. IT-97-25-T, Trial Chamber II, Judgement, 15 March 2002, § 41, § 53, § 78, § 93, § 95, §112, §115, §123, § 173, § 182, § 222-223, § 324, § 343, § 474, § 525.

ICTY, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vuković*, Case n. IT-96-23-T, *Appeals Chamber*, 12 June 2002, § 102, § 103, § 119-120, § 142, § 153-156.

ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case n. IT-98-32-T, Trial Chamber II, Judgement, 29 November 2002, § 62, § 67, § 193-202.

**2003**

ICTY, *Prosecutor v. Mladen Naletilić, alias Tuta, and Vinko Martinović, alias Štela*, Case n. IT-98-34-T, Trial Chamber, Judgement, 31 March 2003, § 73, § 236, § 520, § 612, § 613, § 670.

- ICTY, *Prosecutor v. Milutinović, Šainovic and Ojdanić*, Case n. IT-99-37-AR72, Decision of 21 May 2003, on Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise, § 21, § 26, § 30 ss., § 38, § 44, § 143.
- ICTY, *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Case n. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, § 51.
- ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case n. IT-97-24-T, Trial Chamber II, Judgement, 31 July 2003, § 132 ss., § 201, § 435, § 439, § 618, § 677, § 721.
- ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case n. IT-97-25-A, Appeals Chamber, Judgement, 17 September 2003, § 31-33, § 59, § 151, § 154, § 155, § 169, § 218.
- ICTY, *Prosecutor v. Simić, M. Tadić and Zarić*, Case n. IT-95-9-T, Trial Chamber II, 17 October 2003, § 38, § 80, § 101, § 123, § 130, § 353.
- ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Case n. IT-98-29-T, Trial Chamber I, 5 December 2003, § 54.
- 2004**
- ICTY, *Prosecutor v. Krstić* ("Srebrenica-Drina Corps"), Case n. IT-98-33-A, Appeals Chamber, 19 April 2004, § 32, § 129, § 134, § 149, § 150, § 220, § 225.
- ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Case n. IT-02-54-T, Trial Chamber, Judgement, 16 June 2004, § 68, § 291.
- ICTY, *Prosecutor v. Babić*, Case n. IT-03-72-S, Trial Chamber, 29 June 2004, § 32.
- ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Case n. IT-95-14-A, Appeals Chamber, 29 July 2004, § 62 a 64, § 91, § 107, § 113, § 114, § 484, § 663, § 670, § 406.
- ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case n. IT-99-36-T, Trial Chamber II, 1 September 2004, § 278, § 279, § 284, § 285, § 484, § 537, § 542, § 545, § 599, § 658, § 677.
- ICTY, *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Case n. IT-01-47-T, Trial Chamber, Decision on motion for acquittal, 27 September 2004, § 128.
- ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Case n. IT-95-14/2-A, Appeals Chamber, Judgement, 17 December 2004, § 62, § 421, § 422, § 827.
- 2005**
- ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case n. IT-01-42-T, Trial Chamber II, Judgement, 31 January 2005, § 349, § 363, § 373, § 378.
- ICTY, *Prosecutor v. Kvočka, Radić, Žigić and Prcać*, Case n. IT-98-30/1-A, Appeals Chamber, Judgement, 28 February 2005, § 6, § 7, § 82, § 90, § 99, § 182, § 187, § 198, § 704-708.
- ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case n. IT-01-48-T, Trial Chamber I, Section A, Judgement, 16 November 2005, § 32, § 42, § 43, § 53, § 54, § 56, § 68, § 78, § 89, § 95, § 96.
- ICTY, *Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu*, Case n. IT-03-66-T, Trial Chamber II, 30 November 2005, § 513, § 652.
- 2006**
- ICTY, *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Case n. IT-01-47-T, Trial Chamber, 15 March 2006, § 69-75.
- ICTY, *Prosecutor v. Milutinović, Šainovic and Ojdanić*, Case n. IT-05-87-PT, Decision on Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction: Indirect Co-Perpetration, 22 March 2006, § 15.
- ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case n. 97-24-A, Appeals Chamber, Judgement, 22 March 2006, § 62, § 64, § 67.
- ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case n. IT-03-68-T, Trial Chamber II, Judgement, 30 June 2006, § 304.
- ICTY, *Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski*, Case n. IT-04-82-PT, Trial Chamber, Decision on Assigned Pro Bono Counsel Motion Challenging Jurisdiction, 8 September 2006, § 18.
- ICTY, *Prosecutor v. Krajišnik*, Case n. IT-00-39/40-T, Trial Chamber, Judgement, 27 September 2006, § 879, § 1098.
- ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Case n. IT-98-29-A, Appeals Chamber, 30 November 2006, § 175, § 437.

**2007**

- ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, Case n. IT-99-36-A, Appeals Chamber, Judgement, 3 April 2007, § 348, § 427, § 430.
- ICTY, *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, Case n. IT-02-60-A, Appeals Judgement, 9 May 2007, § 280, § 281.
- ICTY, *Prosecutor v. Martić*, Case n. IT-95-11-T, Trial Chamber, 12 June 2007, § 50, § 55, § 97, § 99, § 435, § 436, § 442 ss., § 446.
- ICTY, *Prosecutor v. Mrkšić, Radić and Šljivančanin*, Case n. IT-95-13/1-T, Trial Chamber II, 27 September 2007, § 548.
- ICTY, *Prosecutor v. Halilović*, Case n. IT-01-48-A, Appeals Chamber, 16 October 2007, § 63.
- ICTY, *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, Case n. IT-98-29/1-T, Trial Chamber III, 12 December 2007, § 870.

**2008**

- ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj, Balaj and Brahimaj*, Case n. IT-04-84-T, Trial Judgement, 3 April 2008, § 139.
- ICTY, *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Case n. IT-01-47-A, Appeals Chamber, Judgement, 22 April 2008, § 21, § 28, § 30, § 31, § 189, § 200, § 210, § 213, § 214, § 217, § 221, § 259.
- ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Case n. IT-03-68-A, Appeals Chamber, Judgement, 3 July 2008, § 35, § 57, § 59, § 91, § 92, § 167, § 283, § 284, § 293, § 323-324, § 343.
- ICTY, *Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski*, Case n. IT-04-82-T, Trial Chamber II, 10 July 2008, § 395-397, § 402.
- ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case n. IT-01-47-A, Appeal Judgement, 17 July 2008, § 34, § 55, § 60.
- ICTY, *Prosecutor v. Rasim Delić*, Case n. IT-04-83-T, Trial Chamber I, Judgement, 15 September 2008, § 466.
- ICTY, *Prosecutor v. Martić*, Case n. IT-95-11-A, Appeal Judgement, 8 October 2008, § 80-81, § 299, § 302, § 305, § 308, § 311, § 313, § 314.

**2009**

- ICTY, *Prosecutor v. Milutinović, Šainovic and Ojdanić*, Case n. IT-99-37-T, Trial Chamber, Judgement, 26 February 2009, § 1, § 28.
- ICTY, *Prosecutor v. Krajišnik*, Case n. IT-00-39-A, Appeals Chamber, 17 March 2009, § 161 ss.
- ICTY, *Prosecutor v. Mrkšić and Šljivančanin*, Case n. IT-95-13/1-A, Appeals Chamber, Judgement, 5 May 2009, § 134, §146, §147, § 148, § 150, § 151, nota 526.

**2010**

- ICTY, *Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski*, Case n. IT-04-82-A, Appeals Chamber, 19 May 2010.
- ICTY, *Prosecutor v. Popović and others*, Case n. IT-05-88-T, Trial Chamber II, 10 June 2010, § 1005, § 1018, § 1019, § 1021 ss., § 1030.
- ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj, Balaj and Brahimaj*, Case n. IT-04-84-A, Appeals Chamber, 21 June 2010.
- ICTY, *Prosecutor v. Šljivančanin*, Case n. IT-95-13/1-R.1, Appeals Chamber, 8 December 2010, Trial of Review, Separate opinion of Judges Meron and Güney.

**2011**

- ICTY, *Prosecutor v. Đorđević*, Case n. IT-05-87/1, Trial Chamber, 23 February 2011.
- ICTY, *Prosecutor v. Gotovina and others*, Case n. IT-06-90-T, Trial Chamber, 15 April 2011.

## **International Criminal Tribunal for Rwanda/Tribunale penale internazionale per il Ruanda**

### **1998**

ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case n. ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, Judgement, 2 September 1998, § 40, § 86, § 146, § 473, § 488, § 489, § 491, § 501, § 505, § 506, § 521, § 523, § 579, § 580, § 591, § 594-596, § 605, § 610, § 704-705.

