

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II**

**DOTTORATO DI RICERCA IN SISTEMA PENALE
INTEGRATO E PROCESSO –XXI CICLO–**

**FONDAMENTO DELLA RESPONSABILITA'
PENALE INTERNAZIONALE: CORRUZIONE
E RICICLAGGIO**

TUTOR

PROF. Pasquale Troncone

DOTTORANDA

Alessandra D'Apuzzo

INDICE

Capitolo I

1. Cenni introduttivi sui rapporti fra diritto penale internazionale e diritto internazionale penale
pag.4
2. Lo sviluppo di un sistema di giustizia penale internazionale in funzione di lotta ai fenomeni di criminalità transnazionale e internazionale. Il contesto giuridico universale
pag.7
 - 2.1. *(segue) e quello regionale: la competenza penale dell'Unione Europea.*
 - 2.2. *Le novità del Trattato di Lisbona.*
3. Nozione di crimine di diritto internazionale
pag.16
 - 3.1. *(segue) e di responsabilità internazionale individuale: esegesi dell'art. 30 StCPI.*
4. Il principio di legalità e i suoi corollari nel diritto internazionale penale (rinvio)
pag.20

Capitolo II

1. L'istituzione dell'International Criminal Court quale evento fondamentale nello sviluppo delle relazioni internazionali e nella tutela penale 'ultra-statuale' dei diritti fondamentali.
pag.22
2. Lo scetticismo della scienza penalistica di una sua più attenta considerazione.
pag.25
3. I motivi di interesse dell'ICC Statute per la scienza penalistica: la codificazione del diritto internazionale penale.
pag.27
4. *(segue)* L'avvio di una fase di 'stabilizzazione' dei principi e degli istituti del diritto internazionale penale attraverso l'inserimento, nello Statuto della Corte, di un compiuto sistema di criteri di imputazione oggettivo-soggettiva dei crimina juris gentium.
pag.29
5. Il sistema repressivo delineato dallo Statuto di Roma quale primo (e finora unico) sistema penale ultra-statuale dell'età della 'globalizzazione'.
pag.32
6. La scienza penalistica di fronte alla parte generale dell'ICC Statute: la costruzione di un concetto unitario di 'crimine internazionale'
pag.38
7. L'impianto sistematico dello Statuto: alcune considerazioni critiche. *pag.40*
 - A) *I criteri fondamentali di imputazione del fatto: la ripartizione fra responsabilità diretta e responsabilità indiretta.*
 - B) *Il problema dei rapporti con le categorie del diritto penale di derivazione illuministica.*

Capitolo III

1. La sottoposizione dell'International Criminal Court al principio di legalità negli articoli 22 e 24 dello Statuto.
pag.46
2. *(segue)* 'Legalità e 'tipicità' del reato nell'ICC Statute: un'opzione tutt'altro che scontata.
pag.50

3. La tendenziale ‘deferenza’ della dottrina e della giurisprudenza formatesi sull’esperienza dei c.d. ‘tribunali ad hoc’ nei confronti del nullum crimen sine lege.

pag.52

4. Il dibattito circa la necessaria tipicità dei crimini internazionali: la tesi che considera indispensabile, anche nell’ordinamento internazionale, la presenza di vere e proprie fattispecie incriminatrici.

pag.54

5. (segue) Le tesi favorevoli ad un adattamento del principio di legalità e dei suoi corollari alla natura ed al modo di essere dell’ordinamento giuridico internazionale.

pag.57

a) L’opinione favorevole ad un sostanziale disconoscimento del nullum crimen sine lege in materia di crimini internazionali.

b) Le tesi incentrate sulla separazione fra ‘legalità’ e ‘tipicità’.

6. L’egemonia, nel periodo precedente l’approvazione dell’ICC Statute, delle teorie fondate sulla separazione fra ‘legalità’ e ‘tipicità’.

pag.62

7. Il principio di legalità fra esigenze di garanzia e timori di formalismo: il dibattito interno al Preparatory Committee of the Establishment of an International Criminal Court (PrepComm).

pag.63

8. La ‘svolta’ realizzatasi con lo Statuto di Roma: funzione di certezza e funzione di garanzia della legalità-tipicità nel diritto internazionale penale.

pag.67

9. (segue) Alcuni rilievi critici sulle proposte avanzate nell’ambito del PrepComm.

pag.70

10. Il principio del nullum crimen sine lege nel sistema delle fonti delineato dall’art. 21 dello Statuto: verso una nuova ed inedita ‘tipicità’ dei crimina iuris gentium?

pag.72

Capitolo IV

1. Le Nazioni Unite e il diritto penale.

pag.76

2. La Convenzione di Palermo e la “trans nazionalità” del crimine.

pag.77

2.1 La Conferenza di Napoli sul crimine organizzato.

3. Il reato transnazionale introdotto dalla legge di ratifica.

pag.82

3.1- Individuazione della natura transnazionale.

4. Contrasto e prevenzione della corruzione transnazionale.

pag.87

4.1 Gli strumenti pattizi anticorruzione.

4.2 Le misure preventive

4.3 La responsabilità delle persone giuridiche.

4.4 Considerazioni conclusive in merito al reato di corruzione internazionale nel diritto interno.

5. Forme e metodi di sopravvivenza della criminalità organizzata transnazionale: il reato di riciclaggio.

pag.93

5.1 La normativa internazionale di contrasto al riciclaggio.

BIBLIOGRAFIA

pag.98

CAPITOLO PRIMO

NOZIONI DI DIRITTO INTERNAZIONALE PENALE

Sommario: 1.Cenni introduttivi sui rapporti fra diritto penale internazionale e diritto internazionale penale.- 2. Lo sviluppo di un sistema di giustizia penale internazionale in funzione di lotta ai fenomeni di criminalità transnazionale e internazionale. Il contesto giuridico universale...- 2.1.(segue) e quello regionale: la competenza penale dell'Unione Europea.- 2.2. Le novità del Trattato di Lisbona.- 3. Nozione di crimine di diritto internazionale...- 3.1.(segue) e di responsabilità internazionale individuale: esegesi dell'art. 30 StCPI.- 4. Il principio di legalità e i suoi corollari nel diritto internazionale penale (rinvio).

1. Cenni introduttivi sui rapporti fra diritto penale internazionale e diritto internazionale penale.

Con l'espressione diritto internazionale penale¹ si fa riferimento a quel complesso di norme che hanno lo scopo di definire e sanzionare i crimini internazionali, di imporre agli Stati l'obbligo di processare e di punire gli autori, nonché di dettare regole per l'instaurazione e lo svolgimento a livello internazionale dei relativi procedimenti penali. Da questa disciplina si distingue tradizionalmente, soprattutto nell'ambito delle culture giuridiche dell'Europa continentale come Francia, Germania, Italia e Spagna, un'ulteriore branca del diritto, il diritto penale internazionale, che concerne il ruolo svolto dagli organi giurisdizionali nazionali nella repressione della criminalità internazionale ed in particolare, le questioni attinenti alla competenza dei tribunali nazionali a giudicare i crimini internazionali e al diritto applicabile a tali fattispecie.

Non va poi sottaciuta l'importanza determinante che i tribunali nazionali hanno avuto nello sviluppo e nell'evoluzione del diritto internazionale penale, e ciò sulla base: del contributo che la giurisprudenza formatasi a livello nazionale in materia di crimini internazionali ha fornito al lavoro dei tribunali penali internazionali, allo stato attuale della loro evoluzione; della centralità che riveste nel settore dei crimini internazionali, in particolare sotto il profilo della loro concreta ed effettiva perseguibilità, la

¹ A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale*, I. Diritto sostanziale, Bologna, 2005; I. Caracciolo, *Dal diritto internazionale penale al diritto internazionale penale. Il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Napoli, 2000; sulle tematiche emergenti del diritto internazionale penale, J. Barboza, *International Criminal Law*, in *Recueil Cours*, 1999, vol.278; Pisani, *La penetrazione del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano*, in *Ind. Pen.*, 1979; Enrico Amati- Valentina Caccamo- Matteo Costi- Emanuela Fronzi_ Antonio Valiini- *Introduzione al diritto penale internazionale*, in *Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo*, 2006; *Casi di diritto penale comparato*, a cura di Jean Pradel e Alberto Cadoppi, 2005; Mantovani, *Diritto penale*, Parte generale, Cedam, Padova, 1992; Caraccioli, *Manuale di diritto penale*. Parte generale, Cedam, Padova, 1998.

cooperazione tra gli Stati e tra i medesimi e i tribunali penali internazionali; ed infine, della circostanza che la Corte penale internazionale sia basata sul c.d. principio di complementarità², in base al quale la Corte è competente a giudicare solo nell'ipotesi che i tribunali nazionali non siano in grado o non intendano farlo, con la conseguenza che tale organo è tenuto ad avere una conoscenza completa ed esaustiva del quadro normativo al cui interno si trovino ad operare quei tribunali nazionali chiamati a processare gli autori di crimini internazionali.

Se dunque, prima facie, i due sistemi normativi sembrano disciplinare contesti fra loro eterogenei per oggetto, scopo e fonti, pur tuttavia esistono rapporti strettamente connessi, se non altro sul piano funzionale; da questo punto di vista, infatti, si può sostenere che il diritto penale internazionale è servente rispetto al diritto internazionale penale, nel senso di garantirne lo sviluppo progressivo e la creazione di una giustizia penale internazionale consolidata.

Va infatti tenuto presente che il diritto internazionale penale è una branca del diritto di formazione relativamente recente: il catalogo dei crimini internazionali ha cominciato a prendere gradualmente corpo solo a partire dalla fine del XIX secolo, poiché inizialmente e almeno fino alla Seconda guerra mondiale, esso si è limitato ad annoverare solo i crimini di guerra. E' appunto solo con l'adozione, rispettivamente nel 1945 e nel 1946, degli Statuti del Tribunale militare internazionale di Norimberga (IMT) e del Tribunale militare internazionale per l'Estremo Oriente (IMTFE) che si introducono nella cultura giuridica internazionalista nuove categorie di crimini e si rielabora quella dei crimini di guerra.

Così, nel 1945, sono stati introdotti i crimini contro l'umanità e i crimini contro la pace, seguiti, nel 1948, da quello di genocidio, originariamente inteso come una sottocategoria dei crimini contro l'umanità e poi assunto al rango di autonoma categoria di crimine internazionale. Durante gli anni '80 poi, la tortura ha acquistato dignità di fattispecie criminosa a sé stante, mentre più recentemente, si è proceduto a cristallizzare, seppure a certe condizioni, anche il terrorismo internazionale.

² Sulla complementarità come soluzione normativa di mediazione con le esigenze di sovranità degli Stati cfr. McKeon P.A., *An International Criminal Court: Balancing the Principle of Sovereignty against Demands for International Justice*; Pejic J., *Creating a Permanent International Criminal Court: The Obstacles to Independence and Effectiveness*; Carozza P., *Subsidiary as a Structural Principle of International Human Rights Law*.

Si tenga presente, inoltre, che il sistema introdotto dallo Statuto di Roma non va confuso con un sistema ad esecuzione diretta, in quanto, una volta effettuato il giudizio di ammissibilità di un giudizio a livello internazionale, la Corte potrà intervenire a giudicare quel fatto, non essendo in alcun modo subordinata agli Stati nazionali. Inoltre, la Corte, in quanto complementare, non è un giudice di appello o di ultima istanza e va distinto da organismi quali la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, che come noto, possono intervenire solo quando siano stati "esperiti tutti i mezzi di ricorso interno".

Proprio per la sua formazione relativamente recente, il diritto internazionale penale si caratterizza anche per la sua struttura ancora molto elementare; così, da un lato, proprio a causa della scarsa chiarezza e precisione della formulazione normativa, all'emergere di nuove categorie di crimini internazionali spesso si accompagna una profonda incertezza circa l'esatta individuazione degli elementi costitutivi, dall'altro si rileva che all'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici non ha corrisposto un articolato sistema di pene.

Ciò si giustifica in relazione all'iter formativo ed evolutivo del sistema che è stato caratterizzato da alcuni peculiari aspetti che vale la pena di sottolineare. In primo luogo, sia le norme contenute nei trattati che quelle di diritto consuetudinario, si sono limitate a proibire determinati atti, vietandone la commissione agli Stati, senza stabilire la natura penale della loro infrazione né disciplinandone le conseguenze sul piano della perseguibilità e punibilità. Pertanto, anche quando il diritto internazionale penale ha inteso criminalizzare alcune categorie di atti (crimini contro l'umanità, crimini di guerra), ha comunque attribuito un'ampia discrezionalità ai tribunali penali nazionali sul *modus procedendi*, con la conseguenza che nazionali sono state anche le disposizioni normative applicate in tema di diritto penale sostanziale e processuale. Tra l'altro, proprio la mancanza di determinatezza della formulazione letterale delle norme di dip (diritto internazionale penale), ha costituito uno stimolo ulteriore per la giurisprudenza nazionale nel definire le fattispecie criminose e i loro effetti, al fine di assicurare il rispetto dei canoni fondamentali di ogni tessuto ordinamentale penalistico, primo fra tutti il principio di tassatività.

E' un dato di fatto, dunque, che la maggior parte delle norme consuetudinarie di dip si siano sviluppate principalmente grazie ai contributi della giurisprudenza nazionale in materia di crimini internazionali, e di crimini di guerra in particolare. Questo elemento, unitamente a quello dell'inadeguatezza delle norme contenute nei trattati internazionali in *subiecta materia*, contribuisce a spiegare il motivo per il quale il diritto internazionale penale sia per gran parte il risultato di un graduale processo di integrazione con istituti giuridici propri del diritto o della procedura nazionali.

Un processo di integrazione che comunque non è stato affatto lineare, considerate le differenze esistenti tra i due principali sistemi giuridici, ovvero tra quello che si è affermato nei paesi c.d. di *common law* (Regno Unito, USA, Australia, Canada e molti paesi africani ed asiatici), e quello basato principalmente su di un sistema di origine romanico-germanica, c.d. di *civil law*, tipico dei paesi dell'Europa continentale (Francia, Germania, Italia, Belgio) o del Nord Europa (Norvegia, Svezia, Danimarca), ma anche di molti paesi latinoamericani, africani o asiatici.

Alla luce di questi brevi osservazioni preliminari, si può dunque sostenere che il diritto internazionale penale debba essere considerato un sistema intrinsecamente ibrido, pur se la recente istituzione di tribunali penali internazionali, ed in particolare della Corte penale internazionale³, ha dato un rinnovato impulso all'evoluzione di un vero e proprio corpo di norme internazionali penali propriamente intese.

2. Lo sviluppo di un sistema di giustizia penale internazionale in funzione di lotta ai fenomeni di criminalità transnazionale e internazionale. Il contesto giuridico universale...

Gli strumenti normativi più rilevanti ai fini dell'individuazione di un integrato sistema di giustizia penale internazionale si rinvergono innanzitutto negli Statuti istitutivi di corti e tribunali internazionali⁴.

La loro genesi risale alla fine del secondo conflitto mondiale e alla creazione dei due Tribunali Militari Internazionali (Tribunale Militare di Norimberga, c.d. TMI, e Tribunale di Tokyo) da parte delle potenze vincitrici, parallelamente alla proliferazione di norme pattizie (Convenzione per la prevenzione e repressione del genocidio del 1948, Convenzioni di Ginevra del 1949 sul diritto umanitario, Convenzione contro la tortura del 1984) e consuetudinarie che rimangono a tutt'oggi norme fondamentali per l'universo normativo penal-internazionalistico.

In particolare, con l'istituzione dei due Tribunali speciali, da un lato sono sanzionati e perseguiti gli illeciti internazionali commessi dagli individui, dall'altro, per la prima

³ A differenza di quanto è avvenuto per i due Tribunali *ad hoc*, per l'istituzione dell'ICC si è scelto lo strumento dell'accordo multilaterale (A/CONF. 138/9 del 17 luglio 1989). Documenti aggiornati relativi alla ICC sono reperibili presso i siti: www.un.org/icc e www.iccnw.org; Lo Statuto della ICC è consultabile in italiano al sito www.giustiziait/cassazione/accordi/ratifica232-99.html. Ampia la letteratura in merito. Si veda in particolare, Jescheck, *La Corte penale Internazionale. Precedenti, lavori preparatori, statuto*, in *Ind.Pen.*, 2000; Patrino, *I passati tentativi di istituire una Corte Penale Internazionale*, in *Cass. pen.* 2000; Cassese, *The Statute of the International Criminal Court: some preliminary reflection*, in *European Journal of Int. Law*, 1999; Reale, *Lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale*, in *AA.VV.*, *Lo Statuto*; Vassalli, *Statuto di Roma, Note sull'istituzione di una Corte Penale Internazionale*, in *Riv. Studi politici int.*, 1999; Arsanjani, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, in *American Journal of Int. law*, 1999; Zimmerman, *Die Schaffung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofes. Perspektiven und Probleme vor der Staatenkonferenz in Rom*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1998; Chiavario, *Contro orrori di Guerra e violenze sistematiche gli Stati creano una Corte penale Permanente*, in *Cass.pen.* 1999; Mori, *Prime riflessioni sui rapporti tra la Corte penale Internazionale e l'Organizzazione delle Nazioni Unite*, in *Comun. Int.* 1999; Gargiulo, *Il controverso rapporto tra la Corte Penale Internazionale e il Consiglio di Sicurezza per la repressione dei crimini di diritto internazionale*; Ferrari da Passano, *I Tribunali Internazionali per i diritti umani*, in *Civiltà cattol.*, 1999; Pastore, *Sui fondamenti etico-giuridici della Corte penale Internazionale*, in *Diritto e Società*, 2000; Pocar, *Creazione della Corte Penale Internazionale*, in *Rel.int.* 1998.

⁴ Sulla tendenza riscontrabile anche a livello interno di una funzione creativa dei giudici cfr. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*; ancora, Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice*; Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*; Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*.

volta si assiste alla cristallizzazione di fenomeni storici in concetti giuridici (l'art. 6 dello Statuto del TMI disegna le fattispecie qualificabili come crimini internazionali: i crimini contro la pace, i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità). Al di là delle forti motivazioni ideali che sono sottese all'istituzione dei due organismi giurisdizionali, non si possono non rimarcare i limiti, partendo dalla considerazione che si trattava di Tribunali per l'appunto speciali, con competenza limitata i fatti commessi durante la seconda guerra mondiale e creati ex post facto, chiamati a sanzionare condotte che, all'epoca in cui furono commesse, non erano ancora positivizzate come crimini internazionali. Questo dato, unitamente al fatto che furono istituiti dalle potenze vincitrici, è stato motivo di aspre critiche volte a contestarne la legittimità.

La fase immediatamente successiva all'istituzione del Tribunale di Norimberga risulta fondamentale per l'evoluzione del diritto penale internazionale. Dal 1945 in poi, sino ai primi anni '90, vengono adottate una serie di Convenzioni internazionali (fra le quali le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949)⁵, che per la prima volta prevedono l'obbligo per i singoli Stati, di punire le "gravi infrazioni" (*grave breaches*), definite pattiziamente come le maggiori violazioni del diritto umanitario internazionale, perseguibili da qualsiasi Stato in virtù del principio di punibilità universale, applicabile pur sempre però nel circoscritto ambito dei conflitti internazionali e non di quelli interni. E' a partire dal 1947, con l'incarico conferito alla Commissione di diritto internazionale da parte dell'Assemblea generale dell'ONU, di elaborare un progetto di codice dei crimini internazionali, che inizia una fase di positivizzazione del diritto penale internazionale, che tuttavia si risolve in affermazioni solenni con ben pochi risvolti pratici, considerato che tanto a livello di precetto, quanto a livello di sanzioni, sono i singoli Stati a garantirne l'applicazione. Ci si muove pertanto nell'ambito dei classici meccanismi di cooperazione interstatale.

L'istituzione del Tribunale internazionale per il perseguimento delle persone responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio dell'ex Jugoslavia (Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite del 25 maggio 1993) e del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (Risoluzione dell'8 novembre 1994) ha segnato una nuova fase per l'evoluzione del diritto penale internazionale. Occorre innanzitutto segnalare che gli Statuti dei due Tribunali (di seguito TPJ e TPR) ne fissano la competenza, individuandola nei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e i crimini di guerra commessi rispettivamente

⁵ Va notato che le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, sebbene istituiscano uno speciale regime giuridico per la repressione penale delle «infrazioni gravi» (*grave breaches*) delle Convenzioni medesime, stabiliscono al tempo stesso che la dalla loro commissione derivi altresì la responsabilità dello Stato a carico delle parti contraenti.

nel territorio dell'ex Jugoslavia dal 1991 e nel territorio ruandese dal 1 gennaio 1994 al 31 dicembre 1994. Rispetto ai Tribunali Militari Internazionali citati, è possibile individuare elementi di continuità riscontrabili tanto nella funzione di accertamento di responsabilità penali individuali in relazione a condotte qualificabili come crimini internazionali quanto nella natura speciale di tali organismi, istituiti successivamente alla commissione dei fatti di loro competenza. E tuttavia, a differenza del passato, queste giurisdizioni dispongono di un insieme di regole e principi di parte speciale, elaborati e consolidatisi dopo la fine della seconda guerra mondiale, e a cui gli Statuti istitutivi del TPJ e del TPR rinviano.

Ne deriva che si garantisce l'applicazione del principio di irretroattività della legge penale, giacchè i due Tribunali sanzionano comportamenti che hanno violato norme di diritto penale internazionale già esistenti, siano esse di natura pattizia o consuetudinaria.

Si tratta, in altre parole, di disposizioni che non contengono una definizione di nuove figure delittuose da applicarsi retroattivamente, ma che si limitano a riconoscere la competenza di questi organismi a perseguire e sanzionare ipotesi criminose preesistenti, senza però descriverne a loro volta esplicitamente il contenuto. Un esempio in tal senso può essere individuato nell'art. 2 dello Statuto del TPJ che punisce come crimini di guerra le gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 facendo dunque esplicito rinvio a tali disposizioni: "Il Tribunale Internazionale ha il potere di perseguire gli individui che abbiano commesso, o che abbiano ordinato di commettere gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 [...]".

La funzione giurisdizionale svolta dai due tribunali, è comunque di notevole rilevanza non solo sul piano interpretativo del contenuto di disposizioni che non erano mai state applicate in un contesto internazionale, ma anche in qualità di apporto creativo del diritto penale internazionale, soprattutto enucleando la struttura portante relativa ai principi e alle categorie generali, ovvero la parte generale del diritto.

Paradigmatico in tal senso il caso Erdemovic⁶: la questione centrale riguardava la possibilità di utilizzare la c.d. *duress* (stato di necessità), come causa di giustificazione in un caso di accusa per crimini contro l'umanità. La maggioranza dei giudici ha ritenuto non operante l'esimente in questione nella fattispecie al loro esame,

⁶ Arrestato nel 1996 e tradotto davanti al Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia fu accusato di crimini contro l'umanità e, in via alternativa, di violazione di leggi e consuetudini di guerra. Erdemovic ammise la propria colpevolezza (*pleaded guilty*) riguardo l'uccisione di un numero compreso tra i 10 e i 100 musulmani di Bosnia nel luglio

1995 durante un'esecuzione collettiva nell'area di Srebrenica. Esprimendo i propri rimorsi per l'azione commessa affermò tra l'altro, di aver agito in stato di necessità (*duress*) per ordine dei propri superiori. A seguito di una complessa vicenda giudiziaria venne condannato il 5 marzo 1998 a 5 anni di reclusione per crimini di guerra.

considerata la gravità e l'efferatezza dei crimini commessi, ritenendola al più applicabile in sede di applicazione della pena solo come attenuante. In tal senso, il TPJ si è trovato a dover interpretare un istituto penalistico privo di disciplina a livello internazionale, nonché a dover elaborare un criterio regolatore per l'individuazione della norma applicabile.

Da ultimo, vale la pena ricordare che la prassi degli ultimi anni '90 ha registrato un forte incremento del ricorso all'istituzione di nuovi strumenti giurisdizionali per la persecuzione di crimini internazionali: i cosiddetti tribunali misti (in particolare, la Corte Speciale della Cambogia, la Corte Speciale della Sierra Leone e la Corte Speciale di Timor Est), definiti tali sia perché composti da personale in parte locale e in parte internazionale, sia perché istituiti, anche attraverso accordi bilaterali con le Nazioni Unite, da normative interne, al dichiarato scopo di garantire sia una maggiore vicinanza e responsabilizzazione delle istituzioni locali, sia una maggiore partecipazione e informazione delle vittime.

Non è questa la sede per analizzare tali complessi fenomeni e i dibattiti che hanno originato: basti solo tener presente che si assiste ad un ulteriore tassello evolutivo del diritto penale internazionale, un po' lontano forse dai canoni del diritto penale nostrano che si rivela certamente più compatibile con le caratteristiche proprie della Corte Penale Internazionale, di cui si parlerà approfonditamente più avanti.

2.1 (segue) e quello regionale: la competenza penale dell'Unione Europea.

La questione⁷ che a tutt'oggi è considerata centrale nell'affrontare la complessa tematica concernente la competenza penale dell'Unione europea⁸, considerato da un lato l'inarrestabile processo di integrazione comunitaria e di compenetrazione tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali e dall'altro la perdurante insufficienza e complessiva inefficacia dell'opera di armonizzazione normativa fino ad oggi realizzata, è la valutazione circa il rispetto del principio di legalità⁹, e più precisamente del principio di riserva di legge (statale), fondamentale principio comune ai sistemi penali europei (pur se in alcuni sistemi come quelli di common law

⁷ R. Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea*, Milano, 2005.

⁸ Cfr. per tutti Dannecker, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, in Riv.trim. di dir. Penale dell'economia, 1993; Fragola-Atzori, *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, Cedam, 1990; Grasso, *Comunità europee e diritto penale*,; Id. , *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in Riv. Trim. di diritto penale dell'economia, 1995; Pedrazzi, *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, a cura di M. Cappelletti- A. Pizzorusso, Milano, Giuffrè, 1982.

⁹ La dottrina italiana mostra una particolare sensibilità rispetto a tale profilo; cfr. per tutti, Marinucci, *Relazione di sintesi*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000; Riz, *Unificazione e presidi penalistici*; Insolera, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nell'attribuzione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2003.

interpretato e percepito in modo parzialmente diverso), e altresì riconosciuto diritto fondamentale dello stesso ordinamento comunitario¹⁰.

L'assenza nei trattati originari di un'esplicita attribuzione alle istituzioni comunitarie di una diretta competenza ad emanare norme di natura penale, fa propendere per un'opzione meno invasiva delle competenze tradizionalmente nazionali, tale cioè da radicare presso l'Unione Europea un sistema di tutela essenzialmente mediata degli interessi comunitari. In tal senso, il legislatore nazionale è tenuto ad una costante opera di adeguamento dell'ordinamento interno, anche in virtù della portata indiscutibilmente generale del principio di leale cooperazione che coinvolge tutte le autorità nazionali nell'assicurare, ciascuna negli ambiti di propria competenza, un'adeguata tutela degli interessi della costruzione comunitaria¹¹. Soprattutto, il giudice nazionale è chiamato a garantire il principio di interpretazione conforme¹², in virtù del quale ha l'obbligo di adottare, tra le varie interpretazioni astrattamente possibili di una determinata norma, quella che si presenti compatibile con l'ordinamento sovranazionale e che assicuri l'effetto utile della relativa disciplina¹³,

¹⁰ La definitiva consacrazione del principio di legalità come diritto fondamentale dell'ordinamento comunitario è stata sancita dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Procedimenti penali c. X* CGCE 12 dicembre 1996, causa C-129/95). Sono tuttavia molteplici le pronunce della Corte di Lussemburgo che attestano il riconoscimento del principio di legalità e dei suoi corollari nell'ambito dell'ordinamento comunitario; oltre all'esplicito riconoscimento del principio di irretroattività della legge penale, avvenuto già con la pronuncia *Kirk* (CGCE 10 luglio 1984, causa 63/83), la Corte di Giustizia ha costantemente affermato che il principio di legalità dei reati e delle pene, comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, non consente alle direttive, in assenza di una legge interna di attuazione delle disposizioni in esse contenute, e *a fortiori* ai regolamenti, di fondare o aggravare la responsabilità di coloro che ne violino le disposizioni: CGCE 8 ottobre 1986, causa C-80/86; CGCE 26 settembre 1996, causa C-168/95.

¹¹ Non deve infatti essere sottovalutata la complessità del compito del legislatore nazionale che, in ossequio all'esigenza sottesa ai principi di legalità e certezza, non potrebbe limitarsi ad una mera introduzione di nuove fattispecie incriminatrici, o ad un'integrazione o modifica di fattispecie preesistenti, ma ad impegnarsi ad un costante adeguamento del sistema normativo interno la cui coerenza esigerebbe peraltro, il più delle volte, puntuali riformulazioni delle fattispecie penali ed un più generale rimodellamento dell'assetto normativo nazionale (eventualmente eliminando disposizioni incompatibili o successivamente superate dalla normativa comunitaria; per tali considerazioni cfr. Bernardi, *Codificazione penale e diritto comunitario I- La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996.

¹² Originariamente sancito dalla Corte di Giustizia con riguardo all'ipotesi di direttive non ancora trasposte, alla luce delle quali interpretare le norme interne, sia anteriori che eventualmente successive, il principio di interpretazione conforme è stato successivamente esteso alle disposizioni del trattato per essere poi definitivamente consacrato, in quanto ricollegato dalla stessa Corte di Giustizia al principio di leale cooperazione, con riguardo al diritto comunitario nel suo complesso. Sul versante nazionale, l'esistenza di un obbligo di interpretazione conforme in capo al giudice è stata altresì riconosciuta dalla nostra Corte Costituzionale nella sentenza *Granital* (Corte Cost. 170/84), in cui la Corte ha esplicitamente affermato che il principio suddetto costituisce una forma di ottemperanza al dettato costituzionale di cui all'art. 11 Cost.

¹³ Il processo di integrazione comunitaria viene ad incidere pertanto sull'applicazione stessa dei canoni ermeneutici previsti dal diritto interno producendo, anche nel silenzio dell'ordinamento nazionale un criterio ulteriore e finalistico che senza intaccare la validità degli stessi ne vincola l'utilizzazione imponendo il raggiungimento di un risultato interpretativo, definibile in termini

essendo altrimenti tenuto a dichiarare d'ufficio l'incompatibilità della norma interna con il diritto comunitario.

In realtà, il principio di interpretazione conforme si pone quale fondamentale estrinsecazione del più generale principio di prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno; principio questo, che pur non trovando esplicita formulazione nei trattati in vigore, è stato eretto dalla Corte di Giustizia fin dalle sue prime sentenze, a principio cardine ed essenzialmente connotante, insieme con il principio della diretta efficacia, la specificità dell'ordinamento comunitario nei relativi rapporti di integrazione con gli ordinamenti nazionali, assurgendo al rango di principio costituzionale strutturale del sistema normativo comunitario, con la conseguente possibilità, a determinate condizioni, di invocare la diretta applicabilità degli atti comunitari in luogo delle norme interne incompatibili. Dal che deriva che la normativa comunitaria direttamente efficace può produrre importanti effetti c.d. indiretti o riflessi sulla norma penale interna¹⁴, andando ad incidere sulla definizione di un elemento costitutivo, o anche sull'intero precetto, o ancora sulla definizione dei parametri deputati alla quantificazione della sanzione.

Fermo restando dunque il principio della prevalenza¹⁵ del diritto comunitario sulle norme interne incompatibili, con riguardo alla sua incidenza sulla norma incriminatrice, si sostiene la riconducibilità della norma comunitaria alla categoria delle cause di giustificazione allorché si tratta di disposizioni recanti un diritto di libertà e che, determinando l'esclusione dell'illiceità della condotta incriminatrice nel caso di specie, si trovano ad esplicare una tipica funzione esimente.

Profili problematici tuttavia possono presentare quelle ipotesi di incidenza sulle norme penali interne costruite in funzione sanzionatoria di discipline extra-penali nazionali

di "compatibilità" con l'ordinamento comunitario; cfr. Toriello, *i principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000.

¹⁴ Viene qui in rilievo la questione dell'effettivo rispetto del generale divieto di analogia, nonché l'inveterata questione dell'ammissibilità di forme di interpretazione estensiva, ampiamente ammesse nel nostro ordinamento, ma che si pongono in termini problematici rispetto al fondamentale principio di tassatività. Eppure, è oramai un dato di fatto la tendenza giurisprudenziale di svincolarsi dai limiti garantistici del principio di tassatività nel perseguimento dell'obiettivo di assicurare una tutela penale a beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela ma non riconducibili alla lettera rigorosa della norma. *Ex multis*, Contento, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in Foro It. 1988; Id., *L'insostenibile incertezza delle decisioni giurisprudenziali*, in Indice Penale, 1988; Donini, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in Cass. pen., 2003; Fiandaca, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di M. Stile, Napoli, 1991; Giunta, *La giustizia penale tra crisi della legalità e supplenza giudiziaria*, in *Studium iuris*, 1999; Palazzo, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Testo e diritto, Ars interpretandi*, 1997.

¹⁵ La prima consacrazione del principio di prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale risale alla storica sentenza *Costa c. Enel*, CGCE 15 luglio 1964, causa 6/64; mentre l'affermazione del principio della diretta efficacia del diritto europeo nel diritto interno si fa risalire all'altrettanto celebre sentenza *Van Gend Loos*, CGCE % febbraio 1963, causa 26/62.

rientranti negli astratti ambiti di competenza comunitaria, come è il caso di regolamentazioni nazionali direttamente collegate con l'attuazione delle libertà di circolazione comunitarie nell'ipotesi ad esempio, di discipline nazionali relative alla produzione e commercializzazione di merci, o concernenti l'ingresso e il soggiorno sul territorio italiano degli stranieri, quando si tratti di cittadini di altri Stati membri. Per tali fattispecie si profila la totale o parziale inapplicabilità della norma penale interna incompatibile, nel senso di determinarne la totale o parziale paralisi, in ragione dell'inutilizzabilità della categoria dell'abrogazione nei casi di conflitto fra norme appartenenti a sistemi giuridici diversi seppure strettamente interdipendenti.

E allora, in tal caso, non solo il giudice nazionale è chiamato a garantire il costante adeguamento dell'ordinamento interno a quello sovranazionale, ma anche sul legislatore grava l'obbligo di abrogare o quantomeno modificare la norma penale incompatibile.

Questioni di più complessa soluzione si pongono con riguardo a quelle ipotesi in cui la normativa extra-penale interna venga non risulti semplicemente inapplicabile, ma venga in un certo senso estromessa, in tutto o in parte, da una normativa comunitaria appositamente adottata per disciplinare il settore prima regolato dalla stessa. In tal caso, in ossequio al basilare principio di legalità deve senza dubbio escludersi che la nuova normativa comunitaria possa subentrare alla preesistente regolamentazione nazionale nella definizione del precetto in tutti quei casi in cui la norma penale contenga un rinvio esplicito alla specifica disposizione extra-penale preesistente la cui violazione è penalmente sanzionata, poiché in tal caso la fattispecie penale non può essere applicata automaticamente a tutela delle nuove previsioni comunitarie, pena la violazione del principio nulla poena sine praevia lege poenali.

Con riguardo poi all'ipotesi della norma penale in bianco¹⁶, considerato che la legittimità costituzionale di tale tecnica legislativa è subordinata alla previa individuazione da parte della legge statale dei caratteri, presupposti, limiti e contenuti legittimanti l'intervento degli atti sublegislativi cui è demandata la concreta descrizione del precetto penalmente sanzionato, non appare compatibile con il principio di prevalenza del diritto comunitario una tale opera di preventivo inquadramento legislativo dei contenuti delle norme secondarie.

E allora, si deve ritenere che, l'intervento della normativa comunitaria in sostituzione di una normativa interna che concorra a definire in tutto o in parte il precetto, presenta distinti profili problematici in relazione al diverso principio di necessaria determinatezza della fattispecie, in ragione della non infrequente ambiguità dei testi normativi comunitari, soprattutto se di carattere tecnico.

¹⁶ Sul punto cfr. per tutti Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2004; Marinucci-Dolcini, *Corso di diritto penale. Parte generale*, vol. I, Milano, 2001.

Senza pretesa alcuna di esaustività, si vuole infine menzionare la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di incidenza del diritto comunitario sulle scelte sanzionatorie nazionali. A connotare in misura prevalente la ricostruzione sviluppata dalla giurisprudenza comunitaria, è il principio di proporzione, interpretato in termini estremamente ampi che finiscono con il sussumere anche le valutazioni attinenti al principio di non discriminazione. Così, risulta incompatibile con l'ordinamento comunitario qualunque sanzione che superi i limiti della stretta necessità o si presenti, quanto all'intensità dell'intervento lesivo, comunque sproporzionata rispetto alla natura o alla gravità della violazione, alla luce delle ripercussioni che il riconoscimento delle libertà fondamentali dell'ordinamento comunitario produce sulla gerarchia dei valori tutelati dall'ordinamento interno.

