



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei**

XXX ciclo

Tesi di Dottorato

**Il concorso apparente di norme nel  
diritto penale internazionale**

*Relatore*

*Prof.ssa Emanuela Fronza*

*Dottorando*

*Marco Bortoluzzi*

anno accademico 2016/2017





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**candidato: Marco Bortoluzzi**

# **IL CONCORSO APPARENTE DI NORME NEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE**

**Relatore Prof.ssa Emanuela Fronza**

Anno Accademico 2016/2017



**Indirizzo specialistico in Diritto e procedura penale e  
filosofia del diritto**

**XXX ciclo**

**Esame finale: 21/03/2018**

**Commissione esaminatrice:**

**Prof. Donato Castronuovo, Università di Ferrara**

**Prof. Stefano Fiore, Università del Molise**

**Prof. Chantal Meloni, Università di Milano**



*a M. e D., per aver scoccato la freccia del loro arco lontano*

*a P., dolce lacrima del mio Novecento*

*ai Punks, per mantenermi orgogliosamente fuori strada*

*a I., mio rifugio e quattro in potenza*

*a C., per aver compreso i silenzi e le assenze,  
ma soprattutto per indicarmi orizzonti al posto di confini*

*infine a me stesso, almeno un po'*





**IL CONCORSO APPARENTE DI NORME  
NEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE**

Abstract.....	5
Ringraziamenti.....	7
Elenco delle abbreviazioni.....	9

**PREMESSA**

**La questione del concorso di norme nel diritto penale internazionale**

1. Il duplice livello della convergenza di norme nel crimine internazionale.....	13
2. Il diritto penale internazionale come luogo di naturale manifestazione del molteplice .....	19
3. Unità e pluralità di reati: valore di una dicotomia ancora necessaria.....	20
4. Ragioni dell'indagine .....	21
5. Oggetto e struttura dell'indagine .....	22

**CAPITOLO I**

**Il diritto positivo e la giurisprudenza dei tribunali internazionali**

1. Una solitudine troppo rumorosa: l'art. 78 StICC .....	27
2. La differenza tra <i>cumulative charges</i> e <i>cumulative convictions</i> .....	32
3. Il diritto di Norimberga: possibili ragioni circa l'assenza di una riflessione sul concorso di norme.....	37
4. Rompere il silenzio: la giurisprudenza dei Tribunali <i>ad hoc</i> per la ex-Jugoslavia e il Ruanda .....	45
4.1. Il caso <i>Tadić</i> .....	50
4.2. Il test <i>Akayesu</i> .....	51
4.3. Il test <i>Kayishema e Ruzindana</i> .....	55
4.4. Il test <i>Kupreškić</i> .....	57
4.5. Il criterio <i>Čelebići</i> e l'affermazione del principio di specialità unilaterale .....	60
4.6. L'opinione dissenziente dei giudici Hunt e Bennouna.....	63
5. La giurisprudenza post- <i>Čelebići</i> .....	65
6. La giurisprudenza dei tribunali misti.....	71

7. Lo Statuto e la giurisprudenza della Corte penale internazionale .....	76
8. Paradossi, criticità e insufficienze del criterio <i>Čelebići</i> .....	80
9. Verso una dogmatica del concorso di norme nel diritto penale internazionale: l'importanza del metodo comparato .....	84

## CAPITOLO II

### Dall'analisi delle forme all'analisi delle funzioni:

#### il concorso di norme in una prospettiva comparata tra Italia e Francia

##### SEZIONE I. L'ORDINAMENTO ITALIANO

1. I presupposti logici della convergenza. L'esclusione dell'interferenza dall'ambito di configurabilità della convergenza potenzialmente apparente .....	93
2. I principi giuridici posti alla base della soluzione della convergenza. Teoria monistica vs. teoria pluralistica, criteri logici vs. criteri valoriali .....	101
2.1. Breve analisi esegetica dell'art. 15 c.p. ....	102
2.1.1. <i>La stessa materia</i> .....	103
2.1.2. <i>Le leggi e le disposizioni di legge</i> .....	105
2.2. I criteri logici: il principio di specialità .....	107
2.2.1. <i>La specialità unilaterale</i> .....	107
2.2.2. <i>Lo strano caso della specialità reciproca</i> .....	110
2.3. I criteri valoriali: la sussidiarietà e la consunzione. Vantaggi, aporie e criticità della teoria pluralista .....	115
2.4. Verso il superamento della dicotomia teoria monista / pluralista. Il principio del <i>ne bis in idem</i> sostanziale e l'assorbimento come effetto .....	122
3. Il recupero della politica criminale .....	125

##### SEZIONE II. L'ORDINAMENTO FRANCESE

4. Il concorso di qualificazioni e il concorso materiale di reati. Conseguenze di una distinzione fondamentale .....	128
5. Relazioni strutturali che danno origine alla convergenza apparente .....	132
6. La disciplina del <i>concours idéal d'infractions</i> e la natura eccezionale del concorso formale di reati .....	135
6.1. Prima eccezione: la pluralità di beni giuridici .....	137
6.2. Seconda eccezione: la pluralità delle vittime .....	141
7. Dall'analisi delle forme all'analisi delle funzioni. Verso una dogmatica della convergenza nel diritto penale internazionale .....	142

## CAPITOLO III

### Verso una dogmatica del concorso di norme nello Statuto della Corte penale internazionale

1. Il rapporto strutturale tra fattispecie come punto di partenza per una dogmatica del concorso di norme .....	146
---	-----

#### SEZIONE I. LE IPOTESI DI CONCORSO INTRA-CATEGORIALE

2. La convergenza impossibile: le norme incompatibili .....	150
3. Disposizioni a più norme e norme a più fattispecie: il crimine di arruolamento e utilizzo di bambini soldato .....	153
4. Casi semplici: il dominio della specialità unilaterale .....	155
4.1. Omicidio e sterminio come crimini contro l'umanità. L'eccezione dei casi <i>Stakić</i> e <i>Al Bashir</i> .....	157
5. Casi difficili: tra la specialità reciproca e il reato eventualmente complesso .....	161
5.1. La tortura commessa attraverso lo stupro. Il caso <i>Bemba Gombo</i> .....	163
5.2. La persecuzione come fattispecie «ombrello» .....	167
5.2.1. <i>La persecuzione commessa attraverso l'omicidio.</i> <i>Dal caso Krstić al caso Blé Guadé</i> .....	170
5.2.2. <i>La persecuzione come reato complesso</i> .....	174
5.2.3. <i>Persecuzione e apartheid possono concorrere?</i> .....	176

#### SEZIONE II. LE IPOTESI DI CONCORSO INTER-CATEGORIALE

6. Una nuova forma di convergenza .....	181
6.1. L'elemento di contesto dei crimini di guerra (art. 8 StICC) .....	182
6.2. L'elemento di contesto dei crimini contro l'umanità (art. 7 StICC) .....	186
6.3. L'elemento di contesto del crimine di genocidio (art. 6 StICC) .....	189
7. I presupposti della convergenza: il caso paradigmatico dell'omicidio .....	192
8. Proposte di soluzione .....	194
8.1. Prima proposta: l'elemento di contesto come condizione obiettiva di punibilità .....	196
8.2. Seconda proposta: la gerarchia delle fonti .....	200
8.2.1. <i>Critica fondata sulla classificazione arbitraria</i> .....	202
8.2.2. <i>Critica fondata sul tradimento dei presupposti</i> .....	204
8.2.3. <i>Critica fondata sul ristretto ambito di applicabilità</i> .....	206
8.3. Terza proposta: l'importanza dei motivi dell'agire .....	206
8.3.1. <i>Critica fondata sulla tipicità</i> .....	208
8.3.2. <i>Critica fondata sulla possibile coesistenza</i> .....	210
8.3.3. <i>Il rischio dell'eclissamento dei crimini contro l'umanità</i> .....	211

8.4. Quarta proposta: la gerarchia dei crimini internazionali .....	212
8.4.1. <i>Ragioni a favore di una gerarchia dei crimini internazionali</i> .....	214
8.4.2. <i>Ragioni a sfavore di una gerarchia dei crimini internazionali:</i> <i>l'approccio paritario</i> .....	216
8.4.3. <i>La clausola ceteris paribus come limite di applicabilità</i> <i>della gerarchia ai soli casi di concorso di norme</i> .....	217
9. La soluzione del concorso inter-categoriale .....	220
10. Le soluzioni del concorso di norme e le ricadute sul piano sanzionatorio e processuale.....	221
Rilievi conclusivi .....	229
Bibliografia .....	239
Indice dei casi .....	291

## ABSTRACT

*La commissione sistematica o su larga scala dei crimini internazionali non sembra lasciare molto spazio a singole ed isolate violazioni. Il diritto penale internazionale costituisce, per sue caratteristiche intrinseche, luogo del molteplice e della pluralità, in cui il concorso di norme e di reati trova la sua più naturale e logica manifestazione.*

*La ricerca ha ad oggetto il concorso apparente di norme nel diritto penale internazionale e, in particolare, le ipotesi di convergenze normative che si instaurano tra il crimine di genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra così come definiti dallo Statuto di Roma e applicati dalla Corte penale internazionale.*

*Rilevata l'assenza, negli Statuti dei tribunali internazionali, di disposizioni dedicate al concorso di norme, e viste le criticità e insufficienze che emergono dalle soluzioni adottate dalla giurisprudenza, lo studio privilegia un approccio di diritto comparato volto a individuare – se esistono – principi e criteri di soluzione da applicarsi alle ipotesi di convergenza che si verificano tra i crimini codificati all'interno dello Statuto di Roma.*

*L'analisi tiene distinte i casi di concorso intra-categoriale, che ricomprendono le convergenze che si verificano all'interno della stessa categoria di crimine, e le ipotesi di concorso inter-categoriale, avente ad oggetto le convergenze che si verificano tra le diverse categorie di crimini. Sullo sfondo la consapevolezza che qualsiasi strada intrapresa verso la razionalizzazione e semplificazione del concorso di norme deve fare i conti con l'impossibilità di eliminare o annientare a priori il fenomeno della convergenza, in quanto esso è inevitabile.*



## RINGRAZIAMENTI

Il primo ringraziamento va alla Prof.ssa Emanuela Fronza, mia *supervisor*, per essere stata la bussola e il timone che mi hanno dato una direzione durante questa navigazione in mare aperto. Grazie per le idee presenti e i sogni futuri, per condividere nella quotidianità le conoscenze e le riflessioni, per le occasioni di incontro e per le puntuali correzioni in sede di redazione del presente lavoro.

Grazie al Prof. Gabriele Fornasari per la sua costante presenza e guida accademica, la capacità di ascoltare e l'interesse a dialogare e condividere.

Grazie al Prof. Kai Ambos per avermi ospitato nel centro di ricerca di Goettingen, per le sue puntuali e mai scontate indicazioni, suggerimenti e osservazioni critiche che mi hanno permesso di raffinare il presente lavoro.

Grazie al Prof. Michele Panzavolta dell'Università di Leuven per avermi insegnato il valore delle domande.

Un grazie particolarmente sentito al Prof. Carlo Sotis per gli spunti di riflessione, anche se a distanza e spesso su carta, senza i quali non avrei saputo concludere questo lavoro.

Grazie a tutti i Professori e i dottorandi che ho avuto la fortuna di incontrare a Lione e Amsterdam durante le giornate di riflessione e studio sulla giustizia di transizione e il diritto penale: in particolare i Professori Damien Scalia, André Klip e Gerhard Kemp.

Infine grazie ai dottorandi Piergiuseppe Parisi, fedele compagno di viaggio, e Kevin Mariat, per avermi fatto risalire il fiume verso Kurz.





## ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

AC	Camera d'appello ( <i>Appeals Chamber</i> )
CCL	Legge del Consiglio di Controllo ( <i>Control Council Law</i> )
EAC	Camere Straordinarie Africane ( <i>Extraordinary African Chambers</i> )
EC	Elementi dei Crimini ( <i>Elements of Crimes</i> )
ECCC	Camere Straordinarie nelle Corti in Cambogia ( <i>Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia</i> )
ECtHR	Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ( <i>European Court of Human Rights</i> )
IACHR	Corte Inter-Americana dei Diritti dell'Uomo ( <i>Inter-American Court of Human Rights</i> )
ICC	Corte penale internazionale ( <i>International Criminal Court</i> )
ICJ	Corte Internazionale di Giustizia ( <i>International Court of Justice</i> )
ICRC	Comitato Internazionale della Croce Rossa ( <i>International Committee of the Red Cross</i> )
ICTR	Tribunale penale internazionale per il Ruanda ( <i>International Criminal Tribunal for Rwanda</i> )
ICTY	Tribunale penale internazionale per la ex-Yugoslavia ( <i>International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia</i> )
IMT	Tribunale militare internazionale di Norimberga ( <i>International Military Tribunal</i> )
IMTFE	Tribunale militare internazionale di Tokyo ( <i>International Military Tribunal for the Far East</i> )

RPE	Regole di Procedura e Prova <i>(Rules of Procedure and Evidence)</i>
SCSL	Corte Speciale per la Sierra Leone <i>(Special Court for Sierra Leone)</i>
SPSC	Panel Speciali per Timor Est <i>(Special Panels for East Timor)</i>
StGB	Codice penale tedesco <i>(Strafgesetzbuch)</i>
STL	Tribunale Speciale per il Libano <i>(Special Tribunal for Lebanon)</i>
TC	Camera di primo grado <i>(Trial Chamber)</i>
USMT	Tribunali Militari Americani <i>(United States Military Tribunal)</i>

*“Ciò che sfugge alla logica  
è quanto v'è di più prezioso in noi stessi”*

André Gide



## PREMESSA

# LA QUESTIONE DEL CONCORSO DI NORME NEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

1. Il duplice livello della convergenza di norme nel crimine internazionale. – 2. Il diritto penale internazionale come luogo di naturale manifestazione del molteplice. – 3. Unità e pluralità di reati: valore di una dicotomia ancora necessaria. – 4. Ragioni dell'indagine. – 5. Oggetto e struttura dell'indagine.

### 1. Il duplice livello della convergenza di norme nel crimine internazionale

L'analisi assume come punto di partenza una tanto fondamentale quanto ben nota constatazione: anche nel diritto penale internazionale<sup>1</sup> un soggetto può violare più volte la legge penale e vi è dunque spazio per il concorso formale o materiale di reati e del concorso apparente di norme, il quale rappresenta, dal punto di vista concettuale, l'antitesi e la negazione del primo.

Il concorso di norme scaturisce dalle relazioni che intercorrono tra le fattispecie criminose, le quali, allo stesso modo di quanto accade nel diritto penale nazionale, possono sovrapporsi, intersecarsi o entrare in conflitto.<sup>2</sup> Tuttavia, con riferimento ai

---

<sup>1</sup> Con l'espressione «diritto penale internazionale» e non «diritto internazionale penale» si indica quel corpo normativo che ha ad oggetto i crimini internazionali, individuati nel crimine di aggressione, nei crimini di guerra, nei crimini contro l'umanità e nel crimine di genocidio. La scelta di utilizzare la prima espressione risiede nella convinzione che tale sistema normativo costituisce *prima di tutto materia penale*: così E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, XVI. Cfr. altresì J.P. PIERINI, *Natura ed ambito di applicazione dello Statuto*, in V. FANCHIOTTI, *La Corte penale internazionale. Profili sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2014, 3. Limitandoci alla letteratura italiana, per una diversa impostazione A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. Diritto sostanziale*, Il Mulino, Bologna, 2005 e F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2013, 954.

<sup>2</sup> Si preferisce indicare il concorso di norme come un «problema» o una «questione» piuttosto che come un «dilemma». Un dilemma giuridico, infatti, può essere definito come un conflitto irrisolvibile e inevitabile tra due o più norme, di modo che l'applicazione dell'una si traduce necessariamente nell'inosservanza dell'altra: cfr. E. VRANES, *The Definition of "Norm Conflict" in International Law and Legal Theory*, in *European Journal of International Law*, 17, 2006, 418. La scelta di non

rapporti tra norme, nel diritto penale internazionale si osserva un maggior grado di complessità dovuto, da un lato, a caratteristiche ontologiche delle fattispecie criminose e, dall'altro, ai modelli di tipizzazione che ne derivano. Una premessa relativa alla tecnica di costruzione normativa delle figure di crimine internazionale è necessaria ai fini di una più corretta impostazione e comprensione della problematica oggetto della ricerca.

Nonostante il diritto penale internazionale sia ancora lontano dall'elaborazione di una teoria generale del reato,<sup>3</sup> dall'analisi dei testi che disciplinano l'attività delle diverse giurisdizioni internazionali (speciali e permanenti) e della giurisprudenza emerge l'adozione di una concezione bipartita del crimine, ispirata alla dicotomia di tradizione anglosassone tra *actus reus* e *mens rea*.<sup>4</sup> Così l'omicidio qualificato come crimine contro l'umanità è costituito dagli elementi oggettivi della condotta attiva od omissiva, dall'evento morte, dal nesso di causalità, e dall'elemento soggettivo del dolo intenzionale.

Accanto a questa struttura bipartita, che ricorda la carrariana distinzione tra forza fisica e forza morale, il crimine internazionale presenta un elemento di contesto, aggiuntivo e peculiare, atto a descrivere a livello normativo l'ambito collettivo in cui vengono commessi i reati (*Contextual Element* in inglese, *Chapeau* in francese o *Gesamtat* in tedesco): sarà pertanto necessario accertare che l'omicidio è avvenuto nell'ambito di un conflitto armato (crimine di guerra), di un attacco esteso o sistematico nei confronti della popolazione civile (crimine contro l'umanità) o con l'intenzione di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, razziale, etnico o religioso (crimine di genocidio).

---

qualificare come un «dilemma» il concorso di norme si giustifica, pertanto, con la considerazione che le possibili ipotesi di convergenza normativa non si riducono a conflitti irrisolvibili e inevitabili tra disposizioni, ma abbracciano un ventaglio variegato e disomogeneo di sovrapposizioni possibili. Un'analisi approfondita del concetto di «dilemma giuridico» nel diritto internazionale si rinviene in V. JEUTNER, *Irresolvable Norm Conflicts in International Law. The Concept of a Legal Dilemma*, Oxford University Press, Oxford, 2017, 20-37.

<sup>3</sup> Sulla necessità logica, dogmatica e di economia legislativa di una parte generale cfr. A. ESER, *The Need for a General Part*, in M.C. BASSIUNI (a cura di), *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, AIDP, Toulouse, 1993, 43-61; K. AMBOS, *Remarks on the General Part of International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, 660-673; F. MANTOVANI, *The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer*, in *Journal of International Criminal Justice*, 1, 2003, 26-38. Già da tempo sottolinea l'esigenza di giuridicizzare e di costruire su basi dogmatiche il diritto penale internazionale K. AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005 (trad. E. MALARINO).

<sup>4</sup> Cfr. K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 97. La teoria bipartita è stata accolta in Italia, tra gli altri, da Antolisei, Nuvolone, Pagliaro, Bricola, Grosso, Fiorella. Per la scelta bipartita giustificata da ragioni dogmatiche, di semplificazione sistematiche e pratiche, nonché per ulteriori riferimenti, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 107 (nota 7). Per la scelta tripartita dettata da una prospettiva metodologica teleologicamente orientata cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, 180.

Da un lato, la ragione della presenza di tale requisito si giustifica con la natura collettiva dei crimini internazionali,<sup>5</sup> essendo posti in essere dagli Stati o da entità para-statali che esplicitamente dirigono, ordinano, promuovono o tollerano la loro commissione (c.d. *system criminality*).<sup>6</sup> Si pensi allo sterminio di sei milioni di ebrei durante l'Olocausto, o al genocidio commesso in Ruanda: in entrambi gli scenari i crimini si inserivano in un contesto più ampio di violenza collettiva, organizzata e sistemica.

Dall'altro, è proprio l'elemento di contesto che permette di qualificare alcune condotte tipiche come offese a beni giuridici facenti capo alla collettività internazionale (*funzione incriminatrice*).<sup>7</sup> Un omicidio, uno stupro o un furto, che costituiscono già di per sé reato all'interno degli ordinamenti giuridici statali, ledono o minacciano «la pace, la sicurezza e il benessere del mondo»<sup>8</sup> se commessi in un contesto di uso della forza sistematico e organizzato, e in questo modo giustificano una loro criminalizzazione

<sup>5</sup> «*The heart of international criminal law remains collective in nature*»: G.P. FLETCHER, *The Storrs Lectures. Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt*, in *Yale Law Journal*, 111, 2002, 1514. Nel sostenere la natura collettiva del diritto penale internazionale, l'Autore compie un'analisi delle quattro categorie di crimini internazionali. Con riferimento al crimine di aggressione e ai crimini di guerra, la natura collettiva appare evidente: la guerra richiede, per sua stessa natura, un'azione coordinata ed organizzata, una catena di comando e la consapevolezza, da parte degli individui, di agire nell'ambito di uno sforzo bellico collettivo, sia esso promosso da uno Stato o da un gruppo armato. Anche per i crimini contro l'umanità non emergono particolari difficoltà nel dimostrare la loro natura collettiva, in quanto la definizione contenuta nello Statuto di Roma (art. 7 StICC) richiede che le condotte tipiche siano parte di un attacco esteso o sistematico realizzato in conseguenza o in esecuzione di una politica di uno Stato o di un'organizzazione. Apparentemente più problematico risulta il crimine di genocidio, in quanto la condotta di un unico individuo sembrerebbe integrare gli estremi della fattispecie. L'Autore, tuttavia, afferma che il crimine di genocidio deve avere ad oggetto soltanto gli attacchi contro un gruppo che si inseriscano in un conflitto sociale collettivo in cui la vittima e il gruppo preso di mira sono esposti a un pericolo continuo. In modo analogo anche P. GAETA, *The History and the Evolution of the Notion of International Crimes*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Ashgate, Farnham, 2010, 169-180; A. CASSESE, P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 37. Cfr. H. JÄGER, *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Berlin, 1989, secondo il quale la criminalità perpetrata in massa o in gruppo subisce le influenze di dinamiche collettive quali la responsabilità dell'autorità e la cieca obbedienza agli ordini impartiti. Critico, a tal riguardo, O'KEEFE, secondo cui l'argomento della collettività è fuorviante nella definizione dei crimini internazionali: R. O'KEEFE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 59.

<sup>6</sup> Il concetto di *system criminality* ha un duplice significato: da un lato, si riferisce al contesto organizzato in cui vengono commessi i crimini; dall'altro, sottolinea la natura collettiva dei crimini e le modalità in cui questi vengono commessi. Cfr. E. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 20 ss. Sul concetto di criminalità sistemica si rinvia al volume di H. VAN DER WILT, A. NOLLKAEMPER (a cura di), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009. Parte della dottrina ha utilizzato l'espressione «crimini dell'obbedienza» per identificare le condotte criminose conformi agli ordini imposti dall'autorità ma considerate illegali o immorali dalla maggior parte della comunità: H.C. KELMAN, V.L. HAMILTON, *Crimes of Obedience: Toward a Social Psychology of Authority and Responsibility*, Yale University Press, New Haven-London, 1989, 46.

<sup>7</sup> Così G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 35.

<sup>8</sup> Preambolo dello Statuto della Corte penale internazionale, par. 3.

all'interno dell'ordinamento internazionale.<sup>9</sup> Il diritto penale internazionale svolge, pertanto, una funzione di tutela e prevenzione dalle offese ai fondamentali beni giuridici collettivi ed universali riconducibili all'umanità in quanto tale.<sup>10</sup>

L'elemento collettivo complica il modello classico di attribuzione di un fatto all'autore del reato, poiché introduce un ulteriore livello di imputazione che ha ad oggetto l'interazione della condotta individuale con la componente sistemica, collettiva, massiva.<sup>11</sup>

Da quanto esposto emerge come i crimini internazionali (CI) siano fattispecie di natura complessa che ricomprendono una moltitudine di possibili condotte – cd. *fatti base* (F)<sup>12</sup> – accomunate da un elemento di contesto (EC) di violenza collettiva perpetrata, nella maggior parte dei casi, da uno Stato o da entità para-statali. La struttura, tripartita, che ne deriva può esser così sintetizzata:

$$CI = EC + F_{\text{actus reus}} + F_{\text{mens rea}}$$

La validità della formula è confermata dagli Elementi dei Crimini della Corte penale internazionale, i quali costituiscono una delle fonti primarie ai sensi dell'art. 21(1)(a) StICC e hanno la funzione di assistere i giudici nell'interpretazione e nell'applicazione dei crimini di competenza della Corte.<sup>13</sup> Il testo, adottato

<sup>9</sup> Questa affermazione indica due ulteriori funzioni svolte dall'elemento di contesto. La prima, che si potrebbe definire *distintiva*, permette di distinguere tra loro le categorie di crimini, ognuna di esse richiedendo un elemento di contesto peculiare. Data l'importanza di tale funzione all'interno della problematica del concorso di norme, si ritornerà più diffusamente sul punto (cfr. *infra*, cap. III, sez. II). La seconda (*funzione selettiva*) ci consente di tracciare una distinzione tra un reato comune (leggasi: punito all'interno di uno Stato) e un crimine internazionale. In assenza di un contesto collettivo di violenza non si potrebbe distinguere, né sul piano del fatto tipico né su quello della colpevolezza, un omicidio comune da un omicidio qualificato come crimine di guerra. In questo senso FLETCHER avverte che il vero, grande pericolo generato dall'ignorare la componente collettiva dei crimini internazionali consiste nell'immaginare quest'ultimi alla stregua di reati individuali disciplinati dal diritto nazionale: G.P. FLETCHER, *The Storrs Lectures*, cit., 1522.

<sup>10</sup> Sul principio internazionale di offensività si rinvia al contributo di L. MAY, *Crimes Against Humanity. A Normative Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 80-95. L'Autore ricorre al principio di offensività allo scopo di delimitare l'area di intervento dello strumento penale, proponendone la seguente formulazione: un danno grave alla comunità internazionale si verifica ogniqualvolta le vittime diventano bersagli delle condotte criminose perché appartenenti a un determinato gruppo e non in ragione di alcune caratteristiche individuali, oppure in tutti i casi in cui i crimini sono commessi da uno Stato o da un'altra entità collettiva (cd. *group-based harm approach*). Cfr. K. AMBOS, *Remarks on the General Part*, cit., 663.

<sup>11</sup> L'espressione «fatti-base» è ripresa dal contributo di A. DI MARTINO, *Lubanga e i bambini-soldato: note sul Judgment d'esordio della Corte penale internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2012, 1028.

<sup>13</sup> Come affermato da alcuni autori, l'elemento di contesto si aggiunge alla struttura bipartita del crimine internazionale. Sul punto cfr. I. MARCHUK, *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law. A Comparative Analysis*, Springer, London, 2014, 113. In modo alternativo, al fine di rimanere fedeli alla struttura bipartita, si potrebbe concepire la struttura del crimine nel seguente modo:

$$CI = EC + F_{(\text{actus reus} + \text{mens rea})}$$



dall'Assemblea Generale degli Stati parte nel giugno del 2000, scompone ogni fattispecie in elementi oggettivi (condotta, evento e circostanze), elementi soggettivi (se diversi dalla *mens rea* prevista in via generale dall'art. 30 StICC) ed elemento di contesto. Anche la giurisprudenza segue tale impostazione.<sup>14</sup>

Come può intuirsi, pertanto, la struttura complessa del crimine internazionale condiziona la materia del concorso di norme e, come vedremo nel paragrafo successivo, rappresenta una delle cause dell'alta frequenza statistica del concorso di reati.<sup>15</sup>

---

Alcuni autori preferiscono restare ancorati alla concezione tripartita e richiedere, oltre agli elementi oggettivi e soggettivi, l'assenza di una causa di giustificazione; l'elemento di contesto, invece, è dato come presupposto ontologico dello stesso concetto di crimine internazionale: cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 171. Si ripresenta, a livello internazionale, la contrapposizione tra bipartizione e tripartizione, incentrata ancora una volta sull'esistenza (o meno) della categoria dell'antigiuridicità oggettiva. La *querelle* è squisitamente dogmatica poiché si preoccupa di classificare gli istituti penalistici secondo logiche e funzioni che prescindono dalle definizioni compiute dal legislatore. Nonostante lo Statuto di Roma risenta dell'impostazione bipartita, dividendo tra elementi oggettivi e soggettivi sia la parte generale e che quella dedicata alla definizione delle singole fattispecie criminose, nell'ambito di una più attenta rielaborazione scientifica si può rilevare come talune esimenti – in particolare l'ordine del superiore e lo stato di necessità – non sembrano essere interamente riconducibili all'interno delle categorie dogmatiche dell'*actus reus* ovvero della *mens rea*, suggerendo l'opportunità di individuare una terza, e ulteriore, dimensione del crimine internazionale. Sul punto cfr. O. TRIFFTERER, S. BOCK, *Article 33*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 1182-1196; W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., 238-246; e, per uno studio di diritto comparato sull'antigiuridicità oggettiva, A. REED, M. BOHLANDER (a cura di), *General Defences in Criminal Law. Domestic and Comparative Perspectives*, Ashgate, Farnham, 2014. Infine, altri autori ancora preferiscono restare ancorati alla struttura quadripartita del crimine e composta dall'*actus reus* («l'ensemble des éléments descriptifs qui caractérisent l'action ou l'omission prohibées»), dalla *mens rea* («l'élément mental ou intérieur au perpétreur»), dai motivi di esclusione della responsabilità penale e dalle condizioni obiettive per la persecuzione del reato (*ne bis in idem* processuale, età dell'imputato, immunità e prescrizione estintiva): sul punto si rinvia a R. KOLB, D. SCALIA, *Droit international pénal. Précis*, Helbing Lichtenhan, Bâle, 2012, 65-67. A nostro avviso, quest'ultima impostazione non può esser accolta perché confonde gli elementi costitutivi del reato con fattori esterni al fatto tipico, come le cause di esclusione della pena (immunità), o che intervengono dopo che il reato è già perfetto, come le cause di estinzione del reato (prescrizione).

<sup>14</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, TC-III, ICC-01/05-01/08, 21 marzo 2016.

<sup>15</sup> La natura collettiva del crimine internazionale ci obbliga, in realtà, a una più ampia riflessione sui pilastri su cui poggia il diritto penale moderno (fatto tipico, personalità del reo e conseguenze penali). In questa sede non è possibile analizzare l'impatto dell'elemento di contesto con riferimento a ciascun profilo. Si vogliono comunque evidenziare almeno tre profili problematici che la componente sistemica dei crimini solleva. In primo luogo, sarà metodologicamente più proficuo pensare le fattispecie internazionali come reati a concorso (di persone) *tendenzialmente* necessario, in quanto tale forma di manifestazione del reato è destinata a giocare un ruolo di assoluta prevalenza: cfr. M. COSTI, *Autoria e forme di partecipazione criminosa*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 87. In secondo luogo, si renderà necessario compiere, dal punto di vista processuale, una selezione «verso l'alto» degli autori dei crimini, in quanto soltanto i *leader* politici, militari, o di qualsiasi altro gruppo coinvolto nelle ostilità possono dirigere, coordinare o quantomeno tollerare le azioni di violenza collettiva: K. AMBOS, *Remarks on the General Part*, cit., 664. Infine, sarà necessario interrogarsi sulla responsabilità penale degli esecutori materiali dei crimini (c.d. *low-level perpetrators*) e su quali fattori psicologico-sociali condizionino la commissione dei crimini da parte di semplici cittadini, per il triplice fine di giungere a una miglior consapevolezza circa le cause della criminalità, la commisurazione proporzionata della pena e il superamento collettivo delle atrocità di massa. Sul punto si rinvia agli studi di D.G. DUTTON, *The Psychology of Genocide, Massacres, and Extreme Violence. Why "Normal" People Come to Commit Atrocities*, Praeger

Con riferimento ai rapporti tra norme, preme sottolineare come il concorso tra esse, da risolversi nel senso dell'apparenza o della realtà, può manifestarsi su un duplice livello.

Nella prima ipotesi, che definiremo *intra-categoriale* (o intra-crimine), le sovrapposizioni normative si riferiscono a fattispecie ricomprese all'interno della stessa categoria di crimini. Così, se nel contesto di un attacco sistematico nei confronti della popolazione civile si registrano 50 vittime, il fatto sembra astrattamente riconducibile alle ipotesi di omicidio e di sterminio, entrambi qualificati come crimini contro l'umanità. Nel concorso intra-categoriale si verifica, dunque, una situazione del tutto analoga a quanto accade nel diritto penale nazionale qualora più norme appaiano *prima facie* applicabili al medesimo fatto.

Del tutto diversa si presenta la seconda ipotesi, che definiremo *inter-categoriale* (o inter-crimine).<sup>16</sup> In questi casi, infatti, si verifica un fenomeno del tutto peculiare, poiché ci possiamo trovare di fronte a due o più norme che incriminano la medesima condotta e il medesimo evento, e si differenziano soltanto per l'elemento di contesto. Un esempio paradigmatico ci aiuta a comprendere meglio questo fenomeno: la medesima condotta di omicidio può configurare, se commessa nell'ambito di un contesto armato e di un attacco esteso o sistematico nei confronti della popolazione civile e col dolo specifico della distruzione totale di un gruppo religioso, sia un crimine di guerra [art. 8(2)(a)(i) StICC] che un crimine contro l'umanità [art. 7(1)(a) StICC] che un crimine di genocidio [art. 6(a) StICC]. Per determinare se in queste ipotesi ci si trovi di fronte a un concorso apparente di norme ovvero a un concorso formale di reati, sarà necessario tenere in debita considerazione l'elemento di contesto.<sup>17</sup>

Nel diritto penale internazionale, pertanto, il duplice livello di potenziali sovrapposizioni ed interferenze conferisce alla materia del concorso di norme un grado di maggior complessità. Vi è da chiedersi se, a fronte di questa peculiare manifestazione della convergenza di norme, i criteri classici di soluzione della questione – specialità, consunzione e sussidiarietà – siano direttamente applicabili in ambito internazionale o se, al contrario, sia opportuno idearne di nuovi.

---

Security International, London, 2007 e J. WALLER, *Becoming Evil. How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

<sup>16</sup> La dicotomia concorso intra-categoriale / concorso inter-categoriale è presente nella dottrina internazionale: cfr., fra i tanti, I. ERDEI, *Cumulative Convictions in International Criminal Law: Reconsideration of a Seemingly Settled Issue*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 34, 2001, 3.

<sup>17</sup> Una questione dibattuta durante i lavori preparatori allo Statuto di Roma riguardava la natura dell'elemento di contesto, che secondo alcune delegazioni doveva considerarsi un mero requisito di natura giurisdizionale, idoneo ad attivare la competenza della Corte. Un altro orientamento, che si condivide, considera il *contextual element* come elemento del fatto oggettivo tipico, con le relative implicazioni sul profilo soggettivo. Cfr. M. KELT, H. VON HEBEL, *General Principles of Criminal Law and the Elements of Crimes*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, New York, 2001, 28.

## 2. Il diritto penale internazionale come luogo di naturale manifestazione del molteplice

La natura collettiva dei crimini internazionali reca con sé una ulteriore implicazione: la loro commissione sistematica o su larga scala non sembra lasciare spazio a singole ed isolate violazioni.<sup>18</sup> Il diritto penale internazionale costituisce, per sue caratteristiche intrinseche, luogo del molteplice e della pluralità, in cui il concorso di reati, soprattutto materiale, trova la sua più naturale e logica manifestazione.<sup>19</sup>

Tale affermazione trova conferma all'art. 7(2)(a) StICC concernente i crimini contro l'umanità, il quale definisce l'attacco contro la popolazione civile come un «*course of conduct involving the multiple commission of acts*». Il singolo omicidio, per poter qualificarsi come crimine contro l'umanità, dovrà essere commesso all'interno di un contesto in cui, per definizione, concorrono molteplici condotte criminose.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 280; C.F. STUCKENBERG, *Multiplicity of Offences: Concursus Delictorum*, in H. FISCHER, C. KRESS, S.R. LÜDER (a cura di), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law. Current Developments*, Nomos, Berlin, 2001, 559.

<sup>19</sup> Cfr. S. WALTHER, *Cumulation of Offences*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Law: A Commentary. Volume I*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 495. Una conferma giurisprudenziale si legge nel caso *Katanga* svoltosi dinanzi alla Corte penale internazionale, in cui i giudici hanno affermato che «the crimes falling within the jurisdiction of this Court [...] will almost inevitably concern collective or mass criminality»: ICC, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, PTC-I, ICC-01/04-01/07, 30 settembre 2008, par. 501 (enfasi aggiunta). A tal riguardo è necessario compiere una precisazione terminologica: quando si afferma che il diritto penale internazionale costituisce «luogo del molteplice» si intende declinare la pluralità con riferimento non tanto all'astratta convergenza normativa sul medesimo fatto quanto alla moltitudine di condotte e al concorso materiale di reati. In altre parole, la tecnica di costruzione normativa delle fattispecie internazionali (elemento di contesto e fatti-base) è concepita per rappresentare e racchiudere fenomeni complessi, articolati e plurioffensivi, in modo tale da poter sussumere quel «molteplice» all'interno di un'unica disposizione. Ciò chiarito, occorre constatare come la realizzazione di un crimine internazionale, data la sua natura collettiva (non eliminabile e) tipizzata all'interno della definizione normativa, si inserisce spesso all'interno di un quadro sistematico ed esteso di violazioni. La pluralità materiale di reati che si realizza può giocare un ruolo di fondamentale importanza anche all'interno della problematica del concorso di norme: se, da un lato, la «capacità riassuntiva» delle disposizioni internazionali argina il fenomeno della convergenza sul medesimo quadro di vita, dall'altro la frequente consequenzialità e/o contestualità delle condotte poste in essere da un medesimo autore impone una maggior riflessione circa l'applicazione di criteri valoriali – come la sussidiarietà, la consunzione o le figure dell'antefatto o postfatto non punibili – idonei ad ampliare l'area di *reductio ad unum* e delimitare l'estensione della pluralità. Con riferimento all'applicazione dei criteri valoriali alle relazioni-presupposto che danno vita a un concorso materiale di reati si rinvia a *infra*, cap. II, par. 2.3.

<sup>20</sup> La nozione di «*course of conduct*» fa riferimento a una pluralità di atti commessi anche in tempi e luoghi distinti, come risulta da una pronuncia del Tribunale per la ex-Jugoslavia in tema di persecuzione: «The very nature of the criminal acts in respect of which competence is conferred [...] ensures that what is to be alleged will not be one particular act but, instead, a course of conduct. When the particular crime against humanity is persecution on the grounds alleged, with the aura of continuity over a period of that that conveys, it becomes the more certain that this will be so»: ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion on the Form of the Indictment, TC-II, IT-94-1-T, 14 novembre 1995, par. 11 (enfasi aggiunta).

La distinzione tra unità e pluralità di condotte assume contorni più incerti e, di conseguenza, anche la dicotomia tra concorso formale e materiale di reati non sembra fondarsi su solide basi, soprattutto con riferimento alle ipotesi di concorso inter-categoriale. In tali casi si registrano due approcci alternativi.

Il primo orientamento considera i crimini contro l'umanità e il genocidio come reati *mono-offensivi* del bene giuridico – di natura collettiva – individuato nell'umanità o nella pace e sicurezza internazionale, e conclude per l'unità di reato nei casi in cui le diverse condotte siano legate da un fattore temporale e spaziale (contestualità degli atti) e funzionale (medesimo fine). Secondo questa prospettiva, l'uccisione di alcuni membri appartenenti a un gruppo nazionale avvenuta durante una deportazione costituisce un solo crimine contro l'umanità.<sup>21</sup>

Il secondo orientamento considera i crimini internazionali come fattispecie *pluri-offensive*, capaci di ledere sia beni giuridici di carattere universale che valori fondamentali della persona, quali la vita e l'integrità fisica, con la conseguente propensione verso la pluralità di reati (nell'esempio proposto sopra, l'uccisione di alcuni membri appartenenti a un gruppo nazionale avvenuta durante una deportazione costituisce due crimini contro l'umanità: l'omicidio e la deportazione).<sup>22</sup>

Ciò che preme evidenziare fin da ora è che all'interno del diritto penale internazionale il fenomeno della pluralità di reati si manifesta con assidua frequenza. Una singola condotta, se commessa nell'ambito del contesto tipizzato dalla disposizione, può integrare un crimine internazionale.<sup>23</sup> Tuttavia, quest'ultima ipotesi rappresenta un'eccezione alla fenomenologia delle atrocità di massa.

### 3. Unità e pluralità di reati: valore di una dicotomia ancora necessaria

La natura collettiva e il contesto di violenza massiva permettono di considerare i crimini internazionali come reati *tendenzialmente* in concorso tra loro.

Viste le peculiarità sul piano ontologico e giuridico che caratterizzano i crimini internazionali, una domanda sorge spontanea: quale valore assume la dicotomia unità / pluralità di reati nel diritto penale internazionale? Ha ancora senso tenere ben distinte le ipotesi di unità e pluralità di reati in un terreno normativo che costituisce la naturale manifestazione del molteplice?

Il valore della dicotomia in questione è confermato da due coordinate tra loro intersecanti: l'offensività e la proporzionalità.

<sup>21</sup> Cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 388.

<sup>22</sup> Cfr. E. MACULAN, A. LIÑÁN LAFUENTE, *Relaciones Concursales*, in A. GIL GIL, E. MACULAN (a cura di), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, 312.

<sup>23</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Judgment, TC, IT-95-16-T, 14 gennaio 2000, par. 550.

Con riferimento alla prima, la distinzione tra un singolo reato e una pluralità di reati – pur se facenti parte di un medesimo disegno criminoso – acquista un’importanza fondamentale perché permette di quantificare il numero di violazioni a una o a più disposizioni. Se è vero che l’elemento di contesto esprime una dimensione collettiva, è altrettanto pacifico che la singola condotta può non avere carattere massivo: essa deve inserirsi in tale contesto di violenza, ma non deve necessariamente manifestarsi attraverso una dimensione collettiva.<sup>24</sup> Tenere distinte le ipotesi di unità di reato, pur sempre commesso nell’ambito di un contesto di violenza massiva, da quelle di pluralità di reati consente di capire *per quanti crimini* un soggetto è ritenuto responsabile.

Con riferimento alla seconda, la dicotomia unità / pluralità permette di tradurre sul piano della commisurazione della pena la portata offensiva della condotta. In altri termini, mentre in sede di *judgment* la distinzione tra unità e pluralità di reati consente di giungere a una più fedele qualificazione giuridica del fatto commesso, nella fase di *sentencing* la proporzionalità conferisce *penalità* alla dicotomia unità / pluralità, consentendo di esprimere in termini sanzionatori la differenza tra singola violazione e pluralità di violazioni.

#### 4. Ragioni dell’indagine

Nonostante il diritto penale internazionale si presenti come luogo di naturale manifestazione del molteplice, il concorso di norme rappresenta una delle tematiche meno studiate.<sup>25</sup> Per tale ragione si ritiene che una ricerca approfondita sulla problematica del concorso possa contribuire a una riflessione, teorica e pratica, su tale istituto.<sup>26</sup>

Tuttavia, a prescindere dalle geometriche giustificazioni volte a migliorare l’estetica giuridica dell’edificio normativo, occorre interrogarsi su quali siano le reali esigenze concrete che sottendono allo studio del concorso di norme. Perché, dunque, una ricerca in tale ambito? Perché non lasciare che sia (ancora) la giurisprudenza a risolvere l’annosa questione dell’apparenza?

<sup>24</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *The General Principles of International Criminal Law*, cit., 31.

<sup>25</sup> Così K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 246.

<sup>26</sup> In senso conforme cfr. C.F. STUCKENBERG, *Multiplicity of Offences*, cit., 561. Nella manualistica sono pochi i manuali che dedicano un capitolo alla problematica del concorso: cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 246-266; G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 280-286; E. MACULAN, A. LIÑÁN LAFUENTE, *Relaciones Concurrales*, cit., 303-322. A livello monografico nella letteratura internazionale si rinviene la sola opera di O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters. Re-characterisation in International Criminal Law*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004 e, in Italia, la tesi di laurea di C. CAMPANARO, *L’overlapping dei crimini di guerra e dei crimini contro l’umanità nel diritto internazionale penale*, Università degli Studi di Napoli Federico II, anno accademico 2004/2005, con relatore M. IOVANE.

In primo luogo, vale la pena ricordare che la soluzione del concorso di norme può espandere o restringere l'area del punibile, determinando quali reati debbano essere tenuti in debita considerazione in fase di determinazione della pena. Emergono pertanto esigenze di equità e di certezza giuridica legate ai principi di *nullum crimen e nulla poena sine lege* volte a «trovare un principio unitario e di immediata applicazione pratica che elimini le incertezze che fanno del concorso di norme il fianco più vulnerato del principio [...] di legalità».<sup>27</sup>

In secondo luogo, si vogliono evitare alcune conseguenze pregiudizievoli per l'imputato: l'eccessiva e ingiustificata proliferazione dei capi d'accusa impone alla difesa una gravosa preparazione su tutte le imputazioni; la plurima qualificazione giuridica dello stesso fatto comporta la plurima stigmatizzazione dell'autore; la condanna per più crimini in concorso può avere conseguenze negative in fase di esecuzione della pena, in particolare ai fini della liberazione anticipata; il cumulo di condanne può esporre l'imputato a un trattamento sanzionatorio più severo o alla dichiarazione di abitudine nel caso di reati commessi successivamente.<sup>28</sup>

In terzo luogo, esigenze di giustizia e uguaglianza richiedono razionalità e uniformità nel trattamento sanzionatorio:<sup>29</sup> reati della stessa natura commessi nelle medesime circostanze dagli stessi soggetti attivi dovrebbero essere puniti in modo analogo, così come la pluralità di reati dovrebbe attrarre una sanzione più elevata rispetto alle ipotesi di unità di reato.

## 5. Oggetto e struttura dell'indagine

Poste le premesse e le ragioni dell'indagine e precisato che la ricerca ha ad oggetto il concorso apparente di norme nel diritto penale internazionale, è opportuno delimitare e specificare il campo della ricerca, soprattutto con riferimento al «diritto penale internazionale», la cui definizione può poggiarsi su diversi criteri come quelli della fonte (nazionale o internazionale), dell'oggetto (crimini internazionali o transnazionali) o della giurisdizione competente (interna o internazionale).

Nel presente lavoro, come già anticipato, per diritto penale internazionale si intende quella parte del diritto internazionale pubblico che prevede una responsabilità individuale per i crimini internazionali così come previsti dagli Statuti dei tribunali internazionali.

Da un lato, non verrà presa in considerazione la disciplina nazionale sui crimini internazionali, siano essi previsti nel codice penale o di procedura penale o nella legislazione complementare. L'analisi sarà limitata al solo diritto penale internazionale

<sup>27</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 482.

<sup>28</sup> Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Separate and Dissenting Opinion of Judge David Hunt and Judge Mohamed Bennouna, AC, IT-96-21-A, 20 febbraio 2001, par. 23.

<sup>29</sup> Cfr. C.F. STUCKENBERG, *Multiplicity of Offences*, cit., 563.

così come previsto dagli Statuti e applicato dalla giurisprudenza dei tribunali internazionali e dei tribunali misti. Tra questi, particolare attenzione sarà dedicata ai Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e il Ruanda e ai tribunali misti per la Sierra Leone, la Cambogia e il Chad, visto il ruolo di attori protagonisti nell'applicazione ed evoluzione del diritto penale internazionale.

Ciononostante, le indicazioni proposte alla fine di questo lavoro saranno indirizzate soltanto verso un attore specifico: la Corte penale internazionale. Le ragioni di questa scelta sono quasi imposte. Lo studio del concorso di norme presuppone, a monte, l'individuazione di un testo normativo ben determinato, di modo che sia possibile prevedere le ipotesi di convergenza tra norme. Senza una definizione dei crimini non sarebbe infatti possibile procedere ad alcun confronto – logico-strutturale o valutativo-valoriale – tra fattispecie. E nella scelta del corpo normativo si è data preferenza al sottosistema della Corte penale internazionale perché essa costituisce, ad oggi, l'unica corte internazionale con funzioni permanenti e a vocazione universale.<sup>30</sup>

Dall'altro lato occorre altresì precisare che non tutte le categorie criminose saranno oggetto del presente lavoro. I crimini internazionali sono «tradizionalmente individuati nel *genocidio*, nei *crimini contro l'umanità*, nei *crimini di guerra* e nei *crimini contro la pace*».<sup>31</sup> La ricerca analizza le ipotesi di concorso che possono instaurarsi tra le prime tre categorie di crimini. Il crimine di aggressione, per contro, non viene ricompreso all'interno di questo studio. Quest'ultimo, così come formulato all'art. 8bis StICC,<sup>32</sup> non può generare alcuna sovrapposizione normativa con il genocidio e i

<sup>30</sup> Con la ratifica di El Salvador del 3 marzo 2016 sono 124 gli Stati membri della Corte penale internazionale. Tuttavia Stati Uniti, Cina, India, Russia e altri paesi influenti non hanno ancora firmato il trattato di Roma che ha istituito la Corte. Sul punto si rinvia a D. SCHEFFER, *Article 98(2) of the Rome Statute: America's Original Intent*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 333-353; L. JIANPING, W. ZHIXIANG, *China's Attitude Towards the ICC*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 608-620; B. TUZMUKHAMEDOV, *The ICC and Russian Constitutional Problems*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 621-626; U. RAMANATHAN, *India and the ICC*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 627-634; H. ABTAHI, *The Islamic Republic of Iran and the ICC*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 635-648. La Corte penale internazionale risulta inoltre essere l'unica corte permanente, dato che gli altri tribunali internazionali o misti sono stati istituiti con una limitata durata temporale o hanno avviato una fase di dialogo con le istituzioni locali in vista della loro chiusura: cfr. il sito che disciplina l'attività del *Mechanism for International Criminal Tribunals*, organo istituito dalle Nazioni Unite per far fronte alla chiusura dei Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e il Ruanda (<http://www.unmict.org/en>); S. CANNATA, M. COSTI, *Da consumarsi rpreferibilmente entro... Brevi considerazioni sulla dimensione temporale del tribunale penale internazionale*, in G. CALVETTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Il Tribunale per la ex-Jugoslavia: attività svolta e prospettive in vista del suo scioglimento*, Giuffrè, Milano, 2007, 282-295; L.A. BARRIA, S.D. ROPER, *Judicial Capacity Building in Bosnia and Herzegovina: Understanding Legal Reform Beyond the Completion Strategy of the ICTY*, in *Human Rights Review*, 9, 2008, 317-330; F. DONLON, *The Transition of Responsibilities from the Special Court to the Residual Special Court for Sierra Leone. Challenges and Lessons Learned for Other International Tribunals*, in *Journal of International Criminal Justice*, 11, 2013, 857-874.

<sup>31</sup> COSTI M., FRONZA E., *Il diritto penale internazionale: nascita ed evoluzione*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 1.

<sup>32</sup> Art. 8bis StICC: «For the purpose of this Statute, 'crime of aggression' means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or

crimini contro l'umanità: esso risulta essere un crimine distinto, con elementi tipici peculiari incapaci di intersecarsi con quelli delle altre due categorie criminose sopra elencate. Non essendovi spazio per un certo grado di sovrapposizione normativa viene a mancare il primo presupposto ontologico ed essenziale del concorso di norme.

In parte diverso si presenta il rapporto tra aggressione e crimini di guerra. Da un lato, l'art. 8bis(2)(b) StICC prevede che l'atto di aggressione possa essere costituito dal bombardamento o dall'impiego di armi da parte delle forze armate di uno Stato contro il territorio di un altro Stato. Dall'altro, l'art. 8(2)(b)(xx) StICC qualifica come crimine di guerra l'utilizzo di alcune armi e proiettili vietate dal diritto internazionale umanitario. *Quid iuris* nell'ipotesi in cui l'atto di aggressione si concretizzi in un bombardamento in cui vengono utilizzate delle armi biologiche?

In tale circostanza si avrà una indubbia sovrapposizione normativa tra il crimine di aggressione e il crimine di guerra. Tuttavia, il rapporto strutturale che si instaura tra queste fattispecie è destinato a generare *sempre* un concorso formale di reati, dato che le fattispecie coincidono per la sola condotta (il bombardamento), mentre per tutti gli altri elementi si pongono in rapporto di completa eterogeneità. Tale relazione costituisce il presupposto per il concorso formale di reati e non può risolversi nell'apparenza.<sup>33</sup>

In altri termini, la mancata attenzione dedicata al crimine di aggressione si spiega attraverso la sua incapacità di concorrere con gli altri crimini (di genocidio e contro l'umanità) ovvero con la sua capacità di generare sempre una pluralità di reati in caso di concorso con i crimini di guerra.

Alla luce di tali precisazioni e in linea con quanto anticipato, la ricerca ha ad oggetto le ipotesi di concorso di norme che si instaurano all'*interno* delle categorie e *tra* le categorie del genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra così come

---

*to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations».* Sulla definizione del crimine di aggressione e la sua codificazione all'interno dello Statuto di Roma a sèguito della conferenza di Kampala, cfr. A. ZIMMERMANN, E. FREIBURG, *Article 8 bis*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2016, 580-618; E. MACULAN, *Il crimine di aggressione*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 415-431; M. POLITI, *The ICC and the Crime of Aggression: A Dream that Came Through and the Reality Ahead*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 267-288; K. AMBOS, *The Crime of Aggression after Kampala*, in *German Yearbook of International Law*, 53, 2010, 463-509; A. CASSESE, *On Some Problematical Aspects of the Crime of Aggression*, in *Leiden Journal of International Law*, 20, 2007, 841-849; M. GILLET, *The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court*, in *International Criminal Law Review*, 13, 2013, 829-864; M. MANCINI, *A Brand New Definition for the Crime of Aggression: the Kampala Outcome*, in *Nordic Journal of International Law*, 81, 2012, 227-248; C. KRESS, L. VON HOLTZENDORF, *The Kampala Compromise on the Crime of Aggression*, in *Journal of International Criminal Justice*, 8, 2010, 1179-1217; K.J. HELLER, *The Uncertain Legal Status of the Aggression Understandings*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 229-248; M. POLITI, G. NESI (a cura di), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Routledge, New York, 2004.

<sup>33</sup> Sui presupposti logici della convergenza in relazione alle ipotesi di interferenza per la sola condotta si rinvia a *infra*, cap. II, par. 1.



*definiti* dallo Statuto di Roma e *applicati* dalla Corte penale internazionale.<sup>34</sup> Sullo sfondo la consapevolezza che qualsiasi strada intrapresa verso la razionalizzazione e semplificazione del concorso di norme deve fare i conti con l'impossibilità di eliminare o annientare a priori il fenomeno della convergenza, in quanto esso è inevitabile.

---

<sup>34</sup> La ricerca non può non tenere in debita considerazione la distinzione tra la disposizione, intesa come enunciato normativo, e la norma, definita come il risultato dell'interpretazione della disposizione astratta. A tal riguardo si rinvia a M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, 161 ss.; M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, 11 ss.; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, online, 2013, 6-7. È pertanto opportuno compiere due precisazioni. Da un lato, si rimarrà fedeli alla terminologia «concorso di norme» per indicare sia il concorso di disposizioni che quello delle norme: tale scelta mira a non complicare ulteriormente la problematica del concorso suddividendola, di volta in volta, nelle categorie del «concorso di disposizioni» e del «concorso di norme». Dall'altro lato, visto il ruolo interpretativo (e a volte creativo) della giurisprudenza dei tribunali internazionali, il riferimento al concorso di *norme* si presenta come il più adatto poiché l'oggetto del raffronto strutturale tra fattispecie non è costituito dall'enunciato normativo astratto (peraltro spesso non sufficientemente determinato) ma dal risultato dell'interpretazione e dell'applicazione della disposizione astratta da parte dei giudici internazionali. Sull'importante ruolo svolto dalla giurisprudenza nell'applicazione e, a volte, nella creazione del diritto penale internazionale, cfr. S. DARCY, J. POWDERLY (a cura di), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2010; S. DARCY, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014. Per la giurisprudenza si vedano le sentenze della Corte Speciale per la Sierra Leone e delle Camere Straordinarie nelle Corti in Cambogia che hanno qualificato il matrimonio forzato come un «nuovo» crimine caratterizzato dall'imposizione dello *status* di moglie ai danni della vittima: SCSL, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao (RUF case)*, Judgment, AC, SCSL-04-15-A, 26 ottobre 2009, par. 736; SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (AFRC case)*, Judgment, AC, SCSL-04-16-A, 22 febbraio 2008, par. 196; ECCC, *Prosecutor v. Chea and Samphan (Case 002)*, Closing order, 15 settembre 2010, par. 1443.



## CAPITOLO I

# IL DIRITTO POSITIVO E LA GIURISPRUDENZA DEI TRIBUNALI INTERNAZIONALI

1. Una solitudine troppo rumorosa: l'art. 78 StICC. – 2. La differenza tra *cumulative charges* e *cumulative convictions*. – 3. Il diritto di Norimberga: possibili ragioni circa l'assenza di una riflessione sul concorso di norme. – 4. Rompere il silenzio: la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e il Ruanda. – 4.1. Il caso *Tadić*. – 4.2. Il test *Akayesu*. – 4.3. Il test *Kayishema e Ruzindana*. – 4.4. Il test *Kupreškić*. – 4.5. Il criterio *Čelebići* e l'affermazione del principio di specialità unilaterale. – 4.6. L'opinione dissenziente dei giudici Hunt e Bennouna. – 5. La giurisprudenza post-*Čelebići*. – 6. La giurisprudenza dei tribunali misti. – 7. Lo Statuto e la giurisprudenza della Corte penale internazionale. – 8. Paradossi, criticità e insufficienze del criterio *Čelebići*. – 9. Verso una dogmatica del concorso di norme nel diritto penale internazionale: l'importanza del metodo comparato.

### 1. Una solitudine troppo rumorosa:<sup>1</sup> l'art. 78 StICC

L'assenza di disposizioni relative alla soluzione del concorso di norme costituisce una costante nella codificazione del diritto penale internazionale. Negli Statuti dei tribunali internazionali non si rinvencono disposizioni aventi ad oggetto né i principi che regolano la materia del concorso di norme né precise indicazioni circa il trattamento sanzionatorio da applicare nei casi di pluralità di reati, fatta (relativa) eccezione per l'art. 78(3) dello Statuto della Corte penale internazionale (StICC).

In particolare, gli Statuti dei Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia (ICTY) e per il Ruanda (ICTR) non dedicavano alcuna disposizione al fenomeno del concorso di norme e di reati, nemmeno con riferimento alla commisurazione della sanzione.

L'unica disposizione in materia si rinveniva alla regola 87(c) delle Regole di Procedura e Prova (RPE), la quale prevedeva che qualora un imputato fosse giudicato colpevole di aver commesso *più di un crimine*, la Camera di primo grado poteva, da un lato, stabilire una pena per ciascun reato e indicare se le pene dovessero essere eseguite

---

<sup>1</sup> L'espressione è tratta dall'omonimo romanzo di B. HRABAL, *Una solitudine troppo rumorosa*, ora in B. HRABAL, *Opere scelte*, Meridiani Mondadori, Milano, 2003.

contemporaneamente o in modo consecutivo ovvero, dall'altro, stabilire una pena unica proporzionata alla colpevolezza dell'imputato.<sup>2</sup> Tuttavia, alcun riferimento normativo poteva indirizzare il giudice nell'accertamento dell'unità o della pluralità di reati.

Il silenzio del diritto positivo si è protratto con l'istituzione dei tribunali misti per la Cambogia, Sierra Leone e Timor Est, ma è stato (parzialmente) interrotto dallo Statuto di Roma. Divenuto «realità»<sup>3</sup> il 1 luglio 2002, lo Statuto che istituisce la Corte penale internazionale<sup>4</sup> è l'unico testo normativo che presenta una disposizione in materia di concorso di reati.

<sup>2</sup> Regola 87(c): «*If the Trial Chamber finds the accused guilty on one or more of the charges contained in the indictment, it shall impose a sentence in respect of each finding of guilt and indicate whether such sentences shall be served consecutively or concurrently, unless it decides to exercise its power to impose a single sentence reflecting the totality of the criminal conduct of the accused*». Con riferimento alle RPE dell'ICTY, il paragrafo c) è stato aggiunto durante la diciottesima sessione plenaria tenutasi tra il 9 e il 10 luglio 1998. Nella sua prima e rudimentale formulazione non era prevista alcuna regola relativa al *sentencing*. Soltanto dopo le sostanziali modifiche apportate il 19 gennaio 2001 (ventitreesima sessione plenaria) si è giunti all'attuale formulazione. La prima applicazione della RPE 87(c) si è avuta durante il caso *Foča*, in cui i giudici scelsero di imporre una «*single sentence reflecting the totality of the respective criminal conduct of each accused*»: ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgment, TC, IT-96-23-T, 22 febbraio 2001, par. 855. Con riferimento alle RPE dell'ICTR, il paragrafo c) è stato aggiunto durante la quinta sessione plenaria tenutasi l'8 giugno 1998. La regola 87 è stata da ultimo riformata il 13 dicembre 2000 senza tuttavia subire modifiche nella parte relativa alla determinazione della pena nei casi di pluralità di reati. Cfr. J.R.W.D. JONES, S. POWLES (a cura di), *International Criminal Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 721; G. BOAS, *A Code of Evidence and Procedure for International Criminal Law? The Rules of the ICTY*, in G. BOAS, W.A. SCHABAS (a cura di), *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2003, 1-33. In sede di determinazione della pena l'ICTY ha fatto ricorso ad entrambe le opzioni previste dalle RPE, applicando sia più pene concorrenti (*rectius*: eseguite contemporaneamente) che una pena unica. Per il primo approccio si veda, a titolo d'esempio, ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Sentencing Judgment, TC, IT-94-1-T, 14 luglio 1997, par. 75; per l'applicazione di una pena unica, giustificata dal fatto che i diversi reati facevano parte di un medesimo disegno criminoso realizzato in un preciso contesto spazio-temporale, cfr. ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Judgment, TC, IT-95-14-T, 3 marzo 2000, par. 807. Per un commento si rinvia a B. HOLÁ, A. SMEULERS, C. BIJLEVELD, *Is ICTY Sentencing Predictable? An Empirical Analysis of ICTY Sentencing Practice*, in *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009, 79-97; B. HOLÁ, A. SMEULERS, C. BIJLEVELD, *International Sentencing Facts and Figures. Sentencing Practice at the ICTY and ICTR*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, 411-439.

<sup>3</sup> F. LATTANZI, *La Corte internazionale è ormai una realtà*, in G. CARLIZZI, G. DELLA MORTE, S. LAURENTI, A. MARCHESI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Vivarium, Napoli, 2003, XIII. Sull'istituzione della Corte cfr. G. CALVETTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Dal tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2004; F. LATTANZI, E. SCISO (a cura di), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una corte penale internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1996. Sulle modifiche adottate durante la conferenza di Kampala si rinvia a E.P. REALE, *Chronicles from Kampala. Amending the Rome Statute (first part)*, in *Revue internationale de droit pénal*, 82, 2011, 253-263 e E.P. REALE, *Chronicles from Kampala. Amending the Rome Statute (second part)*, in *Revue internationale de droit pénal*, 82, 2011, 617-627.

<sup>4</sup> Statuto di Roma della Corte penale internazionale, A/CONF.183/9, 17 luglio 1998 (in vigore dal 1 luglio 2002), in *United Nations Treaty Series*, vol. 2187, n. 38544, così come modificato in seguito alle notifiche C.N.651.2010 *Treaties-6* e C.N.651.2010 *Treaties-8*, entrambe adottate durante la Conferenza di Kampala e depositate in data 29 novembre 2010. Nella copiosa letteratura sullo Statuto della Corte penale internazionale si vedano LATTANZI G., MONETTI V. (a cura di), *La Corte penale internazionale. Organi – Competenza – Reati – Processo*, Giuffrè, Milano, 2006; O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A*

L'art. 78(3) StICC prevede che qualora un imputato sia condannato per più di un crimine la Corte sia obbligata a quantificare la pena per ciascuna fattispecie criminosa e, in seguito a una successiva delibera (c.d. *second step approach*), determinare una pena unica complessiva, la quale non può essere inferiore alla pena più grave irrogata per il singolo crimine e superiore al limite massimo di 30 anni di reclusione (o dell'ergastolo) in conformità a quanto disposto dall'art. 77 StICC.<sup>5</sup>

La versione definitiva dell'art. 78(3) StICC costituisce la sintesi delle due proposte avanzate dal *Preparatory Committee* durante la fase di negoziati nel dicembre 1997.<sup>6</sup> Da un lato, era previsto che la Corte commisurasse un'unica pena per tutti i crimini commessi dall'imputato; dall'altro, si adottava un approccio simile a quello dei Tribunali *ad hoc* con la determinazione di tante pene quanti erano i reati accertati, per poi specificare se le sanzioni dovessero trovare esecuzione in modo simultaneo o

---

*Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2016; W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2016; A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary. Volume I*, Oxford University Press, Oxford, 2002; J. FERNANDEZ, X. PACREAU, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Pedone, Paris, 2012.

<sup>5</sup> Alcuni autori ritengono del tutto superflua – perché corrispondente a un principio di logica giuridica – la parte dell'art. 78(3) StICC che prevede come limite minimo la pena più grave commisurata per il singolo crimine: cfr. W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., 2010, 908. Per un'analisi dell'art. 78 StICC cfr. R.E. FIFE, *Penalties*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer, The Hague, 2002, 319-344; F.P. KING, A.M. LA ROSA, *Penalties under the ICC Statute*, in F. LATTANZI, W.A. SCHABAS, *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court. Volume I*, Sirente, L'Aquila, 1999, 311-338.

<sup>6</sup> Tracciare la storia dei negoziati sulla formulazione di un principio giuridico o anche soltanto di un criterio risolutivo per la convergenza di norme non costituisce un'operazione facile, dato che le molteplici proposte da parte degli Stati furono presentate soltanto in via informale durante un pranzo tenutosi alla Missione Permanente norvegese delle Nazioni Unite nella quarta sessione della Commissione Preparatoria. Un resoconto è riportato in G. BITTI, *Two Bones of Contention Between Civil and Common Law: The Record of the Proceedings and the Treatment of a Concursum Delictorum*, in H. FISCHER, C. KRESS, S.R. LÜDER (a cura di), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law*, cit., 284-286, il quale partecipò ai negoziati come inviato del governo francese. La prima proposta fu presentata dall'ufficio del Procuratore dell'ICTY e si concentrava soprattutto su aspetti di natura procedurale. In essa si avanzava l'idea, tra l'altro, che la Camera di prima istanza potesse applicare una c.d. *lesser included offence* (ipotesi di reato meno grave) rispetto a quella indicata nell'atto di imputazione e riqualificare la forma di responsabilità penale ai sensi dell'art. 25(3) StICC. Le proposte del Procuratore furono ben accolte da due Stati europei come la Spagna e il Portogalo. In particolare quest'ultimo paese si conformava alla proposta avanzata dall'ufficio del Procuratore con riferimento ai punti sopra elencati e ne aggiungeva un altro di capitale importanza: qualora durante il processo fossero emersi indizi probatori che alimentavano il sospetto che l'imputato avesse commesso un crimine diverso o più grave rispetto a quello imputato, la Camera avrebbe dovuto chiedere al Procuratore di condurre ulteriori indagini e/o chiedergli di modificare l'atto d'accusa. Per contro, i paesi di *common law* si mostrarono poco inclini a condividere le proposte portoghesi. La ragione alla base di tale rifiuto fu l'asserita incompatibilità tra queste proposte e il sistema di diritto di *common law*, per il quale il giudice è strettamente obbligato a rispettare l'atto d'accusa presentato dal Procuratore senza alcun potere di riqualificazione giuridica dei fatti o di stimolare ulteriori attività di indagini. La controproposta avanzata impediva al Procuratore di modificare l'atto d'accusa una volta iniziato il processo, fatta eccezione per le ipotesi di *reformatio in melius* consistente nel ritiro delle accuse o nel perseguire l'imputato per una forma di responsabilità penale meno grave ai sensi dell'art. 25(3) StICC, previa autorizzazione da parte della *Trial Chamber*.

consecutivo.<sup>7</sup> La sintesi delle due opzioni formulate in sede di negoziati si è tradotta nell'obbligo, in capo alla Corte, di commisurare una pena singola per ciascun crimine e, in un secondo momento, nella determinazione di una pena complessiva.<sup>8</sup>

La disposizione prevede due passaggi obbligatori e ben distinti ai fini della commisurazione della sanzione e segna un significativo passo in avanti in favore di un maggior controllo circa l'esercizio della discrezionalità del giudice nella fase di *sentencing*.<sup>9</sup> Inoltre, per la prima volta lo Statuto di una corte internazionale prevede esplicitamente la possibilità di aumentare la sanzione in caso di concorso di reati. Trattasi comunque di un cumulo giuridico soltanto *eventuale*, la cui applicazione è lasciata alla piena discrezionalità del giudice.<sup>10</sup>

Come si può notare, l'art. 78(3) StICC presuppone già risolta la questione del concorso di norme e disciplina soltanto il calcolo della pena in presenza di più crimini. La distinzione tra unità e pluralità di reati resta affidata all'interprete. Manca, invero, l'enunciazione dei criteri di soluzione del concorso, che permettano di identificare *ex ante* e con precisione quando un soggetto abbia commesso «più di un crimine», e di selezione della norma prevalente – e si tenga a mente che non sono previsti minimi e

<sup>7</sup> Cfr. UN Doc. A/AC.249/1997/WG.6/CRP.10 e, con riferimento all'importanza della formulazione di linee guida in materia di *sentencing*, D.B. PICKARD, *Proposed Sentencing Guidelines for the International Criminal Court*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 20, 1997, 123-164. Con riferimento al ruolo svolto dai paesi appartenenti all'area di *civil law* e, in particolare, del Portogallo, cfr. R.E. FIFE, *Penalties*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, New York, 2001, 573.

<sup>8</sup> Cfr. M. JENNINGS, *Article 78*, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Nomos, Baden-Baden, 1999, 1001; D. SCALIA, *Art. 78*, in J. FERNANDEZ, X. PACREAU (a cura di), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Pedone, Paris, 2012. La natura compromissoria della disposizione è dovuta anche – e soprattutto – al fatto che durante i negoziati un'indagine complessiva condotta sia su paesi di *civil law* che su paesi di *common law* rese evidente l'assenza di principi generali comuni alle più importanti tradizioni giuridiche del mondo: cfr. G. BITTI, *Two Bones of Contention*, cit., 281. Le stesse difficoltà sono evidenziate nell'*Informal Inter-Sessional Meeting of the Preparatory Commission for the International Criminal Court on Elements of Crimes*, PCNICC/2000/WGEC/INF/1, Siracusa, 10 marzo 2000, par. 9, citato in ICC, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Judgment on the Appeal of Mr Ntaganda against the “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, AC, ICC-01/04-02/06 OA5, 15 giugno 2017, par. 48, nota 114.

<sup>9</sup> Nel caso *Bemba* i giudici hanno disatteso il dettato normativo dell'art. 78(3) StICC incorrendo in un errore di diritto. Dopo aver determinato le singole pene per ciascun reato commesso, la Camera di primo grado si è limitata a stabilire che la pena più grave irrogata per il crimine di stupro (18 anni di reclusione) è capace, da sola, di riflettere la colpevolezza dell'imputato e che, pertanto, le pene inflitte per gli altri crimini (omicidio e saccheggio) «*shall run concurrently*»: ICC, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, TC III, ICC-01/05-01/08, 21 giugno 2016, par. 95. Tale errore è stato rilevato dal Procuratore in sede d'appello: ICC, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Prosecution’s Document in Support of Appeal against Trial Chamber III’s “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”, AC, ICC-01/05-01/08 A2, 21 ottobre 2016, par. 30-41. In senso conforme E. FRONZA, *Il caso Bemba. La responsabilità del superiore gerarchico davanti alla Corte penale internazionale*, in *L'indice penale*, 1, 2017, 492.

<sup>10</sup> Nulla è specificato, infine, in caso di pene concorrenti di specie diversa: cfr. E. FRONZA, *Le sanzioni*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale*, cit., 531.

massimi edittali per le singole fattispecie. Assente è pure la distinzione tra concorso formale e concorso materiale di reati, e manca qualsiasi riferimento alla figura del reato continuato.<sup>11</sup>

Al di là del riferimento al trattamento sanzionatorio,<sup>12</sup> lo Statuto di Roma e le Regole di Procedura e Prova rimangono silenti di fronte al problema della convergenza di norme.

La rumorosa solitudine dell'art. 78(3) StICC, confinata alla determinazione della pena nei casi di concorso – formale e/o materiale? – di reati, unita all'inspiegabile e «sorprendente»<sup>13</sup> silenzio relativo alla problematica del concorso di norme, rivendica una trattazione analitica del fenomeno della convergenza.

<sup>11</sup> Rileva tale deficit anche A. LANCIOTTI, *Le pene comminabili dalla Corte penale internazionale*, in G. CARLIZZI ET AL., *La Corte penale internazionale*, cit., 432.

<sup>12</sup> Nonostante sia previsto un cumulo giuridico facoltativo, la prassi della Corte è tutta orientata verso l'applicazione del principio dell'assorbimento. Nei casi decisi finora la pena complessiva è risultata di pari entità rispetto alla pena più grave irrogata per il singolo crimine. Si pensi al caso *Lubanga Dyilo*, in cui l'imputato è stato condannato a 14 anni di reclusione, dopo che i giudici avevano determinato le pene per i singoli crimini nel modo seguente: 13 anni di reclusione per l'arruolamento forzato di bambini-soldato, 12 anni di reclusione per l'arruolamento su base volontaria di bambini-soldato e 14 anni di reclusione per l'impiego durante le ostilità di bambini-soldato. Cfr. ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, TC, ICC-01/04-01/06, 10 luglio 2012, par. 98-99. Allo stesso modo si è applicata la pena più grave determinata per il singolo crimine in ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Décision relative à la peine (article 76 du Statut), TC II, ICC-01/04-01/07, 23 maggio 2014, par. 146-147 e ICC, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision on Sentence, cit., par. 94-95. Per un commento si rinvia a E. VANDEBROEK, *Art. 78*, in P. DE HERT ET AL. (a cura di), *Code of International Criminal Law and Procedure*, Larcier, Brussel, 2013, 399, nonostante si continui ad utilizzare (impropriamente) l'espressione «*sentences to run concurrently*», che richiama la prassi dei Tribunali *ad hoc*, piuttosto che il riferimento al principio dell'assorbimento. Nell'atto d'appello per il caso *Bemba* il Procuratore ha affermato che l'applicazione della pena minima imposta dall'art. 78(3) StICC (che corrisponde alla pena più grave irrogata per il singolo crimine) non risulta proporzionata alla colpevolezza dell'imputato: l'eterogeneità delle vittime, la varietà dei crimini, nonché ragioni legate alla funzione di prevenzione generale della pena, impongono il ricorso al cumulo giuridico. Cfr. ICC, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Prosecution's Document in Support of Appeal, cit., par. 61-62. Sul punto si ritornerà nelle conclusioni di questo lavoro. Per ora è sufficiente sottolineare la prassi giudiziaria in favore dell'assorbimento, la quale rischia di vanificare la portata innovativa dell'art. 78(3) StICC. Occorre comunque rilevare che nel caso *Ongwen* che si sta svolgendo di fronte alla Camera di primo grado, l'elevato numero di crimini imputati potrebbe mettere in discussione la prassi fin qui seguita dalla Corte in sede di *sentencing*, dato che il principio dell'assorbimento rischia di risultare inadeguato dinanzi a 70 imputazioni. Il caso *Ongwen* potrà costituire una prima occasione per adottare un approccio tendente all'aumento di pena o, quantomeno, potrebbe stimolare un'attenta riflessione circa l'opportunità di fare ricorso al cumulo giuridico. Sul punto sia consentito rinviare a M. BORTOLUZZI, *Un nuovo processo di fronte alla Corte penale internazionale: il caso Ongwen e la situazione ugandese*, in *L'indice penale*, 2, 2017, 15 ss.

<sup>13</sup> E. MACULAN, A. LIÑÁN LAFUENTE, *Relaciones Concursales*, cit., 305.

## 2. La differenza tra *cumulative charges* e *cumulative convictions*

Prima di affrontare la questione del concorso di norme nel diritto penale internazionale è necessario compiere una doverosa premessa relativa alla fondamentale distinzione tra *cumulative charges* e *cumulative convictions*.

Con l'espressione *cumulative charging* ci si riferisce alla prassi del Procuratore di imputare, nell'atto d'accusa, più reati in modo cumulativo con riferimento alla stessa condotta.<sup>14</sup> Tale fenomeno si contrappone, da un lato, al modello delle c.d. imputazioni alternative (*alternative charging*), in cui più reati o più forme di responsabilità penale vengono imputati in modo, appunto, alternativo, e, dall'altro, al modello delle imputazioni singole, in cui l'imputato è chiamato a difendersi da un solo capo d'accusa per ogni sua azione od omissione.

Le *cumulative convictions* indicano, invece, la condanna dell'imputato per più reati riferiti alla stessa condotta.<sup>15</sup> Esse potrebbero anche venire identificate con il concorso formale di reati, tenendo però bene a mente che vi vengono ricomprese ipotesi che l'ordinamento giuridico italiano qualifica come un reato continuato, data la pluralità di azioni tenute insieme da un elemento psicologico o da un collegamento geografico-spaziale.

La differenza tra i due concetti è triplice: nel tempo, nella fonte e negli effetti. Le imputazioni cumulative intervengono in un momento processuale anteriore, sono originate da una scelta discrezionale del Procuratore e non sfociano automaticamente in un concorso formale di reati. Al contrario, le *cumulative convictions* si collocano alla fine del processo, sono inflitte dai giudici e hanno (o dovrebbero avere) un impatto sulla determinazione della pena.

Nonostante queste differenze, i due concetti risultano essere strettamente connessi e sollevano questioni comuni. La scelta del Procuratore sulla formulazione dell'accusa è destinata infatti a condizionare lo stesso esito del processo.

Si pensi al caso di tortura commessa attraverso l'uso della violenza sessuale. Il Procuratore si trova di fronte a una triplice scelta: potrà decidere di imputare cumulativamente entrambi i crimini contro l'umanità (*cumulative charging*: tortura e stupro), di imputarli in modo alternativo (*alternative charging*: tortura o stupro), ovvero compiere una scelta in favore di un solo reato (*solo* tortura o *solo* stupro). Non potendo i giudici condannare un imputato per un reato che non figura nel capo d'accusa, l'imputazione cumulativa costituisce – dal punto di vista procedurale – la premessa indispensabile per il concorso formale di reati, e soltanto essa può portare, a determinate

<sup>14</sup> Cfr. D.N. NSEREKO, *Commentary on Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume IV: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1999-2000*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2002, 66.

<sup>15</sup> Cfr. I. ERDEI, *Cumulative Convictions in International Criminal Law: Reconsideration of a Seemingly Settled Issue*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 34, 2001, 2.



condizioni, a un cumulo di qualificazioni giuridiche sullo stesso fatto (c.d. *cumulative convictions*). Negli altri due casi, per contro, il concorso formale è escluso in partenza.

Dal punto di vista della strategia processuale dell'accusa, le probabilità di condanna sono direttamente proporzionali al modello di imputazione scelto: più crimini vengono imputati, più possibilità ci sono di giungere a una condanna in sede processuale. La prassi dei *cumulative charges* può risultare però particolarmente gravosa per la difesa, costretta a confrontarsi con diverse qualificazioni per uno stesso fatto, nonché idonea ad allungare la durata del procedimento.<sup>16</sup> Occorre dunque interrogarsi sull'esistenza di criteri-guida capaci di regolare, limitare o addirittura impedire il modello dell'imputazione cumulativa.

A tal riguardo è opportuno distinguere tra l'esperienza dei Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e il Ruanda e il sistema della Corte penale internazionale.

Con riferimento ai primi due, la giurisprudenza ha affermato la legittimità della prassi del *cumulative charging*, affermando che nella fase anteriore al giudizio il Procuratore non può ancora disporre degli elementi sufficienti per determinare con precisione quali crimini riuscirà a provare nel corso del processo.<sup>17</sup>

La prassi dei Tribunali *ad hoc* costituisce la conseguenza dell'adozione dell'approccio di *common law* che riserva esclusivo potere al Procuratore nella qualificazione dei fatti.<sup>18</sup> Un sistema, quello anglo-americano, che disconosce il principio *iura novit curia*. La distribuzione dei poteri tra accusa e organo giudicante nella fase iniziale del procedimento è tutta a favore del Procuratore, il quale però è

<sup>16</sup> Così E. MACULAN, A. LIÑÁN LAFUENTE, *Relaciones Concursales*, cit., 307.

<sup>17</sup> ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion on the Form of the Indictment, TC-II, IT-94-1-T, 14 novembre 1995, par. 10; ICTR, *Prosecutor v. Nyiramasuhuko et al. (Butare)*, Decision faisant suite à la requête en exception préjudicielle déposée par la défense pour vices de forme de l'acte d'accusation – Art. 72B du RPP, TC-II, ICTR-98-42, 31 maggio 2000, par. 5.5.-5.7; ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al. (Čelebići)*, Judgment, AC, IT-96-21-A, 20 febbraio 2001, par. 400. Si veda la giurisprudenza citata in H. FRIMAN, H. BRADY, M. COSTI, F. GUARIGLIA, C.F. STUCKENBERG, *Charges*, in G. SLUITER, H. FRIMAN, S. LINTON, S. VASILIEV, S. ZAPPALÀ (a cura di), *International Criminal Procedure. Principles and Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 388-389. La giurisprudenza ha validato la prassi dei *cumulative charges* sulla base del fatto che i crimini di competenza del Tribunale sono norme complesse, che racchiudono diverse fattispecie al loro interno, e devono ancora essere specificate nei loro elementi oggettivi e soggettivi dal Tribunale (!): cfr. ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Decision on Martin Martinović's Objection to the Amended Indictment and Mladen Naletilić's Preliminary Motion to the Amended Indictment, PTC, IT-98-34, 14 febbraio 2001. Sul punto si rinvia a G. BOAS, J.L. BISCHOFF, N.L. REID, *Elements of Crimes Under International Law. Volume II*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 322 e alla giurisprudenza ivi citata. Nel caso *Kupreškić* la Camera di primo grado ha adottato un approccio più restrittivo, imponendo al Procuratore di formulare un giudizio circa i rapporti tra norme prima di formulare i capi d'accusa e chiedendo di imputare cumulativamente soltanto quelle fattispecie che avrebbero poi portato a un concorso formale di reati: ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Judgment, TC, IT-95-16-T, 14 gennaio 2000, par. 727. Tale approccio è stato poi rigettato dalla Camera d'appello perché ritenuto troppo oneroso per l'accusa: ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Appeals Judgment, AC, IT-95-16-A, 23 ottobre 2001, par. 386.

<sup>18</sup> Cfr. C. STAHN, *Modifications of the Legal Characterization of Facts in the ICC System: A Portrayal of Regulation 55*, in *Criminal Law Forum*, 16, 2005, 4; G. BITTI, *Two Bones of Contention*, cit., 282 ss.

tenuto a compiere un'accurata ed attenta operazione di qualificazione dei fatti: pena l'assoluzione dell'imputato, data l'incapacità dei giudici di intervenire sulla qualificazione giuridica.<sup>19</sup> Date queste premesse, è facilmente intuibile la *ratio* che ispira il ricorso alle imputazioni cumulative: esse scaturiscono da un atteggiamento preventivo, in cui la paura di non includere un capo d'accusa si traduce in una eccessiva, a volte superflua e del tutto inutile,<sup>20</sup> proliferazione di imputazioni riferite alla stessa condotta.<sup>21</sup>

Un approccio diverso, vicino alla tradizione di *civil law*,<sup>22</sup> è stato adottato dalla Camera preliminare della Corte penale internazionale nel caso *Bemba Gombo*, in cui i giudici hanno ritenuto illegittima l'imputazione cumulativa dei reati di stupro e tortura (qualificati come crimini contro l'umanità) in ragione del fatto che il primo si pone in rapporto di specialità rispetto al secondo.<sup>23</sup> Il test applicato dai giudici è molto chiaro: è legittimo ricorrere al *cumulative charging* soltanto qualora le offese presentino ciascuna degli elementi distinti rispetto all'altra.<sup>24</sup> In altre parole, il cumulo di imputazioni dovrebbe limitarsi alle ipotesi in cui sembra configurarsi (almeno *prima facie*) un concorso formale di reati.

Pur riconoscendo che questo approccio restrittivo contrasta con la prassi inaugurata dai Tribunali *ad hoc*,<sup>25</sup> i giudici fondano il proprio ragionamento sul diverso quadro normativo dello Statuto di Roma e, in particolare, sulla *Regulation 55*,<sup>26</sup> la quale

<sup>19</sup> A meno che non ci si trovi di fronte a un caso di *lesser included offence*, ovvero ipotesi in cui la nuova qualificazione risulta essere speciale (e perciò già contenuta) rispetto a quella originaria. Cfr. K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 420.

<sup>20</sup> Come nel caso di imputazione cumulativa dell'omicidio e dello sterminio qualificati come crimini contro l'umanità, i quali costituiscono un esempio paradigmatico del rapporto di specialità tra norme. Cfr. ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, First Amended Indictment, ICTR-95-1-I, 11 aprile 1997 e ICTR, *Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda*, Indictment, ICTR-99-, 27 settembre 1999.

<sup>21</sup> Sottolinea questa patologia C. STAHN, *Modifications of the Legal Characterization of Facts*, cit., 3.

<sup>22</sup> Cfr., anche per riferimenti di diritto comparato all'ordinamento tedesco, austriaco, italiano, olandese, albanese, francese, spagnolo e giapponese, C. STAHN, *Modifications of the Legal Characterization of Facts*, cit., 5 ss.

<sup>23</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, PTC-II, ICC-01/05-01/08, 15 giugno 2009, par. 202-205.

<sup>24</sup> «As a matter of fairness and expeditiousness of the proceedings, only distinct crimes may justify a cumulative charging approach and, ultimately, be confirmed as charges», ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., par. 202.

<sup>25</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., par. 200.

<sup>26</sup> Le 126 *Regulations of the Court* sono state adottate dai giudici il 26 maggio 2004, sono subordinate allo Statuto e alle Regole di Procedura e Prova e hanno la funzione di assistere la Corte nell'espletamento delle funzioni quotidiane. Esse riguardano, a titolo d'esempio, la composizione e l'amministrazione della Corte, alcune questioni procedurali, la partecipazione delle vittime e la procedura di riparazione, la cooperazione e le misure disciplinari. Per il testo completo si rinvia a [https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RegulationsCourt\\_2017Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RegulationsCourt_2017Eng.pdf) (ultima modifica in vigore dal 20 luglio 2017). Cfr., altresì, J.P. PIERINI, *Principi di diritto sostanziale*, in V. FANCHIOTTI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Profili sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2014.

autorizza la Camera di primo grado a conferire una diversa qualificazione giuridica a un fatto durante il processo.<sup>27</sup> Di conseguenza, l'esigenza di presentare, cumulativamente o in modo alternativo, più capi d'accusa relativi a uno stesso fatto, o più forme di responsabilità penale,<sup>28</sup> non si rende più necessaria, perché il potere d'intervento dei giudici neutralizza la paura di un'eventuale assoluzione dovuta a un'errata qualificazione originaria del fatto da parte dell'accusa.<sup>29</sup>

Tuttavia, la prassi della Corte penale internazionale in materia di *cumulative charging* risulta essere tutt'altro che uniforme.<sup>30</sup> La Corte ha ritenuto, infatti, legittima l'imputazione cumulativa dell'omicidio e dello sterminio come crimini contro l'umanità,<sup>31</sup> e lo stesso collegio giudicante del caso *Bemba Gombo* ha in seguito autorizzato il cumulo tra il reato di stupro e quello di tortura (qualificati come crimini di guerra), ossia proprio le due fattispecie che in *Bemba Gombo* avevano portato a un approccio restrittivo (!).<sup>32</sup> Tale ambiguità sottolinea l'assenza di un accordo circa l'ammissibilità o meno del *cumulative charges approach* in seno alla Corte.<sup>33</sup>

Pur non potendo in questa sede affrontare in modo compiuto il tema dei *cumulative charges*, una breve riflessione conclusiva risulta utile ai fini dell'indagine.

Da quanto osservato in precedenza, la prassi del *cumulative charging* sembra largamente accettata dai tribunali internazionali, anche qualora le imputazioni

<sup>27</sup> Con un duplice limite: i giudici devono attenersi ai fatti e alle circostanze indicate nell'atto d'accusa (divieto di considerare fatti ulteriori) e darne notizia alle parti al fine di permettere deduzioni orali o scritte (garanzia del contraddittorio): cfr. C. STAHN, *Modifications of the Legal Characterization of Facts*, cit., 13-24. Alcuni autori hanno invece criticato la disposizione in materia, sostenendo che essa risulta essere adottata *ultra vires* e in contrasto con l'art. 61(9) e (11) StICC. Inoltre, si ritiene che essa incoraggi il Procuratore a non descrivere i fatti in modo preciso, in modo da facilitare qualsiasi riqualificazione degli stessi in sede processuale da parte dei giudici: cfr. K.J. HELLER, 'A Stick to Hit the Accused With'. *The Legal Recharacterization of Facts under Regulation 55*, in C. STAHN (a cura di), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 1002; S. MEROPE, *Recharacterizing the Lubanga Case: Regulation 55 and the Consequences for Gender Justice at the ICC*, in *Criminal Law Forum*, 22, 2011, 343.