ICTR, *Prosecutor v. Kambanda*, Case n. ICTR-97-23-S, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 4 September 1998, § 14, § 16.

### **1999**

ICTR, *Prosecutor v. Serushago*, Case n. ICTR 98-39-S, Judgement and Sentence, 5 February 1999, § 13, § 40 -41.

ICTR, *Prosecutor v. Kayshema and Ruzindana*, Case n. ICTR-95-1-T, Trial Chamber II, Judgement, 21 May 1999, § 94, § 115-116, § 123, § 133, § 136-140, § 142, § 144, § 146, § 151-153, § 196, § 197, § 200, § 202, § 216, § 222, § 227, § 538-540.

ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Case n. ICTR-96-3, Trial Chamber, Judgement and Sentence, 6 December 1999, § 33, § 50, § 51, § 70, § 80, § 81, § 82, § 86 ss., § 451.

### **2000**

ICTR, *Prosecutor v. Musema*, Case n. ICTR-96-13-T, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 27 January 2000, § 11, § 148, § 157, § 203, § 205, § 217, § 226, § 228, § 232, § 233, § 981.

ICTR, *Prosecutor v. Ruggiu*, Case n. ICTR 97-32-I, Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 1 June 2000, § 69-72.

### **2001**

ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case n. ICTR-96-4-A, Appeals Chamber, 1 June 2001, § 496, § 579, § 581, § 589.

ICTR, *Prosecutor v. Kayshema and Ruzindana*, Case n. ICTR-95-1-A, Appeals Chamber, 1 June 2001, § 133, § 134, § 142, § 147, § 149, § 151, § 201.

ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, Case n. ICTR-95-1A-T, Trial Chamber I, Judgement, 7 June 2001, § 37, § 49, § 50, § 57, § 61, § 94.

### **2002**

ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, Case n. ICTR-95-1A-A, Appeals Chamber, Judgement, 3 July 2002, § 61.

### **2003**

ICTR, *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana*, Case n. ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T, Trial Chamber, 21 February 2003, § 804.

ICTR, *Prosecutor v. Semanza*, Case n. ICTR-97-20-T, Trial Chamber III, 15 May 2003, § 327, § 328, § 332, § 377.

ICTR, *Prosecutor v. Niyitegeka*, Case n. ICTR-96-14-T, Trial Chamber, Judgement and Sentence, 16 May 2003, § 439, § 442.

ICTR, *Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli*, Case n. ICTR-98-44-T, Trial Chamber II, 1 December 2003, § 757, § 776.

ICTR, *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, Case n. ICTR-99-52-T, Trial Chamber, Judgement and Sentence, 3 December 2003, §§ 983-1009.

### **2004**

ICTR, *Prosecutor v. Kamuhanda*, Case n. ICTR-95-54A-T, Trial Chamber II, 22 January 2004, § 592, § 607.

### **2005**

ICTR, *Prosecutor v. Simba*, Case n. ICTR-01-76-T, Trial Chamber, Judgement, 13 December 2005.

ICTR, *Prosecutor v. Kajelijeli*, Case n. ICTR-98-44A-A, Appeals Chamber, Judgement, 23 May 2005, § 85.

### **2006**

ICTR, *Prosecutor v. Bisengimana*, Case n. ICTR-00-60-T, Trial Chamber II, 13 April 2006, § 31.

ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Case n. ICTR-96-3-A, Appeals Judgement, 26 May 2006, § 590.

ICTR, *Prosecutor v. Gacumbitsi*, Case n. ICTR-2001-64-A, Appeals Judgement, 7 July 2006, § 60, § 158, § 206.

- ICTR, *Prosecutor v. Ntagerura and others*, Case n. ICTR-99-46-A, Appeals Chamber, 7 July 2006, § 659.
- ICTR, *Prosecutor v. Mpambara*, Case n. ICTR-01-65-T, Trial Chamber, 11 September 2006, § 13, § 15, § 22, § 24.
- ICTR, *Prosecutor v. Muvunyi*, Case n. ICTR-00-55-T, Trial Chamber II, 12 September 2006, § 460.
- ICTR, *Prosecutor v. Seromba*, Case n. ICTR-2001-66-1, Trial Chamber, 13 December 2006, § 303.
- 2007**
- ICTR, *Prosecutor v. Nzabirinda*, Case n. ICTR-2001-77-T, Trial Chamber II, 23 February 2007, § 15.
- ICTR, *Prosecutor v. Nahimana and others*, Case n. ICTR-99-52-A, Appeals Chamber, Judgement, 28 November 2007, § 485-486.
- 2008**
- ICTR, *Prosecutor v. Seromba*, Case n. ICTR-2001-66-A, Appeal Judgement, 12 March 2008, § 161, § 171, § 172, § 174, § 181, § 182, § 185, § 190.
- ICTR, *Prosecutor v. Bikindi*, Case n. ICTR-01-72-T, Trial Chamber, 2 December, 2008, § 396.
- 2009**
- ICTR, *Prosecutor v. Renzaho*, Case n. ICTR-97-31-T, Trial Chamber, 14 July 2009, § 817.
- ICTR, *Prosecutor v. Rukundo*, Case n. ICTR-2001-70-T, Trial Judgement, 27 February 2009, § 23.
- 2010**
- ICTR, *Prosecutor v. Rukundo*, Case n. ICTR-2001-70, Appeals Judgement, 20 October 2010, § 260.

### **International Criminal Court/Corte penale internazionale**

- 2006**
- ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo and Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of charges, Case n. 01/04-01/06 OA 15 OA 16, 10 February 2006, § 87, § 329, § 332, § 450, § 458, § 461, § 463, § 480, § 495-518.
- ICC, *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-al-Rahman (“Ali Kushayb”)*, Case n. ICC-02/05-01/07-01, Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute del 27 aprile 2007, § 62.
- 2007**
- ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Case n. 01/04-01/06, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, Case n. 01/04-01/06 OA 15 OA 16, 29 January 2007, § 328, § 334 ss., § 339, § 341.
- 2008**
- ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo and Ngudjolo Chui*, Case n. 01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, § 491-494, § 499, §500-505, § 508, § 509, § 518, § 534, § 538.
- ICC, *Prosecutor v. Katanga*, Case n. ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber I, Decision of 30 September 2008, § 488, § 492.
- 2009**
- ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Case n. ICC-01/05-01/08, Pre-Trial Chamber II, Decision of 15 June 2009, § 348.
- 2011**
- ICC, *Prosecutor v. Gaddafi and others*, Case n. ICC-01/11-12, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 as to *Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, 27 June 2011.

### **Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia/Camere Straordinarie Cambogiane**

#### **2009**

ECCC OCIJ, *Prosecutor v. Thirith Ieng and others*, Case n. 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, Decision on Ieng Thirith's Appeals Against Order on Extension of Provisional Detention, 11 May 2009, § 25.

ECCC OCIJ, *Prosecutor v. Khieu Samphan and others*, Case n. 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, Decision on Samphan's Appeals Against Order Refusing Request for Release and Extension of Provisional Detention Order, 3 July 2009, § 137.

#### **2010**

ECCC, *Prosecutor v. Ieng and others*, Case n. D97/15/9, Pre-Trial Chamber, Decision of 20 May 2010, § 38.

ECCC, *Prosecutor v. M. Kaing Guek Eav alias Duch*, Case n. 001/18-07-2007/ECCC/TC, Trial Chamber, Judgement, 26 July 2010, §§ 28 ss.

### **Special Court for Sierra Leone/Corte Speciale per la Sierra Leone**

#### **2007**

SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, Case n. SCSL-04-16-T, Trial Chamber, Judgement, 20 June 2007, § 67, § 697, § 713-714.

#### **2008**

SCSL, *Prosecutor v. Brima and others*, Case n. SCSL-04-16-A, Appeals Chamber, Judgement, 22 February 2008, § 76, § 77, § 78, § 80, § 84, § 87, § 184, § 195, § 196, § 199, § 201, § 202, § 257.

SCSL, *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, Case n. SCSL-04-14-A, Appeals Chamber, Judgement, 28 March 2008, § 223-224.

#### **2009**

SCSL, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Case n. SCSL-04-15-T, Trial Chamber, Judgement, 2 March 2009, § 154, § 155, § 156, § 157, § 310-311-312.

SCSL, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Case n. SCSL-04-15-A, Appeals Chamber, Judgement, 26 October 2009, § 888.

### **Special Panel for Serious Crimes of East Timor/ I Panel Speciali per i gravi crimini di Timor Est**

SPET, *Prosecutor v. José Cardoso Ferreira*, Case n. 4c/2001, Trial Judgement, 5 April 2003.