Nell'ambito di un tale confronto, in cui l'interesse nazionale potrebbe risultare ridimensionato in conseguenza al generale riassetto della gerarchia dei valori determinato dal processo di integrazione comunitaria, la relativa disciplina sanzionatoria potrebbe in definitiva rivelarsi sproporzionata¹⁷ e incompatibile con l'ordinamento comunitario, in quanto limitazione non strettamente necessaria di un principio fondamentale di tale ordinamento.

2.2. Le novità del Trattato di Lisbona.

Per completezza espositiva va menzionata l'entrata in vigore il 1° dicembre 2009 del Trattato di Lisbona, che ha inciso in maniera significativa sul settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale, decretando l'abolizione del terzo pilastro e l'abbandono delle procedure e degli strumenti intergovernativi in favore della pressoché completa generalizzazione del metodo comunitario.

Nonostante le novità introdotte, le politiche appartenenti all'ex terzo pilastro conservano, tuttavia, ancora alcune peculiarità quali, ad esempio, il potere di iniziativa legislativa in materia a favore di un quarto degli Stati membri (oltre che della Commissione), il potere di controllo dei parlamenti nazionali sul rispetto del principio di sussidiarietà nelle proposte e negli atti adottati in tale ambito e ancora, il controllo dell'attività di Eurojust e Europol (strumenti di cooperazione rispettivamente tra le autorità giudiziarie e tra le forze di polizia degli Stati membri).

Le misure adottate dall'UE in materia di cooperazione giudiziaria in materia penale sono tese a definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta

¹⁷ I primi accenni al principio di proporzione quale principio fondamentale dell'ordinamento comunitario si rinvencono già nelle prime decisioni della Corte di Giustizia relative al trattato CECA; nel senso che tale principio costituisce espressione del generale principio dello Stato di diritto, immanente nell'ordinamento comunitario, cfr. CGCE 13 luglio

1962, *Mannesmann*, causa 19/61. Si tratta peraltro di un principio che trova applicazione non solo con riguardo alla fase attuativa del diritto, ma anche a quella creativa, implicando l'invalidità di eventuali atti comunitari non rispettosi del principio in questione.

l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione fra gli Stati membri; facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni.

Sicuramente, dunque, tra le principali innovazioni operate a Lisbona in tale settore, vi è l'esplicitazione del principio del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie quale principio cardine della materia, in conformità con quanto stabilito nel programma del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999. In base all'art. 82 TFUE, infatti, la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e sul ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in determinati settori.

Tuttavia, è espressamente previsto che il ravvicinamento degli ordinamenti penali debba realizzarsi solo se necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria, tenendo conto, in ogni caso, dell'esigenza di rispettare le differenze tra le tradizioni e i sistemi giuridici degli Stati membri. In questa direzione, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni penali in sfere di criminalità particolarmente grave, che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Trattasi, in particolare, di reati quali: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata (art. 83 TFUE).

Gli strumenti impiegati, a seguito delle recenti modifiche che hanno determinato l'abolizione del terzo pilastro, sono rappresentati soprattutto da regolamenti e direttive, adottati di norma mediante procedura legislativa ordinaria ad opera del Parlamento europeo e del Consiglio (in sostituzione di quelli che erano gli atti tipici del terzo pilastro, ovvero, posizioni comuni, decisioni, decisioni quadro, convenzioni, c.d. metodo intergovernativo).

Va, infine, sottolineato che il nuovo art. 84 TFUE prevede, in un'ottica di costruzione di una politica criminale comune, la possibilità di adottare misure per incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri nel campo della prevenzione della criminalità, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

3. Nozione di crimine di diritto internazionale...

I crimini internazionali sono quelle violazioni delle norme internazionali da cui discende la responsabilità penale dei loro autori individuali, in quanto opposta alla responsabilità dello Stato in nome o per conto del quale questi ultimi possono aver agito¹⁸. Dall'analisi aggregata dei crimini internazionali nel loro insieme, emergono una serie di tratti comuni che ne consentono la catalogazione nell'ambito di una categoria connotata dalle caratteristiche di seguito riportate.

Innanzitutto, i crimini internazionali hanno ad oggetto violazioni di norme di diritto internazionale consuetudinario (ovvero contenute in trattati internazionali, laddove tali disposizioni esistano e abbiano codificato o chiarito il significato del diritto consuetudinario ovvero contribuito alla sua formazione) ed in particolare, si tratta di norme che, in quanto finalizzate a proteggere quei valori, beni ed interessi giuridici considerati meritevoli di tutela dall'intera comunità internazionale, vincolano conseguentemente tutti gli Stati e tutti gli individui al loro rispetto. Si noti che tali valori non sono il frutto di artificiose elaborazioni dottrinali, ma sono presenti a pieno titolo già all'interno degli stessi strumenti giuridici di diritto internazionale, per quanto spesso richiamati solo in modo sommario¹⁹.

Inoltre, sussiste un interesse universale a reprimere questi crimini: pur se solo a certe condizioni, i loro presunti autori possono, in linea di principio, essere perseguiti e puniti da qualsiasi Stato, indipendentemente dalla circostanza che il crimine sia stato commesso all'estero, o dall'esistenza o meno di un legame di nazionalità fra lo Stato e l'autore o la vittima del fatto, purchè il reo si trovi sul territorio dello Stato che intende perseguirlo penalmente. Infine, nell'ipotesi in cui l'autore del crimine abbia agito in veste di pubblico ufficiale, vale a dire in qualità di rappresentante, de iure o de facto, di uno Stato, quest'ultimo non può invocare per il proprio rappresentante il diritto all'immunità dalla giurisdizione civile o penale dello Stato straniero che il diritto consuetudinario riconosce ai pubblici ufficiali che agiscono nell'esercizio delle proprie funzioni²⁰.

Sulla base di tali premesse, per crimini internazionali si intendono i crimini di guerra, il genocidio, la tortura, l'aggressione, ed infine alcune forme estreme di terrorismo (in

¹⁸ Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit.

¹⁹ Tra i più importanti di essi si segnalano: la Carta delle Nazioni Unite del 1945, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1950, i due Patti internazionali delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, la Convenzione americana sui diritti umani del 1969, la Dichiarazione delle Nazioni Unite sulle relazioni amichevoli del 1970, la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli.

²⁰ Va tuttavia precisato che se il pubblico ufficiale in questione riveste la carica di capo di Stato, ministro degli Esteri o agente diplomatico, per tutta la durata della sua investitura, mandato o ufficio, egli gode di una immunità personale totale. A questo riguardo, si confrontino il caso *Pinochet*; *Fidel Castro* ed infine *Congo v. Belgio*.

particolare, quelle che si sostanziano in atti particolarmente gravi commessi da organizzazioni terroristiche internazionali, appoggiate o comunque tollerate da uno o più Stati).

Non rientrano nella categoria dei crimini internazionali, il traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, il commercio illegale di armi, il traffico di materiale nucleare o di altre sostanze tossiche o nocive, il riciclaggio di denaro sporco. Da un lato, infatti, in tutti questi casi si tratta di ipotesi criminose previste soltanto nei trattati internazionali o nelle risoluzioni delle organizzazioni internazionali, ma non ancora nel diritto consuetudinario; dall'altro, si tratta di crimini commessi normalmente da singoli individui o organizzazioni criminali che agiscono per fini esclusivamente privati, ai quali perciò, di norma, non corrisponde alcuna responsabilità da parte dei singoli Stati. Questi reati sono di regola commessi contro gli Stati e non lesivi di valori sentiti universalmente tali dalla comunità internazionale; tanto ciò è vero che, quando gli autori degli illeciti sono pubblici ufficiali o funzionari statali, i quali in questi casi, normalmente agiscono al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni, si rendono responsabili di condotte già autonomamente previste e sanzionate dalle singole legislazioni nazionali.

Dal catalogo dei crimini internazionali rimane escluso anche l'apartheid, poiché secondo autorevole opinione, trattasi di un fenomeno criminale percepito da sempre come limitato nel tempo e nello spazio e profondamente radicato in specifici contesti storico-geografici, non idoneo comunque a fondare una norma di diritto internazionale consuetudinario.

Ciononostante, va tenuto presente che l'art. 7 dello Statuto della Corte Penale Internazionale, attribuisce alla stessa la giurisdizione sull'apartheid, dandone anche una definizione giuridica, tanto da poter contribuire al graduale consolidarsi di una norma consuetudinaria sul punto, nei casi in cui si pongano in essere "atti inumani commessi nel contesto di un regime istituzionalizzato di oppressione sistematica e di dominazione da parte di un gruppo razziale su un altro o altri gruppi razziali, ed al fine di perpetuare tale regime".

3.1. (segue) e di responsabilità internazionale individuale: esegesi dell'art. 30 StCPI.

Anche nel diritto internazionale penale trova applicazione il principio della responsabilità penale personale, in base al quale nessuno può essere ritenuto responsabile di un atto che non ha commesso o alla commissione del quale non abbia in alcun modo partecipato, ovvero per un'omissione che non gli può essere attribuita. Eppure, si tratta di una conclusione non del tutto scontata, considerato che è stata frutto di un complesso percorso evolutivo del diritto penale internazionale, cui ha

contribuito non poco l'apporto creativo della giurisprudenza, soprattutto di quelle nazionali.

Gli artt. 9 e 10 dello Statuto dell'IMT di Norimberga, infatti, consideravano penalmente rilevante la mera appartenenza ad un'organizzazione criminale, indipendentemente dal carattere volontario o meno di tale partecipazione. L'intero impianto dei processi per crimini di guerra celebrati all'indomani della fine della Seconda guerra mondiale si basa sull'idea che «seguendo le procedure e applicando gli istituti giuridici tradizionali, non sarebbe stato possibile catturare e condannare tutti, o anche solo un buon numero dei criminali di guerra dei paesi dell'Asse».

E' solo con lo Statuto di Roma che per la prima volta si offre una definizione generale dell'elemento psicologico del crimine internazionale; l'art. 30 StCPI ("Mental Element"), in particolare, così recita: «1. Salvo diversa disposizione, una persona sarà penalmente responsabile e punibile per un crimine rientrante nella giurisdizione della Corte quando gli elementi materiali del crimine siano realizzati con intenzionalità e consapevolezza».

2. Ai fini di questo articolo, una persona agisce intenzionalmente quando:

a) rispetto ad una condotta, tale persona si propone di intraprendere la condotta medesima;

b) rispetto ad una conseguenza, tale persona si propone di causarla o è conscia che la medesima si produrrà nell'ordinario corso degli eventi.

3. Ai fini di questo articolo "consapevolezza" significa coscienza dell'esistenza di una circostanza o del fatto che una conseguenza si produrrà nell'ordinario corso degli eventi. "Sa" e "consapevolmente" dovranno essere corrispondentemente interpretati".

Prima di analizzare la portata letterale e logica della definizione citata, va rimarcato che nonostante i concetti richiamati evocano nozioni appartenenti alle tradizioni giuridiche penaliste nazionali, il diritto penale dei singoli stati può costituire un valido referente ermeneutico, ma unicamente quando esso contribuisca a delineare principi e regole ampiamente condivisi in sede sovranazionale e solo nella misura in cui a tali principi e regole sia opportuno ricorrere.

Poste queste premesse, si può tentare di analizzare la norma al fine di individuare gli elementi costitutivi dell'illecito colpevole. Quanto all'elemento soggettivo, si ritiene che "il proposito di intraprendere"²¹ una determinata condotta vada inteso non tanto come un mero requisito di dominabilità della condotta, quanto come un atteggiamento

²¹ A questo riguardo, sembra negare il rilievo di una realizzazione tramite omissione dei crimini di competenza della CPI: Mantovani, *The General principles of International Criminal Law: the Viewpoint of a National Criminal Lawyer*, in *Journal International Criminal Justice*, 2003; in senso contrario, invece, Catenacci, *Legalità e tipicità nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003.

approssimativamente vicino alla definizione nostrana di dolo di proposito²², tale essendo l'elemento subiettivo che caratterizza la condotta di chi si decide a realizzare il reato non sulla base di un impulso improvviso, ma in virtù di una scelta criminosa maturata in un lasso di tempo apprezzabile, anche se relativamente breve.

Per "conseguenza", nel linguaggio dello StCPI, deve intendersi l'evento prodotto dalla condotta e di tale conseguenza l'autore deve essere pienamente consapevole; invero, ciò sta a significare che non è sufficiente la colpa, sia essa cosciente o incosciente, ma si pretende un dolo quantomeno diretto, consistente nella rappresentazione e volontà dell'evento come conseguenza certa o altamente probabile della condotta, anche quando, il fine dell'azione sia un altro. Ed infatti, nessuna norma di diritto penale internazionale pretende, ai fini dell'imputazione, una precisa rappresentazione dei singoli momenti in cui concretamente si dipana il processo eziologico: la mens rea è comunque presente quando l'evento voluto effettivamente si verifica, sia pure a seguito di passaggi causali diversi da quelli sui quali contava l'agente (aberratio causae).

Ciò vale, sempre purchè il decorso eziologico alternativo non risulti del tutto eccezionale rispetto a quello preventivato, in base all'id quod plerumque accidit, pena altrimenti l'assoluta mancanza di una volontà colpevole.

Si discute poi, se rientri nell'oggetto della mens rea anche l'assenza dei motivi di esclusione della responsabilità penale; in caso di risposta affermativa, potrebbe ritenersi responsabile solo il soggetto che, oltre ad avere consapevolezza e volontà di tutti i requisiti della fattispecie criminosa, non creda di agire in presenza di un'esimente. Il testo dell'art. 30 StCPI non offre tuttavia, al proposito, indicazioni univoche e ciò potrebbe suggerire un rinvio ai principi generali di diritto ricavabili dalla normativa interna dei sistemi giuridici nazionali, posto che appare diffusamente riconosciuta la non rimproverabilità del soggetto che erroneamente pensi di agire in presenza di una situazione scriminante in realtà inesistente.

Valutata la portata applicativa ed il ruolo sistematico della disposizione in commento vale la pena sottolineare l'opzione suggerita dal legislatore internazionale per elementi soggettivi che connotano una forma di colpevolezza riconosciuta ovunque come rilevante, garantendo altresì una reale proporzione tra il significato internazionalistico di un'eventuale condanna e l'effettivo bisogno di pena.

La scelta selettiva operata con l'art. 30 StCPI costituisce poi espressione di un più generale atteggiamento sotteso all'intero Statuto, volto a circoscrivere il tipo di

²² Sulla nozione di dolo: Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, cit.; Mantovani, *Diritto penale*, cit.; Padovani, *Diritto penale*; Pagliaro, *Principi di diritto penale*; Palazzo, *Corso di diritto penale*; Pulitanò, *Diritto penale*; De Francesco, *Dolo eventuale e colpa cosciente*; Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*.

disvalore meritevole di attenzione da parte della CPI. L'art. 5 StCPI, in tal senso, specifica che rientrano nella giurisdizione di tale organo soltanto i crimini atti a suscitare allarme presso "l'intero consorzio umano": orbene, è certo che tale attitudine possa essere significativamente influenzata dal tipo e dalla intensità dell'adesione soggettiva al fatto.

4. Il principio di legalità e i suoi corollari nel diritto internazionale penale (rinvio).

Per verificare l'intensità e il grado di attuazione del principio di legalità nel diritto internazionale penale, occorre in primo luogo tenere a mente che questo è in larga misura il prodotto di un procedimento normativo consuetudinario: esso dunque, risulta maggiormente affine a quelle forme di diritto tipiche della tradizione giuridica di common law, piuttosto che a quelle proprie delle esperienze giuridiche continentali. Questo rilievo, tuttavia, non è da solo sufficiente a spiegare la tematica nella sua complessità. Nel diritto internazionale, infatti, ha trovato applicazione, a lungo e fino a tempi recenti, il principio di legalità sostanziale: è solo a partire dagli anni più recenti che tale principio ha iniziato ad essere gradualmente sostituito con quello di legalità formale, benché con alcune importanti specificazioni.

Questo stato di fatto è, infatti, riconducibile principalmente a due fattori fra loro concatenati: da un lato, il rifiuto tradizionalmente opposto dagli Stati alla conclusione di trattati internazionali contenenti norme penali, e dall'altro, la non avvenuta cristallizzazione in quest'area del diritto internazionale, di norme di diritto consuetudinario. Le sole norme esistenti erano in pratica, quelle che proibivano e punivano i crimini di guerra, benché in un modo piuttosto semplice e rudimentale; il ricorso al principio di legalità sostanziale si rese dunque necessario quando fecero improvvisamente la loro comparsa sulla scena internazionale, forme di criminalità sopranazionale nuove ed estremamente gravi (crimini contro la pace, crimini contro l'umanità). Un'applicazione pratica del principio in questione è stata quella operata dal IMT che ha ritenuto non contrario a giustizia la punizione dei crimini commessi durante il secondo conflitto mondiale, anche nel caso in cui le corrispondenti condotte non fossero considerate penalmente illecite al tempo della loro commissione.

E' solo successivamente che il principio di stretta legalità comincia a prendere corpo grazie alla previsione in importanti trattati internazionali sui diritti umani, dell'obbligo di stretta osservanza del principio *nullum crimen sine lege* da parte dei giudici nazionali (in particolare, nella terza e quarta Convenzione di Ginevra del 1949, rispettivamente sui prigionieri di guerra e sui civili).

Tali trattati ebbero un ruolo determinante nella diffusione e applicazione concreta del principio di stretta legalità, in quanto non venne più considerato come principio

essenzialmente di politica criminale, quanto piuttosto alla stregua di principio posto a presidio dei diritti umani dell'accusato.

Vi è da considerare inoltre, che la graduale espansione del diritto penale internazionale, dovuta sia all'adozione di diversi trattati internazionali che hanno attribuito natura e conseguenze penali a determinate condotte poste in essere a livello individuale (si pensi alla Convenzione sul genocidio del 1948, alle Convenzioni di Ginevra del 1949, alla Convenzione del 1984 sulla tortura), sia alla progressiva accumulazione di un complesso di decisioni giurisprudenziali che hanno contribuito a chiarire e specificare gli elementi costitutivi dei crimini internazionali, ha contribuito all'affermazione pressoché consolidata del principio di legalità formale.

Poste tali premesse, il principio di stretta legalità ha trovato dapprima affermazione, benché in modo implicito, negli Statuti dei due Tribunali ad hoc delle Nazioni Unite (TPIJ e TPIR), ed in seguito, in quello della CPI, questa volta espressamente nell'art. 22.

In conclusione, si può affermare che oggi il principio di legalità formale debba essere osservato anche a livello internazionale, benché la sua applicazione sia soggetta ad una serie di importanti precisazioni, l'approfondimento delle quali sarà oggetto di analisi nel III capitolo.

CAPITO SECONDO
LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO
INTERNAZIONALE PENALE
NELL'ETA' DELLA 'GLOBALIZZAZIONE'

SOMMARIO: 1. L'istituzione dell'International Criminal Court quale evento fondamentale nello sviluppo delle relazioni internazionali e nella tutela penale 'ultra-statuale' dei diritti fondamentali. – 2. Lo scetticismo della scienza penalistica di una sua più attenta considerazione. – 3. I motivi di interesse dell'ICC Statute per la scienza penalistica: la codificazione del diritto internazionale penale. – 4. (segue) L'avvio di una fase di 'stabilizzazione' dei principi e degli istituti del diritto internazionale penale attraverso l'inserimento, nello Statuto della Corte, di un compiuto sistema di criteri di imputazione oggettivo-soggettiva dei crimina juris gentium. – 5. Il sistema repressivo delineato dallo Statuto di Roma quale primo (e finora unico) sistema penale ultra-statuale dell'età della 'globalizzazione'. – 6. La scienza penalistica di fronte alla parte generale dell'ICC Statute: la costruzione di un concetto unitario di 'crimine internazionale' – 7. L'impianto sistematico dello Statuto: alcune considerazioni critiche. A) I criteri fondamentali di imputazione del fatto: la ripartizione fra responsabilità diretta e responsabilità indiretta. B) Il problema dei rapporti con le categorie del diritto penale di derivazione illuministica.

1. L'istituzione dell'International Criminal Court quale evento fondamentale dello sviluppo delle relazioni internazionali e nella tutela penale 'ultra-statuale' dei diritti fondamentali.

Quella del 1° luglio 2002 rappresenta senza dubbio una data fondamentale nella storia delle relazioni internazionali²³: proprio quel giorno, infatti, dopo più di un cinquantennio di dibattiti e di iniziative ufficiali, di grandi entusiasmi e di cocenti

²³ CATENACCI, *“Legalità e tipicità del reato” nello Statuto della Corte Penale Internazionale, Milano, 2003.*

delusioni ²⁴, è entrato in vigore lo Statuto del Tribunale Penale Internazionale Permanente (International Criminal Court, ICC); organismo, quest'ultimo, istituito dalla Conferenza Diplomatica dei plenipotenziari degli Stati membri delle nazioni Unite tenutasi a Roma dal 15 giugno al 17 luglio 1998, e incaricato di perseguire ed assoggettare ad un catalogo ben definito di pene²⁵ una serie di crimini (i c.d. crimina iuris gentium) ²⁶ a loro volta riconducibili a tre 'voci' fondamentali: genocidio (art. 6), crimini contro l'umanità (art. 7) e crimini di guerra (art. 8)²⁷.

Dal punto di vista del diritto internazionale, questo evento (che pure segna solo l'inizio di un processo che porterà, si spera in tempi brevi, alla piena attivazione del Tribunale²⁸ rappresenta una vera e propria 'svolta epocale': con l'istituzione di una giurisdizione penale permanente sembrerebbe infatti oramai destinata al superamento (se pur, come vedremo, solo in parte) l'esperienza – assai controversa e mai completamente condivisa dalla comunità internazionale – dei c.d. 'Tribunali ad hoc'; delle Corti cioè di volta in volta istituite a seguito del verificarsi di conflitti collettivi (guerre in senso stretto o conflitti di carattere etnico, politico, religioso etc.) nel cui ambito si erano registrate gravissime violazioni dei diritti umani, e che tuttavia, proprio perché nate sulla base di atti unilaterali²⁹ e sulla scia di esigenze politico-

²⁴ Cfr. le ricostruzioni di VASSALLI, *Cinquant'anni dopo. Dichiarazione dei diritti dell'uomo e "Statuto di Roma"*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, vol. I, Milano 2000, 534 ss.; BASSIOUNI, *The Statute of International Criminal Court*, New York 1999, 3 ss.

²⁵ Si tratta delle sanzioni previste dall'art. 77 dello Statuto, e che sono di due tipi: a) *detentive* [*reclusione* fino a trent'anni e, nei casi – non meglio specificati – di "estrema gravità" (*extreme gravity of the crime*), *ergatolo*]; b) *patrimoniali*, sotto forma, queste ultime, di *Multa* (*fine*) o confisca (*forfeiture*); sull'argom. i generale FAIZA P. KING-ANNE-MARIE LA ROSA, *Penalties under the ICC Statute*, in LATTANZI-SCHABAS (a cura di), *Essay on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, L'Aquila 1999, 311 ss.

²⁶ Per un quadro generale delle posizioni della dottrina internazionalistica rispetto a questa categoria si vedano BARILE, *Obligaciones erga mnes e individui nel diritto internazionale umanitario*, in *Riv. dir. intern.* 1985, 5 ss.; FRANCONI, *Crimini internazionali*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. III, Torino 1989, 229 ss.; F. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'Uomo nel diritto internazionale generale*, Milano 1985, 419 ss.; SPERDUTI, *Crimini internazionali*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano 1962, 340.

²⁷ Cfr. gli artt. 6, 7, 8 dello Statuto (FRONZA, *Genocidi in the Rome Statute*, in LATTANZI-SCHABAS (a cura di), *Essay*, cit., 311 ss.; ROBINSON, *Crimes against humanity: reflections on state sovereignty, legal precision and the dictates of the public conscience*, *ivi*, 139 ss.; VENTURINI, *War Crimes*, *ivi*, 171 ss.). A queste norme va peraltro aggiunto l'art. 70, che prevede, quale "reati contro l'amministrazione della giustizia" (*offences against the administration of justice*, secondo la denominazione fornita dallo stesso art. 70), sia ipotesi criminose tradizionalmente di solito dai codici collocate in questo settore della parte speciale (ad. es. la falsa testimonianza o la subornazione), sia ipotesi di collocazione sistematica meno 'scontata' (così ad es. la corruzione in atti giudiziari, che invece il codice penale italiano colloca, come noto, fra i delitti contro la pubblica amministrazione); ipotesi, comunque, tutte accomunate dall'essere forme di intralcio o di inquinamento dell'attività dell'ICC, ed il cui inserimento in un testo concepito per codificare i soli illeciti qualificabili come 'crimini internazionali', si giustifica sulla base di ovvie esigenze di tutela della dell'*effettività della funzione giudiziaria* espletata dalla Corte.

²⁸ Sul punto v. *infra*, nota, 15 di questo capitolo.

²⁹ Così per il *Tribunale di Norimberga*, istituito con l'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945, sottoscritto dalle Potenze uscite vincitrici dalla Seconda Guerra Mondiale ed al quale,

criminali contingenti, non avevano mai saputo o potuto dissipare il sospetto di una giustizia penale internazionale basata in realtà sui soli rapporti di forza fra Stati³⁰, e caratterizzata dalla mera formalizzazione del “diritto dei vincitori sui vinti”³¹. Da questo punto di vista, lo Statuto di Roma sembra invece destinato a riscuotere maggiori consensi, e ciò non solo grazie al numero di Stati che lo hanno sottoscritto, ma anche in ragione dei solidi meccanismi di tutela delle sovranità statuali che esso prevede e del carattere ‘universale’ della gran parte dei suoi principi: una volta disposto che la giurisdizione della Corte sui crimini descritti dallo Statuto ha carattere sussidiario rispetto a quella degli Stati³², che quella giurisdizione potrà esercitarsi solo sui fatti commessi dopo l’entrata in vigore dello Statuto stesso, e che comunque, nello loro attività i Magistrati della Corte saranno soggetti ad un nucleo di regole scritte ed immodificabili per via giurisprudenziale³³; una volta disposto tutto questo, i pericoli di un uso meramente strumentale e contingente dell’ICC sembrerebbero, se non dileguarsi, quanto meno ridimensionarsi, e la stessa idea di una repressione “senza limiti territoriali”³⁴ dei più ‘classici’ (e dei più gravi) fra i crimina iuris gentium appare sicuramente destinata ad acquisire una legittimazione politica sempre più ampia³⁵.

successivamente, aderirono altri diciannove governi; così per il *Tribunale Militare Internazionale per l'estremo Oriente*, istituito a sua volta con la promulgazione, da parte del Comandante Supremo delle Forze Alleate per il Pacifico, gen. Douglas McArthur, di una Carta sostanzialmente identica a quella sottoscritta con l'accordo di Londra; così, infine, per il *Tribunale Internazionale per la ex Jugoslavia* ed il *Tribunale Internazionale per il Ruanda*, istituiti entrambi con due diverse risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU (la n. 827 del 25 maggio 1993 e la n. 1168 dell'8 novembre 1994).

³⁰ In questo senso, ad es., con specifico riferimento al Tribunale penale per i crimini commessi nella ex Jugoslavia BERNARDINI, *Il Tribunale penale per la (ex) Jugoslavia: considerazioni giuridiche*, in *Dir. dell'Uomo* 1993, 15 ss.; LATTANZI, *Alcune riflessioni su un Tribunale ad hoc per la ex Jugoslavia*, ivi, 32 ss. *Contra* tuttavia VASSALLI, *Il tribunale Internazionale per i crimini commessi nei territori della ex-Jugoslavia*, ora in VASSALLI, *La giustizia penale internazionale. Studi*, Milano 1995, 155 ss.

³¹ In questo senso, con particolare riferimento al Tribunale di Norimberga JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Volkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nurnberger Prozessen*, Bonn 1952, sopr. 414 ss.

³² Cfr. in arg., per tutti, BENVENUTI, *Complementary of the International Criminal Court to national jurisdictions*, in LATTANZI-SCHABAS (a cura di) *Essay, cit.*, 21 ss.

³³ E' quanto scaturisca dal comb. disp. Degli artt. 22, 23 e 24, i quali, come vedremo fra poco, assoggettano l'ICC al principio di legalità dei reati e delle pene ed ai suoi corollari.

³⁴ CONSO, *Some reflections on the Internarional Criminal Court*, in LATTANZI-SCHABAS (a cura di) *cit.*, 2.

³⁵ Val qui la pena di ricordare come la piena operatività della Corte sia legata ad un processo, a sua volta diviso in due fasi fondamentali: a) entrata in vigore dello Statuto, fase per il cui compimento si richiedeva la ratifica dello stesso da parte di almeno 60 degli Stati firmatari dell'Accordo di Roma, e conclusasi per l'appunto il primo luglio del 2002 (“*primo giorno del mese successivo al sessantesimo giorno dopo la data di deposito del sesantesimo strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione presso il Segretariato delle Nazioni Unite*”, secondo quanto stabilito dall'art. 126 dello stesso Statuto; b) attivazione del tribunale e dell'ufficio del *Prosecutor* e che si è realizzata attraverso una serie piuttosto complessa di passaggi diplomatici: dall'approvazione, da parte dell'Assemblea degli Stati-parte, dei c.d. *Elemets of crimes* e delle regole di procedura e prova (*Rules of Procedure and Evidence*) (sul punto v. *infra*, cap. II, par. 8) nonché di una serie di regolamenti interni a contenuto vario, fino

Con l'ICC Statute possono insomma ritenersi gettate le basi di un nuovo e fin qui inedito sistema penale 'ultra-statuale': cioè a dire un apparato repressivo 'affrancato' dai 'normali' limiti spaziali di efficacia del diritto penale statale, che ruota attorno ad un nucleo coerente ed omogeneo di regole e principi generali, ed è affidato, sulla base di una cessione patrizia di quote di sovranità, ad un soggetto istituzionale, nei cui confronti gli Stati aderenti assumono un generale obbligo di cooperazione. Situazione questa, com'è agevole dedurre, assai più 'avanzata' di quella venutasi a creare in passato con l'istituzione dei diversi tribunali penali internazionali ad hoc, e che comunque segna sicuramente un punto a favore di quanti, convinti che la tutela dei diritti umani non possa mai soccombere di fronte alla ragion di Stato, si sono battuti, nei decenni scorsi, per creare uno strumento di tutela di quei diritti che fosse dotato di autonomia operativa e di effettiva efficacia deterrente³⁶.

2. Lo scetticismo della scienza penalistica nei confronti dello Statuto della Corte penale Internazionale e la necessità invece di una sua più attenta considerazione.

Ciò precisato, resta da chiedersi se quanto realizzatosi con la Conferenza di Roma rappresenti una novità interessante anche dal punto di vista del diritto penale.

A voler trarre una conclusione dalle reazioni registratesi nella dottrina italiana, sembrerebbe proprio doversi optare per la negativa. Nonostante infatti l'indiscutibile carattere di originalità che il suo essere un insieme organico di reati e di pene fuori dalla tradizionale cornice dei codici penali statuali parrebbe attribuirgli, l'ICC Statute non è certo stato oggetto di particolari 'celebrazioni' da parte della nostra scienza penalistica. A fronte di una serie di contributi, per così dire, 'settoriali' (riferiti cioè ad istituti di parte generale contenuti nello Statuto ed analizzati per lo più quale 'banco di

all'elezione, da parte della stessa Assemblea, dei giudici componenti la Corte e del *Prosecutor* secondo le modalità previste dagli artt. 136 ss. dello Statuto (per un aggiornamento in tempo reale su questi passaggi, si può comunque consultare il sito www.un.org/law/icc/index.html). Ciò che comunque va riaffermato con chiarezza è che allo stato attuale, tutti i fatti commessi a partire dal 2 luglio 2002 e riconducibili alle fattispecie disegnate dagli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto sono soggetti ai poteri della Corte e dunque punibili con le pene dallo stesso Statuto stabilite.

³⁶ Sulla necessità di non ridurre la 'grande questione' dei diritti dell'Uomo alla *sola punizione* dei colpevoli delle violazioni, ma di 'allargarla' ad una "serie di azioni positive a tutela dei diritti calpestati" si vedano tuttavia le osservazioni di I. PETRONE, *La tutela dei diritti umani tra politica e giurisdizione*, in *Quest. Giustizia* 1999, 81. Più in generale, sullo stato del dibattito filosofico sul tema dei diritti umani cfr. PIERRO, *I diritti umani, ieri e oggi*, ivi, 67 ss.

prova' di categorie dogmatiche classiche)³⁷, i lavori che dal 1998 ad oggi sono stati dedicati all'approfondimento del sistema punitivo delineato dallo Statuto, oltre ad essere pochi, hanno infatti comunque avuto (tranne alcune, significative eccezioni) carattere per lo più divulgativo e si sono occupati prevalentemente delle norme di diritto processuale in esso contenute.

Si tratta di un atteggiamento che, a prima vista, potrebbe apparire del tutto giustificato. Da un lato, infatti, i problemi di legittimazione della giurisdizione penale internazionale cui si è appena fatto cenno sono stati sempre trattati come problemi di diritto internazionale, e dunque – potrebbe dirsi – non si vede perché a mostrare particolare interesse per il loro superamento debbano essere i penalisti. Dall'altro – potrebbe ancora aggiungersi -, se è vero che la creazione di un sistema di reati e di pene fuori da un codice penale statale rappresenta un dato di indubbia novità, è anche vero che la parte che lo Statuto dedica ai principi di diritto penale sostanziale cui la Corte dovrà uniformarsi nello svolgimento dei suoi compiti è comunque assai più ridotta di quella dedicata invece alle regole processuali³⁸, e sembra comunque limitarsi a recepire alcuni dei più consolidati principi del diritto penale "classico" (dal principio di legalità a quelli di materialità del reato e della responsabilità penale personale), con ciò di fatto uniformandosi a quanto già previsto dalle Costituzioni e dai sistemi penali dei Paesi a tradizione democratico-liberale³⁹.

Ebbene, a noi pare invece che, ad un più attento esame, diversi siano i motivi di interesse offerti alla scienza penalistica dallo Statuto dell'ICC. Crediamo anzi di non esagerare affermando che, per il diritto penale, la Conferenza di Roma rappresenta un evento la cui importanza è pari a quella che essa riveste per la storia delle relazioni internazionali. E poiché non è possibile, a nostro avviso, comprendere fino in fondo gli istituti ed i principi contenuti nello Statuto senza prima aver compreso fino in fondo che cosa lo renda così importante per la cultura penalistica moderna, nelle

³⁷ Cfr. AMATI, *L'efficacia esimente dell'ordine del superiore in relazione i crimini di guerra nel diritto interno e nel diritto internazionale*, in *Ind. Pen.* 2001, 943 ss.; MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte internazionale penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, 237 ss.; N. PISANI, *L'elemento psicologico del crimine internazionale nella prte generale dello Statuto della Corte penale Internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2001, 1370 ss. Più 'orientato' sul piano del diritto internazionale penale FRONZA-CAIANIELLO, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale Internazionale*, in *Ind. Pen.* 2002, 307 ss.

³⁸ Fatte salve le norme che disciplinano le numerose "pre-condizioni" (*preconditions*) e *condizioni di procedibilità* cui è subordinata la repressione dei crimini descritti dallo Statuto (gli artt. Da 12 a 20), dei 128 articoli che compongono lo Statuto, le disposizioni a carattere più strettamente 'processuale' (relative cioè ai poteri del *Prosecutor*, alle indagini preliminari, al dibattimento, alle impugnazioni, all'esecuzione delle sentenze ed alla cooperazione degli Stati con la Corte, etc.) sono ben 58 (dall'art. 53 all'art. 111), a fronte delle 11 (artt. Da 22 a 33) dedicate invece ai principi di diritto penale sostanziale ed ai criteri di imputazione dei fatti di reato.

³⁹ Per un preciso inquadramento sistematico di tali principi, in generale, AMBOS, *Zur Rechtsgrundlage*, cit., 184 ss.

pagine che seguono cercheremo di dimostrare questo assunto, sforzandoci peraltro di delineare, se pur in via del tutto approssimativa, un quadro dei caratteri fondamentali della parte di ‘diritto penale sostanziale’ contenuta nello Statuto stesso.

3. I motivi di interesse dell’ICC Statute per la scienza penalistica: la codificazione del diritto internazionale penale.