<sup>28</sup> Sull'applicazione della *Regulation 55* ai modelli di responsabilità si rinvia a M. KLINKNER, *Is all Fair in Love and War Crimes Trials? Regulation 55 and the Katanga Case*, in *International Criminal Law Review*, 15, 2015, 396-410.

<sup>29</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., par. 203.

<sup>30</sup> Il test enunciato nel caso *Bemba Gombo* è stato adottato anche da ICC, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, PTC-II, ICC-01/09-01/11, 23 gennaio 2012, par. 281.

<sup>31</sup> ICC, *Prosecutor v. Omar Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, PTC, ICC-02/05-01/09-3, 4 marzo 2009, par. 95-96.

<sup>32</sup> ICC, *Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura*, Decision on the Prosecution's Application under Article 58, PTC-II, ICC-01/04-01/12-1-Red, 13 luglio 2012, par. 50.

<sup>33</sup> Cfr. E. MACULAN, A. LIÑÁN LAFUENTE, *Relaciones Concursales*, cit., 308. Alcuni autori, rilevando l'incoerente approccio della Corte, hanno affermato che la decisione nel caso *Bemba Gombo* costituisce un episodio isolato incapace di influenzare il salutare ricorso alla prassi dei *cumulative charges* così generalmente accettato dalle giurisdizioni internazionali: cfr. S. SÁCOUTO, K. CLEARY, *Amicus Curiae Brief on the Practice of Cumulative Charging Before International Criminal Bodies Submitted to the Appeals Chamber of the Special Tribunal for Lebanon Pursuant to Rule 131 of the Rules of Procedure and Evidence*, in *Criminal Law Forum*, 22, 2011, 423-429.

cumulative riguardino fattispecie in rapporto di specialità unilaterale.<sup>34</sup> Tuttavia, l'approccio restrittivo adottato dalla ICC nel caso *Bemba Gombo* sembra muoversi nella direzione giusta, se la bussola rimane quella dei diritti della difesa e della razionalizzazione del processo.

In una prospettiva *de iure condendo*, si propongono le seguenti indicazioni in materia di *cumulative charging*:

- a) le imputazioni cumulative dovrebbero essere limitate alle sole ipotesi di fattispecie distinte, idonee a generare un concorso formale di reati,<sup>35</sup>
- b) in tutte le altre ipotesi, riconducibili ai casi di concorso apparente di norme, va abbandonata sia la prassi dei *cumulative charges* che quella degli *alternative charges*.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> In questo senso conclude il rapporto della WCRO, *The Practice of Cumulative Charging at the International Criminal Court*, maggio 2010, 31. La prassi dei Tribunali *ad hoc* è stata seguita anche dalle Camere Straordinarie nelle Corti in Cambogia e dalla Corte Speciale per la Sierra Leone: ECCC, *Prosecutor v. Kaing Guek Eav*, Decision on Appeal against Closing Order Indicting Kaing Guek Eav alias 'Duch', PTC-II, 011/18-07-2007-ECCC/OCIJ, 5 dicembre 2008, par. 85-88; SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (AFRC case)*, Judgment, AC, SCSL-2004-16-A, 22 febbraio 2008, par. 212 nota 327; SCSL, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao (RUF)*, Judgment, AC, SCSL-04-15-A, 26 ottobre 2009, par. 1190.

<sup>35</sup> Cfr. C.F. STUCKENBERG, *Cumulative Charges and Cumulative Convictions*, in C. STAHN (a cura di), *The Law and Practice of the ICC*, cit., 852, secondo il quale non avrebbe senso autorizzare imputazioni cumulative nei casi in cui esse non possano sfociare in *cumulative convictions*. Tuttavia, una totale rinuncia alle imputazioni cumulative non sarebbe comunque auspicabile e, anzi, si dimostrerebbe deleteria poiché impedirebbe qualsiasi condanna per più crimini relativi allo stesso fatto, a riprova che esse sono strettamente connesse alla problematica del concorso di norme e di reati: ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, PTC-II, ICC-02/04-01/15-422-Red, 23 marzo 2016, par. 32; SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, Appeals Judgment, cit., par. 212, secondo cui «*the problem of cumulative or concurrent convictions only arises in instances of cumulative charging*»; S. SÁCOUTO, K. CLEARY, *Amicus Curiae Brief*, cit., 429; WCRO, *The Practice of Cumulative Charging*, cit., 28. Per un approccio giurisprudenziale restrittivo si rinvia alla decisione del Tribunale Speciale per il Libano, secondo cui le imputazioni cumulative dovrebbero essere permesse soltanto qualora le offese risultano essere distinte: STL, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, AC, STL-11-01/I, 16 febbraio 2011, par. 298. In modo apparentemente analogo anche ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Decision on the confirmation of charges, cit., par. 32: nonostante la decisione nel caso *Ongwen* compia un riferimento alla necessità di limitare il cumulo di imputazioni ai soli casi in cui le qualificazioni giuridiche presentino elementi distinti, la Corte non sviluppa il punto in esame e finisce per adottare un approccio estensivo. Sul punto sia consentito rinviare a M. BORTOLUZZI, *Un nuovo processo di fronte alla Corte penale internazionale*, cit., 15.

<sup>36</sup> La giurisprudenza del Tribunale per la ex-Jugoslavia ha affermato che fuori dei casi di concorso formale di reati il Procuratore dovrebbe utilizzare il modello dei c.d. *alternative charges*: ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 727(b). Favorevole a questo approccio anche D.N. NSEREKO, *Commentary*, cit., 68. Tuttavia, l'imputazione alternativa non sembra costituire una cura appropriata alla proliferazione dei capi d'accusa, come rileva anche K. AMBOS, *Treatise. Volume III*, cit., 422. Questo perché, dal punto di vista della difesa, lo slittamento dai *cumulative* (e...e...) agli *alternative charges* (o...o...) non è sufficiente a garantire né una maggior speditezza processuale né tantomeno una riduzione dei capi d'accusa sui quali la difesa è tenuta a prepararsi. Ciò è visibile anche graficamente se rappresentiamo con I il modello di imputazione e con le lettere i crimini imputati:

Come si può notare, il problema si presenta, in ultima analisi, circolare: le imputazioni cumulative rappresentano la premessa (processuale) indispensabile per giungere a un cumulo di qualificazioni giuridiche, ma solo laddove quest'ultimo è legittimo è possibile formulare un'imputazione cumulativa. Diventa allora fondamentale capire quando è possibile condannare un imputato per più crimini riferiti alla stessa condotta o, in altri termini, quando il concorso di norme sfocia nell'apparenza o nella realtà.<sup>37</sup>

Ritorniamo quindi all'argomento principale della ricerca. Il movimento circolare che regola la materia del concorso di norme riporterà, una volta terminata l'indagine, ad applicare i principi e le regole dedotti già nella fase iniziale del procedimento, al fine di evitare l'inutile ed irrazionale proliferazione dei capi di imputazione.<sup>38</sup>

### 3. Il diritto di Norimberga: possibili ragioni circa l'assenza di una riflessione sul concorso di norme

Il problema del cumulo delle qualificazioni giuridiche accompagna il diritto penale internazionale fin dal suo momento fondativo, riconducibile all'istituzione del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga da parte delle potenze vincitrici della seconda guerra mondiale.<sup>39</sup> L'art. 6 dello Statuto del Tribunale Militare di Norimberga

$$I_{\text{cumulativa}} = a + b + c + d;$$

$$I_{\text{alternativa}} = a / b / c / d.$$

In entrambi i casi, la difesa dovrà confrontarsi con quattro fattispecie criminose, a prescindere dal modello di imputazione scelto. La differenza risiede, dunque, nel fatto che soltanto il primo modello potrà portare a delle *cumulative convictions*:

$$I_{\text{cumulativa}} = \text{genocidio et crimini contro l'umanità et crimini di guerra}$$

3 qualificazioni possibili;

$$I_{\text{alternativa}} = \text{genocidio aut crimini contro l'umanità aut crimini di guerra}$$

1 qualificazione possibile.

Qualora il concorso formale di reati sia da escludersi, non avrebbe senso imputare in modo alternativo più crimini. Al contrario, è preferibile una scelta accurata dei capi d'accusa, da parte del Procuratore, sulla base della fattispecie che meglio tipizza il fatto e su ragioni di ordine probatorio.

<sup>37</sup> Su questo punto la decisione della Camera preliminare nel caso *Bemba Gombo* appare criticabile: essa non ha risolto in termini generali il problematico rapporto tra le fattispecie di stupro e tortura, ma si è limitata ad affermare un rapporto di specialità (in concreto) giustificato dal fatto che le prove dedotte a sostegno di entrambe le accuse erano le stesse. In senso conforme C.F. STUCKENBERG, *Cumulative Charges and Cumulative Convictions*, cit., 856.

<sup>38</sup> Cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 256. Sul punto si ritornerà *infra*, cap. III, par. 10.

<sup>39</sup> *Agreement by the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, Accordo di Londra, 8 agosto 1945, 82 U.N.T.S. 280, e la *Charter of the International Military Tribunal* annessa allo stesso accordo. La dottrina è solita

(StIMT) indicava le diverse condotte costituenti al contempo sia un crimine di guerra che un crimine contro l'umanità.<sup>40</sup> Non deve dunque stupire che al termine del processo di Norimberga quattordici imputati su ventidue furono condannati per entrambe le tipologie di crimini sulla base degli stessi fatti.<sup>41</sup>

A dette condanne non seguì, tuttavia, una profonda riflessione né sui rapporti tra norme e i rispettivi ambiti di applicazione, né sulle conseguenze sanzionatorie derivanti dal loro cumulo. Dichiarando che alcune violazioni alle leggi e agli usi di guerra

---

ricondere le origini del diritto penale internazionale all'istituzione del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga, rappresentando quest'ultimo il primo sforzo compiuto ed effettivo di una giustizia amministrata da più nazioni nonché, al di là delle critiche mosse, un punto di svolta imprescindibile per lo sviluppo di tale branca del diritto: cfr., a titolo d'esempio, M. COSTI, E. FRONZA, *Il diritto penale internazionale: nascita ed evoluzione*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 4, che individuano nella fine del secondo conflitto mondiale un «momento di cesura» per il diritto penale internazionale; C. TOMUSCHAT, *The Legacy of Nuremberg*, in *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, 830, secondo cui Norimberga rappresenta una «pietra miliare»; G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 5, i quali qualificano il processo di Norimberga come il «certificato di nascita» del moderno diritto penale internazionale. Sulla storia del diritto penale internazionale antecedente a Norimberga si rinvia a R. CRYER, *Prosecuting International Crimes. Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 9-35; T.H.L. MCCORMACK, *From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime*, in T.H.L. MCCORMACK, G.J. SIMPSON (a cura di), *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, 31-63 e l'antologia in tre volumi di M. BERGSMO, C. WUI LING, Y. PING (a cura di), *Historical Origins of International Criminal Law. Vol. 1-3*, TOAEP, Brussels, 2014.

<sup>40</sup> Vi è di più. Gli atti costituenti crimini contro l'umanità costituivano già di per sé dei crimini di guerra se commessi durante un conflitto armato e ai danni della popolazione civile avversaria, come testimonia la lista redatta dalla *Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties*, presentata il 29 marzo 1919 alla Conferenza di Pace di Parigi, e avente ad oggetto i crimini perpetrati dalla Germania durante il primo conflitto mondiale. Per contro, ai sensi della Carta di Londra costituivano soltanto crimini di guerra il maltrattamento di prigionieri di guerra o di naufraghi, l'esecuzione di ostaggi, il saccheggio, la distruzione o la devastazione di città e villaggi non giustificata dalla necessità militare. La differenza essenziale tra le due categorie di crimini non risiede, dunque, nella natura delle condotte, ma sul fatto che i crimini contro l'umanità estendevano la punibilità agli atti commessi da uno Stato nei confronti dei propri cittadini: cfr. M.C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 138.

<sup>41</sup> Furono condannati per crimini di guerra e crimini contro l'umanità Hermann Göring, Joachim von Ribbentrop, Wilhelm Keitel, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Wilhelm Frick, Walther Funk, Fritz Sauckel, Alfred Jodl, Martin Bormann, Arthur Seyss-Inquart, Albert Speer, Constantin von Neurath. Bisogna inoltre considerare che per gli altri otto imputati non poteva crearsi una situazione di concorso relativa a queste due fattispecie criminose: in alcuni casi l'atto di accusa faceva infatti riferimento soltanto ai crimini contro l'umanità (Julius Streicher, Baldur von Schirach) o ai crimini di guerra (Karl Doenitz, Erich Raeder); in un caso l'imputato non è stato ritenuto colpevole né di crimini contro l'umanità né di crimini di guerra (Rudolf Hess); in tre casi si è giunti a una assoluzione (Hjalmar Schacht, Franz von Papen, Hans Fritzsche). Una tabella riassuntiva dei capi di imputazione, delle condanne e delle pene inflitte è consultabile nel volume di G. METTRAUX (a cura di), *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 749. Gli estratti della sentenza del Tribunale di Norimberga riguardanti i singoli imputati sono consultabili in G.K. McDONALD, O. SWAAK-GOLDMAN (a cura di), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts. Vol. II, part II: Documents and Cases*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, 702-749.

costituivano, al tempo stesso, crimini contro l'umanità, il Tribunale conferì una doppia qualificazione giuridica alla maggior parte delle condotte criminose.<sup>42</sup>

Ai sensi dell'art. 6 StIMT potevano configurarsi le seguenti ipotesi:

- a) applicazione dei soli crimini di guerra, qualora le vittime si identificassero con i membri delle forze armate avversarie;
- b) applicazione dei soli crimini contro l'umanità, qualora le vittime appartenessero alla popolazione civile dello Stato perpetratore delle violenze;
- c) applicazione congiunta dei crimini di guerra e contro l'umanità, qualora le condotte fossero dirette contro la popolazione civile avversaria e dei territori occupati.

Ai fini dell'indagine il caso *sub c)* costituisce l'ipotesi più interessante, poiché in tali casi di sovrapposizione normativa, dovuta a una peculiare qualificazione giuridica del soggetto passivo del reato, il Tribunale ha applicato congiuntamente entrambe le categorie di crimine. Risulta tuttavia assente una riflessione sui rispettivi ambiti di applicazione delle norme, sulle loro interferenze e sui loro conflitti; con l'imperdonabile conseguenza che in tali ipotesi non emerge, dalla lettura della sentenza del Tribunale, una chiara e precisa distinzione tra crimini di guerra e crimini contro l'umanità.<sup>43</sup>

A nostro avviso, è possibile far ricorso a quattro distinti argomenti per spiegare il superficiale operare dei giudici.<sup>44</sup>

1. Il primo è intrinsecamente legato al grado di sviluppo del diritto penale internazionale, il quale, all'epoca del processo di Norimberga, si presentava come un

<sup>42</sup> IMT, *Trial of the Major War Criminals*, Nuremberg, 1 ottobre 1946: «[...] from the beginning of the war in 1939 War Crimes were committed on a vaste scale, which were also Crimes Against Humanity», in G.K. McDONALD, O. SWAAK-GOLDMAN (a cura di), *Substantive and Procedural Aspects. Vol. II, part II*, cit., 684. L'equiparazione di principio fu poi traslata all'interno dell'analisi dei singoli capi di imputazione, come testimonia un passaggio della sentenza dedicato alla responsabilità dell'imputato Ernst Kaltenbrunner: «During the period in which Kaltenbrunner was Head of the RSHA, it was engaged in a widespread program of War Crimes and Crimes Against Humanity. These crimes included the mistreatment and murders of prisoners of war [...], murder and ill-treatment of the population, using methods which included torture and confinement in concentration camps», in G.K. McDONALD, O. SWAAK-GOLDMAN (a cura di), *Substantive and Procedural Aspects. Vol. II, part II*, cit., 712. Lo stesso atto d'accusa affermava che «the prosecution will rely upon the facts pleaded under Count Three [crimini di guerra] as also constituting crimes against humanity»: IMT, *Indictment presented to the International Military Tribunal*, 18 ottobre 1945, citato in E. SCHWELB, *Crimes Against Humanity*, in *British Yearbook of International Law*, 23, 1946, 189.

<sup>43</sup> E, come rilevato ironicamente dalla dottrina, spetta in ultima analisi al lettore decidere se una differenza esista o meno: A. ZAHAR, G. SLUITER, *International Criminal Law. A Critical Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 200.

<sup>44</sup> Rilevano la mancanza di un'analisi distinta delle due categorie di crimini anche R.S. CLARK, *Crimes Against Humanity at Nuremberg*, in G. GINSBURGS, V.N. KUDRIAVTSEV (a cura di), *The Nuremberg Trial and International Law*, Nijhoff, Boston-London, 1990, 196 e R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON, E. WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 231.

corpo normativo ancora in nuce (*giustificazione storica*).<sup>45</sup> Dato lo stato embrionale della materia, non stupisce che sia stato dedicato uno spazio angusto a temi quali il concorso di norme e il concorso di reati, i quali presuppongono prelieve riflessioni sul rapporto strutturale tra fattispecie (e, *a fortiori*, una formulazione sufficientemente precisa delle disposizioni nei loro elementi oggettivi e soggettivi) e sulle funzioni della pena.

2. Il secondo argomento ha ad oggetto i crimini contro l'umanità così come disciplinati dallo Statuto, i quali rappresentavano un *novum* nel panorama internazionale (*giustificazione normativa*). Affermatasi l'idea di istituire un Tribunale una volta terminata la guerra, emerse il problema di trovare delle risposte giuridiche adeguate alle atrocità naziste. Si manifestò con chiarezza l'insufficienza dell'utilizzo della sola categoria dei crimini di guerra, incapaci di esplicitare la loro forza prescrittiva in tempo di pace e di tutelare i cittadini dello Stato autore delle violazioni.<sup>46</sup> Per contro, la creazione di una nuova categoria di crimini *ex post facto* risultava difficilmente conciliabile con il principio di irretroattività della legge penale.<sup>47</sup>

Per soddisfare entrambe le esigenze di repressione e di legalità fu escogitato un compromesso: attraverso il c.d. *nexus requirement* o *war-connecting link*,<sup>48</sup> la competenza del Tribunale per giudicare i crimini contro l'umanità veniva limitata alle condotte commesse in esecuzione di, o in connessione con, crimini di guerra e contro la pace. In altri termini, ai fini dell'accertamento della responsabilità per crimini contro l'umanità si richiedeva la prova di una relazione tra essi e le già esistenti categorie di crimini internazionali.

Due furono le immediate e naturali conseguenze. Da un lato si ridusse sensibilmente la portata applicativa dei crimini contro l'umanità, essendo necessario dimostrare un continuo ed incessante collegamento con uno *status* di guerra.<sup>49</sup> Dall'altro, essi furono considerati alla stregua di una categoria «ausiliare»,<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Separate Opinion of Judge Abi-Saab, AC, IT-94-1, 2 ottobre 1995, par. 24.

<sup>46</sup> Cfr. il documento della *London International Assembly*, organo composto da insigni giuristi del tempo, che sottolinea l'esigenza di reprimere i crimini commessi nei confronti degli ebrei apolidi e tedeschi: LIA, *Report of Commission I on Punishment of War Crimes*, 1943.

<sup>47</sup> Cfr. R. MERKEL, *The Law of the Nuremberg Trial: Valid, Dubious, Outdated*, in G. METTRAUX (a cura di), *Perspectives*, cit., 567 e J.A. APPLEMAN, *Military Tribunals and International Crimes*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1954, 46-53.

<sup>48</sup> Sul punto cfr. E. SCHWELB, *Crimes Against Humanity*, cit., 193 ss.

<sup>49</sup> Così D. BLOXHAM, *Genocide on Trial. War Crimes Trials and the Formation of Holocaust History and Memory*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 63. Mancò, infatti, una dichiarazione generale del Tribunale che qualificava come crimini contro l'umanità gli atti commessi anteriormente al 1 settembre 1939. Tuttavia, ciò non impedì di qualificare alcune condotte antecedenti il conflitto come crimini contro l'umanità secondo un'indagine casistica, nonostante risultasse più difficile per tali condotte stabilire una connessione con i crimini di guerra o i crimini contro la pace. Cfr. E. SCHWELB, *Crimes Against Humanity*, cit., 204.

<sup>50</sup> M.C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, cit., 144.



«sussidiaria»<sup>51</sup> e «accessoria»<sup>52</sup> rispetto ai crimini di guerra, quasi costituissero un «sotto-prodotto»<sup>53</sup> o una «*longa manus*»<sup>54</sup> di questi ultimi, destinati a trovare applicazione soltanto laddove il diritto umanitario presentava delle lacune.

Come evidenziato da alcuni autori,<sup>55</sup> nel caso in cui le condotte costituivano contemporaneamente crimini di guerra e crimini contro l'umanità non si ponevano problemi giuridici in quanto i giudici si trovavano di fronte alle medesime offese, distinte soltanto nel nome. Una questione controversa si poneva, per contro, qualora i fatti dovevano essere qualificarsi soltanto come crimini contro l'umanità: un problema di legittimazione sotto il principio di legalità, dunque, che trovava soluzione, con grande sollievo dei giudici, proprio nei casi di concorso di norme, nei quali la stigmatizzazione di un fatto come crimine contro l'umanità si mescolava, fino a confondersi, con l'ulteriore qualificazione del medesimo come crimine di guerra.

Secondo l'argomento della *giustificazione normativa*, pertanto, l'assenza di una riflessione in tema di concorso di norme e di reati deriva dalla connessione, imposta dalla *littera legis*, dei crimini contro l'umanità con le altre categorie di crimini di competenza del Tribunale. Tuttavia, risulterebbe riduttivo concentrarsi sulla sola presenza del c.d. *war-connecting link*: se ciò bastasse a spiegare l'assenza di una riflessione sul concorso di norme e di reati, un netto cambiamento di prospettiva dovrebbe presentarsi di fronte all'abbandono di tale requisito da parte del diritto positivo. Ma ciò non è dato riscontrarsi nel periodo immediatamente successivo a Norimberga.

3. È quindi necessario introdurre un terzo argomento nell'analisi, secondo cui il fattore decisivo che ha condizionato l'assenza di una riflessione sul concorso di norme e di reati consiste, piuttosto, nella mancata emancipazione concettuale dei crimini contro l'umanità rispetto ai crimini di guerra (*giustificazione della schiavitù concettuale*).<sup>56</sup>

Tale argomento è strettamente collegato al secondo, pur avendo una portata più ampia. Esso prende le mosse dall'analisi dell'art. II(1)(c) della legge n. 10 del Consiglio

<sup>51</sup> G. SCHWARZENBERGER, *The Judgment of Nuremberg*, in G. METTRAUX (a cura di), *Perspectives*, cit., 183.

<sup>52</sup> J. ROBINSON, *The Nuremberg Judgment*, in *Congress Weekly: A Review of Jewish Interests*, 13, 1946, 6.

<sup>53</sup> E. SCHWELB, *Crimes Against Humanity*, cit., 206.

<sup>54</sup> M.C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, cit., 142, secondo cui la categoria dei crimini contro l'umanità rappresenta, al termine del secondo conflitto mondiale, una «estensione» delle violazioni alle leggi e agli usi di guerra.

<sup>55</sup> Cfr. A.L. GOODHART, *The Legality of the Nuremberg Trials*, in G. METTRAUX (a cura di), *Perspectives*, cit., 635.

<sup>56</sup> In modo simile anche O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters. Re-characterisation in International Criminal Law*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004, 50, secondo il quale la doppia qualificazione giuridica dello stesso fatto è da imputare all'origine dei crimini contro l'umanità come concetto derivato dai crimini di guerra (in particolare dalle disposizioni contenute nella Convenzione dell'Aia del 1907 e dai Regolamenti annessi).

di Controllo della Germania (CCL n. 10),<sup>57</sup> emanata allo scopo di stabilire un fondamento giuridico comune ed uniforme nella persecuzione dei criminali nazisti che non erano stati giudicati a Norimberga da parte delle corti nazionali create *ad hoc* dagli alleati nelle rispettive zone di occupazione.<sup>58</sup>

L'art. II(1)(c) CCL n. 10 omise deliberatamente qualsiasi riferimento al requisito del nesso: i crimini contro l'umanità potevano dunque essere accertati e puniti a prescindere dal fatto che fossero stati commessi in esecuzione o in connessione con un crimine di guerra o contro la pace.<sup>59</sup>

Tuttavia, la prassi giudiziaria valorizzò soltanto parzialmente questo importante mutamento, cosicché tra le diverse categorie di crimini sopravvisse la stessa confusione e labilità di confini già affermatasi durante il processo di Norimberga.<sup>60</sup> Ciò a

<sup>57</sup> *Control Council Law no. 10*, 20 dicembre 1945. Il Consiglio era l'organo rivolto ad amministrare il territorio tedesco per conto delle quattro potenze alleate. L'art. II della legge introdusse inoltre tre nuove condotte integranti un crimine contro l'umanità, ovvero l'imprigionamento, lo stupro e la tortura. Per un'analisi dell'art. II(1)(c) CCL n. 10 e un confronto con l'art. 6(c) StIMT si rinvia a E. SCHWELB, *Crimes Against Humanity*, cit., 216-219.

<sup>58</sup> Come noto, il processo di Norimberga, conclusosi nel 1946, tradusse in giudizio i c.d. «*major war criminals whose offences have no particular geographical localization*» (art. 1 Carta di Londra). Già nello Statuto del Tribunale di Norimberga, all'art. 22, si faceva menzione di ulteriori processi da condurre contemporaneamente o successivamente a quello di Norimberga. Questa ambizione si realizzò attraverso l'istruzione di processi davanti alle corti nazionali, soprattutto americane e britanniche. Tra i processi più importanti meritano di essere ricordati quello ai medici (c.d. *Medical case: USA v. Brandt et al.*), agli industriali (c.d. *IG Farben case: USA v. Krauch et al.*), agli ufficiali del Ministero della Giustizia del Reich (c.d. *Justice case: USA v. Altstoetter et al.*), celebrati di fronte alle corti americane, e il processo a Rudolf Höß, comandante del campo di Auschwitz, celebrato di fronte al Tribunale Supremo polacco nel marzo del 1947. Per uno studio sull'istituzione, il funzionamento e gli esiti di questi processi, con un *focus* particolare su quelli condotti di fronte alle corti americane, si rinvia a K.J. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011 e al più risalente J.A. APPLEMAN, *Military Tribunals*, cit. Sui processi ai medici cfr. H.H. FREYHOFER, *The Nuremberg Medical Trial. The Holocaust and the Origin of the Nuremberg Medical Code*, Peter Lang, New York, 2004; P.J. WEINDLING, *Nazi Medicine and the Nuremberg Trials. From Medical War Crimes to Informed Consent*, Palgrave, London, 2004; G.J. ANNAS, M.A. GRODIN, *The Nazi Doctors and the Nuremberg Code. Human Rights in Human Experimentation*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1992. Sul processo agli industriali cfr. J.E. DUBOIS JR., *The Devil's Chemists. 24 Conspirators of the International Farben Cartel Who Manufacture Wars*, Beacon Press, Boston, 1952. Sul processo a Rudolf Höß si veda M.A. DRUMBL, *Stepping Beyond Nuremberg's Halo. The Legacy of the Supreme National Tribunal of Poland*, in *Journal of International Criminal Justice*, 13, 2015, 903-932.

<sup>59</sup> Nonostante ciò, in tre casi (*USA v. Pohl et al.*, *USA v. Flick et al.*, *USA v. von Weizsaecker et al.*) i tribunali limitarono l'applicazione dei crimini contro l'umanità commessi prima dello scoppio della guerra alle sole condotte che soddisfavano il requisito del nesso: K.J. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals*, cit., 237.

<sup>60</sup> Nei dodici processi celebrati di fronte ai Tribunali Militari Americani (USMT) gli atti d'accusa elencavano le stesse condotte sia nel capo riguardante i crimini di guerra che in quello dedicato ai crimini contro l'umanità, con la sola differenza che in quest'ultimo caso le condotte dovevano essere dirette nei confronti di cittadini tedeschi o civili di altri paesi che non erano sotto occupazione tedesca. Emblematico, a riguardo, il *Medical case*, in cui si afferma: «The second and third counts of the indictment charge the commission of war crimes and crimes against humanity. The counts are identical in context, except for the fact that [...] in Count three the criminal acts are alleged to have been committed against "German civilians and nationals of other countries". With this distinction observed, both counts will be treated as one and discussed together» (enfasi aggiunta): USMT, *Trial*

dimostrazione del fatto che l'assenza di una riflessione circa la problematica del concorso di norme non fu dovuta (soltanto) alla presenza del requisito della connessione, ma poggiava su radici ben più solide, ovvero una forte dipendenza concettuale del crimine contro l'umanità dal crimine di guerra.

Solo la sua «progressiva emancipazione»,<sup>61</sup> avvenuta soprattutto attraverso il consolidamento di un proprio e peculiare elemento di contesto,<sup>62</sup> ha potuto liberarlo

---

*of Rudolf Brandt et al. (Medical case)*, Judgment, Nuremberg, 19 e 20 agosto 1947, in G.K. McDONALD, O. SWAAK-GOLDMAN (a cura di), *Substantive and Procedural Aspects. Vol. II, part II*, cit., 1699. Dei 177 imputati tradotti in giudizio davanti alle corti americane, ben 124 furono condannati sia per crimini di guerra che contro l'umanità; 8 per appartenenza a un'organizzazione criminale (Konrad Meyer-Hetling, Gregor Ebner, Otto Schwarzenberger, Max Sollman e Guenther Tesch in *USA v. Greifelt et al.*, c.d. *RuSHA case*; Felix Ruehl e Mathias Graf in *USA v. Ohlendorf et al.*, c.d. *Einsatzgruppen case*; Ernst Wilhelm Bohle in *USA v. von Weizsaecker et al.*, c.d. *Ministries case*); 7 furono condannati soltanto per crimini contro l'umanità (Erhard Milch in *USA v. Milch*; Oswald Rothaug in *USA v. Altstoetter et al.*, c.d. *Justice case*; Carl Krauch, Fritz ter Meer, Otto Ambros, Heinrich Bueteffisch e Walter Duerrfeld in *USA v. Krauch et al.*, c.d. *Farben case*); un solo imputato fu condannato soltanto per crimini di guerra (Karl Ritter, in *USA v. von Weizsaecker et al.*, c.d. *Ministries case*); 37 furono assolti. Per un approfondimento e una scheda dei processi si rinvia a K.J. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals*, cit., 85-105 e J.A. APPLEMAN, *Military Tribunals*, cit., 139-233.

<sup>61</sup> L'espressione è di E. AMATI, E. MACULAN, *Crimini contro l'umanità*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Utet, Torino, 2011, 145.

<sup>62</sup> L'art. 6 StIMT non indicava alcun elemento di contesto specifico idoneo a differenziare nettamente i crimini contro l'umanità dai crimini di guerra. Tale circostanza può essere considerata come uno dei fattori che contribuì maggiormente ad alimentare la confusione circa le due categorie di crimini. Già a partire dai processi celebrati davanti ai Tribunali Militari americani ai sensi della CCL n. 10 si cominciarono a delineare alcuni elementi di contesto che dovevano essere provati ai fini dell'accertamento della responsabilità. In particolare, come affermato nei casi *Einsatzgruppen* e *Justice*, era richiesta la prova di un contesto di violazioni estese e sistematiche («*wholesale and systematic violations of life and liberty*») e il coinvolgimento da parte del governo nazionale («*systematic governmentally organised or approved procedures*»): cfr., rispettivamente, USMT, *Trial of Ohlendorf et al. (Einsatzgruppen)*, Judgment, Nuremberg, 9 aprile 1948 e USMT, *Trial of Altstoetter et al. (Justice case)*, Judgment, Nuremberg, 4 dicembre 1947, entrambi in G.K. McDONALD, O. SWAAK-GOLDMAN (a cura di), *Substantive and Procedural Aspects. Vol. II, part II*, cit., 2055 e 1885. L'effetto fu duplice: da un lato si restrinse la portata applicativa dei crimini contro l'umanità alla sole condotte che soddisfavano i requisiti di contesto; dall'altro lato essi cominciarono ad assumere un'identità autonoma e distinta rispetto ai crimini di guerra. Tuttavia, nonostante gli apprezzabili sforzi di definizione compiuti dai Tribunali Militari americani, che contribuirono all'affrancamento della nuova categoria di crimini dalle violazioni del diritto umanitario, la doppia qualificazione giuridica delle condotte non scomparve dalle sentenze dei giudici. Soprattutto quando chiamati a giudicare fatti commessi nei territori occupati, i Tribunali qualificarono come crimini di guerra e crimini contro l'umanità gli omicidi (*Einsatzgruppen case*), il lavoro forzato (*Pohl case*) e la persecuzione nei confronti dei membri della Chiesa cattolica (*Ministries case*): cfr. K.J. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals*, cit., 232. È interessante notare come 36 anni dopo l'istituzione del Tribunale di Norimberga la Corte Suprema olandese, in un caso riguardante la condanna di un imputato per crimini contro l'umanità e crimini di guerra commessi in Polonia nel 1941, dichiarò che i crimini contro l'umanità dovevano esser commessi nel quadro di una politica basata sul terrore ovvero connessi a una politica discriminatoria, *nonostante tali requisiti non fossero espressamente previsti dall'art. 6 StIMT (!): P.N.M. v. Public Prosecutor*, Netherlands Supreme Court, 13 gennaio 1981, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 13, 1982.

definitivamente dalla schiavitù concettuale che ne aveva condizionato i primi anni di esistenza.<sup>63</sup>

4. Infine un quarto e ultimo argomento può essere proposto per spiegare l'assenza di una riflessione sulla questione del concorso nella giurisprudenza del Tribunale di Norimberga. Esso prende le mosse dalle caratteristiche intrinseche del diritto penale internazionale vigente e perciò viene definito come *giustificazione ontologica*.

A Norimberga i giudici dovettero misurarsi per la prima volta con dei crimini «smisurati». All'inventiva nazista della perpetrazione del male si contrapposero i «limiti dell'immaginazione giuridica»:<sup>64</sup> la sistematicità delle condotte, il carattere macro-offensivo degli eventi e l'identificazione del soggetto passivo con intere popolazioni misero a dura prova le categorie del diritto penale classico ed ebbero evidenti ripercussioni sul modo di concepire il diritto penale internazionale moderno. Anche l'autore del reato aveva cambiato volto: il reo si identificava non soltanto con i maggiori esponenti della classe politica e della società ma anche, e forse in modo ancor più inquietante, con ogni normale cittadino che grazie all'esaltazione nazista dell'efficienza, del «totalitarismo della tecnica» e della «mentalità aziendale» dello sterminio,<sup>65</sup> aveva nascosto la propria coscienza dietro il velo dell'autorità e dell'obbedienza. E senza contare che, per la prima volta nella storia, procuratori, giudici e avvocati difensori dovettero gestire un numero smisurato di eventi, diversi per natura e collocazione geografico-temporale. Di fronte a codeste brutali novità, può risultare non del tutto ingenuo pensare che alcune questioni complesse, prima fra tutti quella relativa al concorso di norme e di reati, cedettero il passo alla frustrante urgenza di ideare delle soluzioni giuridiche per rispondere all'imputazione dei macro-eventi, soprattutto sul piano della tipicità, delle cause di giustificazione e dei modelli di responsabilità penale.

Per concludere, l'eredità di Norimberga in tema di concorso di norme può riassumersi attraverso la formulazione della seguente coppia di proposizioni:

1. i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità possono generare una relazione di eterogeneità;
2. i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità possono concorrere nella qualificazione del medesimo fatto.

<sup>63</sup> Cfr. M. LIPPMANN, *Crimes Against Humanity*, in *Boston College Third World Law Journal*, 17, 1997, 172.

<sup>64</sup> L'espressione è tratta dal capitolo *The Limits of the Legal Imagination* di D. BLOXHAM, *Genocide on Trial*, cit., 93.

<sup>65</sup> Si veda l'introduzione di U. GALIMBERTI al fondamentale saggio di K. JASPERS, *La questione della colpa. Sulla responsabilità politica della Germania*, Milano, 1996, XII.

Il primo caso si configura qualora le due categorie di crimini non hanno alcun elemento in comune perché disciplinano situazioni giuridiche differenti: è il caso della distruzione di città e villaggi non giustificata dalla necessità militare e dei reati commessi nei confronti dei prigionieri di guerra, i quali trovano esclusiva tipizzazione all'interno dei crimini di guerra.

Il concorso si realizza, invece, in tutte le ipotesi in cui il medesimo fatto viene doppiamente qualificato dai giudici. Come si è dimostrato, a Norimberga è mancata una puntuale riflessione circa i presupposti e i criteri di soluzione del concorso di norme e, di conseguenza, del concorso formale di reati. Nei casi di sovrapposizione normativa, i crimini contro l'umanità hanno finito col confondersi con la categoria dei crimini di guerra, fino quasi a restarne assorbiti nel disvalore e nella riprovevolezza.<sup>66</sup>

Soltanto con l'avvento dei Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e il Ruanda si è cominciato a dare spazio alla materia del concorso di norme, anche se essa rimarrà ancora lontana da una compiuta giuridicizzazione.<sup>67</sup>

#### **4. Rompere il silenzio: la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e il Ruanda**

Anche gli Statuti dei Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia (ICTY) e per il Ruanda (ICTR) non contengono alcuna disposizione relativa al concorso di norme e lasciano ai giudici il compito di risolvere le frequenti sovrapposizioni normative che si verificano.

---

<sup>66</sup> Tanto che parte della dottrina ha sostenuto che l'unica differenza rinvenibile consiste nel fatto che il soggetto passivo del crimine contro l'umanità può essere un cittadino dello Stato che commette le violazioni: Q. WRIGHT, *The Law of the Nuremberg Trial*, in G. METTRAUX (a cura di), *Perspectives*, cit., 341. Pur tuttavia, i crimini contro l'umanità costituiscono una delle più importanti eredità di Norimberga: non bisogna dimenticare che nonostante il concetto di «umanità» fosse già presente in alcune convenzioni e trattati, tra cui le Convenzioni dell'Aia del 1907 e la Dichiarazione congiunta di Francia, Regno Unito e Russia del 1915 relativa ai massacri perpetrati dal governo turco nei confronti della popolazione armena, solo con la Carta di Londra si giunge a una prima codificazione e formulazione esplicita dei crimini contro l'umanità. Cfr. D. LUBAN, *The Legacies of Nuremberg*, in G. METTRAUX (a cura di), *Perspectives*, cit., 639 e G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 328.

<sup>67</sup> Non si prenderà in considerazione lo Statuto e la giurisprudenza del Tribunale Militare Internazionale di Tokyo (IMTFE), creato su iniziativa unilaterale del Generale Douglas MacArthur, poiché nessuno dei 28 imputati fu condannato per crimini contro l'umanità, disciplinati all'art. 5(c) StIMTFE. La disposizione ricalcava alla lettera l'art. 6(c) StIMT, prevedendo anch'essa il cd. *nexus requirement*, con la sola differenza che fu omesso il riferimento alla religione tra i motivi discriminatori posti alla base del crimine di persecuzione: si veda la *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, 19 aprile 1946. Lo Statuto e gli altri documenti rilevanti, tra cui l'atto d'accusa e la sentenza, sono consultabili nel volume di N. BOISTER, R. CRYER, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal. Charter, Indictment and Judgments*, Oxford University Press, Oxford, 2008. Per un'analisi critica si rinvia a Y. TANAKA, T. MCCORMACK, G. SIMPSON, *Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2011 e N. BOISTER, R. CRYER, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

L'analisi della giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* costituisce un passaggio obbligato in materia di concorso di norme, sia perché per la prima volta si è tentato di razionalizzare il problema e di ideare delle soluzioni alla questione, sia perché l'apporto creativo dei giudici, soprattutto attraverso il c.d. test *Čelebići*, ha condizionato (e condiziona tutt'ora) la prassi internazionale in materia, rappresentando un chiaro esempio di circolazione esterna del precedente giudiziario.<sup>68</sup>

Prima di affrontare lo studio della giurisprudenza è necessario compiere una breve premessa relativa alle relazioni tra fattispecie criminose che si possono astrattamente configurare all'interno degli Statuti dei due Tribunali. A tal riguardo è importante tener distinto lo Statuto del Tribunale per la ex-Jugoslavia da quello per il Ruanda, in quanto i due testi normativi presentano alcune differenze sostanziali in materia di crimini di guerra e crimini contro l'umanità, con evidenti ricadute circa i rapporti tra norme.

Con riferimento allo Statuto del Tribunale per la ex-Jugoslavia (StICTY), esso contiene due disposizioni relative ai crimini di guerra: l'art. 2 StICTY, che disciplina le gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra del 1949 commesse durante un conflitto armato internazionale,<sup>69</sup> e l'art. 3 StICTY, avente ad oggetto le altre violazioni delle leggi e delle consuetudini di guerra.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Sull'adozione del test *Čelebići* da parte della Corte penale internazionale e di altri tribunali come le Camere straordinarie nelle Corti in Cambogia, nonché sui rischi di un'adesione «tanto automatica quanto acritica» del precedente, si rinvia a *infra*, par. 6-7.

<sup>69</sup> Art. 2 StICTY: «*Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949*: The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention:

- a) wilfull killing;
- b) torture or inhuman treatment, including biological experiments;
- c) wilfully causing great suffering or seriuous injury to body or health;
- d) extensive destruction or appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly;
- e) compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power;
- f) wilfully depriving a prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial;
- g) unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian;
- h) taking civilians as hostages».

<sup>70</sup> Art. 3 StICTY: «*Violations of the laws or customs of war*: The International Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war. Such violations shall include, *but not be limited to*:

- a) employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering;
- b) wanton destruction of cities, town or villages, or devastation not justified by military necessity;
- c) attack or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings, or buildings;
- d) seizure of, destruction or wilful damage done to institution dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science;
- e) plunder of private or public property».

Come si può notare, l'elenco non è tassativo. Cfr. UN Doc. S/25704, *Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, 3 maggio 1993, par. 33 ss.; V. MORRIS, M.P. SCHARF, *An Insider's Guide to The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia. A Documentary History and Analysis. Volume I*, Transnational Publishers, New York, 1995, 63-72; M.C. BASSIUNI, P. MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the*

Nonostante la Camera d'appello abbia affermato che l'art. 3 StICTY trovi applicazione sia nei conflitti armati internazionali che in quelli di carattere non internazionale,<sup>71</sup> la giurisprudenza ha sempre tenuto ben distinte le due disposizioni e ha considerato l'art. 3 StICTY come una clausola residuale generale idonea a trovare applicazione in tutti i casi non disciplinati dall'art. 2 StICTY.<sup>72</sup>

Per contro, lo Statuto del Tribunale per il Ruanda contiene una sola disposizione in materia di crimini di guerra (art. 4 StICTR).<sup>73</sup> Essa ha ad oggetto le violazioni dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e di alcune disposizioni del Secondo Protocollo Addizionale del 1977, le quali sono rivolte a stabilire uno standard minimo comune di garanzie da osservare durante la conduzione delle ostilità nel contesto di un conflitto armato avente carattere non internazionale.<sup>74</sup> Con riferimento ai crimini di guerra, lo Statuto del Tribunale per il Ruanda ha dunque una portata più ristretta rispetto a quello del Tribunale per la ex-Jugoslavia.<sup>75</sup>

---

*Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, New York, 1996, 492-520; F.M. PALOMBINO, *Les crimes de guerre dans l'évolution du droit international des conflits armés et la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, in E. FRONZA, S. MANACORDA (a cura di), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des Law Clinics en droit pénal international*, Dalloz-Giuffrè, Milano, 2003, 82-93; G. ACQUAVIVA, *War Crimes at the ICTY: Jurisdictional and Substantive Issues*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice*, cit., 295-310.

<sup>71</sup> ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion, cit., par. 94. Sulla storica decisione, definita dalla dottrina una «svolta sismica», si rinvia a H. FISCHER, *Commentary on Prosecutor v. Duško Tadić*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases. Volume I*, Intersentia-Hart-Verlag, Antwerp, 1999, 140. Critico nei confronti di questo approccio W.A. SCHABAS, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 235.

<sup>72</sup> Con evidenti ricadute in tema di concorso di norme: «Article 2 is more specific than common article 3»: ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 420 (enfasi aggiunta). Sul punto cfr. *infra*, par. 4.5. L'art. 3 StICTY è stato applicato in modo da poter esercitare la giurisdizione su (i) violazioni del diritto dell'Aia commesse anche nel contesto di un conflitto armato non internazionale; (ii) violazioni alle Convenzioni di Ginevra non qualificate come «gravi»; (iii) violazioni del diritto consuetudinario applicabile ai conflitti interni; (iv) violazioni di alcune disposizioni contenute nel Primo e Secondo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949. Cfr. G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 26.

<sup>73</sup> Cfr. P. AKHAVAN, *The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment*, in *American Journal of International Law*, 90, 1996, 503, secondo cui la codificazione dei crimini di guerra rappresenta la differenza più significativa tra i due Statuti in materia di diritto applicabile, e T. MERON, *International Criminalization of Internal Atrocities*, in *American Journal of International Law*, 89, 1995, 558, il quale considera l'art. 4 StICTR come la più importante innovazione normativa dello Statuto.

<sup>74</sup> L'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949 viene anche denominato come una «Convenzione in miniatura»: ICRC, *Commentary on Geneva Conventions*, in <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDFA490736C1C1257F7D004BA0EC>, par. 356 (visitato il 5 novembre 2017). Cfr. altresì E. DAVID, *Internal (Non-International) Armed Conflict*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (a cura di), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 353-362; D. FLECK, *The Law of Non-International Armed Conflict*, in D. FLECK (a cura di), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 581-610; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, 2014.

<sup>75</sup> La scelta di non disciplinare, all'interno dello StICTR, le gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra risiede nel fatto che il conflitto armato ruandese è stato qualificato come un conflitto avente

Anche in materia di crimini contro l'umanità i due Statuti presentano alcune differenze significative, non tanto sul piano delle condotte punibili, le quali risultano essere le stesse in entrambi i testi normativi,<sup>76</sup> quanto sul piano dell'elemento di contesto. L'art. 5 StICTY richiede, infatti, che le condotte siano poste in essere nell'ambito di un conflitto armato internazionale o interno,<sup>77</sup> mentre l'art. 3 StICTR richiede che i crimini contro l'umanità siano posti in essere nell'ambito di un attacco esteso e sistematico (requisito oggettivo) e sulla base di motivi nazionali, politici, etnici, razziali o religiosi (requisito soggettivo).<sup>78</sup>

Tuttavia, l'interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni ha finito per livellarne le differenze. Da un lato, nonostante l'art. 5 StICTY sembri richiamare il c.d. *war-connecting link* previsto all'art. 6(c) StIMT, i giudici del Tribunale per la ex-Jugoslavia hanno fornito un'interpretazione ampia di tale requisito, considerandolo non un elemento del fatto tipico (con le conseguenti ricadute in tema di elemento soggettivo) ma un mero requisito giurisdizionale che impone un collegamento temporale e spaziale con il conflitto jugoslavo.<sup>79</sup> Dall'altro lato, la giurisprudenza del Tribunale per la ex-Jugoslavia ha richiesto la prova che i crimini contro l'umanità fossero commessi nell'ambito di un attacco esteso e sistematico, nonostante l'art. 5 StICTY non preveda espressamente tale requisito.<sup>80</sup> Infine, i giudici del Tribunale per il Ruanda hanno

---

natura interna e non internazionale: cfr. UN Doc. S/1994/1125, *Preliminary report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council resolution 935 (1994)*, 4 ottobre 1994; UN Doc. S/1994/1405, *Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council resolution 935 (1994)*, 9 dicembre 1994. Sulla qualificazione del conflitto ruandese cfr. L.J. VAN DEN HERIK, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2005, 214 ss.

<sup>76</sup> Ai sensi dell'art. 5 StICTY e dell'art. 3 StICTR sono puniti, a titolo di crimini contro l'umanità, l'omicidio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione, l'imprigionamento, la tortura, lo stupro, la persecuzione per motivi politici, razziali e religiosi e gli altri atti disumani.

<sup>77</sup> Art. 5 StICTY: «*Crimes Against Humanity*: The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes *when committed in armed conflict*, whether international or internal in character, and directed against any civilian population [...]» (enfasi aggiunta).

Cfr. B. DON TAYLOR III, *Crimes Against Humanity in the Former Yugoslavia*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice*, cit., 285-294.

<sup>78</sup> Art. 3 StICTR: «*Crimes Against Humanity*: The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a *widespread or systematic attack* against any civilian population *on national, political, ethnic, racial or religious grounds* [...]» (enfasi aggiunta).

<sup>79</sup> ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Judgment, AC, IT-94-1-A, 15 luglio 1999, par. 249; ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Judgment, TC, IT-95-14/2-T, 26 febbraio 2001, par. 33; ICTY, *Prosecutor v. Mitar Vasiljević*, Judgment, TC-II, IT-98-32-T, 29 novembre 2002, par. 38. In altri termini, è sufficiente provare che era in corso un conflitto armato – internazionale o interno – nel momento di commissione del crimine contro l'umanità. Questa interpretazione dell'art. 5 StICTY è supportata da alcune dichiarazioni rilasciate dai membri del Consiglio di Sicurezza durante l'adozione della risoluzione 827 che ha portato alla creazione del Tribunale: cfr. UN Doc. S/PV.3217, 25 maggio 1993, in particolare le dichiarazioni della Francia (p. 11), Stati Uniti (p. 16), Gran Bretagna (p. 19) e Russia (p. 45).

<sup>80</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Trial Judgment, cit., par. 202; ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Judgment, TC-II, IT-05-88/2-T, 12 dicembre 2012, par. 698; ICTY, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Judgment, TC, IT-95-5/18-T, 24 marzo 2016, par. 477.



affermato che non è necessario dimostrare la presenza di motivi discriminatori per tutti i crimini contro l'umanità.<sup>81</sup>

Con riferimento al crimine di genocidio, invece, non si riscontrano differenze tra i due Statuti.<sup>82</sup> Viene così confermata la prassi, quantomeno a livello internazionale,<sup>83</sup> di mantenere immutata la definizione del genocidio prevista all'art. 2 della *Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio* del 9 dicembre 1948.

In conclusione, possono configurarsi i seguenti rapporti tra norme ai sensi degli artt. 2-5 StICTY:

- a) applicazione delle sole gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra del 1949 (art. 2), delle violazioni agli usi e costumi di guerra (art. 3), del crimine di genocidio (art. 4) ovvero dei crimini contro l'umanità (art. 5);
- b) applicazione congiunta di due, tre o tutte e *quattro* le categorie di crimini.

In modo simile, ai sensi degli artt. 2-4 StICTR possono configurarsi i seguenti rapporti tra norme:

- a) applicazione del solo crimine di genocidio (art. 2), dei crimini contro l'umanità (art. 3) ovvero delle violazioni all'art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra del 1949 (art. 4);
- b) applicazione congiunta di due o di tutte e *tre* le categorie di crimini.

Oltre alle differenze, già evidenziate, concernenti la formulazione delle singole fattispecie, si può notare come ai sensi dello Statuto del Tribunale per la ex-Jugoslavia possono concorrere, almeno da un punto di vista astratto, due diverse tipologie di crimini di guerra, mentre lo stesso fenomeno non può verificarsi all'interno del sistema delineato dallo Statuto del Tribunale per il Ruanda.

Fatte queste premesse è possibile analizzare, seguendo un ordine cronologico, le soluzioni che i giudici dei Tribunali *ad hoc* hanno ideato per far fronte al sorprendente vuoto normativo lasciato dal diritto positivo in materia di concorso di norme.

<sup>81</sup> ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgment, AC, ICTR-96-4-A, 1 giugno 2001, par. 464; ICTR, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Judgment and Sentence, TC, ICTR-97-20-T, 15 maggio 2003, par. 331. Anche il rapporto del Segretario Generale delle Nazioni Unite avente ad oggetto la creazione del Tribunale per la ex-Jugoslavia affermava che i crimini contro l'umanità sono posti in essere nell'ambito di un attacco esteso o sistematico per motivi nazionali, etnici, razziali o religiosi. Tuttavia tale interpretazione non trovò cittadinanza all'interno dello StICTY. Cfr. UN Doc. S/25704, cit., par. 48. Per ulteriori riferimenti si rinvia a A. ESPOSITO, G. GENTILE, M.T. TRAPASSO, *I crimini contro l'umanità*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale*, cit., 605.

<sup>82</sup> Cfr. S. MALMSTRÖM, *Genocide Case Law at the ICTY*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice*, cit., 267-283.

<sup>83</sup> Diverso il panorama normativo nazionale, in cui si registra una geografia variabile con riferimento soprattutto alle condotte punibili e ai gruppi vittima. Cfr. O. BEKOU, *Crimes at Crossroads. Incorporating International Crimes at the National Level*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 677-691.

#### 4.1. Il caso *Tadić*

Nelle fasi iniziali del procedimento penale a carico di Duško Tadić gli avvocati della difesa presentarono un ricorso in cui lamentavano la presenza di più capi di imputazione relativi agli stessi fatti (*cumulative charging*).<sup>84</sup> Nella prima decisione concernente la legittimità delle qualificazioni giuridiche multiple, i giudici hanno affermato che tale questione ha ricadute rilevanti soltanto in fase di commisurazione della pena e, pertanto, va discussa soltanto nella successiva fase di *sentencing*. In aggiunta, si afferma che la pena è diretta a punire la condotta criminosa dell'imputato e la sua determinazione non può esser condizionata dalla tecnica di formulazione dei capi d'accusa.<sup>85</sup>

Questo primo approccio evasivo dei giudici si fonda sulla considerazione che la plurima qualificazione di uno stesso fatto, a cui seguono altrettante condanne, condizioni soltanto l'ammontare totale della pena. Considerazione superficiale ed inesatta, in quanto il rapporto strutturale astratto tra fattispecie ben può tenersi distinto (ancorché intimamente connesso) dall'ulteriore problema della commisurazione della pena a seguito della condanna per più reati. La questione concernente la risposta sanzionatoria costituisce un problema distinto e successivo, necessitante di un previo ragionamento circa l'unità o la pluralità di reati.

Non solo. Posticipare l'analisi della qualificazione plurima di un fatto alla fase di *sentencing* rischia di generare alcuni fraintendimenti. Da un lato, ci si dimentica che la plurima qualificazione di un fatto ha un impatto sul giudizio di responsabilità; solo in un secondo momento essa può esplicitare i propri effetti nella commisurazione della sanzione. Dall'altro lato, in fase di *sentencing* si può giocare sul *quantum* di pena ma non sulla qualificazione giuridica dei fatti: il rimedio offerto dall'applicazione – sul piano sanzionatorio – del principio dell'assorbimento si palesa come strumento certamente efficace per riequilibrare l'intensità afflittiva della pena e ovviare alle eccessive qualificazioni giuridiche dello stesso fatto, ma non sufficiente ad arginare ulteriori conseguenze negative che scaturiscono dalla qualificazione multipla di un fatto, prima fra tutte la stigmatizzazione del reo.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> L'atto di accusa conteneva 34 imputazioni per crimini commessi nella regione di Prijedor (Bosnia-Herzegovina), soprattutto all'interno del campo di prigionia di Omarška, tra il 23 maggio e il 31 dicembre 1992. Tra i crimini imputati secondo il modello cumulativo figurano la violenza sessuale, l'omicidio, la tortura o trattamento disumano e le lesioni personali, qualificati come gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra, violazioni alle leggi e usi di guerra e come crimini contro l'umanità. Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Second Amended Indictment, IT-94-1-I, 14 dicembre 1995.

<sup>85</sup> ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion, cit., par. 91.

<sup>86</sup> Pur non trattando in un paragrafo separato la questione del concorso di norme, la Camera di primo grado nel caso *Tadić* ha qualificato alcune condotte sia come crimini contro l'umanità che come violazioni alle leggi e usi di guerra. A titolo d'esempio si può citare il caso delle lesioni personali, qualificate sia come trattamenti crudeli (art. 3 StICTY) che atti disumani (art. 5 StICTY): ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Opinion and Judgment, TC, IT-94-1-T, 7 maggio 1997, par. 263. In fase di determinazione della pena, i giudici hanno stabilito che le pene devono esser eseguite contemporaneamente, con l'effetto pratico che la pena più grave inflitta per un singolo crimine (nel

L'approccio adottato dai giudici nel caso *Tadić*, tuttavia, è stato accolto in alcune pronunce di entrambi i Tribunali *ad hoc*.<sup>87</sup> Solo col caso *Krstić* la Camera di primo grado ha affermato che esistono buone ragioni per considerare la problematica dei *cumulative charges* all'inizio del procedimento e non in fase di determinazione della pena. Tra queste vi figurano motivi di economia processuale, di efficienza e di *fair trial*.<sup>88</sup>

#### 4.2. Il test Akayesu

Il primo processo penale internazionale che ha applicato la *Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio*,<sup>89</sup> celebrato di fronte al Tribunale per il Ruanda, coincide con la prima sentenza recante un paragrafo specifico dedicato al cumulo delle qualificazioni giuridiche e la formulazione di un test atto a risolvere la questione del concorso di norme.

Nell'atto di accusa emesso nei confronti di Jean-Paul Akayesu si configuravano le seguenti ipotesi di concorso di norme:<sup>90</sup>

- a) genocidio [art. 2(3)(a) StICTR], complicità nel genocidio [art. 2(3)(e) StICTR] e sterminio come crimine contro l'umanità [art. 3(b) StICTR];

---

caso di specie, 20 anni di reclusione) assorbe le altre di durata inferiore: ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Sentencing Judgment, TC, IT-94-1-T, 14 luglio 1997, par. 75, confermata in ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Sentencing Judgment, TC, IT-94-1-Tbis-R117, 11 novembre 1999, par. 32(G) e ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Judgment in Sentencing Appelas, AC, IT-94-1-A e IT-94-1-A bis, 26 gennaio 2000, par. 76(6). Per un breve commento si rinvia a C. KRESS, *Commentary on Prosecutor v. Duško Tadić*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases. Volume IV*, cit., 501.

<sup>87</sup> Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Decision on Application for Leave to Appeal by Hazim Delić (Defects in the Form of the Indictment), AC, IT-96-21-AR72.5, 6 dicembre 1996, par. 36; ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Decision on the Defence Preliminary Motion on the Form of the Indictment, TC-II, IT-97-25, 24 febbraio 1999, par. 5; ICTR, *Prosecutor v. Ntagerura*, Decision on the Preliminary Motion Filed by the Defence Based on Defects in the Form of the Indictment, TC, 28 novembre 1997; ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Tafazzal Hossain Khan, TC-II, ICTR-95-1-T, 21 maggio 1999, par. 6.

<sup>88</sup> ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Decision on Defence Preliminary Motion on the Form of the Amended Indictment, Count 7-8, TC, IT-98-33, 28 gennaio 2000. Per il Tribunale per il Ruanda, secondo cui il problema del «[*cumulative charging*] is not one of concurrent sentencing», cfr. ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Judgment, TC-II, ICTR-95-1-T, 21 maggio 1999, par. 625.

<sup>89</sup> La Convenzione è stata applicata per la prima volta da una corte interna cambogiana, chiamata a giudicare i crimini commessi nella Kampuchea Democratica dal Primo Ministro Pol Pot e dal vice-Primo Ministro Ieng Sary in un arco temporale che si estende dal 1974 al 1979.

<sup>90</sup> ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Amended Indictment, ICTR-96-4-I, 17 giugno 1997. Akayesu ricopriva la carica di sindaco nella provincia di Taba e, di conseguenza, aveva il controllo esclusivo delle forze di polizia locali ed era responsabile del mantenimento dell'ordine pubblico e dell'amministrazione della giustizia. Tra il 7 aprile e la fine di giugno 1994 circa 2.000 Tutsi vennero brutalmente uccisi nella provincia di Taba mentre Akayesu ricopriva la carica di sindaco.

- b) omicidio come crimine contro l'umanità [art. 3(a) StICTR] e omicidio come crimine di guerra [art. 4(a) StICTR];
- c) tortura come crimine contro l'umanità [art. 3(f) StICTR] e trattamenti crudeli come crimine di guerra [art. 4(a) StICTR];
- d) stupro come crimine contro l'umanità [art. 3(g) StICTR], altri atti disumani come crimini contro l'umanità [art. 3(i) StICTR] e oltraggio alla dignità personale come crimini di guerra [art. 4(e) StICTR].

Rilevato che il cumulo dei capi di imputazione riferiti allo stesso fatto risulta idoneo a violare il principio del *ne bis in idem* sostanziale,<sup>91</sup> e che questo pericolo viene scongiurato dall'esecuzione simultanea delle pene,<sup>92</sup> i giudici procedono alla formulazione di un test che permetta di fondare su una solida base normativa la duplice (o triplice) qualificazione giuridica dello stesso fatto.

Secondo la Camera di primo grado, un imputato può essere condannato per due o più crimini relativi alla medesima condotta qualora (test *Akayesu*):<sup>93</sup>

- a) le offese presentino elementi strutturali distinti (c.d. *different elements test*); ovvero,
- b) le fattispecie siano rivolte a proteggere beni giuridici distinti (c.d. *different interests test*); ovvero,
- c) si renda necessario ricorrere a più disposizioni per descrivere in modo completo ciò che ha fatto l'imputato (c.d. *descriptive test*).

Tuttavia, un concorso formale di reati non può mai verificarsi nelle seguenti ipotesi:

- d) un'offesa è ricompresa all'interno di un'altra offesa (*lesser included offence*); ovvero,
- e) viene imputata sia una forma di responsabilità primaria che secondaria per lo stesso crimine, come accade nel caso di commissione del crimine di genocidio e di complicità nel medesimo.

Applicando il test al caso di specie i giudici hanno concluso che le tre categorie di crimini codificate all'interno dello Statuto del Tribunale per il Ruanda sono costituite da elementi tipici ben distinti e sono rivolte a salvaguardare beni giuridici differenti.<sup>94</sup> Inoltre, alcuna categoria criminosa sembra porsi come una *lesser included offence*

<sup>91</sup> ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgment, TC, ICTR-96-4-T, 2 settembre 1998, par. 462.

<sup>92</sup> ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Trial Judgment, cit., par. 466.

<sup>93</sup> ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Trial Judgment, cit., par. 468.

<sup>94</sup> ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Trial Judgment, cit., par. 469. In particolare il crimine di genocidio intende proteggere determinati gruppi dall'eliminazione fisica, i crimini contro l'umanità la popolazione civile da condotte discriminatorie e i crimini di guerra i soggetti che non partecipano attivamente alle ostilità. Per un commento alla sentenza si rinvia a W.A. SCHABAS, *Commentary on Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases. Volume II*, Intersentia-Hart-Verlag, Antwerp, 2001, 552.

rispetto alle altre, e lo Statuto non prevede alcuna gerarchia dei crimini internazionali, sia essa fondata sul principio di offensività o su più generali coordinate di politica criminale. Risulta dunque lecito qualificare gli stessi fatti sia come crimine di genocidio che come sterminio quale crimine contro l'umanità.<sup>95</sup>

Il caso *Akayesu*, prima scintilla nell'oscurità, risulta molto importante poiché rappresenta il primo tentativo compiuto di razionalizzare la materia del concorso di norme da parte della giurisprudenza, forse influenzata dalla categoria francese del *concour idéal d'infractions*.<sup>96</sup> Inoltre appare significativo che la sensibilità dei giudici abbia rilevato il possibile contrasto tra cumulo di qualificazioni e principio del *ne bis in idem* sostanziale. Tuttavia la sentenza presenta alcune criticità.<sup>97</sup>

Innanzitutto, nell'affermare che il pericolo di violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale viene scongiurato dall'assorbimento che si verifica *de facto* con l'esecuzione simultanea delle pene, i giudici incorrono in una triplice imprecisione.

Da un lato essi considerano soltanto le ricadute sanzionatorie che conseguono al concorso (effettivo) di norme e trascurano gli ulteriori effetti negativi che derivano dalle qualificazioni giuridiche multiple, i quali non possono certo evitarsi attraverso il mero ricorso all'assorbimento in sede sanzionatoria. Tenuto conto, ancor più, che l'assorbimento risulta essere soltanto l'effetto pratico che deriva dall'esecuzione simultanea di una pluralità di pene e non, invece, dall'applicazione di una pena unica.

Dall'altro lato dimenticano che la regola 87(c) RPE affida alla discrezionalità del giudice le modalità di esecuzione del cumulo di pene, le quali potranno altresì essere

<sup>95</sup> ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Trail Judgment, cit., par. 470. Akayesu è stato ritenuto colpevole per nove capi d'accusa e non colpevole per gli altri sei. Ragioni di ordine probatorio hanno invece impedito il verificarsi di un concorso formale tra crimini contro l'umanità e crimini di guerra, poiché non è stato ritenuto provato oltre ogni ragionevole dubbio il nesso tra la condotta e il conflitto armato. Cfr. ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Trail Judgment, cit., par. 643.

<sup>96</sup> Cfr. A. BOGDAN, *Cumulative Charges, Convictions and Sentencing at the Ad Hoc International Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, in *Melbourne Journal of International Law*, 1, 2002, 8. La sentenza *Akayesu* compie un riferimento all'art. 93 del codice penale ruandese, contenuto nel capitolo sesto dedicato al concorso di reati e di chiara ispirazione francofona. L'art. 93 c.p. prevede due ipotesi di concorso formale di reati: (i) qualora lo stesso fatto sia suscettibile di plurima qualificazione giuridica e (ii) qualora più violazioni della legge penale siano connesse tra loro da un medesimo disegno criminale ovvero le une costituiscono circostanze aggravanti delle altre.

<sup>97</sup> Il test *Akayesu* è stato applicato nel caso *Rutaganda* per escludere il concorso tra l'omicidio e lo sterminio, entrambi qualificati come crimini contro l'umanità, e per confermare il concorso formale tra genocidio e sterminio quale crimine contro l'umanità: ICTR, *Prosecutor v. Georges Rutaganda*, Judgment and Sentence, TC, ICTR-96-3-T, 6 dicembre 1999, par. 119, e A. KLIP, *Commentary on Prosecutor v. Georges Rutaganda*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases. Volume II*, cit., 791. Le stesse parole, forse perché il collegio giudicante era composto dagli stessi giudici, sono riportate in ICTR, *Prosecutor v. Alfred Musema*. Judgment and Sentence, TC, ICTR-96-13-A, 27 gennaio 2000, par. 299. Manca invece una riflessione compiuta sul tema del concorso nei casi *Kambanda*, *Serushago* e *Ruggiu*, e con ogni probabilità questa assenza è strettamente connessa alla dichiarazione di colpevolezza (*guilty plea*) compiuta dagli imputati. Cfr. ICTR, *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Judgment and Sentence, TC, ICTR-97-23-S, 4 settembre 1998; ICTR, *Prosecutor v. Omar Serushago*, Sentence, TC, ICTR, 98-39-S, 5 febbraio 1999; ICTR, *Prosecutor v. Georges Ruggiu*, Judgment and Sentence, TC, ICTR-97-32-I, 1 giugno 2000.

eseguite in successione («*to be served consecutively*»): in questo modo si passerebbe dall'assorbimento a un cumulo materiale.

Dall'altro lato ancora occorre ricordare che la stessa regola 87(c) RPE prevede la possibilità di imporre una pena unica (e non tante pene quanti sono i crimini ascritti). In quest'ultimo caso l'effetto assorbente della pena più grave non può ontologicamente verificarsi e, qualora il giudice tenesse conto di tutte le qualificazioni giuridiche ai fini della commisurazione della pena,<sup>98</sup> riemergerebbe il pericolo di violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

In secondo luogo non risultano chiari né i presupposti né la portata applicativa dei criteri elencati. I primi due test, che sembrano fondarsi, l'uno, sulla tipicità e, l'altro, sulla nozione di bene giuridico, appaiono incompleti in quanto non vengono fornite né definizioni né generali coordinate interpretative che permettano di individuare che cosa si intenda per «elementi differenti» e «interessi distinti».

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento al c.d. *descriptive test*, il quale sembra potersi ricondurre al principio dell'integrale valutazione giuridica del fatto: quali elementi dovranno essere presi in considerazione dal giudice? Si dovrà guardare alla condotta (attiva od omissiva), al disvalore dell'evento, alla *mens rea* ovvero a una più ampia esigenza di narrazione del fatto illecito?<sup>99</sup>

In terzo luogo, il concetto di *lesser included offence* non viene specificato all'interno della sentenza, e gli esempi riportati non contribuiscono a chiarire il punto. I giudici compiono un riferimento alla rapina e al furto e alle lesioni personali e all'omicidio, riconducibili, rispettivamente, alle ipotesi eterogenee del reato complesso e della progressione criminosa. Di conseguenza, non è possibile affermare con certezza se con il concetto di *lesser included offence* i giudici abbiano voluto riferirsi al principio di specialità, al principio di consunzione o a entrambi.<sup>100</sup>

<sup>98</sup> E qui si proporrebbe un ulteriore profilo problematico: se per lo stesso fatto un soggetto viene condannato sia a titolo di genocidio, che crimini di guerra e contro l'umanità, quali tra queste categorie criminose il giudice dovrebbe escludere dalla commisurazione della pena? E quali sono i criteri che dovrebbero guidare il giudice in tale scelta?

<sup>99</sup> Non fondandosi su criteri logici né valoriali tale test descrittivo rischia di trasformarsi in uno strumento pericolosissimo, in quanto la sua incontrollata applicazione potrebbe dare spazio all'ingresso di esigenze simbolico-narrative nel processo. Cfr. S. WALTHER, *Cumulation of Offences*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Law*, cit., 492, la quale ricollega questo test alla specifica funzione espressiva del verdetto. I giudici, tuttavia, sembrano considerare questo criterio come sussidiario e, in via definitiva, superfluo, essendo sufficienti i primi due criteri per la soluzione del concorso.

<sup>100</sup> Una preferenza per il principio di consunzione sembra emergere dalla sentenza dato che si compie un riferimento alla gerarchia dei crimini internazionali, la quale non concerne tanto il rapporto di specialità tra fattispecie quanto l'applicazione di criteri di valore quali la sussidiarietà o la consunzione: ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Trail Judgment, cit., par. 470. Contro questa impostazione K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 249, secondo cui i giudici si riferiscono al principio di specialità. È curioso notare come nel caso *Akayesu* i giudici abbiano negato l'esistenza di una gerarchia dei crimini internazionali e solo due giorni dopo, nella sentenza *Kambanda*, lo stesso collegio (giudici Kama, Aspegren e Pillay) abbia affermato l'esistenza di una gerarchia, con il genocidio considerato come il crimine più grave, «*the crime of crimes*», per via del dolo specifico:

### 4.3. *Il test Kayishema e Ruzindana*

Nonostante il caso *Kayishema e Ruzindana* adottati (quasi) alla lettera il test *Akayesu*, le conclusioni cui giungono i giudici in materia di concorso di norme sono diametralmente opposte a quelle esposte nel caso *Akayesu*. La sentenza *Kayishema e Ruzindana* va pertanto analizzata sia perché essa presenta una soluzione alternativa alla questione del concorso di norme, sia perché costituisce un esempio paradigmatico di una prassi incoerente in materia che pur scaturisce da un nucleo comune costituito dall'applicazione dei medesimi criteri risolutivi, così indeterminati da dar vita a differenti e opposti indirizzi interpretativi.

Nel caso di specie venivano imputati, per i medesimi fatti, il crimine di genocidio e lo sterminio e l'omicidio qualificati come crimini contro l'umanità.<sup>101</sup> Secondo il parere dei giudici un individuo può essere condannato per più reati relativi agli stessi fatti soltanto qualora le offese presentino elementi distinti ovvero siano rivolte alla protezione di beni giuridici differenti.<sup>102</sup> Fatta eccezione per il c.d. *descriptive test*, la sentenza riprende alla lettera il test *Akayesu*, ma la Camera di primo grado giunge a conclusioni opposte.

Dopo aver verificato che le disposizioni in materia di genocidio e di crimini contro l'umanità possono generare, in determinate situazioni, rapporti di interferenza,<sup>103</sup> finendo per proteggere gli stessi beni giuridici,<sup>104</sup> la Camera di primo grado giunge a escludere un concorso formale di reati, giudicato «improprio e insostenibile». Adottando un approccio casistico, i giudici pongono a fondamento della decisione il triplice fatto che (i) la medesima condotta è stata utilizzata dal procuratore per provare l'intento genocidario e l'elemento di contesto dei crimini contro l'umanità, (ii) le vittime sono le stesse e si identificano nella popolazione civile di etnia tutsi e (iii) tutti gli omicidi sono stati commessi come parte di un piano collettivo (*mass killing event*).

In altri termini, la Camera di primo grado non ritiene superato né il c.d. *different elements test* – poiché nel caso di specie gli elementi dei crimini e le prove utilizzate per sostenere l'accusa in giudizio coincidono<sup>105</sup> – né il c.d. *different interests test*, dato che

---

ICTR, *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Judgment and Sentence, cit., par. 16. Per un approfondimento dei principi di sussidiarietà e consunzione si rinvia a *infra*, cap. II, par. 2.3.

<sup>101</sup> A questi si aggiungeva anche l'imputazione per omicidio come crimine di guerra. Tuttavia quest'ultimo crimine non ha concorso con gli altri in quanto il nesso tra la condotta e il conflitto armato non fu ritenuto provato oltre ogni ragionevole dubbio. I crimini imputati si riferiscono a quattro eventi distinti, ovvero i massacri alla chiesa cattolica di San Jaen, allo stadio di Kibuye, alla chiesa di Mubuga e nella zona di Biseseo. Kayishema, che ricopriva la carica di prefetto di Kibuye nel tempo di commissione dei reati, fu ritenuto coinvolto in tutti e quattro i massacri, mentre a Ruzindana, commerciante a Kigali, fu imputato soltanto l'ultimo massacro. ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, First Amended Indictment, cit., par. 25-50.

<sup>102</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 627.

<sup>103</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 629 e ss.

<sup>104</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 635.

<sup>105</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 641 e 644.

l'interesse sociale protetto da entrambe le disposizioni si identifica, nel caso di specie, con la vita dei civili di etnia tutsi.<sup>106</sup>

In conclusione il Tribunale configura un concorso apparente di norme e le fattispecie di omicidio e sterminio vengono assorbite dal crimine di genocidio.<sup>107</sup>

Da un lato il caso *Kayishema e Ruzindana*, oltre a superare definitivamente quell'indirizzo giurisprudenziale – inaugurato con il caso *Tadić* – che sperava di ovviare alla questione del concorso di norme imponendo l'esecuzione simultanea delle pene, rappresenta la prima svolta verso l'unità di reato.

Dall'altro lato esso presenta alcune criticità.

In primo luogo, nonostante i giudici affermino che la premessa indispensabile del concorso di norme sia rappresentata da un certo grado di sovrapposizione normativa, la sentenza sembra fondarsi più sull'analisi della prova processuale che sul rapporto strutturale tra fattispecie. Adottando un approccio casistico basato sullo studio del caso concreto *hic et nunc*, il principio generale che sembra doversi dedurre sarebbe così formulato: «non concorrono i reati per cui sono utilizzate le stesse prove per sostenere l'accusa in giudizio». In questo modo la Camera di primo grado confonde il piano sostanziale con quello procedurale e non giunge alla formulazione di un principio generale facilmente applicabile anche in casi futuri da parte del Tribunale.

In secondo luogo, e più in generale, manca nella sentenza un chiaro riferimento esplicito ai principi di teoria generale come quello di specialità unilaterale, anche nel caso paradigmatico del concorso tra l'omicidio e lo sterminio.<sup>108</sup>

Infine, alcuna spiegazione viene fornita nella scelta di sussumere i crimini contro l'umanità nel crimine di genocidio.<sup>109</sup> Nonostante le ragioni possano sembrare intuitive dato lo specifico elemento soggettivo che caratterizza il genocidio, non è possibile affermare con certezza quale criterio abbia guidato i giudici nella scelta: se la struttura del genocidio come crimine a dolo specifico (principio di specialità)<sup>110</sup> oppure la

<sup>106</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 643.

<sup>107</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 648. Occorre tuttavia ricordare l'opinione dissenziente del giudice Khan proprio con riferimento ai profili concernenti il concorso di norme. Secondo il giudice il crimine di genocidio e i crimini contro l'umanità non possono sovrapporsi in quanto hanno elementi distinti e sono rivolti a proteggere beni giuridici differenti. La condanna dell'imputato per entrambe le fattispecie diviene essenziale poiché solo in questo modo è possibile emettere un verdetto proporzionato alla colpevolezza del reo. Il rischio di un pregiudizio potrebbe semmai sorgere in fase di commisurazione della pena, ma sarebbe in ogni caso facilmente eliminabile attraverso l'esecuzione simultanea delle diverse pene inflitte. Cfr. ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Tafazzal Hossain Khan, cit., in particolare par. 33 ss. Conclusioni analoghe sono raggiunte da K. AMBOS, S. WIRTH, *Commentary on Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases. Volume II*, cit., 705.

<sup>108</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 650. Per escludere il concorso di reati i giudici non hanno fatto riferimento né alla struttura del crimine di sterminio né al principio di specialità, ma si sono limitati ad affermare che il Procuratore non è riuscito a provare che gli omicidi fossero stati commessi al di fuori dell'evento di uccisione di massa.

<sup>109</sup> Per un approccio critico cfr. S. WALTHER, *Cumulation of Offences*, cit., 491.

<sup>110</sup> In questo senso concludono K. AMBOS, S. WIRTH, *Commentary*, cit., 702.



concezione del genocidio come fattispecie criminosa più grave (principio di consunzione).

#### 4.4. Il test Kupreškić

La sentenza di primo grado nel caso *Kupreškić et al.* rappresenta il primo tentativo compiuto, da parte del Tribunale per la ex-Jugoslavia, di razionalizzare il tema del concorso di norme.<sup>111</sup>

Il caso di specie presenta sia un'ipotesi di concorso intra-categoriale che inter-categoriale. La prima ha ad oggetto i crimini contro l'umanità e coinvolge il crimine di persecuzione e l'omicidio; la seconda sfocia nella doppia qualificazione dell'omicidio e dei trattamenti degradanti sia come crimini di guerra che come crimini contro l'umanità.<sup>112</sup>

Dopo aver distinto le ipotesi di concorso formale e materiale di reati, la Camera di primo grado tenta di dedurre, attraverso un'analisi comparata del diritto positivo e della giurisprudenza, alcuni principi generali in materia.

Il primo riferimento è al c.d. *Blockburger test* applicato dalla giurisprudenza statunitense a partire dal 1932, secondo il quale la stessa azione viola più disposizioni qualora ognuna di esse richieda la prova di un fatto ulteriore che l'altra disposizione non prevede.<sup>113</sup> Se il test *Blockburger* non viene superato significa che le norme si trovano in un rapporto di specialità unilaterale e soltanto una disposizione deve trovare applicazione.<sup>114</sup>

Il secondo riferimento è al principio di consunzione definito, secondo la terminologia inglese, principio della *lesser included offence*,<sup>115</sup> secondo il quale non può

<sup>111</sup> La sentenza, riconoscendo l'importanza e la rilevanza del tema, dedica ben 42 pagine alla questione del concorso raggruppandole in un apposito paragrafo denominato *cumulation of offences*. Cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 103.

<sup>112</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Amended Indictment, IT-95-16, 9 febbraio 1998, in particolare i primi nove capi d'accusa. I fatti imputati hanno ad oggetto i crimini commessi durante l'attacco del villaggio bosniaco di Ahmići-Šantići nell'aprile del 1993. Per un commento si rinvia a W.A. SCHABAS, *Commentary on Prosecutor v. Kupreškić et al.*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases. Volume IV*, cit., 888-892.

<sup>113</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 681. Sul test *Blockburger* si rinvia, più diffusamente, a *infra*, par. 4.5.

<sup>114</sup> I giudici compiono un riferimento all'art. 55 c.p. olandese e all'art. 15 c.p. italiano: ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 683. Occorre sottolineare che la specialità cui si riferiscono i giudici è soltanto quella unilaterale, ben rappresentata graficamente da due cerchi concentrici. Per quanto riguarda l'ipotesi di specialità reciproca, la Camera di primo grado conclude per l'applicazione di entrambe le disposizioni, poiché ognuna contiene un elemento ulteriore e differente rispetto all'altra: ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 685. Per una definizione della specialità unilaterale si rinvia a *infra*, cap. II, par. 2.2.1.

<sup>115</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 686-692. A tal riguardo i giudici fanno ricorso alla giurisprudenza delle Corti inter-regionali, citando l'opinione dissenziente del giudice Nieto-Navia nel caso *Caballero Delgado and Santana* deciso dalla Corte Interamericana dei

aversi concorso formale di reati quando il disvalore di una fattispecie viene assorbito dalla commissione di un reato più grave anche qualora il secondo non sia *lex specialis* rispetto al primo.

Infine la Camera fa riferimento a un test ulteriore secondo cui va verificato se le disposizioni siano dirette alla protezione di beni e interessi giuridici distinti. Tuttavia i giudici osservano che nel diritto nazionale questo test viene di regola utilizzato congiuntamente – o in supporto – al principio di specialità o al principio di consunzione.<sup>116</sup>

Il concorso formale di reati è dunque configurabile quando:

- a) le offese presentano elementi tipici distinti; e
- b) le fattispecie siano rivolte a proteggere beni giuridici distinti.<sup>117</sup>

Una volta identificati i principi che regolano la materia, la Camera di primo grado passa all'analisi delle tre coppie di reati per le quali si pone un problema di concorso: omicidio come crimine contro l'umanità e come crimine di guerra; atti disumani come crimine contro l'umanità e trattamenti crudeli come crimine di guerra; persecuzione e omicidio, entrambi qualificati come crimini contro l'umanità.

Con riferimento alla convergenza inter-categoriale i giudici affermano che mentre l'omicidio come crimine contro l'umanità deve essere commesso all'interno di un attacco esteso o sistematico nei confronti della popolazione civile, l'omicidio quale crimine di guerra non richiede alcun elemento specifico ulteriore. Di conseguenza il primo risulta essere *lex specialis* rispetto al secondo.<sup>118</sup> Inoltre le disposizioni sembrano proteggere gli stessi beni giuridici in quanto la competenza del Tribunale per crimini contro l'umanità sorge soltanto qualora questi siano commessi all'interno di un conflitto armato (v. *retro*, par. 4). Lo stesso ragionamento viene poi applicato con riferimento agli atti disumani / trattamenti crudeli.<sup>119</sup>

Con riferimento alla convergenza intra-categoriale i giudici affermano che, dal punto di vista astratto, la persecuzione e l'omicidio possono trovarsi in un rapporto di specialità reciproca o addirittura di eterogeneità, in quanto la prima fattispecie contiene

Diritti Umani (IACHR) e alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (ECtHR) in materia di tortura e trattamenti degradanti e disumani.

<sup>116</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 695.

<sup>117</sup> O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 104. Rispetto al test *Akayesu* elaborato dal Tribunale per il Ruanda, il test *Kupreškić* non compie alcun riferimento all'esigenza di ricorrere a più disposizioni per descrivere in modo completo i fatti posti in essere dall'imputato (c.d. *descriptive test*). Inoltre, mentre i giudici dell'ICTR si accontentavano della presenza di almeno una condizione (c.d. *disjunctive test*), il test *Kupreškić* appare più restrittivo poiché richiede che entrambe le condizioni siano soddisfatte per aversi concorso formale di reati (c.d. *conjunctive test*). La Camera di primo grado si è dimostrata coerente con l'approccio adottato in materia di *cumulative charging* nello stesso caso *Kupreškić*: ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Decision on Defence Challenges to the Form of the Indictment, TC, IT-95-16, 15 maggio 1998, p. 3.

<sup>118</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 701.

<sup>119</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 711.

un elemento estraneo alla seconda (la discriminazione) e può essere posta in essere attraverso la commissione di reati diversi dall'omicidio (si pensi, a titolo d'esempio, alla deportazione della popolazione).<sup>120</sup> Tuttavia, se un imputato viene ritenuto colpevole per il crimine di persecuzione perché posto in essere, *inter alia*, attraverso l'omicidio, il cumulo di condanne per lo stesso fatto risulterebbe illegittimo poiché in questo caso la persecuzione si traduce in un omicidio aggravato dalla presenza di motivi discriminatori.<sup>121</sup>

L'approccio restrittivo adottato dai giudici nel caso *Kupreškić et al.* è rivolto a stabilire una relazione di specialità tra le due categorie dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità. Tale passaggio rappresenta il punto di maggior interesse della sentenza e merita una breve riflessione.

Nella soluzione del problema i giudici fanno riferimento al fatto che lo Statuto prevede la competenza del Tribunale a giudicare i crimini contro l'umanità soltanto qualora commessi nell'ambito di un conflitto armato internazionale o interno.<sup>122</sup> Ciò è criticabile in quanto il c.d. *war-connecting link*, essendo stato ritenuto dalla giurisprudenza un mero requisito giurisdizionale,<sup>123</sup> dovrebbe condizionare soltanto la competenza del Tribunale e non anche la definizione dei crimini.

Inoltre il rapporto tra crimini di guerra e crimini contro l'umanità potrebbe essere fotografato sotto altre prospettive: da un lato, i crimini di guerra potrebbero essere considerati speciali in quanto la nozione di conflitto armato è contenuta nel – e perciò è speciale rispetto al – concetto di «attacco» dei crimini contro l'umanità; dall'altro lato, si potrebbe sostenere che tra le due categorie di crimini, in realtà, non esiste alcun rapporto di specialità, poiché entrambe sono costituite da elementi differenti e sono rivolte alla protezione di beni giuridici distinti.

Le conclusioni della Camera di primo grado non sono state accolte in sede d'appello, in cui gli imputati Josipović e Šantić sono stati condannati anche per omicidio e trattamenti crudeli quali crimini di guerra.<sup>124</sup> Il mutamento di indirizzo

<sup>120</sup> Cfr. W.A. SCHABAS, *Commentary on Prosecutor v. Kupreškić et al.*, cit., 892.

<sup>121</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 707. Nel caso di Josipović e Šantić, unici due imputati del caso condannati sia per il crimine di persecuzione che per omicidio, il concorso di reati è stato possibile perché i capi d'accusa si riferivano ad eventi distinti: mentre la persecuzione aveva ad oggetto omicidi, distruzione della proprietà privata ed espulsione dei musulmani bosniaci dal villaggio di Ahmići-Šantići in un arco temporale che si estendeva dall'ottobre 1992 all'aprile 1993, la condanna per omicidio si riferisce ad un singolo episodio verificatosi il 16 aprile 1993, quando gli imputati hanno attaccato una famiglia uccidendo il padre e bruciando successivamente la casa.

<sup>122</sup> Per questo motivo il ragionamento compiuto dai giudici nel caso *Kupreškić* non sarebbe direttamente applicabile al sistema dello Statuto di Roma. Cfr. S. WALTHER, *Cumulation of Offences*, cit., 491.

<sup>123</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgment, AC, IT-96-23/1-A, 12 giugno 2002, par. 83. Per ulteriori riferimenti si rinvia a *retro*, nota 79.

<sup>124</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 388. Si noti che ciononostante il *quantum* di pena inflitta non ha subito alcuna variazione dato che il Procuratore non ne ha richiesto un aumento.

giurisprudenziale è dovuto all’emanazione, pochi mesi prima, della sentenza d’appello del caso *Čelebići*, la cui *ratio* è stata adottata anche nel caso *Kupreškić et al.*

#### 4.5. Il criterio *Čelebići* e l’affermazione del principio di specialità unilaterale

La prima sentenza d’appello che ha affrontato il tema del concorso di norme è divenuta il *leading case* in materia. Il caso di specie si riferisce ai tragici eventi intercorsi nel campo di prigionia noto come *Čelebići*, istituito all’interno di una struttura militare appartenente all’esercito jugoslavo (JNA). Dopo aver ottenuto il controllo della municipalità di Konjic, situata in territorio bosniaco, nel 1992 le forze croato-musulmane e bosniache iniziarono a trasferire i prigionieri serbi all’interno del campo di prigionia commettendo numerosi crimini di guerra.<sup>125</sup>

La Camera di primo grado ritenne legittimo condannare gli imputati sia ai sensi dell’art. 2 StICTY (gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra) che ai sensi dell’art. 3 StICTY (altre violazioni delle leggi e delle consuetudini di guerra) con riferimento agli stessi fatti.<sup>126</sup> Chiamata a pronunciarsi sul punto in seguito all’impugnazione promossa dagli imputati Mucić e Delić, la Camera d’appello ha formulato un criterio di soluzione che ha successivamente trovato applicazione anche al di fuori del Tribunale per la ex-Jugoslavia.