### **Iraqi High Tribunal/Alto Tribunale Iracheno**

IHT, *Prosecutor v. Al Dujail Lawsuit*, Case n. 1/9 First/2005, Trial Judgement, 3 November 2006.

- AMARELLI, *Riflessioni a margine del lavoro di Vassalli sulla formula di Radbruch nel ventennale della caduta del muro di Berlino*, in *Ind. pen.*, n. 2, 2010, p. 911.
- AMATI, *La repressione dei crimini di guerra tra diritto internazionale e diritto interno*, in ILLUMINATI, STORTONI e VIRGILIO, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia-Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 101 ss., pp. 102-103.
- AMATI, *Quale repressione per i crimini di guerra?*, in *Ind. pen.*, 2000, n. 2, pp. 227-238.
- AMATI, *L'efficacia esimente dell'ordine del superiore in relazione ai crimini di guerra nel diritto interno e nel diritto internazionale*, in *Ind. pen.*, 2001, n. 2, 943.
- AMATI, *Principio di precisione e concorso di persone nel reato*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, 2004, pp. 305-317.
- AMATI, *I crimini di guerra*, in AMATI, CACCAMO, COSTI, FRONZA e VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale, Collana Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo*, Giuffrè Editore, 2006, p. 361 ss., p. 368.
- AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Volkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, pp. 648, 690, 856.
- AMBOS e OTHMAN, *New approaches in international criminal justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia* / Kai Ambos, Mohamed Othman Eds. - Freiburg in Breisgau : Max-Planck-Institut, 2003, XI, p. 282.
- AMBOS, *A Construção de uma Parte Geral do Direito Penal Internacional*, in AMBOS e JAPIASSÚ (a cura di), *Tribunal penal internacional -Possibilidades e desafios-*, Editora Lumen Juris, 2005, pp. 1 e 10.
- AMBOS, *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, M. Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006.
- AMBOS, *International Cooperation in Criminal Matters*, in *Crim. L. Forum*, n. 2, 2008, pp. 299-302.
- AMBOS, *Latin American and International Criminal Law: Introduction and General Overview*, in *Int. Crim. L. Rev.*, Volume 10, n. 4, 2010, pp. 431-439.
- APONTE CARDONA, *Criminal Prosecution of International Crimes: The Colombian Case*, in *Int. Crim. L. Rev.*, vol. 10, n. 4, 2010, pp. 549-569.
- ASCENSIO, *La banalité des sources du droit international pénal par rapport aux sources du droit international général*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, 2004, p. 403-409.
- AYAT, *Quelques apports des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc et notamment le TPIR, à la lutte contre les violences sexuelles subies par les femmes durant les genocide et les conflits armés*, in *Int. Crim. L. Rev.*, Vol. 10, n. 5, 2010, pp. 787-827.
- BAGARIC e MORSS, *International Sentencing Law: In Search of a Justification and Coherent Framework*, in *Int. Crim. L. Rev.*, 2006, volume 6, n. 2, pp. 191-255.
- BALBONI, *Da Norimberga alla Corte penale internazionale*, in ILLUMINATI, STORTONI e VIRGILIO, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia- Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 3-26.

- BALBONI, *La coutume entre nécessité et volonté*, in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, 2004, p. 269 ss., p. 269 nota 2.
- BALMACEDA, *Aplicação Direta dos Tipos Penais do Estatuto do Tribunal Penal Internacional no Direito Interno*, in AMBOS e JAPIASSÚ (a cura di), *Tribunal penal internacional -Possibilidades e desafios-*, Editora Lumen Juris, 2005, pp. 163-182.
- BARBERINI, *L'Italia condannata per tortura*, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2010, fasc. 2, pp. 62-64.
- BARTONE, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato -Analisi strutturale comparata dei reati di frode/truffa nelle sovvenzioni, criminalità informatica, furto, racket/estorsione, riciclaggio, corruzione, associazione per delinquere in Italia, Francia, Germania, Spagna-*, Prefazione di Giuliano Vassalli (anche in G. Vassalli, *Ultimi scritti*, Milano, Giuffré, 2007), Milano, Giuffré Editore, 2003, pp. I- XV, 1- 338.
- BARTONE, *La risposta normativa europea alla criminalità transnazionale e salvaguardia del principio di tipicità nazionale della fattispecie di reato*, in *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Atti del III Convegno Internazionale promosso dal Centro Studi Giuridici "Francesco Carrara", 24-25 maggio 2002, a cura di A. Antuonfermo, Milano, Giuffré, 2005, p. 499 ss., p. 502.
- BARTONE, *La Koinè normativa europea, l'attualità nell'ottica di Francesco Carrara di un diritto penale non nazionalmente limitato o condizionato*, Relazione tenuta nel dicembre 2005 a Lucca al Convegno internazionale "Francesco Carrara nel bicentenario della nascita", organizzato dal Centro Studi Giuridici Francesco Carrara, 2005, pp. 1-10.
- BARTONE, *Diritto penale italiano. Sistema e valori. Giurisprudenza e ottica europea. Attuale e nuova codificazione*, pp. I-XXIV, 1- 420, Cedam, Padova, Seconda Edizione, 2007.
- BASSIOUNI, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publisher, 1996, pp. 350-351.
- BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale- Un quadro teorico*, Giuffré Editore, 1999, p. 9.
- BASSIOUNI, *International Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> Ed., Transnational publishers, 1999, p. 14.
- BASSIOUNI, *In memoriam Giuliano Vassalli*, in *Rev. int. dr. pén.*, 2009, pp. 435-437.
- BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, 2011, p. 8.
- BELLELLI, *Lo Statuto di Roma e la Costituzione italiana*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale -Organi - competenze-reati- processo*, Giuffré Editore, 2006, pp. 1597-1647.
- BENVENUTI, *Italy and implementation of the ICC Statute in national legislation: updating and brief remarks*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999- IV, pp. 1443-1447.
- BENVENUTI, *Italy, implementation of the ICC Statute in national legislation, constitutional aspects*, in KREß & LATTANZI (a cura di), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders - Volume I*, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, Il Sirente, 2000, pp. 123-137.
- BERSTER, "Duty to Act" and "Commission by Omission", in *Int. Crim. L. Rev.*, 2010, Vol. 10, n. 5, pp. 619- 646.
- BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2001, p. 850.

- BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 2, 2006, p. 539.
- BERTOLINO, *Normalità del male e patologia mentale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3, 2007, p. 285.
- BERTOLINO, *Il “breve” cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in *Criminalia*, 2009, p. 338 ss.
- BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Cedam, 2007.
- BOSCO, *States Cooperation with the International criminal Tribunal for ex-Yugoslavia*, in *Riv. coop. giur. int.*, n. 8, 2001, p. 27 ss., p. 28.
- BOSCO, *L'accordo tra l'Italia e le Nazioni Unite per l'esecuzione delle sentenze del Tribunale penale internazionale per il Ruanda*, in *Riv. coop. giur. int.*, n. 18, 2004, pagg. 21-26.
- BOSCO, *L'International Law Association e la Conferenza di revisione dello Statuto di Roma*, in *Riv. coop. giur. int.*, n. 35, 2010, pp. 45 ss., p. 45-49.
- BOYLE, *Génocide et crimes contre l'humanité: convergences et divergences*, in FRONZA e MANACORDA, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc -Études des Law Clinics en droit pénal international-*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 124-140.
- BRUNO, *Le crime de génocide dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yugoslavie et pour le Rwanda*, in FRONZA e MANACORDA, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc -Études des Law Clinics en droit pénal international-*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 94-108.
- BUFALINI, *La Joint Criminal Enterprise davanti alle Camere cambogiane e il rapporto tra norme consuetudinarie e principio di legalità nel diritto internazionale penale (Nota a Camere Straordinarie Cambogia, 20 maggio 2010)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3, 2010, pp. 658-664.
- CADOPPI- MC CALL SMITH, *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, Padova, 1995, p. 262 ss.
- CADOPPI, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Presentazione*, in A.A.V.V., *Omnis definitio in iure periculosa?, Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Cedam, 1996, pp. 1 ss.
- CAIANIELLO, *Il processo penale nella giustizia internazionale: casi giurisprudenziali dall'esperienza dei Tribunali ad hoc*, in ILLUMINATI, STORTONI e VIRGILIO, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia- Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 137 ss., p. 145 ss.
- CAIANIELLO e FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Ind. pen.*, 2002, n. 1, pp. 307-334.
- CAIANIELLO, *Indeterminatezza delle fattispecie e ruolo creativo del giudice in tema di ammissione ed acquisizione della prova nel processo penale davanti alla corte penale internazionale*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, 2004, pp. 339-351.
- CANNATA, *La dimensione linguistica delle norme penali internazionali: brevi considerazioni in margine al rapporto tra multilinguismo e principio di determinatezza*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal, op. cit.*, p. 319 ss., p. 320.
- CAPELLÀ I ROIG, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Universitat de les Illes Balears –Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