Si diceva poc’anzi delle ragioni che ci inducono a ritenere l’approvazione e l’entrata in vigore dello Statuto dell’ICC una vera e propria ‘svolta epocale’ per la cultura e per la stessa esperienza penalistica moderne.

La prima di queste ragioni consiste nel fatto che, per quanto tradizionali e ‘consueti’ siano i principi in esso contenuto, lo Statuto realizza comunque (se pur, come diremo più avanti, solo parzialmente) uno dei più ambiziosi e suggestivi progetti politico-criminali concepiti nel secolo appena trascorso, e cioè la codificazione del diritto internazionale penale⁴⁰. Si tratta di un progetto la cui esistenza non è qui necessario documentare: esso infatti si è sempre manifestato nel quadro del dibattito circa limiti e caratteristiche del principio di legalità nell’ordinamento giuridico internazionale, così che sui suoi contenuti avremo modo di tornare allorché a quel dibattito faremo riferimento. Qui basti ricordare come, già all’indomani dei processi di Norimberga e Tokyo, nell’opinione pubblica mondiale e in molti, autorevoli giuristi, si era fatta strada la convinzione che ‘corollario’ dell’istituzione di un sistema giudiziario internazionale permanente incaricato di perseguire e punire i crimini internazionali dovesse essere l’accorpamento in un’unica fonte materiale di tutti quei fatti che una tradizione oramai consolidata o le allora recenti, drammatiche esperienze⁴¹portavano a considerare per l’appunto come crimini ‘contro il diritto delle genti’; e come dunque, anche da questo punto di vista, la Conferenza di Roma altro non rappresenti che il punto di approdo di un lungo processo politico-diplomatico, caratterizzato peraltro da non poche difficoltà di ordine sia metodologico che contenutistico.

⁴⁰ Sull’argom. in generale BECKER, *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Überlegungen zur Problematik eines volkerrechtlichen Strafrechts*, Berlin 1996, 102 ss.

⁴¹ Il riferimento è qui invece ai crimini contro l’Umanità, categoria la cui creazione si rese necessaria all’indomani della Seconda Guerra Mondiale “a causa dell’impossibilità di ricondurre tutti i crimini commessi dai gerarchi nazisti alla categoria dei crimini di guerra o contro la pace” (così testualm. FRANCONI, *Crimini*, cit. 234), e sulla cui ammissibilità quale autonomo riferimento ‘fondante’ una specifica responsabilità penale individuale furono perciò avanzate diverse perplessità (in argom. per tutti, JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit*, cit., 178 ss.).

Va da sé che il riferimento al fenomeno della (o delle) codificazione(i) è qui da intendersi in senso lato: nell'esperienza che ha portato alla creazione dello Statuto, di quel fenomeno, più che 'l'oggetto' (un vero e proprio 'codice penale') sembra infatti essersi riprodotto 'lo spirito' (vale a dire la volontà di realizzare quel valore fondamentale dell'esperienza giuridica contemporanea costituito a sua volta dalla certezza del diritto)⁴².

In questo caso tuttavia le questioni terminologiche non paiono assumere granchè importanza: qualificabile o meno che sia come un vero e proprio 'codice penale' lo Statuto dell'ICC è comunque un corpus normativo organico nel quale (non diversamente da quanto di solito accade per quei veri e propri 'collettori' di esperienze legislative e giurisprudenziali che sono di codici statuali) sono confluiti le norme e gli istituti che 'il reticolo' di fonti (scritte e non) di diritto internazionale⁴³ e la stessa giurisprudenza dei tribunali ad hoc avevano prodotto nei decenni precedenti; e ciò basta, evidentemente, a far affermare che esso, dai veri e propri 'codici penali', ha mutuato non solo la fisionomia ma anche quella funzione 'sistematrice' propria delle codificazioni, che ancora oggi, a torto o a ragione, viene considerata condizione imprescindibile di effettiva certezza giuridica⁴⁴.

4. (segue) L'avvio di una fase di 'stabilizzazione' dei principi e degli istituti del diritto internazionale penale attraverso l'inserimento, nello Statuto della Corte, di un compiuto sistema di criteri di imputazione oggettivo-soggettiva dei crimina juris gentium.

⁴² Per la verità, nonostante si sia portati a ritenere il contrario, l'idea che fra codificazione e certezza del diritto sussista un rapporto di presupposizione necessaria è sempre stata contrastata: così ad es. (a parte la tradizionale diffidenza della cultura di *common law* nei confronti del diritto scritto, che – come vedremo nel prossimo capitolo – ha avuto modi di esprimersi anche durante la redazione dell'ICC *Statute*) non si può qui non ricordare la polemica che, oramai da decenni, divide sul punto i teorici del diritto (veri e propri 'classici' in argom. sono LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano 1970, sopr. 33 ss.). Sul piano storico, tuttavia, che la 'lotta per la codificazione' condotta in Europa per tutto il XVIII secolo fino alla metà del secolo XIX fosse, a torto o a ragione, originata proprio da quell'idea, non pare invero potersi dubitare: cfr. per tutti FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, III ed., Bari 1996, 380, PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, in CATENACCI-MARCONI (a cura di), *Politica criminale e riforma della parte speciale fra codificazione e decodificazione* (Atti del Convegno di Teramo, 7-9 giugno 2001). Nella letteratura più specificamente penalistica, ancora MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III ed., Milano 2001, 20 ss.

⁴³ Sulla struttura 'reticolare' dell'ordinamento giuridico internazionale FRONZA, *Gli atti di genocidio: percorsi di incriminazione* (tesi dottorale), Teramo 1999, 56 ss.

⁴⁴ Sui nessi a loro volta intercorrenti fra gli scoppi di *certezza* perseguiti dalle codificazioni e la *ratio* di *garanzia* del principio di legalità e della categoria della tipicità penale torneremo più avanti.

A ben vedere, peraltro, rispetto alle ‘normali’ codificazioni che dalla fine del ‘700 si sono succedute negli ordinamenti statuali di impronta liberale⁴⁵, e rispetto alle quali la dottrina penalistica ha sempre esercitato una funzione ‘sistematrice’, lo Statuto della Corte Penale Internazionale presenta un elemento di ulteriore ed assai più consistente interesse. E’ infatti sufficiente una se pur minima consapevolezza dei caratteri che hanno sempre contraddistinto il diritto internazionale penale, per rendersi conto di come, proprio l’inserimento nello Statuto dei più ‘classici’ fra i principi e gli istituti dello jus puniendi rappresenti in realtà anch’essa una svolta di rilievo storico. Nel riportare quei principi e quegli istituti, gli artt. 22 ss. non si limitano infatti allo loro mera ‘enunciazione’, ma si sforzano di ‘dar loro contenuto’, ricollegando ad ognuno di essi uno o più criteri di individuazione delle responsabilità individuali nella commissione degli illeciti descritti dagli artt. 6 ss. e dando vita ad un autonomo ed articolato ‘sistema’ di imputazione oggettivo-soggettiva dei fatti di reato, che funge così da vera e proprio ‘parte generale’.

Che soprattutto quest’ultimo dato rappresenti un’assoluta novità nell’ormai lunga e tormentata storia della repressione dei crimina juris gentium a noi pare oltremodo evidente. Tipica espressione della più tradizionale tecnica di redazione dei codici penali statuali, la ‘ripartizione’ di un articolato di diritto penale sostanziale in due livelli (descrizione dei singoli illeciti da un lato, codificazione di una serie di principi generali in tema di dolo, colpa, responsabilità omissiva, concorso di persone, tentativo etc. dall’altro) era infatti del tutto assente nel diritto internazionale penale. Fino al 1998, questa materia, nei suoi aspetti sostanziali, era identificabile (per quanto anche qui in termini non sempre sufficientemente tassativi)⁴⁶ con pressoché esclusivo riferimento alla ‘parte speciale’, vale a dire con riferimento ai singoli fatti perseguibili dalla giustizia internazionale: attraverso l’esperienza degli Statuti e della giurisprudenza dei tribunali ad hoc aveva cioè via via preso corpo un nucleo di incriminazioni dai contorni più o meno definiti, il cui insieme finiva con l’essere l’unico, vero elemento di identificazione di questa branca del diritto penale⁴⁷.

⁴⁵ Per quanto riguarda in particolare la nostra penisola si vedano a tal proposito le ampie raccolte di CADOPPI, *Materiali per un’introduzione allo studio del diritto penale comparato*, Padova 2001, 75 ss. (dove sono presenti anche riferimenti di diritto comparato) e di VINCIGUERRA (a cura di), *I codici pre-unitari e il codice Zanardelli*, Padova 1993, *passim*.

⁴⁶ Cfr. ad es. CASSESE, *Crimes against Humanity: Comment on some problematical Aspects*, in BOSSON DE CHAZOURNES/GOLAND-D’EBBAS (a cura di), *The international legal System in Quest of Equity and Universality. L’ordre juridique international, un Systemen Quête d’Equité et d’Universalité*, The Hague/London/Boston 2001, 429 ss.

⁴⁷ Per un’analisi dettagliata di tutte queste incriminazioni si v. soprattutto BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, Milano 1999, 94 ss., nonché SUNGA, *The*

Mancava invece, nonostante gli sforzi profusi dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza dei tribunali ad hoc (e fatta eccezione per alcuni istituti – quali ad es. l'ordine del superiore – disciplinati dagli Statuti di quei tribunali); mancava – dicevamo – una vera e propria parte generale, ossia un nucleo altrettanto definito ed omogeneo di regole di iscrizione di responsabilità agli autori di quei crimini⁴⁸. L'immagine che si offriva era anzi quella di una materia assai fluida ed incerta, alla continua ricerca di una propria identità dogmatica e 'prigioniera' di una tensione continua fra l'obbligo di fedeltà ad alcuni capisaldi del diritto penale di derivazione illuministico-liberale (legalità dei reati e delle pene, diritto penale del 'fatto', responsabilità penale personale etc.) e la necessità di tener conto delle proprie peculiarità (natura per lo più consuetudinaria o patrizia del diritto internazionale, particolare efferatezza dei crimini, commissione per lo più su vasta scala degli stessi etc.)⁴⁹; cosa questa peraltro in parte comprensibile, visto che si trattava di una materia sviluppatasi a sua volta per far fronte a situazioni specifiche e contingenti, e che dunque di volta in volta era costretta a modellare le proprie soluzioni sulle peculiarità del contesto socio-politico all'interno del quale erano maturati i crimini di sua competenza.

Fino alla Conferenza di Roma, il diritto internazionale penale non sembrava insomma poter ancora assurgere a dignità di vero e proprio 'sistema', e anzi forse proprio per questo, era stato solo raramente (se pur autorevolmente) oggetto di attenzioni e di approfondimento da parte della dottrina penalistica, che non si stancava, dal canto suo, di invocare una precisa e compiuta regolamentazione⁵⁰.

Ebbene, l'articolato predisposto nella Conferenza di Roma colma questa lacuna: per la prima volta nella storia, un tribunale penale internazionale si trova a dover fare i conti con un complesso e minuzioso apparato regolativi, che non si limita (come invece era accaduto per i tribunali per il Ruanda e per la ex Jugoslavia, nonché, ancor prima, per il tribunale di Norimberga) a richiamare alcuni fra i più affermati principi

emerge System of Internazionale Criminal Law, The Hague/London/Boston 1997, 105 ss. e 277 ss. Di grande utilità per acquisire un quadro completo su questa lunga evoluzione normativa e giurisprudenziale è l'imponente raccolta curata dal Mc DONALD/SWACK-GOLDMAN, *Substantive and procedural Aspects of International Criminal Law. The experience of Internationale and National Courts*, vol. I e II, The Hague/London/Boston 2000, *passim*.

⁴⁸ Cfr. BASSIOUNI, *Le fonti*, cit., 156 ss.

⁴⁹ Diversi sono, nella storia dei tribunali *ad hoc* e nella letteratura specialistica gli istituti ed i settori nei quali simile tensione è emersa o comunque è stata evidenziata. Il primo, e sicuramente più rilevante, riguarda, come vedremo a partire dal prossimo capitolo, il principio di legalità dei reati e delle pene, sul cui contenuto e sui cui limiti di vigenza nel diritto internazionale il dibattito è stato lungo e intenso. Ma anche di altri daremo via via conto, se pur in via per lo più incidentale, nel prosieguo della trattazione (cfr. ad es. *infra*, cap. II, par. 8).

⁵⁰ Su queste caratteristiche del diritto penale internazionale e sulle esigenze, manifestatesi in dottrina negli anni precedenti l'istituzione dell' *International Criminal Court*, diffusamente TRIFFTERER, *Der standige*, 510.

di civiltà giuridica ed a puntualizzare l'ambito di operatività di istituti (ad es. l'ordine del superiore o le immunità) tradizionalmente connessi alla materia dei crimina juris gentium,⁵¹ ma impone una serie organica di vincoli e di limiti all'individuazione delle responsabilità scaturenti dalla commissione di quei crimini, fornendo così, non diversamente da quanto accade con i codici penali degli Stati, 'i materiali' su cui poter finalmente (quanto meno cominciare a) costruire un concetto unitario di 'crimine internazionale'.

La 'lacuna', beninteso, non può certo dirsi colmata per intero. A parte le difficoltà ed i problemi che ancora si frappongono fra l'entrata in vigore dello Statuto e l'effettiva operatività del Tribunale⁵², va detto comunque che con la Conferenza di Roma non si è certo proceduto ad una definitiva e totale codificazione del diritto internazionale penale: l'articolato approvato in quella sede lascia infatti aperta la possibilità, in futuro, di qualificare come crimine "secondo il diritto internazionale" e "indipendentemente dallo Statuto" stesso⁵³ fatti diversi da quelli espressamente indicati negli artt. 6 ss., e dunque a dar vita a nuovi tribunali ad hoc, ognuno con un proprio fondamento statutario e propri criteri di imputazione⁵⁴. Né possono ignorarsi i problemi che probabilmente si porranno nella fase di adattamento degli ordinamenti giuridici nazionali ai meccanismi di cooperazione previsti dallo Statuto⁵⁵, o le diffidenze e le ostilità di ordine politico che, ancora per diversi anni, con altrettanta probabilità, caratterizzeranno l'atteggiamento di molti Stati nei confronti di questa istituzione, rallentando così il processo di graduale introiezione dei principi dello Statuto nella coscienza collettiva.

Tuttavia, pur tenendo presenti tutti questi limiti, appare innegabile che, in prospettiva, così come la Corte penale Internazionale è destinata a superare, almeno gradualmente, la prassi dei tribunali ad hoc, allo stesso modo, e di pari passo con simile processo, la parte generale contenuto nello Statuto è destinata ad affermarsi come la parte generale del diritto internazionale penale; e che pertanto i principi di diritto penale sostanziale approvati dalla Conferenza di Roma rappresentano comunque un importante passo in avanti nell'affermazione, anche in questa materia, di un vero e proprio 'sistema' organico di regole generali di imputazione.

⁵¹ Cfr. ad es. l'art. 7 dello Statuto del Tribunale per i crimini commessi nella ex Jugoslavia, o l'art. II, 2 (a-f) del Regolamento di esecuzione dello Statuto del tribunale di Norimberga del 20 dicembre 1945.

⁵² Per un quadro generale CHIAVARIO, *Sull'efficacia della Corte penale Internazionale. L'incognita della mancata adesione i Paesi guida*, in *Guida al Diritto* 2002, n. 16, 6 ss.I.

⁵³ Così testualmente l'art. 22 ult. comma. Si tratta di una norma di grande rilevanza, su cui avremo modo di tornare più diffusamente in seguito.

⁵⁴ In argom. TRIFFTERER, *Die standige*, 533.

⁵⁵ Cfr. RINOLDI-PARISI, *International co-operation and judicial assistance between States parties and the International Criminal Court*, in LATTANZI-SCHABAS (a cura di) *Essay*, cit., 339 ss.

Con l'approvazione dell'ICC Statute sembra insomma oramai aver preso avvio proprio la fase di stabilizzazione dei principi e degli istituti del diritto internazionale penale a lungo invocata dalla dottrina penalistica: ed è dunque quest'ultima, e non ad altri, che spetta ora il compito, una volta presto atto di questa novità, di elaborare le categorie dogmatiche e politico-criminali scaturenti dal nuovo 'sistema penale ultra-statuale', inaugurato con la Conferenza di Roma. Si tratta di un compito a nostro sommo avviso ineludibile, il cui assolvimento non è solo funzionale ad esigenze pratiche (anche ai futuri componenti dell'ICC dovranno infatti essere forniti quei 'minimi' strumenti concettuali che consentono ad ogni giudice che si rispetti di 'dominare', nel suo insieme, un apparato normativo altrimenti, per sua natura, frammentario e discontinuo), ma che può anche fornire un importante contributo allo sviluppo della scienza penalistica nel suo complesso. Nel commentare i principi, gli istituti ed i criteri di imputazione contenuto nello Statuto sarà infatti gioco-forza partire dalle tradizionali categorie del diritto penale contemporaneo, oggi largamente condivise in quanto espressione di principi di civiltà giuridica oramai universalmente riconosciuti ma pur sempre diffusi sulla scia delle codificazioni statuali e dunque in questa nuova sede probabilmente bisognose di un qualche 'aggiustamento' che le renda compatibili con la nuova realtà ordinamentale nella quale ora sono chiamate ad operare; e non vi è dubbio che in questo modo alla dottrina penalistica verrà comunque offerta una straordinaria opportunità per 'rimeditare' quelle categorie e verificarne, ancora una volta, attualità e fondamento.

5. Il sistema repressivo delineato dallo Statuto di Roma quale primo (e finora unico) sistema penale ultra- statale dell'età della 'globalizzazione'.

La seconda delle ragioni che inducono a considerare l'entrata in vigore dell'ICC Statute come un vero e proprio 'passaggio epocale' per il diritto penale, è che esso, proprio perché costruito intorno ad un nucleo omogeneo di principi generali e di regole di imputazione, realizza il primo e (almeno fino ad ora) unico sistema penale 'ultra-statuale' del mondo contemporaneo.

Già in quanto tale, simile novità costituisce sicuramente un fatto di grande rilievo. Anzitutto perché con essa viene a realizzarsi un vero e proprio 'esperimento' di convivenza fra diverse culture giuridiche che valorizza, anche sotto il profilo

dell'interpretazione, la comparazione fra sistemi penali⁵⁶. Ma poi soprattutto perché, nella cultura moderna, la potestà punitiva ha sempre rappresentato una delle più tipiche prerogative statuali⁵⁷; e dunque la circostanza che essa sia stata ora conferita (se pur solo in parte ed in via sussidiaria) ad un organismo internazionale permanente, rappresenta sicuramente un evento destinato a passare alla storia.

Il dato diventa tuttavia ancora più significativo se si tiene conto della recente evoluzione in senso 'sovrnazionale' degli studi criminologici e criminalistici. Relegata infatti in passato a mera ipotesi 'di scuola' addirittura a vera e propria 'stravaganza'⁵⁸, l'idea di 'sistemi' punitivi fondati su 'qualcosa in più' della tradizionale cooperazione fra Stati si è invece negli ultimi tempi fatta strada anche fra gli studiosi delle scienze criminali, al punto da rappresentare, oltre che uno dei temi 'dominanti' la letteratura penalistica (si pensi qui ad es. al fiorire di studi e di iniziative attorno al Corpus iuris europeo), una delle idee-guida della politica criminale del nostro tempo. Ed è dunque piuttosto singolare che, in un clima culturale caratterizzato da una così marcata sensibilità per tutto ciò che in un modo o nell'altro, è ascrivibile ad una generale 'cooperazione' internazionale contro il crimine, l'entrata in vigore di uno strumento così originale ed innovativo come l'ICC Statute non desti particolare interesse.

⁵⁶ Di grande rilievo, a tal proposito, è il fatto che l'art. 21 dello Statuto – che vedremo indica una serie di *criteri interpretativi* cui la Corte dovrà fare riferimento nei casi 'dubbi', faccia espresso riferimento ai "*principi di diritto ricavabili dai sistemi giuridici del mondo*", la cui comparazione diventa così (ma si tratta di una metodologia ampiamente sperimentata dagli stessi tribunali *ad hoc*) una vera e propria *tecnica interpretativa* aggiuntiva rispetto a quelle (letterale, sistematica, teleologica etc.) oggi comunemente utilizzate. Si tratta di un avvenimento che, già in quanto tale, meriterebbe una 'celebrazione' a parte. Proprio in tempi recenti, sulla scia dei fenomeni che stiamo per descrivere nel testo, il diritto penale comparato, [scienza che peraltro già vantava una consistente tradizione: sul punto si v. gli ampi richiami di PRADEL, *Storia e tendenze attuali del diritto penale comparato*, in CADOPPI (a cura di), *Materiali* cit., 3 ss.] era stato oggetto di rinnovata attenzione: esso aveva ispirato una copiosa ed autorevole letteratura, nella quale peraltro non si era mancato di sollecitare una maggiore attenzione sull'argomento; e dunque, da questo punto di vista, l'inserimento della comparazione fra gli 'strumenti di lavoro' Dell'ICC ben può considerarsi un successo di quanti ne auspicavano una valorizzazione anche dal punto di vista della realtà giudiziaria. Sui pregi e sul valore del metodo comparatistico cfr., con particolare riferimento alla dottrina italiana, CADOPPI, *Cento anni di diritto penale comparato in Italia*, in CADOPPI (a cura di), *Materiali*, cit., 17 ss.; PALAZZO-PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino 2000, in part. I ss.

⁵⁷ La stessa 'riforma penale', propugnata in Europa agli inizi del '700 e nella quale affonda le sue radici il diritto penale di marca illuministica, venne invocata proprio sulla base dell'assunto secondo cui il potere di punire e, più in generale, l'amministrazione della giustizia sono una prerogativa esclusiva del 'principe': si veda sul punto lo studio di FRIGO, *Principe, giudici, giustizia: mutamenti dottrinali e vicende istituzionali fra Sei e Settecento*, in BERLINGUER-COLAIO (a cura di), *Illuminismo e dottrine penali*, Milano 1990, 3 ss.

⁵⁸ In quanto in contraddizione con la teoria, allora dominante, dell'assenza di un diritto internazionale che avesse come destinatari individui oltreché Stati: cfr. ad es. TRIEPEL, *Volkerrecht und Landesrecht*, Berlin 1899, 329.

In realtà, fra lo Statuto di Roma e tutti gli altri progetti di ‘internazionalizzazione’ del diritto penale fin qui intrapresi o comunque in fase di studio esiste un legame molto stretto: esso consiste in una generale sigenza, propria del mondo contemporaneo di ‘proiezione sovra-nazionale’ della potestà punitiva, dettata a sua volta (al pari di altre, attuali istanze di riforma dei tradizionali assetti giuridico-ordinamentali) dalla necessità di governare gli effetti di quell’imponente fenomeno, economico ma anche geo-politico, che va sotto il nome di ‘globalizzazione’⁵⁹. La tendenza di questo fenomeno a mettere in crisi la centralità degli ordinamenti giuridici nazionali è oramai nota: nell’epoca contemporanea gli Stati faticano sempre più a risolvere con le proprie forze i problemi ed i conflitti prodotti dal continuo spostamento di uomini, merci e capitali da un capo all’altro del globo ed a ricomporre in uno specifico ‘interesse nazionale’ la vera e propria ‘esplosione’ di bisogni e di interessi concorrenti da quegli stessi spostamenti originata⁶⁰; ed è per questo che si assiste oramai da diversi anni ad un progressivo spostamento dai contesti nazionali a quello internazionale delle funzioni di direzione politica fin qui esercitate dagli Stati, secondo dinamiche che portano ad accelerare processi di integrazione politico-economica già avviati (è il caso ad es. dell’unione Europea, del Fondo Monetario Internazionale o dell’Organizzazione Mondiale del Commercio) o ad avviarne di nuovi⁶¹.

Si tratta, come noto, di un intreccio di fenomeni e di cambiamenti che suscita reazioni contrastanti e accese contrapposizioni ideologiche. Ciò che qui comunque preme più di ogni altra cosa sottolineare, è che esso finisce con l’influenzare anche gli sviluppi del diritto penale: in un quadro, nel quale prerogative e competenze finora espressione della sovranità statale sembrano dissolversi in un nuovo (e per la verità

⁵⁹ Questo termine, entrato oramai nel gergo comune quale vero e proprio *topos* della politologia contemporanea, è stato coniato dalle scienze economiche (se parla infatti con più frequenza di ‘globalizzazione dei mercati’), per poi passare ad indicare, più in generale, un modello di convivenza e di sviluppo caratterizzato a sua volta, nella sua essenza, “da reti durature ed istituzionalizzate di interconnessioni a livello mondiale” che, in quanto tali, non si limitano “a un estendersi delle relazioni sociali e delle attività sociali attraverso regioni e frontiere nazionali” [così HELD-McGREW, *Globalismoe antiglobalismo* (tit- orig. *The Great Globalization Debate: An Introduction in the Global Transformations Reader*, 2000), trad. Italianaa cura di R. Gramatica, Bologna 2001, 14. L’origine storica di questo fenomeno è oramai nota: essa risiede in due avvenimenti fra loro concomitanti, vale a dire la *rivoluzione informatica* da un lato, e il *dissolversi dell’ordine mondiale* fondato sulla contrapposizione ‘fra blocchi’, proprio della guerra fredda dall’altro: cfr. in argom. le bellissime pagine di HOBBSWAN, *Il secolo breve: 1914-1991. L’epoca più violenta della storia dell’Umanità* (tit. orig. *Age of extremis – The short twentieth century 1914-1991*), trad, it. di B. Lotti, Milano 2000, sopr. 659 ss.

⁶⁰ Al punto che un’idea oggi senz’altro egemone è quella secondo cui il futuro dell’organizzazione politica starebbe nella gestione delle risorse su base *federale o locale* (idea questa, per la verità, a nostro avviso ‘indotta’ da un esasperato bisogno di riaffermazione delle identità locali ‘a difesa’ dai processi di integrazione politica e sociale). Sulla crisi dello Stato nell’età dei ‘traffici globali’ si vedano, fra gli altri, COOPER, *Economic Policy in an Interdependent World*, Cambridge 1986, 1 ss.; MORSE, *Modernization and the Transformation of international Relations*, New York 1976, 169 ss.

⁶¹ Per un quadro generale v. HELD-McGREW, *Globalismo*, cit., 35.

ancora ambiguo) sistema ‘multilaterale’ di governance mondiale⁶², anche il tradizionale dogma del monopolio statale della potestà punitiva finisce con l’essere messo in discussione.

A ‘scuoterlo’, ed a favorire nuove progettualità politico-criminali in chiave ‘sovranaazionale’, sono innanzitutto fenomeni di rilevanza criminale che coinvolgono intere aree geografiche; si pensi qui al diffondersi di forme sempre più sofisticate e temibili di criminalità c.d. transnazionale, cioè a dire di offese a beni giuridici protetti dalle legislazioni nazionali, ma caratterizzate dal loro dispiegarsi attraverso più Paesi o addirittura più continenti (riciclaggio di denaro di provenienza illecita, commercio di stupefacenti, tratta di schiavi, inquinamento ambientale etc.); o all’aggressione sistematica ed organizzata ad interessi sovra-nazionali, comuni ad intere aree geopolitiche in quanto presupposto o strumento di attuazione di processi di integrazione politica o economica e dunque bisognosi di un’attenzione o di una tutela penale ‘più alta’ di quella che le singole legislazioni nazionali sono solito (o possono) concedere.

Ma ad insidiare il dogma del monopolio statale della potestà punitiva è anche una novità di carattere culturale: essa consiste nella consapevolezza, fattasi strada negli ultimi anni fra i politologi e gli studiosi del diritto internazionale, circa gli effetti positivi che la creazione di un sistema di responsabilità individuali entro cui canalizzare spinte e tensioni collettive può avere sui rapporti internazionali⁶³.

Punto di riferimento sono qui proprio alcune forme di criminalità c.d. ‘da apparato’ tradizionalmente ricondotte al paradigma dei crimina juris gentium, quali ad es. il genocidio o i crimini contro l’umanità. Come l’esperienza insegna, questi crimini rientrano il più delle volte in una vera e propria strategia, messa in atto da gruppi di potere o da spregiudicate élites di governo per il raggiungimento di obiettivi politici, territoriali o economici su vasta scala, così che la loro commissione, oltre a rappresentare una gravissima ed intollerabile lesione di diritti umani fondamentali, finisce assai spesso col provocare gravi crisi regionali e violenti conflitti di massa che ‘scuotono’ la pacifica convivenza fra gruppi sociali, politici o etnici e innescano un meccanismo di ‘reazioni a catena’ a loro volta in grado di ripercuotersi ben oltre i confini nazionali⁶⁴.

⁶² Cioè a dire fondato sulla continua interazione fra istituti nazionali e internazionali.

⁶³ Particolarmente esplicito sul punto TOMUSCHAT, *International Law as the Constitution of Mankind*, in AA.VV., *International on the Eve of the twenty-first Century*, New York 1997, 38. Questa consapevolezza traspare soprattutto nel dibattito sul ‘nuovo ordine mondiale’ scaturito dalla fine della Guerra Fredda che, oramai da anni, impegna gli internazionalisti, e che ha ad oggetto la fondazione di un nuovo ‘diritto internazionale delle genti’(e non ‘degli Stati’), garantito da istituzioni sovranazionali a carattere anche giurisdizionale: cfr. da ultimi gli interventi raccolti in BOSSON DE CHAZOURNES/GOLAND-D’EBBAS (a cura di), *The international legal System*, cit.

⁶⁴ TOMUSCHAT, *International law*, cit., 39.

In una realtà caratterizzata da una rete di interconnessioni a livello mondiale i crimina juris gentium rappresentano insomma anche un preoccupante fattore di alterazione dei rapporti internazionali, e con ciò un attentato alla pace mondiale che è interesse di tutte le Nazioni del mondo civile reprimere; e poiché la loro repressione non può affidarsi né al diritto penale dei Paesi governati da quelle stesse classi dirigenti da cui essi sono commessi, né ad un ingiusto ed ancor più destabilizzante, continuo ricorso all'intervento militare da parte di Paesi 'terzi'⁶⁵, ecco allora farsi strada l'idea di una giurisdizione penale 'ultra-statuale', universalmente condivisa e votata alla tutela dei diritti umani calpestati dalla commissione di quei crimini, che, nel ricondurre i conflitti da essi innestati nell'ambito di un giudizio sulle responsabilità individuali, aiuti a ridurre le tensioni collettive ed eviti così l'insorgere di controversi di più ampia portata e di crisi dagli effetti incontrollabili⁶⁶.

Su questa idea e sulla possibilità di effettiva realizzazione degli scopi generalpreventivi che con essa ci si prefigge, si può naturalmente rimanere assai scettici: dal canto nostro ci limitiamo tuttavia qui ad osservare che proprio questa idea ha contribuito in modo decisivo non solo al formarsi, fra gli Stati, di un largo consenso attorno al progetto poi maturato nella Conferenza di Roma, ma anche ad accelerare oltre ogni più ottimistica previsione, il procedimento di entrata in vigore dello Statuto; e che comunque, la finalizzazione dell'ICC a scopi di tutela dell'ordine e della sicurezza globali, traspare da diverse disposizioni di quel documento⁶⁷.

⁶⁵ Sui costi, umani e politici, della guerra quale strumento 'ordinario' di tutela dell'ordine mondiale, si vedano, da ultimo, le osservazioni di KOHEN, *Manifeste*, cit., 130 ss.

⁶⁶ Sul punto si veda ancora la letteratura cit. *retro*, a nota 43. Oltre ai 'segnali' di cui diremo appresso (cfr. *infra*, nota 47), lo Statuto contiene un elemento in tal senso assai rilevante, che sta a dimostrare come l'impostazione accennata nel testo si sia oramai diffusa negli stessi ambienti politico-diplomatici: ci riferiamo qui in particolare ai *penetranti* (perché esercitabili anche nei confronti di Stati che non sono Stati-parte dell'Accordo di Roma) poteri di impulso della giurisdizione dell'ICC attribuiti dall'art. 13 (b) al Consiglio di Sicurezza dell'ONU; poteri che questo organismo esercita "nell'ambito delle azioni prevedute dal capitolo VII della carta delle nazioni Unite" (dunque là dove ci si trovi di fronte a fatti che minacciano la pace e la sicurezza fra le Nazioni) e che lasciano trasparire una concezione della Corte quale istituzione finalizzata anche a scopi di stabilizzazione dei rapporti internazionali. Sui rapporti fra Consiglio di Sicurezza dell'ONU e ICC si vedano in particolare GARGIULO, *The controversial Relationship between the International Criminal Court and the Security Council*, in LATTANZI-SCHABBAS (a cura di), *Essays*, cit., 67 ss; GOWLAND-DEBBAS, *The Role of the Security Council in the new International Criminal Court from a systemic perspective*, in DE CHAZOURNES-GOWLAND-DEBBAS, *The international legal system*, cit., 629 ss.; WILLIAMS, *Sub art. 13*, in TRIFFTERER (a cura di), *Commentary*, cit., 343 ss.; WILMSHURST, *The International Criminal Court: The Role of the Security Council*, in POLTI-NESE (a cura di), *The Rome Statute*, cit., 39 ss.

⁶⁷ Se è vero infatti, come più volte ricordato, che con questo organismo si è cercato soprattutto venire incontro ad un bisogno di protezione dei diritti umani manifestatosi già alla fine del secondo conflitto mondiale, è altrettanto vero però che la protezione di quei diritti (peraltro già di per sé assolutamente giustificata e legittima) risulta funzionale, nel testo dello Statuto, anche alla tutela degli assetti (geo-politici, etnici, territoriali etc.) maturati secondo le procedure, i principi e gli strumenti propri dell'ordinamento internazionale e che oggi, a causa del 'disordine' politico successivo alla fine della Guerra Fredda, risultano assai più di ieri esposti

Ceto è comunque che se ‘preso’ da questo particolare angolo visuale, lo Statuto di Roma acquista un significato ancora più rilevante di quello che pure abbiamo visto derivargli dal suo essere strumento di codificazione del diritto internazionale penale: in quanto non più solo ‘progetto’ ma addirittura ‘diritto vigente’, esso rappresenta la punta più avanzata di quell’ampio ‘movimento’ di ‘internazionalizzazione’ del diritto penale, formatosi sotto la spinta dell’attuale processo di ‘globalizzazione’ e sotto il quale confluiscono alcuni fra i più ambiziosi ed avveniristici progetti di cooperazione internazionale contro il crimine. Si tratta di un elemento che conferisce a quel documento un ulteriore motivo di interesse, aggiuntivo rispetto a quello rappresentato dal suo essere un importante momento di ‘stabilizzazione’ delle categorie del diritto internazionale penale, e che contribuisce pertanto a renderlo ancor più meritevole di attenzione e di approfondimenti da parte della scienza penalistica.

al rischio di continui e violenti rivolgimenti. Che simili ‘assetti’ rappresentino poi lo specifico *bene giuridico* alla cui tutela sono posti gli artt. 6 ss. dello Statuto (cfr. PICOTTI, *Commentary*, cit., sopr. 264 ss.), è probabilmente assai azzardato affermarlo: anzitutto perché, non esistendo allo stato una vera e propria ‘dogmatica’ dei *crimina juris gentium* (ed essendo, come vedremo, ancora da accertare che ad essi possa estendersi meccanicamente la dogmatica classica del diritto penale degli Stati), l’utilizzabilità, in questa materia, della categoria del bene giuridico è tutt’altro che scontata; in secondo luogo perché, nel mutuare il loro nucleo essenziale di disvalore dalle più importanti e ‘classiche’ figure di reato del diritto penale degli Stati (omicidio, lesioni, violenza sessuale, riduzione in schiavitù, strage etc.), le fattispecie descritte dallo Statuto finiscono in realtà col riproporne, se pur in un diverso contesto, le medesime oggettività giuridiche. Che tuttavia, la stabilità e la pacifica convivenza fra i popoli rappresentino una delle ragioni ‘fondanti’ la nuova giurisdizione penale internazionale è fuor di dubbio. Diversi a tal proposito i segnali presenti nello Statuto: dal *preambolo*, nel quale, dopo aver ricordato la particolare efferatezza dei crimini sottoposti all’attenzione della Corte e dunque la loro particolare meritevolezza di pena, se ne ricorda tuttavia anche la loro particolare tendenza a minacciare “la pace, la sicurezza ed il benessere del mondo”; alla circostanza che, là dove (come nel caso del genocidio e dei crimini contro l’umanità) si tratta di reprimere comportamenti verificatisi al di fuori di un contesto di vero e proprio conflitto armato fra le Nazioni, la condotta tipica risulta punibile solo se realizzata in un generale contesto (o con finalità) di ‘destabilizzazione’ socio-politica (cfr. a tal prop. l’art. 6 comma I, dove si richiede la finalità di ‘*distruzione in tutto o in parte di un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso*’, o l’art. 7 comma I, che richiede quale presupposto delle condotte ivi descritte ‘*un’aggressione o un attacco sistematico diretto contro alcune popolazioni civili*’); fino addirittura a specifiche clausole di ‘*irrilevanza penale del fatto*’, che subordinano la perseguibilità del crimine alla circostanza che “la condotta sia di tale gravità da giustificare l’intervento della Corte” (art. 17 St.) o che “in considerazione della gravità del reato e degli interessi delle vittime, vi siano motivi gravi per ritenere che un’inchiesta non favorirebbe gli interessi della giustizia” (art. 53, comma I, (c).