In modo analogo alla sentenza *Kupreškić et al.* di primo grado, i giudici compiono un riferimento al *Blockburger test*<sup>127</sup> e giungono ad affermare che il concorso formale di reati si realizza soltanto qualora:

<sup>125</sup> In particolare, gli imputati furono accusati di aver commesso i reati di omicidio, tortura, trattamenti disumani e detenzione illegittima di civili. Mucić, Delić e Delalić furono imputati secondo il modello della responsabilità del superiore: il primo fu comandante del campo da maggio a novembre del 1992, il secondo era il suo vice e il terzo fu comandante di un gruppo militare bosniaco che esercitava un certo grado di autorità all’interno del campo di prigionia. Landžo, invece, lavorava come guardia carceraria e fu imputato secondo il modello della partecipazione diretta. Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Indictment, IT-96-21, 19 marzo 1996. Si noti che a volte la sentenza è citata come *Prosecutor v. Mucić et al.*; in questo lavoro, tuttavia, si utilizzerà la più diffusa dicitura *Prosecutor v. Delalić et al.*

<sup>126</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Judgment, TC, IT-96-21-T, 16 novembre 1998, par. 1285. Le doppie qualificazioni riguardano l’omicidio, la tortura, le lesioni personali e i trattamenti crudeli. Non furono confermate invece le accuse nei confronti di Delalić in quanto si ritenne che l’imputato non aveva un grado di autorità e comando sufficienti a esercitare un controllo effettivo all’interno del campo di prigionia. Cfr. H. VAN DER WILT, *Commentary on Prosecutor v. Delalić et al.*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases. Volume III*, Antwerp, 2001, 673 e ss.

<sup>127</sup> U.S., *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299, 1932. Nel caso di specie l’imputato è stato condannato per aver violato due disposizioni dell’*Harrison Narcotic Act*, in particolare per non aver venduto la morfina in una confezione conforme all’originale e per averla venduta in assenza di una ricetta scritta. Nonostante la condotta incriminata fosse la stessa (una singola transazione economica), i giudici hanno ritenuto configurabile il concorso di reati in quanto le due fattispecie criminose richiedevano la prova di elementi distinti. Il test *Blockburger* è ampiamente utilizzato dalla giurisprudenza statunitense per risolvere le ipotesi di convergenza: si veda, a titolo d’esempio, *Brown v. Ohio*, 432 U.S. 161, 1977 e *Rutledge v. United States*, 517 U.S. 292, 1996. Per un commento alla

«an element is materially distinct from another *if it requires proof of a fact not required by the other*. Where this test is not met, the Chamber must decide in relation to which offence it will enter a conviction. This should be done on the basis of the principles that the conviction under *the more specific provision* should be upheld».<sup>128</sup>

Secondo il test *Blockburger* adottato dalla sentenza d'appello nel caso *Čelebići*, la stessa azione può violare più disposizioni – e dunque esser punita senza alcuna violazione del divieto di *double jeopardy* – ogni volta che «ciascuna fattispecie richiede la prova di un elemento che all'altra manca».<sup>129</sup> Se il test non viene superato significa che le norme si trovano in un rapporto di specialità e il giudice dovrà applicare soltanto la disposizione speciale.

Analizzando le disposizioni dello Statuto riguardanti i crimini di guerra, il Tribunale per la ex-Jugoslavia afferma che l'art. 2 StICTY richiede che la vittima del reato sia una «persona protetta» ai sensi delle Convenzioni di Ginevra del 1949. Tale qualifica limita la portata dell'art. 2 StICTY in quanto lo *status* speciale sorge soltanto in alcune peculiari circostanze quali la presenza di un soggetto nel territorio sotto il controllo di una potenza che partecipa al conflitto o della potenza occupante.<sup>130</sup> Per contro, l'art. 3 StICTY ha una portata più ampia poiché trova applicazione nei confronti di qualsiasi individuo che non partecipi attivamente alle ostilità.

Nel raffrontare le fattispecie rilevanti nel caso di specie, i giudici affermano che l'art. 2 StICTY contiene un elemento tipico distinto che non è presente nella definizione delle condotte descritte all'art. 3 StICTY, ovvero lo *status* di «persona protetta». Quest'ultima disposizione, invece, non contiene alcun elemento ulteriore e distinto rispetto alla prima. Il test, pertanto, non viene soddisfatto e la disposizione che trova applicazione è l'art. 2 StICTY perché *lex specialis*.<sup>131</sup>

Per esemplificare, si può rappresentare graficamente attraverso l'uso di una tabella il rapporto tra le due fattispecie di omicidio:

---

sentenza si rinvia a J.F. STINNEFORD, *Dividing Crime, Multiplying Punishments*, in *UC Davis Law Review*, 48, 2015, 2019 ss.; S.A. SALTZBURG, D.J. CAPRA, *American Criminal Procedure. Cases and Commentary*, West, Minnesota, 2010, 1528 ss. Per un approccio critico si veda G.C. THOMAS III, *Double Jeopardy. The History, the Law*, New York University Press, New York-London, 1998, 98-103 e A.R. AMAR, J.L. MARCUS, *Double Jeopardy Law After Rodney King*, in *Columbia Law Review*, 95, 1995, 1-59.

<sup>128</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 412-413 (enfasi aggiunta).

<sup>129</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 237. Una traduzione analoga si rinviene in E. FRONZA, *Le sanzioni*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 263.

<sup>130</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 416.

<sup>131</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 420. I giudici fanno riferimento alla decisione del caso *Tadić* in cui la Camera aveva affermato la natura residuale dell'art. 3 StICTY rispetto alle gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra: cfr. ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion, cit., par. 91.

Art. 2 StICTY Wilfull killing	Art. 3 StICTY Murder
a) evento morte come conseguenza della condotta b) consapevolezza, da parte dell'autore, che la propria condotta causerà la morte c) la vittima è una persona protetta	a) evento morte come conseguenza della condotta b) consapevolezza, da parte dell'autore, che la propria condotta causerà la morte c) la vittima è una persona che non partecipa attivamente alle ostilità

In sede d'appello vengono confermate soltanto le condanne inflitte ai sensi dell'art. 2 StICTY. Lo *status* di persona protetta diviene elemento fondante il rapporto di specialità tra le due disposizioni al fine di evitare il concorso formale di reati.<sup>132</sup>

Il test *Čelebići* adotta il criterio di specialità, il quale è riconosciuto, esplicitamente o implicitamente, dalla maggior parte degli ordinamenti giuridici nazionali come principio logico imprescindibile per la soluzione del concorso di norme.<sup>133</sup> E la specialità espressa in *Čelebići* è quella unilaterale, pura, ristretta, cosicché la qualificazione giuridica multipla del medesimo fatto risulterebbe contraria alla più intuitiva e innata logica razionalizzatrice del pensiero umano secondo cui il generale ricomprende il particolare.

La specialità reciproca, per contro, è destinata a generare costantemente e inevitabilmente un concorso formale di reati. In queste ipotesi le fattispecie condividono un nucleo comune ma ciascuna presenta uno o più elementi specializzanti rispetto a quelli corrispondenti e generali dell'altra. Il cumulo di condanne sarà allora sempre possibile e legittimo.<sup>134</sup>

L'approccio adottato dai giudici nel caso *Čelebići* presenta alcuni limiti e criticità. Nonostante sia da lodare lo sforzo di giungere alla formulazione di un test di portata generale in materia di concorso di norme, il limite è originato dal fatto che il caso di specie aveva ad oggetto il rapporto tra due categorie criminose peculiari, ovvero le gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra del 1949 (art. 2 StICTY) e le altre violazioni delle leggi e consuetudini di guerra (art. 3 StICTY).

Gli artt. 2 e 3 StICTY, pur presentando alcune differenze già evidenziate in precedenza, possono essere ricompresi all'interno della categoria dei crimini di guerra. Ciò significa che entrambi condividono l'essenza dell'elemento contestuale, ovvero la presenza di un conflitto armato (a prescindere dalla qualificazione di quest'ultimo come internazionale o interno) e la connessione tra la condotta criminosa individuale e il conflitto.

<sup>132</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 427. A seguito dell'esclusione del concorso di reati i giudici hanno rimesso il caso alla Camera di primo grado ai fini della (ri-)determinazione della pena.

<sup>133</sup> Cfr. E. MACULAN, A. LIÑÁN LAFUENTE, *Relaciones Concurrales*, cit., 310.

<sup>134</sup> H. AZARI, *Le critère Čelebići du cumul des déclarations de culpabilité en droit pénal international. Observations à la lumière de la jurisprudence récente des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda*, in *Revue de science criminelle*, 2007, 5.

Individuare un'ipotesi di assorbimento tra queste due categorie, giustificandola attraverso l'adozione del principio di specialità unilaterale, è operazione legittima e difficilmente criticabile. Tuttavia, nelle ipotesi di concorso inter-categoriale che coinvolgono altre categorie di crimini internazionali in cui gli elementi di contesto presentano marcate differenze, l'automatica applicazione del criterio *Čelebići* non sembra poter portare a conclusioni univoche ed evidenti.

Consapevoli dei limiti e delle problematiche derivanti dall'applicazione concreta del test, i giudici Hunt e Bennouna hanno stilato un'opinione dissenziente proponendo un approccio diverso e più restrittivo alla questione del concorso di norme.

#### **4.6. L'opinione dissenziente dei giudici Hunt e Bennouna**

Pur concordando sulla necessità di stabilire un concorso formale di reati soltanto nelle ipotesi in cui le offese presentino, ciascuna, un elemento unico ed ulteriore rispetto all'altra,<sup>135</sup> i giudici Hunt e Bennouna rilevano alcune perplessità circa l'approccio adottato dalla Camera d'appello nel caso *Čelebići*.

Il terreno di scontro è costituito, da un lato, dall'applicazione del test per determinare quando le fattispecie sono da considerarsi distinte e, dall'altro, dai criteri che devono guidare l'interprete nella scelta della norma applicabile.<sup>136</sup>

Con riferimento al primo punto, i due giudici ritengono che nel raffronto tra fattispecie non debbano essere tenuti in considerazione i requisiti giurisdizionali e gli elementi contestuali che non attengono alla condotta individuale dell'autore, intesa nei suoi elementi oggettivi (*actus reus*) e soggettivi (*mens rea*).<sup>137</sup> In caso contrario la medesima condotta e il medesimo evento potrebbero essere puniti più volte soltanto perché previsti da disposizioni che differiscono soltanto per il contesto di commissione del reato.

L'elemento di contesto non viene tuttavia svuotato di qualsiasi valore. Piuttosto, esso viene considerato come un criterio di fondamentale importanza diretto a guidare l'interprete nella scelta della norma applicabile, la quale coincide con la fattispecie che meglio descrive la condotta dell'autore. La specialità, secondo i giudici Hunt e Bennouna, è da intendersi come miglior corrispondenza tra fatto storico concreto e previsione normativa astratta, e nel giudizio di sussunzione devono esser presi in considerazione tutti gli elementi che costituiscono la fattispecie, compresi quelli di

<sup>135</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Separate and Dissenting Opinion of Judge David Hunt and Judge Mohamed Bennouna, AC, IT-96-21-A, 20 febbraio 2001, par. 24.

<sup>136</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Separate and Dissenting Opinion, cit., par. 3.

<sup>137</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Separate and Dissenting Opinion, cit., par. 26.

contesto.<sup>138</sup> In questo senso, il requisito della «persona protetta» risulta speciale in quanto capace di descrivere nel modo più appropriato lo *status* della vittima nel caso di specie.

L'opinione dissenziente dei giudici Hunt e Bennouna rappresenta il momento di massimo spessore giuridico espresso dal Tribunale per la ex-Jugoslavia in materia di concorso di norme.<sup>139</sup> Oltre a sottolineare l'importanza della condotta materiale dell'autore come punto centrale imprescindibile nell'operazione di qualificazione giuridica del fatto (c.d. *conduct-based material elements test*),<sup>140</sup> i giudici, in modo profetico, hanno affermato che la rigida applicazione del criterio *Čelebići* porterebbe a un cumulo di condanne in tutti i casi di concorso inter-categoriale.<sup>141</sup> Questa inevitabile e negativa conseguenza scaturisce dal fatto che non è possibile stabilire una relazione di specialità unilaterale tra i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità e il crimine genocidio.<sup>142</sup>

Ciononostante l'opinione dissenziente pare criticabile sotto il seguente profilo. L'elemento di contesto permette di qualificare alcune condotte come offese a beni giuridici facenti capo alla collettività internazionale, ed è proprio tale funzione incriminatrice che conferisce un disvalore *internazionale* a condotte che altrimenti avrebbero rilevanza soltanto sul piano nazionale. Di conseguenza, fondare un test per la soluzione del concorso esclusivamente sulla condotta materiale dell'autore potrebbe risultare inefficace in tutte le ipotesi in cui le norme convergenti coincidano con riferimento alla condotta e all'evento lesivi e differiscano per l'elemento di contesto,<sup>143</sup> come nelle ipotesi paradigmatiche dell'omicidio o dello stupro.

Un approccio diverso è stato adottato nell'opinione dissenziente del giudice Shahabuddeen nel caso *Jelisić*. Egli ritiene che soltanto gli elementi che non costituiscono parte integrante della fattispecie possano essere legittimamente disattesi nel procedimento di definizione dei rapporti tra norme. L'opinione dei giudici Hunt e Bennouna viene criticata perché essa rischia di sottrarre alcuni elementi essenziali dal confronto tra fattispecie: non solo – e correttamente – non vengono considerati i requisiti puramente giurisdizionali e procedurali, ma anche – in modo errato – elementi tipici che sono parti integranti del reato, come la qualifica di «persona protetta».<sup>144</sup> Tutti

<sup>138</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Separate and Dissenting Opinion, cit., par. 37-38. Cfr. M. BOOT-MATTHIJSEN, *Commentary on Prosecutor v. Delalić et al.*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases. Volume V*, Antwerp, 2003, 615.

<sup>139</sup> Cfr. G. BOAS, J.L. BISCHOFF, N.L. REID, *Elements of Crimes*, cit., 327.

<sup>140</sup> Cfr. I. ERDEI, *Cumulative Convictions*, cit., 12. I giudici rifiutano l'applicazione anche del c.d. *different interests test* sia perché non lo ritengono ispirato a un principio generale del diritto penale internazionale o a un principio comune alle maggiori tradizioni giuridiche, sia perché nel caso di specie risulterebbe inefficace dato che entrambi gli artt. 2 e 3 StICTY sono rivolti alla protezione di determinate categorie di soggetti dalle violazioni del diritto internazionale umanitario.

<sup>141</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Separate and Dissenting Opinion, cit., par. 29.

<sup>142</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Separate and Dissenting Opinion, cit., par. 30-33.

<sup>143</sup> Cfr. I. ERDEI, *Cumulative Convictions*, cit., 13.

<sup>144</sup> ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, AC, IT-95-10-A, 5 luglio 2001, par. 38-46.



gli elementi che contribuiscono a delineare la tipicità devono essere tenuti in debita considerazione, pena l'impossibilità di esprimere un giudizio proporzionato alla colpevolezza dell'imputato e che tenga conto dei beni giuridici universali protetti dalle diverse disposizioni.<sup>145</sup>

I giudici Hunt e Bennouna, inoltre, non ritengono possibile formulare un criterio astratto idoneo a rappresentare una soluzione definitiva in materia di concorso di norme, essendo la certezza e la prevedibilità, in questo campo, del tutto illusorie.<sup>146</sup> Tale approccio negativo sottolinea la difficoltà nella formulazione di un test valido per la soluzione dei casi, davvero eterogenei, di convergenza nel diritto penale internazionale.

Infine si vuole presentare un ulteriore profilo critico che emerge dall'opinione dissenziente. Nell'approccio casistico privilegiato dai giudici Hunt e Bennouna diventa difficile pre-determinare quale sarà la norma da applicare al caso concreto. Se è possibile concordare con l'opinione secondo cui la norma speciale che deve trovare applicazione coincide con quella che garantisce la miglior corrispondenza tra condotta materiale e fattispecie astratta, è pur vero che non vengono indicati quali siano i criteri da tenere in considerazione nel giudizio di sussunzione. Si pensi al caso di commissione di un omicidio da parte di un soldato nel contesto di un attacco sistematico nei confronti della popolazione civile. Se si vuole escludere il concorso di reati, su quali elementi normativi ci si concentrerà? Sulla qualifica soggettiva dell'autore? Sul contesto sistematico in cui si verifica l'azione? O sull'elemento soggettivo?

Nonostante queste criticità, l'opinione dissenziente ha avuto il merito, da un lato, di rilevare le carenze del criterio *Čelebići* e, dall'altro, di affermare l'importanza di sottrarre dal confronto strutturale tra fattispecie tutti gli elementi giurisdizionali che niente hanno a che fare con la condotta dell'imputato.

Se l'intento dei giudici Hunt e Bennouna era quello di limitare le ipotesi di concorso formale, la giurisprudenza successiva è giunta a un risultato opposto grazie alla rigida applicazione del criterio *Čelebići* a tutti i casi di concorso inter-categoriale.

## 5. La giurisprudenza post-*Čelebići*

Già a partire dalla sentenza *Kunarac et al.*, emessa solo due giorni dopo il caso *Čelebići*, la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* ha adottato il c.d. test *Čelebići* così come formulato dalla Camera d'appello.<sup>147</sup> Tutte le successive cinquantuno sentenze dell'ICTY<sup>148</sup> e quattordici sentenze dell'ICTR<sup>149</sup> hanno citato espressamente il criterio

<sup>145</sup> ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, cit., par. 42.

<sup>146</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Separate and Dissenting Opinion, cit., par. 45.

<sup>147</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Trial Judgment, cit., par. 547.

<sup>148</sup> Oltre al già citato caso *Kunarac*, con riferimento alla Camera di primo grado si vedano, in ordine cronologico, il caso *Kordić and Čerkez* (par. 814), *Krstić* (par. 657), *Kvočka et al.* (par. 213),

*Čelebići*; si contano invece soltanto tre sentenze dell'ICTR nelle quali non compare un riferimento espresso al test in questione.<sup>150</sup>

La giurisprudenza post-*Čelebići* ha avuto sia un effetto espansivo, che ha portato alla moltiplicazione delle ipotesi di concorso formale di reati, sia un effetto restrittivo, risolvendo alcuni casi di concorso di norme in favore dell'apparenza. Se si sommano le sentenze di primo e secondo grado di entrambi i Tribunali che dedicano uno spazio alla materia del concorso, si nota che quarantanove pronunce hanno adottato un approccio espansivo contro le trentasei favorevoli a un effetto restrittivo.

Entrando nel merito di questa indagine quantitativa, si può osservare come la giurisprudenza, all'unanimità, abbia ritenuto legittima la qualificazione del medesimo fatto sia come crimine contro l'umanità che come crimine di guerra. La prima sentenza d'appello chiamata a pronunciarsi in materia ha infatti affermato che ciascuna disposizione contiene un elemento diverso ed ulteriore non previsto dall'altra: l'art. 3 StICTY richiede una connessione tra la condotta e il conflitto armato, mentre l'art. 5 StICTY necessita della prova di un attacco esteso o sistematico nei confronti della popolazione civile.<sup>151</sup> Tale approccio, che prende in considerazione l'elemento di contesto e ha un inevitabile effetto espansivo, è stato adottato dalla giurisprudenza successiva.<sup>152</sup>

---

*Krnojelac* (par. 502), *Vasiljević* (par. 265), *Naletilić and Martinović* (par. 718), *Stakić* (par. 869), *Simić et al.* (par. 1057), *Galić* (par. 158), *Brđanin* (par. 1084), *Blagojević and Jokić* (par. 799), *Strugar* (par. 447), *Limaj et al.* (par. 717), *Krajišnik* (par. 1128), *Martić* (par. 474), *Mrkšić* (par. 677), *Haradinaj et al.* (par. 479), *Milutinović et al.* (par. 1162), *Lukić and Lukić* (par. 1041), *Popović et al.* (par. 2111), *Dorđević* (par. 2196), *Perišić* (par. 1787), *Tolimir* (par. 1200), *Stanišić and Župljanin* (par. 905), *Prlić et al.* (par. 1254), *Karadžić* (par. 6011) e *Mladić* (par. 5170). Con riferimento alla Camera d'appello si vedano, in ordine cronologico, il caso *Jelisić* (par. 78), *Kunarac et al.* (par. 168), *Krstić* (par. 218), *Kordić and Čerkez* (par. 1032), *Stakić* (par. 355), *Naletilić and Martinović* (par. 584), *Galić* (par. 163), *Strugar* (par. 321), *Krajišnik* (par. 386), *Milošević* (par. 39), *Dorđević* (par. 839) e *Tolimir* (par. 601).

<sup>149</sup> Con riferimento alla Camera di primo grado si vedano, in ordine cronologico, il caso *Ntakirutimana* (par. 864), *Nahimana et al.* (par. 1090), *Bisengimana* (par. 97), *Gatete* (par. 652), *Ndindilyimana et al.* (par. 2036), *Ndahimana* (par. 844), *Karemera and Ngirumpatse* (par. 1707) e *Nzabonimana* (par. 1793). Con riferimento alla Camera d'Appello si vedano, in ordine cronologico, il caso *Ntakirutimana and Ntakirutimana* (par. 542), *Ntagerura et al.* (par. 425), *Bagosora and Nsengiyumva* (par. 413), *Ntabakuze* (par. 260), *Gatete* (par. 259) e *Karemera and Ngirumpatse* (par. 710).

<sup>150</sup> A prescindere dal mancato riferimento alla sentenza *Čelebići* è stato comunque applicato lo stesso test. Cfr. ICTR, *Prosecutor v. Emmanuel Ndinabahizi*, Judgment and Sentence, TC, ICTR-2001-71-I, 15 luglio 2004, par. 491; ICTR, *Prosecutor v. Aloys Simba*, Judgment, AC, ICTR-01-76-A, 27 novembre 2007, par. 277; ICTR, *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Judgment, AC, ICTR-99-52-A, 28 novembre 2007, par. 1019.

<sup>151</sup> ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Judgment, AC, IT-95-10-A, 5 luglio 2001, par. 82.

<sup>152</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Judgment, TC, IT-98-30/1-T, 2 novembre 2001, par. 219; ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Judgment, TC-II, IT-97-25-T, 15 marzo 2002, par. 503; ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 176; ICTY, *Prosecutor v. Mitar Vasiljević*, Trial Judgment, cit., par. 266; ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Judgment, TC, IT-98-34-T, 31 marzo 2003, par. 719; ICTY, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, Judgment and Opinion, TC, IT-98-29-T, 5 dicembre 2003, par. 163; ICTY, *Prosecutor v. Mitar Vasiljević*, Judgment, AC, IT-98-32-A, 25 febbraio 2004, par. 145; ICTY, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, Judgment, TC-II, IT-99-36-T, 1 settembre 2004, par. 1087; ICTY, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, Judgment, AC, IT-98-29-A, 30

Alla medesima conclusione è giunta la giurisprudenza negli altri casi di concorso inter-categoriale aventi ad oggetto il crimine genocidio e i crimini di guerra, da un lato,<sup>153</sup> e il crimine genocidio e crimini contro l'umanità, dall'altro.<sup>154</sup>

Gli elementi che impediscono alla giurisprudenza di risolvere il concorso in favore dell'apparenza sono rappresentati dal nesso tra la condotta e il conflitto armato (crimini di guerra), dall'attacco esteso o sistematico nei confronti della popolazione civile (crimini contro l'umanità) e dall'intento di distruggere in tutto o in parte un gruppo etnico, nazionale, razziale o religioso (crimine di genocidio). Appartenendo soltanto a una categoria di crimini, ciascuno dei suddetti requisiti contribuisce a delinearne l'unicità e a marcarne le differenze.<sup>155</sup>

---

novembre 2006, par. 165; ICTY, *Prosecutor v. Milutinović et al.*, Judgment, TC, IT-05-87-T, 26 febbraio 2009, par. 1165; ICTY, *Prosecutor v. Lukić and Lukić*, Judgment, TC-III, IT-98-32/1-T, 20 luglio 2009, par. 1044; ICTY, *Prosecutor v. Popović et al.*, Judgment, TC-II, IT-05-88-T, 10 giugno 2010, par. 2112; ICTY, *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević*, Judgment, TC-II, IT-05-87/1-T, 23 febbraio 2011, par. 2201; ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Perišić*, Judgment, TC, IT-04-81-T, 6 settembre 2011, par. 1788; ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Trial Judgment, cit., par. 1201; ICTY, *Prosecutor v. Stanišić and Župljanin*, Judgment, TC-II, IT-08-91-T, 27 marzo 2013, par. 906; ICTY, *Prosecutor v. Prlić et al.*, Judgment, TC-III, IT-04-74-T, 29 maggio 2013, par. 1259; ICTY, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Trial Judgment, cit., par. 6014.

<sup>153</sup> ICTY, *Prosecutor v. Popović et al.*, Trial Judgment, cit., par. 2116; ICTR, *Prosecutor v. Nindiliyimana et al.*, Judgment and Sentence, TC-II, ICTR-00-56-T, 17 maggio 2011, par. 2040; ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Trial Judgment, cit., par. 1205; ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Judgment, AC, IT-05-88/2-A, 8 aprile 2015, par. 616; ICTY, *Prosecutor v. Ratko Mladić*, Judgment, TC, IT-09-92-T, 22 novembre 2017, par. 5173.

<sup>154</sup> ICTR, *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana*, Judgment and Sentence, TC, ICTR-96-10-T, 21 febbraio 2003, par. 864; ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Judgment, AC, IT-98-33-A, 19 aprile 2004, par. 227; ICTR, *Prosecutor v. Emmanuel Nindabahizi*, Judgment and Sentence, cit., par. 492; ICTR, *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana*, Judgment, AC, ICTR-96-10-A, 13 dicembre 2004, par. 542; ICTR, *Prosecutor v. Ntagerura et al.*, Judgment, AC, ICTR-99-46-A, 7 luglio 2006, par. 426; ICTR, *Prosecutor v. Aloys Simba*, Appeals Judgment, cit., par. 277; ICTR, *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 1029; ICTR, *Prosecutor v. Emmanuel Rukundo*, Judgment, TC-II, ICTR-2001-70-T, 27 febbraio 2009, par. 584; ICTY, *Prosecutor v. Popović et al.*, Trial Judgment, cit., par. 2115; ICTR, *Prosecutor v. Jean-Baptiste Gatete*, Judgment and Sentence, TC-III, ICTR-2000-61-T, 31 marzo 2011, par. 663; ICTR, *Prosecutor v. Nindiliyimana et al.*, Trial Judgment, cit., par. 2038; ICTR, *Prosecutor v. Grégoire Ndahimana*, Judgment and Sentence, TC-II, ICTR-01-68-T, 30 dicembre 2011, par. 846; ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Trial Judgment, cit., par. 1205; ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Appeals Judgment, cit., par. 610; ICTY, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Trial Judgment, cit., par. 6021; ICTY, *Prosecutor v. Ratko Mladić*, Trial Judgment, cit., par. 5172.

<sup>155</sup> Tuttavia occorre menzionare la sentenza di primo grado del caso *Krstić* perché essa ha adottato, in controtendenza, un approccio restrittivo affermando che l'applicazione del test *Čelebići* porterebbe a considerare il crimine di genocidio come fattispecie speciale rispetto ai crimini contro l'umanità. Tale conclusione è supportata dal fatto che il crimine di genocidio esclude, per sua stessa natura, le condotte isolate e, di conseguenza, il requisito dell'esistenza di un attacco esteso o sistematico nei confronti della popolazione civile è ricompreso nello stesso concetto di distruzione totale o parziale di un gruppo. Il genocidio, tuttavia, contiene un elemento aggiuntivo identificato nel dolo specifico, e perciò viene considerato fattispecie speciale: ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Judgment, TC, IT-98-33-T, 2 agosto 2001, par. 682 e 686. L'approccio della Camera di primo grado è stato accolto in modo positivo da O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 97, secondo il quale la sentenza costituisce un tentativo di razionalizzazione del concorso di norme inter-categoriale. La Camera d'appello nel caso *Krstić* ha però rilevato che il ragionamento dei giudici di primo grado si basava sulla definizione del genocidio contenuta nel testo degli Elementi dei Crimini della Corte

Effetti espansivi si sono avuti anche con riferimento a ipotesi di concorso intracategoriale, come nel caso della tortura e dello stupro, qualificati entrambi come crimini di guerra o crimini contro l'umanità;<sup>156</sup> della devastazione non giustificata da necessità militare, dell'attacco illegittimo nei confronti di oggetti civili e della distruzione della proprietà culturale qualificati come crimini di guerra;<sup>157</sup> della deportazione e del trasferimento forzato qualificati come crimini contro l'umanità;<sup>158</sup> dell'attacco illegittimo nei confronti della popolazione civile e della diffusione di terrore tra la popolazione civile qualificati come crimini di guerra.<sup>159</sup>

Per contro, un effetto restrittivo si è avuto con riferimento alle medesime fattispecie discusse nel caso *Čelebići*, ovvero le gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 (art. 2 StICTY) e le altre violazioni alle leggi e consuetudini di guerra (art. 3 StICTY);<sup>160</sup> della tortura e dei trattamenti crudeli o disumani, qualificati come crimini di guerra o crimini contro l'umanità;<sup>161</sup> dell'attacco nei confronti della popolazione civile e dell'omicidio.<sup>162</sup>

Le ipotesi di concorso tra le fattispecie di omicidio e sterminio, entrambe qualificate come crimini contro l'umanità, hanno trovato soluzioni opposte nella giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*. In un caso, infatti, il Tribunale per la ex-Jugoslavia ha ritenuto possibile il concorso formale tra le due condotte sulla base del fatto che il crimine di sterminio richiede la prova di due elementi diversi rispetto al reato di

penale internazionale e ha concluso in favore del concorso formale tra genocidio e crimini contro l'umanità (nel caso di specie, lo sterminio): ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Appeals Judgment, cit., par. 224-227.

<sup>156</sup> La tortura si caratterizza per l'inflizione di dolore o sofferenze dirette all'ottenimento di informazioni o di una confessione, oppure allo scopo di punire, intimidire, coercere o discriminare la vittima o una terza persona; per contro, il reato di stupro si caratterizza per l'elemento della penetrazione di un organo sessuale: ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Trial Judgment, cit., par. 557.

<sup>157</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Judgment, AC, IT-01-42-A, 17 luglio 2008, par. 328-332.

<sup>158</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milutinović et al.*, Trial Judgment, cit., par. 1166.

<sup>159</sup> ICTY, *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, Judgment, AC, IT-98-29/1-A, 12 novembre 2009, par. 39. La sentenza d'appello capovolge il verdetto della Camera di primo grado, secondo cui la fattispecie di diffusione di terrore all'interno della popolazione civile costituisce un'ipotesi particolare (*rectius*: speciale) di attacco illegittimo nei confronti della popolazione civile: ICTY, *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, Judgment, TC-III, IT-98-29/1-T, 12 dicembre 2007, par. 873 e 1007. L'approccio espansivo della Camera d'appello è stato da ultimo adottato in ICTY, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Trial Judgment, cit., par. 6016.

<sup>160</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Trial Judgment, cit., par. 822; ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Judgment, AC, IT-95-14/2-A, 17 dicembre 2004, par. 1035; ICTY, *Prosecutor v. Miroslav Bralo*, Sentencing Judgment, TC, IT-95-17-S, 7 dicembre 2005, par. 28 (nota 26).

<sup>161</sup> Sulla base del dolo specifico che caratterizza la tortura: ICTY, *Prosecutor v. Limaj et al.*, Judgment, TC-II, IT-03-66-T, 30 novembre 2005, par. 719; ICTY, *Prosecutor v. Milan Martić*, Judgment, TC, IT-95-11-T, 12 giugno 2007, par. 477; ICTY, *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, Judgment, TC-II, IT-95-13/1-T, 27 settembre 2007, par. 679; ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj et al.*, Judgment, TC, IT-04-84-T, 3 aprile 2008, par. 480. In un caso i giudici hanno ritenuto cumulabile la tortura con la condotta di imposizione di condizioni di vita disumane all'interno di centri detentivi: ICTY, *Prosecutor v. Stanišić and Župljanin*, Trial Judgment, cit., par. 917.

<sup>162</sup> La prima fattispecie viene considerata speciale perché richiede la prova della morte di più civili nel corso di un attacco, mentre quest'ultimo requisito non è imposto dalla condotta di omicidio: ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Judgment, TC-II, IT-01-42-T, 31 gennaio 2005, par. 449; ICTY, *Prosecutor v. Milan Martić*, Trial Judgment, cit., par. 478.

omicidio, ovvero l'elevato numero di vittime e l'intento di annientare un ampio gruppo di persone.<sup>163</sup> Di conseguenza, secondo la Camera di primo grado nel caso *Stakić* soltanto la duplice qualificazione del fatto è idonea a riflettere la colpevolezza dell'imputato nella sua dimensione individuale (omicidio) e collettiva (sterminio). Tale pronuncia, che non ha trovato conferma in sede d'appello,<sup>164</sup> costituisce un'eccezione all'interno della giurisprudenza post-*Čelebići*, la quale ha qualificato come apparente il concorso tra omicidio e sterminio, giungendo ad applicare la seconda fattispecie perché considerata speciale in ragione dell'elemento quantitativo che la caratterizza (uccisione su larga scala).<sup>165</sup>

Il caso della persecuzione, invece, risulta più complesso. Non trovando una definizione espressa negli Statuti, la giurisprudenza individuato gli elementi oggettivi e soggettivi di tale fattispecie ed è giunta a definirla come la grave violazione di diritti umani fondamentali, previsti anche dal diritto consuetudinario, sulla base di motivi discriminatori.<sup>166</sup> Un problema di concorso di norme si verifica qualora la condotta persecutoria integri già, di per sé, un crimine previsto dallo Statuto: si pensi a un omicidio o a un atto di tortura commessi sulla base di motivi discriminatori. *Quid iuris?*

Un primo indirizzo giurisprudenziale considerava inammissibile il cumulo di qualificazioni sulla base della natura assorbente della persecuzione, la cui specialità veniva individuata nell'intento discriminatorio. Il concorso di norme risultava apparente e soltanto la fattispecie della persecuzione trovava applicazione.<sup>167</sup>

Un approccio diametralmente opposto è stato inaugurato dalla Camera d'appello nel caso *Kordić and Čerkez*, in cui i giudici hanno concluso per il concorso formale di

<sup>163</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Judgment, TC-II, IT-97-24-T, 31 luglio 2003, par. 877.

<sup>164</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Judgment, AC, IT-97-24-A, 22 marzo 2006, par. 366.

<sup>165</sup> ICTR, *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana*, Appeals Judgment, cit., par. 542; ICTY, *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, Judgment, TC, IT-02-60-T, 17 gennaio 2005, par. 803; ICTR, *Prosecutor v. Paul Bisengimana*, Judgment and Sentence, TC-II, ICTR-00-60-T, 13 aprile 2006, par. 103; ICTR, *Prosecutor v. Siméon Nchamihigo*, Judgment and Sentence, TC-III, ICTR-01-63-T, 12 novembre 2008, par. 344; ICTY, *Prosecutor v. Lukić and Lukić*, Trial Judgment, cit., par. 1045; ICTY, *Prosecutor v. Popović et al.*, Trial Judgment, cit., par. 2114; ICTR, *Prosecutor v. Jean-Baptiste Gatete*, Trial Judgment, cit., par. 665; ICTR, *Prosecutor v. Ndindiliyimana et al.*, Trial Judgment, cit., par. 2037; ICTR, *Prosecutor v. Bagosora and Nsengiyumva*, Judgment, AC, ICTR-98-41-A, 14 dicembre 2011, par. 416; ICTR, *Prosecutor v. Aloys Ntabakuze*, Judgment, AC, ICTR-98-41A-A, 8 maggio 2012, par. 261; ICTR, *Prosecutor v. Calixte Nzabonimana*, Judgment and Sentence, TC-III, ICTR-98-44-D-T, 31 maggio 2012, par. 1794; ICTR, *Prosecutor v. Ildéphonse Nizeyimana*, Judgment and Sentence, TC-III, ICTR-2000-55C-T, 12 giugno 2012, par. 1553; ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Trial Judgment, cit., par. 1204; ICTY, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Trial Judgment, cit., par. 6020.

<sup>166</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 621.

<sup>167</sup> L'approccio restrittivo è stato adottato da ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Trial Judgment, cit., par. 675; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Trial Judgment, cit., par. 220; ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Trial Judgment, cit., par. 503; ICTY, *Prosecutor v. Mitar Vasiljević*, Trial Judgment, cit., par. 267; ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Trial Judgment, cit., par. 724; ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Trial Judgment, cit., par. 879; ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, Judgment, TC-II, IT-95-9-T, 17 ottobre 2003, par. 1058; ICTY, *Prosecutor v. Mitar Vasiljević*, Appeals Judgment, cit., par. 146; ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Appeals Judgment, cit., par. 231; ICTY, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, Trial Judgment, cit., par. 1085.

reati.<sup>168</sup> Alla base del ragionamento giace una rigida applicazione del criterio *Čelebići* secondo cui vanno confrontati tutti gli elementi delle fattispecie. Da un lato la persecuzione richiede la presenza di un dolo discriminatorio non presente nelle altre fattispecie e, dall'altro, queste ultime sono costituite da elementi non richiesti dal crimine di persecuzione, come l'evento morte (omicidio), le lesioni fisiche o psichiche (tortura o atti disumani), la privazione della libertà personale (detenzione illegale), ecc...

Contro questa lettura eccessivamente formalistica si sono espressi i giudici Schomburg e Güney nella loro opinione dissenziente nello stesso caso *Kordić and Čerkez*. Il crimine di persecuzione, a detta dei giudici, deve essere visto come una clausola residuale capace di ricomprendere tutte le ipotesi di gravi violazioni di diritti umani su base discriminatoria. In quanto «contenitore vuoto», esso deve essere riempito di volta in volta con una condotta concreta: il crimine di persecuzione non può esistere di per sé, ma necessita della commissione di uno dei crimini indicati dall'art. 5 StICTY o di altre condotte integranti una violazione di diritti umani di pari gravità.<sup>169</sup> In altri termini, se con la stessa azione si commettono più omicidi su base discriminatoria non si verifica un concorso di reati ma un concorso apparente di norme perché la persecuzione trova realizzazione soltanto in quanto commessa *attraverso* la violazione del diritto alla vita.<sup>170</sup>

Soltanto una Camera di primo grado ha adottato l'approccio espresso in questa opinione dissenziente,<sup>171</sup> mentre la giurisprudenza successiva al caso *Kordić and Čerkez* ha adottato l'approccio espansivo che considera cumulabile la persecuzione con le singole condotte discriminatorie che la integrano.<sup>172</sup>

<sup>168</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Appeals Judgment, cit., par. 1040.

<sup>169</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Joint Dissenting Opinion of Judge Schomburg and Judge Güney on Cumulative Convictions, AC, IT-95-14/2-A, 17 dicembre 2004, par. 6.

<sup>170</sup> L'opinione dissenziente viene richiamata dagli stessi giudici Schomburg e Güney in ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Opinion Dissidente Conjointe des Juges Güney et Schomburg sur le Cumul de Déclarations de Culpabilité, AC, IT-98-34-A, 3 maggio 2006.

<sup>171</sup> ICTY, *Prosecutor v. Stanišić and Župljanin*, Trial Judgment, cit., par. 910-912.

<sup>172</sup> ICTR, *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Judgment and Sentence, TC, ICTR-99-52-T, 3 dicembre 2003, par. 1090; ICTY, *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, Trial Judgment, cit., par. 810; ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Appeals Judgment, cit., par. 359; ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Judgment, AC, IT-98-34-A, 3 maggio 2006, par. 590; ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Judgment, TC, IT-00-39-T, 27 settembre 2006, par. 1130; ICTY, *Prosecutor v. Milan Martić*, Trial Judgment, cit., par. 475; ICTR, *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 1027; ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Judgment, AC, IT-00-39-A, 17 marzo 2009, par. 389; ICTY, *Prosecutor v. Lukić and Lukić*, Trial Judgment, cit., par. 1042; ICTY, *Prosecutor v. Popović et al.*, Trial Judgment, cit., par. 2113; ICTY, *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević*, Trial Judgment, cit., par. 2198-2200; ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Perišić*, Trial Judgment, cit., par. 1790; ICTR, *Prosecutor v. Bagosora and Nsengiyumva*, Appeals Judgment, cit., par. 414; ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Trial Judgment, cit., par. 1202; ICTY, *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević*, Judgment, AC, IT-05-87/1-A, 27 gennaio 2014, par. 842; ICTY, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Trial Judgment, cit., par. 6018.

Da questa breve analisi della giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* è possibile riassumere l'eredità dell'applicazione del criterio *Čelebići* attraverso la formulazione delle seguenti proposizioni:

1. il concorso di norme inter-categoriale è sempre reale e si traduce in un concorso formale di reati anche qualora le norme divergano soltanto nell'elemento di contesto;<sup>173</sup>
2. il concorso tra le gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra e le altre violazioni alle leggi e consuetudini di guerra è sempre apparente, con applicazione delle prime in quanto norme speciali;
3. il concorso tra lo sterminio e l'omicidio, entrambi qualificati come crimini contro l'umanità, è sempre apparente, con applicazione dello sterminio in quanto fattispecie speciale;
4. il concorso tra persecuzione e altri crimini previsti dallo Statuto è sempre reale e si traduce in un concorso formale di reati.

La profezia dei giudici Hunt e Bennouna, secondo i quali la rigida applicazione del criterio *Čelebići* avrebbe portato a molteplici qualificazioni giuridiche in tutte le ipotesi di concorso inter-categoriale, si è ampiamente avverata. Con il risultato, a prima vista paradossale, che l'applicazione del test *Čelebići*, pensato allo scopo di limitare le ipotesi di concorso reale, ha finito per originare innumerevoli qualificazioni multiple dello stesso fatto. E ciò si è avverato anche in seno agli altri tribunali internazionali, i quali hanno adottato il medesimo test – e riposto fiducia soprattutto nell'elaborazione giurisprudenziale dell'ICTY – per far fronte al problema del concorso di norme.

## 6. La giurisprudenza dei tribunali misti

La categoria dei tribunali misti, definiti anche ibridi o internazionalizzati,<sup>174</sup> appare tutt'altro che omogenea. Non soltanto vi è disaccordo, in dottrina, su quali siano i tribunali da qualificarsi come misti,<sup>175</sup> ma si fatica ad individuare una definizione di

<sup>173</sup> In senso conforme anche I. ERDEI, *Cumulative Convictions*, cit., 15.

<sup>174</sup> Secondo parte della dottrina gli aggettivi «ibridi» e «internazionalizzati» non possono essere impiegati in modo equivalente in quanto indicano due diverse tipologie di tribunali. Questi autori definiscono i tribunali ibridi come «*mixed national-international courts operating as independent criminal institutions outside the traditional realm of domestic jurisdiction*», e affermano che i tribunali internazionalizzati si differenziano dalle corti ibride per il fatto di non avere una «*separate international legal identity of their own, distinct from the legal personality of the domestic state*»: C. STAHN, *The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design*, in *Leiden Journal of International Law*, 18, 2005, 436.

<sup>175</sup> Alcuni autori vi includono il Tribunale Speciale per il Libano e il Tribunale speciale iracheno (K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 41 ss.), mentre altri autori escludono tali giurisdizioni dal novero dei tribunali misti (M. COSTI, E. FRONZA, *Il diritto penale internazionale*, cit., 10). Altri autori ancora vi

tale categoria.<sup>176</sup> Ciononostante, alcune caratteristiche accomunano questo insieme di giurisdizioni eterogenee: esse si distinguono per la composizione mista degli organi, impiegando personale sia internazionale che statale; la competenza *ratione materiae* è determinata sia da fonti normative internazionali che interne; hanno natura temporanea; sono generalmente istituite nel luogo di commissione delle atrocità per garantire una maggior vicinanza e responsabilizzazione delle istituzioni locali.<sup>177</sup>

L'analisi avrà ad oggetto le pronunce della Corte Speciale per la Sierra Leone (SCSL), istituita da un accordo conclusosi tra il Segretario Generale delle Nazioni Unite e il governo della Sierra Leone nel 2002 per giudicare i crimini commessi durante la guerra civile che ha sconvolto il paese;<sup>178</sup> le Camere Straordinarie nelle Corti in Cambogia (ECCC), istituite nel 2003 con competenza sui crimini commessi durante il periodo della Kampuchea Democratica;<sup>179</sup> le Camere Straordinarie Africane in Senegal

---

includono le *War Crimes Chambers* della Bosnia-Herzegovina: cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 28. Altri autori distinguono a seconda dei soggetti coinvolti nell'istituzione dei tribunali: cfr. R. CRYER ET AL., *An Introduction*, cit., 182 ss.

<sup>176</sup> Cfr. S. WILLIAMS, *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals. Selected Jurisdictional Issues*, Hart, Oxford-Portland, 2012, 249.

<sup>177</sup> Cfr. S. NOUWEN, *Hybrid Courts: The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Courts*, in *Utrecht Law Review*, 2, 2006, 190-214; C. RAGNI, *I tribunali penali internazionalizzati. Fondamento, giurisdizione e diritto applicabile*, Giuffrè, Milano, 2012; E. CIMIOTTA, *I tribunali penali misti*, Cedam, Milano, 2009; S. WILLIAMS, *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals*, cit., 249. Con riferimento all'importanza di istituire un tribunale misto nel luogo in cui si verificarono le atrocità si rinvia allo studio di WARBURTON e CULP, nel quale si afferma come la creazione di nuova giurisdizione possa generare esternalità positive per un paese povero uscente da una guerra civile che l'ha ridotto allo stremo. In particolare un tribunale può contribuire allo sviluppo e alla revitalizzazione di strutture locali precedentemente ridotte al collasso, come il sistema giudiziario. Inoltre è da considerare l'effetto politico indiretto che potrebbe portare benefici sia alle infrastrutture legali sia al sistema statale e sociale in generale. Cfr. C. WARBURTON, R. CULP, *Can Domestically Seated War Crimes Tribunals Generate Positive Externalities? A Case Study of the Special Court for Sierra Leone*, in G. ANDERPOULOS ET AL. (a cura di), *International Criminal Justice: Critical Perspectives and New Challenges*, Springer, The Hague, 2011, 184. Sul punto, alcuni autori hanno osservato come la ristrettezza economica di questi tribunali rischi di tradursi nell'assenza di uno staff altamente qualificato, cosicché la pochezza materiale si trasforma in scarsa qualità del ragionamento giuridico. Cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume I*, cit., 52.

<sup>178</sup> Cfr. UN Security Council, S/RES/1315 (2000), adottata il 14 agosto 2000, l'*Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*, 16 gennaio 2002 e lo *Statute of the SCSL*. I documenti sono riprodotti in C.C. JALLOH, *Consolidated legal texts for the Special Court for Sierra Leone*, Nijhoff, Boston, 2007. Sulla SCSL si rinvia a C.C. JALLOH (a cura di), *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy. The Impact for Africa and International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; R. WINTER, *The Special Court for Sierra Leone*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice*, cit., 101-121; S. BERESFORD, A.S. MULLER, *The Special Court for Sierra Leone: an initial comment*, in *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, 635-651; R. CRYER, C. WARBRICK, D. MCGOLDRICK, *A "Special Court" for Sierra Leone?*, in *The International Criminal Law Quarterly*, 50, 2001, 435-446; M. FRULLI, *The Special Court for Sierra Leone: some preliminary comments*, in *European Journal of International Law*, 11, 2000, 857-869.

<sup>179</sup> Cfr. *Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodian law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea*, 6 giugno 2003. Per un approfondimento sulle ECCC si rinvia a S.M. MEISENBERG, I. STEGMILLER (a cura di), *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Assessing their Contribution to International Criminal Law*, Springer, The Hague, 2016; C. LEANG, W. SMITH, *The*



del 2013 (EAC), le quali hanno competenza sui crimini commessi nel territorio del Chad durante il regime dittatoriale di Hissène Habré durato dal 1982 al 1990 e hanno visto coinvolta per la prima volta l'Unione Africana nell'istituzione di un tribunale misto.<sup>180</sup>

La giurisprudenza dei tribunali misti in materia di concorso di norme si è posta in linea di continuità con le pronunce dei due Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e il Ruanda, adottando sia il test *Čelebići* come criterio di soluzione del problema che le conclusioni raggiunte dall'ICTY riguardanti il rapporto tra alcune fattispecie criminose.<sup>181</sup>

È stata confermata la specialità dello sterminio rispetto all'omicidio, entrambi qualificati come crimini contro l'umanità,<sup>182</sup> anche se si è sentito necessario specificare che un concorso formale di reati si può avere nel caso in cui alcuni omicidi non siano ricompresi all'interno del macro-evento di uccisioni massive.<sup>183</sup> Similmente l'omicidio

*Early Experience of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice*, cit., 143-164; D. BOYLE, *Establishing the Responsibility of the Khmer Rouge Leadership for International Crimes*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 5, 2002, 167-218; S. WILLIAMS, *The Cambodian Extraordinary Chambers. A Dangerous Precedent for International Justice?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 53, 2003, 227-245.

<sup>180</sup> Cfr. *Accord entre le Gouvernement de la République du Sénégal et l'Union Africaine sur la création de Chambres Africaines Extraordinaires au sein des juridictions Senegalaises*, 22 aprile 2012; M. FALL, *The Extraordinary African Chambers: The Case of Hissène Habré*, in G. WERLE, L. FERNANDEZ, M. VORMBAUM (a cura di), *Africa and the International Criminal Court*, Springer, The Hague, 2014, 117-131; S. WILLIAMS, *The Extraordinary African Chambers in the Senegalese Courts. An African Solution to an African Problem?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 11, 2013, 1139-1160; V. SPIGA, *Non-retroactivity of Criminal Law. A New Chapter in the Hissène Habré Saga*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, 5-23.

<sup>181</sup> Un riferimento esplicito al test *Čelebići* lo ritroviamo, in ordine cronologico, in SCSL, *Prosecutor v. Brima et al. (AFRC)*, Judgment, TC-II, SCSL-04-16-T, 20 giugno 2007, par. 2099; SCSL, *Prosecutor v. Fofana and Kondewa (CDF)*, Judgment, TC, SCSL-04-14-T, 2 agosto 2007, par. 974; SCSL, *Prosecutor v. Fofana and Kondewa (CDF)*, Judgment, AC, SCSL-04-14-A, 28 maggio 2008, par. 220; SCSL, *Prosecutor v. Sesay et al. (RUF)*, Judgment, TC, SCSL-04-15-T, 2 marzo 2009, par. 2300; SCSL, *Prosecutor v. Sesay et al. (RUF)*, Appeals Judgment, cit., par. 1190; ECCC, *Prosecutor v. Kaing Guev Eav alias Duch (001)*, Judgment, TC, 011/18-07-2007/ECCC/TC, 26 luglio 2010, par. 560; ECCC, *Prosecutor v. Kaing Guev Eav alias Duch (001)*, Appeal Judgment, Supreme Court Chamber, 001/18-07-2007/ECCC/SC, 3 febbraio 2012, par. 287; SCSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Judgment, TC-II, SCSL-03-01-T, 18 maggio 2012, par. 6987; ECCC, *Prosecutor v. Chea and Samphan (002)*, Judgment, TC, 002/19-09-2007/ECCC/TC, 7 agosto 2014, par. 1055; EAC, *Ministère Public v. Hissein Habré*, Jugement, Chambre Africaine Extraordinaire d'Assises, 30 maggio 2016, par. 2264. Manca, invece, un esplicito riferimento in SCSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Judgment, AC, SCSL-03-01-A, 26 settembre 2013, par. 577, in cui si citano soltanto precedenti decisioni della Corte Speciale per la Sierra Leone.

<sup>182</sup> SCSL, *Prosecutor v. Sesay et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 1192; ECCC, *Prosecutor v. Kaing Guev Eav*, Trial Judgment, cit., par. 566; ECCC, *Prosecutor v. Kaing Guev Eav*, Appeals Judgment, cit., par. 334; ECCC, *Prosecutor v. Chea and Samphan*, Trial Judgment, cit., par. 1057.

<sup>183</sup> SCSL, *Prosecutor v. Brima et al.*, Trial Judgment, cit., par. 2109; SCSL, *Prosecutor v. Sesay et al.*, Trial Judgment, cit., par. 2304. Una specificazione del tutto superflua e inutile perché nel caso di specie ci si troverebbe di fronte a due azioni distinte che non possono generare, per definizione, alcun concorso formale di reati e non pongono, di conseguenza, alcun problema relativo al concorso di norme.

è stato considerato fattispecie speciale rispetto alla pratica massiva e sistematica delle esecuzioni sommarie.<sup>184</sup>

Il concorso di norme inter-categoriale ha continuato a tradursi in un concorso formale di reati anche qualora le uniche differenze siano rinvenibili soltanto all'interno dell'elemento di contesto, confermando l'approccio estensivo inaugurato dai Tribunali *ad hoc*.<sup>185</sup> Inoltre in un caso è stato ammesso il concorso di reati tra le gravi violazioni dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949, da un lato, e i crimini di guerra concernenti i membri delle forze armate, i prigionieri di guerra, i civili e i beni protetti dalle Convenzioni di Ginevra del 1949, dall'altro, in chiara contrapposizione con quanto stabilito dalla giurisprudenza dell'ICTY.<sup>186</sup>

Due casi meritano di essere menzionati brevemente.

Il primo ha ad oggetto il concorso tra lo stupro e altri reati contro la libertà sessuale. La Camera di primo grado della SCSL nel caso *RUF* ha stabilito che il reato di riduzione in schiavitù sessuale e lo stupro, entrambi qualificati come crimini contro l'umanità, contengono elementi tipici differenti: il primo richiede l'esercizio, da parte di un individuo, del diritto di proprietà nei confronti della vittima e la presenza di atti di natura sessuale, mentre il secondo si caratterizza per l'atto di penetrazione sessuale. Tuttavia, secondo la Camera, quando la schiavitù implica anche atti di violenza sessuale, essa assorbe il disvalore espresso dalla condotta dello stupro.<sup>187</sup> Tale indirizzo restrittivo, ispirato al criterio di consunzione, non ha trovato conferma nei casi *Taylor*

<sup>184</sup> EAC, *Ministère Public v. Hisssein Habré*, Jugement, cit., par. 2286.

<sup>185</sup> SCSL, *Prosecutor v. Brima et al.*, Trial Judgment, cit., par. 2107; SCSL, *Prosecutor v. Sesay et al.*, Trial Judgment, cit., par. 2302; ECCC, *Prosecutor v. Kaing Guev Eav*, Trial Judgment, cit., par. 562; SCSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Trial Judgment, cit., par. 6988.

<sup>186</sup> EAC, *Ministère Public v. Hisssein Habré*, Jugement, cit., par. 2270. L'art. 7(1) StEAC prevede lo *status* di «persona protetta» della vittima e la presenza di un conflitto armato internazionale, mentre l'art. 7(2) StEAC richiede che la vittima non partecipi attivamente alle ostilità e che vi sia in corso un conflitto armato non internazionale. Contenendo elementi tipici distinti, i giudici concludono per il concorso di reati. Tuttavia tale applicazione eccessivamente rigorosa del principio di specialità pare errata, sia perché la natura del conflitto armato non dovrebbe costituire un elemento tipico rilevante nel raffronto tra fattispecie, sia perché affermare l'esistenza di un concorso formale significa ammettere la possibilità di configurare una convergenza tra fattispecie in parte eterogenee (il conflitto è internazionale o non internazionale: se è misto, allora dovrebbe prevalere l'art. 7(1) StEAC che richiede lo *status* di «persona protetta» della vittima). In aggiunta, nella stessa sentenza si ammette il concorso tra la tortura come crimine di guerra, la tortura come crimine contro l'umanità e la tortura come reato autonomo privo di un elemento di contesto. La competenza *ratione materiae* delle Camere Straordinarie Africane si estende, infatti, anche alla tortura così come definita dalla Convenzione contro la Tortura (CAT) delle Nazioni Unite del 10 dicembre 1984. La triplice qualificazione pare criticabile perché ammette, implicitamente, la possibilità di configurare un concorso tra un reato comune, privo di un elemento di contesto, e un crimine internazionale. A nostro avviso l'elemento di contesto avrebbe potuto essere considerato come un *quid pluris* capace di conferire specialità alle fattispecie internazionali sia per ragioni strutturali che valoriali. Per un breve commento alla sentenza *Habré* e alla tematica del concorso di norme sia consentito rinviare a M. BORTOLUZZI, *La prima sentenza delle Camere straordinarie africane. Il caso Habré*, in *L'indice penale*, 1, 2017, 498.

<sup>187</sup> SCSL, *Prosecutor v. Sesay et al.*, Trial Judgment, cit., par. 2305. Si noti che per le altre ipotesi di concorso (stupro e matrimonio forzato / schiavitù sessuale e matrimonio forzato) la Camera ha ammesso il concorso formale di reati.

(SCSL) e *Habré* (EAC), secondo i quali le due fattispecie sono cumulabili perché costituite da elementi tipici differenti.<sup>188</sup>

Il secondo caso che merita di essere menzionato ha ad oggetto il concorso tra la persecuzione e le altre fattispecie di crimini contro l'umanità. Le Camere Straordinarie nelle Corti in Cambogia hanno infatti riprodotto il contrasto giurisprudenziale già analizzato con riferimento all'ICTY. Nel caso *Duch* la Camera di primo grado, dopo aver attentamente analizzato il *case-law* in materia, ha affermato che la persecuzione risulta essere speciale rispetto alle altre fattispecie (nel caso in esame omicidio e atti disumani).<sup>189</sup>

In sede d'appello tale conclusione non ha trovato conferma. I giudici hanno affermato che l'errore commesso dalla Camera di primo grado consiste nel non aver tenuto distinti i fatti che sono *sufficienti* a provare il crimine di persecuzione da quelli che sono *necessari* perché richiesti dalla norma: provare che un individuo ha posto in essere delle uccisioni su larga scala sarebbe sufficiente a soddisfare, in parte, gli elementi oggettivi della persecuzione, ma non sarebbe in ogni caso necessario ai fini della prova della persecuzione, poiché questa si compone di elementi tipici ulteriori e diversi.<sup>190</sup> Inoltre i giudici di prima istanza non si sono limitati a un confronto astratto tra gli elementi tipici previsti dalle norme, come richiesto dal test *Čelebići*, ma hanno fatto riferimento alle modalità concrete di estrinsecazione della condotta.<sup>191</sup>

Seguendo il ragionamento della Camera d'appello, la persecuzione non è dunque un «contenitore vuoto» capace di assorbire i crimini attraverso cui viene, in parte, commessa, e nemmeno una circostanza contestuale che aggiunge un elemento discriminatorio alle singole condotte che la compongono: essa è una fattispecie costituita da elementi oggettivi e soggetti propri e distinti da quelli richiesti dagli altri crimini contro l'umanità. Il concorso di reati si presenta, pertanto, come possibile, e tale approccio è stato adottato dalla giurisprudenza successiva delle Camere Straordinarie cambogiane.<sup>192</sup>

Per concludere, è possibile riassumere la giurisprudenza dei tribunali misti in materia di concorso di norme attraverso la formulazione delle seguenti proposizioni:

1. si conferma la ricezione e l'applicazione del test *Čelebići* come unico criterio di soluzione del concorso di norme;
2. si confermano le risultanze giurisprudenziali dei Tribunali *ad hoc* sia con riferimento al concorso inter-categoriale che alle ipotesi di concorso intra-categoriale (sterminio e omicidio / persecuzione e altri crimini contro l'umanità).

<sup>188</sup> SCSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Trial Judgment, cit., par. 6989 e EAC, *Ministère Public v. Hissain Habré*, Jugement, cit., par. 2277.

<sup>189</sup> ECCC, *Prosecutor v. Kaing Guev Eav*, Trial Judgment, cit., par. 565.

<sup>190</sup> ECCC, *Prosecutor v. Kaing Guev Eav*, Appeals Judgment, cit., par. 318-321.

<sup>191</sup> ECCC, *Prosecutor v. Kaing Guev Eav*, Appeals Judgment, cit., par. 324.

<sup>192</sup> ECCC, *Prosecutor v. Chea and Samphan*, Trial Judgment, cit., par. 1060.

Il criterio *Čelebići* fuoriesce dalle mura dei Tribunali *ad hoc* per approdare in luoghi e tempi diversi, e pare destinato a rimanere l'unico arbitro in materia di concorso di norme. Come si vedrà nelle pagine che seguono, il test è sopravvissuto anche alla sfida presentatasi con l'adozione dello Statuto della Corte penale internazionale, in quanto anche in quest'ultima codificazione continua instancabilmente a protrarsi l'inspiegabile silenzio del diritto positivo circa i principi che dovrebbero regolare il concorso di norme. Un silenzio rumoroso con il quale la giurisprudenza ha dovuto nuovamente confrontarsi.

## 7. Lo Statuto e la giurisprudenza della Corte penale internazionale

Lo Statuto di Roma rappresenta il tentativo più completo di codificazione del diritto penale internazionale e presenta talune novità destinate a mutare l'ampiezza dell'area di sovrapposizione normativa tra fattispecie. Una breve premessa circa gli elementi tipici dei crimini previsti all'art. 5 StICC si presenta come necessaria ai fini della nostra analisi.<sup>193</sup>

Con riferimento al genocidio l'art. 6 StICC rimane fedele alla *Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio* del 1948 riproducendone letteralmente il testo.<sup>194</sup>

Un elemento di novità è introdotto dagli Elementi dei Crimini (EC) in cui si richiede che ogni condotta sia posta in essere nel contesto di un disegno manifesto di condotte simili dirette contro un gruppo tutelato, ovvero che ciascuna condotta sia di per sé idonea a provocare la distruzione del gruppo.<sup>195</sup> Il tenore della disposizione sembra introdurre un ulteriore elemento tipico – la presenza di un piano genocidiario o una soglia più elevata di gravità – destinato a riflettersi nell'oggetto del dolo. Mentre la Camera preliminare ha affermato che la condotta deve costituire una minaccia attuale

<sup>193</sup> Si tenga in considerazione che quanto segue non può considerarsi un'indagine completa sugli elementi oggettivi e soggettivi che compongono i crimini internazionali, ma ha lo scopo di evidenziare le peculiarità dell'area di convergenza normativa che discendono direttamente dallo Statuto di Roma.

<sup>194</sup> Art. 6 StICC: «For the purpose of this Statute, "genocide" means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:  
(a) Killing members of the group;  
(b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;  
(c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;  
(d) Imposing measures intended to prevent births within the group;  
(e) Forcibly transferring children of the group to another group».

<sup>195</sup> Art. 6(a)(4) EC: «The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction». Sull'elemento di contesto del crimine di genocidio così come codificato all'art. 6 StICC si rinvia, più diffusamente, a *infra*, cap. III, par. 6.3.

all'esistenza del gruppo (o parte di esso) finendo per considerare il requisito aggiuntivo come elemento tipico,<sup>196</sup> la dottrina prevalente tende a considerarlo come un mero requisito giurisdizionale in linea con la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, pur sottolineandone l'importante funzione svolta in sede probatoria ai fini della dimostrazione del dolo specifico.<sup>197</sup>

Con riferimento ai crimini contro l'umanità, l'art. 7 StICC presenta alcune differenze rispetto agli Statuti dei Tribunali *ad hoc*.<sup>198</sup>

In primo luogo non si richiede più alcun collegamento con un conflitto armato e l'intento discriminatorio è previsto soltanto in relazione alla persecuzione. Per contro, è necessario che le singole condotte siano poste in essere nell'ambito di un attacco esteso (componente quantitativa/spaziale) o sistematico (componente qualitativa/temporale) nei confronti della popolazione civile, e con la consapevolezza dell'attacco.<sup>199</sup>

In secondo luogo, nella definizione dell'attacco l'art. 7(2)(a) StICC compie un riferimento all'attuazione o esecuzione di un disegno politico di uno Stato o di una organizzazione. La qualificazione del c.d. *policy element* come elemento costitutivo della fattispecie rappresenta una novità nel diritto penale internazionale.<sup>200</sup>

<sup>196</sup> ICC, *Prosecutor v. Omar al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, cit., par. 133.

<sup>197</sup> Così G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 311 e R. CRYER, *The Definitions of International Crimes in the Al Bashir Arrest Warrant Decision*, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, 290. In senso parzialmente difforme cfr. C. KRESS, *The Crime of Genocide and Contextual Elements. A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, 299.

<sup>198</sup> Art. 7 StICC: «For the purpose of this Statute, "crime against humanity" means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:

- (a) Murder;
- (b) Extermination;
- (c) Enslavement;
- (d) Deportation or forcible transfer of population;
- (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law;
- (f) Torture;
- (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity;
- (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court;
- (i) Enforced disappearance of persons;
- (j) The crime of apartheid;
- (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health».

<sup>199</sup> ICC, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, PTC, ICC-01/04-01/07-717, 30 settembre 2008, par. 394 ss. Sull'elemento di contesto dei crimini contro l'umanità così come codificati all'art. 7 StICC si rinvia, più diffusamente, a *infra*, cap. III, par. 6.2.

<sup>200</sup> Cfr. E. AMATI, E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 364. In realtà già la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* aveva in più occasioni compiuto un riferimento al c.d. *policy element* oscillando, però, tra alcune pronunce che lo consideravano come un elemento tipico e altre che lo utilizzavano come mero indicatore probatorio

In terzo luogo lo Statuto di Roma tipizza *ex novo* alcune condotte che non figurano precedentemente negli Statuti dei tribunali internazionali o misti: trattasi delle altre forme di violenza sessuale (rispetto allo stupro), della sparizione forzata e dell'apartheid. Tale novità è destinata ad aumentare le ipotesi di convergenza normativa intra-categoriale.

Con riferimento ai crimini di guerra l'art. 8 StICC introduce due novità rilevanti ai fini dell'indagine. Da un lato esso elenca per la prima volta in modo tassativo ed esaustivo le fattispecie che costituiscono un crimine di guerra, permettendo all'interprete di prevedere – a livello astratto – le possibili intersezioni tra norme. Dall'altro lato è espressamente previsto che la Corte abbia competenza a giudicare sui crimini di guerra quando commessi come parte di un piano o di un disegno politico, o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala.<sup>201</sup> La dottrina, tuttavia, è unanime nel ritenere che tale requisito abbia natura giurisdizionale e sia idoneo a orientare l'attività del Procuratore.<sup>202</sup>

Entrambe le novità giocano un ruolo importante nella problematica del concorso di norme: la prima permette di configurare *ex ante* le ipotesi di convergenza, mentre la seconda fornisce alcuni spunti per la soluzione del concorso inter-categoriale tra crimini di guerra, da un lato, e genocidio e/o crimini contro l'umanità, dall'altro.

In conclusione, ai sensi degli artt. 6-8 StICC possono configurarsi i seguenti rapporti tra norme:

- a) applicazione del solo crimine di genocidio (art. 6), dei crimini contro l'umanità (art. 7) ovvero dei crimini di guerra (art. 8);
- b) applicazione congiunta di due o di tutte e tre le categorie di crimini.

A quindici anni dalla sua creazione solo un paio di pronunce della Corte hanno affrontato la questione del concorso di norme. Ciò è dovuto al fatto che, da un lato, nel caso *Al Mahdi* è mancato uno dei presupposti ontologici alla convergenza, essendo

---

del requisito della sistematicità: cfr. ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Opinion and Judgment, cit., par. 653; ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 98. Per uno studio che dimostra come la prassi giudiziale adottata dai Tribunali *ad hoc* abbia finito per vanificare la *querelle* dogmatica sulla natura giuridica del *policy element*, cfr. M. CUPIDO, *The Policy Underlying Crimes Against Humanity: Practical Reflections on a Theoretical Debate*, in *Criminal Law Forum*, 22, 2011, 275-309. Cfr., altresì, K. AMBOS, S. WIRTH, *The Current Law of Crimes Against Humanity. An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, in *Criminal Law Forum*, 13, 2002, 26 ss.; J. PEREZ-CABALLERO, *El elemento político en los crímenes contra la humanidad. La expansión de la figura al crimen organizado transnacional y el caso de las organizaciones de narcotraficantes mexicanas en el sexenio 2006-2012*, Dykinson, Madrid, 2015.

<sup>201</sup> Sulla clausola cfr. E. GREPPI, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Utet, Torino, 2001, 204.

<sup>202</sup> Cfr. R. O'KEEFE, *International Criminal Law*, cit., 135 e P. LOBBA, *I crimini di guerra*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 411. Sull'elemento di contesto dei crimini di guerra così come codificati all'art. 8 StICC si rinvia, più diffusamente, a *infra*, cap. III, par. 6.1.

l'imputato condannato soltanto per un crimine (l'attacco a beni protetti come crimine di guerra),<sup>203</sup> dall'altro, nel caso *Lubanga Dyilo* non si è posto alcun problema di concorso inter-categoriale, essendo l'autore del reato imputato soltanto per crimini di guerra, e la Corte ha considerato l'art. 8(2)(e)(vii) StICC come una disposizione a più norme qualificando l'arruolamento, la coscrizione e l'utilizzo di bambini soldato come tre fattispecie distinte.<sup>204</sup>

Negli altri casi affrontati dalla Corte è possibile notare una linea di continuità sia con riferimento al criterio di soluzione prescelto che con le risultanze derivanti dall'applicazione del test *Čelebići*.

Con riferimento al concorso tra l'omicidio qualificato sia come crimine di guerra che come crimine contro l'umanità la Corte ritiene possibile affermare un concorso formale di reati in quanto ciascuna fattispecie contiene un elemento ulteriore e distinto non previsto dall'altra. I crimini contro l'umanità si inseriscono all'interno di un attacco esteso o sistematico nei confronti della popolazione civile e richiedono un nesso – sia in termini oggettivi che soggettivi – tra la condotta dell'autore e l'attacco. I crimini di guerra, invece, proteggono una particolare categoria di vittime, ovvero i c.d. *hors de combat* e i soggetti che non partecipano attivamente alle ostilità, e richiedono un nesso tra la condotta e un conflitto armato.<sup>205</sup>

In modo simile a quanto affermato dall'ICTY nel caso *Kunarac et al.*,<sup>206</sup> la Corte penale internazionale compie un riferimento alla *voluntas legis* espressa dagli Stati che hanno partecipato ai negoziati per lo Statuto di Roma e afferma che il concorso formale di reati si giustifichi in base alla scelta di adottare due distinti elementi di contesto. Anche nel sottosistema della ICC sembra doversi concludere per la pluralità di reati in tutti i casi di convergenza normativa inter-categoriale.<sup>207</sup>

La validità del test *Čelebići* viene confermata anche in seno alla Corte penale internazionale. E questo perché si ritiene, ancora una volta, che il criterio adottato dall'ICTY assicuri che un autore venga punito soltanto per crimini distinti, garantendo

<sup>203</sup> ICC, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Judgment and Sentence, TC VIII, ICC-01/12-01/15, 27 settembre 2016, par. 11.

<sup>204</sup> ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, TC, ICC-01/04-01/06, 14 marzo 2012, par. 609 e 1358. Non essendo stato sollevato alcun motivo d'appello concernente l'unità o la pluralità di reati, i giudici di secondo grado hanno confermato la decisione della *Trial Chamber*: ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, AC, ICC-01/04-01/06 A 5, 1 dicembre 2014, par. 38. Si anticipa fin da ora che nella sua opinione parzialmente dissenziente il giudice Sang-Hyun Song ha concluso per l'unità di reato: ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Partly dissenting opinion of Judge Sang-Hyun Song, AC, ICC-01/04-01/06 A 5, 1 dicembre 2014. Per un'analisi più approfondita si rinvia al cap. III, par. 3.

<sup>205</sup> La prova dell'adozione del test *Čelebići* è confermata dall'esplicito riferimento in nota al caso *Delalić et al.* dell'ICTY: ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, TC II, ICC-01/04-01/07, 7 marzo 2014, par. 1695; ICC, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, TC III, ICC-01/05-01/08, 21 marzo 2016, par. 746.

<sup>206</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 178.

<sup>207</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Trial Judgment, cit., par. 750.

sia il rispetto dei principi del giusto processo che un'integrale valutazione giuridica del fatto.<sup>208</sup>

## 8. Paradossi, criticità e insufficienze del criterio *Čelebići*

L'analisi della giurisprudenza internazionale sul concorso di norme ha evidenziato l'assoluta primazia del test *Čelebići* come unico criterio risolutivo della problematica. L'ampio consenso circa la sua universale validità, unito alla costante ricezione giurisprudenziale da parte di organismi diversi e ulteriori rispetto ai due Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e il Ruanda, permettono di qualificare l'adozione del test come un paradigma del fenomeno della c.d. *cross-fertilisation*.<sup>209</sup> Un'adozione tanto automatica quanto acritica, dovuta alla forza seduttiva di un test che si presenta chiaro e univoco all'interprete.

<sup>208</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Trial Judgment, cit., par. 748.

<sup>209</sup> Sul fenomeno della c.d. *jurisprudential cross fertilization*, cfr. il simposio *The Cross-fertilization Rhetoric in Question: Use and Abuse of the European Court's Jurisprudence by International Criminal Tribunals*, in *Nordic Journal of International Law*, 84, 2015. In particolare, per una definizione di *cross-fertilization* nel diritto internazionale si rinvia a U. LINDERFALK, *Cross-fertilisation in International Law*, in *Nordic Journal of International Law*, 84, 2015, 428-455. Sull'utilizzo della giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* da parte della Corte penale internazionale e le ragioni poste alla base di tale frequente interazione, cfr. G. BITTI, *Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC*, in C. STAHN, G. SLUITER (a cura di), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2009, 296 ss. L'interazione e il dialogo tra corti è un fenomeno naturale e diffuso che negli ultimi anni ha avuto sempre più frequente verifica, soprattutto con riferimento al rapporto tra tribunali internazionali e Corte europea dei Diritti dell'Uomo. Tra gli effetti positivi di questa reciproca influenza – seppur asimmetrica – si sottolineano la riduzione della frammentazione della c.d. *human rights law*, la spinta verso l'armonizzazione e un *common understanding* dei diritti fondamentali, nonché la costruzione di una grammatica comune a tutti gli organismi che si sentono parte dello stesso sistema di giustizia internazionale o di una comunità globale di corti: cfr. S. VASILIEV, *International Criminal Tribunals in the Shadow of Strasbourg and Politics of Cross-fertilisation*, in *Nordic Journal of International Law*, 84, 2015, 372; J.S. MARTINEZ, *Towards an International Judicial System*, in *Stanford Law Review*, 54, 2003, 429; A.M. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 44, 2003, 192-194; A. CASSESE, *The Influence of the European Court of Human Rights on International Criminal Tribunals: Some Methodological Remarks*, in M. BERGSMO (a cura di), *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden: Essays in Honour of Asbjørn Eide*, Nijhoff, Leiden, 2003. Con riferimento alla potenziale gerarchia tra corti che emerge dall'asimmetria dell'interazione, cfr. C.P.R. ROMANO, *Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 55, 2010, 759 ss. Per un riferimento all'interazione e all'utilizzo della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo da parte dei Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e il Ruanda nella definizione del crimine di tortura, soprattutto per quanto riguarda la qualifica del soggetto attivo, la soglia di gravità e la differenza tra tortura e trattamenti disumani, cfr. E. MACULAN, *Judicial Definition of Torture as a Paradigm of Cross-fertilisation: Combining Harmonisation and Expansion*, in *Nordic Journal of International Law*, 84, 2015, 456-481.



Tuttavia, nella sua lapidaria formulazione, il test tradisce una semplicità che è solo apparente, e non riesce a celare alcuni paradossi, criticità e insufficienze intrinseche.

Fin dagli albori la riflessione circa la soluzione della convergenza di norme è stata alimentata dalla preoccupazione di bilanciare le esigenze di repressione e prevenzione espresse dalla comunità internazionale con il diritto di difesa e le garanzie del giusto processo: alla necessità – anche di natura processuale – di ricorrere alle imputazioni cumulative e alla pluralità di reati per perseguire condotte che si inseriscono in contesti di macro-criminalità, si è affiancata la preoccupazione di non punire due o più volte uno stesso soggetto per il medesimo fatto. I primi tentativi di soluzione della convergenza – nonché il test *Čelebići* stesso – nascono, pertanto, con lo scopo di delimitare l'area non apparente di sovrapposizione normativa e, di conseguenza, di ridurre le ipotesi di concorso formale di reati. La prospettiva di fondo è tutta ispirata al principio del *favor rei*.

Tuttavia l'applicazione pratica del test *Čelebići* ha finito per avere un effetto contrario a quello sperato (*paradosso delle funzioni*). Come si è dimostrato, le ipotesi di convergenza normativa inter-categoriale si sono sempre tradotte – e sembrano destinate a tradursi anche nel sottosistema della ICC – in un concorso formale di reati, in quanto gli elementi di contesto delle tre distinte categorie di crimini contengono, ciascuna, uno o più elementi specifici che richiedono la prova di un fatto addizionale: l'effetto è dunque espansivo.<sup>210</sup>

Per contro, le ipotesi di convergenza intra-categoriale difettano di coerenza di soluzioni (*paradosso dell'ambiguità*). Si pensi, con riferimento alla categoria dei crimini contro l'umanità, alle ipotesi di sovrapposizione normativa tra l'omicidio e la persecuzione, le quali, dopo aver trovato soluzione in favore dell'apparenza in tre casi, sono state improvvisamente risolte con il concorso formale di reati.<sup>211</sup> O, ancora, al

<sup>210</sup> In senso conforme, sottolineando il costante concorso formale inter-categoriale, si pone la riflessione del giudice Dolenc sul test *Čelebići* nell'opinione dissenziente in ICTR, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Pavel Dolenc, TC III, ICTR-97-20-T, 15 maggio 2003, par. 1 e 14. Occorre anche ricordare che il test *Čelebići* è stato ideato per limitare il cumulo di qualificazioni tra due disposizioni relative ai crimini di guerra, ovvero tra le gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra del 1949 e le violazioni all'art. 3 comune previsto dalle medesime Convenzioni. Gli statuti degli altri tribunali internazionali non contengono tale suddivisione, riducendo – a livello astratto – l'area di convergenza normativa. Sottolinea l'effetto espansivo del test anche G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, cit., 318 e F.M. PALOMBINO, *Should Genocide Subsume Crimes Against Humanity? Some Remarks in the Light of the Krstić Appeals Judgment*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 786. Per una critica del criterio *Blockburger* a livello nazionale cfr. J.F. STINNEFORD, *Dividing Crime, Multiplying Punishments*, cit., 2023, il quale rileva l'inadeguatezza del test a prevenire il rischio di eccessive punizioni per la stessa condotta (c.d. *overpunishment*).

<sup>211</sup> In favore del concorso apparente: ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Trial Judgment, cit., par. 675; ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Trial Judgment, cit., par. 503; ICTY, *Prosecutor v. Mitar*

concorso tra il reato di tortura e il reato di violenza sessuale, per il quale è stata affermata la pluralità di reati in alcune pronunce dell'ICTR, mentre nella recente giurisprudenza dell'ICC è stata raggiunta la conclusione opposta in favore dell'apparenza.<sup>212</sup>

Con riferimento ai punti critici del test *Čelebići* e alle perplessità che esso solleva, se ne possono individuare tre.

In primo luogo si ha un *problema di trasposizione*. Il test origina da un caso statunitense concernente due illeciti connessi a una transazione economica: sia la natura dei fatti oggetto di giudizio che il contesto di commissione dei reati si trovano in rapporto di completa e indiscussa eterogeneità rispetto alle macro-offese di violenza sistemica che caratterizzano il diritto penale internazionale. Il mero trapianto, in un contesto internazionale, di un criterio che è stato ideato col fine di apportare soluzioni a problemi concernenti il diritto penale nazionale – peraltro senza che siano state tenute in debita considerazione le unicità e le peculiarità delle fattispecie internazionali – non può che lasciare perplessi sia sul piano del metodo che su quello dei risultati.<sup>213</sup>

In secondo luogo vi è un *problema di individuazione e delimitazione* dell'esatto contenuto del test e della sua portata applicativa. Nonostante venga spesso denominato come «*reciprocal speciality test*»,<sup>214</sup> è necessario interrogarsi su quale sia il principio

*Vasiljević*, Trial Judgment, cit., par. 267. In favore del concorso di reati: ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Appeals Judgment, cit., par. 1040. Un ulteriore caso di incoerenza si ha avuto con il concorso tra omicidio e sterminio qualificati come crimini contro l'umanità, in cui in una pronuncia i giudici hanno concluso per la pluralità di reati, mentre in tutte le sentenze successive il concorso è stato risolto in favore dell'apparenza. Cfr., per il concorso di reati, ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Trial Judgment, cit., par. 877 e, per il concorso apparente, *retro*, cap. I, nota 165.

<sup>212</sup> Nel primo senso ICTR, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Judgment, AC, ICTR-97-20-A, 20 maggio 2005, par. 319, in cui i giudici hanno affermato che «the convictions for instigating the rape of Victim A (Count 10) and the torture of Victim A (Count 11) present no problems of cumulateness, because they contain *different legal elements*» (enfasi aggiunta). In senso contrario ICC, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute cit., par. 204. Le ragioni poste alla base della decisione dell'ICC si fondano, tuttavia, sull'interpretazione e applicazione del test *Čelebići* e su alcune differenze sostanziali introdotte dallo Statuto di Roma. Dopo aver ricordato che le imputazioni cumulative sullo stesso fatto sono da considerarsi legittime soltanto qualora aventi ad oggetto reati diversi che presentano ciascuno almeno un elemento tipico distinto (par. 202), i giudici affermano che la tortura come crimine contro l'umanità non richiede, a differenza dell'omonima fattispecie qualificata come crimine di guerra, alcuno scopo specifico (par. 195). In aggiunta la Camera preliminare ricorda che, contrariamente a quanto stabilito dalle regole procedurali dei Tribunali *ad hoc*, la Corte ha il potere di riqualificare il fatto in sede di giudizio, in modo da potergli conferire la più appropriata caratterizzazione giuridica. Dopo tali considerazioni i giudici procedono all'analisi degli elementi tipici dei due reati in concorso: mentre la tortura si caratterizza per l'inflizione di un dolore grave e per il controllo esercitato dall'agente sulla vittima, la violenza sessuale si caratterizza, oltre che per gli stessi elementi, per la penetrazione di un organo sessuale della vittima. Dato questo elemento aggiuntivo e diverso il reato di stupro si presenta come l'unica fattispecie applicabile (par. 204).

<sup>213</sup> Cfr. I. ERDEI, *Cumulative Convictions*, cit., 14.

<sup>214</sup> Utilizzano questa denominazione ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 685; ICTR, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Pavel Dolenc,

giuridico di cui il test si fa portatore e quali tipologie di relazioni strutturali tra fattispecie segnano il confine fra l'apparenza e la realtà della convergenza.<sup>215</sup>

Alcun dubbio può sorgere con riferimento alle relazioni specialità unilaterale c.d. per specificazione o per aggiunta, le quali rappresentano le ipotesi di apparenza *par excellence*. In entrambe le relazioni strutturali una norma soltanto presenta elementi specializzanti o aggiuntivi e non viene di conseguenza soddisfatta la prima parte del test, la quale richiede che «*each statutory provision involved has a materially distinct element not contained in the other*» (enfasi aggiunta).<sup>216</sup>

Di maggior complessità si presenta il caso della c.d. specialità reciproca, che intercorre qualora *ciascuna fattispecie* intersecante presenti, accanto a un nucleo di elementi comuni alle altre, uno o più elementi specializzanti rispetto a quelli corrispondenti e generali dell'altra. A prima vista, la specialità reciproca sembrerebbe soddisfare la prima parte del test e ammettere la pluralità di reati. Tuttavia un dubbio permane con riferimento alla relazione di specialità reciproca *in parte per specificazione e in parte per aggiunta*, in cui, da un lato, a un elemento generale di una disposizione ne corrisponde uno speciale facente capo all'altra fattispecie e, dall'altro, una disposizione contiene un elemento ulteriore che non trova alcun termine di confronto nell'altra fattispecie.<sup>217</sup> Ciò significa che rispetto alla relazione di specialità reciproca *bilateralmente per aggiunta* – in cui entrambe le norme prevedono un elemento diverso e ulteriore rispetto all'altra – nell'ipotesi della specialità reciproca in parte per specificazione e in parte per aggiunta una sola disposizione contiene un elemento aggiuntivo. Risulta pertanto in parte artificioso affermare che *ciascuna* disposizione contiene un elemento distinto e ulteriore non previsto dall'altra. A livello internazionale si ripresenta l'annosa questione circa la risoluzione della relazione di specialità reciproca nel senso dell'apparenza o della realtà della convergenza, e il test *Čelebići* non sembra fornire un criterio di soluzione univoco e certo.

A ciò si ricollega il *problema di interpretazione e applicazione* concreta del test, fonte di ulteriori incertezze e aporie. Già a partire dalla sentenza d'appello del caso *Jelisić*, datata 5 luglio 2001, la Camera d'appello dell'ICTY ha adottato un approccio meccanico nell'applicazione del test *Čelebići*. Il caso aveva ad oggetto l'omicidio qualificato sia come crimine contro l'umanità che come crimine di guerra, e l'accusa di

---

cit., par. 23; H. AZARI, *Le critère Čelebići*, cit., 4; N. JAIN, *General Principles of Law as Gap-Fillers*, in *Harvard International Law Journal*, 57, 2016, 152.

<sup>215</sup> Sulla specialità come «nozione ingannevole», cfr. S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Jura, Pisa, 2010.

<sup>216</sup> Conforme a questa lettura anche H. AZARI, *Le critère Čelebići*, cit., 5.

<sup>217</sup> La concettualizzazione della specialità reciproca come specialità bilateralmente per aggiunta e specialità in parte per aggiunta e in parte per specificazione è contenuta in G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, Milano, 1980, 62 e T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2017, 447. Per un approfondimento si rinvia a *infra*, cap. II, par. 2.2.2.

aver posto in essere atti disumani (crimine contro l'umanità) e trattamenti crudeli (crimine di guerra). Nella risoluzione del caso la Camera d'appello ha concluso per il cumulo delle qualificazioni ritenendo sufficiente verificare che una disposizione soltanto contenesse un elemento distinto e ulteriore, piuttosto che considerare se *ciascuna* fattispecie prevedesse un elemento peculiare e richiedesse la prova di un fatto aggiuntivo.

Il caso *Jelisić* costituisce una prima interpretazione fuorviante del test *Čelebići* con effetti pregiudizievole per l'imputato.<sup>218</sup> Esso può essere elevato a paradigma della tendenza espansiva verso il cumulo di qualificazioni che ancor oggi contraddistingue il diritto penale internazionale. E ciò perché la formulazione e la struttura del test *Čelebići* non risultano essere sufficientemente articolate per poter cogliere tutte le peculiari sfumature che scaturiscono dalla sovrapposizione delle fattispecie internazionali.<sup>219</sup>

In ultima analisi, il test *Čelebići* risulta essere inadeguato a fornire un criterio affidabile capace di risolvere la problematica del concorso. La sua semplicità è apparente e ingannevole. Le ambiguità relative all'esatto contenuto del test non consentono di garantirne una applicazione coerente capace di promuovere gli interessi della giustizia.<sup>220</sup>

Date le criticità e le insufficienze che accompagnano l'unico test applicato per risolvere le ipotesi di convergenza normativa, pare opportuno incamminarsi verso lo sviluppo di una o più soluzioni alternative capaci di sanare – o quantomeno arginare – le aporie appena presentate.

## **9. Verso una dogmatica del concorso di norme nel diritto penale internazionale: l'importanza del metodo comparato**

Dall'analisi del diritto positivo è emersa l'assenza di una o più norme statutarie che si disciplinino il concorso apparente di norme e i principi regolatori della materia.

<sup>218</sup> Cfr. A. BOGDAN, *Cumulative Charges, Convictions and Sentencing*, cit., 15 e I. ERDEI, *Cumulative Convictions*, cit., 16.

<sup>219</sup> Cfr. I. ERDEI, *Cumulative Convictions*, cit., 2.

<sup>220</sup> In senso conforme I. ERDEI, *Cumulative Convictions*, cit., 21 e ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 172. Nonostante tale constatazione la Camera d'appello ha poi adottato il test *Čelebići* e ha ritenuto legittima la doppia qualificazione dello stesso fatto come crimine contro l'umanità e violazione delle consuetudini e leggi di guerra, giustificandola anche alla stregua della presunta volontà dei redattori dello Statuto di rendere possibile il cumulo giuridico inter-categoriale (par. 178). Cfr. anche W.A. SCHABAS, *The U.N. International Criminal Tribunals*, cit., 434-435, e ICTR, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Pavel Dolenc, cit., par. 18, secondo il quale, in assenza di una chiara e inequivocabile volontà espressa, non è possibile dedurre alcuna intenzione da parte del legislatore di acconsentire alle c.d. *cumulative convictions*.

Anche la rumorosa solitudine dell'art. 78(3) StICC presuppone già risolto il problema dell'unità o pluralità di reati e non fornisce alcun criterio guida per l'interprete.

Dall'analisi della giurisprudenza internazionale è emerso, inoltre, come non vi siano elaborazioni giurisprudenziali soddisfacenti. In seguito alla formulazione dei primi test orientati alla soluzione del problema della convergenza – in particolare quelli formulati nei casi *Akayesu* e *Kupreškić et al.* – la giurisprudenza ha unanimamente adottato il test *Čelebići* della c.d. specialità reciproca, con evidenti effetti espansivi nelle ipotesi di concorso inter-categoriale.