- CARNEVALI, *I principi del primato e della complementarità nel diritto penale internazionale. Alla ricerca di una necessaria armonizzazione tra le giurisdizioni nazionali e internazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2010, pp. 1653-1671.
- CARO CORIA, *Prosecuting International Crimes in Peru*, in *Int. Crim. L. Rev.*, vol. 10, n. 4, 2010, pp. 582-600.
- CARTUYVELS, DUMONT, OST, VAN DE KERCHOVE e VAN DROOGHENBROECK (*sous la direction de*), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Éditions Bruylant, 2007.
- CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare. La problematica distinzione del Tribunale Costituzionale spagnolo (commento alla sent. n. 235/2007)*, 3 aprile 2008, in *Quad. cost.*, pp. 2, 3 e 4.
- CASSESE, *Il tribunale internazionale per l'ex-Iugoslavia al passo decisivo*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 13.
- CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. I. Diritto sostanziale*, Bologna, 2005, pp. 166-167.
- CASSESE, *Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law. The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 410 ss., p. 416.
- CASSESE, *One Some Problematical Aspects of the Crime of Aggression*, in *Leiden Journal of Int. Law*, 2007, p. 846.
- CASSESE, *International Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> Ed., Oxford University Press, 2008, pp. 8-9.
- CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, in *Riv. dir. int.*, 1993, 1058-1080.
- CAVICCHIOLI, *Il costringimento psichico come causa di esclusione della colpevolezza nei crimini contro l'umanità: il caso Erdemović*, in *Riv. dir. int.*, 1997, pp. 373-395.
- CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n.1, 2005, pp. 247-300.
- CERISOLI, CIMINO, D'ERRICO, VASAPOLLO e DELL'OSSO, *Le cosiddette "reazioni ad eventi": quadri psicopatologici di interesse medico-legale- Il disturbo post-traumatico da stress (DPTS)*, in *Zacchia*, n. 1, 2004, p. 16 ss., p. 34.
- CHIAVARIO, *Frammenti di riflessione sul contesto europeo della codificazione processuale penale, ieri e oggi*, in *Cass. pen.*, pp. 3279-3289.
- CICIRIELLO, *L'aggressione in diritto internazionale*, Napoli, 2002, p. 13.
- CODA e FORNARI, *La perizia psichiatrica come mezzo di prova*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 4-5, 2001, p. 771.
- COLLICA, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2008, p. 1170.
- CONSO, *Dai Tribunali internazionali penali ad hoc alla Corte criminale*, in BARTONE (a cura di) *Diritto penale europeo*, Cedam, 2001, p. 203-215.
- CRICRÌ, *Imputazione alternativa e qualificazione giuridica del fatto: un binomio inconciliabile*, in *Cass. pen.*, n. 2, 2010, pp. 856-862.
- CRYER, FRIMAN, ROBINSON e WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2007, p. 96.
- D'AMICO, *Il carteggio inedito tra Francesco Carrara e Luigi Majno*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 2, 2006, p. 369-387.
- DAMAŠKA, *L'incerta identità delle Corti penali internazionali*, in *Criminalia*, 2006, pp. 9-55.

- DARCY, *The doctrine of Superior Responsibility*, in *Rethinking International Criminal Law -The Substantive Part-*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007, p. 131 ss., pp. 139-142.
- DAWAN, *Reati gravissimi e condotte ripugnanti non costituiscono per ciò solo indizio di infermità rilevante per l'imputabilità*, in *Giur. merito*, n. 6, 2010, p. 1630.
- DE CATALDO NEUBURGER, *La psicologia della testimonianza dal codice di Manu ai giorni nostri (passando per la Santa Inquisizione)*, in *Psichiatria, Psicologia e Diritto*, Anno I, n. 1, 2009.
- DE FRANCESCO, *Variazioni penalistiche alla luce dell'esperienza comparata-Riflettendo su di una recente indagine in tema di diritto penale scozzese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, n. 1, pp. 233-253.
- DE FRANCESCO, *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, pp. 5-10.
- DE FRANCESCO, *Le sfide della politica criminale: "integrazione" e sviluppo dei sistemi repressivi, nel quadro dell'internazionalizzazione della tutela penale*, in FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale - Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2006, pp. 47-65.
- DELMAS-MARTY, *L'influence du comparé sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux*, in *Crimes internationaux et juridictions internationales, sous la direction de CASSESE e DELMAS-MARTY*, PUF, Paris 2002, p. 105.
- DELMAS-MARTY, *Droit comparé et droit international: interactions et internomativité*, in *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, in CHIAVARIO (a cura di), Milano, 2003, pp. 20-21.
- DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004.
- DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, n. 1, pp. 3-15.
- DELMAS-MARTY, PIETH e SIEBER (a cura di), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Paris 2008, p. 39 ss.
- DELMAS-MARTY, *Violenza e massacri: verso un diritto penale dell'inumano?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 2009, pp. 753-766.
- DEL TUFO, *Problemi di adeguamento ai trattati internazionali in materia penale*, in ZICCARDI CAPALDO (a cura di), *Attuazione dei Trattati Internazionali e Costituzione italiana. Una riforma prioritaria nell'era della Comunità globale - Atti del Convegno Internazionale*, Università di Salerno, 13-14 dicembre 2001, ESI, 2003, pp. 163-175.
- DELLA MORTE, *La conferenza di revisione dello Statuto della Corte penale internazionale ed il crimine di aggressione*, in *Riv. dir. int.*, n. 3, 2010, pp.697-752.
- DE SIMONE, *L'attuazione in Italia dello Statuto di Roma*, in FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale -Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2006, pp. 155-169.
- DE VERGOTTINI, *Un nuovo codice penale per le missioni militari*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2011, pp. 107-110.
- DEL VECCHIO, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Cacucci Editore, 2009, pp. 200, 203-233.
- DI MARTINO, *Postilla sul principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, op. cit., 2004, p. 329 ss., p. 330.

- DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale- Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 2006, pp. 67- 92.
- DONINI, *Presentazione*, AMATI, CACCAMO, COSTI, FRONZA e VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Collana *Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo*, Giuffré Editore, 2006, p. XIII-XIX.
- DONINI, *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla "necessaria sproporzione" della pena nelle gross violations*, in *Cass. pen.*, 2007, n. 1, p. 7-23.
- DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, n. 4, p. 1646.
- DUFFY e HUSTON, *Implementation of the ICC Statute: international obligations and constitutional considerations*, in KREß & LATTANZI (a cura di), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders - Volume I*, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, Il Sirente, 2000, p. 29 ss., pp. 29-49.
- ELEWA BADAR, *Rethinking Mens Rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, in A.A.V.V., *Rethinking International Criminal Law -The Substantive Part-*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007, p. 32.
- ELEWA BADAR e KARSTEN, *Current Developments at the International Criminal Tribunals* (2008), in *Int. Crim. L. Rev.*, 2009, volume 9, n. 1, pp. 227-251.
- ESER, *Verso una Corte penale internazionale: nascita e fondamenti dello Statuto di Roma*, in *Ind. pen.*, n.1, 2002, pp. 279-305.
- ESPOSITO, *La définition des crimes et le rôle du droit comparé: comment les juges comblent les lacunes normative*, in FRONZA e MANACORDA, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc- Études de Law Clinics en droit pénal International*, Dalloz-Giuffré Editore, 2003, p. 43.
- ESPOSITO, *Il principio di legalità*, in CASSESE, CHIAVARIO e DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 219 ss., p. 219.
- ESPOSITO, *I crimini contro l'umanità*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale -Organi- competenze- reati- processo*, Giuffré Editore, 2006, p. 686.
- EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, n. 4, pp. 1157- 1179.
- FABIAN, *Les principes généraux de droit dans la jurisprudence des Tribunaux ad hoc : une approche fonctionnelle*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, 2004, pp. 75-95.
- FABIAN, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- FANCHIOTTI, *Cessate le ostilità statunitensi verso la Corte penale internazionale*, in *Cass. pen.*, n. 6, 2009, pp. 2652-2653.
- FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in *Criminalia*, 2007, p. 41-55. Il testo riproduce la relazione introduttiva al Seminario internazionale dal titolo "Punire Riconciliare Ricostruire. Dalla giustizia penale internazionale alla elaborazione dei conflitti", tenutosi presso l'Università di Palermo nei giorni 30-31 marzo 2007.