6. La scienza penalistica di fronte alla parte generale dell'ICC Statute: la costruzione di un concetto unitario di 'crimine internazionale'.

L'affermazione di cui abbiamo preso le mosse – e cioè l'importanza dell'ICC Statute per il diritto penale – crediamo possa dirsi a questo punto ampiamente dimostrata: la 'svolta' realizzata con l'entrata in vigore di questo documento consiste non solo nel compiersi dell'antico progetto di 'codificazione' del diritto internazionale penale, ma anche nel fatto che con esso lo *ius puniendi* comincia, se pur timidamente, a partecipare al costruendo 'governo globale' del pianeta, con ciò realizzando, se pur in forma probabilmente ancora parziale e imperfetta, un'aspirazione manifestata in tempi recenti dalla stessa dottrina penalistica.

Così stando le cose, non rimane allora che prendere atto di questa nuova realtà, cominciando ad interrogarsi sui contenuti dello Statuto.

Molto sarebbe, ovviamente, il materiale da prendere in considerazione e da sistemare. Come già accennato, l'ICC Statute è infatti un documento assai complesso, nel quale convivono tutti gli elementi tipici di un vero e proprio 'sistema' repressivo: anzitutto una parte speciale, che nel descrivere compiutamente (se pur con una tecnica descrittiva non assimilabile a quella delle incriminazioni normalmente contenute nei codici penali statuali) i 'fatti' qualificabili come genocidio, crimine contro l'umanità o crimine di guerra, delimita in modo tassativo l'ambito di competenza della Corte assumendo così il ruolo di vero e proprio 'centro' del sistema; in secondo luogo una lunga, composita e assai dettagliata parte relativa alle procedure, di cui fanno parte non solo le regole relative alle indagini da parte del Prosecutor ed allo svolgimento del processo davanti alla Corte, ma anche quella complessa ragnatela di disposizione su cui si regge il delicato (e assai discusso) meccanismo di sussidiarietà fra la giurisdizione della Corte e le giurisdizioni penali nazionali; e infine, last but not least, la parte dei 'principi' di diritto penale sostanziale, a tutti gli effetti assimilabile, come si diceva, ad una vera e propria 'parte generale' di un codice penale⁶⁸.

Ebbene, è proprio quest'ultima parte che (senza, beninteso, perdere di vista le restanti componenti del 'sistema' che comunque la influenzano e la limitano) si presta a nostro sommo avviso ad essere particolare oggetto di analisi e sistemazione da parte della dottrina penalistica. La ragione la si è già esposta nel paragrafo precedente: nel dar vita ad un diritto internazionale penale comunque più stabile e circoscritto, lo Statuto della Corte Penale Internazionale ha oramai gettato le basi per l'elaborazione

⁶⁸ Per tutti questi argomenti non possiamo qui che rinviare ai commentari dello Statuto già editi (soprattutto quelli a cura di LATTANZI-SCHABBAS, POLITI-NESE e TRIFFTERER), citati nelle note precedenti.

di un concetto generale e unitario di 'crimine internazionale'; ed è alla scienza penalistica e non ad altri che spetta oggi il compito di 'lavorare' su simile concetto, al fine di ricostruirne, proprio alla luce dell'articolato dello Statuto ed alle caratteristiche dell'ordinamento giuridico, gli elementi costitutivi e le peculiarità dogmatiche. A volersi insomma concedere un paragone forse un po' azzardato, si potrebbe dire che, analogamente a quanto verificatosi in Europa lungo tutto l'arco dell'800 e del primo '900, allorché l'imporsi delle grandi codificazioni nazionali dette a sua volta l'impulso alla nascita ed allo sviluppo della teoria generale del reato, la fissazione nello Statuto di quello che abbiamo detto essere un compiuto sistema di istituti di diritto penale sostanziale, rappresenta oggi l'occasione per procedere alla costruzione di una vera e propria dogmatica dei crimina juris gentium, con cui dare maggiore compiutezza a questa branca del diritto punitivo, oramai destinata a diventare stabile e duratura, e fornire così alla futura giurisprudenza della Corte uno strumentario concettuale il più possibile completo e coerente.

Non si tratta beninteso di 'inventare' una nuova teoria genera del reato, valida solo per l'ordinamento internazione: da questo punto di vista è ragionevole ipotizzare che l'assunto oramai comune ad ogni ricostruzione dogmatica non meramente descrittiva ma 'teleologicamente orientata' (e cioè che un certo 'fatto', per essere punibile, debba essere, oltre che tipico, anche offensivo, dominabile e riprovevole)⁶⁹ continuerà a rappresentare l'asse portante anche del nuovo sistema penale inaugurato dallo Statuto di Roma. Si tratta semmai di cercare un punto di incontro fra quell'assunto e le peculiarità criminologiche e contenutistiche dei crimina juris gentium da un lato, e le caratteristiche strutturali dell'ordinamento internazionale dall'altro⁷⁰; operazione questa, sicuramente assai complessa ed 'insidiosa' per il penalista di formazione classica, abituato alla 'rassicurante' compiutezza degli ordinamenti giuridici statuali e delle categorie dogmatiche da essi derivate, ma che rappresenta, a nostra sommo avviso, la vera 'sfida' posta dal nuovo sistema repressivo inaugurato con la Conferenza di Roma.

7. L'impianto sistematico dello Statuto: alcune considerazioni critiche.

⁶⁹ Sulla contrapposizione fra dogmatica 'descrittiva' e dogmatica 'teleologica' e sul caratterizzarsi degli indirizzi ascrivibili a quest'ultima per una ricostruzione del reato come fatto *offensivo, dominabile e riprovevole* v. FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, vol. xxxviii, Milano 1987, 778 ss.

⁷⁰ Per una prima, fondamentale analisi in tal senso, con particolare riferimento proprio ai criteri di imputazione oggettivo-soggettivi ed al principio della responsabilità personale, VEST, *Genozid*, cit., *passim*.

Per quanto ci riguarda nei capitoli che seguiranno ci occuperemo soprattutto del rapporto che negli articoli 22, 23 e 24 dell'ICC Statute intercorre fra il più 'classico' dei principi del diritto penale statale di impronta liberale, vale adire il principio di legalità, e quella che, in quanto comune a tutte le teorie del reato costruite intorno a quel principio, può sicuramente considerarsi la prima e più importante categoria della dogmatica della tipicità; un rapporto che, come vedremo, è pressochè scontato nel diritto penale degli Stati, ma che nell'ordinamento internazionale e nello stesso ICC Statute è in realtà ancora tutto da definire.

Nell'accingerci a questa analisi non ci si può tuttavia esimere da una se pur breve ricognizione critica dei caratteri fondamentali della parte generale dello Statuto, che consenta a sua volta di meglio inquadrare i problemi che via via andremo ad affrontare nei capitoli che seguono.

In linea generale, può qui affermarsi che almeno due erano le 'grandi questioni' che i compilatori di questa parte dello Statuto dovevano affrontare:

- la prima, apparentemente 'neutra', era quella dell'impianto sistematico da adottare: si trattava cioè di capire quale criterio seguire nella strutturazione dei principi generali di imputazione e delle loro reciproche connessioni;
 - la seconda, politicamente più impegnativa e comunque più 'appassionante', era invece quella del rapporto coi grandi principi e le categorie della tradizione illuministico-liberale, oramai penetrati in tutti i sistemi penali delle 'Nazioni civili' e che invece non di rado un'opinione piuttosto diffusa tende a vedere come 'disfunzionali' agli scopi perseguiti dalla giustizia penale internazionale.
- a) I criteri fondamentali di imputazione del fatto: la ripartizione fra responsabilità diretta e responsabilità indiretta.

Sulla prima questione, la scelta operata può dirsi piuttosto netta. In pressoché totale sintonia con l'impianto sistematico degli Statuti più recenti, cioè quelli per la ex Jugoslavia e per il Ruanda⁷¹, lo Statuto di Roma sembra accogliere una sistematica del reato incentrata sulla distinzione fra responsabilità diretta e responsabilità indiretta⁷²: la prima ricorre nei casi di commissione, di cooperazione, di istigazione e di induzione, e nel tentativo, tipizzato nella forma dell'inizio dell'esecuzione, ipotesi

⁷¹ Cfr. rispettivamente l'art. 7 commi I e III di quegli Statuti.

⁷² In questo senso la ricostruzione, corroborata anche da riferimenti giurisprudenziali, di AMBOS, *Individual Criminal responsibility in International Criminal Law: a jurisprudential analysis – from Nuremberg to the Hague*, in KIRK McDONALD-SWAAK-GOLDMAN (a cura di), *Substantive and procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts*, vol. I, (Commentary) *The Hague* 2000, 22 ss., alla cui ricca casistica di riferimento qui rinviamo.

tutte elencate nell'art. 25; la seconda riguarda, invece l'ipotesi della responsabilità del superiore gerarchico per l'omesso impedimento dei crimini commessi dai suoi sottoposti, disciplinata dall'art. 28.

Il dato, in sé e per sé considerato, non desta sorpresa alcuna, ma può anzi a tutti gli effetti considerarsi espressione di un fenomeno assolutamente normale: la storia insegna infatti che le codificazioni (fatta eccezione, ovviamente, per quelle che conseguono ad eventi rivoluzionari) finiscono poi in realtà, per lo meno con riferimento ad alcuni dei propri settori di pertinenza, con lo stabilire una linea di continuità con ciò che le ha precedute. Né d'altra parte poteva pretendersi che, in nome della 'svolta' operata con lo Statuto, quest'ultimo ripudiasse tutto quanto elaborato nella precedente esperienza dei tribunali ad hoc, visto che quest'ultima, per quanto assai discussa e controversa, rappresentava comunque, per i compilatori dello Statuto, l'unico punto di riferimento in materia di crimini internazionali.

Un'obiezione che tuttavia a tal proposito si potrebbe sollevare è che la divisione dei criteri di iscrizione della responsabilità penale in due tronconi, uno di responsabilità 'diretta' e l'altro di responsabilità 'indiretta', almeno nei termini in cui la propone lo Statuto, non è adottata da nessuno dei maggiori sistemi giuridici al mondo; e che, se l'intenzione era quella di 'codificare' una serie di principi di parte generale, forse più opportuno sarebbe stato 'ricollocare' le acquisizioni della giurisprudenza dei tribunali ad hoc in un quadro sistematico più aderente alle codificazioni già esistenti e dunque già sperimentato.

La questione, si badi bene, non è di sola 'cosmesi' normativa, ma di sostanza. La previsione, ad esempio, dell'art. 28, di una sola espressa posizione di garanzia (quella del superiore per i crimini commessi dai suoi sottoposti: per l'appunto, la responsabilità indiretta) e la contemporanea descrizione, in un'unica norma (l'art. 25), di tutte le possibili condotte di 'responsabilità diretta' in termini di 'commissione, agevolazione, induzione o contributo', crea notevoli incertezze circa la possibilità di individuare ipotesi di responsabilità per omesso impedimento dell'evento ulteriori rispetto a quella espressamente codificata dallo stesso art. 28. Da un lato, infatti, facendo ricorso al più classico degli argomenti a contrariis, si potrebbe sostenere che l'assenza di riferimenti espressi ad altre, specifiche forme di responsabilità per omesso impedimento dell'evento altro non sta a significare che la volontà di escludere il ricorso a posizioni di garanzia diverse da quella dell'art. 28, col risultato però di creare in tal modo pericolosi ed incomprensibili vuoti di tutela (si pensi qui ad es. al caso del medico che lasci morire dissanguati soldati appartenenti ad un'etnia a lui avversa e feriti in combattimento). Dall'altro, il silenzio dello Statuto potrebbe interpretarsi come una mera lacuna, colmabile a sua volta attraverso il ricorso a fonti extra-

statutarie, quali ad esempio quei principi ‘del diritto umanitario’ o ‘riconosciuti dalle nazioni civili’ che pure l’art. 21 dello Statuto inserisce fra le fonti applicabili dalla Corte. Qui tuttavia è proprio l’accoglimento, da parte dello Statuto, del principio di legalità e dei suoi corollari, a rappresentare una (almeno in apparenza) insuperabile soglia di sbarramento: simile modo di procedere contrasta infatti in modo evidente con quella parte dell’art. 22 che impone un’interpretazione tassativa (strictly) delle norme statutarie e con ciò un chiaro ed inequivocabile limite alla individuazione di forme di responsabilità non espressamente codificate.

In realtà, come vedremo più avanti, il vero problema in questo caso, è proprio quello di ben comprendere i rapporti fra gli artt. 21 e 22 dello Statuto, e dunque i limiti entro cui il principio di tassatività può ‘combinarsi’ con la possibilità, espressamente prevista proprio dallo stesso art. 21, di far ricorso, se pur a certe condizioni, a principi ed a disposizioni di diritto internazionale non esplicitamente codificati⁷³.

Certo è comunque che, di fronte ad un quadro tanto incerto la meccanica trasposizione nell’articolato dello Statuto di una così ‘inedita’ sistemática, quale quella fondata sulla distinzione fra ‘responsabilità diretta’ e ‘responsabilità indiretta’ suscita non poche perplessità. Forse, da questo punto di vista, assai più chiara e adeguata allo scopo sarebbe stata ad es. una clausola di equivalenza tra fare ed omettere, sul tipo di quelle impiegate dai codici penali dell’area di civil law, integrata poi (come ad es. proprio in Italia, se pur in modo diverso, si sono sforzati di fare i più recenti ed autorevoli progetti di riforma del codice penale) dal riferimento a posizioni di garanzia-tipo, fra le quali anche quella del superiore gerarchico⁷⁴.

- b) Il problema dei rapporti con le categorie del diritto personale di derivazione illuministica.

⁷³ Per l’impostazione del problema, si v. in particolare l’ultimo paragrafo del prossimo capitolo.

⁷⁴ Oltre che nel sistema penale italiano (dove questa tecnica risulta, se pur con aggiustamenti e differenze, confermata anche nei progetti Pagliaro, Riz e Grosso di riforma del codice penale) ed in quello tedesco (cfr. il § 13 StGB), la presenza di clausole di equivalenza fra il fare e l’omettere è presente in modo pressochè costante anche nelle più recenti codificazioni europee nelle quali si è scelto di regolamentare le ipotesi di responsabilità per omesso impedimento dell’evento attraverso una norma di parte generale (così ad es. l’art. 11 del codice penale spagnolo entrato in vigore nel 1995 o l’art. 25 del codice penale croato entrato in vigore nel 1997). Anche nei Paesi di *common law*, del resto, la responsabilità per omesso impedimento dell’evento si basa in genere su di un principio di affermato per via giurisprudenziale o, come nel caso del *Model Penal Code* statunitense [(cfr. art. 2, section 2.01, (3)] addirittura ‘codificato’. Per un’ampia ricostruzione comparatistica sul punto, sempre attuale, nella nostra dogmatica, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano 1983, 15 ss., nonché, più di recente, PALAZZO-PAPA, *Lezioni*, cit., sopr. 71 ss., 100ss., 147 ss.

Veniamo ora alla seconda, delicata questione che i compilatori della parte generale dello Statuto hanno dovuto affrontare, e cioè il rapporto con i principi e le categorie del diritto penale classico di derivazione illuministico-liberale.

Cominciamo intanto col dire che nessuno avrebbe ragionevolmente potuto pretendere una fedeltà assoluta a quelle categorie: ogni sistema o sottosistema penale che si rispetti, nel perseguire le proprie finalità di prevenzione generale, deve per forza di cose adeguarsi al tipo di criminalità che esso intende contrastare; e le ragioni storiche e politico-criminali che, in questo campo, hanno portato ad es. alla totale irrilevanza delle immunità (cfr. art. 27 dello Statuto)⁷⁵ o ad attribuire una rilevanza assolutamente marginale ad esplicazioni fondamentali del principio di colpevolezza, quali ad es. l'errore di diritto (art. 33 dello Statuto)⁷⁶ o l'ordine del superiore (considerato per l'appunto, a me pare, dall'art. 33 dello Statuto, una scusante e non una scriminante)⁷⁷ sono a tal proposito troppo note perché si stia qui a ripercorrerle. Basti ricordare (lo si è già sottolineato) che, in genere, la commissione di quei crimini è connessa all'abuso di posizioni di supremazia e di potere politico-militare, e ha i suoi istigatori (se non a volte i suoi esecutori materiali) negli appartenenti alle classi dirigenti dei Paesi di volta in volta coinvolti, soggetti cioè la cui possibilità di incidere sul corso degli eventi o la cui consapevolezza circa gli obblighi di protezione connessi al loro rango è tale, da non lasciare molto spazio a giustificazioni o scuse; e che dunque, se di simile 'specificità' si doveva tener conto, a 'farne le spese' (a parte qui la questione, tutta politico-criminale, delle immunità) non potevano che essere quei principi, quale per l'appunto quello di colpevolezza, più intimamente collegati al modo di essere ed alla personalità del reo.

Ciò che però si poteva e si doveva fare – e a noi pare che in linea generale sia stato fatto – era cercare di realizzare ciò che, crediamo, sia l'approccio ideale di ogni codificazione, vale a dire la costruzione di un punto di equilibrio fra necessità di politica criminale ed istanze di garanzia. Per chi condivide una cultura ed una formazione liberali, si tratta di una sorta di 'imperativo categorico' e ciò in quanto, secondo quella cultura, non è assolutamente concepibile un sistema punitivo talmente 'ossessionato' dalle proprie esigenze general- e specialpreventive, da non porsi in alcun modo il problema dei limiti al potere di punire. Da questo punto di vista anzi, a noi pare di poter sommessamente affermare che almeno tre sono le acquisizioni del moderno diritto penale di matrice liberale a cui qualsiasi sistema penale non può non rimanere fedele, pena il suo degradare verso inaccettabili forme di giustizia sommaria:

⁷⁵ In argom. V. la ricostruzione di TRIFFTERER, *Sub art. 27*, in TRIFFTERER (a cura di), *Commentary*, cit., 502 ss.

⁷⁶ Cfr. in argom. TRIFFTERER, *Sub art. 33*, in TRIFFTERER (a cura di), *Commentary*, 574 ss.

⁷⁷ Cfr. in argom. AMATI, *L'efficacia*, cit., *passim*.

e cioè anzitutto una concezione laica della potestà punitiva⁷⁸, vale a dire l'idea che essa, più che un 'metafisico' ideale di giustizia assoluta e riparatrice, persegue in realtà scopi special- e generalpreventivi e va dunque circondata di garanzie formali atte a contenere i rischi di arbitrio che il perseguimento di quegli scopi inevitabilmente comporta⁷⁹; in secondo luogo l'idea che qualsiasi forma di responsabilità penale non possa che essere personale, vale a dire che intanto un fatto oggettivamente illecito può ascriversi al suo autore in quanto, da un punto di vista oggettivo e soggettivo, 'gli appartenga' quale fatto 'suo proprio'⁸⁰; infine, che la pena non possa mai contraddire un elementare senso di umanità⁸¹.

Ebbene, come si diceva, va riconosciuto che, da questo punto di vista, lo sforzo dei compilatori dello Statuto è stato notegvole, ed è in gran parte riuscito: si pensi qui proprio all'introduzione del principio di legalità, inteso nella sua accezione di stretta legalità (artt. 22 e 24), e di quello del ne-bis in idem processuale (art. 20); o agli stringenti limiti 'sostanziali' (il rispetto del principio di uguaglianza e dei diritti umani riconosciuti) imposti dall'ultimo comma dell'art. 21 al potere della Corte di attingere a fonti extra-statutarie; allo sforzo, operato nell'art. 25, di dare corpo al principio della responsabilità penale personale anche, come si diceva, attraverso una puntigliosa tipizzazione delle condotte di concorso nel reato; alla configurazione del tentativo punibile in termini di 'esecuzione sostanziale' (substantial step) del crimine (art. 25, 3.,f) e non di mero 'inizio di esecuzione'; o infine al tentativo di dare maggiore tassatività al sistema delle pene attraverso la fissazione di un limite quantitativo alla reclusione e del presupposto (peraltro piuttosto 'ampio') che legittima l'infliczione dell'ergastolo (art. 77); tutti dati, questi, che, se non p'compensano?, quanto meno cercano di controbilanciare sul altri versanti il già accennato ridimensionamento di istituti quali l'ordine del superiore e l'errore di diritto, e che testimoniano la ricerca di quel 'punto di equilibrio' di cui si diceva poc'anzi.

Quanto poi simile 'equilibrio', per ora costruito 'sulla carta', troverà effettivo riscontro nella realtà pratica, è cosa che qui ovviamente al momento non è dato

⁷⁸ MOCCIA, *Capzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979 ... La nascita e lo sviluppo del moderno diritto penale di matrice illuministica, come fenomeni segnati da un processo di 'laicizzazione e secolarizzazione' del potere di punire sono evidenziati con particolare forza ed incisività da MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., 429 ss.

⁷⁹ In questo senso, particolarmente incisivo PULITANO', *Politica criminale*, in *Enc. Dir.* Vol. XXXIV, 1985, sopr. 75 ss.

⁸⁰ Per tutti FIORELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.* Vol. XXXIX, Milano 1988, 1290.

⁸¹ Per un quadro sintetico della sterminata letteratura, soprattutto di radice filosofica, v. M. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino 1998 (ristampa aggiornata), 288 ss. Per un efficace tentativo di modernizzazione dell' 'umanesimo penale' (generalmente associato alle teorie retributive) attraverso la valorizzazione dell'idea special-preventiva risocializzatrice si v. EUSEBI, *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990, *passim*.

prevedere. Certo è comunque che ai futuri giudici della Corte resta consegnato un documento che presente non pochi tratti di originalità, e che pertanto, almeno nella sua prima fase di applicazione, susciterà non pochi contrasti e discussioni; a loro dunque il compito di applicarlo con saggezza e soprattutto di farne un efficace strumento di difesa dei diritti umani dalla barbarie e dall'ignomia di fatti (i crimini ascrivibili al paradigma dei crimina jhuri gentium) la cui violenza e brutalità nessuna ragion di stato o ideologia potrà mai rendere giustificabile agli occhi del mondo civ

CAPITOLO TERZO

‘LEGALITA’ E ‘TIPICITA’ DELL’ILLECITO’ NELLA REPRESSIONE DEI CRIMINA IURIS GENTIUM: DAI TRIBUNALI ‘AD HOC’ ALLO STATUTO DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. La sottoposizione dell’International Criminal Court al principio di legalità negli articoli 22 e 24 dello Statuto. – 2. (segue) ‘Legalità e ‘tipicità’ del reato nell’ICC Statute: un’opzione tutt’altro che scontata. – 3. La tendenziale ‘deferenza’ della dottrina e della giurisprudenza formatesi sull’esperienza dei c.d. ‘tribunali ad hoc’ nei confronti del *nullum crimen sine lege*. – 4. Il dibattito circa la necessaria tipicità dei crimini internazionali: la tesi che considera indispensabile, anche nell’ordinamento internazionale, la presenza di vere e propri fattispecie incriminatrici. – 5. (segue) Le tesi favorevoli ad un adattamento del principio di legalità e dei suoi corollari alla natura ed al modo di essere dell’ordinamento giuridico internazionale. – a) L’opinione favorevole ad un sostanziale disconoscimento del *nullum crimen sine lege* in materia di crimini internazionali. – b) Le tesi incentrate sulla separazione fra ‘legalità’ e ‘tipicità’. – 6. L’egemonia, nel periodo precedente l’approvazione dell’ICC Statute, delle teorie fondate sulla separazione fra ‘legalità’ e ‘tipicità’. – 7. Il principio di legalità fra esigenze di garanzia e timori di formalismo: il dibattito interno al Preparatory Committee of the Establishment of an International Criminal Court (PrepComm). – 8. La ‘svolta’ realizzatasi con lo Statuto di Roma: funzione di certezza e funzione di garanzia della legalità-tipicità nel diritto internazionale penale. – 9. (segue) Alcuni rilievi critici sulle proposte avanzate nell’ambito del PrepComm. – 10. Il principio del *nullum crimen sine lege* nel sistema delle fonti delineato dall’art. 21 dello Statuto: verso una nuova ed inedita ‘tipicità’ dei crimina iuris gentium?

1. La sottoposizione dell’International Criminal Court al principio di legalità negli articoli 22 e 24 dello Statuto.

L'intenzione, da parte di compilatori dello Statuto di Roma, di inaugurare una nuova fase di 'stabilizzazione' dei principi e degli istituti del diritto penale internazionale, si manifesta in tutta la sua evidenza già nelle scelte fondamentali che caratterizzano la parte III dello Statuto, dedicata ai "principi generali del diritto penale"⁸².

I primi tre articoli di quella parte (per l'esattezza, gli articoli 22, 23 e 24) assoggettano infatti l'intera attività della Corte al principio di legalità (da essi indicato, secondo l'ormai famosa definizione di Feuerbach, con l'espressione *nullum crimen sine lege*)⁸³ ed ai suoi tradizionali corollari (tassatività dei tipi di reato, divieto di analogia, principio di irretroattività)⁸⁴, fissando così, una volta per tutte ed in modo assolutamente invalicabile, la fonte da cui l'ICC potrà ricavare la meritevolezza di pena delle condotte sottoposte alla sua attenzione. Stando insomma al combinato disposto di queste norme, una condotta può essere punita "ai sensi dello Statuto" (e dunque rientrare nella giurisdizione della Corte) solo se preventivamente ed espressamente considerata come crimine dallo Statuto stesso (solo, cioè, se rientra fra quelle descritte negli artt. 5, 6, 7 e 8) e con le pene da esse previste.

L'effetto 'stabilizzante' di questa scelta di politica legislativa è di immediata evidenza: a fronte di una situazione, quale quella precedente, caratterizzata da una sostanziale 'inafferrabilità' strutturale e contenutistica del diritto internazionale penale, la presenza di uno specifico riferimento normativo dal quale ricavare l'assoggettabilità a pena delle condotte sottoposte all'attenzione della Corte rende più

⁸² CATENACCI M., "Legalità e tipicità del reato" nello Statuto della Corte Penale Internazionale, Milano, 2003.

⁸³ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Giessen 1801, 20 (§24), dove, per la verità (come anche nelle successive edizioni del manuale), la formula utilizzata è, più esattamente, "*nulla poena sine lege*". E' noto, tuttavia, che l'espressione riportata dallo Statuto è oramai quella più correntemente utilizzata dai penalisti; ed è dunque quest'ultima che continueremo ad usare nelle pagine che seguono.

⁸⁴ Che il principio in questione abbia una struttura, per così dire, "complessa", e cioè articolata in diversi corollari o sotto-principi, è cosa oramai pressochè scontata nella dottrina penalistica contemporanea: così ad es. BACIGALUPO, *Principios de derecho penal. Parte general*, IV ed., Madrid 1997, 75; L.B. CURZON BALLISTER, *Criminal Law*, VII Ed., London 1994, 5; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Bologna 2001, 50; GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, X ed., Bern 1995, 19 ss.; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 134 ss.; MANTOVANI, *Diritto*, cit. 42 ss.; MARQUES DA SILVA, *Direito penal portugues. Parte general. I: Introducao e teoria da lei penal*, Lisbona-Sao Paulo 1997, 228 ss.; MUNOZ CONDE-GARCIA ARAN, *Derecho Penal. Parte general*, II ed., Valencia 1996, 99; NAQUIRA RIVEROS, *Derecho penal. Teoria del delito*, I, Santiago del Chile 1998, 66; PRADEL, *Droit pénal. Tome 1. Introduction générale. Droit pénal général*, XI ed., Paris 1996, 175 ss.; RAMACCI, *Corso di diritto penale*, II ed., Torino 2001, 72 ss.; RIGHI-FERNANDEZ, *Derecho penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Buenos Aires 1996, 83 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I vol., II ed., Milano 1995, sub art. 1; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*, III ed., Munchen 1992, 97 ss. Parzialmente diversa, rispetto agli Autori appena citati, la ricostruzione di MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit. 9 ss., secondo i quali, il principio di irretroattività, lungi dall'essere (come avremo modo in seguito di precisare) un mero corollario del principio di legalità, sarebbe invece un principio distinto ed autonomo dal *nullum crimen sine lege*.

certi i confini della materia e, proprio per questo, consente di elaborare un insieme omogeneo e coerente di principi e di regole in grado di assurgere a vero e proprio 'sistema'.

Altrettanto evidente, tuttavia, è il risvolto dogmatico di simile scelta: esso si riassume in due fondamentali acquisizioni, destinate a vincolare l'attività dei giudici della Corte, e a loro volta ripropositive, anche in questo contesto, di una categoria (quella dell 'tipicità') fra le più consolidate categorie del diritto penale dei Paesi in cui vige il *nullum crimen sine lege*.

- a) La prima acquisizione è che caratteristica dei crimini di competenza della Corte è il loro essere descritti per 'tipi legali' e dunque tutti 'tipici': ogni singolo fatto punibile è racchiuso in una fattispecie (cioè in una descrizione legale) che riassume in sé tutti i possibili comportamenti meritevoli di pena⁸⁵, ed alla cui descrizione concorrono sia la norma incriminatrice di parte speciale descrittiva del 'fatto', sia la norma di parte generale che descrive le situazioni oggettivo-soggettive che consentono a loro volta di imputare quel 'fatto' al suo autore⁸⁶. In questo caso, l'espressione

⁸⁵ Per una riproposizione intal senso, da ultimo GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano 1997, 22 ss. Che il carattere della tipicità investa non solo il "fatto" [cioè una componente del reato che (comprensiva o meno che sia anche del dolo o della colpa) è pur sempre solo *una parte* di esso], ma l'intera *fattispecie*, e dunque *tutto l'insieme* degli elementi dal cui ricorrere scaturisce un giudizio di responsabilità penale, è affermazione che la dottrina penalistica di tanto in tanto sente il bisogno di ribadire: cfr. ad es. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., 626; VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, 551 ss.; ID., *Tipicità*, in *Enc. Dir.* XLIV, Milano 1992, 537 ss. Per quanto, a ben vedere, 'obbligata' da una corretta lettura di ratio e contenuti del *nullum crimen sine lege*, simile puntualizzazione si rende necessaria soprattutto in ragione degli equivoci che potrebbero sorgere (e qualche volta sorgono) in letteratura e nella prassi, dove una non sempre rigorosa distinzione tra 'fatto' e 'fattispecie' fa sì che la tipicità venga richiamata per lo più come predicato del primo e non della secondo (si parla infatti correntemente di 'fatto tipico', contrapponendolo 'all'antigiuridicità' ed alla 'colpevolezza', quasi che la tipicità sia un carattere del primo e non anche – se pur con grado ed intensità diversi – anche delle altre due categorie): sulle origini culturali di questo scambio terminologico e sui suoi effetti sulla dogmatica cfr. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo 1961, 61 ss.; VASSALLI, *Il fatto*, cit., 552. 'L'equivoco', ovviamente, è assai meno incumbente quando di 'fatto tipico' si parla in un ambito sistematico che inserisce nel 'fatto' non solo l'insieme degli elementi materiali 'esterni' alla psiche dell'agente descritti dalla norma incriminatrice di parte speciale, ma anche dolo o colpa. Non è tuttavia nostra intenzione entrare nel merito delle tante, raffinate questioni dogmatiche che ruotano attorno al 'fatto' ed ai suoi rapporti con le altre componenti del reato, in quanto simile indagine sulla dagli scopi di questo lavoro: chiarito che la 'tipicità' investe l'intera fattispecie, continueremo a tenere ben ferma la distinzione tra quest'ultima e il 'fatto', in quanto, a nostro sommo avviso, simile distinzione svolge ancora un importante ruolo chiarificatore nella teoria generale del reato.

⁸⁶ L'affermazione secondo cui a descrivere la fattispecie tipica concorrerebbero sia norme di parte speciale che norme di parte generale non è frequente in letteratura (per uno dei pochi casi cfr. ad es. PAGLIARO, *Il fatto*, cit., 63). Essa tuttavia rappresenta un innegabile corollario dell'altra affermazione (questa sì, assai ricorrente: cfr. *retro*, nota precedente) secondo cui la tipicità è una caratteristica che investe l'intero reato e non il solo *fatto materiale tipico*: pur potendo infatti verificarsi che la norma di parte speciale contenga una 'eccezionale' quantità di elementi descrittivi o normativi da cui ricavare ad es. specifiche forme di imputazione oggettiva (si pensi qui, per ciò che riguarda il nostro codice penale ai c.d. delitti aggravati

‘tipicità’ va intesa come ‘predicato’ della fattispecie astratta: quest’ultima è cioè ‘tipica’ perché rappresenta ‘un tipo’, un modello comportamentale che funge da linea spartiacque fra il lecito e l’illecito. Siamo qui di fronte a ciò che forse più di ogni altra caratterizza il diritto penale dei sistemi di civil law: l’attribuzione ad una fonte scritta del monopolio nella individuazione dei fatti meritevoli di pena fa sì che questi risultino tutti selezionati ed ‘irregimentati’ in astratte tipologie comportamentali; e per quanto possano mutare le ricostruzioni dogmatiche su cui si basa l’intera teoria generale del reato⁸⁷, o per quanto si sia discusso e ancora si discuta sui contenuti materiali del ‘fatto’ e dei suoi rapporti con la ‘fattispecie’, che quest’ultima – proprio quale conseguenza logico-deduttiva del principio di legalità – si caratterizzi per il suo essere ‘tipica’, cioè racchiusa in una compiuta descrizione legale, rientra oramai nel novero delle ‘ovvietà’.

- b) La seconda acquisizione, intimamente connessa all’prima, è che l’applicazione di una delle pene astrattamente previste dallo Statuto presuppone necessariamente a sua volta un giudizio di ‘conformità al tipo’, vale a dire un accertamento circa la puntuale rispondenza di un certo comportamento ad una delle fattispecie astratte ricavabili, nel modo sopra descritto, dallo Statuto stesso.

In dottrina si è soliti parlare anche in questi casi di ‘tipicità’, intesa però – a differenza di quanto si è visto nella lettera precedente – non come predicato della fattispecie astratta, ma come requisito del fatto storico oggetto di accertamento processuale: perché questo possa essere punito è necessario che esso sia ‘tipico’, rispondente cioè ad uno dei modelli comportamentali descritti dalla fattispecie astratta⁸⁸. All’inflizione della pena si arriva così attraverso un procedimento ermeneutico c.d. di sussunzione,

dall’evento: cfr. sul tema sempre attuale CANESTRARI, *l’illecito penale preterintenzionale*, Padova 1989, sopr. 36 ss. E 52 ss.) o particolari connotazioni soggettive del fatto (tipico, a tl ultimo proposito, il caso delle figure a *dolo specifico*: ricostruzioni particolarmente accurate in PICOTTI, *Il dolo specifico, Un’indagine sugli ‘elementi finalistici’ delle fattispecie penali*, Milano 1993, sopr. 471 ss. e in GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova 1996, sopr. 21 ss.) è tuttavia fuor di dubbio che, in linea di principio, sono proprio le norme di parte generale a descrivere, con riferimento all’intera parte speciale, le situazioni-tipo che rappresentano a loro volta i criteri fondamentali di imputazione del ‘fatto’ al suo autore; e che dunque la ricostruzione di ogni specifica ‘fattispecie’, almeno nella stragrande maggioranza dei casi, si realizza attraverso un vero e proprio *collage* di disposizioni speciali e generali.

⁸⁷ Per un quadro sempre attuale delle antiche contrapposizioni sul punto v. FIORELLA, *Reato in generale*, IN *Enc. Dir.* XXXVIII, Milano 1987, 771 ss.