Nell'ambito del diritto penale internazionale la materia del concorso di norme si caratterizza, pertanto, per pesanti assenze.

Manca, innanzitutto, un'estetica giuridica capace di conferire dogmaticità, credibilità e legittimità all'intero corpo normativo. Assente è la formulazione di principi generali, come quello di specialità o di consunzione, idonei a fornire all'interprete delle coordinate e a garantire un elevato grado di organicità al sistema, relazionando l'istituto del concorso con altre tematiche fondamentali, prime fra tutte la prassi dei c.d. *cumulative charges* (fase dell'imputazione), le *cumulative convictions* (fase del giudizio) e la determinazione della pena (fase di *sentencing*).

Non si registra un'impostazione giurisprudenziale fondata sull'analisi strutturale tra fattispecie, la sola in grado di conferire logicità alla materia del concorso di norme.

Manca, infine, una più generale direzione di politica criminale, la quale consente di giungere a un elevato grado di coerenza sistematica collegando il problema della convergenza alle funzioni della pena.

In breve: è necessario «giuridicizzare» la materia del concorso di norme nel diritto penale internazionale, riformulandola e ripensandola su basi dogmatiche al fine di conferire uno statuto giuridico autonomo a un istituto fondamentale che rappresenta «il fianco più vulnerato del principio [...] di legalità».<sup>221</sup>

Nella costruzione di un impianto dogmatico è necessario abbandonare l'adozione automatica e acritica del test *Čelebići* e tentare un approccio comparato rivolto verso la formulazione di criteri di soluzione che tengano in debita considerazione le peculiarità del diritto penale internazionale.

I motivi di tale impostazione metodologica sono molteplici.

<sup>221</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 482. Sull'importanza della dogmatica nella costruzione di un sistema di diritto penale internazionale si rinvia alla critica di G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, secondo il quale l'assenza di una *Dogmatik* internazionale impedisce la formazione di un sistema di diritto coerente di principi e valori. Secondo la riformulazione di FLETCHER, senza una dogmatica universale qualsiasi sistema di diritto con pretese universali è destinato a fallire. Quest'ultimo Autore ha in più occasioni evidenziato l'importanza del ruolo della dogmatica nel diritto penale internazionale, soprattutto con riferimento ai modelli di imputazione della responsabilità penale. Per tutti, cfr. G.P. FLETCHER, *New Court, Old Dogmatik*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, 179-190 e, sul tentativo di riformulare il diritto statunitense su basi dogmatiche, G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

In primo luogo, come sottolineato da alcuni autori, il test *Čelebići* si fonda interamente su un precedente nazionale e il trapianto del c.d. test *Blockburger* dal diritto americano al sistema internazionale costituisce una violazione del principio di legalità.<sup>222</sup>

In secondo luogo la Corte penale internazionale non risulta essere vincolata ai precedenti giurisprudenziali esterni. Lo Statuto di Roma costruisce un sottosistema di diritto completamente autonomo. L'utilizzo del test *Čelebići* come fonte di diritto sostanziale costituisce un'operazione illegittima alla luce dell'art. 21 StICC il quale, indicando scrupolosamente le fonti del diritto applicabile, esclude la rilevanza dei precedenti giurisprudenziali sia interni che esterni.<sup>223</sup>

In terzo luogo il metodo comparato è imposto dallo stesso Statuto di Roma nei casi di lacuna normativa. L'art. 21(1)(c) StICC prevede, dopo le fonti interne costituite dallo Statuto di Roma, dagli Elementi dei Crimini e dalle Regole di Procedura e Prova, e le fonti esterne rappresentate dalla consuetudine e dai trattati internazionali, che in via ulteriormente sussidiaria la Corte applichi i c.d. principi generali di diritto ricavati in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo,<sup>224</sup> compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul caso di specie,

<sup>222</sup> Cfr. A. BOGDAN, *Cumulative Charges, Convictions and Sentencing*, cit., 14. Secondo l'Autore il Tribunale per la ex-Jugoslavia avrebbe dovuto far riferimento alla normativa interna dei paesi dell'ex-Jugoslavia ovvero, in alternativa, applicare i principi giuridici ricavati grazie alla comparazione con altri paesi di tradizione giuridica simile a quella della ex-Jugoslavia.

<sup>223</sup> A.Z. BORDA, *The Use of Precedent as Subsidiary Means and Sources of International Criminal Law*, in *Tilburg Law Review*, 18, 2013, 74. In senso conforme si pone la *separate opinion* del giudice Fulford nel caso *Lubanga Dyilo*. Trattando del modello della coautoria come forma di responsabilità penale individuale, il giudice ha rilevato come alcune pronunce dei Tribunali *ad hoc* abbiano fatto riferimento alla teoria del controllo sul crimine elaborata da Claus Roxin (*control over the crime*). Fulford ha criticato duramente l'approccio adottato dai giudici, il quale risulta privo di un'attenta riflessione sia sulla compatibilità della teoria con il quadro giuridico previsto dallo Statuto di Roma che sulle peculiarità del contesto di commissione dei crimini internazionali. Cfr. ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, TC, ICC-01/04-01/06, 14 marzo 2012, par. 10. Pur se criticata per l'adozione di una teoria sviluppata in ambito nazionale, la decisione sul caso *Lubanga Dyilo* costituisce un primo tentativo di costruzione dogmatica di un istituto di diritto sostanziale e, come rilevato da alcuni autori, segna un primo passo significativo verso un ripensamento del diritto penale internazionale in chiave dogmatica: cfr. G.P. FLETCHER, *New Court, Old Dogmatik*, cit., 184.

<sup>224</sup> Contrariamente a quanto previsto dall'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (ICJ) si elimina il riferimento alle «nazioni civili»: cfr. J.B. THOMPSON, *Universal Jurisdiction: The Sierra Leone Profile*, Springer, The Hague, 2005, 8. Nonostante l'art. 21 StICC costituisca la prima disposizione di uno Statuto di un tribunale penale internazionale che disciplina esplicitamente le fonti e il diritto applicabile, la sua formulazione incontrò numerose difficoltà in sede di redazione. In particolare, da un lato si schieravano coloro che ritenevano necessario imporre alla Corte di applicare, in caso di lacune, direttamente il diritto nazionale per rispettare il principio di legalità e, dall'altro, coloro che preferivano un completo distacco dal riferimento al diritto nazionale. Per un approfondimento sulla negoziazione e redazione dell'art. 21 StICC si rinvia a P. SALAND, *International Criminal Law Principles*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. The Making of*, cit., 189-216.

purché tali principi non siano in contrasto con le norme e gli standard previsti dallo Statuto e dal diritto internazionale.<sup>225</sup>

La comparazione diventa così il metodo esplicitamente indicato all'interprete ai fini della ricerca del diritto applicabile in caso di lacune normative. Il giudice non deve applicare direttamente il diritto di uno Stato – neppure quello dello Stato che potrebbe avere giurisdizione sul caso – ma è costretto a ricavare, attraverso il metodo comparato, un principio giuridico comune almeno a una parte significativa di Stati.<sup>226</sup> E nel procedimento di individuazione di tale principio l'interprete deve ricorrere sia a un'analisi quantitativo-matematica (o *content-independent*) che qualitativa-valoriale (o *content-dependent*).<sup>227</sup>

<sup>225</sup> Sottolinea l'importanza dell'art. 21(1)(c) StICC nella costruzione di un sistema di diritto penale internazionale in chiave dogmatica G.P. FLETCHER, *New Court, Old Dogmatik*, cit., 182. La Camera d'appello ha fin dagli albori affermato che l'applicazione di questa fonte sussidiaria è strettamente subordinata all'esistenza di una lacuna nello Statuto: ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeals, AC, ICC-01/04, 13 luglio 2006, par. 39. La decisione ha trovato successiva conferma in ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Judgment on the Appeals of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006, AC, ICC-01/04-01/06-772, 14 dicembre 2006, par. 34; ICC, *Prosecutor v. Omar Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, cit., par. 44; ICC, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 508; ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Trial Judgment, cit., par. 39; ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Trial Judgment, cit., par. 69. Sulla nozione di lacuna normativa, cfr. G. BITTI, *Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC*, in C. STAHN (a cura di), *The Law and Practice of the ICC*, cit., 426. Favorevole a un approccio restrittivo delle fonti sussidiarie G. HOCHMAYR, *Applicable Law in Practice and Theory. Interpreting Article 21 of the ICC Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, 12, 2014, 662. Conforme anche E. FRONZA, *Le fonti*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 70.

<sup>226</sup> Cfr. M.M. DEGUZMAN, *Article 21*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 942; J.P. PIERINI, *Natura ed ambito di applicazione dello Statuto*, in V. FANCHIOTTI (a cura di), *La Corte penale internazionale*, cit., 31.

<sup>227</sup> La dicotomia ha origine nella filosofia analitica. Il concetto di *content-independent reasons* fu introdotto da Hart per descrivere quei comandi intesi a operare come fonte di obblighi di comportamento a prescindere dalla natura e dal contenuto dell'azione richiesta. Per contro, il concetto di *content-dependent reasons* presuppone che il destinatario dell'imperativo penale si conformi al comando perché percepisce, alla luce delle ragioni indicate dal legislatore, che vi sono motivi legittimi alla base della regola che prescrive o proibisce un'azione. Ai fini dell'indagine si può affermare che mentre un approccio *content-independent* è diretto a ricercare il diritto applicabile secondo un'indagine meramente quantitativa che prescinde dal contenuto della regola stessa, un'impostazione *content-dependent* si preoccupa di analizzare il contenuto giuridico e qualifica come principi generali quelli che condividono un nucleo essenziale di valori corrispondenti a una concezione libertaria del diritto penale e orientati al rispetto dei diritti umani fondamentali: cfr. N. JAIN, *General Principles of Law as Gap-Fillers*, cit., 193 e K. AMBOS, *Treatise. Volume I*, cit., 78. La Corte penale internazionale ha affermato che ai sensi dell'art. 21 StICC è necessario compiere un'analisi mista quantitativa-qualitativa. Durante il processo *Lubanga Dyilo*, infatti, il Procuratore ha fatto riferimento a 21 paesi (14 appartenenti alla famiglia di *civil law*, 4 di *common law* e 3 di tradizione islamica) per dimostrare l'esistenza di un principio generale che stabilisca il diritto ad appellare ogni decisione di primo grado. La Corte, oltre ad affermare che non sarebbe corretta un'analisi che faccia esclusivo riferimento a una tradizione giuridica (ad es. a soli paesi dell'area di *common law*), ha affermato che non è sufficiente una mera analisi quantitativa ma è necessario valutare il contenuto delle norme nazionali: ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, TC, ICC-

Ai fini dell'indagine si è deciso di procedere con lo studio comparato del sistema giuridico italiano e francese.

Lo studio del diritto italiano si giustifica per l'elevato approfondimento dogmatico dedicato alla problematica del concorso apparente di norme. Come emergerà dall'analisi, la riflessione italiana circa le relazioni-presupposto tra fattispecie e i criteri di soluzione proposti consente di affrontare la materia del concorso di norme su basi strutturali, conferendo un alto grado di logicità con riferimento sia ai presupposti ontologici della convergenza che ai principi giuridici posti alla base della sua soluzione. La fecondità del dibattito italiano non può pertanto essere ignorata.<sup>228</sup>

---

01/04-01/06, 30 novembre 2007, par. 41. Tuttavia, pur non essendo necessario dimostrare che il principio sia unanimamente condiviso da tutti i sistemi giuridici del mondo, è comunque richiesto che esso sia condiviso da una maggioranza rappresentativa che includa i principali sistemi giuridici del mondo e non soltanto quelli appartenenti all'area di *civil* e *common law*: cfr. A. CASSESE, P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 16. Un problema di rilevante importanza concerne la scelta dei paesi oggetto della comparazione. A tal riguardo l'art. 21 StICC lascia un'ampia discrezionalità al giudice, dato che l'unico esplicito riferimento è al diritto dei (non meglio specificati) paesi che avrebbero giurisdizione sul caso di specie. Mentre alcuni autori individuano gli Stati competenti con il criterio territoriale e della personalità attiva (cfr. M.M. DEGUZMAN, *Article 21*, cit., 944), altri vanificano la clausola statutaria facendo riferimento al principio di giurisdizione universale: G.E. EDWARDS, *International Human Rights Law Challenges to the New International Criminal Court: The Search and Seizure Right to Privacy*, in *Yale Journal of International Law*, 26, 2001, 323. Contro tale ultima impostazione G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 71. Nell'individuazione dei sistemi giuridici da comparare occorre comunque tenere in debita considerazione non soltanto i peculiari formanti normativi tipici di ogni cultura giuridica, ma altresì le difficoltà relative al reperimento/accessibilità delle fonti e alla comprensione linguistica. L'incertezza sul metodo e la conseguente imprevedibilità circa la norma applicabile in caso di lacune rischiano di tradursi in una potenziale lesione del principio di legalità codificato all'art. 22 StICC. In senso conforme E. FRONZA, *Le fonti*, cit., 72.

<sup>228</sup> Una riflessione dogmatica altrettanto importante si ritrova, invero, anche all'interno dell'ordinamento tedesco, il quale, tuttavia, non sarà oggetto di studio nelle pagine seguenti. Ai fini della presente indagine, volta alla costruzione di una «teoria del concorso» per le fattispecie previste dallo Statuto di Roma, risulterebbe poco utile procedere alla comparazione di due ordinamenti, quello italiano e quello tedesco, che presentano notevoli affinità sia sul piano dell'elaborazione della problematica che sul piano delle soluzioni proposte: più stimolante appare, per contro, il confronto tra un'impostazione *dogmatica* e un approccio, come quello francese, incentrato su direttive di *politica criminale*. Ciononostante si vuole riconoscere l'importanza dell'apporto tedesco e, nel prosieguo dell'analisi, si indicheranno assonanze e divergenze rispetto alle soluzioni adottate dagli ordinamenti italiano e francese, oggetto di comparazione (cfr., a titolo di esempio, *infra*, cap. II, par. 2.3, nota 114). Tra queste, in via generale, va segnalata l'assenza, nel diritto positivo tedesco, di una disposizione rivolta a stabilire quale delle leggi penali in concorso debba trovare applicazione: contrariamente a quanto accade in Italia (art. 15 c.p.) la dottrina e la giurisprudenza tedesche non sono state pertanto condizionate da alcun vincolo normativo. Ciò ha in parte favorito l'individuazione di ulteriori criteri di soluzione del concorso rispetto a quello della specialità, anche se non sono mancati autori che – come in Italia – hanno ritenuto di far coincidere l'apparenza del concorso con le sole ipotesi di specialità tra norme: sul punto cfr. I. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, 313 ss. Come rilevato da alcuni autori, il ricorso a criteri di natura (anche) valutativa nella soluzione della problematica sembra derivare dalla stessa concezione del concorso apparente, definito come quel fenomeno in cui «una determinata condotta punibile corrisponde apparentemente alla violazione di più fattispecie, ma in realtà il suo contenuto di *illiceità* e di *colpevolezza* è tale da far venire in questione l'applicazione di una sola tra le norme penali interessate»: G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Cedam, Padova, 1993, 478 (enfasi aggiunta). Si rinvia al capitolo seguente per un approfondimento dei concetti di specialità (cap. II, par. 2.2.1, nota 60), sussidiarietà (cap. II, par.



Per contro, la scelta dell'ordinamento francese si giustifica per la particolare attenzione del legislatore e della giurisprudenza nazionali ai profili di politica criminale. La riflessione francese sul concorso di norme risulta orientata più alla risoluzione pratica dei casi che alla costruzione di un sistema dogmatico sul concorso, permettendo di migrare dall'analisi delle forme all'analisi delle funzioni. L'ordinamento francese costituisce un ponte tra l'impostazione rigorosamente dogmatica dei sistemi italiano e tedesco e l'impostazione più marcatamente pragmatica dei sistemi di *common law*, primo fra tutti quello statunitense che è penetrato nella giurisprudenza internazionale con il test *Blockburger*.

L'esclusione dell'Inghilterra come paradigma della tradizione giuridica di *common law* merita una precisazione. A tal riguardo, due sono le motivazioni che ne giustificano l'assenza.

Da un lato, posto che la ricerca è orientata alla costruzione di un «sistema del concorso» per la Corte penale internazionale, l'ordinamento inglese non sembra costituire un valido *stress-test* in quanto, per sua stessa ammissione, non affronta in modo *dogmatico* la problematica del concorso.<sup>229</sup> Rispetto alla manualistica continentale, in quella anglossassone la geografia del concorso di norme muta paesaggio e la questione, se affrontata,<sup>230</sup> viene analizzata nella parte dedicata alla teoria della pena.<sup>231</sup> Nonostante sia riconosciuta la peculiare complessità della problematica,<sup>232</sup> la stessa nozione di concorso è riferita più ai *reati* che alle norme, spostando l'accento, nuovamente, dall'analisi tra fattispecie astratte alla questione della commisurazione

---

2.3, nota 99) e consunzione (cap. II, par. 2.3, nota 101) così come definiti all'interno dell'ordinamento tedesco e, con riferimento al trattamento sanzionatorio del concorso formale di reati, si rinvia a *infra*, cap. III, par. 10. Sulle risultanze della comparazione tra l'ordinamento italiano e francese in rapporto alla soluzione tedesca si rinvia a *infra*, cap. II, par. 7, nota 233.

<sup>229</sup> Cfr. A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 263.

<sup>230</sup> Una riflessione sul concorso è assente, ad esempio, in A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013 e nell'opera di G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit.

<sup>231</sup> La questione del concorso di norme sembra essere affrontata, in Inghilterra, secondo una prospettiva che privilegia – o forse unicamente considera – un approccio pratico focalizzato sul trattamento sanzionatorio del c.d. *multiple offender* (da tenersi distinto dalla figura del recidivo). Tale ampio concetto ricomprende sia coloro che hanno commesso più reati attraverso una sola azione (concorso formale o ideale) che i soggetti chiamati a rispondere di distinte violazioni poste in essere in tempi (e luoghi) diversi e distanti. In questo modo si cambia prospettiva: dallo studio dei principi di specialità, sussidiarietà e consunzione si passa all'ideazione di criteri di determinazione della pena idonei a rispettare il principio di proporzionalità. L'attenzione si sposta pertanto a un momento successivo rispetto a quello della qualificazione giuridica del fatto e l'analisi dei rapporti tra norme lascia il posto alle considerazioni concernenti gli effetti sanzionatori subiti dal reo. La questione si complica ulteriormente se si considerano i diversi modelli di imputazione che possono essere adottati dal procuratore: tra essi figurano i c.d. *specimen counts*, ovvero l'imputazione delle offese *più gravi* che assurgono a paradigma di una serie di offese commesse in un periodo di tempo prolungato. Sul punto si rinvia all'analisi di A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 260-261.

<sup>232</sup> Cfr. N. JAREBORG, *Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing*, in A. ASHWORTH, M. WASIK (a cura di), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1998, 130, secondo cui «*concurrency of crimes is arguably the most complicated topic in criminal law*».

della pena.<sup>233</sup> Del resto non pare casuale che gli stessi tribunali internazionali, adottando un approccio procedurale misto tra *civil law* e *common law*, intitolano la sezione dedicata al concorso di norme con la rubrica «*cumulative convictions*»<sup>234</sup> e la collocano dopo l'analisi dei modelli di responsabilità penale e prima della sezione dedicata alla determinazione della pena.

Dall'altro lato, i tribunali penali internazionali hanno da sempre utilizzato il criterio formulato dalla Corte Suprema statunitense nel caso *Blockburger*. Una parte della riflessione sulla problematica del concorso proveniente dalla tradizione di *common law* è dunque già penetrata all'interno del sistema di diritto penale internazionale, condizionandone l'approccio. Tuttavia, come si è detto, tale test concede cittadinanza al principio di specialità unilaterale senza interrogarsi sull'esistenza di altri criteri strutturali e/o valoriali eventualmente applicabili alle diverse forme di manifestazione della convergenza, le quali vanno ben al di là dei meri rapporti di specialità unilaterale tra norme. Nella sua laconicità, il test manifesta una semplicità che è solo apparente e sembra inidoneo a risolvere le diverse sovrapposizioni che si verificano, in particolare, tra fattispecie criminose di natura internazionale.

Chiarita la scelta di privilegiare lo studio degli ordinamenti italiano e francese, il metodo che verrà utilizzato nel prosieguo dell'analisi consisterà in due passaggi:

- a) l'analisi, per entrambi gli ordinamenti, della materia del concorso di norme ai fini di ricercare alcune costanti nella soluzione del problema;
- b) la costruzione di un impianto dogmatico del concorso di norme nel sistema ICC partendo dalle soluzioni nazionali ma tenendo in debita considerazione sia le peculiarità del diritto penale internazionale sia la conformità delle soluzioni raggiunte con gli standard imposti dallo Statuto di Roma e dal diritto internazionale.<sup>235</sup>

Lo scopo non è tanto quello di sottrarre alla giurisprudenza il monopolio sulla questione del concorso di norme quanto quello di conferire giuridicità all'istituto in modo da raggiungere – al di là di una migliore estetica giuridica – un alto grado di certezza e prevedibilità del metodo e dei principi risolutivi. Come hanno affermato

<sup>233</sup> Si tenga inoltre in considerazione che il termine «*concurrency*» risulta spesso polivalente, essendo utilizzato per indicare sia la convergenza di più norme nella qualificazione del medesimo quadro di vita che la pluralità di violazioni connesse sul piano temporale: cfr. A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 265. Anche qualora si compia un esplicito riferimento al concorso tra norme, l'unico principio che viene evocato è quello di sussidiarietà, definito attraverso il rapporto di contenimento di una norma all'interno di un'altra: sul punto cfr. JAREBORG, *Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing*, cit., 130. Come si può intuire, tale ampia definizione potrebbe lasciar spazio all'applicazione sia del principio di specialità che di quello di consunzione, e non sembra prediligere un criterio – strutturale o valoriale – a discapito di un altro.

<sup>234</sup> Sulla nozione, di natura processuale, di *cumulative convictions* si rinvia all'analisi svolta *retro*, par. 2.

<sup>235</sup> In senso conforme G. HOCHMAYR, *Applicable Law in Practice and Theory*, cit., 672.

alcuni autori, «*benefits could, in particular, be gained from further contributions of legal theory on the basis of a comparative legal perspective, as inspired by the ICTY in the Kupreškić et al. case*».<sup>236</sup>

---

<sup>236</sup> R.E. FIFE, *Penalties*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. Elements of Crimes*, cit., 573. Un timido approccio di diritto comparato è stato utilizzato anche in ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 683, in cui i giudici hanno compiuto un riferimento ai codici penali italiano e olandese per affermare che il principio *lex specialis derogat generali* è diffuso in molti ordinamenti statali.



## CAPITOLO II

# DALL'ANALISI DELLE FORME ALL'ANALISI DELLE FUNZIONI: IL CONCORSO DI NORME IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA TRA ITALIA E FRANCIA

SEZIONE I. L'ORDINAMENTO ITALIANO: 1. I presupposti logici della convergenza. L'esclusione dell'interferenza dall'ambito di configurabilità della convergenza potenzialmente apparente. – 2. I principi giuridici posti alla base della soluzione della convergenza. Teoria monistica vs. teoria pluralista, criteri logici vs. criteri valoriali. – 2.1. Breve analisi esegetica dell'art. 15 c.p. – 2.1.1. La stessa materia. – 2.1.2. Le leggi e le disposizioni di legge. – 2.2. I criteri logici: il principio di specialità. – 2.2.1. La specialità unilaterale. – 2.2.2. Lo strano caso della specialità reciproca. – 2.3. I criteri valoriali: la sussidiarietà e la consunzione. Vantaggi, aporie e criticità della teoria pluralista. – 2.4. Verso il superamento della dicotomia teoria monista / pluralista. Il principio del *ne bis in idem* sostanziale e l'assorbimento come effetto. – 3. Il recupero della politica criminale. Un metodo incerto per una soluzione certa. SEZIONE II. L'ORDINAMENTO FRANCESE: 4. Il concorso di qualificazioni e il concorso materiale di reati. Conseguenze di una distinzione fondamentale. – 5. Relazioni strutturali che danno origine alla convergenza apparente. – 6. La disciplina del *concorso idéal d'infractions* e la natura eccezionale del concorso formale di reati. – 6.1. Prima eccezione: la pluralità di beni giuridici. – 6.2. Seconda eccezione: la pluralità delle vittime. – 7. Dall'analisi delle forme all'analisi delle funzioni. Verso una dogmatica della convergenza nel diritto penale internazionale.

### SEZIONE I.

#### L'ORDINAMENTO ITALIANO

### **1. I presupposti logici della convergenza. L'esclusione dell'interferenza dall'ambito di configurabilità della convergenza potenzialmente apparente**

Il fenomeno della «convergenza di norme»<sup>1</sup> si verifica ogniqualvolta due o più disposizioni si presentino, almeno *prima facie*, come astrattamente riconducibili alla medesima situazione di fatto.

---

<sup>1</sup> Tale termine si presenta come più preciso rispetto alla locuzione «concorso apparente di norme» perché, in quest'ultima, l'aggettivo sembra annullare quanto espresso dal sostantivo e non permette di esprimere in modo inequivocabile l'essenza del fenomeno, dato che vi sono casi in cui le norme

A stretto rigore, la questione del concorso di norme attiene, da un lato, alla teoria della norma penale in quanto la sua soluzione – nel senso dell'apparenza o della realtà – rimanda ai rapporti tra norme, alla loro interpretazione e alla delimitazione delle reciproche sfere di influenza.<sup>2</sup> Dall'altro, esso si palesa come fenomeno «ineluttabilmente contiguo e alternativo»<sup>3</sup> al concorso formale di reati, non un'eccezione a quest'ultimo ma una sua antitesi, una sua «negazione»<sup>4</sup>: l'uno esclude l'altro.

Nonostante la convergenza di norme possa verificarsi sia a livello di diversi rami del medesimo ordinamento giuridico<sup>5</sup> che tra ordinamenti differenti, l'oggetto del presente capitolo sarà limitato al diritto penale e, in particolare, alla confluenza di più norme incriminatrici.<sup>6</sup>

---

effettivamente concorrono. Il sostantivo «convergenza», per contro, permette di identificare in maniera cristallina la situazione iniziale di confluenza, e attraverso gli attributi «apparente» o «reale» può declinarsi a seconda delle sue risultanze: cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966, 18 (nota 16) e 20. Utilizza la terminologia «concorso di norme» A. PAGLIARO, *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Giuffrè, Milano, 1961, 545. Per una scelta in favore del «concorso di leggi» a discapito di altre espressioni, prima fra tutte il «concorso ideale improprio», A. MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, Cedam, Padova, 1954, 41-43. La terminologia francese *qualifications multiples* è impiegata da M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 115, confermata successivamente anche in M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017, 121. Per ulteriori precisazioni terminologiche si rinvia a R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Leonardo da Vinci, Città di Castello, 1937, 613 ss.

<sup>2</sup> Così A. PAGLIARO, *Concorso di norme*, cit., 545 e F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2016, 544. La manualistica è solita ricondurre il concorso di norme all'interno dei capitoli dedicati alla trattazione del concorso di reati, data l'ineliminabile contiguità tra i due argomenti: cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 715 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2015; A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale. Vol. II*, Giappichelli, Torino, 2001, 263-341; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 442; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Wolters Kluwer, Milano, 2016, 613. Criticata da taluni è la collocazione del tema all'interno dell'analisi delle «forme di manifestazione del reato» poiché, si sostiene, il solo fatto che uno stesso soggetto sia chiamato a rispondere di più reati in concorso formale tra loro non implica alcuna variazione strutturale della fattispecie. L'obiezione coglie nel segno, eppure va detto che tale scelta non si mostra insensibile alle esigenze espresse da un corretto inquadramento sistematico della materia: essa presuppone che il vero concorso sostanziale di reati, da intendersi come *forma di manifestazione* particolare, sia costituito dai *reati connessi* (teologicamente o consequenzialmente), i quali presentano tra essi un collegamento ontologico. Fuori da questi casi si ritiene comunque impropria la locuzione «forme di manifestazione del reato» associata al concorso di reati ma, per ragioni di chiarezza espositiva e al fine di ridurre la frammentazione della materia, si affrontano in modo congiunto i diversi aspetti attinenti all'unità e pluralità di reati: cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 471 e 477.

<sup>3</sup> F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 544.

<sup>4</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 477.

<sup>5</sup> Cfr. L. CONTI, *Concorso apparente di norme*, in *Nov. Dig. It.*, III, Utet, Torino, 1959, 1009 e F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 22-40.

<sup>6</sup> Non si analizzeranno le convergenze di disposizioni penali non incriminatrici, di norme incriminatrici e disposizioni circostanziate, di cause di non punibilità e di norme penali con norme extrapenali. Con riferimento a quest'ultima ipotesi emerge chiaramente come l'area di sovrapposizione normativa sia destinata a dilatarsi o restringersi a seconda della concezione del diritto penale come corpo normativo sanzionatorio, ulteriormente sanzionatorio o costitutivo-autonomo. Cfr. A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2016, 439 ss.; A.A. HAYO, *La titolarità soggettiva del diritto di punire*.

Presupposti logici minimi e necessari affinché sia configurabile il concorso di norme sono (i) la convergenza di una pluralità di norme su (ii) una medesima situazione giuridica.<sup>7</sup>

L'identità del fatto costituisce l'ineliminabile premessa del concorso di norme, in quanto di convergenza può parlarsi soltanto con riferimento a un medesimo episodio storico – sia esso espressione di un'unità naturalistica o normativa.<sup>8</sup>

Per altro verso, da un punto di vista ontologico non può ammettersi il concorso di una norma con sé stessa:<sup>9</sup> vanno dunque escluse dall'ambito di configurabilità della convergenza le ipotesi di moltiplicazioni di una stessa fattispecie legale e le c.d. norme miste alternative (o norme a più fattispecie).<sup>10</sup> Così come vanno escluse le situazioni di eterogeneità tali da escludere qualsiasi grado di sovrapposizione normativa. La convergenza, infatti, per verificarsi necessita di un terreno comune in cui lo stesso fatto – o alcuni suoi elementi costitutivi – sia sussumibile all'interno di due o più fattispecie. Ciò porta a escludere dall'ambito di configurabilità della convergenza le ipotesi di norme non solo *eterogenee* (perché non coincidono per alcun elemento),<sup>11</sup> ma anche *incompatibili* (perché si escludono a vicenda),<sup>12</sup> o che prevedono una clausola di riserva *determinata*.<sup>13</sup>

Chiarito che un certo grado di sovrapposibilità debba intercorrere tra norme convergenti, occorre analizzare più da vicino la tipologia strutturale che può originare dall'incontro tra fattispecie, intese nel loro senso più lato come «schema legale che si

*Vuoti e incoerenze nel sistema del diritto penale a una dimensione*, Giappichelli, Torino, 2015, 98-101; F. GRISPIGNI, *Il carattere sanzionatorio del diritto criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XI-I, 1920, 240 ss.; A. ROCCO, *Sul cosiddetto carattere sanzionatorio del diritto penale*, in *Giur. it.*, IV, 1910, 53.

<sup>7</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 716.

<sup>8</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Concorso di norme*, cit., 547 e 552; R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, cit., 430 ss.; A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 92 ss.; F. ANTOLISEI, *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *Giust. pen.*, II, 1942, 611, il quale esclude la convergenza del delitto tentato con il delitto consumato perché riferiti a fatti diversi (il primo presuppone l'incompletezza del fatto tipico, il secondo necessita della sua realizzazione).

<sup>9</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Concorso di norme*, cit., 546.

<sup>10</sup> Non mancano, in dottrina, voci contrarie, anche se più risalenti: R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, cit., 501 ss. Alcn problema di configurabilità si presenta, invece, nel caso di norme miste cumulative (o disposizioni a più norme). Per un approfondimento si rinvia a G. VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della "legge Merlin"*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1965, 349; R. PACIONI, *In tema di norme a più fattispecie e disposizioni a più norme*, in *Cass. pen.*, 1994, 1958 ss.; M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1961, 196 ss.; T. DELOGU, *Le «norme penali congiunte»*, in *Ann. dir. proc. pen.*, I, 1936, 521.

<sup>11</sup> Cfr. F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 545. In rapporto di eterogeneità si trovano, ad esempio, l'art. 581 c.p. (percosse) e l'art. 314 c.p. (peculato), l'art. 624 c.p. (furto) e l'art. 407 c.p. (violazione di sepolcro).

<sup>12</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 479. È il caso dell'art. 624 c.p. (furto) e dell'art. 646 c.p. (appropriazione indebita), in quanto il primo richiede che la *res* sia originariamente detenuta da altri e il secondo si contraddistingue per il possesso, da parte del soggetto attivo, della cosa altrui.

<sup>13</sup> Diversa l'ipotesi delle clausole relativamente indeterminate o assolutamente indeterminate, le quali non sciolgono i dubbi relativi all'applicabilità di una sola norma e non permettono di individuare con assoluta certezza la norma da applicarsi.

presenta ad una visione pre-sistematica della realtà legislativa, con quella estensione che le sarebbe propria secondo il significato delle parole e la comprensione originaria dei concetti». <sup>14</sup> A riguardo la dottrina si divide tra coloro che considerano la dimensione logica della convergenza circoscritta alle relazioni di specialità e interferenza, <sup>15</sup> e coloro che limitano la configurabilità ai soli casi di specialità unilaterale e reciproca. <sup>16</sup>

A nostro avviso entrambe le posizioni necessitano di una previa precisazione terminologico-concettuale della nozione di interferenza, la quale, dal punto di vista scientifico, non è nient'altro che la sovrapposizione, in un punto dello spazio, di due o più onde. Traslato sul piano giuridico, il fenomeno è astrattamente riconducibile all'intersezione di due o più norme su qualsiasi elemento del fatto tipico.

Ai fini di una migliore impostazione del problema è necessario fornire una definizione più ristretta di interferenza, in modo da poter tracciare una netta linea di demarcazione tra essa e il fenomeno della specialità reciproca. La confusione concettuale che spesso si verifica tra le due relazioni ha infatti da sempre compromesso in radice l'esatta individuazione «di una precisa linea di demarcazione tra concorso apparente di norme e concorso formale di reati», <sup>17</sup> fenomeni contigui ma antitetici.

Ogni fattispecie può essere pensata come un *genus* che ricomprende tante *species* quanti sono i suoi modi di essere, di estrinsecarsi nel mondo, di trovare compimento: chiameremo queste varietà di manifestazione «sotto-fattispecie». <sup>18</sup> Per esemplificare, l'omicidio (art. 575 c.p.) si compone di tante sotto-fattispecie quante sono le possibili modalità di cagionare la morte; nei reati comuni, quel «chiunque» (sequestro di persona, art. 605 c.p.) ricomprende tutte le categorie di soggetti specifici, come i pubblici ufficiali, così come gli artifici e raggiri della truffa (art. 640 c.p.) possono tradursi nella millanteria del credito (art. 346 c.p.).

Nel caso della specialità reciproca (o interferenza *in senso lato*) le fattispecie intersecantisi presentano, da un lato, un nucleo di elementi comuni e, dall'altro, degli elementi specializzanti univoci rispetto a quelli corrispondenti e generali dell'altra. La relazione strutturale che ne risulta è, di conseguenza, una relazione di *coincidenza tra sotto-fattispecie* (è il caso della truffa e del millantato credito o dell'aggiotaggio comune e dell'abrogato aggiotaggio societario) o di coincidenza tra *fattispecie ed elemento*

<sup>14</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 207. Sul concetto di fattispecie nel diritto penale si rinvia a W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Priulla, Palermo, 1960; G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930.

<sup>15</sup> Cfr. M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme*, cit., 60; F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 546.

<sup>16</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 477.

<sup>17</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 479. Esigenza riportata anche da S. CAMAIONI, *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in *Giust. pen.*, II, 1992, 231 e G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, Milano, 1980, 17 e 40.

<sup>18</sup> Sul concetto cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014, 174 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 63 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 210.



*particolare* o tra *sotto-fattispecie ed elemento particolare* (è il caso della truffa e della depenalizzata emissione di assegni a vuoto). In tutti i casi il nucleo comune è capace di produrre effetti giuridici per entrambe le norme.<sup>19</sup>

Per quanto riguarda la nozione di interferenza *in senso stretto*, invece, la dottrina ne ha formulato diverse definizioni.<sup>20</sup>

In primo luogo si è individuato un rapporto di interferenza nella relazione tra fattispecie che coincidono soltanto per la condotta e non per sotto-fattispecie.<sup>21</sup> Gli esempi ricorrenti nella letteratura sono la violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.) e l'incesto (art. 564 c.p.), interferenti per la congiunzione carnale, o l'omicidio (art. 575 c.p.) e il danneggiamento (art. 635 c.p.), che possono avere in comune la condotta causale. Seguendo tale impostazione la relazione di interferenza si caratterizza per il fatto che il nucleo comune alle fattispecie non possiede la capacità di produrre effetti giuridici ad opera di alcuna norma, ma necessita il perfezionamento degli elementi ulteriori e particolari di ciascuna disposizione. Così, affinché sorga un'ipotesi di interferenza tra gli artt. 609-*bis* c.p. e 564 c.p., il rapporto sessuale dovrà consumarsi con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità e ai danni di un discendente, un ascendente, un affine in linea retta, un fratello o una sorella; mancando uno dei suddetti elementi, non può verificarsi alcuna interferenza e, quindi, alcuna convergenza, nemmeno soltanto apparente.

Una seconda definizione muove dall'intento di escludere qualsiasi riferimento al «medesimo fatto giuridico» e dalla volontà di riportare l'analisi al mero confronto diretto e astratto tra fattispecie. Il punto di partenza risiede nell'equiparazione dell'interferenza con la relazione di specialità bilaterale, dato che in entrambe le ipotesi ciascuna fattispecie contiene, rispetto all'altra, uno o più elementi estranei e ulteriori. L'interferenza viene dunque definita come una particolare ipotesi di specialità bilaterale: quella *bilateralmente per aggiunta*.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 230-231. La verificabilità dell'asserzione può misurarsi con l'eliminazione mentale di una delle norme convergenti: così, in assenza dell'art. 2628 c.c., l'aggiotaggio commesso dall'amministratore al fine di turbare il mercato interno resta punibile ai sensi dell'art. 501 c.p., in quanto corrispondente a una sotto-fattispecie dello stesso art. 501 c.p. Allo stesso modo se non vi fosse l'art. 346 c.p. il millantato credito che costituisse un artificio o raggirò sarebbe comunque punito ai sensi dell'art. 640 c.p. (verificati gli ulteriori requisiti del reato di truffa in questione, *ça va sans dire*), in quanto l'elemento particolare della millanteria del credito coincide con una sotto-fattispecie del reato di truffa.

<sup>20</sup> Per una nozione più ampia di interferenza, nel senso di intersezione tra due fattispecie che hanno in comune una parte, cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I. Art. 1-84*, Giuffrè, Milano, 2004, 178.

<sup>21</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 479. La relazione di interferenza per la sola condotta è risolta a favore del concorso formale di reati anche da A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 277. Sulla coincidenza soltanto parziale delle condotte esecutive cfr. S. PROSDOCIMI, *Contributo alla teoria del concorso formale*, Cedam, Padova, 1984, 39 ss.

<sup>22</sup> Utilizza la specialità bilaterale come categoria superiore capace di accumunare sia la specialità reciproca che l'interferenza G. DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, II, Utet, Torino, 1988, 423; D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie*

Una terza definizione identifica l'interferenza nella relazione tra due fattispecie che presentano un nucleo in comune, mentre «per la restante parte ognuna di esse è eterogena rispetto all'altra».<sup>23</sup> In questo modo si traccia una precisa linea di distinzione tra la specialità reciproca e l'interferenza a partire dagli elementi propri di ciascuna fattispecie: mentre nella prima relazione gli elementi aggiuntivi di un fattispecie sono specializzanti rispetto a quelli corrispondenti e generali dell'altra fattispecie, nella seconda essi sono eterogenei, ulteriori, distinti.

Pur muovendo da presupposti differenti, le diverse definizioni risultano a nostro avviso conciliabili e sintetizzabili in una nozione unitaria di interferenza.

Innanzitutto le diverse posizioni dottrinali muovono da una preoccupazione comune, ovvero delineare con precisione il limite negativo del concorso apparente di norme. La relazione di interferenza viene dunque esclusa dall'ambito di configurabilità della convergenza apparente, costituendo il presupposto necessario al concorso formale eterogeneo di reati.<sup>24</sup>

In secondo luogo le differenze tra le impostazioni non devono essere eccessivamente enfatizzate. La sensazione è che a prescindere dalla denominazione utilizzata l'essenza del concetto rimane invariata. Ne è la prova il fatto che anche coloro che fanno riferimento alla specialità bilateralmente per aggiunta: (i) riportano lo stesso esempio proposto da chi definisce l'interferenza come coincidenza per la sola condotta (violenza sessuale e incesto); (ii) affermano che le fattispecie danno origine a un concorso formale eterogeneo di reati; (iii) escludono la relazione di interferenza dalla categoria dei presupposti del concorso apparente di norme.<sup>25</sup>

È pertanto possibile giungere a una nozione unitaria di interferenza che tenga conto di due elementi incontestabili: da un lato, il nucleo comune sul quale si sovrappongono le fattispecie non produce effetti giuridici per entrambe le norme se non a seguito del perfezionamento degli elementi ulteriori di ogni disposizione; dall'altro, tali elementi non si specificano, ma sono tra essi eterogenei.<sup>26</sup>

---

*criminose*, Giappichelli, Torino, 2013, 243; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 447. Critico a riguardo S. CAMAIONI, *Specialità ed interferenza*, cit., 233.

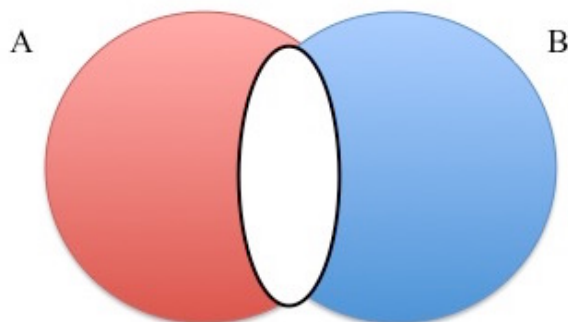
<sup>23</sup> Cfr. F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 546.

<sup>24</sup> Così DE FRANCESCO quando afferma che: «in definitiva, quindi, perché vi sia un concorso apparente di norme, deve sussistere il limite negativo dato dall'assenza di un'ipotesi di specialità bilaterale per aggiunta»: G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 66. In realtà l'affermazione prova troppo. Non vi è alcun dubbio che l'interferenza generi sempre un concorso formale di reati. Tuttavia l'assenza di un'ipotesi di specialità bilaterale per aggiunta non determina, automaticamente, l'apparenza del concorso. Questa andrà stabilita in un momento successivo.

<sup>25</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 448.

<sup>26</sup> Cfr. S. CAMAIONI, *Specialità ed interferenza*, cit., 233, il quale sottolinea l'importanza metodologica di confrontare le componenti omogenee delle fattispecie (condotta con condotta, soggetti agenti con soggetti agenti, circostanze di tempo con circostanze di tempo, ecc...) ai fini della qualificazione del rapporto tra norme.

Da un punto di vista grafico, possiamo rappresentare l'interferenza nel seguente modo:<sup>27</sup>



Una volta definita la relazione di interferenza, essa va esclusa dall'ambito di configurabilità del concorso apparente di norme ma non da quello della convergenza *reale*. Al contrario, essa costituisce il presupposto logico del concorso formale di reati, il quale presuppone – per espressa definizione legislativa – che una singola condotta sia idonea a violare più norme penali.<sup>28</sup>

Poiché il fenomeno della convergenza origina dalle particolari relazioni strutturali che si instaurano tra fattispecie, risulta molto importante predeterminare quali interazioni tra norme sono idonee a generare una sovrapposizione normativa e quali, al contrario, non lasciano alcuno spazio di incontro.

Attraverso l'ausilio di una tabella si sostiene che:

<sup>27</sup> Contrariamente cfr. A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, cit., 222. L'Autore impiega due cerchi disgiunti per esemplificare il rapporto strutturale che intercorre tra l'omicidio e il danneggiamento e affermare che le norme contengono elementi eterogenei. A nostro avviso, il diagramma di Venn qui proposto descrive in modo più fedele la relazione di interferenza perché, ai fini della convergenza di norme, un minimo comune denominatore deve pur esserci, ed esso è costituito (per proseguire sull'esempio proposto da PAGLIARO) dalla condotta causale. I due cerchi disgiunti sembrano meglio riflettere la relazione di eterogeneità, la quale non dà luogo a una convergenza di norme.

<sup>28</sup> Ovvero più volte la medesima norma, ma tale ipotesi non pone alcun problema di confine in quanto, come già detto, primo presupposto logico del concorso è la convergenza di una *pluralità* di norme.

<p>a) di fronte a tali relazioni strutturali non si può configurare una convergenza di norme:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) relazione di incompatibilità</li> <li>2) relazione di eterogeneità</li> </ol>
<p>b) di fronte a tali relazioni strutturali non si può configurare una convergenza apparente di norme (chiameremo questa ipotesi <i>convergenza necessariamente reale</i>):</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) relazione di identità<sup>29</sup></li> <li>2) relazione di interferenza</li> </ol>
<p>c) di fronte a tali relazioni strutturali si può configurare una convergenza di norme con una possibile soluzione nel senso dell'apparenza (chiameremo questa ipotesi <i>convergenza potenzialmente apparente</i>):</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) relazione di specialità unilaterale</li> <li>2) relazione di specialità reciproca</li> </ol>

Due ultime precisazioni.

In primo luogo, affermare che il presupposto di ciò che si è scelto di definire come «convergenza potenzialmente apparente» sia l'esistenza di una relazione di specialità da intendersi in senso lato – e quindi comprensiva sia della specialità unilaterale che bilaterale – non significa sostenere che il principio di specialità sia di per sé sufficiente a risolvere tutti i casi di convergenza. Occorre distinguere, cioè, la *relazione* di specialità – che costituisce il presupposto della convergenza potenzialmente apparente – dal *principio* di specialità, il quale si preoccupa di fornire un criterio di soluzione alle ipotesi di convergenza. Se quest'ultimo sia da solo sufficiente a risolvere tutti i casi in cui più norme regolano la stessa materia, è questione ulteriore e che deve essere approfondita.

In secondo luogo – e così chiariamo la scelta terminologica – l'avverbio «potenzialmente» sta a indicare che il criterio di soluzione del concorso va ricercato altrove rispetto ai presupposti. Non vi è alcun dubbio che la specialità unilaterale dia

<sup>29</sup> L'identità si caratterizza, infatti, per la coincidenza tra fattispecie: ogni oggetto di A ricade anche nell'oggetto di B. Una tale relazione dà certamente luogo a una convergenza (necessaria) di norme. Tuttavia, se le duplicazioni normative possono talora trovare soluzione sotto la successione di leggi nel tempo (nel senso che la *lex posterior* si sostituisce alla *lex anterior*: ma allora non si avrà più convergenza perché non esistono due disposizioni che regolino lo stesso fatto *hic et nunc*), l'ipotesi dell'identità pone problemi di razionalità ed economia giuridica, in quanto tali risolvibili più dal legislatore che dall'interprete. Sulla soluzione in favore dell'applicazione della norma che prevede il trattamento sanzionatorio più favorevole nei casi di norme identiche e coeve cfr. S. CAMAIONI, *Specialità ed interferenza*, cit., 241.

sempre luogo a una convergenza apparente:<sup>30</sup> è la specialità reciproca che pone dubbi maggiori, costituendo il «punto di frizione»<sup>31</sup> tra concorso apparente di norme e concorso formale eterogeneo di reati. Tuttavia, anche nel primo caso è necessario ricorrere a un principio regolatore che risolva nel senso dell'apparenza la situazione di convergenza: la mera relazione di specialità unilaterale non offre – di per sé sola – alcuna soluzione.

## 2. I principi giuridici posti alla base della soluzione della convergenza. Teoria monistica vs. teoria pluralistica, criteri logici vs. criteri valoriali

Definiti i presupposti della configurabilità della convergenza, occorre ora soffermarsi sui principi giuridici che regolano la materia e ne offrono una soluzione nel senso dell'apparenza o della realtà.

Ben nota è la distinzione tra i sostenitori della teoria monistica, per i quali il principio di specialità sarebbe sufficiente a risolvere tutti i casi di convergenza, e le teorie pluralistiche, che sentono il bisogno di affiancarvi ulteriori criteri complementari individuati, di volta in volta, nei principi di sussidiarietà, consunzione, progressione, alternatività, assorbimento, accessorietà o prevalenza.<sup>32</sup> In realtà le due concezioni muovono entrambe da una sentita esigenza di giustizia sostanziale, ovvero quella di espandere l'area del concorso apparente al di là dei soli casi di specialità *strictu senso* intesa (rapporto di genere a specie). Mentre gli sforzi della teoria monistica sono rivolti ad allargare le maglie applicative del principio di specialità, le teorie pluralistiche, muovendo da un concetto ristretto di specialità, ne condannano l'insufficienza e ricorrono ad ulteriori criteri risolutivi.

Il punto di partenza dell'indagine sarà la disciplina codicistica, in particolare l'art. 15 c.p.

<sup>30</sup> Cfr. F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 546.

<sup>31</sup> G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 8.

<sup>32</sup> Sul punto cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 71-159 e L. CONTI, *Concorso apparente di norme*, cit., 1010-1012. Per la teoria monistica: M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme*, cit., 124 ss.; G. LOZZI, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità e pluralità di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 941 ss.; G. DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1976, 487. Per la teoria pluralista: A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit.; A. PAGLIARO, *Concorso di norme*, cit.; V. SPIEZA, *Il reato progressivo*, Istituto delle edizioni accademiche, Udine, 1937, 51, 60 e 76; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 179; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 721 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2015, 491 ss.

### 2.1. Breve analisi esegetica dell'art. 15 c.p.

Collocata all'interno del titolo primo dedicato alla legge penale, la disposizione si impone all'attenzione dell'interprete per la sua funzione di enunciazione espressa di un principio di carattere generale. Essa recita: «Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

Attraverso l'art. 15 c.p. il principio di specialità trova espresso riconoscimento all'interno dell'ordinamento. E si tratta di un'enunciazione tutt'altro che superflua, benché spesso si è soliti ritenere che l'applicazione della norma speciale corrisponda a una necessità logica. Come sostenuto da alcuni autori,<sup>33</sup> il fatto che il legislatore abbia previsto due disposizioni – seppur in rapporto di genere a specie – potrebbe indicare la volontà di cumulare gli effetti giuridici previsti da entrambe: non esiste, di per sé, alcuna necessità logica nell'escludere l'applicazione di una delle due norme in concorso. Logica è la relazione strutturale che intercorre tra disposizione generale e disposizione speciale, non la *scelta* di applicare soltanto quest'ultima.<sup>34</sup>

Se la funzione dell'art. 15 c.p. non può essere ridimensionata, la sua reale portata va determinata attraverso un'attenta interpretazione dei suoi elementi. La disposizione enuncia l'*effetto* della specialità quando afferma che la norma speciale prevale sulla generale, ma non definisce il *concetto* di specialità.<sup>35</sup> In questo senso la formulazione dell'art. 15 c.p. ricalca il disposto dell'art. 81 c.p., il quale, in modo identico, presuppone la pluralità di reati ma non stabilisce quando una condotta viola una sola disposizione.

<sup>33</sup> Cfr. A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 272.

<sup>34</sup> Alcuni autori mettono in discussione la presunta logicità partendo dal fatto che lo stesso art. 15 c.p. è derogabile per sua stessa ammissione: cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 175. L'argomento non convince perché: a) la derogabilità di un principio non incide sull'eventuale carattere di necessaria logicità del principio stesso; b) l'esistenza di una deroga potrebbe essere giustificata dal fatto che l'applicazione logica di un principio cozza con ulteriori e distinte esigenze che contrastano con la logicità del principio stesso. Tra queste può annoverarsi la componente narrativa della tipicità: si pensi all'art. 301, comma 3, c.p. in cui si afferma che «quando l'offesa alla vita, alla incolumità, alla libertà o all'onore è considerata dalla legge come elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato, questo cessa dal costituire un reato complesso, e il colpevole soggiace a pene distinte, secondo le norme sul concorso dei reati, applicandosi, per le dette offese, le disposizioni contenute nei capi precedenti», ovvero quelle in materia di delitti contro la personalità dello Stato. L'art. 301, comma 3, c.p. non sembra costituire una eccezione all'art. 84 c.p. dal punto di vista *logico*; piuttosto, esso si fa portatore di una esigenza distinta – valutabile alla luce del principio di proporzione – secondo cui «quando un reato semplice esprime un disvalore particolarmente caratterizzante (nella ideologia del legislatore fascista), questo non può confluire in un reato complesso e quindi occorre mettere da parte la disciplina dell'art. 84 c.p.»: C. SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Ind. pen.*, 2, 2017, 471.

<sup>35</sup> Cfr. V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati: per una microfisica del molteplice*, Cedam, Padova, 2002, 387.

L'esegesi dell'art. 15 c.p. pone di fronte a un duplice ordine di quesiti: a) che cosa si intende per «stessa materia»? b) che cosa si intende per «legge» e «disposizione di legge»?

### 2.1.1. La stessa materia

Con riferimento alla prima questione, le posizioni della dottrina e della giurisprudenza oscillano tra coloro che ritengono che si ha medesimezza della materia nelle ipotesi di identità dell'oggetto o del bene giuridico,<sup>36</sup> quelli che riconducono il concetto di materia allo «stesso aspetto della realtà» inteso come «settore dell'attività umana» regolato da una o più leggi (o disposizione di legge),<sup>37</sup> e altri ancora che ne limitano il significato al presupposto ontologico del fenomeno della convergenza apparente di norme.<sup>38</sup>

L'ultima impostazione appare più ragionevole.<sup>39</sup> Il riferimento alla stessa materia sembra necessariamente implicare il raffronto tra gli elementi costitutivi delle

<sup>36</sup> Trattasi di un orientamento diffuso nella giurisprudenza: Cass., sez. III, 20 novembre 2011, n. 1815; Cass., sez. II, 24 febbraio 2010, n. 11989; Cass., sez. III, 14 novembre 2007, n. 14707; per la giurisprudenza prevalente si rinvia a A. VALLINI, *Giusti principi, dubbie attuazioni: convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro*, in *Diritto penale e processo*, 7, 2011, 850. Occorre rilevare però che in alcune pronunce la giurisprudenza ha finito per considerare irrilevante l'identità dell'interesse tutelato: Cass. pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1235.

<sup>37</sup> Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., n. 176. Altri autori parlano di identità del comportamento su cui le norme convergono o di condotta: F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 547 e S. FINOCCHIARO, *Concorso di reati o concorso apparente di norme? Alle Sezioni Unite la vexata quaestio del rapporto tra truffa e malversazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 7.

<sup>38</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 433-437; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 446.

<sup>39</sup> Un argomento a favore della corrispondenza tra la stessa materia e l'identità del bene giuridico potrebbe essere ricercato nei lavori preparatori al codice penale, in cui si afferma che nel caso in cui «per lo stesso fatto sono applicabili due disposizioni, aventi un contenuto diverso, nel senso che prevedano lesioni di beni giuridici diversi» (enfasi aggiunta), si ricade al di fuori dell'art. 15 c.p.: cfr. A. ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Parte I. Relazione sul Libro I del Progetto*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1929, 58. Tuttavia l'impostazione non merita di essere accolta perché: a) fa dire alla legge ciò che questa non dice (viene definita arbitraria da F. ANTOLISEI, *Concorso formale di reati*, cit., 612); b) porterebbe a risultati aberranti, escludendo l'applicazione dell'art. 15 c.p. anche in alcuni casi di specialità unilaterale, come nel caso dell'art. 610 c.p. (violenza privata) e dell'art. 336 c.p. (violenza a pubblico ufficiale); c) contrasta con la relazione ministeriale al codice in cui si afferma che «più leggi, *sebbene non abbiano lo stesso identico oggetto*, possono però regolare la stessa materia» (enfasi aggiunta): cfr. *Relazione ministeriale sul codice penale*, riportata in F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 434, nota 102. Criticamente M. PUNZO, *Il principio di specialità nella teoria e nelle sue pratiche applicazioni*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, III, Giuffrè, Milano, 1965, 156 e, anche se con argomentazioni in parte diverse, G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 6 e G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 490. Cfr., altresì A. VALLINI, *Giusti principi, dubbie attuazioni*, cit., 851, secondo cui «il criterio del bene giuridico non è falsificabile, consentendo di sostenere con eguale efficacia, negli stessi casi, sia la tesi del concorso apparente, sia quella del concorso reale». Con riferimento al secondo orientamento occorre notare che alcuni autori giungono a ritenere che il concetto di stessa materia coincida con la «stessa situazione di fatto», individuando

fattispecie, in modo da individuare quando gli stessi «possano dirsi gli stessi o diversi». <sup>40</sup> Più norme regolano la stessa materia se il grado di sovrapposizione si traduce in una convergenza potenzialmente apparente: soltanto in questa ipotesi ha senso disciplinare in una norma *ad hoc* un criterio atto a selezionare la disposizione applicabile. Al contrario, qualora mancassero i presupposti ontologici della convergenza (relazione di incompatibilità o eterogeneità), o la stessa si presentasse di per sé necessariamente reale, <sup>41</sup> perderebbe di significato un articolo del codice dedicato alla materia del concorso di norme vista la sua certa soluzione in favore della realtà.

Tuttavia è necessario compiere una precisazione.

In verità taluni autori, pur concordando con la definizione ivi proposta, affermano che «col fare riferimento al requisito della stessa materia, [l'art. 15 c.p.] delinea gli estremi della convergenza *apparente*» (enfasi aggiunta). <sup>42</sup> In altri termini, ogniquale volta due leggi regolano la stessa materia ci troviamo di fronte a un concorso – per definizione – apparente di norme: secondo tale ricostruzione teorica la stessa materia identifica un minimo comun denominatore alla convergenza di norme che permette di risolvere la questione nel senso nell'apparenza. Così facendo la definizione di stessa materia svolge la funzione sistematica di estendere l'area di applicazione del concorso apparente di norme: <sup>43</sup> anche nei casi di specialità reciproca deve trovare applicazione soltanto una singola norma, e il problema sarà circoscritto all'individuazione di quale norma sia da considerarsi prevalente. Eppure tale affermazione di principio non dimostra *perché* la relazione di specialità reciproca debba sfociare nell'apparenza.

Altri autori, rilevando l'insufficienza del principio di specialità a regolare anche i casi di specialità reciproca, limitano la «stessa materia» alla medesima situazione di fatto sussumibile, a prima vista, sotto più fattispecie astratte e in rapporto di specialità in senso univoco. <sup>44</sup>

A nostro avviso entrambe le teorie conferiscono al concetto di stessa materia una «funzione dirimente»: <sup>45</sup> la prima ritiene che in tutti i casi in cui due leggi regolino la stessa materia il concorso di norme è apparente; la seconda ritiene che il principio di specialità sia di per sé applicabile ai soli casi di specialità unilaterale, e limita a tale

---

una relazione di specialità anche nei casi in cui lo stesso fatto sia concretamente idoneo a produrre effetti giuridici ai sensi di più norme che astrattamente non siano riconducibili a una relazione di specialità (c.d. *specialità in concreto*). Per una critica a tale impostazione si rinvia a *infra*, par. 2.2.2.

<sup>40</sup> G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 55.

<sup>41</sup> Con l'ovvia esclusione della relazione di identità: poiché ogni oggetto di A ricade nell'oggetto di B, l'identità è regolata dalla stessa materia. Cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 56.

<sup>42</sup> G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 66 e 120.

<sup>43</sup> Così G. DE FRANCESCO, *Specialità (principio di)*, in *Novissimo Digesto italiano*, VII, Utet, Torino, 1987, 488.

<sup>44</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 721 e D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 447. In modo analogo BRUNELLI, per il quale nei casi di specialità reciproca il nucleo comune non può definirsi materia regolata penalmente: a D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 237.

<sup>45</sup> Cfr. V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit., 393 (nota 55).



relazione strutturale il concetto di stessa materia. Poiché, come si è affermato poco sopra, si vuole tenere distinta la relazione di specialità in senso lato – che identifica il presupposto della convergenza e quindi la stessa materia – dal principio di specialità – che offre un criterio di soluzione della convergenza – si potrebbe concludere che con l'espressione «stessa materia» il legislatore abbia voluto fare riferimento alle relazioni logico-strutturali che costituiscono il presupposto logico di quella che abbiamo definito come convergenza potenzialmente apparente. In altri termini, la «stessa materia» è volta ad indicare *quante* sono le disposizioni *potenzialmente* applicabili, mentre il principio di specialità (ed eventualmente altri principi) è diretto a stabilire *quale* sia la norma che troverà solitaria applicazione.<sup>46</sup>

Stessa materia si avrà, allora, oltre che nell'identità, nei casi di specialità unilaterale e di specialità reciproca, ma non nella relazione di interferenza.<sup>47</sup>

### 2.1.2. Le leggi e le disposizioni di legge

Con riferimento alla seconda questione, relativa al significato di «legge» e di «disposizione di legge», è necessario stabilire se il principio di specialità operi anche tra disposizioni di legge diverse ovvero se – nel caso di leggi penali distinte – la relazione strutturale di specialità vada stabilita raffrontando soltanto i corpi legislativi considerati nel loro insieme. Nel primo caso il parametro del raffronto sarà costituito dai soli elementi costitutivi delle fattispecie; nel secondo, invece, entra in gioco la sfera dei destinatari del corpo normativo (es.: diritto militare, codice stradale, codice della navigazione, ecc...).

<sup>46</sup> Cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 132. A conferma della distinzione tra «stessa materia» e operatività del principio di specialità può essere citato CAMAIONI, il quale, da un lato, limita l'applicabilità dell'art. 15 c.p. ai soli casi di specialità unilaterale ma, dall'altro, considera che le fattispecie in relazione di specialità reciproca regolano pur sempre la stessa materia, dando luogo a una convergenza apparente. Così facendo si distingue tra il presupposto della convergenza (stessa materia) e l'applicazione di un principio (che per l'Autore va ricercato nel divieto di *bis in idem* sostanziale): cfr. S. CAMAIONI, *Specialità ed interferenza*, cit., 240.

<sup>47</sup> La medesima soluzione è espressa anche da V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit., 396-397, G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 67 e T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 447, nonostante la terminologia utilizzata diverga dalla nostra. Quest'ultimo Autore si preoccupa di individuare quattro distinte relazioni strutturali integranti la «stessa materia», ovvero la specialità unilaterale per specificazione, la specialità reciproca per specificazione, la specialità unilaterale per aggiunta, la specialità reciproca parte per specificazione e parte per aggiunta. La relazione di specialità reciproca bilateralmente per aggiunta escluderebbe l'identità della materia perché ciascuna fattispecie presenterebbe, rispetto all'altra, un elemento aggiuntivo. Poiché tale ultima relazione strutturale viene definita dall'Autore come interferenza, si ritiene che la conclusione suggerita sia conforme a quella qui proposta. In giurisprudenza si veda Cass. Pen., Sez. Un., 21 gennaio 2011, n. 1963. Per una definizione in parte differente cfr. A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 287, secondo il quale regolano la stessa materia quelle norme che «in ragione del particolare rapporto strutturale tra loro intercorrente, sono idonee, se applicate congiuntamente, ad attribuire analoga rilevanza giuridica ad un medesimo profilo fattuale di un determinato “quadro storico di vita”».

Secondo l'opinione diffusa in dottrina, l'art. 15 c.p. copre sia le relazioni di specialità tra fattispecie che di specialità tra leggi, quest'ultima definita a partire dalla volontà del legislatore di applicare un particolare corpo normativo a una determinata categoria di soggetti.<sup>48</sup> La teoria ripropone la dicotomia tra diritto penale comune e diritto penale speciale e si basa, oltre che sull'interpretazione della *voluntas legis* di sottrarre alcuni fatti alla regolamentazione della legge generale,<sup>49</sup> sulla centralità del codice in quanto strumento legislativo potenzialmente riferibile a qualsiasi soggetto.<sup>50</sup>

La tesi può essere accolta, ma con una certa precauzione. L'ipertrofia legislativa *extra codicem* che ha caratterizzato gli ultimi decenni aumentando l'«artificiosa proliferazione»<sup>51</sup> delle fattispecie incriminatrici nonché le sovrapposizioni normative,<sup>52</sup> unita alla crisi di solitudine del diritto penale e, di conseguenza, alla crisi del «significato di orientamento sui valori»<sup>53</sup> che un codice dovrebbe svolgere, impone di interrogarsi sull'opportunità di classificare, ancor oggi, in base agli stessi parametri, ciò che appartiene al diritto penale comune e ciò che deve essere qualificato come diritto penale speciale.

Sembra più opportuno affermare che il termine di raffronto vada pur sempre mantenuto nella relazione tra disposizioni intese come enunciati normativi. La volontà del legislatore di disciplinare un settore dell'attività umana con una legge speciale ben potrà soccorrere l'interprete, ma il giudizio di prevalenza di una norma sull'altra dovrà pur sempre essere vagliato in base a un confronto tra le disposizioni e non soltanto affermando la specialità di un corpo legislativo.<sup>54</sup>

<sup>48</sup> Cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 124, 129 e 130, secondo il quale è proprio il principio di specialità «tra leggi» che consente, in ultima analisi, di estendere l'applicazione dell'art. 15 c.p. ai casi di specialità bilaterale.

<sup>49</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 446.

<sup>50</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 443 e G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 124. In via parzialmente difforme si pone ORICCHIO, il quale evidenzia la necessità di considerare speciale la legge che maggiormente tuteli beni di rilevanza costituzionale: M. ORICCHIO, *Principio di specialità e concorso di norme penali*, in *Riv. pen.*, 4, 1994, 370.

<sup>51</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 724.

<sup>52</sup> Fenomeno già rilevato da M. ORICCHIO, *Principio di specialità*, cit., 369. Sull'impatto della decodificazione e la crisi della disciplina del concorso apparente di norme si rinvia a M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 137-165.

<sup>53</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 3. Sull'importanza di riaffermare la centralità del codice si veda A. PAGLIARO, *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Ind. pen.*, 1994, 252. Dubbi su questa prospettiva sono stati avanzati da G. FIANDACA, *Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale*, in *Foro it.*, V, 1994, 1.

<sup>54</sup> Alcuni autori affermano che il contrappunto «specialità tra leggi / specialità tra disposizioni» consenta di estendere l'ambito di applicabilità dell'art. 15 c.p. ben oltre le ipotesi di specialità unilaterale (G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 128). In caso contrario, infatti, il richiamo alla specialità tra leggi risulterebbe a volte superfluo (quando la disposizione speciale è contenuta nella legge speciale), altre volte idoneo a condurre a esiti inaccettabili (quando la disposizione speciale è contenuta nella legge generale). Per risolvere le aporie e le contraddizioni si presuppone che l'art. 15 c.p., nel fare riferimento alla specialità tra leggi, presupponga una relazione di specialità reciproca: in questo modo si identifica, da un lato, la specialità di un corpo normativo come il criterio che consente di individuare la norma prevalente e, dall'altro, si riconosce l'applicabilità, per analogia, dell'art. 15 c.p. ai casi di specialità reciproca tra disposizioni della medesima legge. Diverse le critiche mosse a

Il riferimento alla legge e alle disposizioni di legge sta a indicare che l'ambito applicativo dell'art. 15 c.p. si estende sia con riferimento alle relazioni di specialità tra disposizioni appartenenti a uno stesso corpo legislativo, sia alle relazioni di specialità esistenti tra corpi normativi distinti.<sup>55</sup> In quest'ultimo caso si ritiene che la specialità di un corpo normativo non costituisca, di per sé, un univoco criterio atto a risolvere il problema, essendo comunque necessario raffrontare le fattispecie convergenti.<sup>56</sup>

## 2.2. I criteri logici: il principio di specialità

Dopo aver individuato i presupposti della convergenza e analizzato l'art. 15 c.p., è necessario soffermarsi sui criteri di soluzione che permettono di risolvere – nel senso dell'apparenza o della realtà – le ipotesi di concorso (potenzialmente) apparente.

### 2.2.1. La specialità unilaterale

Di agevole soluzione si presenta il caso in cui una norma presenti tutti gli elementi di un'altra fattispecie, generale, con l'aggiunta di uno o più elementi specializzanti. In questo caso si genera un rapporto di genere a specie, e la norma speciale si atteggia a sotto-fattispecie della norma generale.<sup>57</sup>

All'interno della relazione di specialità unilaterale è possibile tracciare una distinzione in base alle peculiarità che gli elementi specializzanti presentano all'interno della norma speciale.

Si avrà allora specialità unilaterale per *specificazione* qualora il *quid pluris* rappresenti una mera specificazione di un elemento già contenuto, in termini più ampi, nella fattispecie generale. Si pensi al caso della violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) e della violenza privata (art. 610 c.p.), all'incendio boschivo (art. 423-bis c.p.) rispetto

---

questa impostazione: a) il tenore letterale della norma non consentirebbe di ritenere fondato il diverso regime normativo operante nei casi di «specialità tra disposizioni» (specialità unilaterale) e «specialità tra leggi» (specialità reciproca); b) non vi sarebbero dubbi circa la prevalenza della disposizione speciale contenuta in una legge generale rispetto alla disposizione generale contenuta in una legge speciale. Cfr. S. CAMAIONI, *Specialità ed interferenza*, cit., 237-238.

<sup>55</sup> Cfr. V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit., 385; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 441. In argomento anche D. FERRATO, *Slot-machine: concorso di reato o di norme?*, in *Riv. pen.*, 1984, 99 ss.

<sup>56</sup> Cfr. S. CAMAIONI, *Specialità ed interferenza*, cit., 238-239, il quale ritiene che il carattere «speciale» di una legge non sia unicamente conferito dal riferimento a particolari categorie di soggetti attivi, ben potendo derivare da altri elementi di tipizzazione quali la condotta, l'oggetto della condotta, il soggetto passivo, l'elemento soggettivo, ecc...

<sup>57</sup> Per una definizione si rinvia a A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 272; F. ANTOLISEI, *Concorso formale di reati*, cit., 612.

all'incendio (art. 423 c.p.), al peculato (art. 314 c.p.) e all'appropriazione indebita (art. 646 c.p.).

Per contro, si avrà una specialità unilaterale per *aggiunta* qualora il *quid pluris* costituisca un elemento aggiuntivo che non viene preso in considerazione dalla disposizione generale, come lo scopo di estorsione (art. 630 c.p.) rispetto al sequestro di persona (art. 605 c.p.).

Inoltre in alcuni casi la relazione di specialità può caratterizzarsi contemporaneamente sia per specificazione che per aggiunta: è il caso dell'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale (578 c.p.) rispetto all'omicidio (575 c.p.), oppure della falsificazione e della spendita di monete falsificate (art. 453, co. I, n. 4 c.p.) rispetto alla ricettazione (art. 648 c.p.).<sup>58</sup>

Di fronte alla relazione strutturale della specialità unilaterale l'art. 15 c.p. risulta di immediata e agevole applicazione. La norma speciale, infatti, è facilmente individuabile attraverso un processo di eliminazione mentale: senza di essa tutti i casi sarebbero comunque punibili – perché «regolati» – ai sensi della disposizione generale, ma non viceversa.<sup>59</sup> La relazione di specialità unilaterale si risolve *sempre* nel senso dell'apparenza<sup>60</sup> e a favore dell'applicazione della disposizione speciale poiché: a) è questa che meglio descrive – a livello normativo – la situazione di fatto, assicurandone una valutazione giuridica integrale; b) se prevalessse la norma generale, quella speciale non troverebbe mai applicazione e la sua presenza all'interno dell'ordinamento perderebbe di significato; c) l'applicazione congiunta di entrambe le norme violerebbe il principio del *ne bis in idem* sostanziale, dato che lo stesso fatto sarebbe imputato ai sensi di due norme di cui l'una è soltanto una specificazione dell'altra.

Due ulteriori profili meritano di essere brevemente affrontati.

In primo luogo si vuole ribadire che se l'applicazione della disposizione speciale a discapito di quella generale corrisponde al paradigma logico-formale di ascendenza aristotelica,<sup>61</sup> la scelta del legislatore di ricorrere al principio di specialità non traduce

<sup>58</sup> Per ulteriori esempi si rinvia a D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 235-236.

<sup>59</sup> Così A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, cit., 218.

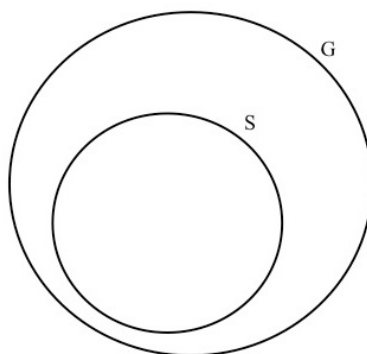
<sup>60</sup> Cfr. F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 546; G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 133. A una soluzione analoga perviene l'ordinamento tedesco, il quale individua il rapporto di specialità nei casi in cui una disposizione contenga tutti gli elementi di altra disposizione e almeno un elemento aggiuntivo o specifico idoneo a «inquadrare la situazione di fatto da un punto di vista particolare»: cfr. H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, 666 ss.; U. KLUG, *Zum Begriff der Gesetzkonkurrenz*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1956, 399 ss.; R. HONIG, *Straflose Vor- und Nachtat*, Leipzig, 1927, 113. L'ordinamento tedesco conosce pertanto sia la specialità c.d. per aggiunta che quella per specificazione, e risolve la convergenza *sempre* con l'applicazione della norma speciale. Per un approfondimento si veda G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 479 ss. e la bibliografia ivi citata. Si rammenti, tuttavia, che il codice penale tedesco non contiene una disposizione atta a fornire un criterio di soluzione del fenomeno della convergenza (*retro*, cap. I, par. 9).

<sup>61</sup> L'espressione è tratta da G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 717. Il MANTOVANI, invece, afferma che la logicità del principio di specialità derivi dalla sua corrispondenza a un più generale

una vera e propria necessità logica in senso stretto. Se davvero si vuole vincolare il legislatore all'adozione del principio di specialità, le ragioni saranno da ricercare non sul piano logico – dato che è logicamente ipotizzabile l'applicazione di entrambe le norme – ma sui principi generali dell'ordinamento giuridico, primo fra tutti il divieto di *bis in idem* sostanziale.<sup>62</sup>

In secondo luogo, pur concordando con la rappresentazione grafica che utilizza il paradigma dei cerchi concentrici,<sup>63</sup> si ritiene che l'opinione prevalente, secondo la quale il cerchio minore corrisponde alla legge generale ed è totalmente inserito all'interno di un cerchio maggiore (legge speciale),<sup>64</sup> sia in parte errata. Se è la norma speciale a prevedere degli elementi aggiuntivi – specifici e/o ulteriori – allora sarà essa a contenere la norma generale e non viceversa:<sup>65</sup> prova ne è il fatto che se il cerchio della norma speciale fosse ricompreso in quello della generale saremmo costretti a concludere che la seconda ricomprende anche gli elementi specializzanti della prima.

Se indichiamo con *G* la fattispecie generale e con *S* quella speciale, il rapporto di specialità unilaterale per specificazione è graficamente rappresentabile nel modo seguente:<sup>66</sup>



e il rapporto di specialità unilaterale per aggiunta così:<sup>67</sup>

---

schema del pensiero umano, ovvero quello della specificazione: F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 445.

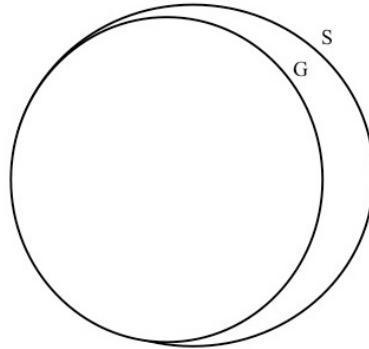
<sup>62</sup> Cfr. A. VALLINI, *Giusti principi, dubbie attuazioni*, cit., 854.

<sup>63</sup> U. KLUG, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, cit., 399.

<sup>64</sup> Così A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, cit., 218.

<sup>65</sup> In questo senso anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 717 e V.B. MUSCATELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit., 384. Con una precisazione: la maggior ampiezza del cerchio rappresentante la norma speciale per aggiunta rispetto a quello della norma generale si riferisce soltanto al piano descrittivo e non a quello applicativo. Quest'ultimo risulta pertanto meno ampio con riferimento alla norma speciale, poiché quanti più requisiti costitutivi si richiedono tante meno sono le fattispecie concrete riconducibili a quella astratta.

<sup>66</sup> Alcuni autori ritengono che la distinzione tra specialità per specificazione e per aggiunta non abbia, dal punto di vista logico, alcun senso, dato che in entrambe le ipotesi la norma speciale si caratterizza per la previsione di un elemento specializzante: D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 446 (nota 2).



### 2.2.2. Lo strano caso della specialità reciproca

La relazione di specialità reciproca (o bilaterale) intercorre qualora ciascuna fattispecie intersecante presenti, accanto a un nucleo di elementi comuni alle altre, uno o più elementi specializzanti rispetto a quelli corrispondenti e generali dell'altra.<sup>68</sup> Si pensi alla violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) e ai maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), in cui il primo reato specifica la modalità della condotta e il secondo i soggetti passivi (specialità reciproca *per specificazione*); oppure ai delitti di strage (art. 422 c.p.) e di incendio (art. 423 c.p.), in cui il primo contiene gli elementi dell'intento omicida e del pericolo per la pubblica incolumità e il secondo prevede l'uso del fuoco incendiario (specialità reciproca *parte per aggiunta e parte per specificazione*).<sup>69</sup>

La rappresentazione grafica della specialità reciproca come cerchi intersecantisi, proposta da alcuni autori,<sup>70</sup> può risultare incompleta e fuorviante, sia perché non tiene debitamente conto delle particolari relazioni intercorrenti tra gli elementi specializzanti, sia perché non sottolinea, sul piano logico-insiemistico, le differenze rispetto alla relazione di interferenza.

<sup>67</sup> Si tenga in debita considerazione che con il diagramma di Venn si vuole rappresentare soltanto il rapporto strutturale tra le fattispecie e non l'ambito di estensione applicativo delle norme. Disciplinando la norma generale, per definizione, un maggior numero di casi, essa contiene sempre e necessariamente la norma speciale al suo interno. L'affermazione secondo cui S è contenuta in G, proposta da PAGLIARO, è corretta soltanto se riferita all'area di applicazione delle due norme e alla relazione di specialità unilaterale per specificazione.

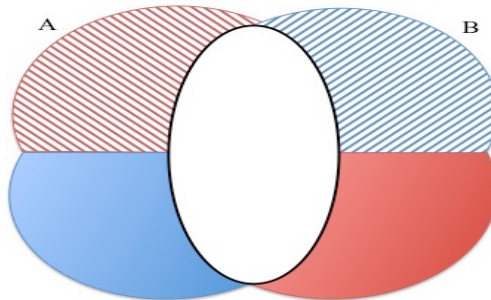
<sup>68</sup> Per una definizione analoga cfr. S. CAMAIONI, *Specialità ed interferenza*, cit., 230; F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 547; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 647.

<sup>69</sup> Altri esempi possono riguardare la violenza privata (art. 610 c.p.) e la violenza per commettere un reato (art. 611 c.p.), la distruzione di scrittura privata (art. 490 c.p.) e la distruzione di corrispondenza (art. 616 c.p.). Per un'ulteriore casistica si rinvia a D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 240-243 e G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 62 (nota 10). Sul rapporto tra millantato credito (art. 346 c.p.) e truffa (art. 640 c.p.) cfr. M. PETRONE, *Il principio di specialità nei rapporti tra millantato credito e truffa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 154.

<sup>70</sup> Si allude a A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, cit., 220, nonostante l'Autore preferisca far ricorso al termine interferenza.

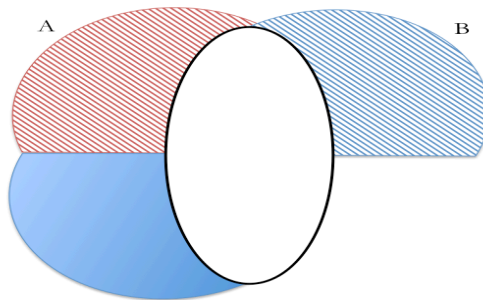
Ritenendo non sufficiente il mero ricorso all'utilizzo degli insiemi, si ricorre all'impiego di colori e si propongono le seguenti rappresentazioni.

Con riferimento alla specialità bilaterale per specificazione:



In questo modo è possibile rappresentare un nucleo comune alle fattispecie e indicare che dove l'elemento di una fattispecie è generale, il corrispondente elemento dell'altra risulta speciale (rosso-blu), e viceversa (blu-rosso).

Con riferimento alla specialità bilaterale parte per specificazione e parte per aggiunta:



In questo modo è possibile rappresentare un nucleo comune alle fattispecie e indicare che dove l'elemento di una fattispecie è generale il corrispondente elemento dell'altra risulta speciale (rosso-blu); in aggiunta, si può notare che l'elemento ulteriore non trova alcun termine di confronto nell'altra fattispecie (blu-assenza di colore).

La rappresentazione grafica permette di comprendere meglio anche perché si considera possibile poter parlare di «stessa materia» nei casi di specialità reciproca ma

non, invece, nella relazione di interferenza. Nel caso della specialità bilaterale per specificazione gli elementi propri di ciascuna fattispecie si trovano, come nel caso della specialità unilaterale, in rapporto di genere a specie (i colori sono gli stessi, ma invertiti) e non è possibile ipotizzarne la diversità.<sup>71</sup> Allo stesso modo, nella specialità bilaterale in parte per specificazione e in parte per aggiunta la diversità della materia è esclusa dal fatto che, mentre l'elemento specializzante si trova in relazione di genere a specie con l'elemento corrispondente generale previsto dall'altra fattispecie (i colori sono invertiti, come nel caso precedente), l'elemento ulteriore non può definirsi differente perché non vi è alcun elemento, nell'altra fattispecie, che possa costituire un termine di confronto con cui misurare il grado di diversità. Nel caso della interferenza, invece, gli elementi ulteriori sono eterogenei (i colori sono diversi: cfr. *retro*, par. 1).

Pur ritenendo che la specialità reciproca costituisca una delle relazioni-presupposto della convergenza potenzialmente apparente, l'applicazione dell'art. 15 c.p. risulta più problematica in quanto non è immediatamente chiaro quale disposizione possa dirsi speciale e debba prevalere.<sup>72</sup> In altri termini, la specialità reciproca si colloca a cavaliere tra l'ipotesi in cui una fattispecie ricomprende interamente un'altra (concorso apparente di norme) e il caso in cui le disposizioni siano eterogenee oltre il nucleo comune (concorso formale di reati). Ma poiché la convergenza deve essere risolta nel senso dell'apparenza o della realtà – *tertium non datur* – è necessario collocare la specialità bilaterale all'interno di una delle due categorie.

A tal riguardo viene in gioco la riflessione sull'interpretazione (e estensione) del principio di specialità così come formulato dall'art. 15 c.p. La dottrina ha fornito diverse soluzioni, che potremmo suddividere in due macro-categorie: da un lato la teoria monistica che riconduce anche le ipotesi di specialità bilaterale all'interno dell'art. 15 c.p., dall'altro la teoria pluralista che per risolvere la convergenza nel senso dell'apparenza ritiene opportuno ricorrere all'utilizzo di ulteriori criteri rispetto a quello di specialità.<sup>73</sup>

Con riferimento alla teoria monistica,<sup>74</sup> possiamo rilevare come la giurisprudenza abbia risolto i casi di specialità bilaterale facendo ricorso al principio di specialità nei casi in cui le fattispecie convergenti tutelino il medesimo bene giuridico.<sup>75</sup> Tale indirizzo privilegia un concetto di «stessa materia» inteso come corrispondenza di scopi di tutela piuttosto che come presupposto logico-strutturale della convergenza.

<sup>71</sup> Così G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 64.

<sup>72</sup> In questo senso G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 127.

<sup>73</sup> Una sintesi analoga si ritrova in T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 445.

<sup>74</sup> In questo senso T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 444; D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 243; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 651. Sulla teoria monistica cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 126-159.

<sup>75</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. Pen., sez. II, 10 dicembre 2008, Padula e altro, in *CED*, 2008/46992; Cass. Pen., sez. VI, 9 gennaio 2009, Romano e altri, in *CED*, 2009/9528; Cass. Pen., sez. III, 16 maggio 2007, Recupero, in *Fam. dir.*, 2007, 911, con nota di PITTARO. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si rinvia a A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 278-279.



Oltre alle critiche già mosse in precedenza,<sup>76</sup> si può aggiungere che l'attenzione rivolta alla corrispondenza tra oggettività giuridiche rischia di ridimensionare la distinzione – marcatamente strutturale – tra specialità unilaterale e reciproca.<sup>77</sup> Inoltre il riferimento al bene giuridico introduce degli apprezzamenti di valore e non offre una sicura ed univoca soluzione,<sup>78</sup> ponendo un problema sia di *individuazione* dell'oggetto che di *sintesi* – dato che l'assorbimento degli interessi è possibile soltanto laddove «sia sempre ed univocamente possibile determinare l'integrale assorbimento di un valore normativo in un altro».<sup>79</sup>

Alcuni autori, interpretando la «stessa materia» dell'art. 15 c.p. come «medesima situazione di fatto concretamente verificatasi», estendono l'applicazione del principio di specialità a tutte quelle ipotesi in cui due o più norme, tra loro non unilateralmente speciali, convergono su un medesimo fatto concreto (c.d. *specialità in concreto*).<sup>80</sup>

Agevoli e difficilmente superabili sono le critiche mosse dalla prevalente dottrina. Dal punto di vista logico la specialità in concreto è stata definita un nonsense.<sup>81</sup> Intanto può sussistere un rapporto di specialità (chiamiamolo pure) in concreto fintantoché *già a livello astratto* sia configurabile una relazione di specialità, sia essa unilaterale o reciproca.<sup>82</sup> Sul piano metodologico la relazione di specialità va ricercata a livello normativo e non nella fase di concreta applicazione del diritto.<sup>83</sup> Sul piano esegetico non è necessario interpretare il concetto di «stessa materia» nel senso di stesso fatto in concreto perché la possibilità di porre a confronto due fattispecie in relazione di

<sup>76</sup> Cfr. *retro*, nota 39. La tesi in esame ha trovato alcuni sostenitori nella dottrina più risalente: cfr. L. SABATINI, *Il reato specifico nel sistema del concorso di norme giuridiche*, in *Scuola positiva*, 1932, 194; V. PACILEO, *Concorso di reati*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 45; C. FERRARI, *Concorso di leggi e concorso di reati nel codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, 540. Rileva invece come il principio di specialità sarebbe difficilmente applicabile a norme che proteggono interessi distinti o che hanno scopi diversi S. PATANÈ, *Concorso apparente di norme, criteri selettivi. La legge 24 novembre 1981, n. 689, e il suo art. 9 per le sanzioni amministrative e i reati*, in *Giust. pen.*, 1982, 214.

<sup>77</sup> Parla di «metamorfosi» della nozione stessa di specialità A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 280.

<sup>78</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 718; G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 4-7.

<sup>79</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 109-110.

<sup>80</sup> Sulla nozione e per una critica cfr. A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 286; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 176 ss.; I. CARACCIOLI, *Considerazioni sul concorso apparente di norme in tema di circolazione stradale*, in *Studi in Onore di Francesco Antolisei*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1965, 123; M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme*, cit., 104; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 131 ss. La teoria della specialità in concreto è ricondotta all'interno delle posizioni dottrinali definite di tipo naturalistico da G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 7 ss. In argomento V. ZAGREBELSKY, *Il principio di specialità tra furto ed illecito amministrativo in tema di abbattimento abusivo di selvaggina*, in *Giur. it.*, 1982, 526; R. PICCININO, *Concorso di norme e rapporto di specialità nell'ambito della legislazione alimentare*, in *Giust. pen.*, 1984, 522; M. PETRONE, *Il principio di specialità*, cit., 160.

<sup>81</sup> L'espressione è utilizzata da G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 719 e F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 480.

<sup>82</sup> Cfr. A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 286; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 650.

<sup>83</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 135.

specialità reciproca è già garantita e salvaguardata dalla definizione, data in precedenza, di stessa materia come presupposto della convergenza. Il riferimento alla concretezza dovrebbe, semmai, aiutare a individuare in quale caso le norme convergano sul piano astratto – in questo risiede l'intuizione della nozione di specialità in concreto – ma non può spingersi ad affermare che l'instaurarsi del rapporto di genere a specie tra norme dipenda da un fatto concreto: «la specialità o esiste già in astratto o non esiste neppure in concreto».<sup>84</sup>

Altri autori, ritenendo il principio di specialità l'unico strumento concesso all'interprete per risolvere i casi di convergenza di norme, ivi compresa la relazione di specialità bilaterale, hanno utilizzato diversi criteri ai fini dell'individuazione della norma prevalente – ossia la norma che possa dirsi speciale rispetto a quella generale.