- FIANDACA, *Quale specialità per il diritto penale militare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2008, p. 1059, Riproduzione, con aggiunta di note, della relazione svolta al XV Congresso Internacional de Defensa social su “El Derecho Penal entre la guerra y la paz: Justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales”, Toledo, Spagna, 20-22 settembre 2007.
- FIANDACA, *Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell’orizzonte sovranazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 69 ss., p. 71.
- FIGLIOLA, *Introduzione* a MEZZETTI, *Diritto penale internazionale, I. Casi e materiali*, Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. XII.
- FLETCHER, *La giustizia è importante per il diritto di guerra ?*, in *Criminalia*, 2008, pp. 9-27.
- FOFFANI, *La giustizia penale internazionale: un sistema penale «antimoderno»?*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, 2004, pp. 371-372.
- FOIS, *Sul rapporto tra i crimini internazionali dello Stato e i crimini internazionali dell’individuo*, in *Riv. dir. int.*, n. 4, 2004, p. 929.
- FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *Cass. pen.*, n. 1, 2006, p. 274.
- FRANCESCHELLI, *Gheddafi davanti alla Corte penale internazionale: un’opportunità per adattare le norme interne allo Statuto di Roma*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 10, pp. 3603-3621.
- FRONZA, *I crimini di diritto internazionale nell’interpretazione della giurisprudenza internazionale: il caso Akayesu*, in ILLUMINATI, STORTONI e VIRGILIO, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia- Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 71-97.
- FRONZA, MALARINO e SOTIS, *Le principe de précision et la justice pénale internationale*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, 2004, pp. 157-210.
- FRONZA e MALARINO, *Problemas de Determinação da Norma Penal e Soluções de Interpretação em Textos Penais Plurilíngües no Exemplo do Estatuto de Roma*, in AMBOS e JAPIASSÚ, *Tribunal penal internacional- Possibilidades e desafios-*, Editora Lumen Juris, 2005, p. 55.
- FRONZA, *Riflessioni sulla nascita di un sistema penale internazionale: il ruolo della comparazione*, in FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale -Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 2006, pp. 171-183.
- FRONZA, *Principio di complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in AMATI, CACCAMO, COSTI, FRONZA e VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale, Collana Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo*, Giuffré Editore, 2006, p. 64.
- FRULLI, *The Special Court for Sierra Leone Recognize Forced Marriage as a “New” Crime against Humanity*”, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 6, 2008, p. 1036.
- FRULLI, *La Spagna modifica le norme relative alla giurisdizione universale: le ragioni di una riforma annunciata*, in *Riv. dir. int.*, n.1, 2010, pp. 120-128.
- GALAIN PALERMO, *The Prosecution of International Crimes in Uruguay*, in *Int. Crim. L. Rev.*, vol. 10, n. 4, 2010, pp. 601-618.
- GALLANT, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, 2009.

- GAMBERINI, *Principi fondativi del diritto penale internazionale e trasformazioni dei sistemi criminali. Una breve riflessione*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, 2004, p. 333-334.
- GARGANI, *Le norme statutarie concernenti l'imputabilità*, in CASSESE, CHIAVARIO e DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 85-102.
- GARGANI, "Delitti sociali" e tecniche di anticipazione della tutela - La funzione dogmatica e politico-criminale dei diritti superindividuali nel pensiero di Francesco Carrara, in *Ind. pen.*, n. 1, 2009, pp. 355-381.
- GEMELLI, *Lo sviluppo del diritto penale internazionale in tema di crimini di guerra ed il problema dell'adeguamento della legislazione interna*, in *Riv. coop. giur. int.*, n. 10, 2002, pp. 84-100.
- GENTILE, *I crimini contro l'umanità*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale -Organi- competenze- reati- processo*, Giuffrè Editore, 2006, p. 313 ss., p. 647.
- GERI, *Un giurista e i libri: Carrara recensore, editore, annotatore*, in *Ind. pen.*, n. 2, 2006, pp. 905-938.
- GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi- Spunti per un dibattito-*, Testo della relazione tenuta al Convegno di studio dal titolo "Ias Jornadas Internacionales de Derecho Penal", svoltosi dal 2 al 5 ottobre 2000 presso l'Universidad Católica Argentina di Buenos Aires, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2002, p. 123.
- GLASER, *L'ordre hiérarchique en droit pénal International*, in *Revue de Droit pénale et de criminologie*, 1952-1953, pp. 285 ss.
- GRADONI, *L'exploitation des principes généraux de droit dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux*, in FRONZA e MANACORDA, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc: études des law clinics en droit pénal international*, Dalloz-Giuffrè, Paris- Milan, 2003, pp. 10-40.
- GRADONI, *L'attestation du droit international pénal coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yugoslavie. «Régularités» et «règles»*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, 2004, p. 25-73.
- GRANDE, *Accordo criminioso e conspiracy: tipicità e stretta legalità nell'analisi comparata*, Padova, Cedam, 1993, p. 51.
- GREPPI, *State Responsibility for Acts of Aggression under the United Nations Charter: a Review of Cases*, in BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice- Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Ashgate, London, 2010, pp. 499-517.
- GUZMÁN DALBORA, *The Treatment of International Crimes in Chilean Jurisprudence: A Janus Face*, in *Int. Crim. L. Rev.*, vol. 10, n. 4, 2010, pp. 535-547.
- HENDERSON, *Mera propaganda o arma di genocidio? Ruanda: il caso dei "media dell'odio" (parte II)*, *Cass. pen.* 2009, n. 9, p. 361.
- HERENCIA CARRASCO, *Implementation of War Crimes in Latin America: An Assessment of the Impact of the Rome Statute of the International Criminal Court*, in *Int. Crim. L. Rev.*, vol. 10, n. 4, 2010, pp. 461-473.
- HEYDEMANN, *Tra consenso, crisi e conflitto. L'11 settembre 2001 e gli effetti sui rapporti tra Germania e USA*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2008, pp. 255-268.
- HOLA, BIJLEVELD e SMEULERS: *Punishment for Genocide- Exploratory Analysis of ICTR Sentencing*, in *Int. Crim. L. Rev.*, Volume 11, n. 4, 2011, pp. 745-773.

- HUESA VINAIXA, *Prólogo*, in CAPELLÀ IROIG, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Universitat de les Illes Balears –Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 17-18.
- ILLUMINATI, *Il processo davanti alla Corte penale internazionale: linee generali*, in ILLUMINATI, STORTONI e VIRGILIO, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia –Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Giappichelli Editore- Torino, 2000, pp. 119-134.
- INSOLERA, *Un diritto penale senza Stato?*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, 2004, p. 335-336.
- INTELISANO, *I crimini di guerra*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale -Organi - competenze- reati- processo*, Giuffré Editore, 2006, pp. 759-826.
- JARASCH e KREB, *The Rome Statute and the German legal order*, in KREB & LATTANZI (a cura di), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders- Volume I*, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, Il Sirente, 2000, p. 91 ss., pp. 91-112.
- JESCHECK, *Giuliano Vassalli visto dalla Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, n. 1, pp. 277-281.
- JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo ed internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?*, in FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale -Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 2006, pp. 1 ss., p. 18.
- KILDANI, *Il crimine internazionale di aggressione. L'aggressione come illecito internazionale e come fonte di responsabilità penale personale: un rapporto problematico*, in *Ind. pen.*, n. 1, 2010, pp. 273-329.
- KIMPIMÄKI, *Genocide in Rwanda- Is It Really Finland's Concern?*, in *Int. Crim. L. Rev.*, Volume 11, n. 1, 2011, pp. 155-176.
- KNOOPS e JAN, *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2008, pp. 140-143.
- LATTANZI F., *L'amministrazione della giustizia penale ad opera di una Corte internazionale: una timida sfida all'impunità*, in *Ars interpretandi*, 2001, p. 195 ss., p. 222.
- LATTANZI F., *La complementarità*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale -Organi - competenze- reati- processo*, Giuffré Editore, 2006, pp. 179- 218.
- LIAKOPOULOS, *Il crimine dello stupro nel diritto internazionale penale*, Prima Parte, in *Strumentario Avvocati. Rivista di diritto e procedura penale*, n. 3, 2010, pp. 4-9.
- LIAKOPOULOS, *Il crimine dello stupro nel diritto internazionale penale*, Seconda Parte, in *Strumentario Avvocati. Rivista di diritto e procedura penale*, n. 4, 2010, pp. 14-21.
- LUZZATI, *La modifica del nomen juris al vaglio della Corte penale internazionale nel caso Lubanga*, in *Cass. pen.*, n. 4, 2011, pp. 1566-1576.
- MACULAN, *Crimini di massa e modelli di attribuzione della responsabilità: riflessioni a margine della sentenza sul caso "Astiz"*, in *Cass. pen.*, n. 4, 2010, pp.1441-1458.
- MALEKIAN, *International Criminal Responsibility*, in M.C. BASSIOUNI (a cura di), *International Criminal Law, I, Crimes*, Ardsley, New York, 1999, in particolare, p. 161 ss.

- MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, 2000, pp. 35 e ss.
- MANACORDA, *"I confini della responsabilità individuale nel diritto penale internazionale: primi appunti"*, testo provvisorio, *Congreso Internacional de Derecho Penal, VII Jornadas sobre Justicia Penal, 19-23 de junio de 2006, Culturas y Sistemas Juridicos Comparados*.
- MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale -Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale-*, Giappichelli Editore Torino, 2008.
- MANCINI, *I crimini di guerra*, in MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, II. Studi*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 237 ss.
- MANTOVANI, *Sui principi generali del diritto internazionale penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 40-54.
- MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2-3, 2007, p. 470.
- MANTOVANI, *Giuliano Vassalli*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 2, 2009, pp. 211-214.
- MANTOVANI, *Ricordo di Giuliano Vassalli*, in *Giust. pen.*, 2010, I, pp. 1-4.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, Torino, 1933, pp. 6-7.
- MANZINI P., *Le rôle du principe de la légalité dans la détermination des sources du droit international pénal*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, op. cit., pp. 261.
- MARSH e RAMSDEN, *Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to Tadić*, in *Int. Crim. L. Rev.*, Volume 11, n. 1, 2011, pp. 137-154.
- MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1040.
- MARINUCCI, *La pena di morte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, n. 1, p. 3.
- MARINUCCI, *Ricordo di Giuliano Vassalli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2009, pp. 1585-1602.
- MASSI, *Osservazioni sugli elementi costitutivi del crimine di genocidio: il caso Akayesu*, pp. 105 ss., p. 120, in MEZZETTI, *Diritto penale internazionale, I. Casi e materiali*, Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 105 ss., p. 120.
- MASSI, *Il genocidio. Il diritto dei popoli e la tuela del gruppo nazionale, etnico, razziale e religioso*, in MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale- II. Studi*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, pp. 137-184.
- MASUCCI, *Garanzie di legalità nel diritto penale internazionale*, in MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, Vol. I. Casi e materiali*, Giappichelli, 2006, p. 2.
- MASUCCI, *Definizione del crimine e principio di chiarezza nello Statuto della Corte Penale internazionale*, in MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale- Studi II*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, pp. 3-17.
- MATWIJKIW, *The No Impunity Policy in International Criminal Law: Justice Versus Revenge*, in *Int. Crim. L. Rev.*, 2009, volume 9, n. 1, pp. 1-37.
- MAUGERI, *La tutela dei beni culturali nel diritto internazionale penale. Crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, Milano, 2008, p. 1 ss., p. 70 ss.
- MAUGERI, *La tutela dei beni culturali nell'ambito di conflitti armati: la l. 16.04.2009 n. 45 (Ratifica del II Protocollo della Convenzione dell'Aja per la tutela dei beni culturali del 1954)*, in *Legisl. pen.*, n. 1, 2010, pp. 5-24.
- MAUGERI, *La responsabilità dei leader nel diritto e nella giurisprudenza internazionale penale*, in *Ind. pen.*, n. 1, 2011, pp. 253-382.

- MAURO, *Leggi di amnistia e punizione dei crimini internazionali*, in *Riv. dir. int.*, n. 2, 2010, pp. 343-401.
- MÈNDEZ RODRÌGUEZ, *L'adeguamento del diritto spagnolo allo statuto della Corte Penale Internazionale: influenza dei casi Pinochet, Guatemala e Scilingo*, in *Ind. pen.*, n. 2, 2006, pp. 843-880.
- MERENDA, *L'elemento soggettivo nello Statuto della Corte penale internazionale*, in MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, II. Studi*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 75 ss., p. 78 e p. 80.
- MERZAGORA BETSOS, *I nomi e le cose*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2, 2005, p. 403-432.
- MESSINA, *Il contributo delle neuroscienze nel giudizio sull'imputabilità*, in *Corr. merito*, n. 1, 2012, Note a sentenza Tribunale di Como, 20 maggio 2011, pp. 70-77.
- MEZZETTI, *"Necessitas non habet legem?" Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000.
- MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, n. 1, pp. 237-265.
- MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale -Organi competenze reati processo*, Giuffrè Editore, 2006, p. 313 ss., p. 326.
- MICHELINI, *Lo Statuto della Corte penale internazionale: attuazione nella legge italiana e prospettive*, in *Quest. giust.*, n. 1, 2001, pp. 367-372.
- MICHELINI e MONETTI, *L'istituzione della Corte penale internazionale ed i suoi precedenti. La struttura della Corte*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale -Organi - competenze- reati- processo*, Giuffrè Editore, 2006, pp. 3 ss., p. 9.
- MONETA, *Gli elementi costitutivi dei crimini internazionali: uno sguardo trasversale*, in CASSESE, CHIAVARIO e DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 6 ss.
- MONTICELLI, *Le "cultural defenses" (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. pen.*, n. 2, 2003, pp. 535-585.
- MORGANTE, *La responsabilità dei capi e la rilevanza dell'ordine del superiore*, in CASSESE, CHIAVARIO e DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 149 ss., p. 151.
- MUHM, *La natura giuridica dei crimini contro l'umanità e le attuali critiche in Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, n. 1, pp. 256-267.
- NEMER CALDEIRA BRANT, *O Tribunal Penal Internacional como Agente Jurisdiccional no Combate ao Terrorismo*, in AMBOS e JAPIASSÚ (a cura di), *Tribunal penal internacional-Possibilidades e desafios-Editora Lumen Juris*, 2005, p. 149-161.
- NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale-Studi-Volume I-*, Padova, Cedam, 1969.
- O'BYRNE, *Beyond Consent: Conceptualising Sexual Assault in International Criminal Law*, in *Int. Crim. L. Rev.*, Volume 11, n. 3, 2011, pp. 495-514.
- OOSTERVELD, *Sexual Slavery and the International Criminal Court: Advancing International Law*, in *Mich. J. Int'l L.*, 2004, p. 25.
- ORIOLO, *Ratifica e attuazione in Italia dello Statuto di Roma: questioni di compatibilità costituzionale e opportunità di un'armonizzazione legislativa*, in ZICCARDI CAPALDO (a cura di), *Attuazione dei Trattati Internazionali e Costituzione italiana. Una riforma prioritaria nell'era della Comunità globale - Atti del Convegno Internazionale*, Università di Salerno, 13-14 dicembre 2001, ESI, 2003, pp. 265-307.

- ORIOLO, *La responsabilità penale internazionale degli individui: tra sovranità statale e giurisdizione universale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.
- ORRÚ, *Le definizioni del legislatore e le ridefinizioni della giurisprudenza*, in A.A.V.V., *Omnis definitio in iure periculosa?, Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Cedam, 1996, p. 147 ss., pp. 152 e 158.
- PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale- Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, n. 2, pp. 527-543.
- PAGLIARO, *Vassalli, molte vite in una*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 2, 2009, p. 209 ss., p. 209.
- PALAZZO, *Il diritto penale di fronte ai crimini di massa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 2009, pp. 750-752.
- PALAZZO, *La scomparsa di Giuliano Vassalli: un vuoto incolmabile per la scienza penale e la giustizia italiana*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1, 2010, pp. 5-9.
- PAONE, *Riflessioni sul metodo di studio del diritto internazionale contemporaneo*, in *Comunità int.*, n. 3, 2010, p. 381.
- PAPA, *L'attualità di Francesco Carrara nel tempo della guerra al terrorismo globale*, in *Criminalia*, 2006, p. 311-319.
- PARENTI, *The Prosecution of International Crimes in Argentina*, in *Int. Crim. L. Rev.*, vol. 10, n. 4, 2010, pp. 490-507.
- PASTOR, *Né "common law", né "civil law", né "hybrid law": un diritto penale processuale "speciale" per dei Tribunali "speciali"*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, 2004, p. 353.
- PAVAN, *Sui rapporti fra disciplina dell'imputabilità e nosografia psichiatrica*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 3-4, 2003, p. 659.
- PECCHIONI, *Sull'aggressione da parte di uno Stato quale necessario presupposto del crimine di aggressione*, in *Riv. dir. int.*, n. 4, 2010, p. 1086.
- PERDUCA e PIASENTE, *Il "sistema" del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia: effetti ed esecuzione in Italia delle sentenze del TPJ*, in *Dir. giust.*, n. 10, 2003, p. 10.
- PESKIN, *International Justice in Rwanda and The Balkans -Virtual trials and the struggle for state cooperation-*, Cambridge University Press, 2008.
- PESQUIÉ, *La qualification des faits par le tribunal pénal international pour le Rwanda*, in FRONZA e MANACORDA, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc -Études des Law Clinics en droit pénal international-*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 58, 197.
- PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, Relazione del Convegno di Diritto Comparato su I diritti fondamentali in Europa, Taormina, 31 maggio- 2 giugno 2001, in *Ind. pen.*, 2003, 259-289.
- PICOTTI, *La criminalità internazionale: forme di manifestazione ed ambiti di contrasto*, in *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, Giuffrè Editore, 2005, pp. 83-135.
- PICOTTI, *Sulle sfide del diritto penale nel XXI secolo -Un omaggio all'insegnamento del Professor Hans-Heinrich Jescheck*, in FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale -Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2006, pp. 93-107.
- PIERDONATI, *Il dubbio sul fatto processuale e sulla norma penale nel caso Kappler*, in MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, I. Casi e materiali*, G. Giappichelli Editore- Torino, 2006, p. 45.