⁸⁸ Un uso così ‘ambivalente’ (caratteristica della fattispecie astratta, ma anche del fatto storico) dell’espressione ‘tipicità’ può in effetti ingenerare qualche confusione; e sarebbe dunque preferibile tenere sempre ben ferma la distinzione fra ‘tipicità’ e ‘conformità al tipo’. Simile ‘ambivalenza’ è tuttavia entrata nel gergo comune dei penalisti, i quali, nella letteratura e nella prassi, sono oramai soliti parlare di ‘tipicità’ con riferimento sia all’una che all’altra ipotesi; ed è questa ragione che, nel prosieguo della trattazione, anche noi continueremo ad usare l’espressione ‘tipicità’ nel suo significato più ampio, salvo riutilizzare la più precisa distinzione fra tipicità e conformità al tipo ove ciò si renda necessario.

cioè di ‘adattamento’ del fatto storico, così come ricostruito in sede processuale, alle previsioni legali che selezionano i ‘fatti tipici’; adattamento che si realizza a sua volta rapportando, attraverso le normali tecniche interpretative, quel fatto a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie astratta al fine di rilevarne la piena coincidenza, e che comunque non tollera il ricorso *praeter legem* (ma tutt’al più, come avremo modo di approfondire in seguito, *secundum legem*) a fonti diverse dalle norme dello Statuto che concorrono a stabilire la fattispecie legale.

2. (segue) ‘Legalità’ e ‘tipicità del reato’ nell’ICC Statute: un’opzione tutt’altro che scontata.

Di fronte a questo quadro, al penalista di formazione, per così dire, ‘classica’, verrebbe ben poco da aggiungere: la sottoposizione del sistema punitivo al *nullum crimen sine lege* ed alle categorie dogmatiche da esso derivate, così come la sua collocazione in posizione preminente rispetto ad altri principi della materia rappresentano infatti un dato assolutamente ricorrente nelle codificazioni della maggior parte dei Paesi a tradizione liberale, nei quali, come noto (proprio in virtù dello ‘sbarramento’ posto dalla necessaria ‘conformità al tipo’ del fatto oggetto di giudizio al potere giudiziale di selezione delle condotte punibili), quel principio assolve ad un’importante funzione di protezione del singolo dall’arbitrio del giudice; e dunque – si potrebbe concludere – nulla di più normale che, nell’accingersi a costruire un sistema repressivo comunque rispettoso di alcune fondamentali istanze di garanzia oramai comuni a tutto il mondo civile, i compilatori dello Statuto abbiano deciso di partire proprio da quella che, di simili garanzie, ben può dirsi essere di gran lunga la più importante.

Né probabilmente, il quadro scaturente da quegli articoli meraviglierebbe lo studioso di diritto internazionale. Il principio di legalità è infatti riconosciuto da diverse ed importanti Convenzioni internazionali che, proprio in virtù della sua sperimentata funzione di garanzia, lo inseriscono nel catalogo dei Diritti Umani Fondamentali: così ad esempio la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, la Terza Convenzione di Ginevra e i suoi Protocolli addizionali, la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, la Convenzione americana dei Diritti dell’Uomo, la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, la Carta africana dei Diritti dell’Uomo e dei Popoli; documenti, questi, come vedremo, assai importanti per ricostruire ratio e contenuti degli artt. 22 ss. dello Statuto, ed alla luce dei quali, comunque, l’assoggettamento dell’attività della ICC al *nullum crimen sine lege*,

acquista un particolare valore etico e politico, nonché ‘simbolico’: nella repressione di crimini che manifestano un evidente quanto grave disprezzo per i diritti umani, la comunità internazionale dimostra cioè di saper rimanere ben ancorata ad un principio, quello di legalità per l’appunto, che è anch’esso, a sua volta, espressione di un diritto umano fondamentale; così che (secondo uno schema vagamente “hegeliano”), alla ‘negazione’ dei diritti umani offesi dalla commissione del reato, finisce col far seguito, attraverso la salvaguardia di un altro diritto umano, di cui è titolare chiunque, di quel crimine, si trovi a dover rispondere, la ‘riaffermazione’ del valore fondante e dell’importanza degli human Rights⁸⁹.

Tutto lascerebbe insomma pensare che, almeno secondo quella prospettiva di stabilità, certezza ed equità del diritto internazionale penale che si è detto essere uno degli elementi ispiratori la Conferenza di Roma, collocazione, contenuto e risvolti dogmatici degli artt. 22 ss. dell’ICC Statute rientrassero anch’essi, nel catalogo delle ‘ovvietà’.

Eppure, a ben vedere, non si può certo dire che si sia trattato, per i compilatori dello Statuto, di una scelta, per così dire, ‘scontata’. A quanto appena ricordato, si opponevano infatti – ed in parte ancora si oppongono – almeno due considerazioni di ordine generale.

In primo luogo, va ricordato che la preminenza del principio di legalità è un dato comune ai soli Paesi dell’Europa continentale ed in quelli da questi ultimi più direttamente influenzati; che esistono, allo stesso tempo, Paesi di consolidata civiltà giuridica nei quali il principio di legalità non vige, o non ha comunque quella forza e preminenza di cui si è appena detto; e che dunque, ben avrebbe potuto l’assemblea degli Stati partecipanti alla Conferenza di Roma optare per un sistema a legalità più ‘sostanziale’⁹⁰, caratterizzato cioè da una più marcata ‘atipicità’ dell’illecito, e nel quale ai giudici fosse concesso il ricorso diretto (se pur non illimitato) a fonti materiali come la consuetudine, o al procedimento analogico.

Né, in secondo luogo, può trascurarsi il fatto nella letteratura internazionalistica si erano manifestate, in passato, posizioni apertamente favorevoli alla creazione di un organismo giurisdizionale ‘più in linea’ coi caratteri dell’ordinamento internazionale, e dunque vincolato alle sole fonti consuetudinarie⁹¹. Da

⁸⁹ Anche la letteratura sul tema dei Diritti Umani risulta oramai sterminata. Ci limitiamo qui tuttavia a rinviare, per la completezza e l’attualità dei temi trattati, dal ultimo STEINER-ALSTON, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Moral*, Oxford 1996.

⁹⁰ La contrapposizione fra legalità “formale” (propria di quei sistemi penali che si reggono sul *nullum crimen sine lege*) e legalità “sostanziale” (propria invece dei sistemi penali nei quali il giudice non è vincolato ad un’espressa previsione normativa dei fatti di reato), è di MANTOVANI, *Diritto*, cit., 3 ss.

⁹¹ Cfr. sul punto in generale KREMNIETZER, *The World Community as an International Legislator in Competition with National Legislators*, in ESER-LAGODNY (a cura di),

questo punto di vista, può anzi sicuramente affermarsi che l'inserimento nello Statuto della ICC di una così stringente 'clausola di legalità-tipicità' rappresenta il punto di approdo di un lungo ed appassionato dibattito, che ha visto fronteggiarsi per un intero cinquantennio di diverse dottrine, entrambe impegnate a costruire, in vista dei futuri sviluppi di questa branca del diritto internazionale, una vera e propria 'dogmatica dei crimina juris gentium'; l'altra invece più propensa ad un (se pur solo parziale) 'allineamento' di quel principio alle caratteristiche ed alle esigenze dell'ordinamento internazionale⁹².

Si tratta di una discussione che, ancora oggi, nonostante lo Statuto sembri aver preso oramai una posizione ben definita sull'argomento, riveste aspetti di notevole interesse, e che comunque merita, se pur sommariamente, di essere ricostruita, per almeno due ragioni: la prima (tutta 'culturale') è che ad essa hanno preso parte alcuni fra i massimi esponenti della scienza penalistica e della filosofia del diritto del secondo dopoguerra; la seconda (più funzionale ai nostri scopi) è che – proprio perché 'preparatoria' rispetto alle decisioni poi adottate nella Conferenza di Roma – la sua esatta comprensione risulta, come del resto avremo modo di appurare, assai utile a ricostruire ratio e ambito di operatività degli artt. 22 ss. dello Statuto della ICC.

3. La tendenziale deferenza della dottrina e della giurisprudenza sull'esperienza dei cosiddetti tribunali ad hoc nei confronti del *nullum crimen sine legem*.

Occorre sottolineare al riguardo che, in linea di principio (e fatta salva qualche isolata, anche se significativa presa di posizione in senso contrario, nessuno, fra coloro i quali si sono occupati dei problemi relativi alla c.s. 'giustizia penale internazionale', ha mai dubitato della necessità di subordinare la repressione di questo o di quel fatto storico alla presenza di una norma, preesistente alla sua commissione, alla cui stregua qualificarlo come 'crimine internazionale'. Si tratta di un atteggiamento assai fermo, manifestatosi – nonostante si sia forse portati a pensare il contrario – anche in quelle fasi della storia dell'Umanità nelle quali, di fronte alla drammaticità degli eventi e all'orrore dei crimini commessi in nome della ragion politica, l'esigenza (per certi versi 'tutta formale') di vincolare l'attività dei tribunali a chiari ed inequivocabili 'principi di incriminazione' precedenti la commissione di quei crimini è sembrata invece dover soccombere in nome di un più alto senso di giustizia.

Principles and Procedures for a new Transnational criminal law, Freiburg 1992, 343; REEDER, *The Establishment of an International Criminal Court: some general Problems*, Amsterdam 1962, 42 ss.

⁹² Su questa contrapposizione, in generale, FRANCONI, *Crimini internazionali*, cit., 229 ss.

E' il caso, recente, dei Tribunali per la ex Jugoslavia e per il Ruanda, oggetto di critiche assai aspre proprio perché istituiti sulla base di uno Statuto entrato in vigore solo dopo la commissione dei fatti sottoposti al loro giudizio, e nella cui giurisprudenza (quasi a voler in qualche modo 'compensare' simile anomalia) è tuttavia frequente sia la costante riaffermazione dell'assoluta inderogabilità di un così alto principio di civiltà giuridica come il *nullum crimen sine lege* (qui inteso, evidentemente, in un significato amplissimo)⁹³.

Ma è questo anche il caso dei ben più famosi processi di Norimberga⁹⁴: all'eccezione secondo cui il Tribunale si accingeva in realtà ad applicare in modo retroattivo la sola "giustizia dei vincitori", violando così in modo clamoroso il principio di legalità dei reati e delle pene, i sostenitori della legittimità di quel tribunale, infatti, non risposero certo sostenendo l'ammissibilità, nel diritto internazionale, di un vero e proprio 'principio di retroattività'. Essi, semmai, si preoccuparono di dimostrare:

- che (almeno alcuni fra) i crimini commessi dai Nazionalsocialisti erano in realtà già previsti come tali da qualificate e ben conosciute fonti di diritto internazionale, o erano comunque ricavabili da principi universali di umanità e tolleranza comuni a tutto il mondo civile⁹⁵;
- che il principio di legalità, in quanto espressione di un più generale e profondo ideale di giustizia, non poteva, senza entrare in contraddizione con se stesso, essere utilizzato per giustificare una profonda ingiustizia, quale quella che sarebbe

⁹³ Cfr. sul punto i rifer. rip. da FRONZA, *Gli atti*, cit., 56 ss. Sul vincolo che, per il Tribunale penale per la ex Jugoslavia, comporta il principio di *irretroattività* in particolare, cfr. il rapporto del Segretario Generale sulla risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 808 del 1993, in UN Doc. S/25704, par. 9 e 36.

⁹⁴ Nonostante come già ricordato, nel periodo immediatamente successivo alla seconda Guerra Mondiale, ad essere processati furono anche ufficiali ed appartenenti alla classe dirigente giapponese (si tratta dei procedimenti svolti dinanzi al già cit. Tribunale per l'Estremo Oriente, più noto come 'Tribunale di Tokyo'), nelle pagine che seguono faremo riferimento soprattutto alla esperienza di Norimberga; e ciò non tanto perché si tratta della vicenda processuale in assoluto più nota, quanto perché è soprattutto su di essa che, nel mondo occidentale, il dibattito sulla legittimità dei tribunali *ad hoc* registrò i toni più accesi e le prese di posizione più autorevoli. Come noto, sebbene nel linguaggio comune si parli di "processo di Norimberga" (con evidente riferimento a quello più famoso, che vide imputati e condannati "calibri" come Goring, Hess, Frank, Rosenberg, Keitel etc.), i procedimenti penali finalizzati alla punizione dei criminali di guerra nazisti furono in realtà molti, e si svolsero in tutta Europa. Nella sola Norimberga furono ben 12, e si svolsero in un arco di tempo che va dal 14 novembre 1945 al 27 ottobre 1948. Per una puntuale ricostruzione storica rinviamo qui a LUMMERT, *Die Strafverfahren gegen Deutsche im Ausland wegen "Kriegsverbrechen"*. *Le Procés intentés à l'Etranger contre des Ressortissants Allemands pour "Crime de Guerre"*, Hamburg 1949; TAYLOR, *Die Nurnberger Prozesse. Kriegsverbrechen und Volkerrecht* (tit orig. *Nuremberg Trials. War Crimes and international Law*, New York 1949, trad. ted. di R. Kempner), Zurich 1950.

⁹⁵ NUVOLONE, *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, Roma 1945, 68 ss.

scaturita dalla mancata condanna di persone che, coscientemente e volontariamente, si erano macchiate di crimini orrendi, condannati da tutto il mondo civile.

Non solo: ancora diversi anni dopo la conclusione dei processi di Norimberga, fu proprio uno dei più autorevoli sostenitori della legittimità di quel tribunale che, nel riconoscere che l'assenza, in campo internazionale, di un sistema codificato di regole scritte "può dar luogo ad ingiustizie ed arbitrii là dove all'opera dei Tribunali non presieda una rigorosa ed inflessibile osservanza dei superiori principi di umanità, di giustizia e di proporzione"⁹⁶, arrivò ad auspicare "la formulazione di un Codice internazionale nella materia dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, tale che permetta di vincolare con apposite convenzioni internazionali la maggioranza degli Stati e di imporre l'osservanza dei principi di umanità con altrettante leggi interne di ogni Stato, eliminando così o almeno grandemente restringendo la eccezione (...) del principio di legalità"⁹⁷

4. Il dibattito circa la necessaria tipicità dei crimini internazionali: la tesi che considera indispensabile, anche nell'ordinamento internazionale, la presenza di vere e proprie fattispecie incriminatrici.

Tendenzialmente concorde sulla necessità di dover comunque, per quanto possibile, ancorare le decisioni dei tribunali internazionali ai soli fatti già 'qualificabili' come 'criminali' al momento della loro commissione, la dottrina si è invece divisa allorchè si è trattato di precisare di che tipo di 'qualifica' più propriamente, dovesse trattarsi. In particolare, il dissidio si è sempre manifestato con riferimento ad una questione fondamentale: e cioè se la punizione degli autori di quei fatti andasse subordinata ad una preventiva ed esplicita fattispecie (lato sensu) 'in criminatrice', vale a dire ad una disposizione a contenuto precettivo, espressamente 'positivizzata' da una fonte scritta di diritto internazionale che nel vietare un certo comportamento, ne fissasse con precisione gli elementi costitutivi, vincolando così ad un preciso dato testuale l'attività dei tribunali internazionali; o se a rendere legittima la punizione dei fatti che a quei tribunali venivano via via sottoposti, fosse sufficiente

⁹⁶ VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Nov. Dig. It.*, XI, Torino 1965, 502.

⁹⁷ VASSALLI, *Nullum crimen* 1965, 502. Nello stesso senso, anche se non generico riferimento alle esigenze di "codificazione" dei crimini internazionali, più di recente, BECKER, *Der Tatbestand*, CIT., 104. Non può peraltro tacersi il fatto che, alcuni processi condotti contro criminali nazisti catturati a diversi anni dopo la fine della Seconda >Guerra Mondiale (e svoltisi dunque in un clima forse più sereno), si sono conclusi con l'assoluzione degli imputati, fondata a sua volta proprio sui principi di legalità e di retroattività: si vedano in prop. i riferimenti citati da McCORMACK-SIMPSON, *The Law*, cit., 13.

l'esistenza di un principio, di fonte anche solo consuetudinaria (purchè ovviamente riconosciuta dal diritto internazionale), da cui poter derivare il carattere criminale di quei fatti. Insomma: se si dovesse fare della 'tipicità', nella duplice dimensione sopra indicata, una caratteristica essenziale ed irrinunciabile dei crimini internazionali.

Secondo una prima, autorevole opinione (espressa negli anni '50, ma tenacemente riproposta anche in tempi più recenti), nell'affrontare il problema è necessario muovere da un dato di fondo: il diritto penale internazionale – si afferma – non può che prendere a proprio modello uno dei due sistemi giuridici che si fronteggiano nel mondo contemporaneo, e cioè da un lato il sistema anglosassone della common law, nel quale largo spazio è dato al diritto di formazione (lato sensu) 'consuetudinaria' e dunque alla puntualizzazione per via giurisprudenziale dei 'tipi di reato'; dall'altro lato il sistema europeo continentale della civil law, caratterizzato invece da un più marcata subordinazione del giudice al diritto positivo e dunque da una più stringente 'tipicità dei fatti meritevoli di pena.

Ebbene – si continua -, a sostegno di una costruzione del diritto penale internazionale secondo le categorie e la logica della common law, si è soliti addurre argomenti, di ordine sia teorico che pratico, che a prima vista parrebbero assai convincenti: sul piano teorico, l'argomento consisterebbe in una pretesa omogeneità strutturale del diritto internazionale col diritto dei Paesi anglosassoni, argomento basato a sua volta sulla constatazione che, al pari di quest'ultimo, anche il diritto internazionale altro non sarebbe che diritto di produzione prevalentemente consuetudinaria; sul piano pratico si è soliti invece sostenere che "in questo modo, le difficoltà di ordine politico e giuridico legate alla creazione di fattispecie (Tatbestandsbildung) verrebbero evitate e gli Stati avrebbero bisogno di accordarsi sulla sola composizione del tribunale e sulle regole processuali"⁹⁸.

In realtà – si aggiunge ancora -, ad una più attenta analisi, diverse e più persuasive sono le ragioni che inducono invece a preferire una costruzione del diritto penale internazionale secondo il modello del 'diritto penale del fatto tipico' (Tatbestandsbildung).

Anzitutto, si osserva, le analogie fra l'ordinamento internazionale ed i sistemi di common law sono solo apparenti: "La consuetudine internazionale, per il suo modo di formarsi, si distingue nettamente dalla common law dei Paesi anglosassoni. Essa infatti si forma sulla base degli usi riconosciuti dalla prassi degli Stati, mentre la common law si è sviluppata attraverso le decisioni giudiziali e l'elaborazione dottrinale. Dai tribunali internazionali, il precedente giurisprudenziale e le opinioni della dottrina non sono considerati norme giuridiche, ma più semplicemente strumenti

⁹⁸ JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit*, cit., 234.

di ausilio all'interpretazione del diritto" (...) Questa fondamentale differenza tra consuetudine di diritto internazionale e consuetudine di diritto statale contraddice l'argomento, assai frequente, secondo il quale il diritto penale internazionale dovrebbe costruirsi secondo i principi della common law in quanto anch'esso, per sua natura, si svilupperebbe per via consuetudinari⁹⁹.

In secondo luogo, proprio perché parte di un ordinamento giuridico, quale quello internazionale, che affida a loro, e non a singoli 'giudici' il compito di introdurre e conservare usi giuridicamente vincolanti, gli Stati – si dice – “non si piegherebbero mai ad un illimitato potere di creazione del diritto e di applicazione delle pene da parte dei tribunali internazionali”¹⁰⁰, e opporrebbero anzi, con tutta probabilità, un vero e proprio rifiuto di cooperare con i tribunali internazionali, allorchè ritenessero una certa decisione dannosa o pericolosa per i propri interessi nazionali. Infine – si conclude – è fin troppo facile obiettare che un sistema basato su fonti 'materiali', quali il precedente giurisprudenziale e la consuetudine, presupporrebbe a sua volta una certa omogeneità culturale ed un sistema di valori universalmente condivisi; cosa questa che certo non può rinvenirsi nella comunità internazionale, nel cui ambito, nonostante una certa tendenza alla 'universalizzazione dei valori' fondamentali, le differenze nel modo di considerare le categorie fondamentali della teoria del reato, sono ancora piuttosto consistenti¹⁰¹.

Dunque – questo la conclusione – il risultato non può che essere del senso della necessaria 'conformità alla fattispecie'. Poiché soggetti dell'ordinamento giuridico internazionale sono gli Stati e solo eccezionalmente gli individui¹⁰², intanto, in quel contesto, potrà parlarsi di una responsabilità penale individuale in quanto il carattere criminale e dunque meritevole di pena di un certo fatto sia assolutamente certo. Ma perché – si afferma – ciò si realizza è necessario a sua volta che anche il diritto penale internazionale si fondi sul concetto di 'tipicità' e 'conformità al tipo', e che dunque un fatto possa ritenersi assoggettabile a pena criminale solo se risulta descritto in tutti i suoi elementi costitutivi da una vera e propria disposizione di diritto internazionale preesistente la commissione dello stesso. Ove non ricorrano tutti questi presupposti, e si possa invece tutt'al più qualificare certi comportamenti come 'criminali' in quanto contrari a principi di 'umanità', 'tolleranza' o quant'altro riconosciuti o ricavabili dal diritto internazionale, in nessun modo – si aggiunge – potrà parlarsi di responsabilità

⁹⁹ JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit*, cit., 234.

¹⁰⁰ JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit*, cit., 234.

¹⁰¹ JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit*, cit., 250 ss.

¹⁰² Su questa impostazione, come noto, è cresciuto comunque, soprattutto negli ultimi cinquant'anni, un forte dissenso nella stessa dottrina internazionalistica: per tutti FRANCONI, *Crimini internazionali*, cit., 228 ss.

penali individuali, potendosi qui tutt'al più parlare di responsabilità degli Stati intesi quali soggetti 'ordinari' di diritto internazionale e dunque titolari di responsabilità per gli atti commessi dai loro rappresentanti¹⁰³.

5. (segue) Le tesi favorevoli ad un adattamento del principio di legalità e dei suoi corollari alla natura ed al modo di essere dell'ordinamento giuridico internazionale.

Per quanto finalizzate soprattutto alla futura codificazione di un vero e proprio 'sistema' di diritto internazionale penale, queste conclusioni (caratterizzate peraltro da un indiscutibile rigore logico-giuridico) suscitarono, non poche preoccupazioni nella dottrina dei crimina iuris gentium. A quell'epoca, infatti (ma si tratta, come accennato, di una caratteristica protrattasi fino all'entrata in vigore dell'ICC Statute) l'ordinamento giuridico internazionale era assolutamente privo di 'fattispecie incriminatrici' nel senso sopra descritto¹⁰⁴; e dunque il rischio era che quelle conclusioni, al di là delle intenzioni di chi le proponeva, potessero essere utilizzate a pretesto per affermare la sostanziale inesistenza di un diritto internazionale penale preesistente agli Statuti dei tribunali internazionali ad hoc già istituiti, o di quelli che, dopo Norimberga e Tokyo, avrebbero potuto rendersi necessari per la repressione di fatti altrettanto gravi quali quelli sottoposti alla giurisdizione di questi due ultimi tribunali. Con una fondamentale differenza: là dove l'istituzione di un tribunale penale internazionale avesse fatto seguito (come era accaduto peraltro proprio a Norimberga e a Tokyo) ad un vero e proprio conflitto fra Stati, le sentenze applicate da quel tribunale non avrebbero comunque perso, per il solo fatto di basarsi su norme 'non incriminatrici' qualsiasi legittimazione, ma tutt'al più sarebbero 'retrocesse' a sentenze applicative di quel 'diritto di occupazione' che pure, entro certi limiti, l'ordinamento internazionale conosce e legittima. Ma dove invece ad operare fossero stati tribunali istituiti per punire gravi violazioni dei diritti umani in conflitti di altra natura (ad es. etnici o razziali: si pensi qui proprio ai Tribunali per la ex Jugoslavia o per il Ruanda), la coerente applicazione del principio di 'necessaria' tipicità

¹⁰³ In questo senso le conclusioni di JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit*, cit., 414 ss.

¹⁰⁴ Tali infatti non possono considerarsi le ipotesi richiamate dalle convenzioni internazionali in materia di diritti umani, nelle quali, addirittura, non viene quasi mai usato il termine 'crimine internazionale', ma tutt'al più quello di 'crimine secondo il diritto internazionale': BASSIOUNI, *Le fonti*, cit., 92 ss.. Né possono considerarsi vere e proprie 'fattispecie tipiche' quelle contenute nelle disposizioni che descrivono i fatti sottoposti alla giurisdizione dei tribunali *ad hoc* istituiti dopo il 1945; e ciò in quanto queste disposizioni (come avremo modo di ribadire più avanti), risultano in realtà 'aperte' all'integrazione *praeter legem* di fonti materiali ed alla stessa analogia.

illustrato nel paragrafo che precede avrebbe di fatto portato ad una loro totale delegittimazione; e ciò in quanto oggetto di giudizio sarebbero stati, nella maggior parte dei casi, fatti qualificabili come ‘criminali’ sulla base di convenzioni internazionali o di norme ‘derivate’ dagli ordinamenti giuridici del consesso civile, ma quasi mai espressamente tipizzati (almeno prima della loro commissione) ed espressamente puniti con sanzioni penali ‘norme incriminatrici’ analoghe a quelle contenute nella parte speciale dei codici penali statuali¹⁰⁵.

In posizione ‘antagonista’ all’opinione riportata nel paragrafo precedente, hanno così via via finito col formarsi altre opinioni, anch’esse convinte assertrici dell’alto valore di civiltà giuridica insito nel *nullum crime sine lege*, ma al tempo stesso più propense a metterne in discussione l’automatica trasponibilità dagli ordinamenti statuali a quello internazionale. Si tratta di opinioni fra loro assai differenziate, tutte però accomunate dall’idea di fondo secondo cui sarebbe proprio la realtà dell’ordinamento giuridico internazionale ad esigere un allentamento dei vincoli posti negli Stati dal principio di legalità e dunque un diritto penale più ‘aperto’ al contributo di fonti materiali.

a) L’opinione favorevole ad un sostanziale disconoscimento del *nullum crimen sine lege* in materia di crimini internazionali.

Una prima, radicale (ma, aggiungiamo subito, assolutamente monitoria) presa di posizione in tal senso è quella secondo cui una coerente applicazione del criterio dei “principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili” (fonte, come noto, richiamata dall’art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia) dovrebbe in realtà condurre al disconoscimento del *nullum crimen sine lege* nell’ordinamento internazionale: proprio perché riconosciuto solo da alcuni Paesi del consesso civile (quelli di *civil law*) e non da altri (quelli di *common law*), il principio di legalità non sarebbe insomma un principio comune a tutti (o comunque alla maggior parte) dei paesi del mondo civile, e dunque come tale non avrebbe alcun diritto di cittadinanza nell’ordinamento giuridico internazionale: Secondo il più autorevole esponente di questo indirizzo “Non può esigersi in alcun modo la fissazione del fatto di reato in trattati o anche in norme consuetudinari precedenti la commissione del fatto stesso” in quanto “la massima ‘niente pena senza legge’ nel diritto internazionale non può

¹⁰⁵ Per un ampio quadro ricostruttivo delle tecniche descrittive impiegate dalle fonti di diritto internazionale nel richiamare questi crimini, v. BASSIOUNI, *Le fonti*, cit., 104 ss.. Sottolinea a tal proposito l’Autore come, fatta eccezione per alcune figure come ad es. il genocidio o alcuni crimini di guerra, “un esplicito riconoscimento che una data condotta costituisce un <crimine internazionale> o un <crimine secondo il diritto internazionale> può essere individuato solo in trentaquattro fra i 274 strumenti internazionali (che lo stesso A. indica come fonti del diritto internazionale penale, n.d.r.), e nessuno di essi è stato elaborato negli ultimi due decenni”.

vantare alcuna efficacia vincolante. L'incriminazione posteriore alla commissione di un certo fatto illecito non rappresenta alcuna violazione del diritto internazionale. Ma la punizione non deve essere ingiusta. Il fatto cioè, al momento della sua commissione, deve potersi considerare antiggiuridico e meritevole di pena sulla base di una opinione giuridicamente fondata, e la pena non deve superare la misura che, al tempo della commissione, poteva ritenersi ad esso adeguata”.

b) Le tesi incentrate sulla separazione fra ‘legalità’ e ‘tipicità’.

Un'altra presa di posizione è invece riassumibile nell'assunto secondo cui nel diritto internazionale penale, la ‘tipicità’, almeno se intesa nel significato attribuitole dalla dogmatica penalistica degli Stati di tradizione democratico-liberale, non rappresenterebbe un corollario necessario ed imprescindibile del principio di legalità¹⁰⁶. Si tratta di una linea di pensiero che ha avuto, se pur con accenti diversi, il sostegno di giuristi assai autorevoli, ed la cui interno possono distinguersi almeno due fondamentali indirizzi.

Il primo può raccordarsi con un'opinione piuttosto diffusa ai tempi dei processi di Norimberga e ribadita, in alcuni passaggi, dagli stessi pubblici ministeri e giudici di quel Tribunale: i comportamenti che, se realizzati con particolari finalità di distruzione di massa o in occasione di conflitti collettivi, la consuetudine formatasi in ambito internazionale è solita ricondurre alle tre fondamentali ipotesi del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra (ad es. omicidio, sterminio, violenza sessuale, riduzione in schiavitù etc.), non necessiterebbero di un'espressa previsione incriminatrice di fonte internazionale in quanto già previsti, se pur in forme diverse, da tutti i codici penali del mondo civile. In simili casi – si sostiene – le esigenze di garanzia che sono alla base del *nullum crimen sine lege* e dello stesso concetto di ‘tipicità’ sarebbero in realtà già pienamente soddisfatte dalle previsioni normative di diritto interno: ad essere puniti sono infatti soggetti che hanno consapevolmente¹⁰⁷ violato norme incriminatrici vigenti al momento della commissione

¹⁰⁶ Per quanto, come si è detto e si continuerà a sottolineare, strettamente *legate* sul piano sia dogmatico che funzionale, le due categorie della “tipicità” e della “legalità” sono comunque, anche nel diritto penale degli Stati, concettualmente *autonome*: cfr. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, Torino 1979, sopr. 103 ss.; VASSALLI, *Nullum crimen*, cit., 495.

¹⁰⁷ Si tratta infatti di crimini punibili solo ed esclusivamente a titolo di *dolo* (generico, o in alcuni casi specifico): si v. a tal proposito proprio gli artt. 6, 7 e 8 dell'ICC Statute. Proprio lo statuto, peraltro, nell'art. 28, parrebbe far riferimento ad una particolare ipotesi di *concorso mediante omissione* sorretto da *colpa*, in relazione all'ipotesi del comandante o ufficiale in occasione di un crimine materialmente commesso.

di quei fatti¹⁰⁸, e che, se pur prodotte dagli Stati, in quanto espressione a loro volta di “principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”, sono tuttavia recepite anche da diritto internazionale. Secondo questa impostazione, insomma, un problema di ‘tipicità’, cioè di effettiva descrizione per modelli legali, di comportamenti quali ad es. l’omicidio, la strage e la deportazione forzata finalizzate alla distruzione di una razza o di un gruppo, la riduzione in schiavitù di popolazioni di territori occupati, lo stupro “etnico” o la tratta di schiavi, non avrebbe in realtà alcuna ragione di porsi; e ciò in quanto, l’omicidio, la strage, il sequestro di persona, la riduzione in schiavitù o la violenza sessuale, che di quei comportamenti rispettivamente rappresentano il nucleo fondamentale di disvalore, per gli ordinamenti delle nazioni civili e dunque per il diritto internazionale, sono già tutti riconducibili a ‘tipi d’illecito’ descritti dai codici penali nazionali. Esigere – si conclude –, per la loro punizione, la presenza di una ulteriore norma incriminatrice di fonte internazionale che li descriva e preveda per essi una specifica pena, vorrebbe dire scivolare inesorabilmente verso un formalismo giuridico del tutto avulso dalla realtà e dal quel senso di giustizia che pure deve guidare l’azione di qualsiasi tribunale¹⁰⁹.

Ancor più suggestiva, e comunque oltremodo raffinata dal punto di vista dogmatico, è un’altra tesi, anch’essa di indirizzo ‘moderato’ e anch’essa sostenuta da settori autorevoli della dottrina di lingua tedesca. Si tratta anche in questo caso di una tesi che, al pari di quella esaminata alla lettera precedente, non arriva a considerare del tutto privo di operatività il *nullum crimen sine lege* nell’ordinamento internazionale, ritenendo semmai di poter distinguere principio di legalità da un lato, e tipicità del reato dall’altro. Essa, se pur assai complessa ed articolata nei suoi passaggi argomentativi, può tuttavia riassumersi come segue: la ‘tipicità’, di solito considerata una caratteristica imprescindibile del reato nei sistemi retti dal principio di legalità, avrebbe fondamento non dogmatico (come invece altre categorie assolutamente irrinunciabili del diritto penale, quali ad es. antigiuridicità e colpevolezza) ma solo politico-ideologico. Essa cioè, lungi dal porsi quale inevitabile corollario del *nullum*

¹⁰⁸ Importanti rif. in VASSALLI, *I delitti contro l’umanità e il problema giuridico della loro imputazione*, ora in *La Giustizia penale internazionale*, cit., 57.

¹⁰⁹ Su questa linea soprattutto KREMNIETZER, *The World Community*, cit., 343 (il quale, riprendendo la nota definizione di radice illuministica, ritiene che i crimini internazionali entrino a pieno titolo nella categoria dei *crimini in sé*); RADBRUCH, *Zur Diskussion*, cit., 131; VASSALLI, *I delitti contro l’umanità*, cit., 56 ss.; WOETZEL, *The Nuremberg Trias*, cit., 112. A questa posizione a noi pare riconducibile l’articolata teoria dei crimini internazionali come “violazioni del diritto umanitario” a suo tempo autorevolmente sostenuta da NUVOLONE, *La punizione*, cit., *passim*. Nello stesso senso anche alcune, recenti interpretazioni degli artt. 22 ss. dello Statuto dell’ICC: CARACCILO, *Applicable law*, in LATTANZI-SCHABBAS (a cura di) cit., 231.

crimen sine lege (teorizzato invece – si sottolinea – dal giusnaturalismo illuminista come principio che ammetterebbe anche il ricorso a fonti consuetudinari, purchè già vigenti al momento della commissione del fatto) avrebbe in realtà la funzione di garantire, negli Stati di tradizione politica liberale, il rispetto del principio della divisione dei Poteri: l'imputazione di astratte descrizioni legali (qui nel senso proprio di 'contenute nella legge formale') cui poi necessariamente dover ricondurre i fatti oggetto di giudizio impedirebbe al giudice di sostituirsi, nella individuazione dei fatti meritevoli di pena e nella scelta delle sanzioni, a quel Parlamento democratico che, secondo l'ideologia propria della tradizione illuministico-liberale, è l'unico legittimato ad incidere sulla libertà individuale¹¹⁰.

Sostenuta da un'accurata indagine storica (da cui scaturirebbe che, lungi dall'essere coeva al ben più antico principio di legalità, la riduzione delle fonti del diritto penale alla sola 'legge' sarebbe in realtà stata introdotta proprio dai teorici della divisione dei Poteri e, ancor prima, dall'Assolutismo), questa impostazione approda a due importanti conclusioni: la prima, è che, considerato nel suo nucleo essenziale, il nullum crimen sine lege non comporterebbe affatto l'esclusione di diritto "non-positivo" dalle fonti del diritto penale, ma solo l'esclusione di decisioni giudiziali non fondate su norme a loro volta preesistenti la commissione del fatto ed individuabili su base almeno consuetudinaria¹¹¹; la seconda conclusione è che comunque, in quanto funzionale della 'mera' garanzia un assetto politico-istituzionale quale quello della divisione dei Poteri, la descrizione del fatto per 'tipi legali' non avrebbe più alcuna ragion d'essere in ambiti ordinamentali che presentino invece un diverso assetto. Da questo punto di vista il diritto internazionale conterrebbe anzi un vero e proprio limite strutturale al pieno dispiegarsi del principio di tipicità dell'illecito, costituito a sua volta dall'assenza di un 'centro' produttore di norme, paragonabile, in qualche modo ad un parlamento su base elettiva.

Stando insomma a questa impostazione, un conto è il nullum crimen sine lege, inteso nel suo significato più ampio, e cioè quale principio volto a garantire la mera irretroattività della norma su cui si fonda l'incriminazione, altro è invece il principio di necessaria tipicità della fattispecie: mentre il primo avrebbe carattere universale, in quanto depositario di un'irrinunciabile funzione di garanzia del singolo dall'arbitrio del giudice che va assolutamente preservata anche nell'ordinamento giuridico internazionale e che comunque ben si concilia con le caratteristiche di quest'ultimo, il secondo sarebbe invece un principio tipicamente statale, finalizzato a garantire il primato della volontà popolare espressa dal Parlamento, e dunque legato all'esistenza di una fonte gerarchicamente sovrordinata, depositaria della volontà generale, che

¹¹⁰ TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen*, cit., sopr. 123.