In primo luogo si fa riferimento alla natura speciale del corpo normativo in cui è inserita una delle disposizioni: si pensi al rapporto tra truffa (art. 640 c.p.) e l'indebito utilizzo di carte di credito o di pagamento (art. 55, co. 9 del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231). La scelta dell'interprete deve ricadere sulla sola applicazione della norma contenuta nella legislazione complementare poiché quest'ultima esprime l'esigenza di una maggior specificazione nella regolamentazione.<sup>85</sup>

In secondo luogo, qualora le norme siano entrambe contenute all'interno del codice penale, si dovrà ritenere prevalente la norma che preveda un soggetto attivo qualificato (reato proprio) perché essa possiede una maggior capacità descrittiva del fatto concreto: così prevale, nel reato di rivelazione di corrispondenza, l'art. 619, co. II c.p. sull'art. 616, co. II c.p., in quanto l'addetto al servizio delle poste, dei telefoni o dei telegrafi costituisce una *species* del *genus* «chiunque».<sup>86</sup>

In terzo luogo, se entrambe le fattispecie delineano reati comuni, la disposizione che contiene più elementi specializzanti è destinata a prevalere, anche qualora essa preveda una sanzione meno grave.<sup>87</sup> L'esclusione dell'entità sanzionatoria dalla valutazione circa la maggior specificità di una norma è giustificata dal fatto che altro è la maggior corrispondenza della fattispecie al fatto storico e altro è la scelta – in capo al legislatore – di punire più gravemente un determinato reato. Si pensi al caso

<sup>84</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 480.

<sup>85</sup> Cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 134; D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 244. Per un'applicazione giurisprudenziale si veda Cass. Pen., Sez. Un., 7 giugno 2001, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 864; Cass. Pen., Sez. Un., 19 gennaio 2011, in *Cass. pen.*, 2011, 2501; contro Cass. Pen., Sez. III, 9 aprile 2008, in *Giur. it.*, 2008, 2562.

<sup>86</sup> Così D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 244. Il ricorso al soggetto attivo come indice risolutivo è frutto dell'operazione analogica che estende il criterio soggettivo della «specialità tra leggi», in cui la legge speciale è definita come corpo normativo rivolto a particolari destinatari, ai casi di «specialità tra disposizioni». Alla medesima conclusione si è giunti con un diverso ordine di argomentazioni, facendo riferimento agli artt. 110 e 117 c.p.: cfr. S. CAMAIONI, *Specialità ed interferenza*, cit., 242.

<sup>87</sup> Cfr. L. CONTI, *Concorso apparente di norme*, cit., 1014 e G. DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, cit., 425.

dell'applicazione della norma sulla turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) a discapito dell'estorsione (art. 629 c.p.), che pur prevede una pena di entità minore.

Infondata sarebbe l'obiezione per cui in quest'ultimo caso la ricerca della norma speciale sarebbe affidata al mero calcolo meccanico e al raffronto numerico tra gli elementi specializzanti.<sup>88</sup> Come è stato osservato, la pluralità migra dal piano quantitativo al piano qualitativo perché esprime una maggior aderenza al fatto concreto e, di conseguenza, meglio «riassume ed esaurisce il significato giuridico» di tale fatto.<sup>89</sup>

Infine, se un dubbio ancora permane, un ultimo indice di specialità è rappresentato dalla sanzione più grave astrattamente prevista per la singola fattispecie.<sup>90</sup>

Per riassumere, la teoria in esame, muovendo dal presupposto che sia applicabile il principio di specialità enunciato all'art. 15 c.p. anche ai casi di specialità reciproca, individua, secondo un ordine (gerarchico)<sup>91</sup> gli indici di riferimento ai fini della determinazione della legge speciale: si passa dalla specialità fra leggi alla specialità fra soggetti, per passare poi alla fattispecie contrassegnata da più elementi specializzanti e, infine, alla severità del trattamento sanzionatorio.<sup>92</sup>

Contro tale impostazione si pongono gli autori che ritengono non riconducibili, all'interno dell'art. 15 c.p., le ipotesi di specialità reciproca e ritengono necessaria l'introduzione di ulteriori principi.<sup>93</sup>

### ***2.3. I criteri valoriali: la sussidiarietà e la consunzione. Vantaggi, aporie e criticità della teoria pluralista***

Il principio di specialità – seppur nelle sue diverse interpretazioni ed estensioni – sembra esaurire lo spazio delle soluzioni logiche al problema della convergenza. Oltre la specialità, gli ulteriori criteri risolutivi non possono che basarsi su giudizi di valore. Si contrappone così un criterio di natura logico-formale a un insieme di criteri di natura valutativo-sostanziale.

<sup>88</sup> La critica è stata avanzata da S. CAMAIONI, *Specialità ed interferenza*, cit., 239. L'Autore rileva la contraddittorietà di ritenere subordinato il criterio quantitativo al criterio della specialità del soggetto attivo: la norma con più elementi specializzanti qualifica meglio il fatto anche se contenuta in una legge generale, ovvero se priva di un soggetto attivo qualificato.

<sup>89</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 462; A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 288-289.

<sup>90</sup> Cfr. L. CONTI, *Concorso apparente di norme*, cit., 1015. Sembra preferire, in tutti i casi di specialità reciproca, l'applicazione della sola norma che prevede la violazione più grave, perché capace di provvedere all'integrale valutazione del fatto, F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 548.

<sup>91</sup> Fa riferimento al concetto di gerarchia tra gli indici di specialità G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 134.

<sup>92</sup> Cfr. C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 647.

<sup>93</sup> Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 178-179; A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, cit., 221; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 721.

La dottrina pluralista ha di volta in volta utilizzato – non senza un certo grado di confusione<sup>94</sup> – espressioni quali sussidiarietà, consunzione, progressione,<sup>95</sup> alternatività,<sup>96</sup> assorbimento, accessorietà o prevalenza per identificare criteri valoriali che permettano di estendere il confine dell'apparenza ben oltre lo spazio logico della specialità unilaterale, e il riferimento normativo è stato individuato in un principio generale superiore di giustizia sostanziale che discende dal risultato dell'elaborazione dogmatica del *ne bis in idem* sostanziale.

Prima di proseguire è necessario fornire una definizione della sussidiarietà e della consunzione poiché costituiscono i criteri valoriali più ampiamente utilizzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per risolvere la problematica del concorso.

Una nozione unitaria di sussidiarietà, che tenga conto delle diverse accezioni proposte in dottrina e in giurisprudenza, può ricercarsi nel rapporto funzionale tra fattispecie che prevedano diversi stadi o differenti gradi di offesa al medesimo bene giuridico o a un bene affine.<sup>97</sup> In questi casi la norma principale assorbe quella sussidiaria perché capace, in sé e per sé, di contenere l'interesse tutelato dalla seconda.<sup>98</sup> La sussidiarietà adotta un modello di complementarità che, sottolineando la «disponibilità vicaria»<sup>99</sup> della norma, sfocia nella pluralità di reati soltanto qualora la disposizione principale non sia capace di sussumere il disvalore espresso dalla disposizione secondaria.

<sup>94</sup> Rileva il MORO che Lent e Frosali chiamano sussidiarietà quel che Beling chiama consunzione: cfr. A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 76. Le stesse nozioni di sussidiarietà e consunzione non sono sempre uniformi: a volte si richiede la medesimezza del bene giuridico, altre volte soltanto l'affinità degli oggetti giuridici; in altri casi ancora le due nozioni finiscono per fondersi in un concetto unitario. Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 183; Cass. Pen., sez. V, 9 marzo 1981, in *Giust. pen.*, II, 1982, 294.

<sup>95</sup> Il principio di progressione viene ritenuto, insieme al principio di specialità, sufficiente a risolvere i casi di concorso apparente da F. ANTOLISEI, *Concorso formale di reati*, cit., 613. Esso è destinato a trovare applicazione nelle ipotesi di reato progressivo – in cui vi è una connessione logicamente necessaria tra un *minus* e un *maius* – e nell'antefatto e postfatto non punibili. Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 448.

<sup>96</sup> Il principio di alternatività si esaurisce nella scelta della norma che prevede il trattamento sanzionatorio più severo. Per una definizione cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 97.

<sup>97</sup> Già il GRISPIGNI (riportato da Antolisei) affermava che la sussidiarietà riguarda stadi o gradi diversi di offesa al medesimo bene giuridico. Cfr. F. ANTOLISEI, *Concorso formale di reati*, cit., 612. Nello stesso senso T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 445; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 721. Parte della dottrina ritiene applicabile il principio di sussidiarietà anche qualora una fattispecie contenga un'offesa a un ulteriore bene giuridico: cfr. F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 548; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 492. Per una definizione giurisprudenziale di sussidiarietà si rimanda a Trib. Milano, 28 aprile 1994, in *Foro it.*, II, 1995, 24, con nota di AMATO e DI CHIARA).

<sup>98</sup> Taluni subordinano la sussidiarietà a due requisiti: a) la relazione di specialità reciproca tra fattispecie; b) la continenza dell'interesse tutelato da una norma nell'interesse tutelato dall'altra. Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 85.

<sup>99</sup> V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit., 400.

Accanto a una sussidiarietà espressamente prevista dalla legge con particolari clausole, alcuni autori fanno riferimento a una sussidiarietà tacita che opera qualora via sia identità di natura – ma differenza di grado – degli interessi protetti unita a un trattamento sanzionatorio differenziato: la sussidiarietà si riflette, così, sia nel precetto che nella sanzione.<sup>100</sup>

Il fondamento del principio di consunzione è individuato – esclusivamente e in modo incontestato – sul rapporto (di valore) tra un *minus* e un *maius*, ovvero qualora un fatto previsto da una norma (c.d. consumata) sia già contenuto nel fatto previsto da altra norma di più ampia portata (c.d. consumante).<sup>101</sup> Nell'ipotesi in cui più fattispecie si riferiscono ad un quadro di vita socialmente unitario, solo quella che esaurisce compiutamente in sé l'intero disvalore del fatto trova applicazione concreta poiché, con il realizzarsi di questa, l'altra perde di significato autonomo e viene assorbita dalla violazione più grave.<sup>102</sup>

Autorevole dottrina ha individuato quattro caratteristiche essenziali del principio di consunzione, ovvero: 1) che esso opera solo tra fattispecie incriminatrici; 2) che esso opera con riferimento a un unitario quadro di vita; 3) il rapporto di consunzione è (non logico ma) di valore; 4) la norma che prevede il reato più grave deve concretamente trovare realizzazione.<sup>103</sup> La consunzione opera dunque nei confronti di una medesima vicenda storica – o anche più vicende intimamente connesse – capace di esprimere, dal

<sup>100</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 87. Il riferimento è, ad esempio, alla contravvenzione di atti contrari alla pubblica decenza (art. 726 c.p.) e il delitto di atti osceni (art. 527 c.p.). Anche l'ordinamento tedesco conosce due distinte ipotesi di sussidiarietà: una espressa, che si verifica qualora è la medesima disposizione a escludere la propria applicazione nelle ipotesi in cui vi è un'altra disposizione che disciplina lo stesso fatto, e una tacita, che trova applicazione qualora più norme tutelino il medesimo bene giuridico contemplando diversi stadi o gradi di offesa. Cfr. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 480, in cui si riporta, come esempio della sussidiarietà tacita, il rapporto che si instaura tra un reato di pericolo concreto e un reato di danno. Alcuni autori riconducono all'interno della sussidiarietà tacita anche le ipotesi di antefatto non punibile (*straflose Vortat*), ovvero quelle situazioni in cui la realizzazione di un reato passa necessariamente attraverso la commissione di altra fattispecie tipica: cfr. W. STREE, *Pre § 52*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, C.H.Beck, München, 2014; H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 668. Tale classificazione non è tuttavia condivisa da altri autori, i quali preferiscono riconoscere nell'antefatto non punibile un'applicazione del principio di consunzione: cfr. A. VOGLER, *Vor § 52*, in H.W. LAUFHÜTTE ET AL. (a cura di), *Strafgesetzbuch Leipzig Kommentar. Band 2: §§ 32-55*, De Gruyter, Leipzig, 2006, 1241 ss.

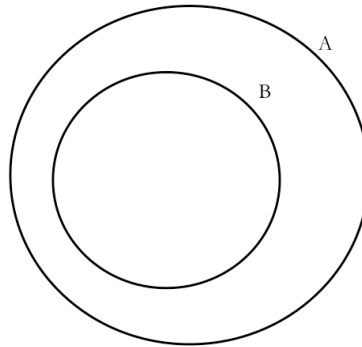
<sup>101</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, cit., 217. Tra le ipotesi di consunzione si ricomprendono comunemente il reato complesso e il reato progressivo (continenza necessaria), il reato maggiore e il reato minore (continenza non necessaria), l'*ante* e il *post factum*: cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 90. In giurisprudenza cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1235, secondo cui la consunzione ammette un'operazione interpretativa di giudizi di valore.

<sup>102</sup> Per una definizione analoga si rinvia a T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 445; F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 548; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 652. Anche nell'ordinamento tedesco si rinviene una nozione analoga di consunzione incentrata sui concetti di «assorbimento» e «disvalore complessivo». Le ipotesi in cui viene riconosciuta l'applicazione del principio di consunzione si identificano nel postfatto non punibile (*straflose Nachtat*) e nel c.d. *fatto tipico concomitante* (*typische Begleitatt*), il quale ultimo si verifica «allorché l'autore di un reato realizza contemporaneamente gli elementi di un'altra fattispecie, che però viene di regola integrata nella commissione di quel tipo di fatto»: G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 482.

<sup>103</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, cit., 217.

punto di vista giuridico, un'unità di disvalore oggettivo e soggettivo: l'applicazione della norma più grave salvaguarda al contempo il rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale, le esigenze di giustizia sostanziale e i bisogni di razionalità dell'ordinamento.<sup>104</sup>

Ricorrendo ai diagrammi di Venn e indentificando con *A* la norma consumante e con *B* la norma consumata, la relazione di consunzione può essere rappresentata come la specialità unilaterale tenendo in considerazione, tuttavia, che gli insiemi così disegnati non rappresentano un rapporto logico (la norma speciale contiene quella generale:  $S \subset G$ ) bensì un apprezzamento di valore (la norma più grave contiene quella meno grave:  $A > B$ ).



Rispetto alla specialità il cambio di paradigma è evidente in quanto la prevalenza di una norma non dipende più dal confronto strutturale tra fattispecie ma scaturisce dalla capacità – declinata secondo un primato di funzione – di assorbire le ragioni di tutela espresse dalla norma soccombente.<sup>105</sup>

Con riferimento alla relazione di specialità reciproca tra fattispecie la teoria pluralista offre pur sempre una soluzione omogenea a quella adottata dalla teoria monista: il mutamento coinvolge soltanto il principio applicato, non il risultato finale.

Tuttavia, i criteri diversi dalla specialità possiedono l'esclusiva capacità di espandere l'area dell'apparenza a ipotesi che, per definizione, danno luogo a una relazione di interferenza ovvero a casi di concorso materiale di reati (tutt'al più legati dal vincolo di continuazione): in altri termini, l'espansione – del tutto impensabile sotto il regno del principio di specialità – finisce per coinvolgere anche quelle relazioni-

<sup>104</sup> Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 186 e A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 298.

<sup>105</sup> Cfr. V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit., 400.

presupposto che non potrebbero nemmeno costituire terreno di convergenza ovvero che darebbero vita a una convergenza necessariamente reale.<sup>106</sup>

Un primo esempio di espansione riguarda i casi di interferenza (eterogeneità tra fattispecie accomunate dalla condotta) in cui la realizzazione di un fatto ricomprende *normalmente* o secondo l'*id quod plerumque accidit* gli estremi di altra fattispecie.<sup>107</sup> Tipico esempio è costituito dal rapporto intercorrente tra l'omicidio e il danneggiamento dei vestiti della vittima. L'applicazione del solo art. 575 c.p. non trova logica giustificazione se non facendo ricorso a un criterio che si fonda su un giudizio di valore, dato che da un punto di vista strutturale ci si trova di fronte a due disposizioni accomunate soltanto dalla condotta causale.<sup>108</sup>

Un secondo esempio di espansione riguarda la presenza di «più fatti» intesi in senso naturalistico, come la reiterazione di dichiarazioni mendaci compiute prima dinnanzi alla polizia giudiziaria (art. 378 c.p.) e successivamente di fronte al giudice (art. 372 c.p.).<sup>109</sup> In questa ipotesi è possibile affermare che la reiterazione del fatto non impedisce di qualificare l'accadimento storico come un'unica unità normativa e, di conseguenza, l'unità di reato non viene contestata.<sup>110</sup> Tuttavia l'applicazione del principio di specialità risulterebbe in parte problematica poiché – da un punto di vista logico – esso sembra presupporre l'unità del fatto inteso secondo una prospettiva naturalistica. Il principio di consunzione consente, per contro, di scindere tra unità naturale e unità normativa.<sup>111</sup>

Un terzo esempio riguarda, infine, un gruppo di ipotesi eterogenee.

<sup>106</sup> Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 149.

<sup>107</sup> Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 185.

<sup>108</sup> Premesso che non si vuole mettere in discussione l'effetto assorbente dell'omicidio rispetto al danneggiamento degli abiti della vittima, il ragionamento qui proposto può essere meglio compreso con una voluta provocazione: si pensi al caso in cui lo sparo, per una circostanza del tutto fortuita, ferisca lievemente la vittima e al contempo danneggi un abito molto costoso indossato durante una sfilata. In questi casi si avrebbe un concorso tra il tentativo di omicidio e il danneggiamento: si diminuisce lo iato tra i beni giuridici cosicché la mancata applicazione dell'art. 635 c.p. risulti meno scontata. Del resto, volendo proseguire con la provocazione, l'uccisione di un numero elevato di persone attraverso l'uso di una bomba che danneggia un locale costituisce il *leading case* a partire dal quale la giurisprudenza francese si è interrogata sui confini del concorso apparente di norme e del concorso formale di reati. Sul punto cfr. *infra*, par. 6.1. Per un esempio «iperbolico» del concorso tra omicidio e danneggiamento, volto a dimostrare come il fenomeno della convergenza non dipenda dai fatti concreti, C. SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, cit., 472.

<sup>109</sup> Cfr. E. MUSCO, *Il mendacio all'autorità tra favoreggiamento personale e falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 1981, 802 ss. In questo senso anche F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 549.

<sup>110</sup> Così E. MUSCO, *Il mendacio all'autorità*, cit., 811.

<sup>111</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, cit., 223, secondo il quale «la norma speciale designa un insieme di casi, il quale costituisce un sottoinsieme dell'insieme dei casi previsti dalla legge generale. Il regime giuridico previsto dalla legge speciale vale, dunque, soltanto per i casi che rientrano nel sottoinsieme. Non può valere, invece, per casi che sono estranei al sottoinsieme, anche se nell'accadere concreto questi casi sono strettamente connessi a casi ivi ricompresi». In tema di concorso tra truffa e malversazione commesse con condotte distinte cfr. S. FINOCCHIARO, *Concorso di reati o concorso apparente di norme?*, cit., 7. In giurisprudenza cfr. Cass. Pen., sez. III, 10 luglio 2007, n. 37409, in *Riv. pen.*, 2, 2008, 154.

Innanzitutto vi figura il reato progressivo,<sup>112</sup> il quale può esser ritenuto espressione del concorso apparente di norme soltanto in base a un criterio diverso dalla specialità e identificato da alcuni autori nella consunzione.<sup>113</sup>

In secondo luogo il fenomeno della c.d. progressione criminosa in senso stretto, dell'*ante* e del *post factum* non punibili rappresentano un ulteriore caso di «elisione di fattispecie»<sup>114</sup> in cui l'applicazione del principio di specialità – anche se inteso in senso lato – non è idonea ad offrire alcuna soluzione soddisfacente nel senso di un effetto assorbente.

In questi ultimi casi ci si muove, come è evidente, in un terreno del tutto nuovo e diverso rispetto a quello abituale alla convergenza apparente, ovvero un luogo in cui si manifesta una pluralità di condotte che si susseguono da un punto di vista cronologico e che astrattamente realizzano, ciascuna, un fatto costituente reato, e una pluralità di fatti che rappresentano diversi gradi o stadi o tipi di offesa al medesimo bene giuridico.<sup>115</sup> La collocazione di queste ipotesi all'interno della categoria del concorso apparente si giustifica per l'iniquità che deriverebbe da un cumulo di qualificazioni giuridiche (e, successivamente, di pene) nei confronti di un medesimo contesto di azione, bene giuridico o soggetto passivo.<sup>116</sup>

Pur non essendo questa la sede per approfondire tematiche che meriterebbero uno spazio d'analisi ben maggiore, si vuole comunque sottolineare un duplice aspetto.

Da un lato i criteri di sussidiarietà e consunzione permettono di estendere l'area di operatività dell'apparenza ad ipotesi riconducibili, almeno *prima facie*, al concorso materiale di reati, travolgendo l'affermazione secondo cui il concorso apparente di norme è antitetico al concorso formale di reati.

<sup>112</sup> Si ha reato progressivo quando una fattispecie astrattamente considerata contenga al suo interno altre fattispecie legali perché la sua realizzazione passa necessariamente attraverso la configurazione delle ipotesi minori. Cfr. S. RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Giuffrè, Milano, 1942, 59; A. SPIEZIA, *Il reato progressivo*, cit.; D. DEL ROSSO, *Spunti problematici in tema di reato progressivo e di progressione criminosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 623 ss.

<sup>113</sup> In questo senso G. VASSALLI, *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, 1160 e A. PAGLIARO, *Concorso di norme*, cit., 552.

<sup>114</sup> G. VASSALLI, *Progressione criminosa*, cit., 1163. La differenza tra reato progressivo e progressione criminosa risulta più appariscente se ci si pone in una prospettiva soggettivistica: mentre nel primo caso l'autore vuole l'evento più grave, nel secondo egli dirige la propria volontà verso l'evento minore e, solo in un secondo momento e a seguito di una deliberazione criminosa ulteriore, migra verso l'evento più grave. Su tale differenza si rinvia a F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Giuffrè, Milano, 1947, 420, ripreso anche in V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit., 404.

<sup>115</sup> Cfr. G. VASSALLI, *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, 508. In giurisprudenza cfr. Cass. Pen., Sez. II, 24 febbraio 2010, n. 11989 (violazione di domicilio e truffa). Anche l'ordinamento tedesco conosce le categorie – di creazione dottrinale e giurisprudenziale – dell'antefatto (*straflose Vortat*) e del postfatto (*straflose Nachtat*) non punibili. Tuttavia, mentre il primo viene di norma ricondotto all'interno delle ipotesi di sussidiarietà tacita, il secondo costituisce il risultato dell'applicazione del principio di consunzione: cfr. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 481.

<sup>116</sup> Contro tale impostazione cfr. L. CONTI, *Concorso apparente di norme*, cit., 1017, il quale considera necessariamente sottratte dall'ambito di operatività del concorso apparente di norme le ipotesi di fatto antecedente e posteriore non punibili proprio perché, in questi casi, è assente il presupposto fondamentale che sta alla base della struttura della convergenza apparente, ovvero l'unicità del fatto.



Dall'altro lato tale estensione risulta, in ultima analisi, certamente *favor rei*. E ciò potrebbe in parte arginare – anche se non del tutto – le critiche, avanzate da alcuni autori, aventi ad oggetto l'assenza di un fondamento normativo che giustifica l'adozione della sussidiarietà e della consunzione, considerati criteri di natura preterlegale.<sup>117</sup>

Nonostante alcune sentenze compiano un riferimento ai principi di sussidiarietà e consunzione,<sup>118</sup> le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che «i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale».<sup>119</sup>

Alcuni autori hanno criticato l'indirizzo maggioritario della giurisprudenza di legittimità sostenendo che l'applicabilità di criteri ulteriori rispetto a quello della specialità sarebbe imposta dal principio di fondamentale di proporzione tra fatto illecito e conseguenze penali,<sup>120</sup> principio riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 51), dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>121</sup> e ribadito di recente in una sentenza della Corte Costituzionale.<sup>122</sup>

<sup>117</sup> Tra i tanti, cfr. G. DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, cit., 417 e T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 445. Parte della giurisprudenza ha da sempre ritenuto «indubbiamente operante» il principio di consunzione pur non essendo, quest'ultimo, enunciato in via generale dal legislatore: cfr. Cass. Pen., Sez. V, 9 marzo 1981, in *Giust. pen.*, II, 1982, 294. Non vengono però arginate le critiche ulteriori che hanno qualificato questi criteri come vaghi e indeterminati: cfr. F. ANTOLISEI, *Concorso formale di reati*, cit., 611; F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 549; A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 299. Critici nei confronti della sussidiarietà C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 651.

<sup>118</sup> Per la sussidiarietà cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 3 novembre 2016, n. 47174 e i riferimenti giurisprudenziali citati in M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 104. Per la consunzione cfr. Cass. Pen., Sez. V, 19 febbraio 2016 n. 15632 in *Dir. e giust.*, 15 aprile 2016, con nota di MINNELLA; Cass. Pen., Sez. V, 3 novembre 2015, n. 19447, in *Dir. e giust.*, 11 maggio 2016, con nota di LAURA PIRAS; Cass. Pen., Sez. V, 8 aprile 2014, n. 44017; Cass. Pen., Sez. VI, 7 giugno 2006, n. 30150; Trib. Cagliari, 22 maggio 1987, in *Riv. giur. sarda*, 1988, 522; Trib. Oristano, 27 aprile 1983, in *Foro it.*, II, 1983, 380; Cass. Pen., Sez. V, 9 marzo 1981, in *Giust. pen.*, II, 1982, 294.

<sup>119</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 47164; Cass. Pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1963 e Cass. Pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1235. La sentenza trova conferma anche nelle più recenti pronunce Cass. Pen., Sez. IV, 15 febbraio 2017, n. 11540; Cass. Pen., Sez. III, 22 ottobre 2016, n. 53672; Cass. Pen., Sez. II, 11 ottobre 2013, n. 933; Cass. Pen., Sez. I, 10 luglio 2013, n. 33384; Cass. Pen., Sez. II, 6 dicembre 2012, n. 10994; Cass. Pen., Sez. IV, 3 ottobre 2012, n. 46441; Cass. Pen., Sez. III, 3 dicembre 2010, n. 1860. Contro tale impostazione, e favorevole all'assorbimento, cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 3 novembre 2016, n. 47174.

<sup>120</sup> Cfr. S. FINOCCHIARO, *Concorso di reati o concorso apparente di norme?*, cit., 10.

<sup>121</sup> ECtHR, *A e B c. Norvegia*, Grande Camera, ric. n. 24130/11 e 29758/11, 15 novembre 2016. Per un commento alla sentenza si rinvia a F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

<sup>122</sup> Si allude a Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, con nota di F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

Le Sezioni Unite, recentemente pronunciate sul concorso tra truffa aggravata e malversazione, hanno tuttavia ribadito che quello della specialità è «l'unico principio legalmente previsto in tema di concorso apparente».<sup>123</sup>

#### **2.4. Verso il superamento della dicotomia teoria monista / pluralista. Il principio del *ne bis in idem* sostanziale e l'assorbimento come effetto**

Al di là delle sostanziali divergenze tra la teoria monistica e la teoria pluralistica – differenze che, come abbiamo visto, passano attraverso sia le definizioni dei presupposti della convergenza che attraverso i criteri risolutivi – un tratto comune alle due impostazioni è rinvenibile nella comune e sentita esigenza di espandere l'area del concorso apparente di norme e ridurre quella del concorso formale di reati.<sup>124</sup> Le due diverse prospettive offrono una risposta al medesimo quesito: come impedire la qualificazione giuridica multipla di una medesima situazione giuridica nel rispetto sia di esigenze formali-strutturali che di giustizia sostanziale?<sup>125</sup>

Preso atto di questa esigenza comune, una sintesi tra le diverse teorie sembra possibile nell'individuazione di un principio capace di costituire uno strumento di soluzione della problematica del concorso. Il riferimento è al c.d. principio del *ne bis in idem* sostanziale, il quale vieta di addossare più volte lo stesso fatto all'autore di reato. L'assorbimento che ne consegue – che riteniamo un *effetto* e non un principio<sup>126</sup> – permette di risolvere tutte le ipotesi di convergenza di norme a favore dell'apparenza.<sup>127</sup>

Il rinvio, quasi sacrale e liberatorio, al *ne bis in idem* sostanziale non può tuttavia considerarsi come «la panacea di tutti i mali»<sup>128</sup> che affliggono la tematica del concorso di norme. Nonostante il principio venga invocato da tempo e in modo costante dalla dottrina che si è occupata del concorso di norme,<sup>129</sup> la sua capacità taumaturgica va

<sup>123</sup> Cass. Pen., Sez. Un., 23 febbraio 2017, n. 20664, par. 3.2. Per un breve commento si rinvia a S. FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

<sup>124</sup> Cfr. V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit., 429.

<sup>125</sup> Cfr. D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 238.

<sup>126</sup> Lo considera *piuttosto* un effetto anche G. VASSALLI, *Progressione criminosa*, cit., 1153. La classificazione dell'assorbimento come principio appare debole sotto due ordini di ragioni: a) la sua formulazione è troppo vaga e indeterminata e finisce per accomunare le più diverse ipotesi di relazioni strutturali tra fattispecie; b) si sovrappone al principio – codificato – di specialità, in quanto anche nelle ipotesi più semplici di specialità unilaterale la norma speciale *assorbe* la generale. Alcuni autori considerano l'assorbimento un principio autonomo: cfr. S. FINOCCHIARO, *Concorso di reati o concorso apparente di norme?*, cit., 8. Altri lo fanno coincidere con la consunzione: cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 722; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 184.

<sup>127</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 482.

<sup>128</sup> V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit., 440.

<sup>129</sup> Per tutti si rinvia a M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 8 e la bibliografia ivi citata.

incontro a un inevitabile ridimensionamento qualora si affrontino le due questioni del fondamento normativo e del contenuto precettivo.<sup>130</sup>

La questione delle fonti non può ritenersi risolta compiendo un tanto immediato quanto autoreferenziale riferimento a generiche esigenze di giustizia sostanziale<sup>131</sup> e/o di proporzionalità tra (qualificazione giuridica del) fatto e sanzione.<sup>132</sup> Per questo motivo alcuni autori hanno tentato di desumere l'esistenza del principio a partire da una fitta rete di dati legislativi tra cui figurano gli artt. 15, 84, 61, 62, 68, 131, 170, 301 c.p. e le numerose clausole di riserva previste all'interno della parte speciale.<sup>133</sup>

Tuttavia, la tanto agognata dignità positiva che conseguirebbe alla sua eventuale codificazione – come peraltro è stata già proposta<sup>134</sup> – risolverebbe soltanto la questione relativa alla forza cogente del principio ma non i dubbi relativi alla sufficiente determinatezza e afferrabilità del suo contenuto precettivo, il quale rimane ancora orfano di un'univoca chiave di lettura.<sup>135</sup> Anche in sede di lavori preparatori per la riforma del codice penale il principio è stato volutamente previsto attraverso una formula ampia in modo da garantirne la più estesa applicazione.<sup>136</sup> Due sono le concezioni diffuse in dottrina.

Secondo una prima ricostruzione teorica l'*idem* si identifica nel fatto concreto suscettibile di essere valutato alla stregua di una sola disposizione: il principio sta allora ad indicare il divieto di una duplice valutazione penalistica dello stesso fatto storico.<sup>137</sup>

Un secondo indirizzo dottrinale sposta il baricentro del principio dal fatto concretamente verificatosi alla previa individuazione dell'unità (o pluralità) di reato, in modo che risulti illegittimo il reiterato giudizio di illiceità quando uno dei precetti sia in

<sup>130</sup> Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 39.

<sup>131</sup> Varie e molteplici sono le espressioni della dottrina: si fa riferimento a un «elementare principio di giustizia sostanziale» (A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1993, 195), a una «esigenza di giustizia materiale» (M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 186), a uno strumento di «effettiva giustizia» (A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 81) e simili.

<sup>132</sup> Cfr. *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, in *Ind. pen.*, 1992, 582.

<sup>133</sup> Per tutti si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 483.

<sup>134</sup> Si allude allo schema di disegno di legge-delega elaborato dalla Commissione ministeriale nominata dall'allora Ministro di Grazia e Giustizia Giuliano Vassalli e presieduta dal Prof. Antonio Pagliaro: *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, cit., 579 ss.

<sup>135</sup> «Non esiste un principio generale di *ne bis in idem* sostanziale da cui dedurre sia la soluzione dei problemi di concorso di norme, sia quella dei problemi di concorso di reati»: C. SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, cit., 467.

<sup>136</sup> Così A. PAGLIARO, *Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale*, in *Giust. pen.*, II, 1993, 178.

<sup>137</sup> Per tutti cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 387. Tale impostazione origina dall'idea che ad ogni accadimento storico corrisponda una sola valutazione penalistica del fatto: una corrispondenza biunivoca, dunque, tra fatto naturalistico e qualificazione giuridica. Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 44-61. Sulle conseguenze radicali di questa impostazione, volte a negare la stessa concezione astratta del concorso formale di reati, e la compatibilità tra il principio di *ne bis in idem* sostanziale e il concorso formale cfr. G. LOZZI, *Profili di un'indagine*, cit., 75 ss.; M. SESTA, «*Ne bis in idem*» e concorso formale di reati al vaglio della Corte Costituzionale, in *Giust. pen.*, I, 1977, 182 ss.; G.P. VOENA, «*Ne bis in idem*» e concorso formale di reati, in *Giur. pen.*, II, 1976, 323 ss.

grado – da solo – di esprimere il disvalore complessivo del fatto a seguito di una valutazione comparativa tra contenuti di illecito.<sup>138</sup> Che l'assorbimento venga raggiunto valorizzando ora la funzione di tutela della norma incriminatrice (bene giuridico), ora la normalità statistica espressa secondo l'*id quod plerumque accidit* (contestualità degli atti, unicità del fine, rapporti di mezzo a fine), ora l'unità normativa del fatto (un quadro di vita in cui convergono norme aventi scopi omogenei di tutela), il risultato ultimo non cambia: il *ne bis in idem* sostanziale consente di risolvere il concorso nel senso dell'apparenza.<sup>139</sup>

Un ulteriore profilo problematico scaturisce dalla presenza di un «principio antagonista, dotato di analogia dignità sistematica, eppure capace di smentire l'assunto appena ritrovato: non è sempre vero che il sistema disdegni di associare ad un fatto molteplici conseguenze».<sup>140</sup> Oltre al riconoscimento normativo di tale principio antagonista – primo fra tutti l'art. 81 c.p. – la giurisprudenza ha ridimensionato la portata del *ne bis in idem* sostanziale affermando che «uno stesso elemento ben può essere utilizzato più volte sotto differenti profili per distinti fini e conseguenze».<sup>141</sup>

Il principio antagonista potrebbe addirittura essere considerato una necessità e la sua applicazione la regola, in quanto alla plurima violazione di norme penali dovrebbe corrispondere una plurima risposta sanzionatoria: la tesi contraria, secondo la quale il reo dovrebbe essere punito soltanto una volta, deve essere giustificata non soltanto con il ricorso al diritto positivo, ma anche con riferimento a indirizzi di politica criminale.

Dopo tali considerazioni si può notare come il mero rinvio al principio del *ne bis in idem* sostanziale non consenta di risolvere tutti i problemi relativi al concorso di norme. Posto che la scelta verso la pluralità di reati fa sorgere dei dubbi perché si traduce in una gravosità eccessiva, la sintesi risolta a favore dell'apparenza, spesso diretta verso l'applicazione della norma che prevede il trattamento sanzionatorio più grave, parimenti non convince perché non consente di tradurre sul piano della narrazione – e quindi di valutare dal punto di vista giuridico – l'integrale disvalore del fatto.<sup>142</sup> Accanto alle esigenze di giustizia sostanziale di non imputare due volte lo stesso fatto all'autore e di non addebitare più micro-fattispecie al reo qualora ve ne sia una capace di sussumere l'intero disvalore del fatto, emergono ulteriori bisogni antagonisti – che trovano conferma positiva nel concorso formale di reati – facenti capo

<sup>138</sup> Su tale indirizzo si rinvia a M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 61-75.

<sup>139</sup> Pare possibile aggiungere almeno a una terza accezione del principio secondo la quale il divieto di plurima valutazione si traduce in divieto di plurima risposta sanzionatoria. In questo modo il principio non agisce sul fatto concretamente verificatosi né sulla valutazione del disvalore espresso dalle fattispecie.

<sup>140</sup> V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit., 441.

<sup>141</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 3 ottobre 2012, n. 46441.

<sup>142</sup> Così A. PAGLIARO, *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale*, cit., 257.

ad esigenze, anch'esse di giustizia sostanziale, di integrale valutazione giuridica del fatto.<sup>143</sup>

Come superare l'*impasse*, ammesso che sia possibile? Bisogna arrendersi e considerare la materia del concorso di norme come una nebulosa che genera soltanto dubbi e incertezze – con ovvie ricadute sulle garanzie processuali – o, peggio, una cozzaglia di criteri logici e valoriali la cui «misteriosità»<sup>144</sup> è destinata a condurre verso qualsiasi tipologia di soluzione e, quindi, a «un sonoro e maestoso niente»?<sup>145</sup>

### 3. Il recupero della politica criminale

Qualsiasi strada intrapresa verso la razionalizzazione e semplificazione della questione del concorso di norme deve fare i conti con l'impossibilità di eliminare o annientare *a priori* il fenomeno della convergenza in quanto esso è «inevitabile»<sup>146</sup> e, a volte, persino auspicabile. *Inevitabile* perché la sempre maggiore complessità della società e la costante emersione di nuove tecnologie non fanno che ampliare a dismisura le modalità di aggressione (soprattutto anticipata) dei beni giuridici.<sup>147</sup> *Auspicabile* perché vi sono casi di convergenza in cui soltanto l'applicazione congiunta di più fattispecie consente di compiere un'integrale valutazione giuridica del fatto di reato.

Ai fini della nostra analisi, alcuni punti fermi possono essere individuati come breve conclusione a questa sezione.

<sup>143</sup> Considera complementari i due principi del *ne bis in idem* sostanziale e dell'integrale valutazione giuridica del fatto F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 544.

<sup>144</sup> Così M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 26.

<sup>145</sup> La citazione è di G. LEOPARDI, *L'arte poetica di Quinto Orazio Flacco travestita ed esposta in ottava rima*, Borgarelli, Camerino, 1869, 20, già citata in F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Scritti di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1955, 253.

<sup>146</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 187.

<sup>147</sup> L'ipertrofia e la «sciatteria legislativa» (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 70) non possono essere considerate *cause* della convergenza tra norme, ma tutt'al più fattori che ampliano irragionevolmente l'area di sovrapposibilità normativa. E va smentito pure l'assunto secondo il quale la frammentarietà penale costituisce una causa al fenomeno della convergenza: come è stato rilevato da alcuni autori, essa genera lacune e non sovrapposizioni. Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 224. In un recente studio, quest'ultimo Autore sembra ricondurre l'aumento delle possibili sovrapposizioni normative alla perdita di capacità, da parte delle fattispecie astratte, di «descrivere l'illecito attraverso la rappresentazione iconografica, visuale, delle sue manifestazioni costanti». Mentre nella cornice temporale che va fino al secondo dopo guerra la tipicità svolgeva una «funzione quasi mnemonica», nel senso che era idonea ad evocare immagini che chi legge conosce già, e possedeva la «tendenziale capacità di esaurire la valutazione dei quadri di vita in cui gli stessi sono collocati», con lo sviluppo delle società postmoderne «i contenuti significativi dei quadri di vita si moltiplicano in modo incontrollato, anche grazie alla smaterializzazione di molte attività significative [...]. Più che uno *specchio*, la parte *speciale* è diventata così un caleidoscopio o una panografia: essa propone alla vista innumerevoli frammenti della realtà fenomenica, combinati secondo algoritmi il cui senso complessivo è difficile cogliere»: M. PAPA, *Fantastic voyage*, cit., 126-128.

Riprendendo la tabella avente ad oggetto i presupposti ontologici del fenomeno della convergenza possiamo tracciare una *summa divisio* a seconda che ci si trovi di fronte a una o più condotte.

Nel primo caso possiamo affermare che, mentre nelle relazioni di interferenza si configura sempre un concorso formale di reati, a meno che non vi sia un'eccessiva sproporzione tra i beni giuridici tutelati (è il caso, ad esempio, del danneggiamento dei vestiti della vittima di omicidio), nelle relazioni di specialità unilaterale o reciproca si configura sempre un concorso apparente di norme. La potenzialità dell'apparenza si traduce in costante necessità.

Nel caso di pluralità di condotte, invece, dovremmo concludere sempre per un concorso materiale di reati. Tuttavia si è visto come talune esigenze di giustizia sostanziale, spesso accomunate sotto il magico ombrello del *ne bis in idem* sostanziale, giustificano una deroga in favore dell'applicazione di una norma soltanto. E questo accade, ad esempio, qualora: a) più condotte appaiono intrinsecamente legate per contestualità degli atti, unicità del fine o connessione teleologica; b) il bene giuridico protetto dalle norme risulta identico o di carattere analogo; c) l'offesa si presenta sotto diversi gradi o stadi permettendo una valutazione complessiva del disvalore del fatto alla luce di una sola disposizione.

Per concludere si può affermare che la meta finale, comune alle diverse impostazioni, coincide con il trionfo dell'apparenza, nonostante il metodo impiegato per accertarla e giustificarla si basi su diversi criteri risolutivi.

Indicando col colore giallo l'effetto dell'assorbimento possiamo riassumere in una tabella i risultati generati dall'applicazione dei criteri logico-strutturali e valutativo-sostanziali.

	<b>Specialità unilaterale</b>	<b>Specialità reciproca</b>	<b>Interferenza per la condotta</b>	<b>Particolari ipotesi di deroga al concorso materiale</b>
<b>Principio di specialità</b>	Concorso apparente di norme	Concorso apparente di norme	Concorso formale di reati	Concorso materiale di reati
<b>Altri principi (sussidiarietà, consunzione, ecc...)</b>	Concorso apparente di norme	Concorso apparente di norme	Concorso formale di reati	Concorso apparente di norme

Dalla tabella risulta chiaro che la diversità dei criteri adottati è destinata a giocare un ruolo fondamentale soltanto nei casi di pluralità di condotte poiché soltanto il ricorso a criteri valoriali consentono di limitare l'area del concorso materiale di reati in favore dell'applicazione di una norma soltanto.

L'esistenza di una pluralità di criteri risolutivi si giustifica alla luce della considerazione che la soluzione della problematica del concorso non può ritenersi immune dalla dimensione *politica* del diritto. La convergenza, infatti, pur presentando un alto grado di affinità con la logica, non si risolve grazie all'applicazione di una formula matematica ma è costretta a misurarsi con i principi giuridici dell'ordinamento e con esigenze di giustizia.

Il recupero della dimensione della politica criminale sembra dunque doveroso in un ambito troppo a lungo relegato nella torre eburnea delle forme pure. L'indagine di diritto comparato può soccorrere in aiuto proprio con riferimento a quest'ultimo punto, consentendoci di ampliare lo sguardo e di migrare «da un'analisi delle forme ad un'analisi delle funzioni».<sup>148</sup>

---

<sup>148</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 118.

SEZIONE II.  
L'ORDINAMENTO FRANCESE

#### 4. Il concorso di qualificazioni e il concorso materiale di reati. Conseguenze di una distinzione fondamentale

Ogni ordinamento giuridico conosce la problematica della convergenza di norme essendo questo un fenomeno *inévitabile*.<sup>149</sup> Diverse, però, sono le modalità e le soluzioni adottate.

Nell'analisi comparata un primo livello di difficoltà attiene al dato linguistico: il problema della definizione della questione consiste non tanto nella ricerca di una espressione idonea a identificare la materia della convergenza, quanto nel rischio di filtrare gli istituti d'oltralpe per riconoscerli a tutti i costi alcuni paradigmi e alcuni equivalenti concettuali degli istituti dell'ordinamento italiano.<sup>150</sup> Senza considerare il fatto che all'eventuale parallelismo linguistico non ne corrisponde sempre uno concettuale.<sup>151</sup>

Se in altri ordinamenti europei è possibile ritrovare espressioni linguistiche del tutto identiche a quelle impiegate in Italia – è il caso della *gesetzeskonkurrenz* tedesca e del *concurso de leyes penales* spagnolo<sup>152</sup> – in Francia si è spesso soliti ricorrere ad espressioni quali *concours d'infractions*, *concours de qualifications* o *qualifications multiples*, le quali indicano, tuttavia, la più ampia questione del concorso di reati.<sup>153</sup> E risulterebbe errato – o quantomeno impreciso – affermare che il concorso formale di reati corrisponda al *concours idéal d'infractions*, divergendo i due istituti sia nella sostanza che nel trattamento sanzionatorio.

<sup>149</sup> A. VARINARD, *Qualifications multiples. Notion et régime*, in J. PRADEL, A. VARINARD (a cura di), *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, Paris, 2016, 323.

<sup>150</sup> Sulle insidie metodologiche della comparazione si veda J. PRADEL, *Les pièges du droit comparé: quelques applications en droit pénal*, in J. BEAUCHARD, P. COUV RAT (a cura di) *Droit civil, procédure, linguistique juridique: écrits en hommage à Gérard Cornu*, Presses Universitaires de France, Paris, 1994, 345-357; M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971.

<sup>151</sup> Si pensi, a titolo di esempio, alla figura della *tentative* francese, disciplinata all'art. 121-5 c.p., la quale non corrisponde al delitto tentato previsto dal nostro art. 56 c.p. Sul punto cfr. S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Giuffrè, Milano, 2012, 629 ss.; F.C. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, Torino, 2013, 132; G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Cedam, Padova, 2012, 86 ss.

<sup>152</sup> Rispettivamente U. KLUG, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, cit., 398 e R.M. GARCÍA ALBERO, *Ne bis in idem material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, 1995.

<sup>153</sup> Poco diffusa è invece la terminologia *concours apparent* nella giurisprudenza e nella dottrina: cfr. A. GAMAL-EL-DINE, *Pluralité d'infractions et concours apparent de normes pénales*, tesi di dottorato, Paris, 1963, citata in M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 227 (nota 14); S. SELÇUK, *L'objet de l'infraction et l'escroquerie de ce point de vue*, in *Revue des sciences criminelles*, 1993, 739; P. BONFILS, E. GALLARDO, *Secret des correspondances*, in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, Paris, 2009, par. 98.



A una prima approssimazione possiamo affermare che l'ordinamento francese si caratterizza per un forte ruolo della giurisprudenza nella ricerca di criteri risolutivi della questione del concorso di norme, mancando una disposizione di portata generale assimilabile all'art. 15 c.p. italiano. Di conseguenza l'analisi della problematica – che oltretutto risulta di incerta collocazione dogmatica<sup>154</sup> – deve utilizzare un paradigma che è altro rispetto a quello impiegato nello studio dell'ordinamento italiano. Non è dunque possibile ripercorrere lo stesso schema partendo dai presupposti logici della convergenza.

Un secondo livello di difficoltà attiene al dato codicistico: il diritto positivo non prevede alcuna norma che disciplina il fenomeno del concorso apparente, sul quale il codice penale ha mantenuto un «prudente silenzio».<sup>155</sup> Assente è pure l'enunciazione di un principio generale che possa fornire, al pari dell'art. 15 c.p., un criterio di soluzione seppur generico e insufficiente a regolare tutti i casi di convergenza.

Gli unici articoli del codice penale dedicati al *concours d'infractions* sono contenuti all'interno del capitolo II, dedicato al regime sanzionatorio.<sup>156</sup> L'art. 132-2 c.p. apre la sotto-sezione rubricata «delle pene applicabili in caso di concorso di reati» e afferma che ci si trova in presenza di un concorso di infrazioni ogniqualvolta un reato viene commesso da un soggetto che non è stato ancora condannato in via definitiva per un altro reato.

Tale definizione ricalca la concezione del concorso materiale di reati, che in Francia viene identificato con l'espressione *concours réel*, e non riguarda il fenomeno della convergenza nel suo complesso. Come rilevato da alcuni autori, la nozione di «concorso» è molto più ampia, poiché ricomprende tutte le ipotesi in cui un autore, con una o più azioni, viola più disposizioni o più volte la medesima disposizione:<sup>157</sup> in questo senso ogni concorso di reati è, ancor prima, un concorso di qualificazioni, da risolversi nel senso dell'apparenza o della realtà.

La collocazione sistematica della definizione del *concours d'infractions* conferma quanto detto poco sopra, ovvero che in Francia il problema della convergenza è affrontato sotto un preciso angolo visuale: quello delle conseguenze sanzionatorie a cui viene sottoposto il reo.<sup>158</sup> Il codice si preoccupa di disciplinare la risposta sanzionatoria che il giudice deve comminare nel caso di concorso (materiale) di reati: si avrà cumulo di pene qualora queste siano di specie diversa; al contrario, se le pene sono della stessa natura, deve essere commisurata una sola pena, la quale può coincidere con

<sup>154</sup> Nota come spesso il problema della convergenza venga risolto nel quadro della teoria del reato e del cumulo di pene M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 234.

<sup>155</sup> A. VARINARD, *Qualifications multiples*, cit., 325.

<sup>156</sup> Sulla genesi storica del codice penale francese si rinvia a F.C. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., 104-124.

<sup>157</sup> Cfr. P. SALVAGE, *Concours d'infractions. – Concours idéal de qualifications*, in *JurisClasseur Pénal Code*, 2016, 2.

<sup>158</sup> Cfr. P. KOLB, L. LETURMY, *Droit pénal général. Les grands principes, l'infraction, l'auteur, les peines*, Lextenso, Paris, 2013, 84.

il massimo edittale previsto dalla legge per la disposizione punita più gravemente (art. 132-3 c.p.): un cumulo giuridico, dunque, che si distingue in base alle specie di pene previste e che fissa – per ogni specie – il *quantum* nel limite edittale massimo predeterminato dal legislatore per la violazione più severa.<sup>159</sup>

La soluzione della problematica del concorso apparente è pertanto lasciata interamente nelle mani dei formanti giurisprudenziali e dottrinali.<sup>160</sup> L'assenza di un criterio legale predeterminato che permetta di distinguere le ipotesi di concorso apparente di norme da quelle di concorso di reati ha favorito e alimentato l'approccio casistico giurisprudenziale.

Quale spazio è lasciato alla convergenza apparente? E quali sono i criteri di soluzione? La risposta a tali quesiti non è scontata perché deve fare i conti con l'assenza di chiari principi regolatori della materia, una dottrina divisa e una giurisprudenza fluttuante, che rischiano di delineare in modo incerto la sottile linea divisoria tra concorso apparente di norme e concorso materiale di reati.<sup>161</sup>

La riflessione sul concorso di norme in Francia prende le mosse dal principio di legalità.<sup>162</sup> Ogni comportamento umano, per integrare un'ipotesi di reato, deve essere riconducibile a una disposizione penale ovvero, in altre parole, deve corrispondere a una qualificazione giuridica prevista dall'ordinamento.<sup>163</sup> Non è difficile riconoscere, in questa concezione, un principio di legalità inteso in senso formale, in cui la tipicità – come carattere essenziale del reato – e la tipizzazione – come tecnica di costruzione normativa – impongono un giudizio di corrispondenza o conformità del fatto storico al tipo legale precostituito.<sup>164</sup>

La *qualifications des faits* individua quell'operazione intellettuale che consente al giudice di applicare una regola generale e astratta (il «tipo» penale) a un caso concreto e particolare,<sup>165</sup> ed è volta a individuare in modo chirurgico quale disposizione, tra la galassia normativa, risulta applicabile al caso di specie: operazione non sempre scontata e oggi ancor più complicata per l'eccessiva moltiplicazione delle fattispecie penali.<sup>166</sup>

<sup>159</sup> Cfr. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Presses Universitaires de France, Paris, 2013, 175. La regola si applica, in realtà, soltanto al concorso tra più crimini, più delitti o tra crimini e delitti, ma non in caso di contravvenzioni, per le quali vige il principio del cumulo materiale: B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, Paris, 2013, 573.

<sup>160</sup> Cfr. P. BONFILS, E. GALLARDO, *Concours d'infractions*, in *Repertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2015, 3.

<sup>161</sup> Utilizza il termine «chaos» P. SALVAGE, *Concours d'infractions*, cit., 2.

<sup>162</sup> Cfr. E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2013, 111.

<sup>163</sup> Cfr. P. SALVAGE, *Concours d'infractions*, cit., 2.

<sup>164</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 13.

<sup>165</sup> Così J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, Paris, 2016, 261 e E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, cit., 112.

<sup>166</sup> Il problema dell'ipertrofia penale affligge anche l'ordinamento francese, tanto che si afferma l'impossibilità di procedere all'individuazione di un numero esatto di incriminazioni presenti

La soluzione al *concours de qualifications* si ispira largamente al principio dell'unità della qualificazione giuridica.<sup>167</sup> Tale direttiva di sistema, ispirata al principio del *ne bis in idem* sostanziale, discende dalla concezione secondo la quale un unico fatto di reato è di regola suscettibile di essere qualificato alla stregua di una sola disposizione e genera l'inflizione di una sola pena.<sup>168</sup>

Nella scelta della qualificazione giuridica l'interprete è guidato da due principi fondamentali. Da un lato, secondo una coordinata temporale, egli è tenuto ad applicare la disposizione violata al momento di commissione del fatto di reato.<sup>169</sup> Dall'altro, secondo una coordinata narrativo-espressiva, è da preferire la disposizione che meglio descrive il fatto tipico nei suoi elementi oggettivi e soggettivi e meglio esprime il suo disvalore.<sup>170</sup> Tuttavia, nella maggior parte dei casi di concorso di norme, tali principi non risultano idonei a risolvere problema concernente *quale* sia la qualificazione che deve trovare applicazione.

Il punto di partenza imprescindibile ai fini dell'analisi è costituito dalla considerazione che tutte le convergenze normative sfociano nell'*apparenza*, fatta eccezione per l'ipotesi del *concours idéal*. L'ipotesi del concorso di qualificazioni è tenuta ben distinta da quella del concorso reale di reati, come se le due questioni non avessero punti di contatto. La ragione di tale netta separazione risiede, come vedremo, nelle diverse conseguenze processuali e sanzionatorie previste per il reo.

L'espressione *concours de qualifications* identifica l'area di sovrapposizione normativa che deve essere risolta – per definizione – nel senso dell'apparenza: compito del giudice sarà, pertanto, non tanto quello di risolvere la quesitone della convergenza, ma piuttosto di ricercare la norma applicabile, poiché soltanto una disposizione può trovare concreta applicazione e una sola dichiarazione di colpevolezza può essere formulata.

L'espressione *concours réel* identifica, invece, l'attribuzione allo stesso soggetto di più reati, a prescindere che essi siano imputati all'interno dello stesso processo o di diversi procedimenti penali.<sup>171</sup>

La distinzione tra concorso di qualificazioni e concorso materiale di reati assume un'importanza fondamentale con riferimento alle conseguenze giuridiche per il reo. Di

nell'ordinamento (la stima più accurata conta all'incirca 11.000 infrazioni). Cfr. P. BONFILS, E. GALLARDO, *Concours d'infractions*, cit., 4.

<sup>167</sup> Cfr. X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, Paris, 2017, 239.

<sup>168</sup> Così M. PUECH, *Droit pénal général*, Litec, Paris, 1988, 328. Questa concezione è vicina alla declinazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale come divieto di molteplice valutazione giuridica dello stesso fatto.

<sup>169</sup> *Cass. crim.*, 29 novembre 1982: *Bull. crim.* n. 270, in *Revue de science criminelle*, 1983, 671 con nota di LAVASSEUR.

<sup>170</sup> *Cass. crim.*, 30 gennaio 1989: *Bull. crim.* n. 33.

<sup>171</sup> Cfr. M. HERZOG-EVANS, G. ROUSSEL, *Droit pénal général*, Vuibert, Paris, 2011, 167-172 e B. BOULOC, *Droit pénal général*, cit., 567. Sul *concours réel* si rinvia a V. LESCLOUS, *Le cumul réel d'infractions*, in *Revue des Sciences Criminelles*, 1991, 717-733; E. FORTIS, *Concours réel d'infractions*, in *Revue des Sciences Criminelles*, 2007, 527-529; P. SALVAGE, *Concours d'infractions – Concours réel d'infractions*, in *JurisClasseur Pénal Code*, 2016, 1-60.

fronte a un concorso di qualificazioni soltanto una norma è destinata a trovare applicazione: ciò significa che, dal punto di vista processuale, una sola dichiarazione di colpevolezza viene pronunciata e, dal punto di vista sostanziale, una sola pena viene commisurata; per contro, nel caso di concorso *réel*, più dichiarazioni di colpevolezza sono pronunciate – una per ogni reato commesso – e più pene vengono inflitte potendo, a determinate condizioni, cumularsi.<sup>172</sup>

Fatte queste premesse si procede ad analizzare l'insieme delle relazioni strutturali tra fattispecie che escludono il concorso di reati e, successivamente, la figura complessa del *concours idéal*.

## 5. Relazioni strutturali che danno origine alla convergenza apparente

Alcune relazioni tra norme portano automaticamente a concludere in favore dell'apparenza.<sup>173</sup> Esse si identificano nelle relazioni di incompatibilità, di alternatività e di sovrapposibilità (o ridondanza).

Le qualificazioni *incompatibili* ricorrono nelle ipotesi in cui un reato costituisce la conseguenza logica e in qualche modo naturale – o automatica<sup>174</sup> – di altro reato perché a esso strettamente connesso sia dal punto di vista temporale (contestualità degli atti) che soggettivo (l'intenzione criminosa è unitaria).<sup>175</sup> In tali ipotesi soltanto la norma che disciplina l'infrazione c.d. originaria deve trovare applicazione. Classico esempio è l'omicida che nasconde il cadavere della vittima, il quale sarà chiamato a rispondere del solo reato di omicidio e non anche di occultamento di cadavere, ovvero il caso delle lesioni personali seguite dall'omissione di soccorso.

Mentre alcuni autori non forniscono un criterio di soluzione preciso facendo riferimento più al buon senso – e all'intrinseca logicità di tale soluzione – che a un principio giuridico dell'ordinamento,<sup>176</sup> altri autori e parte della giurisprudenza identificano il criterio di soluzione nel fatto che l'intenzione criminosa dell'autore si presenta come unitaria.<sup>177</sup> Quest'ultima impostazione presenta le criticità tipiche delle ricostruzioni teoriche marcatamente soggettivistiche dato che, dal punto di vista sostanziale, sembra prevalere la rimproverabilità di un atteggiamento psichico interiore a discapito del giudizio sul comportamento materialmente estrinsecatosi nel mondo

<sup>172</sup> Cfr. P. BONFILS, E. GALLARDO, *Concours d'infractions*, cit., 3.

<sup>173</sup> Cfr. H. RENOUT, F. FOURMENT, *Droit pénal général*, Larcier, Bruxelles, 2013, 122.

<sup>174</sup> Così P. KOLB, L. LETURMY, *Droit pénal général*, cit., 87.

<sup>175</sup> Cfr. R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Tome I*, Cujas, Paris, 2000, 390; X. PIN, *Droit pénal général*, cit., 241.

<sup>176</sup> Così P. SALVAGE, *Concours d'infractions*, cit., 3 e P. BONFILS, E. GALLARDO, *Concours d'infractions*, cit., 4.

<sup>177</sup> Cfr. P. KOLB, L. LETURMY, *Droit pénal général*, cit., 84; P. BONFILS, E. GALLARDO, *Concours d'infractions*, cit., 5 e l'ampia casistica giurisprudenziale ivi citata.

esteriore e, dal punto di vista processuale, emergono le difficoltà di ordine probatorio legate alla prova dell'esistenza di una intenzione criminosa unitaria.

Anche la giurisprudenza appare divisa e offre soluzioni opposte, soprattutto nei casi di concorso tra lesioni personali e omissione di soccorso.<sup>178</sup>

Le qualificazioni *alternative* – considerate da alcuni autori una varietà delle relazioni di incompatibilità<sup>179</sup> – si caratterizzano per la loro autonoma ed esclusiva capacità di disciplinare un fatto di reato.<sup>180</sup> Nel caso in cui due o più norme contengono degli elementi distinti e opposti, di modo che la loro applicazione congiunta risulterebbe contraddittoria, l'interprete è tenuto ad applicare una sola norma: è il caso dell'art. 322-1 c.p. (danneggiamento o distruzione di un bene altrui) e dell'art. 434-10 c.p. (tentativo di sottrarsi alla giustizia in seguito a un danno causato dal conducente) che prevedono due distinti e incompatibili elementi soggettivi, doloso il primo e colposo il secondo.<sup>181</sup>

Particolarmente interessanti sono le relazioni di sovrapposibilità, definite anche *ridondanti*, se non altro perché nell'ordinamento italiano si è visto come l'esistenza di un grado minimo di sovrapposibilità tra fattispecie costituisca uno dei presupposti ontologici della convergenza.

In tali ipotesi un fatto di reato integra *prima facie* gli elementi oggettivi e soggettivi di più disposizioni, ma a una più attenta analisi soltanto una norma è destinata a trovare applicazione. Due sono i casi di qualificazioni ridondanti: da un lato tale relazione strutturale intercorre allorché una norma disciplini un fatto già ricompreso all'interno di altra disposizione;<sup>182</sup> dall'altro si ha ridondanza qualora una delle due disposizioni concorrenti possa considerarsi assorbita dall'altra secondo una relazione di continenza.<sup>183</sup> A queste ipotesi si possono aggiungere le relazioni di identità, in cui lo stesso fatto è interamente disciplinato da più disposizioni.<sup>184</sup>

<sup>178</sup> Favorevole all'apparenza della convergenza *Cass. crim.*, 19 febbraio 1959: D. 1959, 161; *CA Douai*, 30 settembre 1954: D. 1955, 55, con nota di P.-A. PAGEAUD; *CA Bourges*, 6 marzo 1958: D. 1958, 279. Favorevole al concorso di reati *Cass. crim.*, 24 giugno 1980: *Bull. crim.* 1980, n. 202; *Cass. crim.*, 22 aprile 1986: *Bull. crim.* 1986, n. 136.

<sup>179</sup> Cfr. P. BONFILS, E. GALLARDO, *Concours d'infractions*, cit., 6 e Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, cit., 166.

<sup>180</sup> Cfr. F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Économica, Paris, 2009, 290 e J. PRADEL, *Manuel de droit pénal général*, Cujas, Paris, 2008, 289. Per la giurisprudenza si rinvia a *Cass. crim.*, 13 ottobre 1982: *Bull. crim.* 1982, n. 215.

<sup>181</sup> Con riferimento all'ordinamento italiano tali relazioni sono state definite come «incompatibilità» ed escludono *a priori* il fenomeno della convergenza. Cfr. P. KOLB, L. LETURMY, *Droit pénal général*, cit., 85.

<sup>182</sup> Cfr. F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, cit., 292; V. LESCLOUS, *Le cumul réel d'infractions*, cit., 717.

<sup>183</sup> Cfr. J. SALVAIRE, *Le concours idéal de contravention*, in *Juris-Classeur périodique général*, I, 1960, 1588.

<sup>184</sup> Sul punto cfr. V. MALABAT, *Le champ inutile du droit pénal: les doubles incriminations*, in M. DELMAS-MARTY, J. DANET (a cura di), *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, Paris, 2006, 154.

Il primo caso è regolato dal principio di specialità, il quale, pur non trovando esplicito riconoscimento nel diritto positivo, acquista anche nell'ordinamento francese la forza di principio generale di diritto.<sup>185</sup> Tuttavia è interessante notare come la specialità viene spesso applicata non tanto in ragione della sua intrinseca logicità – se si applicasse la norma generale, quella speciale non avrebbe senso di esistere all'interno dell'ordinamento – ma piuttosto perché si ritiene che la disposizione speciale assorba l'intero disvalore sociale del fatto di reato.<sup>186</sup> Nonostante si tenda ad adottare una concezione ampia di specialità,<sup>187</sup> la dottrina è unanime nel riconoscere l'insufficienza di tale principio come unico criterio di soluzione.<sup>188</sup>

Il secondo caso, avente a oggetto le relazioni di continenza, sembrerebbe potersi ricondurre al principio di consunzione. Eppure, attenendosi alle definizioni elaborate dalla dottrina, la categoria identificata con la dicotomia *qualifications larges / qualifications partielles* ricomprende ipotesi eterogenee.

In primo luogo si ha assorbimento qualora la sovrapposizione normativa origini dal fatto che una disposizione si compone di un elemento costitutivo che già costituisce reato o circostanza aggravante ai sensi di un'altra norma.<sup>189</sup> Di immediata intuizione è la riconducibilità di questa ipotesi alla figura del reato complesso, per il quale anche l'ordinamento italiano esclude il concorso di reati, fatta eccezione per quanto previsto all'art. 301, comma 3, c.p. (cfr. *retro*, nota 34).

In secondo luogo viene considerato apparente il concorso tra il reato-mezzo e il reato-fine. Qualora un reato venga posto in essere quale mezzo necessario per commetterne un altro, soltanto la disposizione che disciplina il reato-fine troverà concreta applicazione. A tale ipotesi viene assimilata quella in cui un soggetto realizza più reati teleologicamente connessi perché facenti parte di un medesimo disegno criminoso.<sup>190</sup>

In terzo luogo è destinato a sfociare nell'apparenza anche il concorso tra il reato principale e i c.d. reati ostacolo, il quale si verifica qualora l'evento lesivo principale, che il legislatore ha voluto evitare attraverso l'incriminazione di una condotta-ostacolo, si è comunque realizzato: in questa ipotesi il reato ostacolo perde la sua rilevanza giuridica e viene ritenuto assorbito dal reato di evento.<sup>191</sup> Tipico esempio è costituito dalla guida in stato d'ebbrezza (reato ostacolo) e le lesioni causate in seguito a un incidente automobilistico, in quanto la prima incriminazione è stata prevista dal

<sup>185</sup> Cfr. J. PRADEL, *Manuel de droit pénal général*, cit., 293. Per un'applicazione giurisprudenziale si rinvia all'ampia casistica citata in P. SALVAGE, *Concours d'infractions*, cit., 5.

<sup>186</sup> Cfr. A. VARINARD, *Qualifications multiples*, cit., 320.

<sup>187</sup> *Cass. crim.*, 21 marzo 2006, n. 05-83.122: *Bull. crim.*, n. 84.

<sup>188</sup> Per tutti si rinvia a P. BONFILS, E. GALLARDO, *Concours d'infractions*, cit., 7.

<sup>189</sup> Così P. SALVAGE, *Concours d'infractions*, cit., 6. Altri autori riconducono tale ipotesi alla relazione di incompatibilità: X. PIN, *Droit pénal général*, cit., 243; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, cit., 167.

<sup>190</sup> Cfr. P. SALVAGE, *Concours d'infractions*, cit., 6.

<sup>191</sup> Cfr. X. PIN, *Droit pénal général*, cit., 246.

legislatore al fine di evitare determinati eventi lesivi come le lesioni o l'omicidio stradale. Pur utilizzando una diversa terminologia, questa ipotesi sembra prevedere l'assorbimento del reato di pericolo nel reato d'evento che trova realizzazione andando a vanificare gli sforzi di tutela preventiva predisposti dal legislatore.

A prescindere dalla diversa denominazione utilizzata si registra una parziale coincidenza tra le soluzioni adottate dall'ordinamento francese e quelle italiane.

Nei casi di incompatibilità pura la dottrina italiana esclude *a priori* il fenomeno della convergenza normativa, mentre in Francia si parla comunque di *concours d'infractions*. Tuttavia il risultato finale è il medesimo: si applica soltanto la norma riferibile al caso di specie.

Con riferimento al trattamento del c.d. reato complesso, in Francia non si rinviene una disposizione equivalente all'art. 84 c.p. italiano. Ciononostante in entrambi gli ordinamenti si conclude pur sempre per l'unità di reato.

Una parziale differenza intercorre, invece, nel caso dei reati connessi teleologicamente. Mentre la prospettiva soggettivistica francese riconduce tali ipotesi all'interno della categoria delle relazioni di incompatibilità, con conseguente apparenza del concorso, in Italia si conclude per il concorso di reati, tutt'al più mitigato dal regime sanzionatorio della continuazione previsto all'art. 81, comma 2, c.p. Soltanto attraverso l'espedito dell'antefatto e del postfatto non punibili – sulla premessa, però, che sia concesso spazio a tali figure dottrinali – è possibile giungere a una conclusione simile a quella francese.

## **6. La disciplina del *concours idéal d'infractions* e la natura eccezionale del concorso formale di reati**

Vi sono casi in cui le suddette relazioni tra fattispecie non si verificano e un fatto naturalisticamente unitario è suscettibile di essere qualificato alla luce di più disposizioni: in queste ipotesi si ha *concours idéal d'infractions*.<sup>192</sup> Un tipico esempio tratto da un celebre caso che si analizzerà tra breve è costituito dal concorso tra il reato di danneggiamento di edificio e il reato di strage a seguito del lancio di una granata all'interno di un locale.

<sup>192</sup> Cfr. P. SERLOOTEN, *Les qualifications multiples*, in *Revue des sciences criminelles*, 1973, 45 ss.; A. DEKEUWER, *La classification des concours de qualifications*, in *Revue des sciences criminelles*, 1974, 511; Y. CHALARON, *Le concours idéal d'infractions*, in *Juris-Classeur périodique général*, I, 1967, 2088 ss.

La dottrina utilizza diverse espressioni linguistiche per individuare tale fenomeno, definendolo a volte *cumul idéal d'infractions*,<sup>193</sup> altre volte *cumul intellectuel d'infractions*.<sup>194</sup>

Il concorso *idéal* va tenuto nettamente distinto dal *concours réel d'infractions* in quanto in quest'ultimo si hanno più fatti distinti, concomitanti o successivi.<sup>195</sup>

L'ordinamento francese non prevede una regola assimilabile all'art. 81, comma 1, c.p. italiano. Al contrario, nei casi di concorso ideale, ci si chiede se sia opportuno risolvere la convergenza con il cumulo di qualificazioni giuridiche ovvero con l'applicazione di una sola norma.<sup>196</sup>

La regola generale secondo la quale lo stesso fatto è suscettibile di una sola qualificazione giuridica si fonda sul principio del *ne bis in idem* sostanziale,<sup>197</sup> anche se non mancano pronunce che fanno riferimento a un laconico principio di correlazione tra unità di azione e unità di reato.<sup>198</sup>

La giurisprudenza ha fornito una risposta dai contorni evanescenti e incerti, identificando, ancora una volta, il criterio di soluzione della questione con il principio generale dell'unità della qualificazione giuridica del fatto, al quale però si contrappongono due eccezioni che consentono di concludere per la pluralità di reati.<sup>199</sup>

Nella scelta della disposizione da applicare dottrina e giurisprudenza sono concordi nel preferire la norma che prevede il trattamento sanzionatorio più severo,<sup>200</sup> in quanto ritenuta capace di esprimere l'intero disvalore del fatto.<sup>201</sup>

Il Consiglio Costituzionale ha ricordato che, in virtù dell'art. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789,<sup>202</sup> qualora lo stesso fatto possa essere oggetto di molteplici qualificazioni giuridiche, la sanzione

<sup>193</sup> Cfr. J. LEROY, *Droit pénal général*, Lextenso, Paris, 2012, 170.

<sup>194</sup> Cfr. B. BOULOC, *Droit pénal général*, cit., 568.

<sup>195</sup> Cfr. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, cit., 177.

<sup>196</sup> A. DEKEUWER, *La classification des concours de qualifications*, cit., 511.

<sup>197</sup> Cfr. H. RENOUT, F. FOURMENT, *Droit pénal général*, cit., 125. Per la giurisprudenza si veda *Cass. crim.*, 3 marzo 1966: *Bull. crim.*, n. 79; *Cass. crim.*, 19 aprile 1967: *Bull. crim.*, n. 126; *Cass. crim.*, 28 gennaio 1969: *Bull. crim.*, n. 51; *Cass. crim.*, 26 marzo 1974: *Bull. crim.*, n. 129; *Cass. crim.*, 22 novembre 1983: *Bull. crim.*, n. 308.

<sup>198</sup> *Cass. crim.*, 13 gennaio 1953: *Bull. crim.*, n. 12; *Cass. crim.*, 28 gennaio 1969, cit.; *Cass. crim.*, 22 novembre 1983, cit.; *Cass. crim.*, 16 maggio 1984: *Bull. crim.*, n. 181; *Cass. crim.*, 5 febbraio 1986: *Bull. crim.*, n. 47; *Cass. crim.*, 23 maggio 1989, n. 87-90-021; *Cass. crim.*, 4 febbraio 1998, n. 97-82.417: *Bull. crim.*, n. 46; *Cass. crim.*, 11 maggio 2004: *Bull. crim.*, n. 115; *Cass. crim.*, 8 marzo 2005, n. 04-83.341: *Bull. crim.*, n. 78.

<sup>199</sup> Cfr. P. BONFILS, E. GALLARDO, *Concours d'infractions*, cit., 12; J. PRADEL, *Manuel de droit pénal général*, cit., 291; P. SERLOOTEN, *Les qualifications multiples*, cit., 45 ss.

<sup>200</sup> Cfr. P. SALVAGE, *Concours d'infractions*, cit., 8. Per la giurisprudenza si veda *Cass. crim.*, 13 gennaio 1953, cit.; *Cass. crim.*, 29 novembre 1956: *Bull. crim.*, n. 588; *Cass. crim.*, 3 gennaio 1970: *Bull. crim.*, n. 4; *Cass. crim.*, 20 novembre 1978: *Bull. crim.*, n. 323; *Cass. crim.*, 15 dicembre 1993, n. 93-84.515: *Bull. crim.*, n. 389; *Cass. crim.*, 16 maggio 2006, n. 05-86.860.

<sup>201</sup> *Cass. crim.*, 3 marzo 1966: *Bull. crim.*, n. 79; *Cass. crim.*, 21 aprile 1976: *Bull. crim.*, n. 122.

<sup>202</sup> L'art. 8 prevede che «la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée».



inflitta non può in ogni caso eccedere il massimo edittale previsto dalla legge per la disposizione in concorso che contiene la pena più severa.<sup>203</sup>

A differenza di quanto accade nell'ordinamento italiano, il concorso formale di reati in Francia è visto come un'*eccezione* al principio dell'unità di qualificazione giuridica del fatto di reato. Esso non ha natura giuridica autonoma, non è previsto da alcuna disposizione, è frutto di elaborazione giurisprudenziale e, soprattutto, si pone come figura marginale, eccezionale e di «rara» verifica.<sup>204</sup>

Le conseguenze di tale approccio hanno un impatto significativo sul regime processuale e sul trattamento sanzionatorio. Concludere in favore dell'apparenza significa ritenere applicabile una sola norma, anche se la più grave. Ciò significa che saranno applicabili soltanto le pene previste da questa disposizione e che una sola dichiarazione di colpevolezza sarà pronunciata nel corso del processo.<sup>205</sup>

Tuttavia in due situazioni eccezionali si diviene a una plurima qualificazione giuridica del medesimo fatto: in tali ipotesi il concorso di norme diventa reale (*cumul véritable*) e si traduce in un concorso di reati (*conours idéal d'infractions*).<sup>206</sup> Diverse sono, però, le conseguenze sanzionatorie.

### 6.1. Prima eccezione: la pluralità di beni giuridici

La prima eccezione all'apparenza della convergenza è stata affermata dalla giurisprudenza nel celebre caso *Ben Haddadi*, in cui si è dichiarato che «la soluzione del conflitto di norme dipende dall'unicità o pluralità dei beni giuridici protetti».<sup>207</sup>

Il caso di specie origina da un fatto svoltosi in Algeria. Il 1 giugno 1958 a Cheragas, una cittadina situata a nord nella provincia di Algeri, un uomo ha gettato una granata all'interno del *café* della Posta dove sedevano diverse persone. Dato che per circostanze indipendenti dalla volontà dell'autore la granata non è esplosa, l'imputato è stato condannato per il tentativo di omicidio e il tentativo di distruzione di immobile.

Quali sono le ragioni che hanno portato la giurisprudenza ad affermare il concorso di reati?

<sup>203</sup> *Cons. Const.*, 12 gennaio 2002, n. 2001-455 DC. Nel caso in cui le disposizioni prevedano la stessa pena nel massimo, la giurisprudenza tende a preferire la violazione primaria e a ritenere assorbita l'infrazione-mezzo: cfr. J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., 270.

<sup>204</sup> Così P. BONFILS, E. GALLARDO, *Concours d'infractions*, cit., 12.

<sup>205</sup> *Cass. crim.*, 13 gennaio 1953, cit.; *Cass. crim.*, 28 dicembre 1959: *Bull. crim.*, n. 588.

<sup>206</sup> Cfr. P. SALVAGE, *Concours d'infractions*, cit., 6. La natura eccezionale del concorso formale di reati rispetto alla qualificazione unitaria del fatto sembra in parte dovuta alla preoccupazione di giustificare il *cumul idéal d'infractions* alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale ha ritenuto conforme all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla ECHR il cumulo di qualificazioni (nel caso di specie: lesioni colpose e mancanza della patente di guida): ECtHR, *Oliveira c. Suisse*, 30 luglio 1998, par. 22.

<sup>207</sup> *Cass. crim.*, 3 marzo 1960, *Ben Haddadi*: *Bull. crim.*, n. 138, parzialmente riportato in J. PRADEL, A. VARINARD (a cura di), *Les grands arrêts*, cit., 305 ss.

Il caso *Ben Haddadi* ammette pacificamente che la medesima condotta possa dare origine a una plurima qualificazione giuridica dello stesso fatto, con la conseguente doppia dichiarazione di colpevolezza: la prima per il tentativo di distruzione di edificio, la seconda per il tentativo di omicidio volontario e con premeditazione.

La motivazione che sorregge questa impostazione risiede, a detta dei giudici, nella presenza di una pluralità di elementi soggettivi. La sussistenza di una doppia intenzione criminosa – una diretta ad uccidere, l'altra diretta a distruggere – giustificerebbe la duplice dichiarazione di colpevolezza inflitta al reo.<sup>208</sup>

Dalla lettura della sentenza sembra desumersi, pertanto, una correlazione tra pluralità di elementi soggettivi (o *double dessein criminel*, per utilizzare l'espressione francese) e pluralità di reati.

La dottrina, per contro, ha sempre ritenuto insufficiente il criterio soggettivo per risolvere la questione della convergenza, soprattutto perché nel concorso di qualificazioni colpose risulta assai arduo discernere volontà criminose differenti.<sup>209</sup>

Essa ha dunque ricercato un ulteriore criterio dirimente, partendo pur sempre dalla lettura della sentenza *Ben Haddadi*.

Attraverso una diversa interpretazione di alcuni passi della pronuncia giurisprudenziale, alcuni autori sono giunti ad affermare che il principio risolvente della convergenza di norme poggia sulla nozione di bene giuridico (*valeur sociale protégée*): un soggetto commette una pluralità di reati qualora con una azione od omissione – come il getto di una granata – leda o ponga in pericolo due o più beni giuridici protetti – come la vita e la proprietà privata – nonostante l'elemento soggettivo sia unitario – come la volontà di uccidere un gruppo di persone.<sup>210</sup>

La plurima dichiarazione di colpevolezza non solo è giustificata dalla presenza di più interessi giuridici protetti, ma risulta altresì *necessaria* perché a ogni valore penalmente protetto corrisponde una riprovazione sociale, espressa dal legislatore attraverso la criminalizzazione di quel fatto di reato.<sup>211</sup>

<sup>208</sup> Cass. crim., 3 marzo 1960, cit., 306.

<sup>209</sup> A. VARINARD, *Qualifications multiples*, cit., 314.

<sup>210</sup> Cfr. J. SALVAIRE, *Le concours idéal de contravention*, cit., 1588. Tale lettura non solo è confermata dalla giurisprudenza posteriore al caso *Ben Haddadi*, ma consente di comprendere anche le decisioni precedenti in materia di concorso di norme che pur non avevano espresso esplicitamente la correlazione tra pluralità di beni giuridici protetti e pluralità di reati: Cass. crim., 3 marzo 1955: *Bull. crim.*, n. 433; Cass. crim., 25 marzo 1965: *Bull. crim.*, n. 88; Cass. crim., 8 marzo 1972: *Bull. crim.*, n. 89; Cass. crim., 12 maggio 1993, n. 92-84.179: *Bull. crim.*, n. 177. Sulla giurisprudenza che ha applicato la regola enunciata nel caso *Ben Haddadi*, cfr. Cass. crim., 25 marzo 1965, cit. (omicidio o lesioni colpose e contravvenzioni al codice della strada); Cass. crim., 6 novembre 1963: *Bull. crim.*, n. 313 (contravvenzioni al codice della strada e violazione di regolamenti sui trasporti); Cass. crim., 5 maggio 1966: *Bull. crim.*, n. 139 (diffusione di notizie false e diffamazione); Cass. crim., 6 febbraio 1969: *Bull. crim.*, n. 65 (truffa ai danni dello Stato e frode fiscale); Cass. crim., 3 febbraio 1977: *Bull. crim.*, n. 44 (diffamazione e violazione di segreto professionale); *CA Limoges*, 4 giugno 1997, in *Revue des sciences criminelles*, 1998, 549, con nota di MAYAUD (traffico di stupefacenti e omicidio colposo).

<sup>211</sup> Sulla correlazione tra pluralità di valori sociali lesi e pluralità di reati cfr. P. SALVAGE, *Concours d'infractions*, cit., 9.

La correlazione tra concorso formale di reati (*cumul idéal d'infractions*) e pluralità di interessi protetti serve inoltre a esprimere compiutamente l'intero disvalore del fatto.<sup>212</sup>

Al contrario, l'unicità del bene giuridico impone l'unità di reato perché unica è la riprovazione sociale del fatto. A riprova di ciò può citarsi il caso *Desboilles*, in cui l'imputato fu accusato sia di furto di legna che di distruzione di bosco per aver abbattuto alcuni alberi in una parcella di terreno appartenente a un altro soggetto. I giudici della Corte di Cassazione hanno affermato che nel caso di specie lo stesso fatto è suscettibile di una sola qualificazione giuridica poiché le due disposizioni in concorso (apparente) proteggono lo stesso bene giuridico, ovvero la proprietà altrui, aggiungendo – in linea con la giurisprudenza *Ben Haddadi* – che l'elemento psicologico dell'autore è unitario.<sup>213</sup>

Dal punto di vista sanzionatorio questa eccezione si risolve nell'applicazione del medesimo regime giuridico previsto per il *concours réel* all'art. 132-3 c.p., già analizzato precedentemente.<sup>214</sup>

A fronte della chiarezza del principio applicato dalla giurisprudenza per risolvere la convergenza di norme possiamo rilevare alcune criticità.

In primo luogo tale impostazione sembra poter restringere di molto le maglie dell'apparenza contrastando con quel principio generale che, come abbiamo visto, tende verso la scelta di una sola qualificazione del fatto. Ciò è testimoniato dal riconoscimento di un alto numero di ipotesi di concorso. Tra queste, una sentenza ha riconosciuto il concorso di reati tra la guida in stato d'ebbrezza e l'ubriacatura in pubblico, in quanto il primo reato è volto a proteggere la sicurezza della circolazione stradale e il secondo la decenza pubblica;<sup>215</sup> un'altra ha ammesso il concorso tra la distruzione volontaria di un bene altrui (art. 322-5 c.p.) e l'eccesso di velocità (art. 413-1 codice della strada) che genera un incidente dal quale scaturisce un incendio.<sup>216</sup>

L'eccezione fondata sulla pluralità degli interessi protetti sembra dunque trasformarsi in regola generale.<sup>217</sup>

In secondo luogo il criterio fondato sull'interesse protetto non può fornire una soluzione soddisfacente in tutte quelle ipotesi di reati plurioffensivi.<sup>218</sup>

<sup>212</sup> Cfr. P. BONFILS, E. GALLARDO, *Concours d'infractions*, cit., 14. In senso conforme si è posta una pronuncia del *Bundesgerichtshof* tedesco (BGH) proprio con riferimento al rapporto tra il crimine di genocidio e il reato di omicidio, in cui si è affermato che la distinzione principale tra le due fattispecie risiede nell'interesse giuridico protetto: BGH, no. 3 StR 215/98, 30 aprile 1999, in *NStZ* 19, 1999, 402 ss. Tuttavia tale pronuncia costituisce un'eccezione nella prassi giurisprudenziale tedesca, in quanto il criterio del bene giuridico viene solitamente utilizzato per corroborare il risultato ottenuto attraverso il raffronto strutturale tra gli elementi delle fattispecie: cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 250 (nota 25).

<sup>213</sup> *Cass. crim.*, 16 giugno 1965, *Desboilles: Bull. crim.*, n. 44, in *Revue des sciences criminelles*, 1965, 871, con nota di LÉGAL.

<sup>214</sup> Cfr. P. BONFILS, E. GALLARDO, *Concours d'infractions*, cit., 14.

<sup>215</sup> *Cass. crim.*, 15 gennaio 1958: *Bull. crim.*, n. 60.

<sup>216</sup> *Cass. crim.*, 30 aprile 2016, n. 15-85.082.

<sup>217</sup> Per una casistica giurisprudenziale si rinvia a A. VARINARD, *Qualifications multiples*, cit., 316-318.

In terzo luogo la scarsa afferrabilità del concetto di bene giuridico, nonché la sua intrinseca ed inevitabile operabilità previa l'operazione di interpretazione delle norme da parte del giudice – che si fonda su un'ampia discrezionalità lasciata all'organo giudicante nell'individuazione degli interessi protetti – può generare alcune incongruenze.<sup>219</sup>

In molti casi, infatti, si ha unità di qualificazione giuridica (e quindi di reato) a fronte di una pluralità di interessi protetti violati: si pensi ai casi della truffa, che protegge la proprietà e gli interessi patrimoniali, ed esercizio illegale della professione medica, volta a garantire la qualità del servizio medico.<sup>220</sup> Parte della dottrina, tuttavia, ha rilevato che la casistica in esame è coerente con la soluzione a favore dell'apparenza del concorso prevista per i casi delle c.d. relazioni strutturali ridondanti tra fattispecie, in particolare nei rapporti tra *qualifications larges* – *qualifications partielles*.<sup>221</sup> nell'esempio proposto, l'esercizio abusivo della professione medica costituisce il mezzo per commettere il reato di truffa, e l'elemento soggettivo dell'autore è unitario e rivolto alla lesione di un solo bene giuridico.<sup>222</sup>

Pur se meno numerose, non mancano le ipotesi inverse in cui la giurisprudenza abbia concluso per il concorso di reati pur a fronte di un solo bene giuridico leso: si fa l'esempio di chi, per imprudenza, causa molteplici conseguenze dannose di diversa natura, come un decesso e delle lesioni personali.<sup>223</sup> A ben vedere si pone qui un problema di interpretazione poiché, mentre nell'ordinamento italiano ci si trova di fronte a due beni giuridici distinti e identificati, rispettivamente, nella vita e nell'integrità fisica, nell'ordinamento francese si tende a individuare un solo valore protetto, coincidente con l'integrità fisica della persona.<sup>224</sup>

A prescindere dalla criticità presentate, è bene sottolineare che l'eccezione fondata sulla pluralità dei beni giuridici violati è giustificata da ragioni di ordine processuale, ovvero garantire alla vittima che ha subito le lesioni più lievi di costituirsi parte civile all'interno del procedimento. Ciò ci permette di introdurre la seconda eccezione che consente di concludere per il concorso di reati nelle ipotesi di fatto naturalisticamente unitario qualificabile alla stregua di due o più disposizioni.

---

<sup>218</sup> X. PIN, *Droit pénal général*, cit., 248.

<sup>219</sup> Cfr. E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, Paris, 2016, 492-494, A. VARINARD, *Qualifications multiples*, cit., 325 e P. BONFILS, E. GALLARDO, *Concours d'infractions*, cit., 14, secondo i quali non sempre risulta agevole l'identificazione univoca dei beni giuridici protetti dalle disposizioni.

<sup>220</sup> Cfr. *Cass. crim.*, 26 maggio 1976: *Bull. crim.*, n. 181.

<sup>221</sup> Cfr. P. SERLOOTEN, *Les qualifications multiples*, cit.

<sup>222</sup> A. VARINARD, *Qualifications multiples*, cit., 321. Un altro caso paradigmatico concerne l'assorbimento del reato di stupro nell'estorsione aggravata da atti di tortura: *Cass. crim.*, 9 dicembre 1993: *Bull. crim.*, n. 393.

<sup>223</sup> *Cass. crim.*, 26 ottobre 1960: *Bull. crim.*, n. 481; *Cass. crim.*, 28 gennaio 1969, cit.

<sup>224</sup> Cfr. A. VARINARD, *Qualifications multiples*, cit., 322.