- PIERINI, *All'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto della Corte Penale Internazionale, non più rinviabile l'appuntamento con l'attuazione legislativa*, in *Cass. pen.*, 2002, n. 11, p. 3318.
- PISANI M., *La "penetrazione" del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano*, Testo della relazione svolta al Seminario di "Diritto penale internazionale" organizzato a Siracusa, nel dicembre 1978, dal Consiglio Superiore della Magistratura e dall'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC), in *Ind. pen.*, 1979, pp. 5-30.
- PISANI M., *Ricordando Giuliano Vassalli*, in *Note brevi su temi penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2010, pp. 1337-1338.
- PISANI N., *L'elemento psicologico del crimine internazionale nella parte generale dello Statuto della Corte Internazionale Penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, n. 4, p. 1370-1392.
- PIVA, *Responsabilità penale individuale e collettiva*, in MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, II. Studi*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, pp. 19 ss., pp. 28 e 63.
- POCAR, *Fonti del diritto penale internazionale e dialogo fra le Corti internazionali e fra queste e le Corti nazionali*, in *Riv. it. dir. priv.*, n. 2, 2010, pp. 21-30.
- POLI, *Il crimine di aggressione dopo la conferenza di Kampala: una soluzione di compromesso con ridotta efficacia dissuasiva*, in *ISPI (Istituto per gli studi di politica internazionale) Analysis*, n. 19, 2010, p. 1 ss.
- PONTI, *Il dibattito sull'imputabilità*, in *Questioni sull'imputabilità*, a cura di CERETTI e MERZAGORA, Cedam, 1994, p. 21.
- PORTIGLIATTI BARBOS, *Disturbi di personalità e imputabilità*, *Med. leg. Quad. cam.*, 1998, p. 26.
- PORTINARO, *Crimini politici e giustizia internazionale -Ricerca storica e questioni teoriche-*, 2005, p. 51, Dipartimento di Studi Politici, Università di Torino, Collana Working Papers, consultabile on line all'indirizzo <<http://www.dsp.unito.it/wrkpapers.html>>.
- RAGAZZI, *"Pulizia etnica" in Bosnia e crimine di genocidio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, n. 4, pp. 1293-1350.
- RAGO, *I requisiti subiettivi minimi per un'imputazione giusta nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2006, fasc. 1, pp. 79-104.
- RICCARDI, *Corte penale internazionale, azione motu proprio del Procuratore e contextual element dei crimini contro l'umanità (Nota a Corte penale internazionale, Camera preliminare II, 31 marzo 2010, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation of Kenya)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3, 2010, pp. 664-669.
- RIVELLO, *I principi generali di diritto e le cause di giustificazione nel diritto internazionale penale: influssi e reflussi fra ordinamento internazionale e ordinamenti interni*, Relazione al Convegno "Diritto e Forze Armate. Nuovi Impegni", Padova, 30 novembre, 2000, reperibile on line all'indirizzo <[www.studiperlapace.it](http://www.studiperlapace.it)>.
- RIZ, *Il diritto penale transfrontaliero e il rilevante contributo dato da Hans-Heinrich Jescheck*, in FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale -Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 2006, pp. 21-46.
- ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1910, p. 490.

- RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, n. 3, p. 815-853.
- ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, n. 1, pp. 3-16.
- RUGGIERI, *Il diritto penale in un mondo globale: in memoria di Hans-Heinrich Jescheck (Jescheck's colloquium, Freiburg im Breisgau 7-8 gennaio 2011)*, in *Cass. pen.*, n. 4, 2011, p. 1577 ss., pp. 1577- 1579.
- SALVATO, *Il rapporto tra norme interne, diritto dell'UE e disposizioni della CEDU: il punto sulla giurisprudenza*, in *Corr. giur.*, n. 3, 2011, pp. 333-342.
- SARACCO, *Une lecture « contextuelle » de l'utilisation des sources du droit dans la jurisprudence des Tribunaux ad hoc*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal, op. cit.*, pp. 243.
- SATO, *The Defence of Superior Orders in International Law: Some Implications for the Codification of International Criminal Law*, in *Int. Crim. L. Rev.*, 2009, volume 9, n. 1, pp. 117-137.
- SAULLE, *Il senso della legalità nel Processo di Norimberga*, in TARANTINO e ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione - Atti del Simposio internazionale-*, Lecce, dicembre 1997, Giuffré, 1998. p. 33-44.
- SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)* in *Legge, Diritto, giustizia* a cura di VIOLANTE e MINERVINI, Torino 1998 (Storia d'Italia. Annali, 14), p. 504.
- SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2001, p. 89.
- SCHABAS, *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 212.
- SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2<sup>nd</sup> Ed., Cambridge University Press, 2009, p. 10.
- SELVAGGI E., *La Corte penale internazionale e la cooperazione giudiziaria*, in ARGIRÒ, LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale - Organi- competenze- reati- processo*, Giuffré Editore, 2006, pp. 1377-1406.
- SELVAGGI N., *Il caso Erdemović tra ordine del superiore e stato di necessità*, in MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, I. Casi e materiali*, Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 51 ss., p. 52.
- SELVAGGI N., *Dubbio sulla criminalità dell'ordine e responsabilità penale internazionale*, in MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, II. Studi*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 123 ss., p. 123.
- SÉMELIN, *Pensare i crimini di massa. Un approccio socio-storico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 2009, pp. 767-773.
- SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Ind. pen.*, n. 2, 2006, pp. 799-841.
- SERENI, *Causalità e responsabilità penale: dai rischi di impresa ai crimini internazionali*, Giappichelli, Torino, 2008.
- SERRA, *Il tribunale speciale per il Libano: fondamento e competenza*, in *Riv. dir. int.*, 2008 n.1, p. 99.
- SERRA, *Le corti penali "ibride": verso una quarta generazione di tribunali internazionali penali?- Il caso del Kosovo-*, Editoriale Scientifica, 2008.
- SEVERINO, *Giuliano Vassalli (25 aprile 1915-21- 27 settembre 2009)*, nella rubrica: "Ricordo di due grandi Maestri: Hans-Heinrich Jescheck e Giuliano Vassalli", in *Criminalia*, 2009, p. 17 ss.

- SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, n. 4, p. 1193-1200.
- SICURELLA, *L'impervio cammino del principio di colpevolezza nel sistema penale francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2001, p. 946.
- SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffr  Editore, 2008.
- SOMMARIO, *L'ambito di applicazione del diritto internazionale umanitario in situazioni di conflitto armato non internazionale nella giurisprudenza recente del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia (Nota a Trib. penale intern. per l'ex-Jugoslavia 3 aprile 2008, Prosecutor v. Haradinaj et al.; Trib. penale intern. per l'ex-Jugoslavia 10 luglio 2008, Prosecutor v. Bolkosky and Tarculovsky)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3, 2008, pp. 668-673.
- STORTONI, *Presentazione*, in ILLUMINATI, STORTONI e VIRGILIO, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia- Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verit  e Riconciliazione*, Torino, Giappichelli, 2000, p. XIII.
- STORTONI, "Laudatio" per la laurea ad honorem del Prof. Giuliano Vassalli conferita dalla Facolt  di Giurisprudenza dell'Universit  degli Studi di Bologna, il 24 gennaio 2002, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2002, pp. 271-276.
- SURACE, *Abnormit  psichiche ed emozionali nell'ermeneutica teleologica della Suprema Corte. Parte I*, in *Zacchia*, n. 1, 2011, pp. 1-41.
- TAKAYAMA, *Lo sviluppo del diritto penale internazionale nella prospettiva giapponese*, in *Ind. pen.*, 2008, n. 2, pp. 727-741.
- TRAHAN, *The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations as the Kampala Review Conference*, in *Int. Crim. L. Rev.*, Volume 11, n. 1, 2011, pp. 49-95.
- TRAPASSO, *I crimini contro l'umanit *, in ARGIR , LATTANZI e MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale -Organi- competenze- reati- processo*, Giuffr  Editore, 2006, p. 618.
- TRAVERSO e CIAPPI, *Disegno di legge di riforma del codice penale: note critiche a margine della nuova disciplina sull'imputabilit *, in *Riv. it. med. leg.*, n. 3, 1997, p. 667.
- TRIFFTERER, *Legal and political implications of domestic ratification and implementation processes*, in KRE  & LATTANZI (a cura di), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders - Volume I*, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, Il Sirente, 2000, p. 1 ss., pp. 1-28.
- TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2<sup>nd</sup> Ed., Beck, Munchen, 2008, pp. 206-208.
- VALLINI, *L'elemento soggettivo nei crimini di competenza della Corte penale internazionale*, in CASSESE, CHIAVARIO e DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 43.
- VALLINI, *La mens rea*, in AMATI, CACCAMO, COSTI, FRONZA e VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale, Collana Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo*, Giuffr  Editore, 2006, p. 143.
- VALLINI, *Il tentativo*, in AMATI, CACCAMO, COSTI, FRONZA e VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale, Collana Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo*, Giuffr  Editore, 2006, pp. 181-205.
- VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942, p. 91 ss.
- VASSALLI, *I delitti contro l'umanit  ed il problema giuridico della loro punizione*, Prolusione letta il 31 gennaio 1946 alla cattedra di Diritto Penale dell'Universit  di Genova.

- VASSALLI, *Intorno al fondamento giuridico della punizione*, in *Giust. pen.*, 1947, II, p. 618.
- VASSALLI, *In tema di diritto internazionale penale*, in *Giust. pen.*, 1951, I, pp. 257 e seguenti.
- VASSALLI, *Il Tribunale internazionale per i crimini commessi nel territorio della ex Jugoslavia*, in *Legisl. pen.*, 1994, p. 335-356.
- VASSALLI, *La giustizia penale internazionale*, Giuffrè, 1995, p. 9-59.
- VASSALLI, *Bilancio di Norimberga*, in *Mondo europeo*, anno II, n. 7 (luglio-agosto 1946), pagine 56 e seguenti, in *Scritti giuridici -Volume II- La parte speciale del diritto penale in tempo di guerra*, Giuffrè Editore, 1997.
- VASSALLI, *La punizione dei criminali di guerra*, in *Idea*, anno I, n. 10 (ottobre 1945) pagine 23-26, in *Scritti giuridici -Volume II- La parte speciale del diritto penale in tempo di guerra*, Giuffrè Editore, 1997.
- VASSALLI, *I crimini contro l'umanità: problemi giuridici*, Relazione tenuta a Palazzo Valentini in Roma il 3 maggio 2000, in occasione della Tavola Rotonda "XX secolo: genocidio e genocidi".
- VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale: note sulla punizione dei delitti di Stato nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001.
- VASSALLI, *Penalisti italiani. Sessant'anni di ricordi*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 1, 2007, pp. 186-201.
- VASSALLI, *Penalisti italiani. Sessant'anni di ricordi*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 1, 2008, pp. 142-165, pp. 174-178, pp. 190-195.
- VASSALLI, *Penalisti italiani. Sessant'anni di ricordi*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 2, 2008, pp. 417-423.
- VENAFRO, *Lo stato di necessità*, in CASSESE, CHIAVARIO e DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 118.
- VETRI, *La responsabilità penale al vaglio della Corte penale internazionale: punti fermi e questioni irrisolte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2010, pp. 252-297.
- VIGANÒ, *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di « antiggiuridicità » del fatto tipico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, fasc. 3, pp. 1062-1088.
- VILLANI E., *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto di Roma*, in MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, II. Studi*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, pp. 93 ss., pp. 93-94.
- VILLANI U., *La nuova crisi del Golfo e l'uso della forza contro l'Iraq*, in *Riv. dir. int.*, n. 2, 1999, p. 451.
- VILLANI U., in ALBANESE e ROSSANO (a cura di), *Verso la Corte penale internazionale permanente-Atti del Convegno di Taranto (5 febbraio 1999)*, Aracne, 2002, pp. 27-34.
- VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del Diritto penale inglese -I Principi-*, Cedam Padova, 1992, pp. 268-292.
- VINCIGUERRA, *Francesco Carrara penalista del XXI secolo*, in *Diritto penale del XXI secolo*, n. 1, 2006, pp. 179-195.
- VIRGILIO, *Verso i principi generali del diritto criminale internazionale*, in ILLUMINATI, STORTONI e VIRGILIO, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia-Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 67.
- VIVIANI, *Joint Criminal Enterprise e responsabilità dell'individuo per crimini internazionali (Nota a Trib. penale intern. per l'ex-Jugoslavia Camera*

- d'Appello 8 ottobre 2008 -Prosecutor v. Milan Martić*), in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2009, pp. 452-456.
- VOGLIOTTI, *Al di là delle dicotomie: ibridismo e flessibilità del metodo di ricostruzione del fatto nella giustizia penale internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 294-338.
- VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge «tisseur». De quelques épiphanies de l'expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, *Société de législation comparée*, 2004, p. 361.
- WHARTON, *The Evolution of International Criminal Law: Prosecuting "New" Crimes before the Special Court for Sierra Leone*, in *Int. Crim. L. Rev.*, Volume 11, n. 2, 2011, pp. 217-239.
- WERLE e MANACORDA, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome- Le paradigme du «Völkerstrafgesetzbuch» allemand*, in *Rev. sciences crim. et. dr. pén. comp.*, 2003, pp. 501-515.
- WERLE e JESSBERGER, *Concetto, legittimazione e prospettive del diritto internazionale penale, oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, n. 3, pp. 733-744.
- WERLE e JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Statuto della Corte criminale internazionale*, in *Ind. pen.*, 2005, n. 2, pp. 747-759.
- ZAGREBELSKY, *Crimini di massa e responsabilità individuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 2009, pp. 774-786.
- ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità, Lectio doctoralis* in occasione del conferimento della laurea *honoris causa* da parte della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata, il 3 aprile 2003 (traduzione di Ezequiel Malarino e Massimo Pavarini), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, n. 1-2, p. 339 ss. p. 339.
- ZANETTI, *Attuazione dello Statuto della Corte penale internazionale: alcuni nodi costituzionali*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2010, pp. 773-798.
- ZAPPALÁ, *Due anni di funzionamento del Tribunale internazionale per l'ex-Iugoslavia: tra bilanci e prospettive*, in *Legisl. pen.*, n. 3-4, 1996, pp. 643-653.
- ZAPPALÁ, *Quale principio di legalità nel diritto internazionale penale?*, in DELMAS-MARTY, FRONZA e LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, *Société de législation comparée*, 2004, p. 277 ss., p. 284.
- ZICCARDI CAPALDO, *Terrorismo internazionale e garanzie collettive*, Milano, 1990.
- ZICCARDI CAPALDO, *Verso una regolamentazione del rapporto tra ordinamento italiano e trattati internazionali- Contenuti di una riforma possibile dopo le modifiche al Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in ZICCARDI CAPALDO (a cura di), *Attuazione dei Trattati Internazionali e Costituzione italiana. Una riforma prioritaria nell'era della Comunità globale -Atti del Convegno Internazionale*, Università di Salerno, 13-14 dicembre 2001, ESI, 2003, pp. 17-53.
- ZICCARDI CAPALDO, *The Pillars of Global Law*, Ashgate, 2008.
- ZICCARDI CAPALDO, *Diritto globale -Il nuovo diritto internazionale*, Giuffrè Editore, 2010, p. 372.
- ZOLO, *La pace attraverso il diritto penale?*, Tavola Rotonda "I Tribunali penali internazionali ed il ricorso alle fonti di diritto internazionale generale", Bologna 12-13 marzo 2004.
- ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Editori Laterza, 2006.