¹¹¹ TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen*, 106.

invece, nell'ordinamento giuridico internazionale, data la struttura 'reticolare' di quest'ultimo, manca del tutto¹¹². Da ciò la conclusione ultima: fondamento ineludibile di un diritto internazionale penale che non intenda sconfinare nell'arbitrio e che voglia mantenersi coerente con la propria funzione di tutela dei diritti umani fondamentali, è solo il primo di questi principi (vale a dire quello di legalità-irretroattività) e non anche il secondo (cioè il principio di tipicità della fattispecie); e dunque pienamente ipotizzabile ed assolutamente legittimo risulta un sistema punitivo che, adattandosi alle caratteristiche dell'ordinamento giuridico internazionale, consenta al giudice di attingere a norme preesistenti alla commissione del fatto, ma ricavabili, se necessario, anche solo da un atteggiamento generalizzato di condanna da parte del mondo civile:

“Una condanna sulla base del diritto internazionale è ammissibile e legittima quando la punibilità della condotta oggetto di condanna si concretizza in una norma positivizzata o non positivizzata del diritto internazionale; tipo e quantità di pena non devono essere necessariamente stabiliti in quella sede. Una ulteriore limitazione non è dato rinvenire”.

6. L'egemonia, nel periodo precedente l'approvazione dell'ICC Statute, delle teorie fondate sulla separazione fra 'legalità' e 'tipicità'.

Non è certo agevole oggi tracciare un bilancio del dibattito fin qui, se pur sommariamente, esposto. A voler tuttavia indicare un dato anche solo tendenziale, non vi è dubbio alcuno che, almeno fino alla Conferenza di Roma, la tesi di gran lunga prevalente è stata proprio quella favorevole ad una netta separazione, nell'ordinamento internazionale, fra 'legalità' e 'tipicità del reato'. Sostenuta infatti, come si è visto, da argomenti assai incisivi, questa tesi non solo ha riscosso notevole successo nella cultura giuridica della seconda metà del '900, trovando eco in diverse convenzioni internazionali e dichiarazioni di principio¹¹³, ma ha di fatto finito con l'influenzare sia gli statuti che la giurisprudenza dei tribunali ad hoc: quanto ai primi,

¹¹² Nel lavoro di TRIFFTERER fin qui citato, si vedano, su questi aspetti, soprattutto le pag. ss.

¹¹³ A cominciare dalle stesse dichiarazioni in materia di diritti dell'Uomo che riaffermano il valore universale del principio di legalità: si v. a tal proposito le fonti internazionali cit. retro, nelle quali, nell'articolo che riafferma il principio di legalità quale principio fondamentale in tema di diritti umani, viene aggiunto di solito lo stesso inciso che se pur a diverso fine è riportato nell'ultimo comma dello stesso art. 22 dell'ICC Statute. Si vedano inoltre il paragrafo II della 'Dichiarazione sui principi di diritto internazionale riconosciuti nella Carta e nella giurisprudenza del tribunale di Norimberga' approvata nel 1950, nonché il comb. disposto degli artt. 1 e 13 del Progetto di codice dei crimini contro la pace e la sicurezza del 1996 dove, alla riaffermazione del principio di irretroattività dei reati e delle pene, si affianca tuttavia l'indicazione del 'diritto internazionale' generalmente inteso quale fonte legittimamente applicabile alle disposizioni contenute nel progetto.

la sua influenza è testimoniata dall'uso, nella descrizione delle condotte punibili, di clausole di rinvio a preesistenti fonti consuetudinari quali 'i principi comuni alle Nazioni civili', et similia¹¹⁴; quanto alla giurisprudenza, quell'influenza traspare invece dalla riaffermazione, che qua e là è dato di cogliere, circa la possibilità di applicare anche *praeter legem* (cioè oltre la lettera delle disposizioni degli Statuti) norme consuetudinari unanimemente riconosciute ed accettate al momento della commissione del fatto.

Del resto, che in assenza di una vera e propria 'codificazione' del diritto internazionale penale l'impostazione di maggior successo finisse con l'essere proprio quella incentrata sulla separazione fra legalità e tipicità, era piuttosto prevedibile: in un ordinamento giuridico, quale quello internazionale, impossibilitato a darsi una vera e propria strategia politico-criminale e dunque incapace di selezionare un nucleo certo e definito di comportamenti meritevoli di pena, l'irretroattività della norma su cui fondare l'incriminazione rappresentava l'unico limite ragionevolmente opponibile ad una giurisprudenza, quale quella dei tribunali *ad hoc*, per il resto completamente svincolata dai limiti discendenti dal principio della divisione dei Poteri che normalmente condizionano l'attività dei tribunali statuali. La separazione fra 'legalità' e 'tipicità' del reato appariva insomma come l'unico modo per conciliare quelle esigenze di protezione sociale da un lato, e di garanzia dall'arbitrio giudiziale dall'altro, che nell'ordinamento giuridico degli Stati trovano invece un punto di mediazione nella predeterminazione dei 'tipi legali' di reato da parte di un parlamento democraticamente eletto; ed in questo senso, ben si comprende come essa abbia avuto per così tanto tempo un ruolo assolutamente egemonico nel dibattito circa limi e contenuto del principio di legalità nel diritto internazionale penale.

7. Il principio di legalità fra esigenze di garanzia e timori di formalismo: il dibattito al Preparatory Committee of the Establishment of an International Criminal Court (PrepComm).

Questa egemonia è durata un intero cinquantennio, ed ha cominciato ad incrinarsi solo durante la preparazione dei numerosi progetti preliminari (i c.d. Draft Statutes) dell'ICC Statute, fase quest'ultima nella quale invece, per le ragioni che illustreremo più avanti, si è affermata la convinzione che anche nel 'nuovo' sistema penale

¹¹⁴ Cfr. ad es. gli artt. 3 e 5 (i) dello Statuto del tribunale per la ex Jugoslavia e l'art. 4 dello Statuto del Tribunale per il Ruanda.

internazionale che si andava progettando, la qualifica di ‘crimini internazionali’ ai fatti di volta in volta sottoposti all’attenzione della Corte andasse subordinata ad un giudizio di conformità di quei fatti ai ‘tipi di reato’ espressamente previsti come tali dallo Statuto.

Anche in questa fase tuttavia l’affermazione del binomio legalità-tipicità non è stata agevole, ma ha dovuto fare i conti con un atteggiamento culturale, anch’esso piuttosto diffuso fra i cultori del diritto internazionale, che porta a ritenere eccessiva qualsiasi ‘formalizzazione’ dei criteri di accertamento dei crimina iuris gentium. Sia infatti nella stesura dei progetti preliminari, che durante i lavori della Conferenza di Roma, si è manifestato un atteggiamento, come dire, ‘bifronte’. Da un lato, un pressoché unanime riconoscimento dell’importanza del *nullum crimen sine lege* e della necessità di riaffermarne la vigenza anche nel ‘nuovo’ diritto penale internazionale attraverso l’inserimento, nello Statuto, di una ‘clausola di principio in tal senso. Dall’altro però una preoccupazione: e cioè che, con la riduzione delle competenze della Corte ad un nucleo fisso e predeterminato di fattispecie, potesse aprirsi la strada ad una giurisprudenza totalmente dipendente dalla lettera delle norme ed impossibilitata ad adeguarsi alle diverse e molteplici esigenze di giustizia che si esprimono nella comunità internazionale.

Un documento assai interessante in proposito (anche perché è l’unico dal quale risulta un’approfondita discussione sul principio di legalità) è rappresentato dal rapporto consegnato all’Assemblea Generale dell’O.N.U. nel 1996 dal Preparatory Committee of the Establishment of an International Criminal Court (PrepComm)¹¹⁵. Il dato interessante è costituito qui dall’emergere, in seno alla Commissione, di una posizione tipica della cultura giuridica anglosassone, e probabilmente sostenuta proprio dai rappresentanti dei Paesi di common law: vale a dire l’idea che anche l’attività interpretativa, lungi dal limitarsi alla mera applicazione delle norme scritte, contribuisce a creare il “diritto del caso concreto”; e che, dunque, se da un lato è giusto imporre ai giudici dei ‘tipi’ o delle ‘figure d’illecito’ cui dover ricondurre i casi sottoposti alla loro attenzione, dall’altro tuttavia bisogna guardarsi ‘dall’ingabbiarne’ l’attività attraverso regole eccessivamente minuziose e particolareggiate, che fatalmente finirebbero con l’impedire il continuo adeguarsi della giurisprudenza allo ‘spirito’ dell’ordinamento.

Vero è che, nella parte dedicata alla discussione circa le proposte emerse in merito al principio di legalità, il documento in questione si apre con affermazioni che non lasciano dubbi di sorta circa l’intento dei componenti la Commissione di imporre alla futura Corte il rispetto del *nullum crimen sine lege*.

¹¹⁵ Cfr. PREP.COMM. Rep., in BASSIOUNI (a cura di), *International Criminal Court*, cit., 408 ss.

“c’è stato ampio accordo sul fatto che i principi fondamentali del diritto penale, applicabili ai crimini punito dallo Statuto, vengano chiaramente definiti nello Statuto stesso in conformità al principio di legalità (...). E’ stato rilevato che le convenzioni che descrivono i crimini internazionali rappresentano solo un aspetto del diritto penale sostanziale; di solito esse non riportano i principi sulla responsabilità e sulla difesa e le altre regole generali del diritto penale cui far ricorso nell’applicazione delle norme incriminatrici (...). L’articolarsi dei principi fondamentali del diritto penale nello Statuto è stato considerato compatibile (consistente) con le prerogative del potere legislativo di Stati sovrani. Esso darebbe agli Stati aderenti la possibilità di capire chiaramente gli obblighi che esso comporta. Esso inoltre fornirebbe alla Corte un chiaro criterio-guida e favorirebbe il formarsi di una giurisprudenza coerente. Esso infine assicurerebbe prevedibilità e certezza nell’applicazione del diritto, cosa questa essenziale per la tutela dei diritti dell’imputato”¹¹⁶.

E’ anche vero, tuttavia, che subito dopo si aggiunge che:

“alcune delegazioni hanno messo in guardia dal rischio di complicare lo Statuto con regole ampie e dettagliate”¹¹⁷;

che:

“alcune delegazioni hanno posto l’accento sul fatto che l’idea di una Corte Penale Internazionale con giurisdizione universale sarebbe sostenibile solo sulla base di uno Statuto flessibile e conciso. Più lo Statuto è dettagliato – si è detto -, più diventa difficile il problema di conciliare l’esistenza di sistemi giuridici differenti”¹¹⁸;

e che comunque:

“il fine (...) non può essere quello di riprodurre nello Statuto un codice penale esaustivo”¹¹⁹.

Non solo: le preoccupazioni di un eccessivo irrigidimento della giurisprudenza della Corte sono tali, che alcuni partecipanti alla sessione arrivano a formulare delle

¹¹⁶ PREP. COMM., 408.

¹¹⁷ PREP. COMM., 408.

¹¹⁸ PREP. COMM., 409.

¹¹⁹ PREP. COMM., 408.

proposte, incentrate a loro volta su di un maggiore coinvolgimento dei giudici nella stessa individuazione delle condotte punibili.

Da un lato, infatti, si legge che

E stato proposto, al fine di realizzare un documento flessibile e conciso, che lo Statuto (...) contenga una clausola che dia mandato generale ai giudici della Corte di elaborare gli elementi costitutivi delle fattispecie (Elements of Crimes) collocati nell'art. 20, così come i principi di responsabilità e di difesa che non sono altrimenti previsti dallo Statuto stesso¹²⁰;

Dall'altro che:

“si è anche proposto che la Corte venga autorizzata a comparare i maggiori sistemi giuridici del mondo per stabilire i principi generali di diritto penale, la cui approvazione sarebbe poi soggetto all'approvazione degli Stati aderenti allo Statuto”¹²¹

Si tratta, come si vede, di proposte che presentano un indubbio elemento di originalità, e che comunque convergono tutte nell'attribuire ai giudici della Corte un ruolo particolarmente attivo nella individuazione delle condotte meritevoli di pena. Proprio per questo al pari delle teorie illustrate nel paragrafo precedente, esse rappresentano un ulteriore tentativo di ridimensionamento dei vincoli che la piena adozione del *nullum crimen sine lege* di solito comporta per l'interprete; un tentativo dettato probabilmente, a sua volta, dall'esigenza di non lasciare alcuno spazio al formalismo giuridico in una materia così delicata come quella dei crimini internazionali, e che dunque, da questo punto di vista si mostra funzionale a un'esigenza assolutamente comprensibile e condivisibile. Si tratta tuttavia di un'esigenza il cui soddisfacimento non postula necessariamente una 'relativizzazione' dei rapporti fra 'legalità' e 'tipicità del reato': lo dimostrano gli sviluppi che la dottrina dell 'tipicità' ha avuto nei Paesi di civil law, dove pure quell'esigenza si è manifestata e dove, come avremo modo di vedere, contro quella vera e propria patologia del diritto che è il formalismo giuridico, la stessa dottrina dell 'tipicità' è riuscita ad elaborare alcuni, m efficaci 'anticorpi' dogmatico-culturali.

¹²⁰ PREP. COMM., 409.

¹²¹ PREP. COMM., 409.

8. La ‘svolta’ realizzatasi con lo Statuto di Roma: funzione di certezza e funzione di garanzia della legalità-tipicità nel diritto internazionale penale.

Se questo, comunque, è il clima culturale che per più di un cinquantennio ha condizionato il dibattito sul principio di legalità nel diritto internazionale penale, ben può dirsi che gli artt. 22 ss. dell’ICC Statute rappresentano, se non una vera e propria ‘rivoluzione’, sicuramente, anche qui, una ‘significativa svolta’. Per quanto infatti assai suggestive, le impostazioni favorevoli ad un ridimensionamento del metodo della descrizione per ‘tipi legali’⁰ non paiono aver granchè inciso sull’ICC Statute, che sembra invece, come si accennava all’inizio, aver optato proprio per la necessaria tipicità dei crimini sottoposti alla giurisdizione della Corte.

Da questo punto di vista, l’unica novità di un certo rilievo, almeno rispetto alle tecniche di tipizzazione dei fatti di reato di solito utilizzate nelle codificazioni statuali, è semmai quella dei c.d. ‘elementi dei crimini’ (Elements of Crimes): vale a dire dell’attribuzione, ad un’assemblea formata dai plenipotenziari degli Stati-parte, del compito di meglio puntualizzare il significato sia di alcuni dei concetti utilizzati dagli artt. 6, 7 e 8 per descrivere i fatti meritevoli di pena, sia dei criteri di imputazione oggettivo-soggettiva indicati dagli artt. 25 ss.; e ciò al fine di fornire “un ausilio alla Corte nell’interpretazione e nell’applicazione” di quegli articoli¹²². Ma è evidente che simile novità, dal canto suo, non fa altro che confermare la predilezione dei compilatori dello Statuto per un sistema repressivo a stringente ‘tipicità’ dei crimini di competenza dell’ICC.

Le cause di questa svolta sono le più disparate, ma a noi pare che esse possano ricondursi ad una ragione fondamentale, che avremo modo di approfondire in sede di commento degli artt. 22 ss. dello Statuto, e che può comunque fin da ora indicarsi in quanto segue: vale a dire nella consapevolezza, da parte dei compilatori dell’ICC Statute, dei pericoli che, in un meccanismo di così delicata interazione fra potestà punitiva statale ed ultra-statale quale quello disegnato dallo Statuto, l’attribuzione al giudice di un illimitato potere di selezione delle condotte punibili può comportare, oltre che per la libertà individuale, anche per la sovranità degli Stati; e dunque nella convinzione che, anche in questa nuova dimensione operativa, ‘legalità’ e ‘tipicità’ dell’illecito possano e debbano svolgere un importante ruolo di garanzia dell’arbitrio del giudice, analogo a quello che esse già svolgono negli ordinamenti statuali.

¹²² Così testualmente. L’art. 9 dello Statuto. Il testo definitivo degli *elements of crimes* approvato dall’Assemblea degli Stati-parte nel settembre 2002 è stato predisposto da una commissione internazionale di giuristi (*Preparatory Commission for the International Criminal Court*) che, a sua volta, aveva ultimato i propri lavori il 30 giugno del 2000; la stessa commissione ha peraltro predisposto il testo – anch’esso già approvato dall’Assemblea degli Stati-parte –, del regolamento di procedura e prova: sul punto si può consultare il sito www.un.org/law/icc/statute/elements/elemfra.htm.

A ciò si aggiunga un'ulteriore, importante considerazione. Condivisibili o meno che siano le perplessità circa l'effettivo fondamento dogmatico della 'tipicità', a noi pare che, una volta intrapresa la strada della costruzione di un sistema penale internazionale fornito di una propria ed autonoma 'parte generale', la scelta di vincolare i giudici ad una chiara e precisa predeterminazione normativa dei 'tipi' di comportamento assoggettabili a pena diventi pressochè obbligata proprio con riferimento ad alcuni, importanti istituti di parte generale, quali ad es. la responsabilità per omesso impedimento dell'evento, le forme del dolo, il tentativo, il concorso di persone nel reato et similia. E' infatti soprattutto rispetto a queste ipotesi che si registrano, ancora oggi, forti differenze fra i diversi ordinamenti giuridici, e che il rinvio a fonti consuetudinarie, all'analogia o al precedente giurisprudenziale rischia di risolversi nell'attribuzione al giudice di un potere che potrebbe sconfinare nell'arbitrio: in presenza di quali 'obblighi di agire' l'omesso impedimento di un evento, che a quell'omissione è casualmente riconducibile, dà luogo a responsabilità penale? Qual è l'esatto confine fra dolo eventuale e colpa cosciente? In quale fase dell'iter criminis si realizzano i presupposti per la punibilità del tentativo? E qual è, nel concorso di persone nel reato, il contributo minimo indispensabile a fondare la responsabilità a titolo di concorrente?

E' sufficiente porsi questi interrogativi, e verificare poi quali 'risposte' sia stato fino ad oggi in grado di dare il diritto internazionale penale, perché le tesi favorevoli ad un ridimensionamento, nella repressione dei crimina iuris gentium, del binomio legalità-tipicità entrino in crisi. Non vi è infatti costruzione dogmatica che, per quanto ingegnosa, sia in grado di nascondere le gravi incertezze che, nella prassi dei tribunali ad hoc, si sono manifestate allorchè, o per necessità dettata a sua volta da lacune normative o per espressa disposizione statutaria, un giudizio di responsabilità penale è stato affidato a criteri quali 'il diritto internazionale umanitario', 'i principi comuni alle Nazioni civili', 'le leggi e le consuetudini di guerra' et similia. Ad alcune di queste incertezze si è già fatto cenno; altre sono in gran parte riconducibili agli istituti ed alle categorie appena richiamati e rappresentano oramai dei veri e propri 'classici' in questa materia: si pensi qui ad es. al problema dell'individuazione dell'esatto contenuto degli obblighi di garanzia spettanti alle autorità civili in tempo di guerra e di conflitti di massa¹²³; o al problema dell'applicabilità delle convenzioni relative ai

¹²³ Sull'argomento v. gli ampi riferimenti giurisprudenziali contenuti in KIRK McDonald-SWAAK-GOLDMAN (a cura di), *Substantive and Procedural Aspects*, cit., sopr. 1628 ss., dove lo spunto è offerto in modo particolare da un caso anch'esso piuttosto famoso, postosi al Tribunale per il Ruanda, il c.d. 'caso Akayesu', sindaco di etnia Hutu di una città del Ruanda, considerato penalmente responsabile per aver 'tollerato' la perpetrazione di crimini ai danni di persone di etnia Tutsi che erano avvenute nel municipio o nei pressi dello stesso; e ciò prescindendo dal fatto (invocato a propria discolpa dallo stesso Akayesu) che, in quella zona, le competenze in materia di ordine pubblico affidate ai sindaci erano in realtà assai limitate, e

conflitti armati internazionali anche a quelli interni¹²⁴; o alla difficoltà di definire il contributo minimo necessario a fondare una responsabilità a titolo di concorso¹²⁵; o ancora ai dubbi circa l'ammissibilità, anche in questo contesto, di una figura criminosa, quale quella della conspiracy propria dei Paesi di common law e guardata invece con una certa diffidenza nei Paesi di civil law.

Sono, questi, nodi problematici comuni a gran parte dei sistemi penali statuali, ma ai quali, nella dottrina e nelle legislazioni delle 'nazioni civili' si danno ancora soluzioni fortemente differenziate, e rispetto ai quali, dunque, l'esigenza di una precisa tipizzazione delle condotte punibili diventa, a nostro sommo avviso, assolutamente irrinunciabile. Da questo punto di vista, la scelta nel senso della 'necessaria tipicità' dei comportamenti assoggettabili alle pene previste dallo Statuto si lascia sicuramente apprezzare proprio per le garanzie che essa offre a chi venga chiamato a rispondere, davanti alla Corte, sulla base di uno degli istituti di parte generale testè indicati: una volta stabilite le situazioni tipiche e le tipologie comportamentali che danno luogo a responsabilità a titolo di omesso impedimento dell'evento, a titolo di dolo, a titolo di concorso del reato, di tentativo e così via, lo Statuto si preoccupa di vincolare al rispetto di quei principi ogni sentenza di condanna; ed ai giudici dell'ICC risulta così inibita qualsiasi avventura esegetica che, dietro il richiamo a formule vaghe come quella dei 'principi comuni alle nazioni civili', celi in realtà il tentativo di utilizzare in modo arbitrario la potestà punitiva loro attribuita dallo Statuto.

9. (segue) Alcuni rilievi critici sulle proposte avanzate nell'ambito del PrepComm.

che, comunque, per far fronte alla situazione di anarchia e di terrore in cui quella città era piombata a seguito del conflitto ernico fra Hutu e Tutsi, Akayesu disponeva in realtà di pochi e mal addestrati agenti di polizia municipale (per una pressochè completa documentazione su questo caso, v. pag. 1573 ss. dell'opera appena citata).

¹²⁴ Sulle incertezze registratesi sul punto nella giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*, v. per tutti ALDRICH, *Violations of the Laws or Customs of war*, in KIRK McDonald-SWAAK-GOLDMAN (a cura di), *Substantive and Procedural Aspects*, cit., vol. I (*Commentary*), 99 ss.

¹²⁵ Si tratta qui di una questione assai ricorrente nella prassi di questi tribunali, dove, accanto a decisioni oltremodo rigorose, poco propense ad individuare forme di cooperazione delittuosa diverse da quelle fondate su di un contributo causale, convivono invece decisioni che attribuiscono rilevanza ad atteggiamenti di connivenza tutt'al più qualificabili – secondo un'espressione ricorrente nella nostra giurisprudenza – come 'concorso per adesione' (così ad es. allorquando si afferma che la semplice presenza sul luogo del crimine di soggetti 'spettatori', posti in posizione di particolare supremazia militare o civile, può avere l'effetto di incoraggiare il compimento di quei crimini dando così un contributo decisivo alla loro perpetrazione: cfr. ICTY, FURUNDZIJA, cit., Tr. Ch. 10-12-1988 (mumba), par. 232. Per un'ampia rassegna sul punto, corredata da rilievi critici v. AMBOS, *Individual Criminal responsibility in International Criminal Law: a jurisprudential Analysis – From Nuremberg to The Hague*, in KIRK McDonald-SWAAK-GOLDMAN (a cura di), *Substantive and procedural Aspects*, cit., 23 ss.

Quanto poi alle proposte formulate in seno al PrepComm e finalizzate ad evitare un eccessivo ‘appiattimento’ del diritto penale internazionale sul concetto di ‘tipicità’, esse non paiono aver avuto alcun seguito nella fase di redazione dello Statuto, che infatti non ne reca traccia. E la cosa risulta perfettamente comprensibile, se si tengono presenti, da un lato, ancora una volta la forza che oramai il binomio ‘legalità-tipicità’ ha acquisito nella cultura giuridica contemporanea, dall’altro la difficile (per non dire impossibile) conciliabilità di queste proposte con quella ratio di garanzia del principio, alla quale si è già fatto riferimento.

Nessuno infatti, nei Paesi di civil law (dove peraltro comincia a manifestarsi un atteggiamento un po’ meno prevenuto nei confronti della cultura penalistica anglosassone)¹²⁶, può negare che con la sottoposizione del giudice alla lettera della legge, il rischio di una giustizia eccessivamente ‘formalista’ (caratterizzata cioè da una fedeltà pressochè assoluta al dato normativo e da una scarsa sensibilità per le esigenze di giustizia del caso concreto) aumenti notevolmente. Vedremo anzi più avanti, come, anche nei sistemi fortemente ancorati al nullum crimen sine lege dottrina e giurisprudenza vivano una continua tensione fra l’esigenza di certezza (garantita dal principio di legalità) e la necessità di un continuo adeguamento delle decisioni giudiziali ad divenire della realtà sociale e dunque alle esigenze di giustizia del caso concreto; e come anche in questi Paesi esse siano alla costante ricerca di soluzioni che garantiscano un punto di equilibrio fra questi due estremi. Né può negarsi che, accanto ai pregi che ne hanno favorito l’affermazione, il principio di legalità-tipicità (o almeno quello di stretta legalità-tipicità, caratterizzato cioè da alcuni corollari che ne rafforzano la funzione di argine garantista alla ‘creatività’ della giurisprudenza), presenta alcuni evidenti inconvenienti: così ad esempio, l’esperienza maturata negli Stati contemporanei dimostra che la necessità di una preventiva tipizzazione dei fatti punibili, affidata a leggi i cui tempi di approvazione sono spesso assai lunghi in quanto soggetti alla difficile dialettica fra le forze politiche presenti in Parlamento, può aumentare le difficoltà del sistema penale a recepire immediatamente i mutamenti sociali circa la caratterizzazione o meno di una condotta come ‘criminale’ e con ciò il

¹²⁶ In Italia, particolarmente significativi, a tal fine, i recenti contributi di CADOPPI, *Dalla judge-made law al Criminal Code*, in *Riv. it. Dir. Proc. pen.* 1992, 923 ss.; ID, *La genesi delle fattispecie penali. Una comparazione tra civil law e common law*, in FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova 1997, 147 ss.; DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell’impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, 88 ss.; GRANDE E., *Principio di legalità*, cit., 134 ss.; PAPA, *Considerazioni sui rapporti tra previsioni legali e prassi applicative nel diritto penale federale statunitense*, in 1997, 1258 ss.; VINCIGUERRA, *Introduzione*.

rischio di pericolose fratture fra coscienza sociale e realtà giuridica¹²⁷; ed allo stesso modo non vi è dubbio che un sistema che affida la selezione dei fatti punibili a specifiche tipologie comportamentali positivizzate finisce con l'aumentare il rischio di gravi lacune nella tutela dei beni giuridici e dunque col favorire, se pur del tutto involontariamente, gravi fenomeni di elusione della legge penale¹²⁸.

A simili argomenti, tuttavia, è facile obiettare che i problemi appena illustrati non valgono certo ad incrinare la convinzione (come si dirà, oggi sempre più diffusa anche nei Paesi di common law) che un sistema penale sottoposto al principio di legalità sia comunque un sistema penale più giusto ed umano. Di fronte anzi a ciò che, nella Storia, l'assenza o la cancellazione di questo principio dai sistemi penali ha finito col produrre, non vi è oggi – e non può esservi – esitazione alcuna nel sostenere che, in un ordinamento giuridico 'votato' alla tutela dei Diritti Umani ed al rispetto della Persona, anche di fronte ai problemi ed agli inconvenienti testè illustrati, l'istanza di garanzia sottesa al principio di legalità rappresenta comunque una priorità irrinunciabile; e che tutto ciò che può auspicarsi è semmai un affinamento dei criteri interpretativi (come vedremo, da questo punto di vista, già assai evoluti) e delle tecniche di redazione delle fattispecie, che, senza eludere la ratio garantista del *nullum crimen*, consentano di adeguare il dettato della legge alle esigenze di giustizia sostanziale che di volta in volta si pongono rispetto al caso concreto.

Quanto poi alle proposte emerse in seno al PrepComm, esse non si sottraggono ad alcune, fondamentali critiche. L'idea di 'compensare' la 'rigidità' del *nullum crimen sine lege* con la 'flessibilità' e la 'elasticità' delle norme cui, grazie a quel principio, la giurisprudenza sarebbe vincolata, contrasta in modo evidente con l'opinione, oggi assolutamente prevalente, secondo cui, perché la ratio di garanzia del principio di legalità sia effettiva, è necessario che le norme che descrivono i reati siano il più possibile precise e determinate¹²⁹. Né meno criticabili appaiono le altre due proposte (elaborazione degli Elements of Crimes da parte degli stessi giudici; redazione, sempre da parte dei giudici, di una sorta di 'compendio' di diritto penale comparato da sottoporre all'approvazione dell'Assemblea degli Stati membri) avanzate in quella stessa sede: non si può infatti non rimanere perplessi, di fronte all'evidente incompatibilità della prima proposta (peraltro subito contestata dalle altre delegazioni) con 'lo spirito' del *nullum crimen sine lege*¹³⁰, e all'ingenuità della seconda,

¹²⁷ MANTOVANI, *Diritto* 11. "Un classico", oramai, sul tema delle conseguenze che possono innestarsi allorchè si produca una frattura fra coscienza sociale e sistema legale è lo studio di BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano 1963.

¹²⁸ LARGUIER, *Droit pénal général*, 16. ed., Paris 1997, 16; MANTOVANI, *Diritto* 10.

¹²⁹ E' questo, come noto, l'argomento a sostegno di quel fondamentale corollario del *nullum crimen sine lege* rappresentato dal principio di *determinatezza*.

¹³⁰ "Alcune delegazioni erano comunque dell'idea che il conferimento di un sostanziale potere legislativo in capo ai giudici della Corte non sarebbe compatibile con il principio di legalità"

probabilmente riecheggianti tecniche di partecipazione giudiziale alla nascita delle fattispecie incriminatrici già conosciute in Europa¹³¹, ma che, così formulata, appare francamente un po' pretenziosa e difficilmente praticabile. E in effetti, non solo, come si è detto, nessuna di queste due proposte ha poi trovato accoglimento nel testo finale dello Statuto, ma nessuno dei problemi emersi in sede di discussione ha 'scosso' la fiducia della maggior parte delle delegazioni nel *nullum crimen sine lege*, visto che le conclusioni cui, già nel documento in questione, la Commissione perviene, non sembrano dare adito a dubbi:

“E' stata comunque espressa l'idea generale che il metodo usato per gli statuti del Tribunale Internazionale per la ex Jugoslavia e del Tribunale Internazionale per il Ruanda, che lascia ai giudici il compito di elaborare ed adottare regole sostanziali di procedura e di prova, non è un modello appropriato per l'elaborazione delle regole relative ad una Corte permanente, da istituire su base consensuale da parte degli Stati aderenti allo Statuto”¹³²

10. Il principio del *nullum crimen sine lege* nel sistema delle fonti delineato dall'art. 21 dello Statuto: verso una nuova ed inedita 'tipicità' dei crimina iuris gentium?

Diversi elementi consentono insomma a questo punto di concludere che la scelta operata dallo Statuto della ICC, e cioè subordinare l'attività della Corte al rispetto del *nullum crimen sine lege* inteso nella sua versione più rigorosa (e dunque anche come principio di 'necessaria tipicità' del reato), era, se non scontata, quanto meno obbligata: senza sottoporre i giudici dell'ICC a stringenti vincoli di 'aderenza' ai 'tipi di illecito' descritti dallo Statuto, la 'codificazione' dei crimini internazionali non avrebbe dato sufficienti garanzie di certezza e stabilità al nuovo 'sistema', e avrebbe anzi di fatto ricreato gli stessi problemi e le stesse contraddizioni che avevano caratterizzato l'esperienza dei tribunali ad hoc, dove pure, non dimentichiamolo, la giurisprudenza aveva comunque avuto a che fare con disposizioni che facevano riferimento a figure d'illecito previste da un numero assai consistente di fonti di diritto

(PREPCOMM. Rep., 409). A onor del vero, va comunque ricordato che, nei sistemi di *common law*, l'attribuzione alle Corti di un potere, almeno parziale, di individuazione delle fattispecie criminose, è cosa del tutto normale, che non ha comunque impedito a quei sistemi di garantire i loro cittadini contro i possibili abusi realizzabili in campo penale da parte dei poteri dello Stato: cfr. GRANDE E., *Principio di legalità*, cit., 134 ss.

¹³¹ Ci riferiamo in particolare a quanto previsto dall'art. 4 del codice penale spagnolo.

¹³² PREP.COMM. Rep., 409.

internazionale¹³³. Un vero e proprio ‘salto di qualità’, tale da creare nuova e condivisa legittimazione al diritto internazionale penale, era insomma possibile solo assicurando ai futuri, potenziali imputati per crimini internazionali la stessa, fondamentale garanzia da un uso arbitrario ed incontrollato del potere di punire assicurata agli imputati dei tribunali degli Stati di matrice liberale; e a tal fine, la scelta non poteva che essere nel senso della riconferma, anche in questa nuova realtà, di quella categoria – per l’appunto, la ‘tipicità’ dei reati e delle relative pene – che più di ogni altra, negli Stati, a questa esigenza risulta essere funzionale.

Ciò detto, rimane tuttavia a questo punto da chiedersi se la moderna scienza penalistica debba limitarsi a prendere atto di questa scelta, ‘esultando’ magari per un avvenimento che rappresenta indubbiamente un riconoscimento alla ‘dignità’ delle proprie categorie¹³⁴, ma lasciando alla scienza del diritto internazionale il compito di ‘lavorare’ su questa nuova realtà; o se non debba invece, essa stessa assumersi il compito di approfondire e “sistematizzare” contenuto ed ambito di operatività dei concetti di ‘legalità’ e ‘tipicità del reato’ così come fatti propri dallo Statuto della ICC.

L’interrogativo, alla luce di quanto da noi affermato all’inizio del capitolo precedente, assume un carattere evidentemente retorico, in quanto, come si è detto in quella sede, la ‘sistemazione’ degli istituti e dei principi presenti in questa nuova ed inedita ‘codificazione’ di diritto penale non può che spettare agli studiosi del diritto penale.

In questo caso, tuttavia, a stimolare l’interprete è qualcosa di più, come dire, del semplice ‘dovere d’ufficio’; e ciò in quanto la ‘normale’ attività sistematrice sembrerebbe qui ancora una volta dover fare i conti con una realtà assai più complessa e ‘sfuggente’ di quella con cui, negli Stati nei quali il diritto penale è retto dal binomio legalità-tipicità, il penalista è abituato a confrontarsi.

Si è già visto all’inizio di questo capitolo come, almeno ad una prima lettura, l’art. 22 non sdembrancherebbe dar luogo a dubbi di sorta: se – stando a quanto questa norma dispone – la ‘definizione del crimine’ (definition of crime) deve essere interpretata tassativamente (strictly), se essa non può essere estesa in via analogica e nei casi dubbi deve addirittura essere interpretata in bonam partem, ciò non può che significare che la piena e puntuale conformità di un certo fatto storico a uno dei ‘tipi’ di comportamento descritti dagli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto rappresenta la condizione prima ed imprescindibile per assoggettare a pena quel fatto, e che dunque, nella repressione dei crimina iuris gentium, il ricorso a fonti ‘materiali’ non è più consentito.

Non sempre tuttavia l’articolato si mostra coerente con questa scelta di fondo.

¹³³ Per un quadro generale, rinviamo qui ancora una volta a BASSIOUNI, *Le fonti*, cit., 104 ss.

¹³⁴ TRIFFTERER, *Der Standige*, cit., 496.

Anzitutto nella parte speciale, dove sono presenti disposizioni, per così dire, ‘in bianco’, che fanno rinvio al ‘diritto internazionale’ (international law) genericamente inteso legittimando così il ricorso a fonti consuetudinarie o che addirittura consentono l’analogia legis.

Ma poi soprattutto nella parte generale. Qui sono infatti rinvenibili almeno due disposizioni potenzialmente ‘eversive’ del principio di legalità; disposizioni cioè che sembrerebbero addirittura consentire il ricorso sistematico a fonti diverse dalle singole disposizioni ‘incriminatrici’ dello Statuto, restituendo così, in radicale contrapposizione ai primi due commi dell’art. 22, sostanziale ‘atipicità’ ai crimini di competenza della Corte.