## 6.2. Seconda eccezione: la pluralità delle vittime

Qualora l'unico bene giuridico a essere lesa o messo in pericolo sia l'integrità fisica di più persone, la giurisprudenza, in modo unanime, ha sempre concluso per la qualificazione multipla del fatto.<sup>225</sup> Così, nei casi di lesioni di diversa gravità poste in essere con una sola azione od omissione e nei confronti di differenti vittime, il regime giuridico che trova applicazione è quello del concorso formale di reati.<sup>226</sup>

Tuttavia, diversamente da quanto previsto nell'ipotesi della presenza di più beni giuridici distinti, dal punto di vista sanzionatorio questa seconda eccezione si risolve, pur a fronte di molteplici dichiarazioni di colpevolezza, nell'applicazione della pena più grave prevista dal legislatore: si ha pluralità di reati, ma unicità di pena.<sup>227</sup>

Le ragioni alla base di questa scelta risultano, tuttavia, diverse rispetto a quanto previsto nell'ordinamento italiano, in cui si fa costante riferimento alla natura personale del bene lesa e alla sua rilevanza.<sup>228</sup>

In Francia, invece, il *cumul idéal d'infractions* è giustificato dalla volontà di garantire il diritto alla riparazione a tutte le vittime del reato, che altrimenti non potrebbero costituirsi parte civile e ottenere il risarcimento del danno.<sup>229</sup> Una giustificazione, pertanto, di natura processuale.

Alcuni autori hanno rilevato come l'eccezione in esame non abbia più ragione di sussistere dopo la modifica dell'art. 3, comma 2 c.p.c., in quanto esso consente a tutte le vittime di un reato di costituirsi parte civile a prescindere dalla qualificazione unitaria o multipla del fatto.<sup>230</sup> Ciononostante, la giurisprudenza è rimasta fedele alla propria tradizione e continua a giustificare il cumulo di qualificazioni facendo riferimento alla pluralità delle vittime.

Come si è detto, questa seconda eccezione diverge notevolmente, sul piano sanzionatorio, da quella prevista nei casi di pluralità di beni giuridici. Le differenze possono essere così sintetizzate:

<sup>225</sup> Cass. crim., 4 gennaio 1957: Bull. crim., n. 10; Cass. crim., 26 ottobre 1960, cit.; Cass. crim., 16 maggio 1984, cit.; Cass. crim., 22 febbraio 1995, n. 94-82.102: Bull. crim., n. 80-81.

<sup>226</sup> Cfr. J. PRADEL, *Manuel de droit pénal général*, cit., 292.

<sup>227</sup> Cass. crim., 8 marzo 2005, cit.

<sup>228</sup> Un riferimento alla gravità del reato di lesioni è contenuto in H. RENOUT, F. FOURMENT, *Droit pénal général*, cit., 125.

<sup>229</sup> Cfr. P. SALVAGE, *Concours d'infractions*, cit., 13 e P. BONFILS, E. GALLARDO, *Concours d'infractions*, cit., 15.

<sup>230</sup> Cfr. E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, tesi di dottorato, Paris, 1969, 215-226; W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Montchrestien, Paris, 1991, n. 463.

	<b>I eccezione: pluralità di beni giuridici</b>	<b>II eccezione: pluralità di vittime</b>
<b>Qualificazione</b>	Plurima	Plurima
<b>Dichiarazione di colpevolezza</b>	Plurima	Plurima
<b>Pena inflitta</b>	Plurima (in caso di pene di specie diversa)	Unica

### **7. Dall'analisi delle forme all'analisi delle funzioni. Verso una dogmatica della convergenza nel diritto penale internazionale**

L'indagine comparata ha rivelato come il dilemma della convergenza di norme sia diversamente affrontato e risolto negli ordinamenti italiano e francese. Le divergenze non riguardano soltanto la fase di commisurazione della pena ma ancor prima l'impostazione stessa della riflessione circa i presupposti ontologici del problematica del concorso nonché i principi giuridici posti alla base della sua soluzione.

Quello francese è un ordinamento che si distingue sia per alcune sottrazioni che per alcune addizioni.

Con riferimento alle prime, si è visto come manchi una norma *ad hoc* volta a disciplinare il concorso formale di reati e, in via ancor più generale, sia assente una disposizione che codifichi un principio-guida che operi nei casi di convergenza. Assente è pure un'impostazione della questione incardinata sul confronto strutturale tra fattispecie, con la conseguenza che si finisce per considerare le relazioni di alternatività come banale espressione del principio dell'unicità della qualificazione giuridica del fatto, quando queste stesse relazioni risultano, sul piano logico, incompatibili con il fenomeno della convergenza. Infine, manca un criterio univoco di soluzione del problema.

Con riferimento alle addizioni emerge chiaramente, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, la volontà di ridurre al minimo le ipotesi di concorso di reati e di preferire, dunque, l'univoca qualificazione del fatto. E questo perché l'intera materia sembra preoccuparsi più delle conseguenze dannose inflitte al reo che al raggiungimento di una soluzione inconfutabile dal punto di vista logico, sistematico e di estetica giuridica.

L'ordinamento francese permette di ricordare che anche la materia del concorso di norme non può e non deve esaurirsi in «esercizi di stile»<sup>231</sup> dogmatici, ma è anch'essa intrisa di politica criminale perché la sua soluzione ha dirette conseguenze sulla persona dell'autore: si passa, così, «da un'analisi delle forme ad un'analisi delle funzioni»,<sup>232</sup> recuperando una fondamentale dimensione di politica criminale in una materia che troppo a lungo, almeno in Italia, ne è rimasta orfana.

In conclusione, dall'indagine comparata emergano le seguenti suggestioni: la necessità di impostare su basi strettamente strutturali il problema della convergenza di norme;<sup>233</sup> la tendenza a delimitare l'area del cumulo di qualificazioni e ampliare, per contro, l'area dell'apparenza; l'adozione di molteplici criteri – sia logici che valoriali – nella risoluzione della problematica, tra cui figurano il principio di specialità, il principio di consunzione e la funzione del bene giuridico; infine, il recupero della dimensione della politica criminale.<sup>234</sup>

Ma vi è di più. L'analisi comparata obbliga a confrontarsi con un dato incontestabile: il fenomeno della convergenza viene affrontato con risposte giuridiche a

<sup>231</sup> L'espressione è di R. QUENEAU, *Esercizi di stile*, Einaudi, Milano, 2014.

<sup>232</sup> Così M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 118.

<sup>233</sup> Esigenza già sentita da G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 41 e ribadita dalle Sezioni Unite in cui si afferma che l'istituto del concorso di norme «si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie», Cass. Pen., Sez. Un., 23 febbraio 2017, cit., par. 7.5. In senso conforme C. SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, cit., 469.

<sup>234</sup> La scelta in favore di un approccio strutturale potrebbe, a prima vista, sembrare contraddittoria e bisognosa di una più ampia argomentazione, dato che dall'analisi degli ordinamenti italiano e francese emerge il notevole credito di cui godono approcci di carattere squisitamente valutativo o teleologico. Con riferimento all'ordinamento italiano occorre tuttavia rammentare come, da un lato, la giurisprudenza di Cassazione abbia respinto il ricorso a criteri distinti e ulteriori rispetto a quello della specialità e, dall'altro, la dottrina c.d. pluralista abbia fatto ricorso soltanto *in via sussidiaria* a criteri valoriali capaci di estendere l'area dell'apparenza ben al di là di quella già risultante dall'applicazione del principio di specialità. Sia il formante giurisprudenziale che quello dottrinale fondano il concorso di norme sulla comparazione della struttura delle fattispecie e il principio (logico) di specialità rappresenta il punto di partenza incontestato per giungere alla soluzione della problematica: soltanto una volta rilevata l'insufficienza del criterio della specialità la dottrina pluralista vi affianca criteri di natura valutativa e teleologica. In modo analogo l'ordinamento francese presta molta attenzione alle relazioni strutturali che danno origine, per definizione, a un concorso apparente di norme. Tra queste figurano le qualificazioni c.d. incompatibili, alternative e ridondanti. In aggiunta anche in Francia il principio di specialità viene riconosciuto alla stregua di un principio di portata generale, nonostante non trovi esplicito riconoscimento nel diritto positivo. L'apertura verso criteri valutativi e il frequente ricorso alla categoria del bene giuridico sembrano pertanto trovare origine nel riconoscimento dell'insufficienza del principio di specialità a rappresentare l'unico criterio di soluzione della problematica. Di conseguenza si ritiene che l'impostazione su basi strutturali della problematica del concorso sia coerente con quanto emerso dall'analisi degli ordinamenti italiano e francese. Il primo tentativo di soluzione dovrebbe pertanto fondarsi sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie e il primo criterio che dovrebbe trovare applicazione è quello logico della specialità. Ciò non esclude, in un secondo momento e in via sussidiaria, la possibilità di far ricorso a ulteriori criteri – distinti dalla specialità – di carattere valutativo e teleologico, peraltro già (diversamente) utilizzati, come si è visto, dagli ordinamenti nazionali. In aggiunta, anche in altri ordinamenti, come quello tedesco, che fanno ricorso sia a criteri logici che a criteri valoriali, la preferenza viene sempre data al principio di specialità: solo in via sussidiaria la dottrina e la giurisprudenza ricorrono a criteri di natura valutativa. In senso conforme G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 480.

volte simili, altre volte eterogenee, altre volte ancora persino incompatibili. Si pensi alla funzione dirimente svolta dal bene giuridico: mentre in Italia la giurisprudenza recente ha abbandonato il riferimento all'interesse protetto quale strumento di ausilio per la soluzione del concorso di norme,<sup>235</sup> in Francia il ricorso alla *valeur sociale* costituisce il fondamento e la giustificazione dell'eccezione alla qualificazione unitaria del fatto.

Questo dato ci impone una riflessione circa l'inesistenza di una soluzione assoluta – eccetto, forse, per il principio di specialità unilaterale – con riferimento al problema della convergenza.

Spostando l'attenzione alla problematica del concorso di norme nel diritto penale internazionale si deve tenere a mente che lo studio comparato costituisce un metodo fedele e imprescindibile nel tentativo di conferire giuridicità e sistematicità alla materia della convergenza di norme, troppo a lungo lasciata nelle mani della giurisprudenza.<sup>236</sup> Alcuni punti fermi e riflessioni saranno dunque ripresi nell'analisi delle relazioni strutturali che si possono instaurare tra i crimini internazionali.

Con un'ultima precisazione: procedere con un trapianto automatico, a livello internazionale, dei principi e delle soluzioni adottate negli ordinamenti interni costituirebbe un'operazione sia inutile che sbagliata.

*Inutile*, perché in molti casi la soluzione nazionale non sembra soccorrere l'interprete nella ricerca di un criterio risolutore della questione: si pensi all'ipotesi di concorso tra crimini contro l'umanità e crimini di guerra pacificamente risolta nel senso del cumulo delle qualificazioni giuridiche dalla giurisprudenza francese nel celebre caso *Barbie*, nella quale manca però qualsiasi riflessione sulle motivazioni di tale scelta.<sup>237</sup>

*Sbagliata*, perché la funzione-guida che i principi nazionali possono svolgere deve comunque tenere in debita considerazione alcune peculiarità che caratterizzano il diritto penale internazionale.

Quest'ultimo corpo normativo introduce un ulteriore elemento di complessità poiché la presenza all'elemento di contesto apre le porte alla plurima qualificazione della *stessa condotta* e dello *stesso evento* (si pensi al medesimo omicidio qualificato al contempo come genocidio e crimine di guerra). Di conseguenza, il più fedele giudizio di sussunzione tipologica della realtà perde la sua intrinseca «capacità di sintesi unificante idonea a ridurre il bisogno di reiterare le valutazioni normative».<sup>238</sup>

<sup>235</sup> Da ultimo cfr. Cass. Pen., VI Sez., Ordinanza 3 novembre 2016, n. 47174, par. 9.

<sup>236</sup> Sulla rilevanza della dimensione dogmatica nel diritto penale internazionale si veda G.P. FLETCHER, *New Court, Old Dogmatik*, cit., 179-190.

<sup>237</sup> Cfr. *Cass. crim.*, 20 dicembre 1985, n. 85-95.166, punto 6 e *Cass. crim.*, 25 novembre 1986, n. 86-92.714, punto 2. Sull'evoluzione della nozione di crimine contro l'umanità nel diritto francese cfr. L.S. WEXLER, *The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 32, 1995, 289-380.

<sup>238</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 209.



## CAPITOLO III

# VERSO UNA DOGMATICA DEL CONCORSO DI NORME NELLO STATUTO DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

1. Il rapporto strutturale tra fattispecie come punto di partenza per una dogmatica del concorso di norme. – SEZIONE I. LE IPOTESI DI CONCORSO INTRA-CATEGORIALE – 2. La convergenza impossibile: le norme incompatibili. – 3. Disposizioni a più norme e norme a più fattispecie: il crimine di arruolamento e utilizzo di bambini soldato. – 4. Casi semplici: il dominio della specialità unilaterale. – 4.1. Omicidio e sterminio come crimini contro l'umanità. L'eccezione dei casi *Stakić* e *Al Bashir*. – 5. Casi difficili: tra la specialità reciproca e il reato eventualmente complesso. – 5.1. La tortura commessa attraverso lo stupro. Il caso *Bemba Gombo*. – 5.2. La persecuzione come fattispecie «ombrello» – 5.2.1. L'omicidio come mezzo di persecuzione. Dal caso *Krstić* al caso *Blé Gaudé*. – 5.2.2. La persecuzione come reato complesso. – 5.2.3. Persecuzione e apartheid possono concorrere? – SEZIONE II. LE IPOTESI DI CONCORSO INTER-CATEGORIALE – 6. Una nuova forma di convergenza. – 6.1. L'elemento di contesto dei crimini di guerra (art. 8 StICC). – 6.2. L'elemento di contesto dei crimini contro l'umanità (art. 7 StICC). – 6.3. L'elemento di contesto del crimine di genocidio (art. 6 StICC). – 7. I presupposti della convergenza: il caso paradigmatico dell'omicidio. – 8. Proposte di soluzione. – 8.1. Prima proposta: l'elemento di contesto come condizione obiettiva di punibilità. – 8.2. Seconda proposta: la gerarchia delle fonti. – 8.2.1. Critica fondata sulla classificazione arbitraria. – 8.2.2. Critica fondata sul tradimento dei presupposti. – 8.2.3. Critica fondata sul ristretto ambito di applicabilità. – 8.3. Terza proposta: l'importanza dei motivi dell'agire. – 8.3.1. Critica fondata sulla tipicità. – 8.3.2. Critica fondata sulla possibile coesistenza. – 8.3.3. Il rischio dell'eclissamento dei crimini contro l'umanità. – 8.4. Quarta proposta: la gerarchia dei crimini internazionali. – 8.4.1. Ragioni a favore di una gerarchia dei crimini internazionali. – 8.4.2. Ragioni a sfavore di una gerarchia dei crimini internazionali: l'approccio paritario. – 8.4.3. La clausola *ceteris paribus* come limite di applicabilità della gerarchia ai soli casi di concorso di norme. – 9. La soluzione del concorso inter-categoriale.

## 1. Il rapporto strutturale tra fattispecie come punto di partenza per una dogmatica del concorso di norme

La costruzione di un impianto dogmatico in materia di concorso di norme idoneo a conferire coerenza sistematica e prevedibilità risolutiva deve necessariamente abbandonare l'approccio *casistico* adottato finora dalle corti internazionali.<sup>1</sup>

Non è un caso che i pochi contributi in materia, provenienti soprattutto da giuristi tedeschi, dedichino alcune pagine ai presupposti della convergenza e alle possibili relazioni normative che si possono astrattamente realizzare prima di affrontare il problema del concorso nel diritto penale internazionale.

Alcuni autori individuano quattro diverse tipologie di relazioni. Da un lato si collocano l'identità – definita un mero assunto teorico o comunque una relazione priva di conseguenze pratiche – e l'incompatibilità, la quale non dà origine ad alcuna convergenza.<sup>2</sup> Dall'altro si collocano la relazione di inclusione (*inclusion*), la quale si verifica ogniqualvolta gli elementi di una disposizione sono interamente ricompresi nella definizione di altra fattispecie (specialità unilaterale), e la relazione di interferenza (*interference*), comprendente sia le ipotesi di specialità reciproca che di interferenza per la sola condotta.<sup>3</sup>

Secondo un'altra ricostruzione teorica occorre distinguere le ipotesi di concorso apparente da quelle di concorso reale di norme collocando all'interno delle due categorie le relazioni astratte che danno origine alla convergenza. La classe della c.d.

<sup>1</sup> Così E. MACULAN, A. LIÑÁN LAFUENTE, *Relaciones Concursales*, cit., 310, secondo cui «*las decisiones de los Tribunales ad hoc se han centrado estrictamente en los casos concretos [...] sin pretensión de formular unas reglas concursales generales y aplicables en vía cuasi-automática para los demás casos*».

<sup>2</sup> Cfr. C.F. STUCKENBERG, *Multiplicity of Offences: Concursus Delictorum*, in H. FISCHER, C. KRESS, S.R. LÜDER (a cura di), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law*, cit., 563 (nota 10).

<sup>3</sup> Cfr. C.F. STUCKENBERG, *Multiplicity of Offences*, cit., 564. Per illustrare la relazione di inclusione l'autore ricorre a una formula matematica efficace: se la fattispecie A è composta dagli elementi  $a + b$  e la fattispecie B dagli elementi  $a + b + c$ , allora è possibile affermare che B ricomprende A. La relazione di inclusione coincide con la relazione di *genus ad speciem* e trova soluzione con l'applicazione del principio di specialità. L'interferenza, invece, viene definita come una sovrapposizione parziale degli elementi di due o più fattispecie. Dal punto di vista matematico viene rappresentata nel seguente modo: la fattispecie A è composta dagli elementi  $a + b$  e la fattispecie B dagli elementi  $b + c$ . A nostro avviso questa definizione di interferenza è troppo ampia per i motivi già esposti nel capitolo precedente (cfr. *retro*, cap. II, par. 1) e che si potrebbero riassumere nel seguente modo: a) la nozione ricomprende tutte le relazioni di parziale sovrapposizione normativa, non distinguendo *quali* siano gli elementi intersecantisi (mera condotta, soggetto passivo, elemento soggettivo); b) si raggruppano all'interno dello stesso insieme le relazioni di specialità reciproca e di mera interferenza per la condotta; c) non risulta possibile applicare il medesimo criterio risolutivo a tutte le ipotesi ricomprese in questa classe poiché, mentre la relazione di specialità reciproca dà luogo a un concorso apparente di norme, l'interferenza per la condotta dà luogo a un concorso formale di reati. In un contributo più recente l'Autore ha ristretto il concetto di interferenza alla relazione di specialità reciproca, applicando il principio di consunzione per risolvere nel senso dell'apparenza i casi di concorso: cfr. C.F. STUCKENBERG, *Cumulative Charges and Cumulative Convictions*, cit., 843.

*merger or apparent concurrence* – definita anche come concorrenza fallace o illusoria (*false or fake concurrence*)<sup>4</sup> – ricomprende sia le relazioni di specialità unilaterale, risolvibili in base al principio *lex specialis derogat legi generali*, che le relazioni di specialità reciproca e di interferenza, a condizione che esse siano risolvibili in base al principio *maius delictum absorbet minus*.<sup>5</sup> La classe della c.d. *true concurrence* ricomprende, invece, le ipotesi di interferenza per mera condotta, le quali danno origine a un concorso formale di reati, omogeneo o eterogeneo.<sup>6</sup>

Nonostante siano riscontrabili alcune differenze tra gli approcci menzionati relative al numero e alla tipologia delle relazioni tra fattispecie che si possono instaurare a livello astratto, è innegabile che tutte le impostazioni condividono una preoccupazione di fondo: conferire giuridicità al tema del concorso di norme attraverso la (previa) analisi astratta delle possibili interazioni tra fattispecie e la (successiva) collocazione delle sovrapposizioni nelle classi di convergenza individuate.

A tal riguardo si ritiene che l'esperienza italiana possa offrire un importante spunto metodologico nell'impostazione della soluzione del problema della convergenza, permettendo di arricchire e ampliare la profondità dell'analisi fino ad individuare i presupposti ontologici del fenomeno della convergenza.

Riprendendo lo schema proposto all'inizio del secondo capitolo, è possibile affermare che nei casi di *incompatibilità* ed *eterogeneità* alcuna sovrapposizione normativa può verificarsi. Mancando uno dei presupposti ontologici della convergenza, tali relazioni tra fattispecie restano escluse – in partenza – dalla problematica del concorso.

Per contro, nei casi di *interferenza*, definita come quella relazione tra fattispecie il cui nucleo comune non produce effetti giuridici per entrambe le norme se non a seguito del perfezionamento degli elementi ulteriori ed eterogenei, il concorso sarà necessariamente reale e darà origine a un concorso formale di reati.

Il concorso potenzialmente apparente tra norme si riduce, di conseguenza, alle sole relazioni di specialità unilaterale e reciproca. In questo luogo si deve inserire la riflessione circa i principi giuridici posti alla base della soluzione del problema.

L'analisi basata sul rapporto strutturale tra fattispecie costituisce, pertanto, un imprescindibile punto di partenza per la nostra riflessione.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Così K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 248 ss. La stessa terminologia si rinviene in C.F. STUCKENBERG, *Cumulative Charges and Cumulative Convictions*, cit., 843.

<sup>5</sup> La concorrenza apparente viene rappresentata graficamente come due cerchi, non necessariamente concentrici, in cui l'uno (*lesser included offence*) è ricompreso nell'altro: K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 248 ss. L'impostazione può essere condivisa, ma solo in seguito a un'analisi più approfondita rispetto alle diverse ipotesi di «inclusione» che compongono la classe della concorrenza apparente. In questa categoria, infatti, l'Autore vi ricomprende ipotesi del tutto eterogenee di *reductum ad unum*, le quali spaziano da relazioni fondate e risolte con criteri logici a relazioni fondate e risolte con criteri valoriali.

<sup>6</sup> Cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 250.

<sup>7</sup> In senso conforme C.F. STUCKENBERG, *Cumulative Charges and Cumulative Convictions*, cit., 842, quando afferma che ciò che deve essere confrontato a livello astratto è «*the legal definition of an*

Prima di procedere oltre è opportuno ritornare sulla scelta di introdurre una dicotomia necessaria ai fini di una migliore impostazione e soluzione del problema. Il riferimento è alla distinzione tra l'ipotesi di concorso *intra-categoriale* e l'ipotesi di concorso *inter-categoriale*, già utilizzata da diversi autori.<sup>8</sup>

---

*offence and neither to corresponding facts nor evidence*». Per la giurisprudenza, cfr. ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 174; ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Appeals Judgment, cit., par. 1032; ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Appeals Judgment, cit., par. 387; ICTY, *Prosecutor v. Prlić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 1254; SCSL, *Prosecutor v. Sesay et al. (RUF)*, Appeals Judgment, cit., par. 1191. Essendo l'approccio strutturale debitore di un'idea rigida e *formale* di legalità, la sua adozione ai fini dell'impostazione della problematica del concorso in un contesto – come quello delineato dallo Statuto di Roma – ove la definizione dei crimini non risponde esattamente alla stessa funzione e agli stessi principi che sorreggono la categoria della tipicità negli ordinamenti nazionali, risulta bisognosa di una più attenta motivazione. A riguardo l'approccio logico-strutturale sembra preferibile perché: a) oltre a conferire razionalità al sistema, la scelta di impostare la problematica su basi rigidamente strutturali attribuisce un elevato grado di *prevedibilità* delle soluzioni e, di conseguenza, di *controllo* sulle sintesi normative, riducendo l'area di discrezionalità che inevitabilmente accompagna i giudizi di valore compiuti dai giudici nell'applicazione di criteri di natura valutativa; b) lo studio di diritto comparato ha evidenziato il ricorso universale a criteri logici di soluzione del concorso, anche da parte degli ordinamenti – come la Francia e la Germania – che non prevedono una disposizione *ad hoc* in materia (per un riferimento alla Spagna e all'Olanda si rinvia a *infra*, par. 4, nota 35); c) lo studio di diritto comparato ha altresì sottolineato come i criteri logico-formali prevalgano su quelli valutativo-sostanziali ovvero, detto con altre parole, come questi ultimi subentrino in via sussidiaria qualora non sia possibile risolvere la questione facendo esclusivo riferimento a criteri di natura logica (cfr. *retro*, cap. II, par. 7, nota 233). Nonostante l'approccio strutturale sia debitore di una concezione formale della legalità che sembra distante rispetto alla tecnica di definizione dei crimini adottata dallo Statuto di Roma, ci pare che la sua adozione non entri in contraddizione con lo spirito dello Statuto; al contrario, essa finisce per sostenere gli sforzi compiuti in sede di redazione dello Statuto tesi a costruire un sistema imperniato su un'idea *forte* di legalità per migrare da una concezione *sostanziale* – adottata dai tribunali penali internazionali precedenti e troppo spesso accostata alle etichette della «giustizia dei vincitori» o «dei più forti» – a una *più formale*. Prova ne è la prima codificazione – in uno Statuto di un tribunale penale internazionale – del principio di legalità, contemplato agli artt. 22-24 StICC e riassumibile con la celebre formula *nullum crimen sine (praevia, certa, stricta, scripta) lege*. In sintesi: l'individuazione delle relazioni-presupposto al fenomeno della convergenza, la scomposizione delle fattispecie nei singoli elementi che le compongono e il loro confronto volto ad accertarne i rapporti di eterogeneità, identità o interferenza costituisce operazione preliminare e fondamentale per la creazione di un «sistema di regole» sul concorso di norme che abbia l'ambizione di sostituirsi all'approccio casistico adottato finora dalla giurisprudenza internazionale. Per un approfondimento delle nozioni di legalità formale e sostanziale e delle ricadute sulla concezione formale/sostanziale del reato cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 3-22. Sulle novità introdotte dallo Statuto di Roma in materia di codificazione del principio di legalità si rimanda, anche per ulteriori riferimenti, a K. AMBOS, *General Principles of Criminal Law in the Rome Statute*, in *Criminal Law Forum*, 10, 1999, 4-6; M. CAIANIELLO, E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, online, 2008, 1-30. Per un confronto tra lo Statuto della Corte penale internazionale e lo Statuto del Tribunale di Norimberga in materia di legalità cfr. H.-H. JESCHECK, *The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, 40-42.

<sup>8</sup> Ricorrono esplicitamente a tale dicotomia K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 257; E. MACULAN, A. LIÑÁN LAFUENTE, *Relaciones Concursales*, cit., 311; I. ERDEI, *Cumulative Convictions*, cit., 15; G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, cit., 321, il quale tuttavia affronta soltanto il problema del concorso inter-categoriale.

La prima classe ricomprende tutte le ipotesi di concorso di norme che si verificano all'interno della stessa categoria di crimine:<sup>9</sup> si pensi alle sovrapposizioni normative che intercorrono tra le varie condotte disciplinate dall'art. 7 StICC (crimini contro l'umanità) o dall'art. 8 StICC (crimini di guerra).

La seconda classe ricomprende, invece, le ipotesi di concorso di norme che si verificano tra diverse categorie di crimini:<sup>10</sup> è il caso della sovrapposizione tra la tortura come crimine contro l'umanità e lo stupro come crimine di guerra, o dell'omicidio come crimine di genocidio e la persecuzione come crimine contro l'umanità.

L'introduzione di tale dicotomia si rende necessaria per soddisfare una sentita esigenza. Le due ipotesi di concorso presentano, infatti, una differenza sostanziale rilevante: solo nel caso di concorso inter-categoriale viene preso in considerazione il c.d. elemento di contesto nell'analisi strutturale delle fattispecie astratte. La componente collettiva condiziona il rapporto tra norme poiché rende possibile – almeno a livello astratto – la qualificazione giuridica di una *stessa condotta* e di uno *stesso evento* alla stregua di diverse disposizioni: si pensi al caso emblematico dell'omicidio di un gruppo di persone, il quale può configurarsi come un genocidio, un crimine contro l'umanità e un crimine di guerra se tutti gli elementi di contesto sono presenti. La medesima situazione non può avverarsi, per ovvie ragioni, nelle ipotesi di concorso intra-categoriale, essendo l'elemento di contesto identico per tutti i crimini.

Ciò premesso, occorre ricordare che per entrambe le ipotesi di concorso si seguirà lo stesso metodo di analisi: a) individuazione dell'area di sovrapposibilità; b) applicazione dei principi giuridici che garantiscono la soluzione del concorso nel senso dell'apparenza o della realtà.

---

<sup>9</sup> Alcuni autori utilizzano l'espressione *intra-Article cumulative convictions*, dato che ad ogni categoria di crimine è dedicato un solo articolo dello Statuto di Roma: cfr. G. BOAS, J.L. BISCHOFF, N.L. REID, *Elements of Crimes*, cit., 334; C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals. A Critical Assessment*, in *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, 173; I. ERDEI, *Cumulative Convictions*, cit., 19.

<sup>10</sup> Definite anche *inter-Article cumulative convictions* da I. ERDEI, *Cumulative Convictions*, cit., 15 e G. BOAS, J.L. BISCHOFF, N.L. REID, *Elements of Crimes*, cit., 331.

## SEZIONE I.

## LE IPOTESI DI CONCORSO INTRA-CATEGORIALE

**2. La convergenza impossibile: le norme incompatibili**

Le relazioni di incompatibilità e di eterogeneità escludono in partenza qualsiasi interferenza normativa.

Lo Statuto di Roma contiene, come prevedibile, numerose ipotesi di eterogeneità, che qui è superfluo riportare.<sup>11</sup> Più interessante risulta, invece, il rapporto di incompatibilità che può instaurarsi alla luce di alcune disposizioni.

Un primo esempio può riscontrarsi agli artt. 8(2)(b)(xxvi) e 8(2)(e)(vii) StICC, i quali disciplinano l'arruolamento e l'utilizzo di bambini minori di 15 anni nella partecipazione attiva alle ostilità.<sup>12</sup> Tale crimine, che trova espressa previsione in diversi testi normativi anteriori,<sup>13</sup> prevede tre diverse condotte idonee a integrare la fattispecie,

<sup>11</sup> Si può indicare, a titolo di esempio, l'eterogeneità tra il crimine di deportazione e il crimine di saccheggio, o tra la riduzione in schiavitù sessuale e l'utilizzo di proiettili espandibili. È evidente che l'elenco risulterebbe lungo e privo di interesse per il lettore, data la facilità di individuazione di questo rapporto strutturale.

<sup>12</sup> La doppia previsione si giustifica con la scelta dello Statuto di Roma di distinguere tra crimini di guerra commessi nel corso di un conflitto armato avente natura internazionale e violazioni del diritto umanitario intervenute all'interno di un conflitto interno: P. LOBBA, *I crimini di guerra*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 412. Critico sulla scelta dello Statuto di mantenere una distinzione – seppur ridotta con riferimento alle condotte punibili – fondata sulla natura del conflitto armato (c.d. *two-box approach*), K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 120. In sede di implementazione nazionale dello Statuto la Germania ha eliminato tale dicotomia e ha suddiviso i crimini di guerra in base al bene giuridico leso: cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes against International Law*, in *Criminal Law Forum*, 13, 2002, 207. La duplice codificazione all'interno dello StICC presenta, in verità, una differenza importante: mentre nel caso di conflitti interni il reclutamento può avvenire all'interno di forze o gruppi armati, nel caso di conflitto internazionale l'arruolamento è limitato alle forze armate «nazionali». L'aggettivo sembra suggerire una tutela nei soli confronti dell'esercito governativo, lasciando fuori tutti i gruppi irregolari di combattenti. La Camera preliminare della ICC, nel caso *Lubanga Dyilo*, ha affermato che il termine «nazionale» non limita l'applicazione della norma alle sole forze governative: ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges, P-TC, ICC-01/04-01/06, 29 gennaio 2007, par. 277. Tuttavia, nonostante sia chiaro lo sforzo espansivo in chiave di maggior tutela del minore, questa interpretazione sembra scontrarsi sia con il dettato normativo che con i lavori preparatori. La qualifica di forza armata «nazionale» fu aggiunta solo successivamente alla proposta avanzata dal *Preparatory Committee*, originariamente priva di limitazioni, per far fronte alle preoccupazioni avanzate da alcuni Stati arabi – e in particolare il Libano – circa l'applicabilità della norma a gruppi armati come gli *Hezbollah*. Di conseguenza, la maggior parte degli autori ritengono che il termine «nazionale» si riferisca soltanto alle forze armate di uno Stato. Cfr. H. VON HEBEL, D. ROBINSON, *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. Elements of Crimes*, cit., 118; K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 180. Alcuni autori hanno rilevato come «al mutare dell'elemento di contesto [dovuto alla natura del conflitto] muta anche, in parte, il fatto-base»: A. DI MARTINO, *Lubanga e i bambini-soldato: note sul Judgment d'esordio della Corte penale internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2012, 1029.

<sup>13</sup> Art. 77(2) del Primo Protocollo Addizionale e art. 4(3)(c) del Secondo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1977; art. 38 della Convenzione sui Diritti del Fanciullo; art. 4(c)

ovvero la coscrizione (*conscriptio*), l'arruolamento (*enlisting*) e l'impiego (*using*) di minori di 15 anni.

L'incompatibilità normativa si verifica nel rapporto che intercorre tra la condotta di coscrizione e quella di arruolamento. La Corte ha affermato che ciò che differenzia le due condotte è la presenza dell'elemento della coercizione (*compulsion*), confermando la prassi giudiziaria internazionale in materia: la coscrizione si identifica con il reclutamento forzato, obbligato, attuato mediante coercizione; l'arruolamento avviene, per contro, su base volontaria.<sup>14</sup> Dalla differenza ontologica esistente tra le condotte di *conscriptio* e di *enlisting* si può facilmente dedurre che anche l'ingresso volontario, da parte dell'infra-quindicenne, nelle file del gruppo armato integra il crimine in esame, essendo necessario provare la natura coercitiva del reclutamento soltanto per l'ipotesi della *conscriptio* ma non, invece, per quella di *enlisting*.<sup>15</sup>

---

StSCSL. Successivamente alla codificazione del crimine all'interno dello Statuto di Roma la dottrina è unanime nel considerarlo di natura consuetudinaria: cfr., per tutti, G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 464. Tuttavia, la giurisprudenza della SCSL ha affermato che già a partire dal 1996 il reclutamento e l'utilizzo di bambini-soldato era considerato un crimine di natura consuetudinaria: SCSL, *Prosecutor v. Hinga Norman*, Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), AC, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 maggio 2004, par. 53; SCSL, *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, Trial Judgment, cit., para. 189; SCSL, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Trial Judgment, cit., para. 184; SCSL, *Prosecutor v. Charles Taylor*, Trial Judgment, cit., para. 438. In senso contrario si veda l'opinione dissenziente del giudice Robertson: SCSL, *Prosecutor v. Hinga Norman*, Dissenting Opinion of Justice Robertson, AC, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 maggio 2004, para. 47. In dottrina sostiene la natura consuetudinaria del crimine già prima della codificazione all'interno dello Statuto di Roma A. SMITH, *Child Recruitment and the Special Court of Sierra Leone*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, 1141.

<sup>14</sup> ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Appeal Judgment, cit., para. 278 e ss. Per una conferma da parte della giurisprudenza internazionale, cfr. SCSL, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Trial Judgment, cit., para. 442. L'elemento della coercizione può concretizzarsi sia attraverso l'uso della forza, della minaccia o della pressione psicologica, sia attraverso l'emanazione di una legge o di un'altra fonte idonea a creare un obbligo legale di iscrizione al gruppo armato: di conseguenza la presenza della coercizione va accertata caso per caso, tenendo in considerazione tutte le circostanze specifiche. In senso conforme R. GRAF, *The International Criminal Court and Child Soldiers. An Appraisal of the Lubanga Judgment*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 957; R. CRYER ET AL., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, cit., 310; M. COTTIER, J. GRIGNON, *Art. 8(2)(b)(xxvi)*, in O. TRIFFERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 524 (para. 810); M. BORTOLUZZI, *La prima sentenza d'appello della Corte penale internazionale: breve commento al caso Lubanga*, in *jus17unibo.it. Studi e materiali di diritto penale*, 1, 2015, 117-132.

<sup>15</sup> Di conseguenza, il consenso del minore di 15 anni non costituisce una causa di giustificazione. Ciò, da un lato, si pone in linea con la *ratio* di tutela che ha ispirato l'introduzione di questa fattispecie criminosa, ovvero la protezione dei bambini dal contatto con la guerra, triste relazione estrema tra esseri umani capace di condizionare la futura esistenza del minore. Dall'altro lato si evita un vuoto di tutela rendendo punibili tutte le ipotesi di reclutamento: sia quello forzato, sia quello «liberamente» scelto dal minore. È tuttavia interessante riflettere sulla possibilità che un minore manifesti un consenso reale e cosciente di partecipare alla guerra. In questa sede si vuole solo far presente che le corti internazionali e, in particolare, gli esperti chiamati a testimoniare tendono a negare all'unanimità la capacità del minore di adottare una decisione così difficile: cfr. ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Appeals Judgment, cit., para. 293. Alcuni autori hanno espresso qualche perplessità a riguardo e hanno invitato a una maggior riflessione: cfr. K. AMBOS, *The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues*, in *International Criminal Law Review*, 12, 2012, 136. In senso contrario A. DI MARTINO, *Lubanga e i bambini-soldato*, cit., 1032, il quale ritiene irrilevante la posizione soggettiva del minore

L'elemento della *compulsion* permette di tracciare una linea netta di demarcazione tra la condotta di reclutamento (forzato) e arruolamento (volontario). La presenza della coercizione definisce la condotta della *conscriptio*, mentre la sua assenza definisce la condotta di *enlisting*: il rapporto di incompatibilità è dunque evidente, dato che il reclutamento forzato di un minore non può avvenire, allo stesso tempo, su base volontaria del minore stesso.

Altro esempio di incompatibilità si verifica tra la condotta di deportazione e quella di trasferimento forzato, entrambe previste all'art. 7(1)(d) StICC.<sup>16</sup> La differenza tra questi due crimini risiede unicamente nella dimensione spaziale del trasferimento della popolazione: mentre la deportazione richiede che lo spostamento avvenga da uno Stato al territorio di altro Stato, il trasferimento forzato si verifica all'interno dei confini nazionali.<sup>17</sup> L'incompatibilità è dunque chiara: l'oggetto della fattispecie A – fuoriuscita

---

dato che la norma punisce qualsiasi acquisizione di minori all'interno del gruppo armato. Altri autori ritengono che la presenza del consenso del minore, pur non costituendo una *defence*, non sia del tutto irrilevante, potendo giocare un ruolo importante in sede di determinazione della pena: cfr. R. GRAF, *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit., 956. La punibilità del reclutamento anche su base volontaria permette di coprire tutte le ipotesi di arruolamento del minore, ma non consente di estendere la protezione ad altre forme di acquisizione del minore, come la nascita di quest'ultimo all'interno del gruppo armato: cfr. M.A. DRUMBL, *Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 62.

<sup>16</sup> Mentre la deportazione era prevista già all'art. 6(c) dello Statuto di Norimberga, il trasferimento forzato comparve, per la prima volta, nell'art. 18(g) del *Draft Code* del 1996: cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 357 e, per un approfondimento sulla giurisprudenza basata sulla CCL n. 10, C.K. HALL, C. STAHN, *Article 7*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 193 e ss; K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 86. Sulla codificazione del crimine all'interno dello Statuto di Roma, in particolare sulla negoziazione e opposizione di Israele e Stati Uniti, cfr. T.L.H. MCCORMACK, *Crimes against Humanity*, in D. MCGOLDRICK, P. ROWE, E. DONNELLY (a cura di), *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, Hart, Oxford, 2004, 192-193.

<sup>17</sup> In verità lo Statuto di Roma non distingue espressamente le condotte secondo il parametro spaziale. Tale distinzione si ritrova nella giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*: cfr. ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Trial Judgment, cit., par. 521; ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Trial Judgment, cit., par. 474; ICTY, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, Trial Judgment, cit., par. 540; ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Trial Judgment, cit., par. 670; ICTY, *Prosecutor v. Prlić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 55. Contro tale impostazione cfr. ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Trial Judgment, cit., par. 679. La maggior parte degli autori è favorevole alla distinzione tra deportazione e trasferimento fondata su un criterio spaziale: cfr., anche per ulteriori riferimenti, M.C. BASSIOUNI, *Crimes against Humanity*, cit., 381; C.K. HALL, C. STAHN, *Article 7*, cit., 196; J.M. HENCKAERTS, *Deportation and Transfer of Civilians in Time of War*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26, 1993, 472; E. AMATI, E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità*, cit., 373. La Corte penale internazionale non ha fatto esplicito riferimento a tale distinzione nell'unica decisione in materia, limitandosi a qualificare il crimine come un reato a forma libera: cfr. ICC, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, P-TC II, ICC-01/09-01/11, 23 gennaio 2012, par. 244. Sulla natura consuetudinaria del crimine di trasferimento forzato già a partire dal 1975, e perciò applicabile dalle Camere Straordinarie nelle Corti in Cambogia, cfr. N. QUICK, *Forced Transfer and Customary International Law: Bridging the Gap Between Nuremberg and the ICTY*, in S.M. MEISENBERG, I. STEGMILLER (a cura di), *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Assessing their Contribution to International Criminal Law*, Springer, The Hague, 2016, 291-319.



dai confini statali – contrasta con l’oggetto della fattispecie B – mantenimento della popolazione entro i confini nazionali.<sup>18</sup>

### 3. Disposizioni a più norme e norme a più fattispecie: il crimine di arruolamento e utilizzo di bambini soldato

Lo Statuto di Roma contiene numerose ipotesi di norme penali miste. Con tale espressione si allude a quelle disposizioni che contengono – sotto più numeri, più lettere, più commi o financo in un’unica proposizione – più previsioni normative distinte.<sup>19</sup> Si pensi ad esempio all’art. 7(1)(g) StICC che prevede, in un unico comma, le condotte di stupro, riduzione in schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata e sterilizzazione forzata; o, ancora, l’art. 8(1)(a)(ii) StICC che fa riferimento sia alla tortura che ai trattamenti disumani, inclusi gli esperimenti biologici.

Occorre pertanto distinguere le ipotesi di norme miste *cumulative* (o disposizioni a più norme) dalle norme miste *alternative* (o norme a più fattispecie): solo le prime possono dar luogo al fenomeno della convergenza, poiché contengono tante norme incriminatrici quante sono le fattispecie previste.

Nel caso *Lubanga Dyilo* la Corte ha dovuto determinare se la disposizione di cui all’art. 8(2)(e)(vii) StICC, la quale incrimina l’arruolamento (forzato o volontario) e l’utilizzo di bambini-soldato durante le ostilità, sia una norma mista cumulativa o alternativa. I giudici di primo grado hanno considerato la *conscriptio*, l’*enlistment* e lo *using* come tre distinte fattispecie criminose e non come tre diverse modalità della condotta che integrano un unico crimine, con la conseguenza che il reclutamento di un minore seguito dal suo impiego durante un conflitto dà luogo a un concorso di reati.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Si potrebbe ipotizzare, tuttavia, uno spostamento coercitivo di parte della popolazione che inizia come un trasferimento forzato entro i confini nazionali e successivamente, in corso di esecuzione, evolve in una deportazione al di fuori dello Stato. *Quind iuris?* A nostro avviso il caso si risolve nell’applicazione della sola norma sulla deportazione perché: a) se la condotta è unitaria, il rapporto di incompatibilità logica tra deportazione e trasferimento impedisce che si crei una situazione di convergenza; b) anche considerandole come due condotte distinte, temporalmente e teleologicamente connesse, ci si troverebbe di fronte a un caso di progressione criminosa, da risolversi con l’applicazione della norma più grave. La deportazione potrebbe essere considerata più grave non tanto perché implica uno spostamento maggiore (cosa peraltro non sempre vera: si pensi al trasferimento di chi vive in una zona di confine), ma perché la destinazione coincide con uno Stato diverso da quello di nascita e/o residenza.

<sup>19</sup> Per una definizione cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 475.

<sup>20</sup> ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Judgment, cit., par. 609. Con riferimento alla condotta di *using* lo Statuto di Roma punisce chiunque utilizzi il minore nella partecipazione attiva alle ostilità. La locuzione «partecipazione attiva» può essere intesa come partecipazione limitata alle attività di combattimento ovvero, secondo una prospettiva rivolta ad ampliare la tutela dell’individuo, come attività di supporto al gruppo armato capace di ricomprendere mansioni come la sorveglianza di un deposito di armi e munizioni o i lavori quotidiani svolti nel campo militare. Con un approccio sensibile agli scopi di tutela dei minori, la Camera di primo grado aveva qualificato come partecipazione alle ostilità tutte le attività, dirette o indirette, che esponevano il bambino soldato ai

Poiché tale punto non è stato oggetto dei motivi d'appello né da parte della difesa né da parte dell'accusa, la Camera di secondo grado non ha ritenuto opportuno soffermarsi su tale profilo.<sup>21</sup>

Nella sua opinione in parte dissenziente il giudice Sang-Hyun Song ha sottolineato l'importanza del profilo in esame ed è giunto a conclusioni opposte. Secondo Song, infatti, l'art. 8(2)(e)(vii) StICC disciplina tre diverse condotte che integrano, però, un unico crimine. Tale conclusione viene dedotta sia da una interpretazione letterale dello Statuto, sia dallo scopo di tutela della norma, sia dai lavori preparatori dello Statuto di Roma che dalla giurisprudenza della Corte Speciale per la Sierra Leone.<sup>22</sup>

In particolare si nota che nella disposizione in esame si ricorre alla particella disgiuntiva «or», mentre negli articoli che disciplinano più fattispecie criminose si fa ricorso alla particella «and».<sup>23</sup> Per quanto riguarda le ragioni di tutela, le diverse condotte hanno tutte il medesimo obiettivo, ovvero tener lontani i bambini con meno di 15 anni d'età dalle sofferenze tipicamente associate alla conduzione delle ostilità.<sup>24</sup> Inoltre i lavori preparatori mostrano come la formulazione iniziale della norma facesse riferimento al solo reclutamento e, di conseguenza, a un unico crimine.<sup>25</sup> Infine, la giurisprudenza della Corte Speciale per la Sierra Leone ha sempre considerato

---

rischi tipici della guerra: cfr. C. ALFONSO, *El crimen de reclutamiento y utilizacion de ninos soldados en el primero fallo de la Corte Penal Internacional*, in K. AMBOS, E. MALARINO, C. STEINER (a cura di), *Analisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional. El Caso Lubanga*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlin, 2014, 164. A seguito del ricorso in appello di Lubanga Dyilo, il quale lamentava un'interpretazione troppo ampia del concetto di «partecipazione attiva», la Camera d'appello ha riconosciuto che i giudici di primo grado sono incorsi in un errore di diritto qualificando come partecipazione attiva tutte le attività che espongono il minore a un pericolo reale in quanto bersaglio potenziale delle forze rivali (*real danger as a potential target*): la condotta di *using* richiederebbe sempre l'esistenza di una connessione, di una relazione (*link*) tra l'attività svolta dal minore e il conflitto armato. Ai fini della prova di tale relazione la Camera d'appello compie un riferimento alla lista di attività elencate nel commentario ai Protocolli Addizionali alle Convenzioni di Ginevra redatto dal Comitato Internazionale della Croce Rossa. Cfr. ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Appeals Judgment, cit., par. 332, 333 e 335. Sul concetto di «partecipazione attiva» e il suo rapporto con quello di «partecipazione diretta» conosciuto nel diritto umanitario, cfr., anche per ulteriori riferimenti, N. WAGNER, *A Critical Assessment of Using Children to Participate Actively in Hostilities in Lubanga. Child Soldiers and Direct Participation*, in *Criminal Law Forum*, 24, 2013, 145-203.

<sup>21</sup> ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Appeal Judgment, cit., par. 38.

<sup>22</sup> ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Partly Dissenting Opinion of Judge Sang-Hyun Song, AC, ICC-01/04-01/06 A 4 A 6, 1 dicembre 2014, par. 3 e ss. Conforme a tale lettura sembra essere anche l'opinione separata e dissenziente del giudice di primo grado Odio Benito, il quale fa riferimento a «*three criminal conducts*» e non a «*three criminal offences*»: ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, TC, ICC-01/04-01/06, 14 marzo 2012, par. 6.

<sup>23</sup> ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Partly Dissenting Opinion of Judge Sang-Hyun Song, cit., par. 4-5.

<sup>24</sup> ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Partly Dissenting Opinion of Judge Sang-Hyun Song, cit., par. 6.

<sup>25</sup> ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Partly Dissenting Opinion of Judge Sang-Hyun Song, cit., par. 7-8.

l'arruolamento o l'uso di bambini soldato come un unico crimine che può essere commesso con tre diverse modalità di condotte.<sup>26</sup>

A nostro sommo avviso l'opinione minoritaria del giudice Song merita di essere accolta.<sup>27</sup> Tuttavia è possibile compiere una precisazione e proporre una ulteriore soluzione, in parte diversa, secondo cui l'art. 8(2)(e)(vii) StICC disciplina due crimini distinti, uno dei quali può essere commesso attraverso due modalità di condotte.

Da un lato vi è la condotta di reclutamento che – come abbiamo visto poco sopra – può tradursi in un arruolamento forzato o su base volontaria: la relazione di incompatibilità tra queste due condotte impedisce l'instaurarsi di una situazione di convergenza normativa.

Dall'altro vi è la condotta di utilizzo, la quale può certamente concorrere con il crimine di reclutamento. A riguardo, tuttavia, occorre tener ben distinta la situazione in cui l'impiego del bambino soldato si verifichi contestualmente o in un tempo successivo rispetto al necessario e previo arruolamento. Nel primo caso si applicherà soltanto il crimine di utilizzo, e questo a prescindere dalla questione dogmatica sulla natura dell'art. 8(2)(e)(vii) StICC come norma mista alternativa o cumulativa.<sup>28</sup> Nel secondo caso, invece, ci si troverebbe di fronte a un concorso materiale di reati (e non a un concorso apparente di norme), seppur connessi temporalmente e teleologicamente: non essendo previsto alcun istituto analogo al reato continuato, l'interprete potrebbe applicare entrambe le norme ovvero optare per l'applicazione della sola fattispecie più grave.

#### 4. Casi semplici: il dominio della specialità unilaterale

Il caso più semplice che può presentarsi all'interprete riguarda la relazione di specialità unilaterale che intercorre tra più fattispecie.<sup>29</sup> In tutti questi casi risulta chiaro e pacifico che una sola norma è destinata a trovare applicazione, ed essa coincide con la disposizione più specifica.

<sup>26</sup> ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Partly Dissenting Opinion of Judge Sang-Hyun Song, cit., par. 9.

<sup>27</sup> In senso conforme K. AMBOS, *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit., 133.

<sup>28</sup> Se consideriamo l'art. 8(2)(e)(vii) StICC come norma a più fattispecie, non si pone un problema di convergenza, dato che ciascuna condotta di per sé è idonea a realizzare il crimine. Se, al contrario, lo riteniamo una disposizione a più norme, nel caso di contestuale arruolamento e utilizzo si dovrebbe concludere per l'applicazione del solo crimine di utilizzo perché: a) il reclutamento è passaggio obbligato ai fini dell'impiego del minore (*ante factum* non punibile); b) l'utilizzo esprime senza dubbio un disvalore maggiore, perché espone la vita e l'integrità del minore ai rischi tipici connessi alla conduzione delle ostilità.

<sup>29</sup> In senso conforme C.F. STUCKENBERG, *Multiplicity of Offences*, cit., 586.

La giurisprudenza internazionale ha, fin dagli albori, identificato tale relazione strutturale con il concetto di «specialità» utilizzato nei paesi di tradizione di *civil law* e con il concetto di «*lesser included offence*» con riferimento all'area di *common law*.<sup>30</sup>

Il principio di specialità è stato esplicitamente richiamato dalla Camera d'appello dell'ICTY nella formulazione del test *Čelebići*, allorquando si è affermato che nel caso di convergenza normativa «the conviction under the *more specific provision* should be upheld» (enfasi aggiunta).<sup>31</sup>

L'applicazione di entrambe le norme – quella speciale e quella generale – risulterebbe «tautologica»<sup>32</sup> e non necessaria ai fini dell'integrale valutazione giuridica del fatto. In aggiunta, la specialità può fungere da «canone interpretativo»:<sup>33</sup> nei casi di concorso di norme, è preferibile scegliere la norma che focalizza più da vicino la condotta dell'autore, essendo capace di cogliere le sfumature del comportamento illecito in modo più diretto e preciso.

Se consideriamo, infine, la sua costante applicazione – seppur errata in numerose occasioni<sup>34</sup> – da parte dei tribunali internazionali, nonché il fatto che esso viene riconosciuto, esplicitamente o implicitamente,<sup>35</sup> dalla maggior parte dei sistemi

<sup>30</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., 683 e ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Trial Judgment, cit., par. 470. Si tenga in considerazione, tuttavia, che in alcune occasioni con il concetto di *lesser included offence* si fa riferimento anche al rapporto di inclusione generato non da una relazione di specialità ma, bensì, da un rapporto di valore fondato sul principio di consunzione: cfr. ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., 687. Alcuni autori hanno affermato che mentre nei sistemi di *civil law* l'applicazione della norma speciale corrisponde a una necessità logica, nei sistemi di *common law* la stessa soluzione sembra ispirata al rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale (o *double jeopardy*): cfr., anche per ulteriori riferimenti, C.F. STUCKENBERG, *Multiplicity of Offences*, cit., 587. Lo stesso Autore afferma che in realtà la mancata applicazione di entrambe le disposizioni, seppur un rapporto di specialità unilaterale, non corrisponde ad alcuna *necessità logica*, ben potendo dedursi la volontà da parte del legislatore di punire l'autore ai sensi di entrambe le norme. Ciò si pone in linea di continuità con quanto già esposto in questo lavoro e affermato *in primis* da A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 272: logica è la relazione strutturale che intercorre tra disposizione generale e disposizione speciale, non la *scelta* di applicare soltanto quest'ultima (cfr. *retro*, cap. II, par. 1 e 2.2.1).

<sup>31</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 412. Inoltre la stessa Camera d'appello ha escluso l'applicazione di altri criteri ai fini della soluzione del concorso di norme, primi fra tutti il principio di consunzione e quello di sussidiarietà: ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Appeals Judgment, cit., par. 357. Tuttavia, in altre sentenze, i giudici sembrano aver fatto ricorso al principio di consunzione quando hanno affermato che «the essential criminal conduct is *directly and comprehensively reflected*» in un altro crimine: ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Trial Judgment, cit., par. 454; ICTY, *Prosecutor v. Popović et al.*, Trial Judgment, cit., par. 2117-2127.

<sup>32</sup> C.F. STUCKENBERG, *Multiplicity of Offences*, cit., 589.

<sup>33</sup> C.F. STUCKENBERG, *Multiplicity of Offences*, cit., 588.

<sup>34</sup> Il riferimento è alle aporie, già evidenziate in precedenza, conseguenti alla stretta applicazione del criterio *Čelebići* in alcuni casi di concorso intra-categoriale in cui le fattispecie si trovano in rapporto di specialità reciproca o interferenza e, ancor più, nei casi di concorso inter-categoriale. In senso conforme C.F. STUCKENBERG, *Cumulative Charges and Cumulative Convictions*, cit., 847.

<sup>35</sup> Oltre all'art. 15 c.p. italiano si può citare l'art. 55, comma II, c.p. olandese, riportato nella versione inglese in ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., 683 (nota 950), e l'art. 8 no. 1 c.p. spagnolo, secondo cui «*el precepto especial se aplicará con preferencia al general*». Anche nell'ordinamento francese, in assenza di una disposizione codicistica *ad hoc*, la relazione di specialità unilaterale è risolta a favore dell'unità di reato poiché la norma generale è considerata *ridondante* rispetto a quella speciale (cfr. *retro*, cap. II, par. 5).

giuridici del mondo, è possibile affermare che il principio di specialità sia oramai parte del sistema di diritto penale internazionale.<sup>36</sup>

La relazione di specialità unilaterale costituisce l'ipotesi più semplice di convergenza normativa. L'immediata riconoscibilità della norma applicabile dovrebbe garantire, infatti, il più alto grado di prevedibilità di soluzione nonché un esito unitario e conforme ogni qualvolta l'interprete si trovi di fronte alle medesime ipotesi di sovrapposizioni normative. Tuttavia, nonostante la semplicità offerta dal criterio della specialità unilaterale, sono pochi i casi risolvibili in base ad esso, e la sua applicazione ha generato un certo grado di confusione anche in casi di facile soluzione, come testimonia il paradigmatico esempio del concorso tra l'omicidio e lo sterminio, entrambi qualificati come crimini contro l'umanità.

#### **4.1. Omicidio e sterminio come crimini contro l'umanità. L'eccezione dei casi *Stakić* e *Al Bashir***

Un esempio di relazione di specialità unilaterale intra-categoriale è rappresentato dall'omicidio [art. 7(1)(a) StICC] e dallo sterminio [art. 7(1)(b) StICC] qualificati come crimini contro l'umanità.

Da sempre prevista negli Statuti dei tribunali internazionali e definita come l'«archetipo» dei crimini contro l'umanità,<sup>37</sup> la condotta di omicidio consiste nel

<sup>36</sup> In senso conforme A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 182; C.F. STUCKENBERG, *Multiplicity of Offences*, cit., 588, secondo cui «*the lex specialis rule can be said to be part of international criminal law*». Nella letteratura internazionalistica, anche per ulteriori riferimenti, cfr. V. JEUTNER, *Irresolvable Norm Conflicts*, cit., 57; A. LINDROOS, *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis*, in *Nordic Journal of International Law*, 74, 2005, 38 ss.; M. MILANOVIC, *The Lost Origins of Lex Specialis: Rethinking the Relationship between Human Rights and International Humanitarian Law*, in J.D. OHLIN (a cura di), *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, 30; J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 385; G. CONWAY, *Conflicts of Competence Norms in EU Law and the Legal Reasoning of the ECJ*, in *German Law Journal*, 11, 2010, 985. Cfr., in aggiunta, G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 283 (nota 676), in cui si cita il caso *Kunarac*. Tuttavia, il riferimento giurisprudenziale pare errato: la sentenza citata, invero, non sembra fare riferimento al principio di specialità ma piuttosto a quello di consunzione quando afferma che una condanna non dovrebbe essere imposta «for both a greater offence and a lesser included offence» (enfasi aggiunta). Prova ne è il fatto che i giudici ricorrono alla formula *lex consumens derogat legi consumptae* e, per determinare il crimine più grave, fanno riferimento ai limiti edittali previsti all'interno dei sistemi giuridici nazionali: ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 170-171.

<sup>37</sup> R. CRYER ET AL., *An Introduction to International Criminal Law*, cit., 246. L'omicidio come crimine contro l'umanità è previsto all'art. 6(c) StIMT, art. 5(c) StIMTFE, art. 5(a) StICTY, art. 3(a) StICTR, art. 2(a) StSCSL, art. 5(a) StECCC, art. 6(b) StEAC. All'interno dei Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e il Ruanda si riscontrava una discrepanza tra le due versioni ufficiali redatte in lingua inglese e francese: mentre la terminologia anglofona ricorreva al termine *murder* (omicidio volontario), quella francese risultava più restrittiva poiché faceva ricorso alla nozione di *assassinat*, corrispondente a un omicidio premeditato. Mentre in ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 138-140 i giudici hanno dato prevalenza alla versione francese,

causare la morte di una o più persone mediante azione od omissione.<sup>38</sup> Alcuna premeditazione è necessaria ai fini dell'integrazione della fattispecie.<sup>39</sup>

Anche il crimine di sterminio, al pari dell'omicidio, è stato codificato a partire dallo Statuto di Norimberga.<sup>40</sup> Esso consiste nell'uccisione di persone su larga scala – differenziandosi dal crimine di omicidio soltanto per la sua dimensione massiva<sup>41</sup> –

facendo leva sull'interpretazione favorevole all'accusato, in un'altra sentenza il Tribunale ha preferito ricorrere alla versione inglese perché corrispondente al diritto consuetudinario, dichiarando che quella francese ha sofferto di un vizio di traduzione in fase di redazione dello Statuto: cfr. ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Trial Judgment, cit., par. 588. Per un approfondimento si rinvia a G. BOAS, J.L. BISCHOFF, N.L. REID, *Elements of Crimes*, cit., 59. Lo Statuto di Roma ha ovviato a tale problema impiegando, nella versione francese, il termine *meurtre* (omicidio volontario ma non premeditato). Per un commento alla disposizione e alla fase dei negoziati si rinvia a C.K. HALL, C. STAHN, *Article 7*, cit., 181. Sul tentativo di formulare una prima definizione di diritto internazionale del crimine di omicidio a partire dall'analisi della giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* cfr. J. HOGAN-DOGAN, *Murder as a Crime Under International Law and the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Of Law, Legal Language, and a Comparative Approach to Legal Meaning*, in *Leiden Journal of International Law*, 11, 1998, 165-181 e W.J. VAN DER WOLF, D. DE RUITER (a cura di), *Crimes Against Humanity and International Criminal Law*, Wolf, Oisterwijk, 2011, 96 ss. e 246 ss.

<sup>38</sup> ICC, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo-Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 287; ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., par. 132. Il Procuratore è tenuto a provare la connessione causale tra la condotta e l'evento morte: ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Trial Judgment, cit., par. 329. Per una definizione analoga cfr. E. AMATI, E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità*, cit., 371. Il testo degli Elementi dei Crimini richiede che: (a) l'autore causi la morte di una o più persone con una (b) condotta che sia parte di un attacco esteso o sistematico diretto contro la popolazione civile e (c) con la consapevolezza dell'attacco. Data la definizione vaga offerta dagli EC, alcuni autori sono ricorsi ad altre fonti previste dallo Statuto di Roma e in particolare ai principi giuridici dei sistemi giuridici del mondo [art. 21(1)(c) StICC] per definire l'omicidio: cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 79. Tale metodologia di definizione non sembra mettere sotto stress il principio di legalità poiché, come è stato affermato, l'omicidio è previsto come reato in tutti gli ordinamenti giuridici del mondo: M.C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, cit., 373.

<sup>39</sup> Ai sensi dello Statuto di Roma l'autore deve voler causare la morte ovvero deve essere consapevole che l'evento morte si verificherà come conseguenza ordinaria alla sua condotta: ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., par. 135 e 138. Il requisito della premeditazione non è invece richiesto: cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 350; S. CHESTERMAN, *An Altogether Different Order, Defining the Elements of Crimes Against Humanity*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 10, 2002, 332 ss.; G. HEINE, H. VEST, *Murder/Wilful Killing*, in G.K. McDONALD, O. SWAAK-GOLDMAN (a cura di), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. Volume I*, cit., 175. In senso conforme si è posta anche la giurisprudenza degli *Special Panels for Serious Crimes* in Timor Est: cfr. SPSC, *Prosecutor v. Marques (Los Palos)*, Judgment, 09/2000, 11 dicembre 2001, par. 649 e SPSC, *Prosecutor v. Agostinho Cloe*, Judgment, 4/2003, 16 novembre 2004, par. 15.

<sup>40</sup> Art. 6(c) StIMT, art. II par. 1(c) della Control Council Law n. 10, art. 5(c) StIMTFE, art. 5(b) StICTY, art. 3(b) StICTR, art. 2(b) StSCSL, art. 5 StECCC.

<sup>41</sup> Cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 350. Gli Statuti non fissano un numero minimo di vittime a partire dal quale la fattispecie dello sterminio può considerarsi integrata, lasciando ai giudici il compito di determinare con un approccio casistico la realizzazione di tale elemento oggettivo. Una pronuncia dell'ICTY ha ritenuto insufficiente la morte di 8 persone per qualificare la condotta come crimine di sterminio: ICTY, *Prosecutor v. Stanišić and Župljanin*, Trial Judgment, cit., par. 219. Gli EC sembrerebbero contraddire l'elemento massivo che contraddistingue lo sterminio, prevedendo la responsabilità per colui che uccide *una* o più persone: alcuni autori hanno tentato di armonizzare questa disposizione con quella statutaria affermando che il singolo omicidio deve inserirsi all'interno di un piano di sterminio e l'autore deve avere consapevolezza di agire in tale contesto di uccisioni su larga scala. In questo senso E. AMATI, E. MACULAN, *I crimini contro*

ovvero, come precisa l'art. 7(2)(b) StICC, nell'inflizione di condizioni di vita tali da condurre alla distruzione di parte della popolazione (c.d. sterminio indiretto).<sup>42</sup>

La relazione strutturale che si instaura tra il crimine di omicidio e quello dello sterminio coincide con la specialità unilaterale *per aggiunta*: lo sterminio è norma speciale perché contiene, al proprio interno, l'omicidio, e vi aggiunge un elemento di natura quantitativa coincidente con la dimensione massiva delle uccisioni.<sup>43</sup>

Una delle prime sentenze in materia ha affermato che il crimine di sterminio può essere provato soltanto attraverso la prova delle uccisioni su larga scala e, se il Procuratore non dimostra che una parte degli omicidi ricade al di fuori dell'evento massivo, una sola disposizione deve essere applicata.<sup>44</sup> Come già detto in precedenza, la giurisprudenza internazionale ha ritenuto apparente il concorso tra l'omicidio e lo sterminio, applicando soltanto quest'ultima disposizione in quanto *lex specialis*.

Un'eccezione è costituita dalla sentenza *Stakić* di primo grado del Tribunale per la ex-Jugoslavia, in cui i giudici hanno applicato entrambe le disposizioni poiché si è ritenuto che soltanto il cumulo di qualificazioni avrebbe potuto portare a un'integrale valutazione giuridica del disvalore del fatto: disvalore espresso dal fatto che il crimine

*l'umanità*, cit., 371 e G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 351. Pur riconoscendo il valore di tale interpretazione, sembra più opportuno limitare le ipotesi di sterminio alle sole uccisioni massive perché è tale elemento – di natura quantitativa – che caratterizza e differenzia lo sterminio dal crimine di omicidio, evitando di creare un'irrazionale ipotesi di *identità* normativa. L'incompatibilità tra EC e Statuto sarebbe comunque risolta dalla prevalenza della norma statutaria in base alla gerarchia delle fonti prevista dagli artt. 9 e 21 StICC. In senso conforme ICTY, *Prosecutor v. Mitar Vasiljević*, Trial Judgment, cit., par. 227, secondo cui «responsibility for one or for a limited number of such killings is insufficient». Contro tale impostazione cfr. G. BOAS, J.L. BISCHOFF, N.L. REID, *Elements of Crimes*, cit., 62.

<sup>42</sup> Tale modalità di commissione del crimine, pur non prevista direttamente dagli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, fu riconosciuta per la prima volta in ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 144, e confermata successivamente in ICTR, *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana*, Appeals Judgment, cit., par. 522; ICTR, *Prosecutor v. Paul Bisengimana*, Judgment and Sentence, cit., par. 72. Cfr. D. MARCUS, *Famine Crimes in International Law*, in *American Journal of International Law*, 97, 2003, 271 e R.C. DEFALCO, *Accounting for Famine at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. The Crimes Against Humanity of Extermination, Inhumane Acts and Persecution*, in *The International Journal of Transitional Justice*, 5, 2011, 148 ss.

<sup>43</sup> In questa sede non possono essere analizzate, per ovvie ragioni, tutte le ipotesi di sovrapposizione normativa. Si vuole comunque accennare a un ulteriore esempio di relazione di specialità unilaterale – questa volta *per specificazione* – che si instaura tra il crimine di riduzione in schiavitù [art. 7(1)(c) StICC] e la riduzione in schiavitù sessuale [art. 7(1)(g) StICC], essendo la «natura sessuale» degli atti una specificazione del più generico «esercizio su una persona dei poteri tipici analoghi a quelli derivanti dal diritto di proprietà». Sul punto cfr. ICC, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 430 e SCSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Trial Judgment, cit., par. 419 ss. Critici riguardo alla formulazione di una fattispecie *ad hoc* di riduzione in schiavitù sessuale, dato il rapporto di specialità intercorrente con il crimine di *enslavement*, C.K. HALL, C. STAHN, *Article 7*, cit., 212. Critico rispetto alla formulazione di una fattispecie *ad hoc* è anche il rapporto presentato dalla Commissione per i Diritti Umani dell'ONU, in cui si afferma che «the term "sexual" is used in this report as an adjective to describe a form of slavery, not to denote a separate crime»: cfr. E/CN.4/Sub.2/1998/13, Final Report on Contemporary Forms of Slavery. Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict, 22 giugno 1998, par. 30.

<sup>44</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 645 e 650.

di omicidio è diretto contro degli individui mentre il crimine di sterminio ha come vittima un gruppo di persone.<sup>45</sup>

Allo stesso modo la Camera preliminare della Corte penale internazionale, nella decisione adottata in occasione della conferma del mandato d'arresto nel caso *Al Bashir*, ha preferito mantenere entrambi i capi d'accusa senza ritenere l'omicidio assorbito nel crimine di sterminio. Poiché gli attacchi perpetrati nei confronti dei gruppi Fur, Masalit e Zaghawa nella regione del Darfur si inserivano in un quadro di uccisioni massive nei confronti della popolazione civile, i giudici hanno conferito una doppia qualificazione giuridica agli stessi eventi criminosi.<sup>46</sup>

L'approccio adottato nei casi *Stakić* e *Al Bashir* non appare convincente. Lo sterminio, infatti, si compone – per definizione – di due elementi: l'omicidio volontario e la dimensione massiva dell'evento morte.<sup>47</sup> Risulta pertanto chiaro e incontestabile che le due fattispecie si pongono in rapporto di specialità unilaterale per aggiunta, in cui la dimensione massiva costituisce l'elemento specifico e ulteriore.<sup>48</sup> L'applicazione congiunta di entrambe le fattispecie si pone in contrasto con il principio di specialità unilaterale: nei casi di concorso soltanto il crimine di sterminio deve trovare applicazione in quanto *lex specialis*.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Trial Judgment, cit., par. 877.

<sup>46</sup> ICC, *Prosecutor v. Omar Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, P-TC, ICC-02/05-01/09, 4 marzo 2009, par. 95-97. Merita di essere ricordato che in questa fase procedimentale si pone un problema di *cumulative charges* e non di *cumulative convictions*, essendo ancora da provare la responsabilità dell'imputato. Tuttavia, come si diceva all'inizio di questo lavoro, le imputazioni cumulative costituiscono la premessa indispensabile al concorso formale di reati, e dovrebbero seguire gli stessi principi che regolano la materia del concorso di norme in vista di una miglior razionalizzazione del processo: cfr. *retro*, cap. I, par. 2.

<sup>47</sup> In senso conforme si vedano ICTR, *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana*, Appeals Judgment, cit., par. 516; ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Appeals Judgment, cit., par. 259 ss.; ICTR, *Prosecutor v. Emmanuel Nindabahizi*, Judgment, AC, ICTR-01-71-A, 16 gennaio 2007, par. 135; ICTR, *Prosecutor v. Athanase Seromba*, Judgment, AC, ICTR-2001-66-A, 12 marzo 2008, par. 189; ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Perišić*, Trial Judgment, cit., par. 106; ICTR, *Prosecutor v. Grégoire Ndahimana*, Judgment and Sentence, cit., par. 839; ICTY, *Prosecutor v. Lukić and Lukić*, Judgment, AC, IT-98-32/1-A, 4 dicembre 2012, par. 536; ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Trial Judgment, cit., par. 724; ICTY, *Prosecutor v. Stanišić and Župljanin*, Trial Judgment, cit., par. 44.

<sup>48</sup> Cfr. R. CRYER ET AL., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, cit., 247; G. BOAS, J.L. BISCHOFF, N.L. REID, *Elements of Crimes*, cit., 61. Alcuni autori affermano che un ulteriore elemento che conferisce specificità allo sterminio risiede nelle condotte dirette a imporre condizioni di vita tali da portare alla morte del gruppo: M.C. BASSIOUNI, *Crimes against Humanity*, cit., 372. A nostro avviso l'unicità di tale elemento va ridimensionata, considerando le regole di imputazione soggettiva imposte dall'art. 30 StICC. L'omicidio può essere posto in essere con una condotta attiva od omissiva, diretta o indiretta: l'autore deve voler la morte della vittima o essere consapevole che l'evento si realizzerà nell'ordinario corso degli eventi. Di conseguenza pare possibile ipotizzare, ad esempio, un omicidio realizzato attraverso la privazione del cibo, qualora sia possibile provare che l'evento morte sia conseguenza ordinaria (e non eccezionale) della condotta.

<sup>49</sup> Tale soluzione è ampiamente condivisa in giurisprudenza. Per l'ICTY si veda *Blagojević and Jokić*, Trial Judgment (par. 803); *Lukić and Lukić*, Trial Judgment (par. 1045); *Popović et al.*, Trial Judgment (par. 2114); *Tolimir*, Trial Judgment (par. 1204); *Karadžić*, Trial Judgment (par. 6020), *Mladić*, Trial Judgment (par. 5175). Per l'ICTR si veda *Ntakirutimana and Ntakirutimana*, Appeals



## 5. Casi difficili: tra la specialità reciproca e il reato eventualmente complesso

Oltre i confini della specialità unilaterale si aprono le porte dell'incertezza, la quale rischia di tradursi in arbitrio giudiziario. Ciò vale sia in riferimento alla relazione di specialità reciproca che può instaurarsi tra due o più fattispecie che alla relazione di interferenza per la sola condotta.

In questi casi la soluzione in favore dell'unità di reato è più complessa. Le soluzioni ispirate a criteri logico-strutturali proposte a livello nazionale nelle ipotesi di specialità reciproca non sono facilmente trapiantabili al corpo normativo di diritto penale internazionale: in tale campo, infatti, non vi è quasi mai una specialità fra soggetti – nemmeno la tortura è qualificata come reato proprio nello Statuto di Roma – e, soprattutto, l'assenza di cornici edittali per le singole categorie di crimini rendono impossibile determinare l'indice di gravità sulla base della risposta sanzionatoria. Unico criterio che può essere ancora utilizzato è il bilanciamento degli elementi specializzanti, con prevalenza della norma che ne presenta un numero superiore: ma anch'esso è destinato a trovare uno spazio ridotto, dato che sovente le norme si equivalgono o presentano soltanto un elemento di specificità ulteriore. Inoltre risolvere il concorso con un mero raffronto quantitativo tra elementi di fattispecie potrebbe costituire un'operazione superficiale perché si rischia di non valorizzare le ragioni di tutela che hanno portato all'incriminazione di condotte che violano beni giuridici di rilevanza internazionale.

Accanto al criterio logico-strutturale, il cui utilizzo non deve comunque essere anticipatamente e sfiduciosamente abbandonato, è necessario affiancarne uno di natura valoriale.

Accanto alla specialità unilaterale, il principio di consunzione entra a far parte del diritto penale internazionale, quantomeno nel suo «cuore pulsante»<sup>50</sup> individuato nella prevalenza della norma che esprime una maggior lesione o il maggior disvalore di un fatto rispetto ad altra norma posta a tutela del medesimo (o affine) bene giuridico leso secondo modalità meno offensive.

Il principio di consunzione è conosciuto ed applicato sia nei sistemi di *civil law*<sup>51</sup> che nei paesi di *common law*.<sup>52</sup> Per questo motivo la giurisprudenza dei Tribunali *ad*

---

Judgment (par. 542); *Bisengimana*, Judgment and Sentence (par. 103); *Nchamihigo*, Judgment and Sentence (par. 344); *Gatete*, Trial Judgment (par. 665); *Ndindiliyimana et al.*, Trial Judgment (par. 2037); *Bagosora and Nsengiyumva*, Appeals Judgment (par. 416); *Ntabakuze*, Appeals Judgment (par. 261); *Nzabonimana*, Judgment and Sentence (par. 1794); *Nizeyimana*, Judgment and Sentence (par. 1553). Anche la dottrina è favorevole all'apparenza del concorso: cfr., per tutti, G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 389; E. MACULAN, A. LIÑÁN LAFUENTE, *Relaciones Concursales*, cit., 313.

<sup>50</sup> Cfr. C.F. STUCKENBERG, *Multiplicity of Offences*, cit., 594, secondo cui «it seems that at least the core of the concept of consumption is part of international criminal law».

<sup>51</sup> Oltre a quanto già detto con riferimento alla teoria pluralista nell'ordinamento italiano e alle applicazioni giurisprudenziali francesi (cfr. *retro*, cap. II, par. 2.3), merita di essere citato l'art. 8, no. 3 c.p. spagnolo. Quest'ultimo testo disciplina secondo una gerarchia i principi che devono essere

*hoc ha*, fin dagli albori, fatto ricorso al concetto di consunzione, definendolo in seguito a un'analisi di diritto comparato e della giurisprudenza delle corti regionali.<sup>53</sup>

I primi test elaborati dai giudici per risolvere il problema del concorso di norme facevano riferimento alla consunzione in via esplicita, utilizzando l'ampio concetto di

---

utilizzati dall'interprete nella soluzione dei casi di convergenza normativa. Dopo il principio di specialità (no. 1) e il riferimento alla sussidiarietà espressa e tacita (no. 2), il codice afferma che «*el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél*».

<sup>52</sup> Il riferimento di diritto positivo è al c.d. *Model Penal Code*, il cui art. 1, sez. 1.07, rubricato *Method of prosecution when conduct constitutes more than one offence*, prevede l'apparenza del concorso ogni qualvolta un'offesa è ricompresa in un'altra. La definizione di *inclusion* si ritrova poco più sotto, alla sez. 1.07(4), in cui si afferma che «an offence is so included when: a) it is established by proof of the same or less than all the facts required to establish the commission of the offence charge; or [...] c) it differs from the offence charged only in respect that a less serious injury or risk of injury to the same person, property or public interest or a lesser kind of culpability suffices to establish its commission» (enfasi aggiunta). La regola così prevista è stata inserita in numerose codificazioni, tra cui quelle dell'Arkansas, Colorado, Delaware, Georgia, Kentucky, Maine, Missouri, Montana e New Jersey: cfr. C.F. STUCKENBERG, *Multiplicity of Offences*, cit., 592 (nota 144). Nonostante siano rinvenibili i criteri di specialità e di consunzione, merita di essere detto che l'approccio statunitense si differenzia almeno per un aspetto importante rispetto a quello italiano: l'accento è posto, infatti, non tanto sulla definizione astratta delle fattispecie, quanto sui fatti concreti e sugli elementi di prova (c.d. *evidence*) utilizzati in sede di giudizio. In altri termini l'approccio statunitense non sembra fondarsi sull'analisi strutturale tra fattispecie astratte ma, piuttosto, sul confronto casistico di fatti criminosi da provare in sede di giudizio. Cfr. C.F. STUCKENBERG, *Cumulative Charges and Cumulative Convictions*, cit., 842, il quale si mostra favorevole al raffronto tra fattispecie astratte e, in senso contrario, ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 641 e 644, in cui la Camera di primo grado ha concluso per il concorso apparente di norme dato che le prove utilizzate per sostenere l'accusa in giudizio erano le stesse sia per il crimine di genocidio che per lo sterminio e l'omicidio qualificati come crimini contro l'umanità.

<sup>53</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., 686. La sentenza in esame fa riferimento alla nozione di consunzione per ampliare i casi di concorso apparente al di là della relazione di specialità unilaterale. Per dimostrare la validità universale di tale principio, oltre a citare un caso austriaco, uno tedesco e un manuale inglese rivolto agli operatori del diritto, la sentenza ricorre all'opinione dissenziente del giudice Nieto Navia della Corte Inter-Americana dei Diritti dell'Uomo nel caso *Caballero Delgado and Santana*, in cui si afferma l'assurdità di punire l'autore di un omicidio anche per il reato di lesioni dato che quest'ultima condotta costituisce (oltre che un passaggio obbligatorio) un'aggressione minore al bene dell'integrità fisica rispetto alla condotta di omicidio. Cfr. IACtHR, *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Voto Disidente del Juez Nieto Navia, 8 dicembre 1995, 99. In aggiunta il Tribunale per la ex-Jugoslavia compie un riferimento al caso *Aksoy* deciso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in cui si afferma che le condotte previste all'art. 3 ECHR – tortura, trattamenti disumani e trattamenti degradanti – costituiscono gradi di offesa diversi allo stesso bene giuridico e, di conseguenza, l'applicazione della fattispecie più grave esclude (*rectius*: assorbe) l'applicazione di quelle meno gravi: cfr. ECtHR, *Aksoy v. Turkey*, Judgment, 100/1995/606/694, 18 dicembre 1996, par. 64. Pur tenendo a mente le differenze che intercorrono tra le norme relative alla tutela dei diritti umani – dirette a far sorgere una responsabilità statale – e le norme penali – dirette a far sorgere una responsabilità individuale – è interessante notare che il criterio che permette di distinguere le condotte previste dall'art. 3 ECHR risiede nel grado di intensità della sofferenza inflitta alla vittima. Tale impostazione è stata seguita in numerose altre pronunce: cfr., per tutte, ECtHR, *Al Adsani v. United Kingdom*, n. 35763/97, 21 novembre 2001. Per un commento all'art. 3 ECHR si rinvia, anche per riferimenti ulteriori, a M. FORNARI, *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, 352-383.

*lesser included offence*,<sup>54</sup> o in via implicita, facendo ricorso al concetto vago (e mai definito dai giudici) di bene giuridico (c.d. *different interests test*).<sup>55</sup>

Nonostante alcune voci contrarie,<sup>56</sup> il principio di consunzione ha trovato costante applicazione da parte della giurisprudenza internazionale, e tale approccio appare conforme a quelle tendenze nazionali che spingono verso l'unità di reato anche nei casi più complessi di relazioni strutturali aventi la forma della specialità reciproca.

Due tipologie di sovrapposizioni normative che sembrano generare – almeno *prima facie* – una relazione di specialità reciproca meritano di essere analizzate. Prima di ricorrere al principio di consunzione ai fini dell'unità di reato, tuttavia, si tenterà di seguire la strada più sicura segnata dal criterio logico-strutturale della specialità; solo ove quest'ultimo non sia in grado di conferire prevedibilità e omogeneità di soluzioni si farà ricorso, in via ausiliaria, al criterio valoriale della consunzione.

### **5.1. La tortura commessa attraverso lo stupro. Il caso Bemba Gombo**

La tortura come crimine contro l'umanità è disciplinata all'art. 7(1)(f) StICC e viene definita come l'inflizione intenzionale di un grave dolore o sofferenza, sia fisica che mentale, ad una persona che si trova sotto la propria custodia o controllo.<sup>57</sup>

L'elemento oggettivo del crimine si sostanzia nell'inflizione di un dolore o sofferenza – fisica o psicologica – di grave entità,<sup>58</sup> nonostante non sia richiesto che i danni provocati alla vittima siano permanenti.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> Così ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Trial Judgment, cit., par. 468.

<sup>55</sup> Cfr. ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Trial Judgment, cit., par. 468; ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 627; ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 695.

<sup>56</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Appeals Judgment, cit., par. 357, in cui la Camera d'appello ha escluso l'applicazione di altri criteri rispetto a quello della specialità ai fini della soluzione del concorso di norme.

<sup>57</sup> La tortura non era contemplata come crimine contro l'umanità dallo Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga né da quello di Tokyo. Disciplinata a partire dall'art. II(1)(c) CCL n. 10, oggi è prevista all'art. 5(f) StICTY, art. 3(f) StICTR, art. 2(f) StSLCL, art. 5 StECC. Sulla natura di *jus cogens* del divieto di tortura cfr., anche per ulteriori riferimenti, K. AMBOS, *May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, 265. Va ricordato che lo Statuto delle Camere Straordinarie Africane in Senegal disciplina, da un lato, la tortura come crimine contro l'umanità all'art. 6(g) StEAC e, dall'altro, prevede la tortura come reato «comune» (e non come crimine internazionale) all'art. 8 StEAC, modellandone la definizione sulla Convenzione contro la tortura del 1984. Ciò è portato alla triplice qualificazione giuridica degli stessi fatti di tortura, qualificati come crimine di guerra, crimine contro l'umanità e come reato comune. Sul punto sia consentito di rinviare a M. BORTOLUZZI, *La prima sentenza delle Camere straordinarie africane*, cit., 499.

<sup>58</sup> Tra i fattori che vengono presi in considerazione figurano la durata dell'abuso e le conseguenze fisiche o psicologiche delle violenze inflitte: cfr. ICTY, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, Trial Judgment, cit., par. 484 ss.; ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Appeals Judgment, cit., par. 299; ICTY, *Prosecutor v. Limaj et al.*, Trial Judgment, cit., par. 237; ICTY, *Prosecutor v. Milan Martić*, Trial Judgment, cit., par. 75. Nell'individuazione della soglia di gravità la giurisprudenza dei

La definizione adottata dallo Statuto di Roma si differenzia in modo significativo da quella contenuta nella *Convenzione contro la tortura o altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti* del 1984:<sup>60</sup> da un lato, essa non richiede la partecipazione di un pubblico ufficiale, potendo essere posta in essere anche da attori non-statali o da privati cittadini;<sup>61</sup> dall'altro lato, alcuna particolare direzione finalistica degli atti è richiesta.<sup>62</sup> Ciò che deve essere provato è lo stato di custodia o la situazione di controllo esercitato dall'autore sulla vittima, definiti come la creazione di uno *status*

---

Tribunali *ad hoc* ha sempre fatto costante riferimento alle pronunce delle corti regionali, in particolare a quelle della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: accanto a un nucleo ristretto di condotte che costituiscono di per sé tortura (come le mutilazioni di parti del corpo e le esecuzioni simulate: cfr. ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Trial Judgment, cit., par. 144-149), vi sono una serie di atti che devono essere attentamente sottoposti a una valutazione che tenga conto di tutte le circostanze concrete. Sul punto cfr. E. MACULAN, *Judicial Definition of Torture as a Paradigm of Cross-fertilisation*, cit.

<sup>59</sup> Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Trial Judgment, cit., par. 148; ICTY, *Prosecutor v. Limaj et al.*, Trial Judgment, cit., par. 236; ICTY, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, Appeals Judgment, cit., par. 249 ss.; ICTY, *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 514.

<sup>60</sup> UNTS 1465, A/RES/39/46, 10 dicembre 1984. La Convenzione contro la tortura, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984, costruisce la fattispecie di tortura attorno ai seguenti elementi: la qualifica di pubblico ufficiale in capo all'autore del crimine (reato proprio); l'entità particolarmente intensa della sofferenza cagionata alla vittima; la presenza di un dolo specifico, in particolare dell'intento di ottenere dalla vittima informazioni o confessioni, o di intimidirla. Cfr. P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 10, 2017, 189 ss. Come sottolineato da alcuni autori, il punto di partenza di ogni indagine volta a proporre una definizione del crimine di tortura deve partire dalla consapevolezza che non esiste, ad oggi, una nozione unitaria di tortura nel diritto internazionale: cfr. C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunal*, cit., 175. Per una definizione della tortura nel diritto internazionale consuetudinario a partire dall'analisi della giurisprudenza del Tribunale per la ex-Jugoslavia, cfr. J.M. WAUTERS, *Torture and Related Crimes – A Discussion of the Crimes Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Leiden Journal of International Law*, 11, 1998, 155-164.

<sup>61</sup> Cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 364. La giurisprudenza del Tribunale per la ex-Jugoslavia cominciò a ritenere non necessaria la qualifica di pubblico ufficiale ai fini dell'integrazione del reato di tortura a partire dal caso *Kunarac et al.*, e tale impostazione ha trovato conferma nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e nello Statuto della Corte penale internazionale, il quale omette qualsiasi riferimento alla c.d. *official capacity*. Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Trial Judgment, cit., par. 465 ss. Sul rapporto tra la Convenzione contro la tortura e il diritto penale internazionale si veda il contributo di P. GAETA, *When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture*, in *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, 190.

<sup>62</sup> In modo ancor più esplicito, gli Elementi dei Crimini precisano che «no specific purpose must be proved». L'assenza del dolo specifico è un'altra peculiarità che caratterizza la previsione contenuta all'art. 7(1)(f) StICC rispetto a quanto previsto dalla Convenzione del 1984. Critico a riguardo R. CRYER, *Prosecuting International Crimes*, cit., 257. La giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* ha finito per richiedere che la tortura fosse commessa per ottenere informazioni, una confessione ovvero per punire o intimidire la vittima o un terzo: cfr. ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Trial Judgment, cit., 497; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Trial Judgment, cit., par. 141; ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Trial Judgment, cit., par. 179; ICTY, *Prosecutor v. Stanišić and Župljanin*, Trial Judgment, cit., par. 47. Cfr. anche il caso ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Judgment, TC, IT-95-17/1-T, 10 dicembre 1998, par. 162, in cui è stato ritenuto sufficiente lo scopo di umiliare la vittima. Si tenga presente che lo Statuto di Roma richiede la prova di uno scopo specifico per la tortura qualificata come crimine di guerra: cfr. R. CRYER ET AL., *An Introduction to International Criminal Law*, cit., 252.

di assoggettamento della vittima che la rende più vulnerabile al potere del soggetto attivo.<sup>63</sup>

Ai sensi dello Statuto di Roma la tortura come crimine contro l'umanità viene spogliata del dolo specifico e della qualifica ufficiale in capo all'autore, divenendo una fattispecie di più ampia portata applicativa rispetto a quella applicata dai Tribunali *ad hoc* e alla nozione di tortura contenuta nella Convenzione del 1984.<sup>64</sup>

Lo stupro come crimine contro l'umanità, invece, è previsto come fattispecie autonoma all'art. 7(1)(g) StICC.<sup>65</sup> Esso si caratterizza per due elementi: da un lato la penetrazione di una parte del corpo della vittima con una parte del corpo del soggetto attivo o con un oggetto;<sup>66</sup> dall'altro, l'invasione della sfera sessuale deve avvenire con la forza, o attraverso la minaccia dell'uso della forza, o in modo coercitivo, ovvero a danni di una persona incapace di esprimere un consenso genuino.<sup>67</sup>

La particolare configurazione della tortura adottata dallo Statuto di Roma permette di qualificare il concorso tra questa fattispecie e quella di stupro come una relazione di specialità reciproca in parte per aggiunta e in parte per specificazione: la violenza sessuale si pone come elemento specializzante rispetto all'inflizione di una

<sup>63</sup> Favorevole all'abbandono del dolo specifico e all'adozione del requisito del controllo/custodia come elemento capace di distinguere la tortura da altre condotte di lesione dell'integrità personale, K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 91.

<sup>64</sup> Cfr. E. AMATI, E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità*, cit., 375. Tuttavia non si concorda con l'affermazione secondo la quale la tortura, così come prevista dallo Statuto di Roma, possa configurarsi come reato comune. Se è vero che non viene richiesta la partecipazione di un ufficiale statale nella commissione del crimine, è altrettanto vero che il Procuratore è pur sempre tenuto a provare la relazione di custodia o controllo che si instaura tra l'autore e la vittima. Tale elemento permetterebbe di considerare la tortura come un reato proprio dato che il crimine non può essere commesso da «chiunque» ma soltanto da chi si trovi in quella particolare situazione di vantaggio e potere nei confronti di un'altra persona.

<sup>65</sup> Il crimine fu introdotto soltanto a partire dall'art. II(1)(c) CCL n. 10. Ciononostante a Norimberga e Tokyo la clausola residuale degli «altri atti disumani» rese possibile l'imputazione (e la condanna) delle condotte di stupro. Il crimine è stato disciplinato all'art. 5(g) StICTY, art. 3(g) StICTR, art. 2(g) StSCSL, art. 5 StECCC, art. 6(a) StEAC. Sulla negoziazione e codificazione dell'art. 7(1)(g) StICC si rinvia a E. LA HAYE, *The Elements of War Crimes – Rape, Sexual Slavery, Enforced Prostitution, Forced Pregnancy, Enforced Sterilisation, and Sexual Violence*, in R.S LEE (a cura di), *The International Criminal Court. Elements of Crimes*, cit., 184.

<sup>66</sup> La definizione statutaria è volutamente priva di qualsiasi connotazione di genere, permettendo di qualificare come stupro anche la violenza sessuale inflitta da un uomo a un altro uomo, da una donna a un'altra donna ovvero da una donna a un uomo. Cfr. F. BENSOUA, *Gender and Sexual Violence Under the Rome Statute*, in E. DECAUX, A. DIENG, M. SOW (a cura di), *From Human Rights to International Criminal Law. Studies in Honour of an African Jurist, the Late Judge Laïty Kama*, Brill-Nijhoff, The Hague, 2007, 401; S. MOUTHAN, *The Prosecution of Gender-based Crimes at the ICC. Challenges and Opportunities*, in *International Criminal Law Review*, 11, 2011, 775 ss. Per un'analisi della giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* in materia di violenza sessuale si rinvia al contributo di K.D. ASKIN, *Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals. Current Status*, in *American Journal of International Law*, 93, 1999, 97 ss.

<sup>67</sup> Cfr. K. GREWAL, *The Protection of Sexual Autonomy Under International Criminal Law. The International Criminal Court and the Challenge of Defining Rape*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 373 ss.; K. O'BYRNE, *Beyond Consent. Conceptualising Sexual Assault in International Criminal Law*, in *International Criminal Law Review*, 11, 2011, 495 ss. e W. SCHOMBURG, I. PETERSON, *Genuine Consent to Sexual Violence Under International Criminal Law*, in *American Journal of International Law*, 101, 2007, 121 ss.

grave sofferenza fisica o psicologica, mentre lo stato di custodia o controllo costituisce un elemento tipico del solo crimine di tortura. Quale norma deve trovare applicazione? Si deve concludere per l'unità o per la pluralità di reati?

La prima strada che può essere percorsa è quella indicata dal principio di specialità e conduce verso l'applicazione della norma con più elementi specializzanti. L'interprete che seguisse questo primo approccio dovrebbe concludere per l'applicazione del solo crimine di stupro, poiché soltanto quest'ultima fattispecie contiene un elemento specializzante: l'invasione della sfera sessuale con una parte del proprio corpo o con un oggetto costituisce una *species* rispetto al più ampio *genus* delle gravi sofferenze. La particolare relazione di controllo che deve instaurarsi tra autore e vittima ai fini dell'integrazione della fattispecie di tortura non specifica, per contro, alcun elemento generale presente nell'offesa di violenza sessuale.

Alla medesima conclusione può giungersi attraverso l'applicazione del principio di consunzione. Posto che entrambe le norme sono dirette a tutelare l'integrità fisica e psicologica di un soggetto, e posto che l'art. 7(1)(f) StICC non richiede alcuna finalità specifica, l'applicazione del solo reato di stupro è sufficiente ai fini dell'integrale valutazione giuridica del fatto. Lo stato di custodia o controllo, infatti, è destinato a perdere importanza nella qualificazione del fatto rispetto all'elemento dell'invasione sessuale della vittima. Nei casi di convergenza normativa ci si trova, per definizione, di fronte a uno stupro di una vittima che si trova sotto il controllo dell'autore: il disvalore aggiuntivo della condotta è pertanto conferito dall'aggressione sessuale, mentre lo stato di particolare vulnerabilità della vittima potrà essere considerato come circostanza aggravante o in sede di commisurazione della pena.

Alle medesime conclusioni è giunta la Camera preliminare della Corte penale internazionale nel caso *Bemba Gombo*. I giudici, dopo essere ricorsi a un breve confronto strutturale tra le fattispecie, hanno affermato che, rispetto alla tortura, il reato di stupro contiene l'elemento specializzante della penetrazione sessuale. La presenza di tale ultimo requisito permette di considerare lo stupro «*the most appropriate legal characterisation in this particular case*»,<sup>68</sup> e il disvalore del reato di tortura viene ritenuto interamente assorbito dall'accusa di stupro.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., par. 204.

<sup>69</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., par. 205. A sostegno di tale conclusione vengono citate due pronunce dei Tribunali *ad hoc*: ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 577, 625-650 e ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Decision on Defence Preliminary Motion Concerning the Form of the Indictment, TC, IT-01-42-PT, 28 giugno 2002. Occorre notare come una relazione strutturale diversa si configurerà qualora la tortura fosse definita come reato proprio e a dolo specifico. In questo caso si potrebbero ipotizzare due distinte tipologie di relazioni strutturali. La prima si sostanzierebbe in una specialità reciproca per *doppia specificazione*, dato che la qualifica ufficiale del soggetto attivo e la direzione finalistica degli atti configurerebbero specificità – rispettivamente – agli elementi del «chiunque» e del dolo generico propri dello stupro. Applicando il criterio di prevalenza della norma con più elementi specializzanti, si sarebbe costretti a concludere per la sola applicazione della tortura, con esito dunque contrario a quanto poco sopra proposto. La seconda relazione ipotizzabile è quella dell'*interferenza* per la sola condotta, dato che il dolo specifico potrebbe essere qualificato non come

## 5.2. La persecuzione come fattispecie «ombrello»

Il crimine di persecuzione ha trovato costante codificazione all'interno degli Statuti dei tribunali internazionali.<sup>70</sup> Prevista all'art. 7(1)(h) StICCC, essa viene definita come la privazione intenzionale e grave di diritti umani fondamentali in contrasto con il diritto internazionale, per motivi di identità del gruppo o della collettività.<sup>71</sup>

La fattispecie presenta numerosi problemi di determinatezza del precetto penale dato il triplice rinvio in bianco alle condotte e alle modalità di commissione, all'identificazione dei gruppi-vittima e all'individuazione dei diritti umani fondamentali violati.<sup>72</sup>

Un primo correttivo, idoneo a conferire determinatezza alla fattispecie, è costituito dalla soglia di gravità delle condotte punibili. Non tutte le violazioni dei diritti fondamentali rilevano ai fini della persecuzione, ma soltanto quelle considerate «di

---

elemento specializzante del dolo generico, ma come elemento ulteriore ed eterogeneo. In questo caso si dovrebbe concludere per il concorso formale di reati: cfr. ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Judgment, cit., 112; ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 174. Le soluzioni analizzate con riferimento all'ordinamento francese, tuttavia, potrebbero suggerire una soluzione in favore dell'unità di reato: se si considera la tortura come reato-fine (vista la presenza di una finalità specifica) e lo stupro come reato-mezzo, si dovrebbe applicare soltanto la prima fattispecie, e la natura sessuale dell'offesa all'integrità fisica potrebbe essere considerata come circostanza aggravante o in fase di determinazione della pena.

<sup>70</sup> Art. 5(c) StIMTFE, art. II(1)(c) CCL n. 10, art. 5(h) StICTY, art. 3(h) StICTR. Nello Statuto di Norimberga [art. 6(c) StIMT] si teneva distinta la fattispecie di persecuzione (*persecution-type*) dalle altre condotte, denominate *murder-type*.

<sup>71</sup> Tale definizione si basa su quella offerta dal Tribunale per la ex-Jugoslavia a partire dal caso *Tadić* e successivamente specificata in ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., 621 come «*gross or blatant denial, on discriminatory grounds, of a fundamental right, laid down in international customary or treaty law, reaching the same level of gravity as the other acts prohibited in Article 5 [of the ICTY Statute]*». Come rilevato da alcuni autori, l'ICTY ha inizialmente fornito alcune definizioni contrastanti della persecuzione. Solo con la sentenza *Krnjelac* di primo grado si è giunti ad una definizione unitaria di persecuzione. Cfr. K. ROBERTS, *The Law of Persecution Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, 623-639; ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnjelac*, Judgment, AC, IT-97-25-A, 17 settembre 2003, par. 185; ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Trial Judgment, cit., par. 846. Sulla definizione della persecuzione da parte dei Tribunali *ad hoc* si rinvia a W.J. FENRICK, *The Crime Against Humanity of Persecution in the Jurisprudence of the ICTY*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 31, 2001, 89 ss.; K. ROBERTS, *Striving for Definition. The Law of Persecution from its Origins to the ICTY*, in H. ABTAHI, G. BOAS (a cura di), *The Dynamics of International Criminal Justice. Essays in Honour of Sir Richard May*, Nijhoff, The Hague, 2006, 257 ss.; O. SWAAK-GOLDMAN, *The Crime of Persecution in International Criminal Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 11, 1998, 145-154. Tra i diritti fondamentali violati rientrano, a titolo d'esempio, quelli previsti dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 e del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966, come il diritto alla vita, all'integrità fisica e alla libertà personale: cfr. ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Trial Judgment, cit., par. 220. Il Comitato dei Diritti Umani, nel *General Comment no. 24*, ha elencato una serie di condotte vietate agli Stati perché contrarie ad alcune libertà fondamentali di natura consuetudinaria. Tra queste compare il divieto di tortura, di riduzione in schiavitù, di arresto e detenzione illegali, di negazione della libertà di pensiero e di religione. Cfr. UN Doc. CCPR/21/Rev.1/Add.6, *General Comment adopted by the Human Rights Committee under article 40, para. 4, of the ICCPR, No. 24*, 11 novembre 1994, par. 8.

<sup>72</sup> Cfr. E. AMATI, E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità*, cit., 378.

analoga gravità» rispetto alle altre condotte che integrano un crimine contro l'umanità, quali la tortura o lo stupro. La gravità non è riferita alla condotta persecutoria in sé, ma al carattere e alla natura della privazione dei diritti fondamentali.<sup>73</sup>

Un secondo correttivo – introdotto dallo Statuto di Roma – è rappresentato dal requisito della connessione (necessaria e) oggettiva<sup>74</sup> con uno dei crimini su cui la Corte ha giurisdizione (crimini contro l'umanità, genocidio, crimini di guerra e, infine, crimine di aggressione).<sup>75</sup> Ciò implica che la condotta persecutoria deve essere posta in essere in connessione con uno dei crimini previsti agli artt. 6-8bis StICC.

Secondo alcuni autori nessuno di questi due correttivi risulta idoneo a restringere in modo significativo l'*actus reus* della persecuzione.<sup>76</sup> La delimitazione della nozione di persecuzione sarebbe invece garantita dalla presenza del dolo specifico, dato che il crimine deve essere commesso per motivi discriminatori fondati sulla razza, la

<sup>73</sup> Cfr. G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, cit., 183. In modo analogo a quanto accaduto con la tortura, alcune condotte vengono considerate di per sé sufficientemente gravi da dare luogo a persecuzione, mentre per le altre viene adottato un approccio casistico che valuta l'impatto complessivo delle misure adottate: cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 106 e M.E. BADAR, *From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes Against Humanity*, in *San Diego International Law Journal*, 5, 2004, 128-131. Tra le condotte idonee a integrare la persecuzione figurano l'utilizzo di prigionieri come scudi umani, gli esperimenti biologici, la creazione e il mantenimento di un clima di terrore, il lavoro forzato, le violenze gravi che non integrano il reato di tortura, l'interdizione dalla professione, le restrizioni al diritto alla cittadinanza. Per un elenco esaustivo delle condotte, con la relativa giurisprudenza in materia, cfr. C.K. HALL, J. POWDERLY, *Article 7*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 277-280. Un caso particolare è quello della propaganda che incita all'odio, alla violenza e alla discriminazione. La Camera d'appello dell'ICTR ha adottato un approccio cauto, affermando che la propaganda dell'odio può essere qualificata come persecuzione soltanto se supera la soglia di gravità richiesta: ICTR, *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 986 ss. Occorre comunque rilevare che la criminalizzazione della parola può essa stessa trasformarsi in privazione di diritti fondamentali, primo fra tutti il diritto alla libertà di espressione: sul punto E. FRONZA, *Parole dietro le sbarre? L'uso della giurisprudenza della Corte Europea nelle sentenze dei Tribunali penali internazionali*, in *Ius17. Studi e materiali di diritto penale*, Bologna, 2011, 49 ss.; G.S. GORDON, *Hate Speech and Persecution. A Contextual Approach*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 46, 2013, 332.

<sup>74</sup> Cfr. J. DE HEMPTINNE, *Controverses Relatives à la Définition du Crime de Persécution*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 53, 2003, 35. Ciò sta a significare che il Procuratore è tenuto a provare soltanto la *mens rea* della persecuzione e non anche quella del reato ad essa connesso. In senso conforme K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 105.

<sup>75</sup> Una connessione con gli altri crimini era imposta dallo Statuto di Norimberga (c.d. *war-connecting link*) per ovviare al deficit di legalità che presentava la nuova categoria dei crimini contro l'umanità. Tuttavia, a partire già dalla CCL n. 10, non fu più richiesta alcuna connessione e la persecuzione è divenuta una fattispecie autonoma. Cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 377. Durante i lavori preparatori allo Statuto di Roma alcune delegazioni insistettero per l'introduzione della connessione con gli altri crimini di competenza della Corte al fine di limitare una nozione altrimenti troppo elastica di persecuzione. Cfr. D. ROBINSON, *Defining "Crimes against Humanity" at the Rome Conference*, in *American Journal of International Law*, 93, 1999, 55. La giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* ha negato la natura consuetudinaria di tale requisito: ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgment, cit., 580. Per alcuni autori il requisito della connessione ha come obiettivo quello di circoscrivere la giurisdizione della Corte alle sole forme di persecuzione che presentano un alto grado di pericolosità oggettiva: K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 106; R. CRYER ET AL., *An Introduction to International Criminal Law*, cit., 260.

<sup>76</sup> Cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 107.



nazionalità, la fede politica, l'appartenenza etnica o culturale, la religione, il genere o su altri motivi discriminatori universalmente riconosciuti come inammissibili dal diritto internazionale. L'autore deve dunque agire con l'intenzione specifica di discriminare un gruppo o una collettività.<sup>77</sup>

Nonostante gli sforzi di definizione compiuti dallo Statuto di Roma, la persecuzione rimane un concetto vago, «*artificially located between crimes against humanity and genocide and confusingly overlapping with war crimes*». <sup>78</sup> La persecuzione è stata definita come una fattispecie «ombrello»<sup>79</sup> poiché non costituisce un crimine a sé stante ma necessita – ai fini della sua realizzazione – del compimento di un'azione od omissione che si traducono in una grave violazione dei diritti umani.

Come si può intuire, tra le gravi violazioni ai diritti umani idonee a integrare la persecuzione figurano anche le condotte già sanzionate autonomamente dallo Statuto quali l'omicidio, la tortura, la violenza sessuale o la deportazione.

Vi è di più: l'espressa previsione del requisito della connessione permette di configurare la persecuzione come un crimine che può trovare realizzazione *soltanto se* legato a condotte che costituiscono di per sé un crimine ai sensi dello Statuto di Roma.

Di conseguenza, tre sono gli scenari possibili che si possono immaginare.

Il primo ha ad oggetto una condotta discriminatoria non codificata all'interno dello Statuto (ad esempio: l'emanazione di una legge sulla cittadinanza) connessa a un crimine su cui la Corte ha competenza (ad esempio: il trasferimento forzato di una minoranza). Il secondo riguarda il caso in cui la condotta persecutoria è realizzata soltanto attraverso una condotta che costituisce, già di per sé, un crimine codificato all'interno dello Statuto (ad esempio: persecuzione commessa soltanto attraverso atti di violenza sessuale o di saccheggio). Il terzo, infine, si definisce attraverso la somma dei primi due scenari: la persecuzione viene commessa sia attraverso condotte che integrano un crimine dello Statuto, sia attraverso altre condotte non tipizzate ma connesse a un crimine di competenza della Corte.

Una particolare ipotesi di convergenza normativa si configura nel secondo (e, in via riflessa, nel terzo) scenario. In questa ipotesi la peculiarità del concorso di norme deriva dal fatto che ci troviamo di fronte a una fattispecie ombrello – la persecuzione –

<sup>77</sup> Cfr. M.C. BASSIOUNI, *Crimes against Humanity*, cit., 400; K. ROBERTS, *The Law of Persecution*, cit., 636. Per la giurisprudenza cfr. ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Trial Judgment, cit., par. 202 e 217; ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Trial Judgment, cit., par. 235; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Trial Judgment, cit., par. 185; ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Trial Judgment, cit., par. 435; ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Trial Judgment, cit., par. 849-850; ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Perišić*, Trial Judgment, cit., par. 121-122; ICTY, *Prosecutor v. Gotovina et al.*, Judgment, TC, IT-06-90-T, 15 aprile 2011, par. 1803.

<sup>78</sup> C. FOURNET, C. PÉGORIER, "Only One Step Away From Genocide". *The Crime of Persecution in International Criminal Law*, in *International Criminal Law Review*, 10, 2010, 714.

<sup>79</sup> In dottrina cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 105 e E. AMATI, E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità*, cit., 378. In giurisprudenza cfr. ICTY, *Prosecutor v. Predrag Banović*, Sentencing Judgment, TC, IT-02-65/1-S, 28 ottobre 2003, par. 38; ICTY, *Prosecutor v. Popović et al.*, Trial Judgment, cit., par. 965; ICTY, *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević*, Trial Judgment, cit., par. 1756; ICTY, *Prosecutor v. Stanišić and Župljanin*, Trial Judgment, cit., par. 67.

la cui concreta attuazione passa necessariamente e unicamente attraverso la realizzazione di una condotta già autonomamente sanzionata dallo Statuto.

La rilevanza di tale sovrapposizione normativa è accentuata dal fatto che, ad oggi, di fronte alla Corte penale internazionale il crimine di persecuzione ha sempre avuto ad oggetto condotte che sono state imputate (cumulativamente) anche a titolo autonomo come crimini contro l'umanità.<sup>80</sup>

A un primo sguardo la relazione che si instaura tra la persecuzione e il crimine connesso sembra richiamare la figura del reato complesso. Lo studio del concorso che si instaura tra la persecuzione e l'omicidio, già affrontato dai Tribunali *ad hoc*, può rappresentare un paradigma di soluzione degli altri casi di convergenza che si verificano tra una c.d. fattispecie ombrello e una fattispecie che costituisce, di per sé, un crimine ai sensi dello Statuto di Roma.

### 5.2.1. La persecuzione commessa attraverso l'omicidio. Dal caso *Krstić* al caso *Blé Guadé*

La prima giurisprudenza del Tribunale per la ex-Jugoslavia che si è pronunciata sul concorso tra persecuzione e omicidio ha concluso in favore dell'apparenza.<sup>81</sup> Il cumulo di qualificazioni è stato giudicato «*impermissible cumulative*»<sup>82</sup> perché la persecuzione risulta essere *lex specialis* rispetto al crimine di omicidio: da un lato, essa richiede la prova di un elemento ulteriore che si identifica nell'intento discriminatorio nei confronti di un gruppo-vittima;<sup>83</sup> dall'altro, la prova che un imputato abbia

<sup>80</sup> Cfr. ICC, *Prosecutor v. Muthaura et al.*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, P-TC II, ICC-01/09-02/11, 23 gennaio 2012, par. 283, in cui si fa riferimento all'omicidio, al trasferimento forzato, alla violenza sessuale e alle lesioni all'integrità fisica e psichica; ICC, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 271, in cui si afferma che la persecuzione è stata posta in essere attraverso le condotte di omicidio e deportazione o trasferimento forzato; ICC, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, P-TC, ICC-02/11-01/11, 12 giugno 2014, par. 204, in cui si fa riferimento ai crimini di omicidio, violenza sessuale e lesioni; questi ultimi crimini sono imputati anche come crimine di persecuzione in ICC, *Prosecutor v. Charles Blé Guadé*, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Gaudé, P-TC, ICC-02/11-02/11, 11 dicembre 2014, par. 122.

<sup>81</sup> Cfr. G. BOAS, J.L. BISCHOFF, N.L. REID, *Elements of Crimes*, cit., 337. L'approccio restrittivo è stato adottato da ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Trial Judgment, cit., par. 675; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Trial Judgment, cit., par. 220; ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Trial Judgment, cit., par. 503; ICTY, *Prosecutor v. Mitar Vasiljević*, Trial Judgment, cit., par. 267; ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Trial Judgment, cit., par. 724; ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Trial Judgment, cit., par. 879; ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 1058; ICTY, *Prosecutor v. Mitar Vasiljević*, Appeals Judgment, cit., par. 146; ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Appeals Judgment, cit., par. 231; ICTY, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, Trial Judgment, cit., par. 1085.

<sup>82</sup> ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Appeals Judgment, cit., par. 231.

<sup>83</sup> ICTY, *Prosecutor v. Mitar Vasiljević*, Appeals Judgment, cit., par. 146, in cui si afferma che «persecution [...] requires the materially distinct elements of a discriminatory act and a

commesso il crimine di persecuzione attraverso la condotta di omicidio presume necessariamente che siano stati provati tutti gli elementi del crimine di omicidio.<sup>84</sup> L'assorbimento dell'omicidio nella persecuzione viene dunque dedotto sia dal rapporto strutturale tra le fattispecie che dalla relazione probatoria che si instaura, tra esse, in sede di giudizio.<sup>85</sup>

Rilevata l'errata applicazione del criterio *Čelebići*, con la sentenza d'appello nel caso *Kordić and Čerkez* il Tribunale ha adottato una soluzione diametralmente opposta, concludendo in favore del concorso di reati.<sup>86</sup> Il cumulo di qualificazioni giuridiche è stato ritenuto legittimo in ragione del fatto che entrambe le norme presentano, ciascuna, un elemento distinto e ulteriore rispetto all'altra: mentre la persecuzione non richiede la presenza di un'azione od omissione che causi la morte di un individuo, l'omicidio non necessita di un atto e di un intento discriminatori. Lo stesso ragionamento viene esteso

---

discriminatory intent and is therefore *more specific* than murder as a crime against humanity» (enfasi aggiunta). In senso conforme cfr. anche ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Appeals Judgment, cit., par. 231.

<sup>84</sup> Durante il processo *Krstić* il Procuratore si oppose a tale conclusione affermando che il crimine di persecuzione può essere commesso attraverso molteplici condotte, le quali non coincidono sempre con l'omicidio e gli atti disumani. Tuttavia, pur constatando la validità dell'affermazione, i giudici la ritennero inappropriata nel caso di specie, poiché «*where the charge of persecution is premised on murder or inhumane acts, and such charge is proven, the Prosecution need not prove any additional fact in order to secure the conviction for murder or inhumane act as well. The proof that the accused committed persecution through murder or inhumane acts necessarily includes proof of murder or inhumane acts under Article 5. These offences become subsumed within the offence of persecution*»: ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Appeals Judgment, cit., par. 232.

<sup>85</sup> Alla medesima conclusione è giunta la Camera d'appello nel caso ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Appeals Judgment, cit., par. 188. Tuttavia, a differenza delle sentenze *Krstić* e *Vasiljević*, nel caso *Krnojelac* i giudici non hanno motivato la scelta in favore dell'apparenza. Un'opinione parzialmente dissenziente è stata espressa dal giudice Shahabuddeen nel caso *Krstić*, in cui quest'ultimo ha dichiarato di conformarsi alla conclusione raggiunta dalla maggioranza della Camera d'appello soltanto in ragione dell'esistenza di due precedenti (i già citati casi *Vasiljević* e *Krnojelac*) che affermavano l'apparenza del concorso. Risulta interessante riportare un passaggio significativo dell'opinione parzialmente dissenziente in cui, dopo aver affermato che le due fattispecie presentano elementi distinti, il giudice afferma che «*were it otherwise, the legal elements of the crime of persecution would vary according to the legal elements of the particular crime on which the persecution is based. The legal elements of the crime of persecution would include the legal elements of the crime of enslavement if enslavement were alleged to be the basis of the persecution charged. Similarly with respect to deportation, imprisonment, torture and rape. The legal elements of a charge for persecution would thus vary from case to case; in the present case, they would include the legal elements of all the crimes on which the persecution is alleged to have been based. That variability is not reconcilable with the stability, definitiveness and certainty with which the legal elements of a crime should be known. Those elements must not depend on accidents of prosecution; they must clearly appear once and for all from a reading of the provision defining the crime*»: ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, AC, IT-98-33-A, 19 aprile 2004, par. 91. A nostro avviso, la suggestione proposta dal giudice Shahabuddeen non tiene in debita considerazione la peculiare costruzione normativa della persecuzione. Come si è detto in precedenza, la persecuzione si presenta come un crimine complesso in cui accanto ad alcuni elementi tipici propri – l'intento discriminatorio e il gruppo-vittima – si possono affiancare gli elementi oggettivi e soggettivi di altre fattispecie già codificate all'interno dello Statuto. Di conseguenza, la configurazione della persecuzione dipende necessariamente dalla modalità della condotta con cui essa viene posta in essere e imputata all'autore. In senso conforme, cfr. G. BOAS, J.L. BISCHOFF, N.L. REID, *Elements of Crimes*, cit., 340.

<sup>86</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Appeals Judgment, cit., par. 1040.

anche alle altre ipotesi di concorso tra persecuzione e crimini di competenza del Tribunale, come l'imprigionamento e gli atti disumani.<sup>87</sup>

Tale conclusione non è stata condivisa dai giudici Schomburg e Güney. Nella loro opinione dissenziente la persecuzione viene definita come un «guscio vuoto»<sup>88</sup> ideato per contenere al suo interno tutte le possibili violazioni dei diritti umani fondamentali che raggiungano una certa soglia di gravità e siano poste in essere con motivi discriminatori. È interessante riportare un passaggio dell'opinione dissenziente, in cui si afferma:

*«One has to ask: what is the fundamental right that has been denied [?] In the present case, the answer is: the fundamental right to life. It is only by incorporating this element in persecutions that the empty hull amounts to [...] a crime against humanity».*<sup>89</sup>

In altri termini, parafrasando quanto dedotto dai giudici, la particolare struttura del crimine di persecuzione impone all'interprete di considerare quale condotta concreta viene posta in essere per integrare la persecuzione. Tale interrogativo non serve tanto a rispondere alla domanda: «come è stato commesso il crimine di persecuzione?», ma piuttosto a capire *qual* è il crimine che viene imputato all'autore: senza una condotta concreta si avrebbe soltanto un intento discriminatorio nei confronti di un gruppo-vittima, ma non ancora una fattispecie tipica ai sensi dello Statuto.<sup>90</sup> Ciò significa che ogni qualvolta la persecuzione viene commessa attraverso uno o più omicidi, la sovrapposizione normativa deve tradursi in un concorso apparente poiché la violazione del diritto alla vita, costituendo uno degli elementi della persecuzione, viene assorbita da quest'ultima fattispecie.

Tuttavia l'approccio restrittivo, favorevole al concorso apparente, si è tramutato in eccezione a partire dalla sentenza d'appello nel caso *Kordić and Čerkez* e l'opposta soluzione, favorevole al concorso di reati, è stata adottata dalla giurisprudenza successiva dei Tribunali *ad hoc*.<sup>91</sup>

<sup>87</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Appeals Judgment, cit., par. 1042-1043.

<sup>88</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Joint Dissenting Opinion of Judge Schomburg and Judge Güney, cit., par. 6.

<sup>89</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Joint Dissenting Opinion of Judge Schomburg and Judge Güney, cit., par. 6. Le medesime conclusioni sono state riproposte dagli stessi giudici Schomburg e Güney in ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Opinion Dissidente Conjointe des Juges Güney et Schomburg sur le Cumul de Déclarations de Culpabilité, AC, IT-98-34-A, 3 maggio 2006. Cfr. anche ECCC, *Prosecutor v. Kaing Guev Eav alias Duch (001)*, Trial Judgment, cit., par. 565.

<sup>90</sup> In senso conforme, cfr. G. BOAS, J.L. BISCHOFF, N.L. REID, *Elements of Crimes*, cit., 346.

<sup>91</sup> Favorevoli al concorso di reati tra persecuzione e altri crimini di competenza del tribunale: ICTR, *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Judgment and Sentence, cit., par. 1090; ICTY, *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, Trial Judgment, cit., par. 810; ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Appeals Judgment, cit., par. 359; ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Appeals Judgment, cit., par. 590; ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Trial Judgment, par. 1130; ICTY, *Prosecutor v. Milan Martić*, Trial Judgment, cit., par. 475; ICTR, *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 1027; ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Appeals Judgment, cit., par. 389; ICTY,

Con riferimento alla Corte penale internazionale non esistono, ad oggi, sentenze di primo o secondo grado che si siano pronunciate sugli elementi del crimine di persecuzione ovvero sul problema del concorso tra questa e un altro crimine di competenza dello Statuto. Eppure, analizzando le decisioni di conferma dei capi d'accusa della Camera preliminare, si ha la netta sensazione che la Corte possa adottare l'approccio inaugurato dalla sentenza *Kordić and Čerkez*, favorendo il concorso formale di reati a discapito dell'unità di reato.

Come esempio paradigmatico di questa tendenza possiamo citare la decisione sul caso *Blé Gaudé*, l'ultima in ordine cronologico ad essersi occupata di persecuzione.

L'imputato è stato accusato di aver commesso i seguenti crimini contro l'umanità: omicidio, stupro, altri atti disumani (nella specie: gravi lesioni all'integrità fisica) e, infine, persecuzione su basi politiche, nazionali, etniche e religiose.<sup>92</sup> La Camera preliminare, nel paragrafo dedicato alla persecuzione, ha affermato che almeno 348 vittime di omicidio, stupro e lesioni sono state colpite in ragione della loro provenienza nazionale, etnica, religiosa o del loro orientamento politico. La Corte ha dunque confermato tutti i capi d'accusa *cumulativamente* imputati, qualificando gli stessi fatti sia ai sensi dell'art. 7(1)(a) StICC (omicidio) che dell'art. 7(1)(h) StICC (persecuzione).<sup>93</sup>

Nonostante la decisione sul caso *Blé Gaudé* – collocandosi in una fase preliminare al processo – non impedisca una futura soluzione, in sede di giudizio, in favore dell'apparenza, l'approccio adottato dai giudici pare comunque criticabile. E ciò per le ragioni già esposte in precedenza: i principi che regolano il concorso di norme devono essere tenuti in considerazione dal Procuratore e dai giudici della Camera preliminare già in fase di conferma delle accuse al fine di evitare l'inutile proliferazione di imputazioni cumulative idonee ad allungare i tempi e i costi del processo.

---

*Prosecutor v. Lukić and Lukić*, Trial Judgment, cit., par. 1042; ICTY, *Prosecutor v. Popović et al.*, Trial Judgment, cit., par. 2113; ICTY, *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević*, Trial Judgment, cit., par. 2198-2200; ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Perišić*, Trial Judgment, cit., par. 1790; ICTR, *Prosecutor v. Bagosora and Nsengiyumva*, Appeals Judgment, cit., par. 414; ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Trial Judgment, cit., par. 1202; ICTY, *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević*, Appeals Judgment, cit., par. 842; ICTY, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Trial Judgment, cit., par. 6018; ICTY, *Prosecutor v. Ratko Mladić*, Trial Judgment, cit., par. 5174. L'unica eccezione (favorevole al concorso apparente di norme) si rinviene in ICTY, *Prosecutor v. Stanišić and Župljanin*, Trial Judgment, cit., par. 910-912.

<sup>92</sup> ICC, *Prosecutor v. Charles Blé Gaudé*, Decision on the confirmation of charges, cit., par. 114-123. Il caso si inserisce all'interno delle indagini riguardanti la situazione in Costa d'Avorio e, in particolare, le violenze commesse durante gli scontri elettorali tra i due candidati alla presidenza Ouattara e Gbagbo. I crimini sono stati commessi nei confronti dei dimostranti che appoggiavano Ouattara (motivi politici), delle popolazioni provenienti dal nord del paese (motivi etnici), degli abitanti originari di altri paesi dell'Africa occidentale o di ivoriani con origini o discendenza simile (motivi di nazionalità) e dei musulmani (motivi religiosi).

<sup>93</sup> ICC, *Prosecutor v. Charles Blé Gaudé*, Decision on the confirmation of charges, cit., par. 194.

### 5.2.2. La persecuzione come reato complesso

La soluzione a favore dell'unità di reato, con la sola applicazione del crimine di persecuzione, si giustifica con l'applicazione del principio di specialità. La stessa giurisprudenza anteriore al caso *Kordić and Čerkez* ha affermato che:

«the offence of persecution is *more specific* than the offences of murder and inhumane acts as crime against humanity because, in addition to the facts necessary to prove murder and inhumane acts, persecution requires the proof of a materially distinct element of a *discriminatory intent* in the commission of the act».<sup>94</sup>

L'elemento del dolo discriminatorio conferisce specialità al crimine di persecuzione. Pur concordando con la conclusione dei giudici – sia con riferimento al criterio di soluzione applicato (la specialità) che con l'esito finale del confronto (applicazione della sola persecuzione) – si vuole proporre un'ulteriore argomentazione a sostegno dell'unità di reato.

Il punto di partenza della nostra indagine è costituito dalla peculiare struttura complessa del crimine di persecuzione, la quale può assumere due forme.

Da un lato la persecuzione può essere considerata come la somma di una condotta che costituisce già, di per sé, un crimine di competenza dello Statuto, e dell'intento discriminatorio. La suggestione che si propone, in questo scenario, è di qualificare il crimine di persecuzione come un reato complesso, ossia come una fattispecie autonoma e unitaria frutto della sintesi e dell'unificazione legislativa tra un reato – identificato con una delle condotte concrete attraverso le quali si può realizzare la persecuzione – e una circostanza aggravante, identificata nell'intento discriminatorio.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Appeals Judgment, cit., par. 231 (enfasi aggiunta).

<sup>95</sup> A differenza degli Statuti dei tribunali internazionali anteriori, lo Statuto di Roma dedica un insieme di disposizioni al sistema sanzionatorio. Tuttavia, pur rappresentando un notevole passo avanti verso il rispetto del principio di legalità delle pene, lo Statuto non disciplina in modo tassativo le circostanze aggravanti e attenuanti, e lascia notevole spazio alla discrezionalità dei giudici nella fase di determinazione della pena. Cfr. A. MARTINI, *Il principio nulla poena sine lege e la determinazione delle pene*, in A. CASSESE, M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2005, 245 ss. La qualificazione dell'intento discriminatorio come circostanza aggravante può essere dedotta dalla regola 145(2)(b)(v) RPE, in cui si legge che «the Court shall take into account as aggravating circumstances [the] commission of the crime for *any motive involving discrimination* on [gender as defined in article 7, paragraph 3, age, race, colour, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, wealth, birth or other status]» (enfasi aggiunta). Come ha dimostrato uno studio sulla determinazione della pena da parte dei Tribunali *ad hoc*, nonostante le lacune normative in tema di circostanze i giudici hanno considerato come fattore aggravante la presenza di un intento discriminatorio (in media: 2 anni di reclusione nei casi di omicidio e tortura, 2 anni e mezzo di reclusione per la tortura): cfr. B. HOLÁ, A. SMEULERS, C. BIJLEVELD, *International Sentencing Facts and Figures. Sentencing Practice at the ICTY and ICTR*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, 425. Sulla qualificazione dell'intento discriminatorio come circostanza aggravante, cfr. J. MEERNIK, K. KING, *The Sentencing Determinants of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: An*

Dall'altro lato la persecuzione può essere considerata come la somma di una condotta non già autonomamente punibile ai sensi dello Statuto e del dolo discriminatorio. In quest'ultimo scenario l'art. 7(1)(h) StICC ha la funzione di espandere la punibilità conferendo tipicità a tutta una serie di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali che non sarebbero, di per sé, punibili. Di conseguenza, quando la persecuzione assume tali connotati strutturali, alcun fenomeno di convergenza normativa può verificarsi.

Nel primo scenario, per contro, il concorso che si realizza tra la persecuzione e il crimine attraverso cui essa si manifesta va risolto nel senso dell'apparenza, con applicazione della sola persecuzione in quanto *lex specialis*.<sup>96</sup> La natura complessa della persecuzione impone tale conclusione perché: a) ai fini della sua verifica, essa *necessita* del compimento di altra fattispecie; b) la persecuzione è fattispecie più ampia perché richiede la prova del dolo specifico; c) avendo portata più ampia, ma necessitando del compimento di un altro crimine, essa ricomprende interamente al suo interno l'altra fattispecie; d) richiedendo la prova di un elemento ulteriore e diverso (l'intento discriminatorio), la persecuzione è qualificabile come legge speciale. In questo modo la soluzione del concorso si poggia unicamente su un criterio di natura logica – la specialità – e non necessita alcun ricorso a criteri valoriali.<sup>97</sup>

Per concludere, l'approccio giurisprudenziale favorevole al concorso di reati – inaugurato con la sentenza d'appello *Kordić and Čerkez* e adottato dalla Corte penale internazionale in sede di conferma delle accuse – non pare meritevole di accoglimento.

---

*Empirical and Doctrinal Analysis*, in *Leiden Journal of International Law*, 16, 2003, 740-741; J.P. BOOK, *Appeal and Sentence in International Criminal Law*, Verlag, Berlin, 2011, 99 ss.; F. MELLOH, *Einheitliche Strafzumessung in den Rechtsquellen des ICC-Statuts*, Dunker&Humblot, Berlin, 2010, 378. Cfr. altresì, O. OLUSANYA, *Sentencing War Crimes and Crimes Against Humanity under the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Europa Law, Groningen, 2005, secondo il quale i crimini commessi con intento discriminatorio devono essere puniti più duramente rispetto a quelli posti in essere su basi arbitrarie. Sulla necessità di conferire sistematicità e organicità alla fase di *sentencing*, cfr. M. BAGARIC, J. MORSS, *International Sentencing Law: In Search of a Justification and Coherent Framework*, in *International Criminal Law Review*, 6, 2006, 191-255; P. CHIFFLET, G. BOAS, *Sentencing Coherence in International Criminal Law: The Cases of Biljana Plavšić and Miroslav Bralo*, in *Criminal Law Forum*, 23, 2012, 158; K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 302. Un tentativo in questo senso è stato compiuto da S. D'ASCOLI, *Sentencing in International Criminal Law: The UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Hart, London, 2011; A. DUBINSKY, *An Examination of International Sentencing Guidelines and a Proposal for Amendments to the International Criminal Court's Sentencing Structure*, in *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, 33, 2007, 609-637. Con riferimento alle circostanze attenuanti, cfr. R.D. SLOANE, *Sentencing for the 'Crime of Crimes'. The Evolving 'Common Law' of Sentencing of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, in *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, 729, il quale ha proposto una classificazione distinguendo tra circostanze c.d. pragmatiche (come la dichiarazione di colpevolezza), riabilitative (rimorso, condotta antecedente al reato) e clemenziali (età avanzata del reo, salute cagionevole).

<sup>96</sup> Considerano la persecuzione *lex specialis*, pur senza configurare un reato complesso, anche R. KOLB, D. SCALIA, *Droit international pénal*, cit., 71.

<sup>97</sup> Alcuni autori hanno affermato che l'eventuale condanna anche per la fattispecie-base non aggiunge nulla, in termini di disvalore del fatto, alla condanna per persecuzione. Cfr. G. BOAS, J.L. BISCHOFF, N.L. REID, *Elements of Crimes*, cit., 347. Pur condividendo l'asserzione, è nostro obiettivo tentare di risolvere, ove possibile, il concorso di norme facendo unico ricorso a criteri di natura logica.

In base alla forma strutturale che assume il crimine di persecuzione si propongono le seguenti soluzioni:

	<b>Concorso apparente di norme</b>	<b>Concorso formale di reati</b>
<b>Fattispecie tipica + dolo specifico</b>	Si applica solo la persecuzione	–
<b>Condotta non tipizzata + dolo specifico</b>	–	Si applica solo la persecuzione
<b>Fattispecie tipica + condotta non tipizzata + dolo specifico</b>	Si applica solo la persecuzione	Si applica solo la persecuzione

### 5.2.3. Persecuzione e apartheid possono concorrere?

Una particolare ipotesi di convergenza normativa si instaura tra il crimine di persecuzione e il crimine di apartheid,<sup>98</sup> codificato per la prima volta all'interno dello

<sup>98</sup> Nella lingua Afrikaans «apartheid» significa segregazione o separazione, e storicamente identifica il regime di segregazione razziale attuato in Sud Africa a partire dal 1948 e durato fino alla vittoria delle elezioni da parte dell'*African National Congress* (ANC) nel 1994. Cfr. J.D. VAN DER VYVER, *Apartheid*, in D.L. SHELTON (a cura di), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity. Volume I (A-H)*, Thomson Gale, Farmington Hills, 2005, 47-55. La bibliografia in materia è molto vasta. Con riferimento alla transizione sudafricana, cfr. A. LOLLINI, *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa*, Berghahn Books, Oxford-New York, 2011. Con riferimento alla storia dell'apartheid e del periodo post-elezioni del 1994, cfr. N. MANDELA, *Lungo cammino verso la libertà. Autobiografia*, Feltrinelli, Milano, 2012. Nel diritto internazionale l'apartheid è stato qualificato come crimine contro l'umanità a partire dalla *Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity*, UN Doc. A/RES/2391/XXIII, 26 novembre 1968. Per un commento cfr. R. MILLER, *The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity*, in *American Journal of International Law*, 65, 1971, 476-501. Anche la Convenzione per la soppressione e punizione del crimine di apartheid lo qualifica come crimine contro l'umanità: cfr. artt. I e III, UN Doc. A/RES/3068/XXVIII, 30 novembre 1973. Per un commento cfr. R.S. CLARK, *Apartheid*, in M.C. BASSIOUNI (a cura di), *International Criminal Law. Volume I: Sources, Subjects and Contents*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 599; M.C. BASSIOUNI, D. DERBY, *Final Report on the Establishment of an International Criminal Court for the Implementation of the Apartheid Convention and Other Relevant International Instruments*, in *Hofstra Law Review*, 9, 1980-1981,



Statuto di Roma.<sup>99</sup> L'art. 7(2)(h) StICC definisce l'apartheid come una serie di atti disumani di gravità simile alle condotte che costituiscono un crimine contro l'umanità ai sensi dello Statuto, commessi nel contesto di un regime istituzionalizzato di oppressione sistematica e dominazione di un gruppo razziale nei confronti di un altro gruppo (o di più gruppi) e posti in essere con l'intenzione di mantenere in vita quel regime.

Anche l'apartheid si presenta come una fattispecie «ombrello»<sup>100</sup> capace di racchiudere una moltitudine di condotte – già punite autonomamente dallo Statuto ovvero di pari portata offensiva<sup>101</sup> – se poste in essere all'interno di un contesto

523-592. Nonostante le sue radici storiche e geografiche, la portata applicativa dell'apartheid si estende ben oltre i crimini commessi durante il regime sudafricano: cfr. M. DU PLESSIS, *International Criminal Law: The Crime of Apartheid Revisited*, in *South African Journal of Criminal Justice*, 24, 2011, 423. Prova ne è il fatto che ancora oggi viene utilizzato per descrivere altri contesti, in particolare la situazione nei territori occupati in Palestina da parte di Israele. Sul punto, cfr. J. DUGARD, J. REYNOLDS, *Apartheid, International Law, and the Occupied Palestinian Territory*, in *European Journal of International Law*, 24, 2013, 885 ss., e Y. ZILBERSHATS, *Apartheid, International Law, and the Occupied Palestinian Territory, A Reply to John Dugard and Jogn Reynolds*, in *European Journal of International Law*, 24, 2013, 915. Per un approccio interdisciplinare, cfr V. TILLEY (a cura di), *Beyond Occupation: Apartheid, Colonialism and International Law in the Occupied Palestinian Territories*, Pluto Press, London, 2012; B. WHITE, *Israeli Apartheid: A Beginner's Guide*, Pluto Press, London, 2009; J. CARTER, *Palestine: Peace not Apartheid*, Simon&Schuster, New York, 2006.

<sup>99</sup> L'inclusione dell'apartheid nello Statuto di Roma all'interno della categoria dei crimini contro l'umanità si deve all'iniziativa del Messico e del Sud Africa (UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR3, *Third Meeting of the Committee for the Whole*, 17 giugno 1998). Sulla storia dei negoziati che portarono alla codificazione dell'apartheid si rinvia all'analisi di P. EDEN, *The Role of the Rome Statute in the Criminalization of Apartheid*, cit., 184-185. Mentre alcuni autori hanno sostenuto la natura simbolica dell'incriminazione dell'apartheid, data la cessazione del regime istituzionalizzato di segregazione razziale che vigeva in Sud Africa (cfr. R. CRYER, *Prosecuting International Crimes*, cit., 259), altri autori hanno negato la natura consuetudinaria di questo crimine: cfr. A. BULTZ, *Redefining Apartheid in International Criminal Law*, cit., 219; P. EDEN, *The Role of the Rome Statute in the Criminalization of Apartheid*, cit., 184; H. BOOYSEN, *Convention on the Crime of Apartheid*, cit., 56-96. Infine, altri autori hanno dubitato dell'opportunità tipizzare il crimine di apartheid, dato che numerose condotte poste in essere durante il regime sudafricano integrano già di per sé un crimine contro l'umanità: cfr. C. TOMUSCHAT, *Universal Criminal Jurisdiction*, cit., 246.

<sup>100</sup> Di conseguenza, non si analizzerà il concorso tra apartheid e singole condotte che integrano già di per sé un crimine di competenza della Corte, poiché si ritiene povero applicare le stesse conclusioni esposte in sede di concorso tra persecuzione e altri crimini contro l'umanità. Al pari della persecuzione, l'apartheid presenta i medesimi problemi di indeterminatezza riguardante l'individuazione delle condotte idonee a integrare il crimine. Per questo motivo, in sede di implementazione nazionale, la Germania ha costruito l'apartheid come un crimine composto soltanto da una condotta descritta dall'art. 7(1) VStGB (corrispondente ai crimini contro l'umanità elencati all'art. 7(1) StICC) e dall'intenzione di mantenere in vita il regime di oppressione. Tenuto in considerazione che la pena deve essere aumentata qualora un crimine contro l'umanità viene commesso in un regime istituzionalizzato di oppressione e con l'intenzione di mantenere quel regime, il legislatore tedesco sembra aver configurato l'apartheid più come una circostanza aggravante che come una fattispecie autonoma. Cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *International Criminal Justice is Coming Home*, cit., 206.

<sup>101</sup> In realtà lo Statuto fa riferimento soltanto alla categoria residuale degli «altri atti disumani di pari gravità»: l'interpretazione letterale sembra suggerire che lo Statuto qualifichi come apartheid soltanto le condotte che non sono già autonomamente tipizzate all'art. 7(1) StICC. Tuttavia gli Elementi dei Crimini affermano esplicitamente che la condotta può consistere in un «*act referred to article 7, paragraph 1, of the Statute, or [...] an act of a character similar to any of those acts*», dissipando ogni dubbio circa la possibilità che l'atto disumano dell'apartheid possa di per sé integrare un

specifico: quello di un regime istituzionalizzato di segregazione e dominazione di una razza sulle altre.<sup>102</sup> In altri termini anch'esso può presentarsi come un reato complesso.

Nel caso in cui le condotte integranti il crimine di apartheid siano commesse con un intento discriminatorio si verifica un concorso tra il crimine di persecuzione e il crimine di apartheid. Come si risolve il concorso tra questi due reati complessi?

Alcuni autori, pur sottolineando la somiglianza strutturale tra le due fattispecie, risolvono il concorso in favore dell'apparenza. Tale conclusione viene giustificata in base al fatto che l'apartheid ha ad oggetto soltanto la discriminazione su base razziale, mentre la persecuzione abbraccia motivi discriminatori fondati anche su motivi religiosi, etnici, nazionali, ecc...: il primo crimine risulta essere più specifico del secondo e, di conseguenza, è destinato a trovare solitaria applicazione nei casi di concorso.<sup>103</sup>

A nostro avviso, la soluzione in favore dell'unità di reato – con applicazione della norma sull'apartheid – risulta essere corretta. Tuttavia, l'argomentazione che giustifica tale scelta può essere meglio argomentata.

Da un lato l'apartheid non sembra richiedere, dal punto di vista della tipicità, che la condotta sia posta in essere con motivi discriminatori: gli stessi autori che sostengono la specificità dell'apartheid affermano che, nonostante le somiglianze con il crimine di persecuzione, soltanto quest'ultima fattispecie richiede che la condotta sia discriminatoria.<sup>104</sup> Il dolo specifico dell'apartheid riguarda, semmai, la volontà, da parte

crimine contro l'umanità già tipizzato dallo Statuto. In senso conforme, C.K. HALL, L. VAN DEN HERIK, *Article 7*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 283; K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 114. Tra gli atti disumani idonei a integrare il crimine di apartheid figurano l'adozione di misure legislative atte a escludere un gruppo razziale dalla partecipazione alla vita politica, sociale, economica e culturale del paese; la privazione del diritto di cittadinanza; l'impedimento del matrimonio tra gruppi eterogenei; la negazione del diritto al lavoro e all'educazione. Sulle misure anti-fertilità adottate dal regime sudafricano e la loro idoneità a integrare il crimine di genocidio, cfr. M. JACKSON, *A Conspiracy to Commit Genocide. Anti-Fertility Research in Apartheid's Chemical and Biological Weapons Programme*, in *Journal of International Criminal Justice*, 13, 2015, 933-950.

<sup>102</sup> L'unicità dell'apartheid consiste nella criminalizzazione di comportamenti che risultano essere legittimi a livello nazionale perché imposti dalla legge e dall'autorità. Ciò ha portato alcuni autori a sostenere che con il termine «regime» lo Statuto richieda implicitamente il coinvolgimento dell'autorità statale: cfr. T.L.H. MCCORMACK, *Crimes against Humanity*, cit., 200. Per contro, altri autori hanno adottato una più ampia interpretazione, affermando che un regime istituzionalizzato di violenza può essere posto in essere anche da un gruppo armato (non statale) che abbia il controllo di una porzione di territorio (cfr. C.K. HALL, *Article 7 – Crimes Against Humanity*, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute*, cit., 122) o da altre entità che esercitano un controllo politico (C. BYRON, *War Crimes and Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Manchester University Press, Manchester, 2009, 242). Occorre sottolineare come l'inclusione di forme di istituzionalizzazione *de facto* rischi di rendere troppo fluida la nozione di «regime», perdendosi così le ragioni che hanno portato alla criminalizzazione dell'apartheid come fattispecie autonoma e portandolo a confondersi con il crimine di persecuzione. Per una lettura restrittiva cfr. A. BULTZ, *Redefining Apartheid in International Criminal Law*, cit., 224-225.

<sup>103</sup> Cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 389; I. HÜNERBEIN, *Straftatkonkurrenzen im Völkerstrafrecht*, Dunker & Humblot, Berlin, 2005, 130 ss.

<sup>104</sup> Cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 385.

dell'autore, di mantenere in vita il regime istituzionalizzato di oppressione attraverso il compimento di quella specifica condotta.<sup>105</sup>

Dall'altro lato, anche volendo ammettere che l'apartheid debba essere commesso con una condotta discriminatoria a base razziale, il problema del concorso potrebbe trovare una soluzione più complessa. Invero, la natura razziale dei motivi discriminatori costituirebbe non il criterio di soluzione ma il *presupposto* alla convergenza.<sup>106</sup> Se all'interno di un regime istituzionalizzato di oppressione un soggetto commette una grave violazione dei diritti umani ai danni di una minoranza religiosa in quanto tale, non si avrebbe concorso tra persecuzione e apartheid perché la natura religiosa della discriminazione non costituisce un elemento tipico del crimine di apartheid. Per definizione, apartheid e persecuzione concorrono soltanto laddove un atto disumano di grave entità sia commesso in un regime organizzato di oppressione e dominazione razziale. In altri termini, la mera presenza della discriminazione razziale – ammesso che essa rappresenti un requisito tipico del crimine di apartheid – non è idonea a conferire specificità a quest'ultima fattispecie, presentandosi, al contrario, come premessa ontologica alla sovrapposizione tra apartheid e persecuzione. Sembra pertanto affrettato concludere per l'applicazione dell'apartheid comparando soltanto la natura dei motivi discriminatori.

Alla medesima conclusione, favorevole all'apparenza, si può giungere attraverso un'analisi più approfondita degli elementi tipici di entrambe le fattispecie. A tal riguardo è utile ricorrere alla rappresentazione, in una tabella, dei requisiti tipici delle due norme che vengono in gioco nelle ipotesi di una loro sovrapposizione.<sup>107</sup>

<sup>105</sup> Cfr. A. BULTZ, *Redefining Apartheid in International Criminal Law*, cit., 225.

<sup>106</sup> Si aggiungano, inoltre, le difficoltà connesse all'individuazione di un gruppo in base alla «razza», il cui concetto è considerato oramai obsoleto: cfr. C.K. HALL, L. VAN DEN HERIK, *Article 7*, cit., 284; P. KOVÁCS, *Racial Groups*, in D.L. SHELTON (a cura di), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity. Volume I (I-S)*, Thomson Gale, Farmington Hills, 2005, 855-857. Il gruppo razziale non viene definito né dalla Convenzione contro l'Apartheid né dallo Statuto di Roma. Una definizione di discriminazione razziale si rinviene all'art. 1(1) della Convenzione Internazionale sull'Eliminazione di ogni forma di Discriminazione Razziale, in cui si afferma che «*the term "racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life*». Cfr. UN Doc. A/RES/2106/XX, 21 dicembre 1965. Sul dibattito antropologico sul concetto di razza e le relative critiche scientifiche cfr. F. BOAS, *The mind of primitive man*, Praeger, Santa Barbara, 1983; C. LÉVI-STRAUSS, *Razza e storia. Razza e cultura*, Einaudi, Milano, 2002; E. BALIBAR, I. WALLERSTEIN, *Race, nation, classe. Les identités ambiguës*, La Découverte, Paris, 2007; R. BENEDICT, *Race and racism*, Routledge, New York, 1983; P.-A. TAGUIEFF, *La force du préjugé. Essai sur le racism et ses doubles*, La Découverte, Paris, 1988. Per una prospettiva scientifica abbinata al discorso antropologico, cfr. G. BARBUJANI, *L'invenzione delle razze. Capire la biodiversità umana*, Bompiani, Milano, 2006.

<sup>107</sup> Trattandosi della sola ipotesi in cui è ontologicamente possibile pensare il concorso tra apartheid e persecuzione, non è necessario riportare nella tabella il requisito – proprio della persecuzione – della connessione tra la violazione dei diritti umani e uno qualsiasi dei crimini di competenza della Corte: se mancasse la connessione non si potrebbe configurare il crimine di persecuzione per difetto di tipicità.

<b>Apartheid – art. 7(1)(j) StICC</b>	<b>Persecuzione – art. 7(1)(h) StICC</b>
1) atto disumano di gravità pari a quella delle condotte codificate all’art. 7(1) StICC (che costituisca una violazione grave dei diritti fondamentali)	1) violazione grave dei diritti fondamentali (che costituisca un atto disumano di gravità pari a quella delle condotte codificate all’art. 7(1) StICC)
2) motivi discriminatori basata sulla razza	2) motivi discriminatori di varia natura
3) contesto istituzionalizzato di oppressione	
4) intenzione di mantenere il regime di oppressione	

Come si può notare dalla tabella, il crimine di apartheid risulta essere più specifico del crimine di persecuzione non (sol)tanto perché la natura dei motivi discriminatori è circoscritta alla razza, ma perché contiene due elementi ulteriori non previsti dall’altra fattispecie: il contesto istituzionalizzato di oppressione, da un lato,<sup>108</sup> e l’intenzione di mantenere in vita il medesimo regime di violenza, dall’altro.<sup>109</sup>

Per questi motivi si ritiene di dover risolvere il concorso in favore dell’apparenza e con applicazione del solo crimine di apartheid.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> La presenza di tale regime è considerata come l’elemento che differenzia l’apartheid dal crimine di persecuzione anche da C.K. HALL, L. VAN DEN HERIK, *Article 7*, cit., 284.

<sup>109</sup> Tale requisito esclude la rilevanza delle condotte poste in essere da coloro che vogliono sostituire il regime esistente con un altro più opprimente o meno violento: cfr. C.K. HALL, L. VAN DEN HERIK, *Article 7*, cit., 285. Secondo alcuni autori la presenza del dolo specifico limita la responsabilità ai soli *leaders* politici poiché risulta difficile – se non impossibile – dimostrare che il mero esecutore materiale abbia l’intenzione di mantenere in vita il regime istituzionalizzato di oppressione; in questo modo l’apartheid viene inteso come un «*de facto leadership crime*»: cfr. J. DUGARD, *L’apartheid*, in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (a cura di), *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2012, 203.

<sup>110</sup> In senso conforme cfr. P. EDEN, *The Role of the Rome Statute in the Criminalization of Apartheid*, cit., 185 e E. MACULAN, A. LIÑÁN LAFUENTE, *Relaciones Concurrales*, cit., 315, i quali fanno riferimento sia ai motivi razziali che al contesto di commissione dei crimini per dedurre la maggior specificità dell’apartheid rispetto alla persecuzione.

## SEZIONE II.

### LE IPOTESI DI CONCORSO INTER-CATEGORIALE

#### 6. Una nuova forma di convergenza

Il concorso inter-categoriale (o inter-crimine) si verifica ogni qualvolta una o più fattispecie ricomprese all'interno di una categoria criminosa converge con una o più fattispecie appartenenti a un'altra categoria criminosa. Si pensi al caso in cui l'omicidio come crimine contro l'umanità viene commesso attraverso l'impiego di mezzi o metodi bellici che costituiscono un crimine di guerra ai sensi del diritto internazionale umanitario.

Il fenomeno, da un punto di vista ontologico, è identico al concorso intra-categoriale o al concorso di norme che si verifica all'interno degli ordinamenti nazionali: trattasi pur sempre della convergenza di due o più disposizioni sullo stesso fatto.

Tuttavia, si ritiene che l'ipotesi di concorso inter-categoriale meriti un approfondimento separato rispetto a quella intra-categoriale. Il presupposto di tale soluzione differenziata poggia sulla rilevanza che l'elemento di contesto gioca nel raffronto strutturale tra fattispecie. Come si è detto in precedenza (cfr. *retro*, cap. III, par. 1), le due ipotesi di concorso intra- e inter-categoriale presentano una differenza sostanziale: soltanto nella seconda forma di convergenza l'elemento di contesto viene preso in considerazione – in ragione della sua funzione distintiva – nell'analisi strutturale tra fattispecie. Mentre nella convergenza intra-categoriale non avrebbe senso considerare l'elemento di contesto in quanto tutte le fattispecie in concorso ne condividono gli elementi oggettivi e soggettivi, nella convergenza inter-categoriale l'elemento di contesto figura tra gli elementi costitutivi che differenziano le fattispecie, così da potersi intersecare o entrare in conflitto con gli altri elementi di contesto.

In aggiunta, la componente collettiva espressa dall'elemento di contesto condiziona e amplia l'area di convergenza normativa. Il riferimento è alla possibilità di attribuire molteplici qualificazioni giuridiche alla *medesima condotta* e al *medesimo evento* lesivo. Nel diritto penale internazionale – inteso in senso ampio<sup>111</sup> – è pertanto astrattamente configurabile il concorso tra più norme che regolano l'omicidio, o la

---

<sup>111</sup> Si intende, qui, quel diritto che disciplina i crimini internazionali, tradizionalmente individuati nel genocidio, nei crimini contro l'umanità, nei crimini di guerra e nel crimine di aggressione. Poiché la peculiare manifestazione del concorso è dovuta alla peculiare formulazione dei crimini internazionali come fattispecie complesse composte da una fatto-base e da un elemento di contesto, essa può verificarsi anche in ambito nazionale ogni qualvolta l'ordinamento resti fedele a tale costruzione normativa in sede di implementazione del diritto internazionale. Sulla struttura del crimine internazionale si rinvia a *retro*, PREMESSA, par. 1.

tortura, o la violenza sessuale, essendo tali fattispecie previste all'interno delle categorie di crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra.

A prima vista l'omicidio può concorrere con sé stesso. L'apparente paradosso del (non ontologicamente configurabile) concorso di una norma con sé stessa viene facilmente superato se si tiene a mente che ciascuna categoria di crimini prevede un elemento di contesto peculiare.

### 6.1. L'elemento di contesto dei crimini di guerra (art. 8 StICC)

Il presupposto fondamentale ai fini dell'applicazione dei crimini di guerra risiede nella sussistenza di un conflitto armato. Secondo la definizione proposta dal Tribunale per la ex-Jugoslavia, per aversi un conflitto armato è necessario che vi sia il ricorso alla forza militare.<sup>112</sup> Oltre a tale requisito essenziale, nel caso di conflitti armati non internazionali,<sup>113</sup> la situazione di violenza deve protrarsi per un lasso di tempo

<sup>112</sup> La prima definizione si ritrova in ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, cit., par. 70. Essa ha trovato successiva conferma in tutte le sentenze dell'ICTY: cfr., *ex multis*, ICTY, *Prosecutor v. Bošković and Tarčulovski*, Judgment, AC, IT-04-82-A, 19 maggio 2010, par. 21; ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Perišić*, Trial Judgment, cit., par. 72; ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Trial Judgment, cit., par. 682; ICTY, *Prosecutor v. Stanišić and Župljanin*, Trial Judgment, cit., par. 32. La medesima definizione è stata adottata dalla Corte penale internazionale: cfr. ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Judgment, cit., par. 533; ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Trial Judgment, cit., par. 1173; ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Trial Judgment, cit., par. 128. La definizione è stata accettata anche dal Comitato Internazionale della Croce Rossa: cfr. ICRC, *Opinion Paper: How is the Term 'Armed Conflict' Defined in International Humanitarian Law?*, online, marzo 2008. Nonostante non vi sia una definizione univoca di conflitto armato nel diritto internazionale umanitario, la dottrina internazionalistica ha adottato una definizione simile a quella proposta dall'ICTY, accentuando sia il requisito del ricorso alla forza armata che quello della presenza di attori statali o gruppi armati organizzati. Cfr. D. FLECK, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, 40; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, ULB, Bruxelles, 2002, 109; H.P. GASSER, *International Humanitarian Law: An Introduction*, in H. HAUG (a cura di), *Humanity for All. The International Red Cross and Red Crescent Movement*, Paul Haupt, Berne, 1993, 510; D. SCHINDLER, *The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 163, 1979, 131.

<sup>113</sup> Si qualifica come non-internazionale un conflitto armato che intercorre tra un gruppo armato e le forze governative o tra più gruppi armati all'interno del territorio di uno Stato. Sulle norme di diritto internazionale umanitario applicabili a tali conflitti cfr. S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2012; T. MERON, *International Criminalization of Internal Atrocities*, in *American Journal of International Law*, 89, 1995, 554-577; C. KRESS, *War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice*, in *Israeli Yearbook on Human Rights*, 30, 2001; R. BOED, *Individual Criminal Responsibility for Violations of Article 3 Common to the Geneva Convention of 1949 and of Additional Protocol II Thereto in the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, in *Criminal Law Forum*, 13, 2002. Con riferimento alla disciplina dei crimini di guerra previsti dallo Statuto di Roma nelle ipotesi di conflitto armato non-internazionale, cfr. A. CULLEN, *Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 12, 2008; S. SIVAKUMARAN, *Identifying an Armed Conflict not of an International*

significativo (requisito dell'intensità) e i gruppi coinvolti nel conflitto devono possedere un certo grado di organizzazione.<sup>114</sup>

La mera presenza di un conflitto armato non è sufficiente, di per sé sola, a qualificare come crimini di guerra tutti i reati che vengono commessi durante il contesto di violenza. È dunque necessario verificare che tra la condotta criminosa e il conflitto armato sussista un nesso funzionale.<sup>115</sup> Ed è proprio la presenza di tale connessione che permette di distinguere i crimini di guerra dagli altri crimini internazionali e dai reati comuni commessi in tempo di guerra,<sup>116</sup> giocando un ruolo fondamentale sulle possibili sovrapposizioni normative.

Il requisito del nesso è stato oggetto di due interpretazioni difformi, l'una estensiva e l'altra restrittiva.

La giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* ha sviluppato, secondo un approccio casistico, alcuni criteri indicatori che permettono di stabilire la connessione tra la

---

*Character*, in C. STAHN, G. SLUITER (a cura di), *The Emerging Practice*, cit., 363-380; D. KRETZMER, *Rethinking the Application of International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, in *Israel Law Review*, 42, 2009. Un conflitto interno può assumere dimensioni internazionali qualora una delle parti in conflitto venga assistita e appoggiata da un'altra entità statale. La giurisprudenza si presenta tuttavia divisa con riferimento al grado di coinvolgimento dello Stato terzo. Da un lato, la Corte Internazionale di Giustizia ha affermato che è necessario provare che lo Stato terzo abbia impartito specifici ordini militari o abbia diretto una specifica operazione o campagna militare (c.d. test dell'*effective control*): cfr. ICJ, *Nicaragua v. USA (Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua)*, Judgment, 27 giugno 1986, par. 115, confermato in ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro (Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)*, Judgment, 26 febbraio 2007, par. 400 ss. Un grado minore di coinvolgimento è richiesto, invece, dalla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, secondo i quali è sufficiente dimostrare che lo Stato terzo abbia svolto un ruolo significativo nell'organizzazione, nel coordinamento e nella pianificazione delle operazioni militari (c.d. test dell'*overall control*): cfr. ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Appeals Judgment, cit., par. 137. La Corte penale internazionale ha adottato, fino ad ora, l'approccio meno restrittivo del controllo complessivo: cfr. ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Judgment, cit., par. 541.

<sup>114</sup> La dottrina internazionalistica individua tre distinte soglie di gravità rilevanti per i conflitti non internazionali. La prima fa riferimento all'art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e ha ad oggetto la presenza di gruppi armati organizzati (*lowest threshold*); nonostante il dettato normativo non compia esplicito riferimento al requisito dell'organizzazione, esso viene da sempre ritenuto essenziale dalla prassi e dall'*opinio iuris*. La seconda soglia è prevista all'art. 8(2)(e) StICC e richiede che il conflitto si protragga in un lasso di tempo rilevante (*slightly higher threshold*). La terza soglia è contenuta all'interno del Secondo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1977 e richiede la presenza di tre requisiti: a) il conflitto deve svolgersi all'interno del territorio di uno Stato-parte del Protocollo; b) i gruppi armati devono avere il controllo di parte del territorio; c) i gruppi armati sono dotati di una struttura di comando (*slightly highest threshold*). Sul punto, cfr. M. COTTIER, *Article 8*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 313.

<sup>115</sup> Non si richiede, invece, un nesso di causalità tra il conflitto armato e la condotta. Cfr. K. ROBERTS, *The Contribution of the ICTY to the Grave Breaches Regime*, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, 750 ss.; R. BOED, *Judgment of a Trial Chamber in the case of The Prosecutor v. Laurent Semanza*, in *International Criminal Law Review*, 3, 2003, 406 ss.

<sup>116</sup> Cfr. H. VAN DER WILT, *War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 1116; G. METTRAUX, *Nexus with Armed Conflict*, in A. CASSESE ET AL. (a cura di), *Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 435.

condotta e il conflitto armato. Una presunzione (relativa) di connessione si avrà ogni qualvolta la condotta venga posta in essere nel corso delle ostilità, vale a dire durante e nel luogo di un combattimento tra le parti in conflitto. Tuttavia un crimine di guerra può essere commesso anche in un tempo anteriore (o successivo) a una battaglia: il requisito minimo richiesto è che il contesto di conflitto armato abbia avuto un effetto sostanziale sulla decisione di commettere il crimine, sulle modalità di commissione ovvero sugli obiettivi o le finalità che hanno mosso l'autore.<sup>117</sup> In altri termini, la presenza del contesto di guerra deve aver giocato un ruolo sostanziale nella commissione del reato da parte dell'autore.

Accanto a questa lettura se ne affianca una più restrittiva. La preoccupazione connessa all'adozione di una nozione ampia del requisito del nesso risiede, da un lato, nella conseguente qualificazione come crimini di guerra di tutti quei reati commessi nel contesto del conflitto soltanto per approfittare delle occasioni criminose fornite dalla situazione di caos e disordine; dall'altro, nel ridimensionamento della funzione distintiva che svolge l'elemento di contesto dei crimini di guerra *vis-à-vis* gli altri crimini internazionali e i reati comuni.<sup>118</sup>

Parte della dottrina ritiene necessario dimostrare che l'autore abbia agito in accordo con – o quantomeno nel rispetto della – campagna militare: l'autore deve far parte dell' (o essere strettamente legato all') apparato militare e deve avere la capacità di utilizzare i mezzi e i metodi di guerra.<sup>119</sup> pertanto, il medesimo reato non avrebbe potuto essere commesso in tempo di pace poiché è proprio la presenza del conflitto armato che rende possibile o facilita la realizzazione del crimine.<sup>120</sup>

Questa lettura restrittiva merita di essere accolta in vista di una miglior distinzione tra crimini di guerra e altre fattispecie internazionali.

Infine, dal punto di vista soggettivo, è necessario che l'autore abbia la consapevolezza di agire nel contesto di un conflitto armato, nonostante non sia richiesta

<sup>117</sup> Cfr. M. COTTIER, *Article 8*, cit., 314. La sentenza d'appello nel caso *Kunarac* ha affermato che, ai fini della distinzione tra reati comuni e crimini di guerra i seguenti fattori devono essere presi in considerazione: la qualifica di combattente in capo all'autore; la qualifica di non-combattente in capo alla vittima; il fatto che la vittima sia un membro del gruppo o dello Stato avversari; l'idoneità della condotta a perseguire un vantaggio militare; la commissione del crimine nell'espletamento dei doveri e compiti ufficiali da parte dell'autore. Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 58-60. Irrilevanti sono, invece, i motivi personali che hanno portato l'autore ad agire: cfr. K. DÖRMANN, E. LA HAYE, H. VON HEBEL, *The Context of War Crimes*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. Elements of Crimes*, cit., 121 ss.; G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 423.

<sup>118</sup> Cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 142.

<sup>119</sup> Cfr. H. VAN DER WILT, *War Crimes and the Requirement of a Nexus*, cit., 1127 e K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 143.

<sup>120</sup> In senso conforme A. CASSESE, *The Nexus Requirement for War Crimes*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 1414, quando afferma che «*the armed conflict must also have created the 'situation'*».



alcuna conoscenza e/o valutazione circa la natura internazionale o interna del conflitto<sup>121</sup> (operazione, peraltro, di non facile ed immediata realizzazione).<sup>122</sup>

L'art. 8(1) StICC sembra aver introdotto una novità nell'elemento di contesto dei crimini di guerra quando prevede che la Corte ha competenza a giudicare sui crimini di guerra quando commessi, in particolare, come parte di un piano o di un disegno politico o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala (*as a part of a plan or policy or as a part of a large-scale commission*). Tuttavia la dottrina si è dimostrata unanime nel considerare tale elemento come un mero requisito

<sup>121</sup> Cfr. K. DÖRMANN, *Preparatory Commission for the International Criminal Court: The Elements of War Crimes*, in *International Review of the Red Cross*, 82, 2000, 780; A. ESER, *Article 31*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 929. Un'eccezione a questa regola si ha per tutte quelle condotte che integrano un crimine di guerra soltanto in presenza di un conflitto internazionale: in questi casi è necessario che l'autore abbia la consapevolezza di agire nel contesto di un conflitto internazionale. Cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume I*, cit., 287; G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 426; A. VALLINI, *La mens rea*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 159. In giurisprudenza cfr. ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Appeals Judgment, cit., par. 109 ss. Una questione ulteriore è la natura scusante dell'errore sulla qualificazione del conflitto nei casi in cui la condotta assuma rilevanza penale soltanto se commessa all'interno di un conflitto armato internazionale: in senso favorevole W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., 210.

<sup>122</sup> Oggigiorno, grazie soprattutto al dilagante fenomeno del terrorismo, accanto alla classica dicotomia conflitti internazionali / conflitti interni si è soliti parlare di conflitti transnazionali qualora gli scontri tra eserciti nazionali e gruppi armati (o tra diversi gruppi armati) si verificano all'interno del territorio di più Stati. La natura di tali conflitti va determinata con un approccio casistico: cfr. C. KRESS, *Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflict*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 15, 2010, 245; A. PAULUS, M. VASHAKMAZDE, *Asymmetrical War and the Notion of Armed Conflict. A Tentative Conceptualization*, in *International Review of the Red Cross*, 91, 2009, 110; D. AKANDE, *Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concept*, in E. WILMSHURTS (a cura di), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 2012. Sulle nuove modalità di configurazione dei conflitti armati in relazione al fenomeno del terrorismo, cfr. A. GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, in *Rivista di diritto internazionale*, 5, 2004; G.S. CORN ET AL., *The War on Terror and the Laws of War. A Military Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2015; H.P. GASSER, *Acts of Terror, "Terrorism" and International Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2013. Sulla pratica dei c.d. *targeted killings* e l'utilizzo dei droni cfr. C. MELONI, *State and Individual Responsibility for Targeted Killings by Drones*, in F. SANTONI DE SIO, E. DI NUCCI (a cura di), *Drones and Responsibility: Legal, Philosophical and Socio-technical Perspectives on the Use of Remotely Controlled Weapons*, Ashgate, Farnham, 2016, 47-64. Sull'utilizzo dei *contractors* e di altri attori privati, cfr. F. FRANCONI, N. RONZITTI, *War by Contract. Human Rights, Humanitarian Law, and Private Contractors*, Oxford University Press, Oxford, 2011; F. VIGNARCA, *Mercenari S.p.a.*, BUR, Milano, 2004. Sulla c.d. *cyber warfare*, ovvero gli attacchi ai sistemi informatici e di telecomunicazione, cfr. J.D. OHLIN, C. FINKELSTEIN, K. GOVERN (a cura di), *Cyber War. Law and Ethics for Virtual Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 2015; C. DROEGE, *Get Off my Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law, and the Protection of Civilians*, in *International Review of the Red Cross*, 2012; H. LIN, *Cyber Conflict and International Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2012; M.N. SCHMITT, *The Use of Cyber Force and International Law*, in M. WELLER (a cura di), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 1110; J.C. WOLTAG, *Cyber Warfare: Military Cross-Border Computer Network Operations Under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

giurisdizionale, idoneo a indirizzare e orientare l'attività del Procuratore ai soli casi più gravi, anche alla luce del principio di complementarità.<sup>123</sup>

## 6.2. L'elemento di contesto dei crimini contro l'umanità (art. 7 StICC)

Le fattispecie elencate all'art. 7 StICC costituiscono crimini contro l'umanità se commesse nell'ambito di un attacco esteso o sistematico diretto contro qualsiasi popolazione civile e con la consapevolezza dell'attacco.<sup>124</sup>

L'attacco non deve identificarsi necessariamente con un'azione militare, ben potendo ricomprendere qualsiasi vessazione ai danni della popolazione civile.<sup>125</sup> Esso deve essere esteso o sistematico.<sup>126</sup> Il primo requisito ha natura quantitativa-spaziale e ha ad oggetto l'ampiezza dell'attacco; il secondo requisito ha natura qualitativo-temporale e si riferisce al grado di organizzazione della violenza.<sup>127</sup>

<sup>123</sup> Cfr. A. VALLINI, *La mens rea*, cit., 159; R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2008, 195; F. MONETA, *Gli elementi costitutivi dei crimini internazionali: uno sguardo trasversale*, in A. CASSESE, M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, cit., 21; A. INTELISANO, *I crimini di guerra*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale*, cit., 16; P. LOBBA, *I crimini di guerra*, cit., 411. In modo conforme anche G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 286, i quali definiscono il requisito come una «soglia di gravità» (*threshold clause*) delle condotte che deve essere superata ai fini della giurisdizione della Corte. In senso contrario si pone O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 220.

<sup>124</sup> Per un'analisi dell'evoluzione degli elementi contestuali tipici dei crimini contro l'umanità negli Statuti e nella giurisprudenza dei Tribunali internazionali si rinvia allo studio di K. AMBOS, S. WIRTH, *The Current Law of Crimes Against Humanity*, cit., 1-43. Sulla genesi del concetto di crimini contro l'umanità nel diritto internazionale cfr. N. GERAS, *Crimes Against Humanity. Birth of a Concept*, Manchester University Press, Manchester, 2011, in particolare 1-32; I. FOUCHARD, *La formation du crime contre l'humanité en droit international*, in M. DELMAS-MARTY ET AL. (a cura di), *Le crime contre l'humanité*, Presses Universitaires de France, Paris, 2009; W.J. VAN DER WOLF, D. DE RUITER, *Crimes Against Humanity and International Criminal Law*, Wolf, Bonn, 2011.

<sup>125</sup> Cfr. G. SLUITER, "Chapeau Elements" of Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the UN ad hoc Tribunals, in L.N. SADAT (a cura di), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 102-141. Non si richiede che l'attacco sia posto in essere da una moltitudine di autori: cfr. S. CHESTERMAN, *An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 10, 2000, 316.

<sup>126</sup> Lo Statuto di Roma ha accolto il criterio alternativo-disgiuntivo: per uno studio sui lavori preparatori dello Statuto di Roma cfr. H. VON HEBEL, D. ROBINSON, *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. The Making of*, cit., 94 ss.; D. ROBINSON, *Defining "Crimes against Humanity"*, cit., 47-51; R. KOLB, D. SCALIA, *Droit international penal*, cit., 99-105. Secondo alcuni autori la presenza di entrambi i requisiti identifica il «modello ideale» di crimine contro l'umanità: cfr. L. MAY, *Crimes Against Humanity*, cit.

<sup>127</sup> La natura «estesa» dell'attacco può dedursi sia dal numero delle vittime coinvolte che dall'estensione dell'area geografica colpita. La natura «sistematica» impone un certo grado di pianificazione della violenza ed esclude dalla categoria dei crimini contro l'umanità le condotte isolate e spontanee. Per un elenco delle definizioni giurisprudenziali cfr., anche per ulteriori riferimenti, K. AMBOS, S. WIRTH, *The Current Law of Crimes Against Humanity*, cit., 18 ss.

L'attacco deve essere rivolto contro qualsiasi popolazione civile,<sup>128</sup> definita – in positivo – come una collettività di persone accomunate da alcuni requisiti in virtù dei quali diventano bersaglio dell'attacco<sup>129</sup> e – in negativo – come l'insieme dei soggetti che non appartengono alle forze armate o che non sono qualificabili come combattenti legittimi.<sup>130</sup> È sufficiente che la popolazione civile sia il bersaglio *prevalente* dell'attacco: la presenza ridotta di militari e di altri combattenti non inficia, dunque, il carattere civile della popolazione.<sup>131</sup>

L'art. 7(2)(a) StICC introduce un elemento tipico ulteriore, non contemplato dagli altri Statuti dei tribunali internazionali, quando afferma che l'attacco deve essere posto in essere in attuazione o in esecuzione del disegno politico di uno Stato o di un'organizzazione (c.d. *policy element*).<sup>132</sup> Il piano politico non deve necessariamente

<sup>128</sup> I crimini possono essere commessi anche nei confronti di civili della stessa nazionalità dell'autore o nei confronti degli apolidi. Cfr. E. AMATI, E. MACULAN, *Crimini contro l'umanità*, in *Digesto delle Discipline Penali*, Utet, Torino, 2006, 147.

<sup>129</sup> Cfr. G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, cit., 166; G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 334. Il carattere collettivo consente di negare rilevanza penale alle aggressioni rivolte a singoli individui.

<sup>130</sup> Cfr. J. DE HEMPTINNE, *La définition de la notion de "population civile" dans le cadre du crime contre l'humanité. Commentaire critique de l'arrêt Martić*, in *Revue Général de Droit International Public*, 114, 2010, 93-104; S. MESEKE, *La contribution de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yugoslavie et le Rwanda à la concrétisation de l'incrimination du crime contre l'humanité*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz, Paris, 2003, 173-222.

<sup>131</sup> Non solo: la giurisprudenza dell'ICTY ha affermato che le vittime delle singole condotte possono essere anche militari e altri combattenti. Ciò che conta è che l'attacco, nel suo insieme, sia diretto contro la popolazione civile. Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, Judgment, AC, IT-95-13/1-A, 5 maggio 2009, par. 31-32.

<sup>132</sup> Cfr. G. METTRAUX, *The Definition of Crimes Against Humanity and the Question of a "Policy" Element*, in L.N. SADAT (a cura di), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, cit., 142-176; M. CUPIDO, *The Policy Underlying Crimes Against Humanity*, cit., 294 ss.; T.O. HANSEN, *The Policy Requirement in Crimes Against Humanity: Lessons from and for the Case of Kenya*, in *George Washington International Law Review*, 43, 2001, 1-42; C.C. JALLOH, *What Makes Crimes Against Humanity Crimes Against Humanity?*, in *American University International Law Review*, 28, 2013, 408 ss.; R.S. CLARK, *Crimes Against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court*, in M. POLITI, G. NESI (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity*, Ashgate, Aldershot, 2001; P. HWANG, *Defining Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, in *Fordham International Law Journal*, 22, 1998, 502 ss. Tale previsione, assente negli Statuti dei Tribunali Internazionali per la ex-Yugoslavia e il Ruanda, limita l'applicazione dei crimini contro l'umanità alle sole ipotesi in cui è possibile provare che dietro l'attacco vi sia un coinvolgimento di un attore statale o, quantomeno, di una organizzazione. Sull'incoerenza giurisprudenziale che ha investito sia la definizione che la natura giuridica del *policy element* cfr. J. PÉREZ CABALLERO, *El elemento político en los crímenes contra la humanidad*, cit., 72; W.A. SCHABAS, *State Policy as an Element of International Crimes*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 98, 2008, 953-982; G. METTRAUX, *Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda*, in *Harvard International Law Journal*, 43, 2002, 237-316. In sede di implementazione nazionale dello Statuto alcuni paesi – soprattutto quelli che hanno utilizzato un modello di adeguamento basato sulla tecnica del rinvio normativo – hanno mantenuto il requisito del *policy element*: tra questi si vuole citare il caso di Malta (art. 2 dell'*International Criminal Court Act*, n. 24, 13 dicembre 2003) e del Sud Africa (part. 2 dell'*Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act*, n. 27/2002). Cfr. M. DU PLESSIS, *South Africa's Implementation of the ICC Statute. An African Example*, in *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, 460-479;

concretizzarsi in un programma espresso e/o formalizzato, essendo possibile desumerne l'esistenza da alcuni elementi circostanziali.<sup>133</sup> Inoltre non è richiesta una condotta attiva da parte dello Stato o dell'organizzazione, essendo sufficiente dimostrare una condotta omissiva consapevole.<sup>134</sup> Anche un'organizzazione che possiede caratteristiche equivalenti o comparabili a quelle di uno Stato può integrare l'elemento di contesto.<sup>135</sup>

---

G. KEMP, *The Implementation of the Rome Statute in Africa*, in G. WERLE, L. FERNANDEZ, M. VORMBAUM (a cura di), *Africa and the International Criminal Court*, cit. Per contro, altri ordinamenti non hanno fatto ricorso al *policy element* in sede di definizione nazionale dei crimini contro l'umanità: tra questi la Germania (sez. 7 VStGB), il Belgio (art. 136-ter c.p., introdotto dalla legge n. 32/2003) e la Georgia (art. 408 c.p.). Sulla ricezione nazionale dei crimini contro l'umanità cfr. E. FRONZA, *La réception des crimes contre l'humanité en droit interne*, in M. DELMAS-MARTY ET AL. (a cura di), *Le crime contre l'humanité*, cit., 44-79.

<sup>133</sup> Tra cui: il contesto storico; il contesto politico in cui si verificano le condotte; il coinvolgimento di strutture statali; il clima di propaganda politica; l'intervento delle forze armate nazionali; l'adozione di misure discriminatorie. Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Trial Judgment, cit., par. 204; ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Trial Judgment, cit., par. 1109. In senso conforme si è posta la prima giurisprudenza della Corte penale internazionale: cfr. ICC, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, cit., 396; ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), cit., par. 81.

<sup>134</sup> Questa la soluzione di compromesso adottata dagli Elementi dei Crimini: cfr. K. AMBOS, S. WIRTH, *The Current Law of Crimes Against Humanity*, cit., 32-33. Una soluzione parzialmente difforme è proposta da K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 72. L'Autore tiene distinte le due ipotesi dell'attacco esteso e sistematico, richiedendo una condotta attiva da parte dello Stato soltanto nel secondo caso. Criticamente E. AMATI, E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità*, cit., 366, secondo i quali anche il carattere sistematico dell'attacco può integrarsi attraverso la scelta consapevole, da parte dello Stato, di non intervenire per prevenire o interrompere la commissione dei crimini.

<sup>135</sup> Accanto a questa interpretazione ristretta del concetto di «organizzazione» se ne affianca una più ampia, secondo la quale qualsiasi gruppo capace di lanciare attacchi estesi o sistematici rileverebbe ai sensi dell'art. 7 StICC. In supporto di quest'ultima interpretazione si adduce: a) l'interpretazione letterale dello Statuto (particella disgiuntiva «or» tra le parole «Stato» e «organizzazione»); b) l'interpretazione teleologica (la *ratio* di tutela opera nei confronti di tutte le violazioni massive dei diritti umani, a prescindere dalla natura dell'organizzazione); c) un approccio favorevole alle vittime; d) l'inadeguatezza e il conseguente vuoto di tutela che si realizzerebbe in tutti quei contesti in cui i crimini sono commessi da entità non assimilabili a uno Stato. Per un'interpretazione estensiva cfr. G. WERLE, B. BURGHARDT, *Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a 'State-like' Organization?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 1151-1170; L.N. SADAT, *Crimes Against Humanity in the Modern Age*, in *American Journal of International Law*, 107, 2013, 376 ss.; M. DELMAS-MARTY, *Violence and Massacres – Towards a Criminal Law of Inhumanity?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, 8; in giurisprudenza si veda ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Trial Judgment, cit., par. 1119. L'interpretazione restrittiva, invece, viene giustificata con: a) il rispetto del principio di tassatività (art. 22 StICC); b) la mancanza, nel diritto consuetudinario, di elementi a supporto di un'interpretazione estensiva; c) la considerazione politica che pochi altri Stati aderirebbero allo Statuto. Per un'interpretazione estensiva cfr. C. KRESS, *On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision*, in *Leiden Journal of International Law*, 23, 2010, 863; W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., 151 ss.; D. ROBINSON, *Essence of Crimes against Humanity Raised by Challenges at ICC*, in *EJIL: Talk!*, online. In giurisprudenza si veda ICC, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, Dissenting Opinion by Judge Hans-Peter Kaul to Pre-Trial Chamber II's "Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, P-TC II, ICC-01/09-01/11, 15 marzo 2011, par. 21-70. A nostro avviso è necessario considerare l'ampliamento della sfera applicativa dei crimini contro l'umanità conseguente all'adozione di un approccio estensivo. Se per organizzazione si intende qualsiasi entità capace di porre in essere un attacco esteso o sistematico, si dovrebbe giocoforza concludere che tutta una serie di attori non-statali – come quelli appartenenti alla criminalità organizzata – possano commettere crimini contro

Infine, dal punto di vista soggettivo, è necessario che l'autore abbia la consapevolezza (*knowledge*) di agire nell'ambito di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile. Come per i crimini di guerra, anche i crimini contro l'umanità devono essere sorretti dal dolo dell'elemento di contesto.<sup>136</sup>

### 6.3. *L'elemento di contesto del crimine di genocidio (art. 6 StICC)*

A differenza dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, il crimine di genocidio non prevede un elemento di contesto sul piano oggettivo: non si richiede che la condotta sia posta in essere durante un conflitto armato né nell'ambito di un attacco esteso o sistematico.<sup>137</sup>

Gli Elementi dei Crimini sembrano suggerire la necessità di dimostrare l'esistenza di un piano genocidiario quando affermano che la condotta deve inserirsi all'interno di un disegno manifesto di condotte simili dirette contro un gruppo. Tuttavia, la dottrina prevalente e la prima giurisprudenza della Corte penale internazionale concordano sul fatto che tale elemento non modifica la configurazione tipica del crimine di genocidio.<sup>138</sup> La presenza di una *policy* svolge, semmai, una funzione rilevante nella prova del dolo specifico.