Anzitutto l’ultimo comma dello stesso art. 22, il quale, riprendendo una formula che si è visto già essere presente in diverse convenzioni internazionali, afferma che “il presente articolo non impedisce che un comportamento sia qualificato come crimine secondo il diritto internazionale, indipendentemente dal presente statuto”; in secondo luogo, una delle norme ‘centrali’ dello Statuto stesso, forse la più importante in assoluto, e cioè l’art. 21 (applicable law), la quale, nel disporre che, “se appropriati”, ad essere applicati potranno essere, oltre alle norme dello Statuto, anche i trattati internazionali e le altre regole del diritto internazionale, nonché “in mancanza, i principi generali di diritto ricavati (...) in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo”, parrebbe in effetti fare del ricorso a fonti diverse dallo Statuto (di natura anche consuetudinaria) o addirittura all’analogia iuris, una regola ermeneutica di carattere generale.

Non vi è dubbio che, di fronte a queste disposizioni, l’interprete è colto da un certo ‘smarrimento’: da un lato infatti esse sembrano riproporre quella netta separazione fra ‘legalità’ e ‘tipicità’ che abbiamo visto dominare il diritto internazionale penale fino al 1998 e che invece l’ICC Statute sembrava invece oramai volersi lasciare alle spalle¹³⁵; dall’altro la loro collocazione accanto a principi quali quelli di tassatività e del divieto di analogia apre (o sembrerebbe aprire) una vistosa contraddizione nell’impianto generale dello Statuto, con ciò dando l’impressione di ‘tradire’ in modo clamoroso quell’ideale di certezza giuridica cui pure, come più volte ricordato, i compilatori di questo documento avevano inteso ispirarsi.

A noi pare tuttavia che l’importanza di questa parte dello Statuto sia tale da giustificare ogni sforzo interpretativo volto a restituire omogeneità e coerenza interna al quadro appena tracciato. Due, in particolare le ipotesi a tal proposito formulabili: la prima è che ci si trovi qui di fronte ad un ‘banale’ caso di incuria legislativa, verificatosi magari negli ultimi, frenetici giorni della Conferenza di Roma e causato

¹³⁵ Questo infatti l’orientamento che emerge da alcuni commenti ‘a caldo’ dello Statuto: cfr. ad es. CARACCILO, *Applicable law*, cit., 231.

dalla fretta di arrivare comunque ad un compromesso che consentisse l'approvazione dello Statuto; la seconda è che dietro quelle che a prima vista sembrerebbero 'anomalie' o 'contraddizioni', si celi in realtà il tentativo sì di 'fondere' i principi di legalità e di tipicità del reato, ma in modo diverso da come si è soliti farlo negli ordinamenti statuali in cui vige il principio del *nullum crimen sine lege*. Nel primo caso, tutto si ridurrebbe ad una più attento esegesi degli articoli 21 e 22 dello Statuto, e dunque al tentativo di rimediare in via interpretativa a quella che sembrerebbero essere solo una cattiva opera di politica legislativa; nel secondo caso invece, l'operazione sarebbe assai più complessa, in quanto si tratterebbe di mettere a confronto la nozione di legalità-tipicità scaturente al combinato disposto di quegli articoli con quella propria degli ordinamenti giuridici di tradizione democratico-liberale, al fine di coglierne gli eventuali elementi innovativi e di verificarne l'effettiva conformità agli scopi perseguiti con la sua previsione.

Ebbene, a noi pare che 'l'anomalia' scaturente dal combinato disposto degli articoli 21 e 22 sia troppo vistosa per essere 'liquidata' come un semplice episodio di incuria legislativa: queste due disposizioni, infatti, con tutto il loro complesso contenuto, svolgono un ruolo assolutamente centrale nell'economia dello Statuto, e dunque risulta assai improbabile che nel compilarle (peraltro, in così stretto ordine di successione) i partecipanti alla Conferenza di Roma abbiano trascurato di considerarne le reciproche connessioni¹³⁶. Tutto lascia insomma supporre che, nonostante 'la svolta' realizzata con l'adozione del *nullum crimen sine lege* e dei suoi corollari, il 'nuovo' sistema penale scaturito dalla Conferenza di Roma sia comunque rimasto fedele all'idea secondo cui quel principio, una volta 'proiettato' fuori dalla dimensione statale che gli è propria, va comunque adeguato alle caratteristiche dell'ordinamento giuridico internazionale, notoriamente più aperto al contributo delle fonti elencate dall'art. 21; e che dunque la disciplina scaturente dal combinarsi degli articoli 21 e 22 dello Statuto altro non sia che il risultato di un tentativo di adattamento del binomio legalità-tipicità, a quelle caratteristiche.

E' chiaro che, così stando le cose, si impone a questo punto una verifica ben più impegnativa del puro e semplice 'commento' delle singole disposizioni dell'ICC Statute in cui si compendia il principio di legalità.

¹³⁶ Le cronache della Conferenza [cfr. SALAND, *International Criminal Law Principles*, in LEE (a cura di), *The Making of the Rome Statute*, The Hague-London-Boston 1999, 195] ci riferiscono anzi che, in una prima fase, le due norme erano in realtà fuse in un'unica disposizione, all'interno della quale divieto di analogia e di interpretazione estensiva facevano da "pendant" all'elenco delle fonti applicabili dalla Corte ora ripostato dal su cit. art. 21.

CAPITOLO QUARTO
IL REATO TRANSNAZIONALE NELL'AMBITO DELLE NAZIONI
UNITE: CORRUZIONE E RICICLAGGIO NELLA CONVENZIONE DI
PALERMO

Sommario: 1. Le Nazioni Unite e il diritto penale.- 2. La Convenzione di Palermo e la “trans nazionalità” del crimine.- 2.1 La Conferenza di Napoli sul crimine organizzato. 3. Il reato transnazionale introdotto dalla legge di ratifica.-3.1- Individuazione della natura transnazionale. 4. Contrasto e prevenzione della corruzione transnazionale.

1. Le nazioni Unite e il diritto penale.

L’opera delle Nazioni Unite in ambito penalistico¹³⁷ è costituita da una serie di interventi soprattutto per quel che concerne la ricerca e l’analisi dei fenomeni e delle tendenze criminali, di scambio e diffusione di informazioni sulla criminalità e sui sistemi di giustizia e prevenzione, di formazione e specializzazione del personale, di assistenza tecnica internazionale, mentre la produzione di norme internazionali in materia è ancora piuttosto scarna.

D’altra parte, già in occasione delle modifiche al Programma delle Nazioni Unite per la prevenzione del crimine e la giustizia penale del 1991, l’Assemblea generale delle Nazioni Unite, nell’elencare le tipologie di azione che avrebbero dovuto caratterizzare il programma medesimo, indicò solo all’ultimo posto la funzione di sviluppo e promozione di strumenti internazionali. Ciò si spiega alla luce dell’assunto politico-programmatico secondo il quale in materia penale il principio del rispetto della sovranità nazionale deve essere inteso in senso rafforzato, sicchè non solo spetta al singolo Stato membro di legiferare mentre l’azione normativa internazionale mantiene la sua natura supplementare, ma questa deve anche essere contenuta nei limiti dello strettamente necessario.

Nonostante ciò, le nell’ultimo decennio le Nazioni Unite sono intervenute nel campo del diritto penale con strumenti normativi di grande portata; si pensi, in particolare, all’istituzione della Corte penale internazionale, nonché al Programma per la prevenzione del crimine e la giustizia penale, all’interno del quale sono state elaborate

¹³⁷ Nunzi, *La Convenzione di palermo*, in AA.VV., *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, a cura di M.C. Bassiouni, Milano, 2005; Palazzo-Spangher, *La criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano, La Convenzione ONU di Palermo*, a cura di E. Rosi, Roma, 2007.

la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione e, prima, la Convenzione la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, la c.d. Convenzione di Palermo, congiuntamente con i suoi tre protocolli contro la tratta di persone, il traffico di migranti ed il traffico di armi da fuoco.

Questi strumenti costituiscono a tutt'oggi i fondamenti per azioni concertate e collaborazioni mirate nel campo del diritto penale e della criminalità transnazionale, in specie: rappresentano, infatti, il risultato di un preciso orientamento della Commissione per la prevenzione del crimine e la giustizia penale, che, già dalla sua prima riunione nel 1992, ha dato priorità alle questioni della cooperazione internazionale nella lotta alla "grande criminalità", rispetto alle tematiche in precedenza affrontate, quali quelle della protezione dei diritti individuali e dell'adozione di corrette politiche criminali nei sistemi di prevenzione e giustizia nazionali.

2. La Convenzione di Palermo e la "trans nazionalità del crimine".

La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale¹³⁸, detta Convenzione di Palermo, svoltasi nel dicembre 2000, ha certamente rappresentato un momento fondamentale per il diritto internazionale penale poiché costituisce un corpus normativo organico e coordinato di cooperazione per la lotta contro la criminalità organizzata e contiene l'obbligo di incriminazione nelle legislazioni nazionali dei reati di partecipazione ad organizzazione criminale, riciclaggio, corruzione, ostruzione alla giustizia (ovvero i reati previsti espressamente dallo strumento pattizio).

Di crimine transnazionale si era iniziato a parlare già prima, distinguendolo dai c.d. crimini internazionali¹³⁹: tanto ciò è vero che dalla natura "transnazionale" del crimine

¹³⁸ La trans nazionalità come termine generale nasce dalla velocità e dall'assenza di confini del mercato e degli attuali mezzi di comunicazione, ossia è conseguenza della globalizzazione. Di qui la richiesta da parte di un'opinione pubblica divenuta mondiale di interventi pubblici di dimensione ultranazionale; cfr. S. Cassese, *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, Napoli, 2006.

¹³⁹ Tra l'ampia bibliografia in tema di crimine internazionale si segnalano G. Sperduti, voce *Crimini internazionali*, in Enc. Dir. XI, 1962, che distingue tali crimini dalle azioni umane lesive di beni ed interessi internazionalmente protetti, in base alla gravità della lesione ed il carattere eccezionale delle misure di repressione e N. Ronzitti, *diritto internazionale dei confini armati*, Torino, 1998, *passim*. Considera possibile l'esistenza di un sistema penale internazionale M. Boscarelli, *Considerazioni in tema di reati internazionali, con particolare riferimento a Convenzioni stipulate dall'Italia*, in Riv. It. Dir. E proc. Pen., 1987, 485 s., che definisce i reati internazionali come delitti contro il diritto delle genti, individuando in via esemplificativa le seguenti condotte: crimini di guerra, genocidio, pirateria marittima ed aerea, tratta di schiavi, discriminazione razziale, falso monetario, attentati a mezzi di comunicazione internazionale, traffico di droga, danni all'ambiente, violazione delle prerogative delle rappresentanze diplomatiche, terrorismo internazionale. L'autore peraltro segnala i margini di incertezza e le possibili conseguenze dannose sul piano della disciplina giuridica delle varie classificazioni, allora in uso, tra i delitti che recano offesa ai valori essenziali della comunità

è possibile enucleare a sua volta, un diritto penale transnazionale che va tenuto distinto sia dal diritto internazionale penale che dal diritto penale internazionale. Al di là delle questioni definitorie relative a questi ultimi due termini¹⁴⁰, e delle quali si è tentato di dar conto nel I capitolo del presente studio, è certo che i diritti fondamentali assurgono ad oggetto e la tempo stesso limite del diritto penale internazionale¹⁴¹ non più ristretto al solo diritto bellico (ci si riferisce ai crimini contro la pace e ai crimini contro la pace sottoposti alla giurisdizione autonoma della CPI).

Secondo alcuni, invece, il diritto penale transnazionale non costituisce una branca del diritto a sé stante ma rientra nell'ambito del diritto penale internazionale in quanto include sia la normativa internazionale che interna in materia di attività criminose transfrontaliere o che comunque si sviluppano lungo le linee di confine degli Stati; la convenzione di Palermo contro il crimine organizzato transnazionale prevede non solo le forme di criminalità transfrontaliera, ma anche che gli strumenti predisposti abbiano un vasto campo di applicazione. In realtà, a quest'ultimo riguardo, si può parlare di un ambito di applicazione variabile rispetto agli scopi perseguiti; il settore più consistente è quello che riguarda la cooperazione giudiziaria e la cooperazione a fini di confisca, nel cui ambito le singole disposizioni sono addirittura self executing, atteso il loro livello di specificazione e dettaglio.

Sulla base dell'art. 3, la Convenzione si applica quando i reati ivi previsti, nonché quelli contenuti nei Protocolli ed i reati definiti "gravi" (vale a dire i serious crimes, per i quali ciascuno Stato prevede una pena massima di almeno quattro anni) siano transnazionali "in natura" e coinvolgano un gruppo criminale organizzato, il cui obiettivo sia il raggiungimento diretto o indiretto di uno scopo di profitto¹⁴². Sono pertanto due le categorie di reati presi in considerazione: quelli previsti direttamente dalla Convenzione (partecipazione ad un gruppo criminale organizzato, riciclaggio, corruzione, intralcio alla giustizia), ovvero dai Protocolli (tratta degli esseri umani,

internazionale e quelli che offendono valori non propriamente riconosciuti dalla comunità, ma la cui tutela richiede necessariamente una cooperazione tra stati.

¹⁴⁰ Cfr. tra gli altri, I. Caracciolo, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale, cit.*

¹⁴¹ Per un'efficace analisi di questo assunto si rimanda a L. Picotti, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto internazionale penale*, in *Ind. Pen.*, 2003, ove si evidenziano le categorie dei crimini contro l'umanità e dei crimini contro la pace, che costituiscono l'ambito entro il quale è stata istituita la giurisdizione autonoma della Corte Penale Internazionale.

¹⁴² La definizione di gruppo criminale organizzato è fornita dalla lett. a e c dell'art. 2 della Convenzione di Palermo. Nella descrizione spicca la finalità di profitto che anima l'attività criminale della nozione di criminalità organizzata accolta dalla Convenzione stessa. Su questa nozione vi è stato un lungo dibattito durante i negoziati, dove si è a lungo discusso circa l'inserimento del terrorismo internazionale nell'ambito di applicazione della Convenzione. L'accordo, nel senso della non inclusione, fu trovato nella X^a Sessione negoziale del luglio 2000, nel corso dei lavori del Comitato *ad hoc*, con la menzione espressa dei possibili collegamenti tra criminalità organizzata e terrorismo nella Risoluzione finale dell'Assemblea generale.

traffico di migranti, traffico di armi) qualificati tanto dalla “natura transnazionale”, tanto dall’organizzazione in gruppo dei soggetti attivi, e poi quelli che i singoli Stati ritengono “transnazionali” oltre che per la presenza dei requisiti innanzi richiamati, anche per il quantitativo di pena richiesto come loro conseguenza sanzionatoria (almeno quattro anni).

L’obbligo che grava sugli Stati parte è dunque quello di effettuare precise scelte criminologiche adattando la legislazione nazionale alle fattispecie prescritte nello strumento pattizio, con una funzione di ravvicinamento delle legislazioni e di superamento dei problemi di doppia incriminabilità che spesso ostacolano la cooperazione. Ora, l’importanza che la Convenzione assume in questo ambito è ancor più netta laddove si consideri l’alto numero degli Stati che l’hanno ratificata o vi hanno aderito, l’ampiezza ed incisività degli obblighi che prescrive, in particolare quelli concernenti le misure di cooperazione giudiziaria e di polizia, l’estensione eccezionale del campo di applicazione.

A quest’ultimo riguardo, va notato che, a differenza degli strumenti universali di diritto penale concernenti reati diversi dai crimini internazionali in senso proprio (quelli che con criterio formale sono riconducibili alla categoria dei crimini per i quali sussiste la giurisdizione della CPI), che trattano ciascuno di un singolo reato o, al massimo, di una serie limitata di fattispecie comunque racchiuse in un fenomeno criminale unitario, la Convenzione di Palermo, invece, concerne un insieme unificato di comportamenti criminali, quello della criminalità organizzata e transnazionale. Inoltre, il campo di applicazione delle sue disposizioni comprende tutte le attività di prevenzione e di giustizia penale che riguardino un reato, commesso da un gruppo criminale organizzato ed avente natura transnazionale, che rientri tra quelli espressamente descritti nella Convenzione medesima, ovvero, che appartenga alla classe dei serious crimes, cioè, secondo quanto stabilito dalla stessa Convenzione, dei reati punibili secondo la legge nazionale con una pena detentiva di almeno quattro anni nel massimo.

L’applicazione della Convenzione anche alla categoria indeterminata dei serious crimes deriva dalla connotazione di modalità organizzata e trans nazionalità che permeano in misura incisiva lo spirito e la ratio stessa delle disposizioni convenzionali; si tratta certamente di concetti giuridici che sono il frutto di un lungo e laborioso processo formativo, accompagnato da non poche incertezze concettuali e definitorie.

Si può, allora, affermare che la configurazione finale della Convenzione è il frutto del convergere di due distinte prospettive; la prima, mirante alla costituzione di un corpo di moderne disposizioni di estradizione ed altre forme di assistenza giudiziaria

applicabili in relazione al più ampio numero possibile di reati gravi e nei rapporti con il più ampio numero possibile di Stati.

La seconda prospettiva è stata quella di riconoscere anche a livello universale la particolare pericolosità del crimine organizzato e la necessità di adottare forme avanzate e specializzate di cooperazione internazionale rispondenti alle caratteristiche specifiche del fenomeno.

Nonostante comunque il vasto ambito e di applicazione e le ragioni che lo hanno ispirato, la Convenzione di Palermo si inquadra pur sempre nell'ambito degli esistenti trattati di diritto penale adottati dalle Nazioni Unite e di questi ripete non solo la struttura, ma anche molte regole basilari e disposizioni settoriali. Tra i precedenti strumenti di maggior impatto in materia, vanno sicuramente menzionate la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope, stipulata a Vienna nel 1988, nonché le Convenzioni di New York del 1997 e 1999 in tema di attentati terroristici dinamitardi e di finanziamento del terrorismo.

In realtà, da questi ultimi due strumenti la Convenzione di Palermo si differenzia, in ragione della specificità degli obiettivi che lì si perseguono; ad esempio, la Convenzione non accoglie, in materia di estradizione, la regola *aut dedere aut judicare* nella sua massima ampiezza, prevedendo l'obbligo di procedere contro la persona non estradata esclusivamente nel caso che l'extradizione sia stata rifiutata per il motivo che l'estradando è cittadino dello Stato di rifugio.

La Convenzione di Vienna del 1988, invece, tratta di criminalità comune e detta regole proprio in materia di cooperazione internazionale contro la criminalità organizzata, consentendo alla stessa Convenzione di Palermo di mutuarne gran parte dell'apparato normativo; se ne differenzia, invece, laddove è stato dato considerevole spazio alle misure di prevenzione e di cooperazione ed assistenza tecnica internazionale, destinate a rafforzare le capacità di contrasto degli enti nazionali, avviando in entrambe le direzioni una tendenza poi ulteriormente sviluppata dalla successiva convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione.

2.1 (segue) La conferenza di Napoli sul crimine organizzato.

A partire dagli anni '90 il tema della lotta alla criminalità organizzata ha assunto rilievo prioritario a causa della progressiva e inarrestabile estensione e proliferazione del fenomeno, dovuta al superamento da parte di tali forme organizzative della dimensione nazionale e alla globalizzazione del mercato, che hanno contribuito a

delineare strutture associative criminose sempre più insidiose e offensive degli ordinamenti di più Stati.

Furono, in particolare, le istituzioni dell'Unione Europea a modificare in quegli anni l'originaria diffidenza circa l'opportunità di concentrare sul crimine organizzato gli sviluppi della cooperazione penale interstatuale; e ciò per una serie di motivi, tra i quali, l'apertura delle frontiere infraeuropee, valutata come fattore di facilitazione delle condotte transnazionali e della dislocazione in altri stati dei gruppi criminali; l'emersione progressiva del crimine organizzato nei paesi dell'Europa dell'Est; la sempre maggiore attenzione rivolta ai crimini economici e, più precisamente, ai c.d. business crimes e al riciclaggio.

Nel 1994, quindi, le Nazioni Unite organizzarono la Conferenza di Napoli, che rappresenta una tappa fondamentale nell'avvicinamento alla Convenzione di Palermo. La Conferenza, infatti, adottò una Dichiarazione politica ed un Piano d'azione globale, successivamente fatti propri dall'Assemblea generale, nei quali, per la prima volta in documenti ONU si presenta la possibilità di elaborare uno strumento giuridico mondiale contro il crimine organizzato transnazionale. Si legge nel Piano d'azione globale: « Con riguardo all'opportunità di elaborare strumenti internazionali, quali una Convenzione contro il crimine transnazionale organizzato, la Conferenza ministeriale mondiale contro il crimine organizzato transnazionale chiede alla Commissione per la prevenzione del crimine e la giustizia penale di avviare l'attività di richiedere le opinioni dei governi sull'impatto di tale Convenzione e sui temi che da essa potrebbero essere trattati».

Da tanto si evince l'estrema prudenza con la quale vennero affrontati i lavori, considerato l'atteggiamento di resistenza di alcuni Stati membri verso l'adozione di una politica universale comune su una materia particolarmente delicata e afferente a scelte politico-criminali da sempre riservate ai governi nazionali. Ed infatti, negli anni successivi, sino alla risoluzione dell'Assemblea generale del 1998 con cui venne creato il Comitato ad hoc incaricato di elaborare il testo della Convenzione, il dibattito nelle sedi ufficiali dell'ONU fu caratterizzato dalla discussione su tali dubbi e dall'opera di persuasione che i fautori della Convenzione esercitarono sui governi meno disponibili.

Pertanto, se da un lato, i risultati della Conferenza di Napoli sono stati incisivi per il loro effetto propulsivo sul processo negoziale, dall'altro un fattore di notevole importanza ha rivestito la ricerca di una definizione comune e universalmente accettata di crimine organizzato. Due le posizioni che emersero in sede preparatoria e sin quasi alla conclusione delle trattative: quella che sosteneva la necessità di una definizione di crimine organizzato accompagnata da una tassativa lista di reati

commessi da gruppi criminali organizzati, di modo che il precetto risultasse il più possibile rispettoso del principio garantistico di determinatezza; e quella che, invece, riteneva fosse doveroso delimitare non tanto le attività criminose, quanto le strutture e le forme tipiche delle organizzazioni criminali, a prescindere dunque dagli atti posti in essere.

La prima di tali posizioni era giustificata dalla difficoltà per alcuni governi di accettare la previsione di incisivi obblighi internazionali che, nell'assenza di una lista delimitante il campo di applicazione, avrebbero riguardato una serie aperta ed indefinita di comportamenti criminali. Di conseguenza, ha prevalso la seconda impostazione: pur non prevedendo la Convenzione una vera e propria definizione generale di crimine organizzato, comunque non ne circoscrive il concetto con riferimento ad una lista di reati, così rispettando l'essenza della linea-guida offerta dalla Conferenza di Napoli, di adottare una strategia e, possibilmente, una normativa internazionale imperniata sulle caratteristiche generiche della criminalità organizzata.

3. Il reato transnazionale introdotto dalla legge di ratifica.

La l. 146 del 2006¹⁴³, nel ratificare la Convenzione ed i Protocolli, ha previsto alcune norme ritenute necessarie all'adattamento del nostro ordinamento interno agli obblighi internazionali. In realtà le scelte assunte dal nostro legislatore non paiono essere armoniche con quelle ispirate in sede internazionale; le prime perplessità sorgono già dalla lettura della formulazione dell'art. 3 della legge in quanto non si comprende il significato da attribuire alla volontà del legislatore di dettare una specifica definizione di reato transnazionale "ai fini della presente legge". Invero, la precisazione risulta superflua se si considera che con lo strumento della ratifica del trattato, il legislatore assume già l'obbligo di conformarsi alle scelte di incriminazione decise in sede internazionale. La precisazione è inoltre dannosa nella misura in cui finisce per prevedere un criterio definitorio di diritto nazionale anomalo, che restringe indebitamente il proprio ambito di applicazione ai soli effetti stabiliti dalla legge di ratifica stessa.

Ciò in quanto l'art. 3, e non il reato transnazionale in quanto tale, viene espressamente richiamato in alcune disposizioni della l. 146/2006 che costituiscono interventi

¹⁴³ L'originario disegno di legge di iniziativa governativa fu presentato al Senato il 26 giugno 2003 e nel marzo dell'anno successivo fu concluso l'esame in pochi giorni di trattazione in commissione; arrivò per l'approvazione in Aula solo nel novembre 2005 e fu licenziato il 14 dicembre 2005. In tale testo non era previsto l'art. 3, il quale fu introdotto in Commissione giustizia con un emendamento del relatore, presentato come indispensabile per la correttezza della ratifica ed approvato nella sua veste definitiva sia dalla Camera, sia, in seconda lettura, dal Senato. Per un'analisi dell'iter legislativo, v. Zanetti, *L'Italia e la Convenzione di Palermo*, in AA.VV., *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, a cura di M.C. Bassiouni, Milano, 2005.

additivi in altri testi normativi dotati di propria autonomia (si pensi alla responsabilità delle persone giuridiche, estesa nei reati presupposti dall'art.10) o in ambiti settoriali che il legislatore ha voluto emendare nel loro insieme (si pensi alla riscrittura delle operazioni sotto copertura di cui all'art. 9 e alla confisca e all'attività di indagine a fini di confisca di cui agli artt. 11 e 12).

La situazione del nostro diritto interno attualmente risulta perciò disarmonica in quanto, per quanto riguarda la responsabilità delle persone giuridiche, prevede che scatti solo in presenza di un'incriminazione per "reato transnazionale" anche in relazione ai reati presupposti espressamente previsti dalla Convenzione e dai Protocolli, considerato che l'art. 3 ha un ambito di applicazione ingiustificatamente restrittivo che mal si concilia con l'idea di fondo della Convenzione.

Un ulteriore elemento dissonante della norma è rappresentato dall'aver introdotto all'interno della dizione "reato transnazionale" il requisito del limite minimo edittale della pena previsto come indice di riferimento della categoria dei serious crimes. Secondo quanto indicato dallo stesso art. 3 della Convenzione, infatti, lo strumento internazionale deve essere applicato ai reati stabiliti dalla Convenzione e a quelli previsti dai Protocolli addizionali, a prescindere dai limiti edittali di pena assegnati a tali fattispecie criminose, in quanto la valutazione circa la serietà e la gravità dell'offesa provocata da tali fattispecie è già stata effettuata "a monte" dalle specifiche disposizioni della Convenzione e dei Protocolli e prescinde dalle valutazioni di offensività "a valle" di origine nazionale. Ne deriva, che non c'è necessaria coincidenza con la dosimetria della pena lasciata nella discrezionalità degli Stati nazionali, non potendosi escludere che qualcuno dei reati espressamente definiti dalla Convenzione venga ad essere punito con pena inferiore ai quattro anni.

Anche l'introduzione del "coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato" quale requisito indispensabile per la natura transnazionale di un reato genera perplessità, considerato che la "transnazionalità" di un reato non necessariamente e sempre è collegata al fenomeno dell'associazionismo criminale. Ciò deriva, in sostanza, dal fatto che il nostro sistema è rigidamente ancorato alla fattispecie associativa, che si è sviluppata, per ragioni di storia criminale, nell'associazione di stampo mafioso, per poi evolvere nelle fattispecie associative qualificate da finalità specifiche. La nozione di crimine organizzato è stata invece utilizzata più in ambito criminologico ed alludeva inizialmente, in via esclusiva, alla criminalità di stampo mafioso, in conseguenza del fatto che gli interventi legislativi specificamente destinati all'ambito della criminalità organizzata, iniziati negli anni '90, hanno avuto per obiettivo fondamentale la creazione di una normativa processuale penale ad hoc, destinata a

rendere più efficace il contrasto investigativo e giudiziario nei confronti del crimine organizzato, spesso sotto la spinta emergenziale con decretazione in via d'urgenza.

Il che ha determinato la mancanza di un corpo organico e unitario di disposizioni specificamente dettate per disciplinare il fenomeno criminale associativo; da ultimo poi, si segnala l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, con il quale è stato affermato che la nozione di criminalità organizzata «identifica non solo i reati di criminalità mafiosa o assimilati, oltre i delitti associativi previsti da norme incriminatrici speciali, ma anche qualsiasi tipo di associazione per delinquere correlata alle attività criminose più diverse, con l'esclusione del mero concorso di persone nel reato, nel quale manca il requisito dell'organizzazione». Ora, se tale opzione estensiva è suggerita da valutazioni di complessità investigativa e di accertamento probatorio in riferimento alle varie forme di criminalità organizzata, potrebbe comunque essere rivista alla luce proprio della legge di ratifica della Convenzione di Palermo, in relazione alla fondatezza di una considerazione più ristretta della nozione di crimine organizzato, relativa solo alle forme associative criminali animate dallo scopo di profitto, e non già riferibile alle associazioni finalizzate al terrorismo o ad altre forme di associazionismo illecito non qualificate dallo scopo di profitto, come inteso dalla Convenzione.

3.1 Individuazione della natura transnazionale.

Circa l'individuazione dei criteri per attribuire ad un crimine natura transnazionale, va innanzitutto evidenziato il valore di maggiore significatività rappresentato dall'ambito territoriale: «si considera reato transnazionale il reato commesso in più di uno Stato». Da una prima lettura, emerge il diverso tenore dell'art. 3 della legge di ratifica rispetto all'art. 6 del c.p.¹⁴⁴, laddove consente l'esercizio della giurisdizione italiana anche nel caso che solo una parte dell'azione o omissione si sia verificata in Italia, o ivi si sia realizzato l'evento come conseguenza di una condotta posta in essere fuori dai confini. In realtà, quella contenuta nella legge di ratifica è una nozione di territorio che attiene al valore, per così dire, spaziale universalmente definito, in forza del quale gli Stati si

¹⁴⁴ V. Di Martino, *La frontiera e il diritto penale*, che focalizza la sua analisi anche sull'ambito di applicabilità del diritto penale, incentrando la problematica in riferimento all'ambito di efficacia spaziale della legge nazionale. La conclusione è che le norme di applicazione transnazionale del diritto penale “sembrano operare come condizioni o come limiti per l'esercizio della giurisdizione sui fatti oggetto di valutazione in termini di illiceità da parte delle norme incriminatrici appartenenti all'ordinamento nazionale. Operano come condizioni nel caso normale di esercizio della giurisdizione da parte dello Stato di commissione del fatto; operano come limiti nel caso in cui il luogo del fatto sia esterno ai limiti territoriali della giurisdizione”.

sono anche impegnati a prevedere la propria giurisdizione in relazione a tale crimine, in modo da evitarne l'impunità. Del resto, la nozione di "territorio degli Stati nazionali" è in crisi da tempo di fronte al venir meno di rigide barriere e all'emergere di situazioni di mondializzazione non più controllabili; è perciò una conseguenza necessitata quella di aderire ad una nozione penalistica di territorio ispirata al principio di universalità.

Passando ora ad analizzare la condotta del crimine transnazionale, va fatta una prima distinzione fra illeciti per i quali la trans nazionalità è in re ipsa ed illeciti per i quali tale connotazione va invece verificata.

Per quanto concerne la prima categoria, vi sono ricompresi gli illeciti collegati ai fenomeni efferenti il traffico di merci, persone, capitali, nonché quelli caratterizzati da una fisicità transfrontaliera, quali il traffico di migranti e la tratta di esseri umani, il traffico di armi, di sostanze stupefacenti. Possono esservi incluse inoltre quelle attività delittuose che implicano un trasferimento di dati transfrontaliero, quali la comunità web, e dunque tutti i crimini informatici¹⁴⁵. E, ancora, possiede una matrice di tipo oggettivo, la trans nazionalità ricollegabile ad un certo oggetto del reato: ad esempio, per quanto riguarda la corruzione dei funzionari stranieri, la dimensione nazionale si era mostrata incapace di riflettere il disvalore degli accordi corruttivi di tipo transfrontaliero, per la difficoltà di omogeneizzare le qualifiche soggettive dei funzionari stranieri o comunitari rispetto a quelli nazionali. Tali difficoltà, superate solo con l'approvazione delle Convenzioni sulla Protezione degli interessi finanziari, il Primo Protocollo PIF e la Convenzione sulla corruzione del 1997, hanno determinato l'attribuzione già all'accordo corruttivo ex se della dimensione della trans nazionalità.

Per altre fattispecie, come precedentemente accennato, la trans nazionalità non è in re ipsa, ma può conseguire dalle modalità specifiche della condotta. Paradigmatico in tal senso è il riciclaggio, la cui natura transnazionale discende in massima parte dalle caratteristiche contemporanee della finanza internazionale e del sistema economico. La globalizzazione dei mercati, del sistema bancario e finanziario e soprattutto le nuove tecnologie per le comunicazioni di informazioni, mostrano con evidenza come le operazioni di riconversione dei profitti illeciti, poste in essere per utilizzare le utilità di provenienza delittuosa come approvvigionamento finanziario per ulteriori attività legali, sfruttano proprio la trans nazionalità del sistema finanziario per far perdere le tracce dell'origine delittuosa dei proventi.

Inoltre, il reato può considerarsi transnazionale anche quando pur commesso in un solo Stato, «abbia effetti sostanziali in un altro Stato». Pensiamo ad esempio, al

¹⁴⁵ Afferma la dimensione sovranazionale della criminalità via rete, L. Picotti, *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in *Dir. Inform.*, 1999.

crimine ambientale, al traffico illecito di rifiuti di tipo transfrontaliero, o comunque a quelle fattispecie nelle quali l'entità della lesione superi i confini nazionali, poiché l'interesse protetto coinvolge più soggetti passivi o comunque si riferisce a quei beni di natura immateriale che vengono percepiti come valori universali non suscettibili di compressione alcuna. D'altra parte, si nota come nel corso degli ultimi anni, gli schemi di tutela penale si siano ampliati non solo sotto il profilo quantitativo, ma anche sotto l'aspetto qualitativo, per l'introduzione di macrocategorie di interessi che costituiscono proprio privilegiato obiettivo di protezione da parte della comunità degli Stati. Si pensi, a questo riguardo, agli interessi comunitari a cui prima si è fatto cenno, o, ancora, alle condotte di discriminazione etnica o religiosa che offendono non solo i singoli e gli Stati a cui questi appartengono, ma l'intera comunità internazionale, poiché coinvolgono i diritti fondamentali dell'individuo, universalmente riconosciuti e tutelati, oltre che espressamente previsti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel testo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Infine, e per quanto più specificamente riguarda il gruppo criminale organizzato, la lett. b dell'art. 3 della l. 146/06 consente di qualificare transnazionale il reato che «sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato». La dizione utilizzata richiama sia l'attività preparatoria della commissione di reati, che l'ipotesi della compartecipazione di un altro soggetto nel ruolo di direttore delle singole operazioni criminali o di supervisore delle stesse. Si fa riferimento, insomma, in quest'ultimo caso, al coinvolgimento del gruppo criminale organizzato, sebbene, come già evidenziato, nelle intenzioni della Convenzione di Palermo non vi fosse una necessaria coincidenza fra la natura transnazionale dell'illecito e la sua configurazione plurisoggettiva; nel senso che, risulta astrattamente configurabile un reato pianificato in un luogo e portato ad esecuzione in un altro, da parte di un unico autore o da un suo complice. Tuttavia, la definizione inserita nella formulazione della legge non consente riflessioni diverse dal mero richiamo al coinvolgimento ad un gruppo criminale organizzato che deve inoltre «essere impegnato in attività criminali in più di uno Stato».

L'impegno nello svolgimento di attività criminali in più Stati previsto dalla norma, si riferisce ad un ambito territoriale che, prescindendo dalle nazionalità dei soggetti attivi o comunque delle persone fisiche che a vario titolo ci partecipano, include il raggio d'azione del gruppo, la sua operatività. Saranno quindi i luoghi di consumazione dei singoli reati-fine a rendere transnazionale il gruppo criminale organizzato, e non già né la multi territorialità dell'accordo criminale o dell'organizzazione associativa, né la componente multinazionale dei consociati.

4. Contrasto e prevenzione della corruzione internazionale.

Proprio a causa dell'oramai inevitabile stretta connessione tra la globalizzazione del mercato e la globalizzazione del crimine, la corruzione che, tradizionalmente, rappresenta terreno privilegiato dell'intervento penalistico nazionale, ha assunto una dimensione sovranazionale, divenendo oggetto di crescente interesse da parte della comunità europea ed internazionale¹⁴⁶.

Preso atto, sulla scia dell'esperienza statunitense del Foreign Corrupt Act del 1977, delle negative interferenze tra corruzione e scambi commerciali globali, la prevenzione e il contrasto dei fenomeni corruttivi sono temi che assumono una valenza prioritaria, all'attenzione di tutte le istituzioni internazionali; ne sono testimonianza l'alto numero di trattati, convenzioni globali o regionali che si occupano di questa materia, nonché i recenti programmi di lavoro di istituzioni quali la Banca Mondiale e il Fondo monetario internazionale, impegnati a diffondere programmi di finanziamento che tengano nella dovuta considerazione la necessità di prevenire fenomeni corruttivi, ma anche ad elaborare strumenti legislativi incisivi volti a contrastare efficacemente la invasività e la insidiosità di questo tipo di crimine.

In questo quadro si inserisce la Convenzione e i protocolli delle Nazioni Unite sul crimine organizzato.

La disciplina che riguarda specificamente la corruzione è contenuta essenzialmente negli artt. 8 e 9.

Analizzando, in primo luogo, i contenuti dell'art. 8 emerge una fattispecie di corruzione che punisce separatamente la condotta del pubblico ufficiale che riceve da quella del privato che dà senza fare alcun riferimento all'esistenza di un atto di ufficio come oggetto dell'illecito accordo. La rilevanza penale dello scambio è infatti subordinata all'esistenza di un collegamento, non meglio qualificato, tra la prestazione offerta dal privato e la condotta realizzata dal pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni al cui compimento risulta finalizzata la prestazione di una utilità non dovuta. La fattispecie, insomma si realizza con il mero passaggio di denaro o altra utilità: è comunque necessario accertare la presenza dell'elemento psicologico consistente nella consapevolezza da parte dell'offerente di influenzare tramite la sua condotta, il comportamento del pubblico ufficiale.

¹⁴⁶ In argomento, Manacorda, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Jovene, 1999; Bernasconi, *La corruzione di pubblici ufficiali stranieri*, in Riv. Trim. dir.pen.econ., 1988; Salazar, *Recenti sviluppi internazionali nella lotta alla corruzione*, De Jure, 1998, con ampia disamina degli strumenti normativi internazionali, anche diversi da quelli cui partecipa l'Italia, predisposti per far fronte al fenomeno del crimine organizzato globale.

Si tratta a prima vista di una definizione del fenomeno eccessivamente lata e pericolosamente vaga¹⁴⁷, che, tra l'altro, non prende in alcuna considerazione le distinzioni concettuali nostrane tra corruzione propria ed impropria, e tra corruzione antecedente o susseguente; manca un legame qualificato tra le prestazioni, il che rende possibile un ampliamento della tipicità oggettiva non controbilanciato dalla pregnanza dell'elemento soggettivo.

Se l'intento del legislatore internazionale era quello di estendere il più possibile la disciplina repressiva onde consentirne una maggiore perseguibilità, pare di dover sottolineare il mancato rispetto dei principi fondamentali di ogni sistema penale nazionale; e così, quella che si propone come misura minima di armonizzazione all'attenzione di ordinamenti, quale quello italiano, vincolati alla centralità del fatto, alla necessaria determinatezza della fattispecie, al rispetto del principio costituzionale del principio di offensività, è un'ipotesi molto lontana dal riuscire a garantire la sussistenza tali vincoli.

La disciplina dell'art. 8 si conclude con la generica esortazione rivolta agli Stati aderenti a voler criminalizzare ogni altra forma di corruzione e più in particolare a prendere in considerazione l'opportunità di introdurre un'apposita estensione della fattispecie incriminatrice volta a punire la corruzione di pubblici ufficiali stranieri. In entrambi i casi, si tratta di misure non cogenti che lasciano ampio margine di discrezionalità ai legislatori nazionali in merito all'an e al quomodo dell'intervento normativo. Il riferimento, almeno nelle Legislative guidelines, è al testo della Convenzione OSCE¹⁴⁸ 1997 che diviene così misura di condizionamento delle scelte legislative a prescindere dalla formale partecipazione dello Stato allo strumento convenzionale. In questo filone si inserisce la riforma operata dal nostro legislatore nel 2000 con la legge n. 300, le cui linee direttrici possono sintetizzarsi come segue:

- a) estensione comunitaria della qualifica soggettiva propria che funge da elemento essenziale della tipicità penale dei fatti corruttivi, nonché dei delitti previsti agli artt. 314, 316, 317, a tutti i funzionari della pianta organica della Comunità Europea e a tutti i soggetti comandati presso le istituzioni comunitarie dagli stati membri;
- b) ampliamento della nozione di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio anche a tutti i soggetti che nell'ambito dei paesi membri svolgono attività funzionalmente equivalenti;

¹⁴⁷ Non nasconde il proprio scetticismo sull'impianto complessivo della legge Manacorda, *Corruzione internazionale e tutela degli interessi comunitari*, in *Dir. Pen proc.*, 2001.

¹⁴⁸ Secondo l'OCSE il fenomeno della corruzione internazionale, oltre ad incidere negativamente sui traffici e sui commerci internazionali, è idoneo a tradursi in uno strumento di discriminazione tra soggetti economici, tendenzialmente utile a mantenere se non addirittura ad aumentare, situazioni di sottosviluppo.

- c) equiparazione ai pubblici ufficiali e agli incaricati di pubblico servizio di quanti, nell'ambito di organizzazioni internazionali o di altri Stati extra-UE, svolgono attività corrispondenti, nelle ipotesi in cui si tratti di soggetti titolari di competenze decisionali relativamente alla gestione di affari economici internazionali e nei limiti e alle condizioni fissate dall'art. 322 bis co. 2 n.2 c.p.
- d) contestualizzazione, dal lato dei soggetti privati, della tipicità del fatto corruttivo, oltre che alle ipotesi in precedenza elencate, anche ai casi di scambi illeciti che avvengano allo scopo di ottenere un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali (art. 322 bis co.2 n.2).

Va infine menzionato il limite che la Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine organizzato pone agli ordinamenti interni: è infatti previsto che la disciplina nazionale non dovrà prevedere alcun riferimento alla natura transnazionale del fatto di reato. La corruzione dovrà quindi essere punita a prescindere da ogni diversa nazionalità dei soggetti attivi e passivi, all'influenza dei suoi effetti in uno spazio di sovranità nazionale diverso da quello in cui è stato concluso l'accordo; si prevede inoltre, che la punibilità non debba essere in alcun modo collegata alla presenza di un gruppo criminale organizzato e, infine, che la gravità del fatto non venga attenuata ricorrendo a misure sanzionatorie di fonte non legislativa o a soluzioni punitive non quantitativamente adeguate alla gravità dell'offesa che la corruzione produce.

4.1 Gli strumenti pattizi anticorruzione.

E' possibile individuare uno stretto legame tra la Convenzione oggetto di ratifica ed esecuzione con la l. 146/06 e gli strumenti predisposti per contrastare i fenomeni corruttivi, in particolare con la Convenzione OCSE del 1997, come già precedentemente accennato, e con la Convenzione globale contro la corruzione sottoscritta a Merida nel 2003.

Da un esame complessivo degli strumenti menzionati, si ha l'impressione di una fattispecie criminosa, quella della corruzione appunto, che non sembra vantare una sua autonoma dignità criminologica nell'ambito dei reati transnazionali, poiché direttamente collegata alla necessità primaria di contrastare la diffusione e il radicamento di soggetti organizzati che si servono della corruzione come strumento per raggiungere i propri scopi illeciti.

Un'impressione che pare confermata anche dalla lettura dei lavori preparatori alla Convenzione di Palermo, dove emerge la diffusa consapevolezza in merito al fatto che l'inclusione della corruzione nel testo del formale testo convenzionale si giustifica in quanto detto comportamento illecito rappresenta una costante dell'agire criminale organizzato. Viene dunque configurata come reato-mezzo, la cui repressione si

giustifica in termini di efficienza del contrasto ad un fenomeno più vasto che rappresenta la vera fonte di pericolo contro la quale la comunità internazionale deve difendersi.

Di ciò risente la stessa tipicità del fatto e il bene giuridico protetto, che finisce per coincidere con la salvaguardia dell'ordine pubblico o con la protezione di una vastissima gamma di interessi che vanno dalla democrazia alla funzionalità dei mercati. Questa sembra essere la medesima ratio che ispira la Convenzione globale del 2003, dalla quale emerge con nettezza nel secondo "considerando" la strumentalità del delitto di corruzione rispetto alla criminalità economica. In sostanza, è un problema di funzioni di tutela a risultare decisivo nel plasmare la tipicità del fatto corruttivo, a livello sovranazionale ma anche interno.

4.2 Le misure preventive.

Il quadro delle misure preventive previste dalla Convenzione non si presenta meglio delimitato rispetto all'ampia definizione della fattispecie corruttiva di cui si è finora dato conto. La Convenzione si limita infatti a fornire alcune indicazioni di genere in merito alle aree potenzialmente interessate all'adozione di siffatte misure limitandosi poi a fissare gli scopi al cui conseguimento le stesse sono finalizzate; si tratta di interventi legislativi, amministrativi o di qualsiasi altra natura previsti per promuovere l'integrità delle pubbliche istituzioni ma anche del settore privato, allo scopo di incrementare un'attività di prevenzione del fenomeno corruttivo.

In realtà agli Stati membri della Convenzione è attribuita ampia discrezionalità nell'adozione di tali strumenti, il che non sembra poter garantire il raggiungimento ottimale del dichiarato intendimento di combattere il più efficacemente possibile la criminalità transnazionale e la corruzione di cui questa si serve per realizzare i singoli reati-fine.

Va tuttavia tenuto presente il costante riferimento alla già citata Convenzione globale contro la corruzione del 2003 che contiene una serie di specifiche misure preventive, tra le quali: politiche di coinvolgimento della società civile, implementazione della trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione, adeguate politiche di selezione dei pubblici funzionari, controlli di efficienza dell'attività amministrativa, adozione di codici etici nel settore pubblico, trasparenza delle procedure di appalto dei lavori pubblici, corretta gestione delle risorse finanziarie, coinvolgimento delle istituzioni della rappresentanza democratica nel controllo in merito allo stato di attuazione di siffatte misure. Sul fronte privato è invece richiesta l'istituzione di procedure di gestione delle imprese, di redazione dei bilanci e di utilizzo delle risorse finanziarie trasparenti, ispirate alla prevenzione dei conflitti di interesse e assistite

dall'adozione di codici etici e di misure organizzative tendenti proprio a verificare il grado concreto del rischio di corruttibilità e ad inibire il perpetrarsi dell'illecito.

Infine, sono previsti a carico degli Stati obblighi di monitoraggio e di verifica periodica relativamente all'impegno profuso nell'attuazione ed efficace implementazione dei principi e delle regole internazionali dettate in materia di contrasto alla corruzione.

4.3 La responsabilità delle persone giuridiche.

Alla categoria delle misure preventive sembra potersi ascrivere anche l'obbligo di introdurre una responsabilità diretta delle società per i reati previsti dalla Convenzione. Si ritiene in tal modo, di istituire un soggetto garante dell'efficace attuazione delle misure che lo strumento pattizio impone nel settore privato, consistenti nell'adozione di procedure e protocolli comportamentali finalizzati alla prevenzione della corruzione e dei reati a questa tradizionalmente connessi (si pensi al falso in bilancio e al riciclaggio). Anche in questo caso, è lasciata ampia discrezionalità agli Stati aderenti sulle modalità di adempimento degli obblighi convenuti in sede internazionale. La non punibilità rappresenta infatti un incentivo adeguato a conformare l'agire esterno ed interno degli enti alle indicazioni fornite dal legislatore, contribuendo così, in larga misura, all'implementazione della capacità preventiva del sistema, nella cui complessiva economia l'ente finisce per svolgere la fondamentale funzione di catalizzatore dell'efficacia delle misure extrapenali di contrasto e di garante della loro dinamicità e funzionalità preventiva.

4.4 Considerazioni conclusive in merito al reato di corruzione internazionale nel diritto interno.

Com'è noto, l'art 322bis è stato introdotto nell'ordinamento penale dall'art. 3 l.300/2000; quest'ultima è, in realtà, un testo normativo eterogeneo e complesso, poiché ha introdotto nuovi strumenti di tutela penale della pubblica amministrazione in diversi settori dell'ordinamento, con la previsione di nuove fattispecie di reato a presidio degli interessi finanziari dell'Unione Europea e con il conferimento di delega al Governo per l'emanazione di un ulteriore atto normativo in materia di disciplina della responsabilità amministrativa dipendente da reato delle persone giuridiche.

Attraverso la legge in esame, poi, è stata fornita ratifica ed esecuzione a diverse Convenzioni di diritto internazionale in tema di contrasto al crimine transfrontaliero, da tempo sottoscritte dall'Italia ed in attesa di recepimento; in particolare, la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, di due dei suoi protocolli (il primo, fatto a Dublino il 27

settembre 1996; quello concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia, della Convenzione stessa, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996), la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1996 e, infine, la Convenzione OCSE, già citata, sulla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997.

Tale pluralità di strumenti normativi non deve sorprendere laddove si consideri non solo l'allarmante espansione su scala globale del crimine organizzato, di cui la corruzione internazionale rappresenta uno dei terreni elettivi, ma anche le ricadute sociali ed economiche che ne conseguono sul piano delle limitazioni alla concorrenza e all'ingresso e democratizzazione nel mercato di quei Paesi in via di sviluppo dove il fenomeno ha assunto dimensioni capillari.

Tutte considerazioni queste che, insieme con la necessità di tutelare gli interessi finanziari delle Comunità europee, ha alimentato una proliferazione di misure di contrasto alla corruzione internazionale, tra le quali tuttavia il nostro legislatore ha recepito soprattutto il testo della Convenzione OCSE sulla cui scorta è stata elaborata la fattispecie della corruzione di funzionari di uno Stato estero non appartenente all'Unione Europea. Ciò si giustifica alla luce delle pressioni del governo statunitense, primo governo occidentale a dotarsi di una legislazione interna per la repressione penale della corruzione internazionale tramite il Foreign Corrupt Act del 1977, che, preoccupato che le imprese nazionali potessero risultare svantaggiate dalla normativa interna, più severa di quella cui erano soggetti i competitori europei, ha indotto l'OCSE ad avviare i lavori per rendere condivisa, attraverso lo strumento convenzionale tale disciplina, sostanzialmente imponendone l'adozione anche a tutti gli altri Stati membri dell'organizzazione.

Questa premessa consente di rilevare che l'art. 322 bis c.p., in particolare il 2° comma n. 2, rispecchia perfettamente l'oggetto della tutela previsto in sede internazionale, ovvero la libertà di concorrenza nel commercio all'estero, e non quelli che sono tradizionalmente riconosciuti come i beni giuridici garantiti dalla corruzione "nostrana" quali la trasparenza, l'efficienza, l'imparzialità, il prestigio della pubblica amministrazione.

Rileva, in tal senso, la previsione dell'elemento del dolo specifico legato alle "operazioni economiche internazionali", locuzione alquanto vaga, estranea al nostro diritto penale ed altrimenti inspiegabile, se non in relazione all'imprenditoria transnazionale e alla par condicio degli operatori economici sui mercati esteri.

Deve inoltre essere considerato il disposto dell'art. 3, comma 1, l. 3 agosto 2009 n. 116, che è intervenuto sul testo dell'art. 322 bis, comma 2 n. 2, aggiungendo subito dopo l'inciso che qualifica il dolo specifico le parole "ovvero al fine di ottenere o mantenere un'attività economica o finanziaria", come espressamente stabilito nella Convenzione ONU contro la corruzione del 31 ottobre 2003.

L'inciso, pur nella sua vaghezza, è in parte specificato nelle Linee guida alla Convenzione, pubblicate dalle Nazioni Unite: l'accento va posto sulla constatazione che la corruzione internazionale riduce la legittima competizione economica distorce la crescita economica e rafforza le disuguaglianze tra le imprese. Se dunque la fattispecie di corruzione internazionale mira alla tutela della libertà di concorrenza, si può anche sostenere che l'inciso in esame perde i connotati del dolo specifico per assumere quelli di un elemento normativo del fatto a contenuto psichico, funzionale alla specificazione non già dell'elemento soggettivo del reato ma, viceversa, del fatto tipico, rilevante ai fini della selezione delle condotte in concreto punibili.

5. Forme e metodi di sopravvivenza della criminalità organizzata transnazionale: il reato di riciclaggio.

Secondo il significato assunto anche nel linguaggio comune, il termine riciclaggio indica quel complesso di operazioni tendenti a ripulire il c.d. denaro sporco, cioè a far perdere le tracce della sua provenienza delittuosa, al fine di impedire l'individuazione degli autori del reato presupposto.

Scopo dell'incriminazione è evidentemente quello di impedire che gli autori di gravi crimini possano far fruttare i capitali illegalmente acquisiti, rimettendoli in circolazione come capitali oramai depurati e dunque investibili anche in attività economiche legali. La rilevanza della fattispecie risiede nel fatto che in tal modo la norma incriminatrice è provvista di molteplici scopi politico-criminali, poiché finisce con il tendere anche all'obiettivo di scoraggiare la stessa commissione dei reati principali, mediante appunto le barriere frapposte alla possibilità di sfruttarne i proventi.

Nell'epoca della globalizzazione, quindi, il fenomeno del riciclaggio, tradizionalmente ricompreso tra i reati di natura prettamente economica, deve essere analizzato anche sotto una prospettiva del tutto peculiare, quale conseguenza della violazione di alcuni tra i più rilevanti diritti umani.

Occorre tenere presente, a questo proposito, la peculiare configurazione dell'istituto; la fattispecie, infatti, richiede la sussistenza di un c.d. reato presupposto, nel senso che la sua mancanza determina la non sussistenza del delitto di riciclaggio stesso. Si tratta di un importante requisito; per lungo tempo, infatti, si è proceduto ad una

delimitazione dei delitti a monte del riciclaggio alla sola ipotesi di narcotraffico, ipotesi che oggigiorno appare certamente riduttiva. Se non altro, essa urta contro la constatazione notoria che oramai il raggio d'azione della criminalità organizzata transnazionale supera largamente l'ambito del narcotraffico per estendersi ad altre forme di attività pericolosa ed idonea a produrre notevoli flussi finanziari.

Come si potrà notare, a livello internazionale, nell'intento di potenziare l'efficacia della fattispecie, si è operato un progressivo ampliamento dei delitti a monte del riciclaggio, alle tipologie più gravi di attività criminali: al novero dei reati produttivi di capitali illeciti si possono così aggiungere i delitti relativi alla violazione dei diritti umani che, com'è noto, rappresentano una delle principali fonti di arricchimento delle moderne associazioni criminali.

Si impone, pertanto, un'approfondita trattazione delle disposizioni da adottare da parte dei più importanti organismi internazionali.

5.1 La normativa internazionale di contrasto al riciclaggio.

Tra le prime iniziative volte a contrastare il riciclaggio a livello internazionale, occorre anzitutto menzionare la Raccomandazione n. R (80) 10 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, adottata il 27 giugno 1980. In essa sono state previste misure contro il trasferimento e l'occultamento dei capitali di provenienza illecita, ed inoltre si è sottolineato il ruolo importante del sistema bancario nella prevenzione del fenomeno e nella collaborazione con l'autorità giudiziaria e di polizia; ruolo che è stato esaltato anche nella Dichiarazione di principi adottata il 12 dicembre 1988 dal Comitato per la regolamentazione bancaria e le pratiche di vigilanza di Basilea. In essa è stato altresì sottolineato il serio pericolo che le banche siano utilizzate come strumenti di riciclaggio, attraverso il deposito di fonti di origine criminale o la custodia di beni di provenienza delittuosa in cassette di sicurezza.

Coeva alla Dichiarazione di Basilea si pone la Convenzione delle Nazioni Unite sul traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope adottata a Vienna il 20 dicembre 1988. Si individuano innanzitutto i fatti criminosi cui la Convenzione si applica; assolve a tale compito l'art. 3 (reati e sanzioni) che indica quell'insieme di comportamenti per cui si prevede l'introduzione negli ordinamenti interni di specifiche disposizioni penali atte a reprimerli. Con riferimento all'aspetto relativo alla nozione di riciclaggio, si noti che si configurano come reati presupposto, i fatti incriminati ex art. 3.1, quali la produzione, il traffico e la distribuzione di stupefacenti. La Convenzione si caratterizza dunque, a differenza della successiva normativa in materia, per la limitazione dei reati-fonte ai soli reati connessi all'offerta illecita di droghe, proprio perché elusivamente dedicata al contrasto dell'abuso di stupefacenti.

Di più ampio respiro si rivela essere la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine transnazionale, che si pone come punto di riferimento per ogni altro strumento giuridico internazionale: come espressamente previsto all'art. 1, e già in precedenza osservato, essa delinea una serie coordinata di disposizioni che prevedono, in maniera più o meno vincolante, l'impegno degli Stati a introdurre e migliorare efficaci strumenti di cooperazione giudiziaria ed investigativa così da stringere i gruppi criminali transnazionali in una morsa giuridica tale da non lasciare spazi a possibili isole di impunità.

Risulta altresì rilevante l'esame dell'attività del GAFI¹⁴⁹ (Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale) che ha elaborato le c.d. "Quaranta raccomandazioni antiriciclaggio", nelle quali si è sottolineata l'esigenza di arginare il fenomeno soprattutto in quei centri finanziari internazionali, da sempre luoghi privilegiati di movimenti di denaro. Sul piano della repressione, le Raccomandazioni invitano gli Stati aderenti a sanzionare come penalmente rilevante il riciclaggio dei fondi provenienti dal traffico di stupefacenti e ad estendere tale incriminazione al riciclaggio di capitali ottenuti mediante qualsiasi altra grave infrazione. Spetta ad ogni Stato membro stabilire quali siano le gravi infrazioni che devono essere prese in considerazione; inoltre, si richiede espressamente la predisposizione di misure tese a identificare, sequestrare e confiscare i beni riciclati e volte al rafforzamento della cooperazione internazionale.

Sotto il profilo della fattispecie incriminatrice, affermato l'obbligo per tutti gli Stati di prevedere il riciclaggio come reato (art. 6), è stabilito il loro impegno a estendere il novero dei reati-presupposto a tutti i più gravi delitti¹⁵⁰. La stessa nozione di riciclaggio è stata incentrata sull'attività di conversione e trasferimento di beni di provenienza illecita, di dissimulazione o occultamento degli stessi. Solo attraverso la clausola espressa di «opting out» di cui all'art. 6 par. 3, gli Stati ne possono limitare l'ambito di applicazione

¹⁴⁹ Il GAFI (Gruppo di Azione Finanziaria internazionale) è l'unico organismo internazionale che si occupa in maniera esclusiva e specialistica di lotta al riciclaggio di denaro sporco. E' conosciuto anche con la sigla inglese FATF (Financial Action Task Force). Il gruppo fu creato in occasione del Vertice di Parigi dei capi di Stato e di Governo dei sette paesi più industrializzati nel luglio 1989. E' importante sottolineare che, sebbene con sede all'interno dell'OCSE, il GAFI, non è formalmente parte di alcuna organizzazione internazionale, ma è piuttosto un gruppo di lavoro *ad hoc* operante su un singolo tema, composto di rappresentanti di governi.

¹⁵⁰ Cfr. Parisi, *Il riciclaggio di denaro sporco fra cooperazione intergovernativa e attività istituzionale dell'Unione Europea*, in Jus, Milano, 1999; AA.VV., *La cooperazione fra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio*, a cura di A. de Guttry-Pagani, Padova, 1995; Grosso, *Frode fiscale e riciclaggio: nodi centrali di politica criminale nella prospettive comunitaria*, in Riv. It. di dir. e proc. pen., Milano, 1992; Porro, *Le competenze comunitarie per la lotta alla droga e al traffico di stupefacenti*, in Rivista di dir. Int. Priv. E process., 1992; Salazar, *Riciclaggio di capitali: direttiva comunitaria e legislazione italiana*, in Foro italiano, Roma, 1991.

Tra le misure necessarie assumono una valenza primaria quelle tese alla confisca dei proventi di riciclaggio, all'individuazione delle operazioni di trasferimento di detti beni, all'abolizione del segreto bancario come ostacolo all'acquisizione di informazioni e di documenti da parte delle autorità inquirenti, all'adozione di particolari misure investigative anche in ambito sovranazionale.

Sul piano definitorio, la Convenzione di Palermo nel definire il reato di riciclaggio fa riferimento a condotte riconducibili, nel nostro ordinamento, non solo all'art. 648 bis c.p., ma ad una molteplicità di fattispecie e precisamente al favoreggiamento personale (art. 378 c.p.), alla ricettazione (art. 648 c.p.), all'impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648 ter c.p.), al trasferimento fraudolento di valori (art. 12 quinquies d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. dalla l. 7 agosto 1992 n. 356) e all'associazione per delinquere (art. 416 c.p.); resta ferma comunque la centralità della disposizione di cui all'art. 648 bis.

Infine, la Convenzione di Palermo, come gli altri strumenti internazionali ripropone la possibilità di non punire il c.d. auto riciclaggio; anche su questo fronte l'art. 648 bis c.p. non si pone in contrasto con la Convenzione, prevedendo che possa essere commesso il riciclaggio punibile solo "fuori dai casi di concorso di reato".

In quest'ottica, la fattispecie di riciclaggio ha subito profonde modifiche a seguito del susseguirsi degli interventi legislativi; partiti dalla costruzione del reato come una figura speciale della ricettazione e del favoreggiamento, il riciclaggio si è emancipato rispetto alle fattispecie-madri sino ad assumere una fisionomia del tutto autonoma, per cui, se inizialmente era del tutto condivisibile ed applicabile all'art. 648 bis c.p. l'assunto secondo il quale dal novero dei soggetti attivi devono necessariamente escludersi gli autori dei reati-presupposto, la cui attività post delictum diretta ad assicurarsi il profitto del commesso reato, è penalmente irrilevante finché circoscritta a comportamenti di natura patrimoniale, la validità della tesi è venuta meno con le successive modifiche, in particolare quella apportata dalla l. 328/93 che ha eliminato sostanzialmente qualunque selezione nei reati-presupposto.

L'acquisizione di un proprio autonomo disvalore sociale, separato e non più specchio riflettente della fattispecie presupposta, avrebbe potuto giustificare ampiamente una scelta legislativa diversa con la soppressione della clausola di esclusione.

D'altra parte, nell'attuale versione dell'art. 648 bis c.p., risulta assai arduo poter definire il delitto presupposto come reato principale. In assenza di qualunque effettiva selezione, la funzione di presupposto del reato di riciclaggio può essere soddisfatta anche da una fattispecie che suscita scarso allarme sociale e di conseguenza punita con una pena edittale che prevede nel minimo la reclusione di quattro anni.

Poiché se è ben vero che la pena non sempre è indice di una maggiore gravità del fatto illecito, non v'è dubbio che il legislatore fa uso della pena allorchè attribuisce al dovere imposto un valore assai elevato e vuole impiegare la maggior energia nel tentare di impedirne la violazione. Maggiore è il livello sanzionatorio, maggiore è di conseguenza, almeno secondo il sentire del legislatore, la gravità e l'importanza del reato. Ne discende l'impossibilità di considerare principale un eventuale delitto presupposto punito con una pena anche di molto inferiore alla condotta di riciclaggio. D'altra parte ben difficilmente la fattispecie di riciclaggio può essere inquadrata fra i tipici casi di post factum. La condotta di sostituzione, trasferimento o di qualunque altra operazione in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa, non si pone in rapporto di mezzo a fine con il delitto presupposto. Non si può qui parlare di abbinamento fra loro di due aspetti di una medesima vicenda concreta, oppure di due vicende intimamente collegate l'una all'altra: in questo caso, non vi è quella fondamentale unità di disvalore oggettivo e soggettivo che sta alla base di una unicità di valutazione giuridica.

BILBIOGRAFIA

- AMATI E., *L'efficacia esimente dell'ordine del superiore in relazione ai crimini di guerra nel diritto interno e nel diritto internazionale*, in *indice penale*, 2001,943.
- AMATI E. (voce) *Concorso di persone*, *digesto delle discipline penalistiche*, Appendice.
- AA.VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, in *Quaderni diritto penale comparato, internazionale ed europeo*, Milano 2006.
- AA.VV., *La cooperazione fra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio*, a cura di A. de Guttry- Pagani, Padova, 1995
- BASSIOUNI M.C.- FERENCZ B., *The crime against peace*, in M.C. BASSIOUNI (cur.), *international criminal law*, vol.I.
- BASSIOUNI M.C., *Indagine sui crimini di Guerra*, Milano, 1999.
- BASSIOUNI M.C., (cur.), *International criminal law*, vol.I, crimes, new york, 1999.
- BERNASCONI, *La corruzione di pubblici ufficiali stranieri*, in *Riv. Trim. dir.pen.econ.*, 1988
- CADOPPI A. – MC CALL SMITH, *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, padova, 1995.
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, torino, 1999.
- CADOPPI A., *Mens rea*, in *digesto delle discipline penalistiche*, vol.VII, torino, 1993,618.
- CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, milano, 1999.
- CANESTRARI S., *Genocidio*, in *enciclopedia giuridica*, vol. XV, roma, 1989.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale, del delitto, della pena*, 1859, ora bologna, 1993
- CARACCILO I., *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale. Il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Napoli, 2000.
- CASSESE A. – CHIAVARIO M. – DE FRANCESCO G. (cur.), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, torino,2005.
- CASSESE A. – GAETA P. – JONES J.R.W.D., *The rome statute of the International criminal court:ecommentary*, vol.I,newyork,2002.
- CASSESE A., *Crimes against humanity*, in A.CASSESE – P.GAETA – J.R.W.D. JONES (cur.) *The rome statute of the international criminal court*, vol.I,353.
- CASSESE A., *Genocide*, in A.CASSESE – P.GAETA – J.R.W.D. JONES (cur.) *the rome statute of the international criminal court*, vol.I,335
- CASSESE A., *International criminal law*, oxford,2003

CASSESE A., *La communaute internationale et le genocide, in le droit international au services de la paix, de la justice et do developpement, paris, 1994,184.*

CASSESE A., *Lineamenti di diritto internazionale penale, vol.I, diritto sostanziale, bologna, 2005*

CASSESE A., *The statue of the International criminal court, some preliminary reflections, in european journal of International law, 1999,144.*

CATENACCI M.,*”Legalità e tipicità del reato” nello statuto della corte penale internazionale, Milano, 2003*

CORDERO F., *Criminalia, bari, 1985*

De FRANCESCO G.V., *La proposizione nello stato di necessità, napoli, 1978*

De FRANCESCO G., *Brevi spunti sulla riforma del tentativo, in rivista italiana di diritto e procedura penale, 2001,715.*

De FRANCESCO G., *Dolo eventuale e colpa cosciente, in rivista italiana di diritto e procedura penale, 1988,113.*

De FRANCESCO G., *Una premessa ai rapporti tra diritti umani e giustizia internazionali, in T. GRECO, Violazioni e tutela dei diritti umani, pisa,2001,125.*

DI MARTINO A., *la disciplina di concorso di persone, in A. CASSESE-M.CHIAVARIO-G.De FRANCESCO, Problemi attuali della giustizia penale internazionale, 189.*

Di MARTINO A., *Postilla sul principio di legalità nello statuto della corte penale internazionale,329.*

DOLCINI E., *Discrezionalità del giudice e diritto penale, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Diritto penale in trasformazione, milano, 1985,262.*

DOLCINI E., *La commisurazione della pena, padova,1979.*

DOLCINI E., *Potere discrezionale(Dir.Pen.) in enciclopedia del diritto vol.XXXIV,milano,1985*

DONINI M., *La riforma della legislazione complementare, padova, 2001*

DONINI M., *Il principio di colpevolezza, in A.A.V.V., introduzione al sistema penale vol.I, torino, 2000, 200*

DONINI M., *Il volto attuale dell’illecito penale.La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà, milano, 2004*

DONINI M., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto e politica, in rivista italiana di diritto e procedura penale, 2001, 49.*

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale, bologna,2004*

FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice, raccolta di scritti, padova, 2002*

FIANDACA G., Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della cassazione, in cassazione panale, 2005,1722

GROSSO C.F., Legittima difesa, in enciclopedia del diritto vol.XXXIV, milano,1974,27.

GROSSO C.F., Cause di giustificazione, in enciclopedia giuridica,vol.VI,roma 1988

GROSSO C.F, Necessità (stato di), in enciclopedia del diritto, milano, 1977,882.

GROSSO, Frode fiscale e riciclaggio:nodi centrali di politica criminale nella prospettive comunitaria, in Riv. It. di dir. e proc. pen., Milano, 1992

ILLUMINATI G. – STORTONI L. – VIRGILIO. M., Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai tribunali internazionali alle commissioni verità e riconciliazioni, torino, 2000.

INSOLERA G., Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale, bologna,2005.

INSOLERA G., Concorso di persone nel reato in digesto delle discipline penalistiche, aggiornamento, torino, 2000, 66.

INSOLERA G., Concorso di persone nel reato, in digesto delle discipline penalistiche, vol.II,torino,1998,437.

LAMBERTI ZANARDI P., la legittima difesa nel diritto internazionale, milano, 1972

MANACORDA, La corruzione internazionale del pubblico agente, Jovene, 1999

MANTOVANI F., Diritto penale, parte generale, padova, 2001

MANTOVANI F., The general principle of International criminal law: the viewpoint of a National criminal lawyer, in journal International criminale justice, 2003, 26.

MARCHESI A., La corte penale internazionale: ruolo della corte e ruolo degli stati, in G. ILLUMINATI- L. STORTONI – M. VIRGILIO, crimini internazionali tra diritto e giustizia, 27

MARCHETTI, L'appello e la revisione, in LATTANZI G. –MONETTI V., La crote penale internazionale, milano, 2006.

MARINUCCI G. –DOLCINI E., Corso di diritto penale, terza ed., milano, 2001

MARINUCCI G., Cause di giustificazione, in digesto delle discipline penalistiche, vol. II, torino, 1988, 107

MARINUCCI G., Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali, in studi in memoria di Giacomo Delitala, vol. II, milano, 1984, 759.

MELCHIONDA A., Le circostanze del reato:origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica, padova, 2000

MONETA F., Gli elementi costitutivi dei crimini internazionali: uno sguardo trasversale in A. CASSESE – M. CHIAVARIO – G. De FRANCESCO, Problemi attuali della giustizia penale internazionale, 3.

NUNZI A., La Convenzione di Palermo, in AA.VV., La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo, a cura di M.C. BASSIOUNI, Milano, 2005.

PADOVANI T., Commento allo Statuto della Corte Penale Internazionale, Appunti del corso di lezioni tenuto alla Scuola superiore Sant'Anna di Pisa nell'anno acc. 2002/2003.

PADOVANI T., Alle radici di un dogma: appunti sull'origine dell'antigiuridicità obiettiva, in Riv.It. dir. E proc.pen. 1983, 532.

PADOVANI T., Difesa legittime in Digesto delle discipline penalistiche, vol. III, Torino, 1989, 496.

PADOVANI T., Francesco Carrara e la teoria del reato, in Riv. It. Di dir. E proc. pen.

PAGLIARO A., Principi di diritto penale, Parte generale, ottava ed., Milano, 2003.

PALAZZO F.-PAPA M., Lezioni di diritto penale comparato, Torino, 2005.

PALAZZO F., Corso di diritto penale, Torino, 2006.

PALAZZO F., Sistema delle fonti e legalità penale, in Cass. pen. 2005, 277.

PALAZZO F.- SPANGHER G., Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano, La convenzione ONU di Palermo, 2007.

PATALANO V., Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale, Napoli, 2003.

PARISI, Il riciclaggio di denaro sporco fra cooperazione intergovernativa e attività istituzionale dell'Unione Europea, in Jus, Milano, 1999

PICOTTI L., I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale, in Ind. Pen., 2003.

PICOTTI L., Il dolo specifico, Milano, 1993.

PISANI N., Elemento psicologico del crimine internazionale nella parte generale dello Statuto della Corte Penale Internazionale, in Riv.it.dir.e proc. pen, 2001.

PORRO, Le competenze comunitarie per la lotta alla droga e al traffico di stupefacenti, in Rivista di dir. Int. Priv. E process., 1992

SALAZAR, Riciclaggio di capitali: direttiva comunitaria e legislazione italiana, in Foro italiano, Roma, 1991.

SALAZAR, Recenti sviluppi internazionali nella lotta alla corruzione, De Jure, 1998

SICURELLA R., Diritto penale e competenze dell'Unione Europea, Milano, 2005.

STILE A.M., Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze, Napoli, 1971.

VASSALLI G., Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei delitti di Stato nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista, Milano 2001.

VINCIGUERRA S., Introduzione allo studio del diritto penale inglese, Padova, 1992.

ZANETTI, L'Italia e la Convenzione di Palermo, in AA.VV., La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo, a cura di M.C. Bassiouni, Milano, 2005