---

l'umanità. Una lettura restrittiva del concetto di organizzazione sembra dunque preferibile al fine di scongiurare una dilatazione eccessiva della categoria dei crimini contro l'umanità. In senso conforme cfr. M.C. BASSIUNI, *The Legislative History of the International Criminal Court: Introduction, Analysis and Integrated Text. Volume I*, Brill-Nijhoff, New York, 2005, 151; W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., 152. Sulla distinzione tra organizzazioni para-statali e criminalità organizzata, la quale agisce solitamente per scopi di lucro, cfr. J. PÉREZ CABALLERO, *El elemento político en los crímenes contra la humanidad*, cit., 195.

<sup>136</sup> Cfr. E. AMATI, E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità*, cit., 370; ICC, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 401; ICC, *Prosecutor v. Omar al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, cit., par. 86 ss. In senso critico S. KIRSCH, *Two Kinds of Wrong: On the Context Element of Crimes against Humanity*, in *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009, 539. Ad eccezione della persecuzione e dell'apartheid, non è richiesto che l'autore agisca con un intento discriminatorio come era invece previsto all'art. 3 StICTR.

<sup>137</sup> Cfr. E. FRONZA, *Il crimine di genocidio*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 329. Per una definizione internazionalistica del crimine di genocidio cfr. C. KRESS, *The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide*, in *European Journal of International Law*, 18, 2007, 619-629; C. KRESS, *The Crime of Genocide under International Law*, cit., 461-502. Per una definizione del crimine di genocidio tra diritto internazionale e diritto interno si rinvia a C. MELONI, *I nodi della responsabilità per genocidio nel diritto penale internazionale: tra dimensione collettiva e imputazione individuale, precetto internazionale e accertamento internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 9, 2015, 591-598.

<sup>138</sup> ICC, *Prosecutor v. Omar al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, cit., par. 133. I giudici hanno adottato un approccio cauto poiché hanno affermato che è oggetto di discussione se la presenza di un piano genocidiario costituisca un elemento tipico del genocidio. In questo modo non è stata dichiarata alcuna contraddizione irriducibile tra lo Statuto e gli Elementi dei Crimini. In dottrina si tende a considerare la presenza di una *policy* come un importante indicatore del dolo specifico ma non come un elemento tipico della fattispecie: cfr. C. MELONI, *I nodi*

L'assenza di un elemento di contesto sul piano oggettivo potrebbe risultare in parte fuorviante, se si pensa alle c.d. funzioni incriminatrice e distintiva svolte dall'elemento di contesto. La presenza di un conflitto armato o di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile permette di qualificare alcune condotte come crimini internazionali perché idonee a ledere o mettere in pericolo valori di rilevanza internazionale.<sup>139</sup> Come giustificare, allora, l'incriminazione del genocidio, ancor più se pensiamo che viene definito come «il crimine dei crimini»?

Cifra distintiva e caratterizzante la struttura del crimine è l'intenzione specifica di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo etnico, nazionale, razziale o religioso in quanto tale.<sup>140</sup> La prova dell'intenzione specifica può essere dedotta sia da elementi

*della responsabilità per genocidio nel diritto penale internazionale*, cit., 604; R. CRYER, *The Definitions of International Crimes in the Al Bashir Arrest Warrant Decision*, cit., 290; C. KRESS, *The Crime of Genocide under International Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 6, 2006, 471 ss.; C. KRESS, *The Crime of Genocide and Contextual Elements*, cit., 304; G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 311.

<sup>139</sup> In senso conforme C. KRESS, *The Crime of Genocide and Contextual Elements*, cit., 302, secondo il quale «it would hardly be convincing to construe the crime of genocide in a manner that would legitimize international intervention through criminal law without the need to pass a similarly high threshold».

<sup>140</sup> Secondo l'impostazione tradizionale l'autore deve avere come obiettivo la distruzione totale o parziale del gruppo protetto (*purpose-based approach*). Cfr. P. BEHRENS, *Genocide and the Question of Motives*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 501; J.R.W.D. JONES, *Whose Intent is it Anyway? – Genocide and the Intent to Destroy a Group*, in L.C. VOHRAH ET AL. (a cura di), *Man's Inhumanity to Man*, cit., 467; O. TRIFFTERER, *Genocide, its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such*, in *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, 399; D.L. NERSESSIAN, *The Contours of Genocide Intent. Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals*, in *Texas International Law Journal*, 37, 2002, 231. Secondo un'altra impostazione sarebbe sufficiente agire nella consapevolezza che la propria condotta contribuisca alla distruzione totale o parziale del gruppo-vittima (*knowledge-based approach*): «the requirement of genocidal intent should be satisfied if the perpetrator acted in furtherance of a campaign targeting members of a protected group and knew that the goal or manifest effect of the campaign was the destruction of the group in whole or in part» (A.K.A. GREENAWALT, *Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation*, in *Columbia Law Review*, 99, 1999, 2259). Tale impostazione valorizza l'elemento cognitivo del dolo a discapito di quello volitivo, e apre le porte al dolo eventuale. Sul punto, cfr. A. GIL GIL, *Derecho penal internacional: Especial consideración del delito de genocidio*, tesi di dottorato, 1999. Per una critica a questo approccio cfr. C. MELONI, *I nodi della responsabilità per genocidio nel diritto penale internazionale*, cit., 606, secondo cui si rischia di vanificare «il senso della presenza di un elemento soggettivo rafforzato – il dolo specifico richiesto dalla norma che punisce il genocidio – riducendo l'elemento soggettivo ad una generica conoscenza che poco dice sulle intenzioni del singolo individuo e sulla effettiva rilevanza della sua condotta»; G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 315; F. JESSBERGER, *The Definition and the Elements of the Crime of Genocide*, in P. GAETA (a cura di), *The UN Genocide Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 106 ss.; R.S. CLARK, *Does the Genocide Convention Go Far Enough? Some Thoughts on the Nature of Criminal Genocide in the Context of Indonesia's Invasion of East Timor*, in *Ohio Northern University Law Review*, 8, 1981, 327 ss.; S. KIRSCH, *The Two Notions of Genocide. Distinguishing Macro Phenomena and Individual Misconduct*, in *Creighton Law Review*, 42, 2009, 352; C.J.M. SAFFERLING, *The Special Intent Requirement in the Crime of Genocide*, in C.J.M. SAFFERLING, E. CONZE (a cura di), *The Genocide Convention Sixty Year after its Adoption*, Springer, The Hague, 2010, 172 ss.; C. APTEL, *The Intent to Commit Genocide in the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, in *Criminal Law Forum*, 13, 2002, 277 ss. Un'ultima impostazione distingue l'elemento soggettivo a seconda del grado gerarchico dell'autore della condotta (*structure-based approach*): mentre per gli esecutori materiali (*low-level perpetrators*)

circostanziali che da schemi obiettivi di condotte.<sup>141</sup> La presenza del piano genocidiario, se da un lato non costituisce elemento tipico del crimine, dall'altro svolge un'importante funzione di ordine probatorio.<sup>142</sup>

La condotta deve essere diretta contro uno dei gruppi elencati in modo tassativo dall'art. 6 StICC.<sup>143</sup> Nell'individuazione del gruppo protetto la giurisprudenza ha

---

sarebbe sufficiente dimostrare la consapevolezza di contribuire alla distruzione totale o parziale di un gruppo protetto, per i c.d. *mid-level* e *high-level perpetrators* è necessario provare il dolo specifico. Cfr. H. VEST, *A Structured-Based Concept of Genocidal Intent*, in *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, 781; H. VAN DER WILT, *Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction*, in *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, 243 ss.; K. AMBOS, *What Does "Intent to Destroy" in Genocide Mean?*, in *International Review of the Red Cross*, 91, 2009, 845 ss.; N.H.B. JØRGENSEN, *The Definition of Genocide. Joining the Dots in the Lights of Recent Practice*, in *International Criminal Law Review*, 1, 2001, 309.

<sup>141</sup> Tra questi figurano l'eliminazione esclusiva di persone appartenenti al medesimo gruppo-vittima, la distruzione di luoghi di culto, la propaganda sui media. Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Trial Judgment, cit., par. 5829 ss.; ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Trial Judgment, cit., par. 745; ICTY, *Prosecutor v. Popović et al.*, Trial Judgment, cit., par. 823. Nel diritto internazionale, cfr. ICJ, *Croatia v. Serbia (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)*, Judgment, 2 febbraio 2015, par. 148.

<sup>142</sup> La condotta di un singolo autore, se sorretta dall'intenzione specifica, può costituire genocidio, non essendo necessario dimostrare che essa si inserisca all'interno di un piano collettivo e sistematico rivolto alla distruzione totale o parziale di un gruppo-vittima. Tuttavia, dal punto di vista della fenomenologia del crimine, è difficile immaginare la realizzazione di un genocidio attraverso l'attività di un solo attore: cfr. W.A. SCHABAS, *Darfur and the 'Odious Scourge': The Commission of Inquiry's Findings on Genocide*, in *Leiden Journal of International Law*, 18, 2005, 877, secondo il quale l'assenza di uno schema di condotte costituisce un'ipotesi di scuola capace di distrarre i giudici.

<sup>143</sup> Sulle motivazioni che hanno portato all'esclusione di altri gruppi dalla protezione offerta dalla Convenzione del 1948, cfr. B. VAN SCHAAK, *The Crime of Political Genocide. Repairing the Genocide Convention's Blind Spot*, in *Yale Law Journal*, 106, 1997, 2259 ss.; L.J. LEBLANC, *The United Nation Genocide Convention and Political Groups: Should the United States Propose an Amendment?*, in *Yale Journal of International Law*, 13, 1988, 268 ss. Con particolare riferimento all'esclusione del gruppo politico all'interno dello Statuto di Roma, cfr. C.D. LEOTTA, *Il genocidio nel diritto penale internazionale. Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma*, Giappichelli, Torino, 2013, 346. Volgendo lo sguardo al panorama europeo ed extraeuropeo, appare considerevole il numerosi di Paesi che hanno deciso di ampliare l'ambito di applicazione del crimine di genocidio. Tra questi, hanno esteso la tutela ai gruppi politici Panama (art. 431 c.p.), il Costa Rica (art. 375 c.p.), la Colombia (art. 101 c.p.), la Costa d'Avorio (art. 137 c.p.), l'Etiopia (art. 269 c.p.) e alcuni Stati dell'Est Europa, tra cui la Polonia (art. 118 c.p.) e la Lituania (art. 99 c.p.). Quest'ultima, insieme all'Estonia (art. 90 c.p.), alla Svizzera (art. 264 c.p.) e al Perù (art. 319 c.p.), ha esteso la tutela anche ai gruppi sociali. La norma slovena (art. 100 c.p.) desta la nostra curiosità con riferimento alla tecnica di formulazione della fattispecie. L'art. 100 c.p. fa riferimento ai soli gruppi nazionali, etnici, razziali e religiosi; tuttavia al secondo comma si estende la tutela a qualsiasi gruppo-vittima individuato in base ai motivi richiamati dalla norma sul reato di persecuzione (art. 101-8 c.p.). Quest'ultima disposizione disciplina i crimini contro l'umanità e nel comma dedicato al crimine di persecuzione compie un riferimento ai gruppi politici, culturali o identificati in base al genere. La peculiarità della scelta slovena si riflette, pertanto, nella necessaria combinazione di due norme, quella sulla definizione del genocidio e quella dedicata alla definizione delle condotte che integrano il crimine di persecuzione, ai fini dell'individuazione dei gruppi-vittima destinatari della tutela offerta dalla norma sul genocidio. Sulla scelta di includere (o escludere) alcuni gruppi-vittima per il crimine di genocidio, nonché per ulteriori riferimenti di diritto comparato, cfr. O. BEKOU, *Crimes at Crossroads. Incorporating International Crimes at the National Level*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 677-691; B. SAUL, *The Implementation of the Genocide Convention at the National Level*, in P. GAETA (a cura di), *The UN Genocide Convention*, cit., 59 ss.; E. SANTALLA

adottato un approccio misto oggettivo-soggettivo, facendo riferimento sia a caratteristiche intrinseche al gruppo-vittima che alla stigmatizzazione compiuta dall'autore o dal gruppo stesso.<sup>144</sup>

La distruzione parziale è sufficiente a integrare la fattispecie.<sup>145</sup> A tal riguardo non è necessario superare una determinata soglia numerica di vittime: l'eliminazione di alcune personalità emblematiche o di alcuni luoghi essenziali per la sopravvivenza del gruppo possono costituire genocidio.

Il crimine di genocidio ha pertanto una struttura parzialmente difforme rispetto agli altri crimini internazionali, e il suo particolare disvalore emerge dall'intenzione specifica di distruggere, in tutto o in parte, uno o più gruppi-vittima individuati dallo Statuto.

## 7. I presupposti della convergenza: il caso paradigmatico dell'omicidio

La diversità degli elementi di contesto rende possibile il concorso inter-categoriale fondato sulla medesima condotta e sul medesimo evento lesivo.

Se, da un lato, la funzione incriminatrice dell'elemento di contesto è la causa dell'ampliamento dell'area di convergenza normativa astrattamente configurabile, dall'altro, la funzione distintiva che esso parimenti svolge può fornire alcuni criteri di soluzione al concorso.

---

VARGAS, *An Overview of the Crime of Genocide in Latin American Jurisdiction*, in *International Criminal Review*, 10, 2010, 441 ss.

<sup>144</sup> Per un approccio puramente oggettivo, basato su caratteristiche intrinseche come la lingua, la religione, la cultura, cfr. ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Trial Judgment, cit., par. 701 ss. Per un approccio soggettivo fondato sulla stigmatizzazione dell'autore o sulla percezione sociale che il gruppo ha di sé stesso (c.d. auto-identificazione), cfr. ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 98. Per un commento si rinvia a P. AKHAVAN, *The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 989 ss.; A. SZPAK, *National, Ethnic, Racial and Religious Groups Protected against Genocide in the Jurisprudence of the ad hoc International Criminal Tribunals*, in *European Journal of International Law*, 23, 2012, 155-173. Il gruppo nazionale viene definito in base ai criteri della nazionalità, della storia, dei costumi, del linguaggio e della cultura comuni; di conseguenza i gruppi politici, economici e sociali non rientrano nella definizione di «gruppo nazionale». Cfr. W.A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., 134 ss.; G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, cit., 227 ss.; A. PLANZER, *Le crime de génocide*, Friburgo, 1956, 97. Per i gruppi etnici cfr. S. WIESSNER, *Ethnic Groups*, in D.L. SHELTON (a cura di), *Encyclopedia. Volume I*, cit., 304; M. LIPPMANN, *The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 15, 1998, 456.

<sup>145</sup> La Camera preliminare della Corte nel caso *Al Bashir* ha affermato che la condotta deve rappresentare una *reale e concreta minaccia* all'esistenza del gruppo-vittima: cfr. ICC, *Prosecutor v. Omar al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, cit., par. 124. Per una critica si rinvia a C. KRESS, *The Crime of Genocide and Contextual Elements*, cit., 306. Altri autori hanno affermato che tale interpretazione potrebbe conciliare la definizione statutaria con gli Elementi dei Crimini: cfr. E. FRONZA, *Il crimine di genocidio*, cit., 331.



Nonostante la convergenza assuma una nuova e peculiare forma di manifestazione nelle ipotesi di concorso inter-categoriale, i principi giuridici che guidano l'interprete restano pur sempre quelli già individuati per le ipotesi di concorso intra-categoriale.

La struttura dell'analisi del concorso inter-categoriale viene dunque modellata sul paradigma già proposto in sede di concorso intra-categoriale. E la prima operazione da compiere riguarda l'individuazione dei presupposti ontologici della convergenza inter-categoriale.

L'analisi sarà interamente fondata sulle qualificazioni giuridiche multiple del crimine di omicidio. Ogni confronto strutturale tra categorie presuppone che il fatto-base sia sempre individuato nell'omicidio volontario. Tale impostazione è dettata da ragioni volte alla semplificazione di una materia già alquanto complessa.

Il concorso inter-categoriale risulta più problematico rispetto a quello intra-categoriale univocamente per la presenza dell'elemento di contesto. Di conseguenza, il raffronto strutturale deve avere ad oggetto quest'ultimo elemento peculiare, e non le singole condotte.<sup>146</sup>

Poiché la natura del fatto-base risulta irrilevante in questa prima fase di confronto, pare più semplice ipotizzare che le fattispecie in concorso si identifichino con lo stesso evento lesivo. In altri termini, che si tratti di concorso tra omicidio come crimine di guerra e omicidio come crimine contro l'umanità, o di tortura come crimine di guerra e stupro come crimine contro l'umanità, la sostanza non cambia: a livello inter-categoriale il primo passaggio per risolvere il concorso di norme deve fare i conti con i diversi elementi di contesto e prescindere dalla condotta materiale.

Solo in un secondo momento diventa fondamentale interrogarsi sulla natura del fatto-base. Ma con riferimento a questo secondo passaggio sono utilizzabili le stesse soluzioni già proposte in sede di concorso intra-categoriale, dato che l'elemento di contesto non svolge, in questa fase, più alcuna funzione. Una volta risolta la convergenza a livello contestuale, il concorso tra la tortura come crimine di guerra e lo stupro come crimine contro l'umanità non appare per nulla diverso dal concorso tra la tortura e lo stupro entrambi qualificati unicamente alla stregua di una sola categoria criminosa.

L'ipotesi di convergenza inter-categoriale che verrà analizzata avrà dunque ad oggetto l'omicidio come crimine di genocidio, crimine contro l'umanità e crimine di guerra. Nello Statuto di Roma tutte e tre le categorie di crimini possono astrattamente convergere. Dopo aver delineato gli elementi di contesto per ciascuna categoria, è possibile riassumere in una tabella i presupposti ontologici che devono sussistere

---

<sup>146</sup> In modo analogo G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, cit., 324, secondo cui il raffronto strutturale «*involves the compari[son of] the chapeau elements of the relevant statutory provisions; the specific facts of the case play no role in this determination*».

affinché vi sia una sovrapposizione normativa tra due – o tutte e tre – le categorie di crimini.

	<b>Genocidio e crimini contro l'umanità</b>	<b>Genocidio e crimini di guerra</b>	<b>Crimini contro l'umanità e crimini di guerra</b>	<b>Genocidio e crimini contro l'umanità e crimini di guerra</b>
<b>Omicidio</b>	<p><b>i)</b> l'intenzione specifica di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo etnico, nazionale, razziale o religioso in quanto tale</p> <p><b>ii)</b> attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile</p> <p><b>iii)</b> attuazione o esecuzione del disegno politico di uno Stato o di un'organizzazione</p> <p><b>iv)</b> consapevolezza dell'attacco</p>	<p><b>i)</b> l'intenzione specifica di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo etnico, nazionale, razziale o religioso in quanto tale;</p> <p><b>ii)</b> conflitto armato;</p> <p><b>iii)</b> nesso tra la condotta e il conflitto armato</p> <p><b>iv)</b> consapevolezza di agire nel contesto di un conflitto armato</p>	<p><b>i)</b> attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile;</p> <p><b>ii)</b> attuazione o esecuzione del disegno politico di uno Stato o di un'organizzazione</p> <p><b>iii)</b> consapevolezza dell'attacco</p> <p><b>iv)</b> conflitto armato;</p> <p><b>v)</b> nesso tra la condotta e il conflitto armato</p> <p><b>vi)</b> consapevolezza di agire nel contesto di un conflitto armato</p>	<p><b>i)</b> l'intenzione specifica di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo etnico, nazionale, razziale o religioso in quanto tale;</p> <p><b>ii)</b> attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile;</p> <p><b>iii)</b> attuazione o esecuzione del disegno politico di uno Stato o di un'organizzazione</p> <p><b>iv)</b> consapevolezza dell'attacco</p> <p><b>v)</b> conflitto armato;</p> <p><b>vi)</b> nesso tra la condotta e il conflitto armato</p> <p><b>vii)</b> consapevolezza di agire nel contesto di un conflitto armato</p>

## 8. Proposte di soluzione

La maggior difficoltà di soluzione del concorso inter-categoriale non risiede, come è stato detto, nella ricerca di ulteriori criteri risolutivi ma, piuttosto, nella considerazione che nessuna sovrapposizione inter-categoriale segue lo schema della specialità unilaterale.

Con riferimento ai crimini contro l'umanità e i crimini di guerra, il requisito del conflitto armato risulta essere più specifico rispetto al corrispettivo attacco esteso o sistematico. Per contro, la popolazione civile restringe l'ambito dei destinatari rispetto ai crimini di guerra, potendo questi ultimi essere commessi anche a danno dei combattenti. L'attuazione o l'esecuzione di un disegno politico di uno Stato o di

un'organizzazione, infine, è un requisito esclusivo dei soli crimini contro l'umanità. Le due categorie criminose sembrano dunque porsi in rapporto di specialità reciproca in parte per specificazione (bilaterale) e in parte per aggiunta.<sup>147</sup>

La distanza e la diversità tra gli elementi tipici aumenta con riferimento al concorso tra il genocidio e i crimini di guerra.<sup>148</sup> Il primo non richiede alcun attacco o *policy*, mentre per i secondi non è necessario dimostrare la presenza dell'intenzione specifica di distruggere in tutto o in parte un gruppo protetto in quanto tale.<sup>149</sup> Le due categorie sembrano generare una relazione di interferenza: al di là del nucleo comune, ciascuna norma contiene elementi tipici ulteriori ed eterogenei rispetto all'altra.

Un rapporto strutturale simile si può identificare con riferimento alla convergenza dei crimini contro l'umanità e il crimine di genocidio: l'attacco esteso o sistematico è requisito tipico dei soli crimini contro l'umanità, mentre il dolo specifico appartiene al solo genocidio.<sup>150</sup>

Il dato peculiare è che in tutte le ipotesi di concorso inter-categoriale il nucleo comune può sostanziarsi non tanto in alcuni elementi del fatto tipico, ma in una condotta tipica e in un evento lesivo, come nel caso della plurima qualificazione giuridica dell'omicidio. Gli elementi non comuni – che possono specificarsi a vicenda o porsi in relazione di eterogenità – coinvolgono soltanto l'elemento contestuale.

A nostro avviso possono formularsi quattro proposte alternative ai fini della soluzione di questa peculiare ipotesi di concorso di norme.

Due di queste ipotesi appaiono fortemente criticabili (teoria dell'elemento di contesto come *condizione obiettiva di punibilità* e teoria della *c.d. importanza dei motivi dell'agire*), mentre un'altra impostazione teorica risulta essere inapplicabile perché fondata su un quadro normativo oggi profondamente mutato (teoria della *gerarchia delle fonti*).

Soltanto una ipotesi – tra quelle qui individuate – fornisce una soluzione chiara e coerente in materia (teoria della *gerarchia dei crimini*).

Ciascuna ipotesi sarà presentata criticamente con l'intenzione di mettere in luce sia i punti di forza che i punti di debolezza.

<sup>147</sup> Individua una relazione di interferenza G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, cit., 321-324. Secondo l'autore sono tre gli elementi eterogenei: a) il nesso tra la condotta e il conflitto armato (esclusivo dei crimini di guerra); b) la popolazione civile (esclusivo dei crimini contro l'umanità); c) l'attacco esteso o sistematico (esclusivo dei crimini contro l'umanità).

<sup>148</sup> Anche per via delle differenti origini storiche delle due categorie criminose: cfr. L.C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester University Press, Manchester, 2000.

<sup>149</sup> Cfr. G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, cit., 325-328. L'autore individua cinque differenze: a) i beni giuridici protetti; b) la necessaria presenza di un conflitto armato (esclusivo dei crimini di guerra); c) il dolo specifico (esclusivo del genocidio); d) i gruppi protetti come persone offese (esclusivo del genocidio); e) la diversa soglia di gravità delle condotte.

<sup>150</sup> Con ciò non si vuole dimenticare che alcune sotto-fattispecie di crimini contro l'umanità, come la persecuzione e l'apartheid, richiedono il dolo specifico. Tuttavia, trattasi di un dolo diverso perché non diretto alla distruzione di uno dei gruppi protetti. Sul peculiare concorso tra la persecuzione e il genocidio, cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 259, il quale considera il genocidio *lex specialis* rispetto alla persecuzione.

### 8.1. Prima proposta: l'elemento di contesto come condizione obiettiva di punibilità

Se la presenza dell'elemento di contesto influenza in modo significativo la convergenza inter-categoriale conferendole una peculiare (e più complessa) forma di manifestazione, una prima ipotesi di soluzione potrebbe risiedere nel tentativo di sottrarre proprio l'elemento di contesto dal raffronto strutturale tra fattispecie.

A tali fini è necessario prendere le mosse da una posizione dottrinale sviluppata al di fuori della riflessione sul concorso di norme e rivolta a qualificare l'elemento di contesto come un mero *requisito giurisdizionale*, estraneo alla struttura del fatto tipico e funzionale unicamente all'attribuzione di una competenza del giudice internazionale.<sup>151</sup> Volendo utilizzare il paradigma dei crimini contro l'umanità, secondo alcuni autori la necessaria presenza di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile non contribuisce ad aumentare il grado di offensività di un illecito né sul piano oggettivo né sul piano soggettivo, ma si traduce in un pre-requisito essenziale ai fini dell'esercizio della giurisdizione da parte di un organo internazionale.<sup>152</sup>

Questa particolare configurazione dell'elemento di contesto permette considerare i crimini internazionali come delle fattispecie caratterizzate da due differenti livelli di offensività, l'uno riferito alla condotta e l'altro alla categoria criminosa nel suo insieme.<sup>153</sup> Il primo livello coincide con la condotta *individuale* e viene esaurito dalla commissione di una o più fattispecie tipizzate all'interno di una categoria criminosa; il secondo livello ha natura *collettiva* e si identifica nell'elemento di contesto. Soltanto quest'ultimo livello di offensività esprime la lesione o la messa in pericolo di beni di rilevanza internazionale e giustifica, di conseguenza, la giurisdizione di un organo internazionale.

Dal punto di vista penalistico, tale qualificazione finisce per equiparare – dal punto di vista degli effetti – l'elemento di contesto a una *condizione obiettiva di punibilità estrinseca*, incapace di incrementare il disvalore della singola condotta, ma la cui realizzazione costituisce il presupposto necessario ai fini della punibilità del fatto.<sup>154</sup>

<sup>151</sup> Cfr. S. KIRSCH, *Two Kinds of Wrong*, cit., 539.

<sup>152</sup> Di conseguenza, l'elemento contestuale viene escluso dall'oggetto del dolo ed è sufficiente dimostrare una mera connessione sul piano oggettivo tra la condotta e l'attacco esteso o sistematico. Cfr. S. KIRSCH, *Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, Frankfurt am Main, 2009.

<sup>153</sup> Cfr. S. KIRSCH, *Two Kinds of Wrong*, cit., 540.

<sup>154</sup> Cfr. H. VON AHLBRECHT, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, Nomos, Baden Baden, 1999, 312, riportato anche in K. AMBOS, *Treatise. Volume I*, cit., 280 (nota 125), il quale traduce le condizioni obiettive di punibilità come «*objective conditions of punishability*». Per una definizione delle condizioni obiettive di punibilità come eventi concomitanti o successivi (ma non antecedenti) rispetto alla condotta dell'agente, cfr. G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Giappichelli, Torino, 2016, 11 ss.; M. DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium iuris*, 1997, 592; P.P. EMANUELE, *Controversie dottrinali e distorsioni giurisprudenziali in tema di condizioni obiettive di punibilità*, in *Indice penale*, 2004, 1139; M. ZANOTTI, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Dig. pen.*, X, Utet, Torino, 1995, 534 ss.; G. NEPPI MODONA, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 184; L. DURIGATO, *Osservazioni sull'art. 44 del codice penale*, in *Indice penale*, 1980, 417. Sulla funzione

L'equiparazione può sembrare, a prima vista, forzata. La presenza di un c.d. elemento giurisdizionale, infatti, svolge una funzione di ripartizione tra diverse giurisdizioni, permettendo l'attivazione di un organismo di carattere internazionale a discapito di un tribunale interno (o viceversa: c.d. ripartizione *verticale*) ovvero di un solo organismo fra tanti aventi la medesima natura ma con competenze o funzioni distinte (c.d. riparto *orizzontale*). Per contro, le condizioni obiettive di punibilità rispondono a una logica sostanziale di delimitazione della punibilità per ragioni di «bisogno» o «opportunità», condizionandola al verificarsi di determinati eventi.

Tuttavia l'equiparazione pare possibile non soltanto perché già proposta da alcuni autori,<sup>155</sup> ma soprattutto perché la qualificazione dell'elemento di contesto alla stregua di un mero requisito giurisdizionale rischia, da un lato, di annullarne la c.d. funzione incriminatrice e, dall'altro, di delimitare il «bisogno» o «opportunità» di pena al verificarsi di una particolare condizione oggettiva, individuata di volta in volta dal rispettivo *chapeau* – esistenza di un conflitto armato, di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile ovvero della volontà di distruggere in tutto o in parte un gruppo protetto – e idonea ad attribuire la giurisdizione a un organismo internazionale.

Con riferimento alla materia del concorso di norme, l'adozione di tale teoria oggettivistica porta a un cumulo di qualificazioni giuridiche costante ogni qualvolta ricorra una sovrapposizione normativa inter-categoriale. L'effetto espansivo si verifica perché, una volta eliminata qualsiasi funzione di tipizzazione svolta dall'elemento di contesto, esso viene sottratto dall'analisi del rapporto strutturale tra fattispecie: la partita si giocherà soltanto a livello delle singole fattispecie «nude», spogliate del requisito contestuale. Il concorso dell'omicidio come crimine contro l'umanità e dell'omicidio come crimine di guerra si risolve, dunque, in una doppia qualificazione se lo stesso evento lesivo si realizza in presenza di due condizioni obiettive di punibilità.

La teoria in esame non sembra convincere per tre ordini di ragioni.

In primo luogo, l'interpretazione letterale dello Statuto di Roma non consente di qualificare l'elemento di contesto come una condizione obiettiva di punibilità. Da un lato, l'art. 7 StICC prevede espressamente che le condotte costituenti un crimine contro

---

politico-criminale delle condizioni obiettive di punibilità si rinvia a F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1485 ss.; V. MORMANDO, *L'evoluzione storico-dogmatica delle e condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 610 ss. Sulla differenza tra condizioni intrinseche, intese come approfondimento di una lesione già insita nella commissione del fatto, ed estrinseche, le quali nulla aggiungono alla lesione del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, cfr. F. BRICOLA, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Nov. Dig. It.*, XIV, Utet, Torino, 1967, 594 ss.; V.N. D'ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 652 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 817; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 478, il quale utilizza la dicotomia condizioni proprie / condizioni improprie. Cfr. la sentenza della Corte Costituzionale n. 1085/88, la quale, secondo alcuni autori, ha portato alla dissoluzione della categoria delle circostanze intrinseche, che finiscono per confluire nel fatto tipico perché concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie. Sul punto, cfr. C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 430; F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità*, cit., 1497 ss.

<sup>155</sup> Cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume I*, cit., 280.

l'umanità siano poste in essere con la consapevolezza di inserirsi in un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile.<sup>156</sup> Dall'altro, gli Elementi dei Crimini prevedono per ogni condotta la necessità di dimostrare che l'autore avesse la consapevolezza di agire nel contesto di un conflitto armato o di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile: l'elemento di contesto rientra, pertanto, nell'oggetto del dolo.<sup>157</sup> Infine, pur in assenza di un esplicito riferimento all'art. 7StICC o al testo degli Elementi dei Crimini, la consapevolezza di agire in un contesto peculiare sarebbe comunque imposta dall'art. 30 StICC.<sup>158</sup>

In secondo luogo, la teoria delle condizioni obiettive di punibilità non convince rispetto a un ulteriore profilo. Ogni elemento della fattispecie capace di arricchire la sfera dell'offesa deve essere oggetto di dolo, pena la violazione del principio di colpevolezza.<sup>159</sup> Come sostenuto da alcuni autori, l'elemento di contesto contribuisce ad accrescere il disvalore del fatto ed è proprio questo c.d. *wrong-increasing effect* che impedisce di qualificarlo come un mero requisito giurisdizionale.<sup>160</sup>

<sup>156</sup> Cfr. C.K. HALL, K. AMBOS, *Article 7*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 176; ICC, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, cit., par. 401; ICC, *Prosecutor v. Omar al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, cit., par. 86 ss. Lo Statuto si pone in linea di continuità con la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*: ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Appeals Judgment, cit., para. 99; ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Appeals Judgment, cit., para. 124; ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 99 e 102; ICTR, *Prosecutor v. Alfred Musema*, Judgment and Sentence, cit., par. 206; ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 134; ICTR, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Judgment and Sentence, cit., par. 332; ICTR, *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana*, Judgment and Sentence, cit., par. 803. Cfr. G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, cit., 161, 164, 170, 173; R. CRYER ET AL., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, cit., 229 e 243.

<sup>157</sup> A titolo d'esempio si riporta l'art. 7(1)(a)(3) EC, il quale prevede per l'omicidio come crimine contro l'umanità che «*the perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack against a civilian population*». In modo analogo l'art. 8(2)(a)(i)(5) EC, in materia di omicidio come grave violazione alle Convenzioni di Ginevra del 1949, afferma la necessità che «*the perpetrator was aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict*». Di fronte a questa obiezione, fondata sul dettato normativo, gli autori favorevoli a qualificare l'elemento di contesto come un requisito giurisdizionale ricordano che il testo degli Elementi dei Crimini non è vincolante ai sensi dell'art. 9 StICC. Cfr. S. KIRSCH, *Two Kinds of Wrong*, cit., 540.

<sup>158</sup> Secondo AMBOS il riferimento espresso alla «consapevolezza dell'attacco» compiuto dall'art. 7 StICC risulta ridondante. L'elemento di contesto, contribuendo a contrassegnare il disvalore della categoria dei crimini contro l'umanità, rientra tra i requisiti oggettivi tipici (*actus reus*) e, di conseguenza, risulta già essere oggetto del dolo ai sensi della norma generale sull'elemento soggettivo (art. 30 StICC). Cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume I*, cit., 280.

<sup>159</sup> Cfr. S.H. KADISH, *Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review*, in *California Law Review*, 87, 1999, 954 ss.; C. GEISLER, *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip: zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, 130 ss.

<sup>160</sup> K. AMBOS, *Treatise. Volume I*, cit., 285. Durante un incontro della *Preparatory Commission* tenutosi a Siracusa nel febbraio del 2000 si discusse circa la natura dell'elemento di contesto dei crimini di guerra. L'approccio oggettivo, che qualificava il conflitto armato come una mera condizione obiettiva di punibilità, vedeva contrapporsi un approccio soggettivo, favorevole a richiedere la prova della consapevolezza, da parte dell'autore, di agire nel contesto di un conflitto armato. Il primo approccio porta a una più ampia ed estesa applicazione del diritto umanitario, ed è stato sostenuto dal

Ad avviso di chi scrive è possibile spingersi oltre e sostenere che l'elemento di contesto non solo accresce il disvalore dell'offesa, ma lo fonda. Esso va qualificato come un elemento costitutivo della fattispecie perché «accentra in sé l'offensività del fatto e, quindi, la ragione stessa dell'incriminazione»,<sup>161</sup> fondata su un peculiare disvalore offensivo che emerge proprio dalla natura collettiva dei crimini espressa nell'elemento di contesto. In questo modo si recupera sia la funzione incriminatrice che quella distintiva: la prima ha ad oggetto l'incriminazione – a livello internazionale – di alcune condotte ritenute particolarmente lesive della (o pericolose per la) comunità internazionale; la seconda consente di tenere distinti – anche sul piano dell'offensività – i reati ordinari dai crimini internazionali.<sup>162</sup>

In terzo luogo, e *a fortiori*, ci pare che la qualificazione dell'elemento di contesto come condizione obiettiva di punibilità potrebbe non essere suscettibile di offrire una soluzione univoca alla problematica del concorso di norme.

Si è già detto di come si dovrebbe concludere per il cumulo di qualificazioni una volta provato che l'evento lesivo si è realizzato in presenza di due o più condizioni obiettive di punibilità.

Tuttavia potrebbe anche sostenersi la soluzione inversa in favore dell'apparenza. L'asserita natura giurisdizionale dell'elemento di contesto lo priva di qualsiasi funzione tipizzante: una volta attivata la giurisdizione della Corte, l'elemento contestuale esaurisce la sua funzione. Come distinguere allora le singole fattispecie in concorso? Se l'elemento di contesto serve soltanto ad attribuire una competenza a un giudice internazionale, come si può tenere distinto un omicidio *ex art. 7(1)(a) StICC* da un omicidio *ex art. 6(a) StICC*? Le norme si troverebbero in una relazione di identità, e per non violare il principio del *ne bis in idem* sostanziale si dovrebbe applicare una norma soltanto. Ma una volta trasformato l'elemento di contesto in una condizione obiettiva di punibilità non rimane più alcun criterio capace di indicare quale sia la norma prevalente.

Viste le criticità evidenziate, la prima proposta di soluzione del concorso inter-categoriale non si ritiene meritevole di accoglimento.

---

Belgio, dalla Francia, dal Comitato Internazionale della Croce Rossa e da alcune ONG umanitarie. Il secondo approccio è stato sostenuto dall'Italia, dalla Germania, dagli Stati Uniti, Canada e Argentina. Sul punto cfr. Preparatory Commission, Working Group on Elements of Crimes, *Outcome of an intersessional meeting of the Preparatory Commission for the International Criminal Court held in Siracusa from 31 January to 6 February 2000*, PCNICC/2000/WGEC/INF/1; A. ZIMMERMANN, *Article 5*, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute*, cit., punto 9.

<sup>161</sup> Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 810, quando distingue tra elementi costitutivi e condizioni di punibilità.

<sup>162</sup> Cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume I*, cit., 285. In senso conforme anche F. MONETA, *Gli elementi costitutivi dei crimini internazionali*, cit., 6 ss., il quale conclude per la natura costitutiva dell'elemento di contesto anche ai fini di una migliore distinzione tra crimini internazionali e reati di diritto comune.

## 8.2. Seconda proposta: la gerarchia delle fonti

Nel tentativo di formulare un criterio risolutivo coerente al concorso di norme, alcuni autori hanno formulato una gerarchia dei crimini internazionali in termini di gravità fondandola su un'ulteriore classificazione gerarchica: quella prevista all'art. 38(1) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (StICJ) e avente ad oggetto le fonti del diritto internazionale.<sup>163</sup>

L'art. 38(1) StICJ prevede che:

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
  - a. *international conventions*, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
  - b. *international custom*, as evidence of a general practice accepted as law;
  - c. the *general principles of law* recognized by civilized nations;
  - d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

All'interno delle prime due fonti enunciate all'art. 38(1) StICJ si distingue tra norme aventi carattere di *ius cogens*, diritto consuetudinario, diritto convenzionale e protocolli. Lo scalino più alto della piramide è occupato dalle norme di *ius cogens* in quanto norme non derogabili e modificabili soltanto da successive norme che possiedono la stessa qualifica.<sup>164</sup> Al secondo posto si colloca il diritto consuetudinario, nella classificazione definizione di comportamento costante e uniforme (*diuturnitas*) accompagnato dalla convinzione dell'obbligatorietà del comportamento stesso (*opinio iuris*).<sup>165</sup> Il terzo gradino è occupato dai trattati internazionali.<sup>166</sup> All'ultimo posto di

<sup>163</sup> Cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 177-200. Sulla gerarchia delle fonti nel diritto internazionale cfr. D.L. SHELTON, *Human Rights and the Hierarchy of International Law Sources and Norms*, in *Saskatchewan Law Review*, 65, 2002, 299-335.

<sup>164</sup> Una prima definizione, di diritto internazionale, dello *ius cogens* si ritrova all'art. 53 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, riportata successivamente all'art. 53 della Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati: cfr. *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1155 UNTS 331, 1969; UN Doc. A/Conf.129/15, *Vienna Convention on the Law of Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations*, 1986. La medesima definizione è riportata dalla Commissione di Diritto Internazionale in UN Doc., A/35/10, *Report of the International Law Commission on the Work of its Thirty-Second Session*, 1980. La Corte Internazionale di Giustizia ha fatto ricorso alla nozione di *ius cogens* in ICJ, *Nicaragua v. USA*, Judgment, cit., 100.

<sup>165</sup> Cfr. F. PARISI, *The Formation of Customary Law*, 96<sup>th</sup> Annual Conference of the American Political Science Association, Washington D.C., 31 agosto – 3 settembre 2000.

<sup>166</sup> Sulla prevalenza gerarchica del diritto consuetudinario rispetto ai trattati, giustificata dalla maggior stabilità del primo rispetto al secondo, cfr. G. TUNKIN, *Is General International Law Customary Law only?*, in *European Journal of International Law*, 4, 1993, 534-542. Per una prevalenza fondata sui vuoti di tutela convenzionale in materia di diritti umani, cfr. R. GOODMAN, *Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent*, in *American Journal of International Law*, 96, 2002, 537; L. LOSCHIN, *The Persistent Objector and Customary Human Rights Law: A Proposed Analytical*



collocano le norme definite «protocolлари»: la definizione di questa ampia categoria è estremamente formale e coincide con tutti gli strumenti (anche informali) che non sono rubricati come «trattati» o «convenzioni».<sup>167</sup>

Una volta delineata una gerarchia delle fonti, l'impostazione teorica qui riportata si preoccupa di collocare le diverse categorie di crimini all'interno di ciascuna tipologia di fonte.

La norma che disciplina il crimine di genocidio ha carattere di *ius cogens* e ciò giustifica la qualificazione del genocidio come il crimine internazionale più grave.<sup>168</sup>

Le gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra del 1949 vengono classificate come diritto consuetudinario,<sup>169</sup> mentre le altre violazioni delle leggi e dei costumi di guerra – tra cui rientrano i crimini di guerra commessi nei conflitti armati di natura interna – ricoprono il gradino più basso della scala gerarchica,<sup>170</sup> con la conseguente suddivisione dei crimini di guerra in due sotto-categorie.

I crimini contro l'umanità occupano il terzo posto della gerarchia e coincidono con il diritto internazionale convenzionale. Tale scelta è giustificata dall'assenza di

*Framework*, in *University of California Davis Journal of International Law and Policy*, 2, 1996, 147 ss.

<sup>167</sup> Si ricomprendono i protocolli addizionali o aggiuntivi a una convenzione o a un trattato, come i Protocolli Addizionali alle Convenzioni di Ginevra del 1977 o il Protocollo Opzionale al Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966; i protocolli basati su una convenzione-quadro, come il Protocollo di Montreal sulle sostanze dannose per lo strato di ozono del 1987, adottato sulla base dell'art. 2 della Convenzione di Vienna per la protezione dello strato di ozono del 1985; i protocolli che modificano un trattato antecedente; i protocolli che contengono norme supplementari rispetto a un precedente trattato, come il Protocollo sullo stato dei rifugiati del 1967 che integra al Convenzione sullo stato dei rifugiati del 1951.

<sup>168</sup> Cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 187. Numerose le argomentazioni a sostegno di questa qualificazione. Innanzitutto il genocidio è considerato un crimine internazionale sia dal diritto consuetudinario che dal diritto convenzionale: D.J. HARRIS, *Cases and Materials on International Law*, Sweet & Maxwell, London, 1998; E. DAVID, *Traité de droit pénal international*, Bruylant, Bruxelles, 1995, 266-268; R.A. LAWSON, H.G. SCHERMERS, *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1997, 615. In secondo luogo la Corte Internazionale di Giustizia ha affermato che l'obbligo di prevenire e punire il crimine di genocidio ha validità *erga omnes* e carattere di *ius cogens*: ICJ, *Belgium v. Spain (Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited)*, Judgment, 5 febbraio 1970, par. 33-34; ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 28 maggio 1951, 23. In terzo luogo il crimine è soggetto al principio di giurisdizione universale e la norma incriminatrice non è derogabile: cfr. C. RANDALL, *Universal Jurisdiction under International Law*, in *Texas Law Review*, 66, 1988, 814; N. ROBINSON, *The Genocide Convention. A Commentary*, Institute of Jewish Affairs, New York, 1960, 82-85; P.N. DROST, *The Crime of State: Penal Protection for Fundamental Freedoms of Persons and Peoples – Genocide*, Sythoff, Leiden, 1954, 100-102; J.J. PAUST, *Congress and Genocide: They're Not Going to Get Away with It*, in *Michigan Journal of International Law*, 11, 1989, 92; N.Q. DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 1994, 632. Infine, si potrebbe aggiungere che parte della giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* ha qualificato il genocidio come «*the crime of crimes*»: cfr., *ex multis*, ICTR, *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Judgment and Sentence, cit., par. 16.

<sup>169</sup> Cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 190.

<sup>170</sup> Cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 198.

uniformità nella definizione degli elementi costitutivi dei crimini contro l'umanità, sia in ambito internazionale che nazionale.<sup>171</sup>

La c.d. teoria della gerarchia delle fonti presenta un indubbio vantaggio: essa offre un criterio capace di risolvere *coerentemente* tutte le ipotesi di convergenza normativa inter-categoriale: le gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra del 1949 sovrastano sia le altre violazioni agli usi e alle consuetudini di guerra sia i crimini contro l'umanità, destinati a soccombere in caso di concorso con il nocciolo duro del diritto umanitario. Il crimine di genocidio, in quanto norma di *ius cogens*, prevarrebbe su tutte le altre categorie criminose.<sup>172</sup>

Nonostante l'apparente linearità possono essere mossi tre rilievi critici alla teoria della gerarchia delle fonti.

### 8.2.1. Critica fondata sulla classificazione arbitraria

Il primo vizio può essere definito *difetto dell'arbitrarietà*.

Nel giudizio di corrispondenza tra natura della fonte e categoria criminosa si può concordare con la classificazione del crimine di genocidio come norma di *ius cogens* e delle gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra del 1949 come diritto consuetudinario.<sup>173</sup>

<sup>171</sup> L'Autore analizza le definizioni dei crimini contro l'umanità contenute negli Statuti dei Tribunali di Norimberga e Tokyo, nella CCL no. 10, nel *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind* del 1996, negli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, nello Statuto della Corte penale internazionale e nelle legislazioni nazionali di Israele e Francia. La scelta di considerare questi ultimi due ordinamenti nazionali si basa, presumibilmente, sul fatto che al loro interno si sono svolti due importanti processi per crimini contro l'umanità – rispettivamente, il caso *Eichmann* e il caso *Barbie*. In seguito all'analisi l'Autore conclude che «*it is impossible to say that crimes against humanity constitute customary international law since none of the above mentioned sources have defined this category of crimes consistently*»: cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 198.

<sup>172</sup> Cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 200, 208, 209, 220.

<sup>173</sup> La Corte Internazionale di Giustizia ha recentemente riaffermato che l'obbligo di prevenzione e punizione del crimine di genocidio ha validità *erga omnes* e ha carattere di *ius cogens*: cfr. ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, cit., par. 161; ICJ, *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda (Case Concerning Armed Activities on the Territories of the Congo)*, Judgment, 3 febbraio 2006, par. 64. In dottrina cfr. A. CASSESE, P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, cit., 113; J. WOUTERS, S. VERHOEVEN, *The Prohibition of Genocide as a Norm of Ius Cogens and its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide*, in *International Criminal Law Review*, 5, 2005, 401; G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 293. Tuttavia pare fuorviante affermare la natura di *ius cogens* dell'incriminazione del genocidio sulla base dell'applicazione del principio di giurisdizione universale. Come hanno affermato diversi autori, «*the principle of universal jurisdiction applies to crimes under international law*», senza rappresentare una caratteristica esclusiva del crimine di genocidio: cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 74. Sul rapporto tra il principio di giurisdizione universale e i crimini internazionali, cfr. C. KRESS, *Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit International*, in *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, 561-585; R. O'KEEFE, *Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, 735-760; M.J. VENTURA, *The Duty to Investigate Zimbabwe Crimes Against Humanity (Torture) Allegations: The Constitutional*

Non convince, per contro, l'attribuzione della natura protocollare degli altri crimini di guerra e della natura convenzionale dei crimini contro l'umanità.

Con riferimento ai primi, è oramai affermata la natura consuetudinaria di un nucleo più ampio di crimini di guerra rispetto alle sole gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra del 1949.<sup>174</sup>

Con riferimento ai secondi, è stato efficacemente affermato:

«To deny the customary law status of crimes against humanity altogether seems to throw out the baby with the bath water».<sup>175</sup>

Negare la natura consuetudinaria dei crimini contro l'umanità – quantomeno nel loro nucleo concettuale<sup>176</sup> – potrebbe non essere legittimo. Si aggiunga che la loro qualificazione come «diritto convenzionale» rischia di risultare addirittura un

*Court of South Africa Speaks on Universal Jurisdiction and the ICC Act*, in *Journal of International Criminal Justice*, 13, 2015, 861-889. Sulla natura consuetudinaria delle gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra del 1949 si rinvia a UN Doc. S/25704, *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808*, 1993, par. 37; T. MERON, *The Geneva Conventions as Customary Law*, in *American Journal of International Law*, 81, 1987, 348; G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 398.

<sup>174</sup> Cfr. C. FOURNET, *The Crime of Destruction and the Law of Genocide. Their Impact on Collective Memory*, Ashgate, Hampshire, 2007, 99-108; J.M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; T. MERON, *The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law*, in *American Journal of International Law*, 90, 1996, 238; M. SHAHABUDEEN, *Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, 1007; T. MERON, *Revival of Customary Humanitarian Law*, in *American Journal of International Law*, 99, 2005, 817. Sulla natura consuetudinaria dei Protocolli Addizionali alle Convenzioni di Ginevra del 1977 cfr. A. CASSESE, *The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law*, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 3, 1984, 55; C. GREENWOOD, *Customary Law Status of the 1997 Additional Protocols*, in A.J.M. DELISSEN, G.J. TANJA (a cura di), *Humanitarian Law of Armed Conflict*, Nijhoff, The Hague, 1991, 93.

<sup>175</sup> C.F. STUCKENBERG, *A Cure for Concursum Delictorum in International Criminal Law?*, in *Criminal Law Forum*, 16, 2005, 371.

<sup>176</sup> Il riferimento è all'attacco esteso o sistematico nei confronti della popolazione civile e ad alcune condotte che hanno sempre costituito un crimine contro l'umanità, quali l'omicidio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la violenza sessuale, la deportazione, la tortura e la persecuzione. Cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 47. Sul possibile riconoscimento della natura consuetudinaria dei crimini contro l'umanità ancor prima di Norimberga si rinvia a D. ROBINSON, *Defining "Crimes against Humanity"*, cit., 44; K.R. CHANEY, *Pitfalls and Imperatives: Applying the Lessons of Nuremberg to the Yugoslav War Crimes Trials*, in *Dickinson Journal of International Law*, 14, 1995, 58; J. RIKHOF, *Crimes against Humanity, Customary International Law and the International Tribunals for Bosnia and Rwanda*, in *National Journal of Constitutional Law*, 6, 1996, 231. Sull'utilizzo del concetto di crimini contro l'umanità nel periodo antecedente all'esperienza di Norimberga cfr. J. GRAVEN, *Les crimes contre l'humanité*, in *Recueil des Cours*, 76, 1950, 433; B. VAN SCHAACK, *The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 37, 1999, 789; S.R. RATNER, J.S. ABRAMS, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 46; G. BOAS, J.L. BISCHOFF, N.L. REID, *Elements of Crimes*, cit., 18 ss.

paradosso, data l'assenza – che caratterizza, tra l'altro, soltanto questa categoria criminosa – di una convenzione internazionale in materia.<sup>177</sup>

La classificazione gerarchica dei crimini internazionali alla luce del rango della fonte che li prevede rischia di assumere, in talune circostanze, la natura di un giudizio arbitrario,<sup>178</sup> dettato più da ragioni di ordine semplificadorio che da un'attenta analisi dell'evoluzione del diritto penale internazionale.<sup>179</sup>

### 8.2.2. Critica fondata sul tradimento dei presupposti

Il secondo vizio può essere definito *difetto dell'equivocità*.

La teoria in esame coglie nel segno quando si propone di risolvere il concorso di norme sulla base di una gerarchia dei crimini internazionali fondata su un criterio di gravità.<sup>180</sup> Tuttavia essa finisce per tradire il suo stesso presupposto, dal momento che il principio fondativo della struttura gerarchica non coincide con la capacità offensiva dei crimini ma con il rango della fonte che li ha generati.<sup>181</sup>

<sup>177</sup> Esistono invece alcune convenzioni che proibiscono specifiche condotte riconducibili alla categoria dei crimini contro l'umanità, come quelle contro la tortura, l'apartheid e le sparizioni forzate. Cfr. E. AMATI, E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità*, cit., 352. Alcuni autori hanno fatto ricorso alla locuzione «*approche sectorielle*» per sottolineare la tensione tra la presenza di queste convenzioni specifiche e l'assenza di una convenzione internazionale generale in materia: cfr. A. CASSESE, *L'incidence du droit international sur le droit interne*, in A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Puf, Paris, 2002, 558.

<sup>178</sup> Si consideri, in aggiunta, che alcuni autori qualificano il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra come norme di *ius cogens*: cfr. A. BOGDAN, *Cumulative Charges, Convictions and Sentencing*, cit., 3; M.C. BASSIOUNI, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, in *Law and Contemporary Problems*, 59, 1996, 68; C.L. ROZAKIS, *The Concept of 'Jus Cogens' in the Law of Treaties*, North-Holland, New York, 1976, 22.

<sup>179</sup> Criticamente anche E. MACULAN, A. LIÑÁN LAFUENTE, *Relaciones Concursales*, cit., 318 e I. ERDEI, *Cumulative Convictions*, cit., 25.

<sup>180</sup> Cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 177. Tale assunzione costituisce la premessa della teoria della gerarchia delle fonti proposta dall'Autore e non è un caso che i riferimenti citati richiama altri tentativi di soluzione del concorso basati sull'esistenza di una gerarchia dei crimini: cfr. B.B. JIA, *The Differing Concepts of War Crimes and Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, in G.S. GOODWIN-GILL, S. TALMON, *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford University Press, Oxford, 2012; A. BOGDAN, *Cumulative Charges, Convictions and Sentencing*, cit.; M. FRULLI, *Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes?*, in *European Journal of International Law*, 12, 2001, 329-350; A. CARCANO, *Sentencing and the Gravity of the Offence in International Criminal Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 51, 2002, 583-609; W.A. SCHABAS, *Problems of International Codification – Were the Atrocities in Cambodia and Kosovo Genocide?*, in *New England Law Review*, 35, 2001, 287 ss.

<sup>181</sup> Inoltre, come è stato osservato da alcuni autori, l'art. 38(1) StICJ si limita a elencare le fonti del diritto internazionale senza stabilire una gerarchia: cfr. I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003; J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

La seguente equazione di proporzionalità rappresenta in modo chiaro l'assunto della teoria in esame:

$$\text{fattispecie} : \text{maggior gravità} = \text{fattispecie} : \text{fonte di rango più elevato}$$

La teoria si fonda su un implicito presupposto, ovvero che la maggior gravità dell'offesa sia espressa dalla norma che scaturisce dalla fonte di grado più alto. Tale premessa non è dimostrata e può essere confutata.

Potrebbe, infatti, non esistere una corrispondenza biunivoca tra la più alta capacità offensiva di una norma e la sua collocazione nel gradino più elevato nella gerarchia delle fonti, ben potendo l'intrinseca portata offensiva tradursi in una fonte di rango inferiore come quelle pattizia o protocollare.

Ciò potrebbe avverarsi perché il processo di formazione delle norme internazionali è, in parte, *politico*, condizionato dalla volontà degli Stati.

Si pensi al difficile percorso intrapreso verso l'equiparazione della tutela offerta nelle ipotesi di conflitti armati internazionali e non-internazionali: si è già detto come alcune condotte costituiscono crimini di guerra soltanto se commesse nel contesto di un conflitto internazionale. Tra queste figura l'utilizzo di armi e metodi di guerra idonei a cagionare lesioni superflue, sofferenze non necessarie o che per loro natura colpiscono in modo indiscriminato.<sup>182</sup> Prima delle modifiche apportate in seguito alla Conferenza di Kampala, lo Statuto di Roma vietava l'utilizzo di armi e gas velenosi e i c.d. *dum-dum bullets* (proiettili espandibili) soltanto con riferimento ai conflitti internazionali.<sup>183</sup> Eppure, a prescindere dalla natura del conflitto e dal rango della fonte che disciplina tali metodi di guerra vietati, l'utilizzo di armi tossiche rappresenta una condotta grave in sé e per sé. L'intrinseca gravità della condotta non è, pertanto, sempre condizionata dalla fonte – primaria (Statuto) o secondaria (protocollare) – che la incrimina, e l'introduzione di un divieto di utilizzo di tali armi anche con riferimento ai conflitti armati non-internazionali si basa più su ragioni di natura politica che su un giudizio di offensività imperniato sul grado della fonte.

<sup>182</sup> Cfr. P. LOBBA, *I crimini di guerra*, cit., 413. Un altro esempio è costituito dall'art. 8(2)(b)(iv) StICC, il quale criminalizza l'attacco idoneo a causare un danno esteso, severo e a lungo termine all'ambiente naturale che risulta chiaramente eccessivo rispetto al vantaggio militare concreto e diretto. Sul punto cfr. J.C. LAWRENCE, K.J. HELLER, *The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, The First Ecocentric Environmental War Crime*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 20, 2007, 73-113.

<sup>183</sup> Cfr. R.S. CLARK, *The 'Weapons Provisions' and its Annex: The Belgian Proposals*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice*, cit., 489-495; C. KRESS, *War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice*, in *Israel Yearbook on Human Rights*, 30, 2001, 136; A. CASSESE, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, in *European Journal of International Law*, 10, 1999, 152 ss.

### 8.2.3. Critica fondata sul ristretto ambito di applicabilità

Infine il terzo vizio può essere definito *difetto dell'inapplicabilità*.

Anche volendo ritenere valida la teoria della gerarchia delle fonti ci si troverebbe di fronte a un imbarazzo difficilmente superabile, ovvero la sua inapplicabilità all'interno del sistema ideato con lo Statuto di Roma.<sup>184</sup>

Quest'ultimo, nella definizione delle fattispecie criminose, non compie un rinvio esterno alle fonti del diritto internazionale ma codifica espressamente i crimini di genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra agli artt. 6-8 StICC. Di conseguenza non è possibile formulare alcuna gerarchia delle fonti al suo interno: la previsione statutaria livella – sul piano delle fonti – le differenze originarie generate dall'evoluzione storica delle categorie criminose.

All'interno dello Statuto di Roma ciascun crimine occupa il medesimo scalino della scala gerarchica delle fonti così come prevista all'art. 21 StICC: non considerare il dettato normativo e applicare la teoria della gerarchia delle fonti per risolvere le ipotesi di concorso inter-categoriale rischia di tradursi in una violazione del principio di legalità.

Per concludere, la tendenza verso la formulazione di una gerarchia dei crimini internazionali per la soluzione del concorso di norme si dimostra una intuizione corretta. Tuttavia, il criterio fondante non può coincidere con la natura della fonte, bensì dovrebbe risiedere nella capacità offensiva di cui ciascuna categoria criminosa si fa portatrice.

### 8.3. Terza proposta: l'importanza dei motivi dell'agire

La terza proposta di soluzione prende le mosse da una raccomandazione avanzata da alcuni autori per evitare la plurima qualificazione giuridica dello stesso fatto: nel confronto tra gli elementi soggettivi delle fattispecie in concorso è necessario che le *motivazioni* e le *ragioni* dell'agire siano considerate più importanti rispetto agli elementi della intenzionalità e della consapevolezza.<sup>185</sup>

La teoria in esame si fonda sulla premessa che l'elemento volitivo del dolo non ricopre i requisiti oggettivi descritti nell'elemento di contesto dei crimini internazionali, sottraendolo dal confronto strutturale tra fattispecie. Soltanto il ricorso ai «motivi dell'agire» sarebbero in grado di dimostrare che un soggetto ha voluto commettere un omicidio nell'ambito di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile.<sup>186</sup> Soltanto il ricorso ai «motivi dell'agire», pertanto, permettono di compiere una

<sup>184</sup> In senso conforme C.F. STUCKENBERG, *A Cure for Concursum Delictorum*, cit., 372.

<sup>185</sup> Cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 221.

<sup>186</sup> Cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 225.

distinzione tra le diverse categorie di crimini e di evitare la molteplice qualificazione giuridica dello stesso fatto. Al contrario, in assenza di una valutazione accurata circa le motivazioni della condotta, è logico concludersi per la pluralità di reati.

A sostegno della propria tesi tali autori riportano l'esempio di quattro fattispecie criminose: lo stupro, la deportazione, la pulizia etnica e l'apartheid. Se considerate in quanto tali queste condotte condividono lo stesso elemento soggettivo, a prescindere dalla loro collocazione all'interno di una categoria criminosa: la violenza sessuale come crimine di guerra risulta coincidere – sul piano del dolo – con la violenza sessuale come crimine contro l'umanità. Ciò porta, in caso di concorso di norme, a un cumulo di qualificazioni giuridiche poiché ciascuna categoria possiede almeno un elemento ulteriore e diverso costituito dal proprio peculiare elemento di contesto.

Per contro, se nel confronto strutturale si considerano i motivi che hanno portato il soggetto ad agire, la soluzione finale sfocia nell'apparenza e, dunque, nell'unità di reato. Lo stupro come crimine di guerra è solitamente commesso per demoralizzare il nemico, per dominarlo, attraverso l'umiliazione e la distruzione dei legami familiari;<sup>187</sup> lo stupro come crimine contro l'umanità, invece, ha lo scopo di costituire un mezzo di pulizia etnica;<sup>188</sup> lo stupro qualificato come genocidio, infine, ha come obiettivo la prevenzione delle nascite all'interno di uno dei gruppi protetti.<sup>189</sup> Allo stesso modo, mentre l'apartheid come crimine contro l'umanità ha lo scopo di dividere la popolazione in base a criteri razziali, il crimine di genocidio ha l'obiettivo di distruggere un gruppo razziale in quanto tale.<sup>190</sup>

I crimini internazionali vengono ripensati e riconcettualizzati come «*motives crimes*»<sup>191</sup> o, volendo modificare leggermente un'espressione entrata nel linguaggio penalista italiano, «reati *contestualmente* motivati».<sup>192</sup> Questa funzione distintiva, svolta dalle motivazioni dell'agire, consente di collocare un fatto di reato all'interno di una sola categoria criminosa, evitando il cumulo di qualificazioni giuridiche.

Per quanto suggestiva, a nostro avviso la teoria va incontro a due diverse critiche. In aggiunta, la sua applicazione concreta potrebbe produrre un effetto indesiderato.

<sup>187</sup> Cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 233.

<sup>188</sup> Cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 234.

<sup>189</sup> Cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 235.

<sup>190</sup> Cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 239.

<sup>191</sup> C.F. STUCKENBERG, *A Cure for Concurus Delictorum*, cit., 365.

<sup>192</sup> Il riferimento è ai «reati culturalmente motivati»: cfr. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Edizioni ETS, Pisa, 2010; A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010.

### 8.3.1. Critica fondata sulla tipicità

Il primo profilo critico prende le mosse dalla seguente constatazione avanzata da un Autore come premessa giuridica della teoria:

*«reliance on the intent requirement would negate the chapeau element [...]. This is because of the fact that the intent requirement focuses primarily on the state of mind with which crimes against humanity have been committed e.g. intention to kill, rather than what prompted a person to commit crimes against humanity e.g. “committed in a systematic manner or on a large scale and instigated or directed by a Government or by any organization».*<sup>193</sup>

Tale affermazione può nascondere due criticità strettamente connesse.

Da un lato l'Autore sembra considerare l'elemento di contesto come un fattore estraneo alla tipicità e quindi non coperto dal dolo. Come già osservato, l'elemento di contesto accresce il disvalore dell'offesa e deve essere considerato come un elemento tipico del fatto di reato.<sup>194</sup> Di conseguenza, esso va tenuto in debita considerazione nell'analisi del rapporto strutturale tra fattispecie e non risulta necessario ricorrere alle intime motivazioni che hanno portato l'autore ad agire.

Dall'altro l'Autore non considera che il dolo si compone di un elemento volitivo e di uno cognitivo. Affermare che il requisito dell'«*intent*» si concentra soltanto sulla condotta, dimenticandosi delle circostanze esteriori (come l'esistenza di un conflitto armato), risulta corretto. Tuttavia occorre ricordare come l'art. 30 StICC – dedicato alla *mens rea* – introduca, accanto all'«intenzione», anche il requisito della «conoscenza». Elemento volitivo ed elemento rappresentativo costituiscono un'endiadi che esprime un dato psichico unitario.<sup>195</sup> La differenza, semmai, risiede nella diversità degli elementi costituenti l'oggetto del dolo, che lo Statuto di Roma individua nella condotta, nelle conseguenze e nelle circostanze.<sup>196</sup>

<sup>193</sup> O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 224-225.

<sup>194</sup> In aggiunta alla bibliografia già indicata *retro*, par. 8.1, cfr. K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, 774-778; G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, 300-301; R.S. CLARK, *The Mental Element in International Criminal Law*, in *Criminal Law Forum*, 12, 2001, 327-329; A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 81-82.

<sup>195</sup> Cfr. A. VALLINI, *La mens rea*, cit., 150. In giurisprudenza cfr. ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges, cit., 351.

<sup>196</sup> In senso conforme S. FINNIN, *Mental Elements under Article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: A Comparative Analysis*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, 336; M.E. BADAR, S. PORRO, *Rethinking the Mental Elements in the Jurisprudence of the ICC*, in C. STAHN (a cura di), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, cit., 651; A. ESER, *Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 907; K. AMBOS, *Treatise. Volume I*, cit., 266 ss.; R. WENIN, *La mens rea nello Statuto di Roma. Un'analisi esegetico-sistemica dell'art. 30 in chiave comparata*, Giappicheli, Torino, 2012, 35 ss. In giurisprudenza cfr. ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b),



Alcuni requisiti dell'offesa possono essere oggetto soltanto di conoscenza, e non di volizione: tra questi vi rientrano alcune circostanze specifiche previste dalle singole fattispecie, come il contesto di un regime istituzionalizzato di oppressione e dominazione di un gruppo razziale nel crimine di apartheid, e alcuni elementi presenti negli elementi di contesto, come l'esistenza di un conflitto armato o di un attacco esteso o sistematico nei confronti della popolazione civile. Tali circostanze non possono essere volute dall'agente, ma *devono* essere conosciute: prova ne è che sia per i crimini di guerra che per i crimini contro l'umanità si richiede che la condotta sia – rispettivamente – connessa con il conflitto armato e posta in essere nell'ambito dell'attacco esteso o sistematico.<sup>197</sup>

In aggiunta: su quali basi è possibile affermare che i crimini contro l'umanità sono motivati esclusivamente (o tendenzialmente) da ragioni di pulizia etnica? O che i crimini di guerra sono commessi per demoralizzare il nemico o acquisire un vantaggio militare? Un conto è stabilire, attraverso un'indagine statistica, che tali crimini vengono solitamente posti in essere con le suddette motivazioni, altro è ricomprenderle all'interno della tipicità: la prima operazione è di fondamentale importanza per quella branca della criminologia e della psicologia che si occupa di studiare i macro-contesti di violenza,<sup>198</sup> ma scarsamente rilevante per il diritto penale positivo vigente.

Il rischio che soggiace a questa prospettiva è duplice. Da un lato, predeterminando una motivazione specifica come motore dell'azione, la teoria in esame fa dire alla norma ciò che essa non dice, e porta a escludere tutte quelle condotte tipiche che non siano state commesse con una precisa finalità (arbitrariamente) determinata. Dall'altro, l'assenza di un elenco tassativo (*rectius*: di qualsiasi tipologia di elenco) capace di risolvere il problema delle sovrapposizioni normative non fa che aumentare la discrezionalità dell'accusa – in sede di formulazione delle imputazioni – e dell'organo giudicante – in sede di giudizio – nella scelta della norma applicabile.<sup>199</sup>

---

cit., par. 357; ICC, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, cit., 529. In senso contrario U. ROSSKOPF, *Die innere Tatseite des Völkerrechtsverbrechen. Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 30 IStGH Statut*, Berliner Wissenschafts, Berlin, 2007, 90, secondo il quale i requisiti dell'intenzione e della conoscenza sono alternativi.

<sup>197</sup> In aggiunta, si consideri che il crimine di genocidio risulta privo di un elemento di contesto puramente oggettivo: escludere la finalità di distruzione del gruppo vittima dall'oggetto dell'«*intent*» porterebbe a conclusioni paradossali.

<sup>198</sup> Si vedano gli studi di D.G. DUTTON, *The Psychology of Genocide, Massacres, and Extreme Violence*, cit., e J. WALLER, *Becoming Evil*, cit.

<sup>199</sup> Con ciò non si vuole negare che la scelta dei capi di imputazione da parte del Procuratore sia condizionata, in parte, anche da motivazioni di natura politica: si pensi, a titolo di esempio, alla scelta di qualificare come crimine di genocidio i fatti di Srebrenica. Sul punto si veda l'opinione in parte dissenziente del giudice Wald nel caso *Jelisić*, in cui si afferma che «*the view that there is no additional public interest in determining a genocide charge simply because the underlying killings have already been dealt with as crimes against humanity and violations of the laws or customs of war may be problematic in the development of international criminal law*»: ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Partial Dissenting Opinion of Judge Wald, AC, IT-95-10-A, 5 luglio 2001, par. 13. In senso conforme G. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, cit., 315. Tuttavia l'applicazione della teoria dei motivi dell'agire porta con sé il rischio di una eccessiva

### 8.3.2. Critica fondata sulla possibile coesistenza

Il secondo rilievo critico vuole mettere in discussione la premessa filosofica sulla quale la teoria si fonda implicitamente, ovvero che la base dell'agire umano è costituita da una singola motivazione soltanto. Smentire tale premessa significherebbe abbattere la presunta capacità risolutiva della teoria.<sup>200</sup>

Utilizzando la forma del ragionamento logico *se...allora*, si dovrebbe infatti concludere che:

*se* più motivi possono concorrere, *allora* più fattispecie criminose possono concorrere

Di conseguenza, anche ammettendo che ciascuna categoria criminosa necessiti di una o più motivazioni specifiche, non si potrebbe escludere la pluralità di reati. Il problema del concorso di norme resterebbe irrisolto ogniqualvolta si riuscisse a dimostrare che più sono i motivi che hanno portato l'autore a intraprendere la via criminosa.

A tal riguardo, come noto, la teoria dell'azione da sempre ammette la compresenza di più intenzioni, scopi, finalità o motivi.<sup>201</sup> La medesima situazione può verificarsi nel diritto penale internazionale. Una deportazione come mezzo di pulizia etnica (crimine contro l'umanità) può essere commessa sia per eliminare più soggetti appartenenti a un gruppo etnico con l'intenzione di distruggere il gruppo in quanto tale (genocidio) che con l'intenzione di demoralizzare il nemico (crimine di guerra).<sup>202</sup> L'importanza dei motivi dell'agire, più che per risolvere il concorso di norme con il rischio di soggettivizzare il raffronto strutturale tra fattispecie, dovrebbero rilevare a livello di circostanze aggravanti o come criterio di commisurazione della pena.<sup>203</sup>

*soggettivazione* delle fattispecie, finendo per sostituire le domande «quale crimine è stato oggettivamente commesso?» e «quale descrizione giuridica del fatto risulta la più (anche politicamente) appropriata?» con «che cosa ha portato l'autore ad agire?». Così, la motivazione presente nella mente dell'autore – tra l'altro di non facile accertamento in sede giudiziaria – scavalca la realtà oggettiva e finisce per essere l'unico criterio-guida per l'organo dell'accusa. Cfr. I. ERDEI, *Cumulative Convictions*, cit., 25.

<sup>200</sup> In senso conforme C.F. STUCKENBERG, *A Cure for Concursum Delictorum*, cit., 369.

<sup>201</sup> Cfr. A.I. GOLDMAN, *A Theory of Human Action*, Princeton Legacy Library, Princeton, 2016; J. FEINBERG, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1974, 134; A.I. GOLDMAN, *The Individuation of Action*, in *Journal of Philosophy*, 68, 1971, 761; J. FEINBERG, *Action and Responsibility*, in M. BLACK (a cura di), *Philosophy in America*, Cornell University Press, Ithaca, 1965, 134-160; J.L. AUSTIN, *A Plea for Excuses*, in V.C. CHAPPELL (a cura di), *Ordinary Language: Essays in Philosophical Method*, Dover, New York, 1964, 1-30.

<sup>202</sup> Per un ulteriore esempio cfr. C.F. STUCKENBERG, *A Cure for Concursum Delictorum*, cit., 368-369.

<sup>203</sup> Cfr. M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, Giuffrè, Milano, 2012, 355. In Italia la dottrina dei motivi a delinquere è stata elaborata principalmente dalla Scuola Positiva (in particolare nel progetto Ferri). Ad oggi, tuttavia, anche la scuola retributiva ne riconosce l'importanza, poiché l'aver agito per un motivo pre-determinato e liberamente prescelto influisce profondamente sulla colpevolezza del soggetto. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 655. Sul punto si veda P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2000; A. MALINVERNI, *Motivi*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1977; A. MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, Unione Tipografica, Torino, 1955.

### 8.3.3. *Il rischio dell'eclissamento dei crimini contro l'umanità*

Oltre alle critiche mosse in precedenza l'applicazione concreta della teoria dei motivi dell'agire potrebbe generare un effetto indesiderato e del tutto peculiare: l'eclissamento della categoria dei crimini contro l'umanità.

Questi ultimi possono astrattamente concorrere con il crimine di genocidio e i crimini di guerra.

Nel primo caso si può ritenere che il dolo specifico di voler distruggere in tutto o in parte un gruppo protetto in quanto tale prevalga sulle finalità di pulizia etnica: ciò significa che in caso di convergenza normativa tra il crimine di genocidio e i crimini contro l'umanità l'apparenza del concorso sarà *sempre* risolta a favore del primo.

Nel secondo caso è indubbiamente più semplice per un Procuratore dimostrare che una condotta sia posta in essere con finalità di natura bellica piuttosto che di pulizia etnica. Le categorie del «vantaggio militare» o della «demoralizzazione del nemico» risultano molto più ampie rispetto alla «pulizia etnica», la quale richiede implicitamente la prova di una contrapposizione tra gruppi e di un intento discriminatorio. Di conseguenza, anche la convergenza normativa tra crimini di guerra e crimini contro l'umanità sembra risolversi *nella maggior parte dei casi* in favore dei primi.<sup>204</sup>

Le supposizioni qui presentate sembrano confermate dal fatto che lo stesso Autore che ha proposto la teoria dei motivi dell'agire, a conclusione del suo volume sul concorso di norme, propone di ridurre i crimini internazionali a soli due categorie: il crimine di genocidio (che ricomprende i crimini contro l'umanità) e i crimini di guerra.<sup>205</sup> Eliminare – o sussumere – un'intera categoria criminosa rappresenta la strada più sicura e diretta verso la riduzione delle possibili convergenze normative. Ma non costituisce la via più sensibile.

La proposta (provocatoria) dell'Autore offre l'occasione di interrogarsi su un ulteriore profilo: *che cosa* rende unica ciascuna categoria criminosa e meritevole di protezione penale? *Perché* è necessario mantenerle tutte? La ricerca di una risposta a tali domande passa necessariamente attraverso l'analisi del disvalore che ciascuna categoria esprime, e ci permette di fondare la soluzione del concorso di norme su un parametro oggettivo: l'offensività.

<sup>204</sup> In modo simile, anche se con motivazioni diverse, è stato affermato che «*in situations of armed conflict, crimes against humanity are defined in significant measure by the laws of war. While crimes against humanity in peacetime constitute massive human rights violations, in armed conflict they constitute massive violations of the laws of war*»: P. AKHAVAN, *Reconciling Crimes Against Humanity with the Laws of War. Human Rights, Armed Conflict, and the Limits of Progressive Jurisprudence*, in *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, 30.

<sup>205</sup> Cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters*, cit., 254.

#### 8.4. Quarta proposta: la gerarchia dei crimini internazionali

Nel raffronto strutturale tra gli elementi tipici dei crimini internazionali si è visto come sia necessario ricomprendervi anche e soprattutto l'elemento di contesto, dato che proprio quest'ultimo – grazie alla sua funzione incriminatrice – contribuisce a delineare il particolare disvalore di una condotta qualificandola come un crimine internazionale.<sup>206</sup>

L'esistenza di una gerarchia dei crimini internazionali può risultare utile al fine di risolvere il concorso di norme perché permette di stabilire delle relazioni di continenza tra fattispecie fondate sulla loro maggiore o minore portata offensiva.

La giurisprudenza e la dottrina sono divise e hanno offerto opinioni contrastanti che hanno sia sostenuto sia negato l'esistenza di una gerarchia.<sup>207</sup>

Nonostante la diversità di opinioni, è interessante anticipare come tutte le voci concordi nel promuovere una gerarchia dei crimini internazionali finiscano per

<sup>206</sup> Cfr. A.M. DANNER, *Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing*, in *Virginia Law Review*, 87, 2001, 465. In giurisprudenza, ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Trial Judgment, cit., par. 803-804; ICTY, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, Judgment, AC, IT-96-22-A, 7 ottobre 1997, par. 10.

<sup>207</sup> Favorevoli alla formulazione di una gerarchia dei crimini in dottrina: A.M. DANNER, *Constructing a Hierarchy of Crimes*, cit., 472 ss.; A. CARCANO, *Sentencing and the Gravity of the Offence in International Criminal Law*, cit., 583-609; O. OLUSANYA, *Do Crimes Against Humanity Deserve a Higher Sentence than War Crimes?*, in *International Criminal Law Review*, 4, 2004, 431-473; P. AKHAVAN, *Reducing Genocide to Law. Definition, Meaning, and the Ultimate Crime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 58 ss.; L.J. VAN DEN HERIK, *The Contribution of the Rwanda Tribunal*, cit., 199 ss.; F.M. PALOMBINO, *Should Genocide Subsume Crimes Against Humanity?*, cit., 778-789; K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 251 ss.; S. D'ASCOLI, *Sentencing in International Criminal Law*, cit., 307; L. MAY, *Crimes Against Humanity*, cit., 158-160; M. FRULLI, *Are Crimes Against Humanity More Serious than War Crimes?*, cit., 329-350; nella giurisprudenza cfr. ICTY, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, Appeals Judgment, cit., par. 27; ICTY, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, AC, IT-96-22-A, 7 ottobre 1997; ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Separate Opinion of Judge Cassese, AC, IT-94-1-A e IT-94-1-A bis, 26 gennaio 2000, par. 16; ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Declaration of Judge Vohrah, AC, IT-95-17/1-A, 21 luglio 2000, par. 5. ICTR, *Prosecutor v. Georges Rutaganda*, Judgment and Sentence, cit., par. 451; ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 9; ICTR, *Prosecutor v. Omar Serushago*, Sentence, cit., par. 4; ICTR, *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Judgment and Sentence, cit., par. 16; ICTR, *Prosecutor v. Alfred Musema*, Judgment and Sentence, cit., par. 981. Sfavorevoli alla formulazione di una gerarchia in dottrina: F. LATTANZI, *Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, in H. FISCHER, C. KRESS, S.R. LÜDER (a cura di), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law*, cit., 503; A. BOGDAN, *Cumulative Charges, Convictions and Sentencing*, cit., 3; J.P. BOOK, *Appeal and Sentence in International Criminal Law*, cit., 124; I. HÜNERBEIN, *Straftatkonkurrenzen*, cit., 105-113; nella giurisprudenza cfr. ICTY, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, AC, IT-96-22-A, 7 ottobre 1997, par. 19; ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Separate Opinion of Judge Robinson, TC, IT-94-1-Tbis-R117, 11 novembre 1999, 2; ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Judgment in Sentencing Appeals, cit., par. 69; ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, AC, IT-94-1-A e IT-94-1-A bis, 26 gennaio 2000, 41 ss.; ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Trial Judgment, cit., par. 860; ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Trial Judgment, cit., par. 801.

considerare il genocidio come la fattispecie più grave, seguita dai crimini contro l'umanità e, infine, dai crimini di guerra.

La questione della gerarchia dei crimini internazionali è emersa fin dalla prima sentenza del Tribunale per la ex-Jugoslavia. Nel caso *Erdemović* la Camera d'appello affermò che i crimini contro l'umanità costituiscono un capo d'accusa più grave rispetto ai crimini di guerra e diminuirono la pena della reclusione da dieci a cinque anni.<sup>208</sup> Di altro avviso l'opinione dissenziente del giudice Li, secondo il quale la gravità di un crimine è determinata dall'intrinseca natura dell'atto e non dalla sua classificazione all'interno di una categoria criminosa.<sup>209</sup>

Nel caso *Tadić* la disputa si è riproposta, ma a parti invertite: la maggioranza ha affermato che non è possibile stabilire alcuna distinzione tra la gravità di un crimine contro l'umanità e un crimine di guerra,<sup>210</sup> mentre l'opinione separata del giudice Cassese ha sostenuto la necessità di imporre una pena più severa per i crimini contro l'umanità rispetto ai crimini di guerra.<sup>211</sup>

Nonostante le molteplici opinioni contrastanti, la giurisprudenza del Tribunale per la ex-Jugoslavia ha finito per non adottare una gerarchia dei crimini, come testimoniano le sentenze successive al caso *Tadić*.<sup>212</sup>

Per contro, il Tribunale per il Ruanda ha fin dagli albori qualificato il genocidio come il crimine più grave («*the crime of crimes*»), seguito dai crimini contro l'umanità e dai crimini di guerra.<sup>213</sup>

Un'analisi delle ragioni a sostegno di entrambe le tesi – quella favorevole alla gerarchia dei crimini e quella che li considera di pari gravità – si pone come necessaria ai fini della soluzione del concorso. Come si vedrà, nonostante la Corte penale internazionale non si sia ancora espressa in materia, si può ritenere esistente una gerarchia dei crimini anche all'interno del sistema creato con lo Statuto di Roma.

<sup>208</sup> ICTY, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, Appeals Judgment, cit., par. 27. Per un commento alla sentenza cfr. S. YEE, *The Erdemović Sentencing Judgment: A Questionable Milestone for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 26, 1997, 272.

<sup>209</sup> ICTY, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, cit., par. 19.

<sup>210</sup> ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Judgment in Sentencing Appeals, cit., par. 69.

<sup>211</sup> ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Separate Opinion of Judge Cassese, cit., par. 16.

<sup>212</sup> Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Trial Judgment, cit., par. 860, in cui si afferma che «*in line with recent Appeals Chamber determinations, the Trial Chamber does not consider that crimes against humanity should in principle attract a higher sentence than war crimes*»; ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Trial Judgment, cit., par. 801; ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Judgment, AC, IT-95-17/1-A, 21 luglio 2000, par. 243. Si veda, tuttavia, la dichiarazione del giudice Vohrah: ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Declaration of Judge Vohrah, cit., par. 5.

<sup>213</sup> ICTR, *Prosecutor v. Georges Rutaganda*, Judgment and Sentence, cit., par. 451; ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 9; ICTR, *Prosecutor v. Omar Serushago*, Sentence, cit., par. 4; ICTR, *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Judgment and Sentence, cit., par. 16; ICTR, *Prosecutor v. Alfred Musema*, Judgment and Sentence, cit., par. 981. In dottrina cfr. J.N. CLARK, *The 'crime of crimes': genocide, criminal trials and reconciliation*, in *Journal of Genocide Research*, 14, 2012, 55-77; L.J. VAN DEN HERIK, *The Contribution of the Rwanda Tribunal*, cit., 199 (nota 3). Per una qualificazione del genocidio come «*the greatest of evil acts*», cfr. L. MAY, *Crimes Against Humanity*, cit., 158-160.

#### 8.4.1. Ragioni a favore di una gerarchia dei crimini internazionali

Diverse sono le ragioni a sostegno circa l'esistenza di una gerarchia dei crimini internazionali.

Alcuni autori fondano la gerarchia sul criterio del danno (o messa in pericolo) che la condotta criminosa arreca alla comunità internazionale,<sup>214</sup> e il bene giuridico protetto dalla norma diviene il fattore decisivo per classificare – secondo una scala di gravità oggettiva – i crimini internazionali. Il genocidio costituisce il crimine più grave perché diretto a proteggere i gruppi nazionali, etnici, razziali e religiosi da un'azione collettiva e discriminatoria diretta verso la loro distruzione totale o parziale. I crimini contro l'umanità, essendo diretti a prevenire un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile, si collocano al secondo gradino della gerarchia. I crimini di guerra, infine, non richiedendo alcuna azione collettiva o piano politico, rappresentano le fattispecie meno offensive per la comunità internazionale.<sup>215</sup>

Altri autori focalizzano l'attenzione sull'elemento di contesto. Nel raffronto strutturale tra fattispecie, come noto, esso svolge un ruolo di fondamentale importanza perché contribuisce a determinare la gravità dell'offesa. Utilizzando il crimine di omicidio come esempio paradigmatico si afferma che l'omicidio qualificato come crimine contro l'umanità è caratterizzato dal fatto che la condotta si inserisce all'interno di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile; per contro, l'omicidio come crimine di guerra non richiede alcun contesto collettivo, ma soltanto la consapevolezza di agire nel contesto di un conflitto armato. Di conseguenza l'elemento di contesto dei crimini di guerra esprime un grado di offensività *qualitativamente* inferiore rispetto a quello dei crimini contro l'umanità, non essendo capace di incrementare né il disvalore oggettivo della condotta né il grado di colpevolezza dell'autore. Allo stesso modo, il crimine di genocidio risulta essere più grave dei crimini

<sup>214</sup> Cfr. M.C. BASSIUNI, *The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework*, in M.C. BASSIUNI (a cura di), *International Criminal Law. Volume I*, cit., 95-100; A. BOGDAN, *Cumulative Charges, Convictions and Sentencing*, cit., 4. Sette fattori vengono presi in considerazione ai fini della valutazione della portata offensiva delle condotte: i) *the social interest sought to be protected*; ii) *the harm sought to be averted*; iii) *the intrinsic seriousness of the violation*; iv) *the dangerousness of the transgressor manifested by the commission of a given transgression*; v) *the degree of general deterrence sought to be manifested*; vi) *the policy of criminalization*; vii) *the policy choices reflected in the opportunity of criminal prosecution*.

<sup>215</sup> Cfr. A. BOGDAN, *Cumulative Charges, Convictions and Sentencing*, cit., 4, secondo cui «the protected social interest is greater with respect to genocide and crimes against humanity, since the scale of victimisation, and the consequences for the rest of society, and the international community, are potentially more serious» (enfasi aggiunta). In termini analoghi si pone l'opinione dissenziente di Cassese nel caso *Tadić*, quando il giudice afferma: «if classified as a crime against humanity, the murder possesses an objectively greater magnitude and reveals in the perpetrator a subjective frame of mind which may imperil fundamental values of the international community to a greater extent than in the case where that offence should instead be labelled as a war crime. The international community and the judicial bodies responsible for ensuring international criminal justice therefore have a strong societal interest in imposing a heavier penalty upon the author of such a crime against humanity, thereby also deterring similar crimes». ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Separate Opinion of Judge Cassese, cit., par. 16.

contro l'umanità perché il dolo specifico che lo caratterizza incrementa il disvalore – sul piano soggettivo – dell'azione.<sup>216</sup>

Altre tesi propendono per la gerarchia dei crimini facendo unico riferimento alla *mens rea* prevista dall'elemento di contesto di ciascuna categoria criminosa, il quale incorpora le nozioni di «*collective perpetration*» e di «*collective victimization*» assenti nelle descrizioni delle singole condotte.<sup>217</sup>

I crimini di guerra possono essere commessi anche da un singolo soldato senza che questi agisca nel contesto di un'azione collettiva, dato che la guerra in sé non costituisce un fenomeno criminoso e l'elemento di contesto non richiede né la presenza di un piano collettivo né la direzione degli atti verso un particolare gruppo di individui. Per tali ragioni i crimini di guerra rappresentano la categoria criminosa con il minor disvalore offensivo.

La situazione si presenta diversa con riferimento ai crimini contro l'umanità. L'elemento di contesto richiede, infatti, che l'autore abbia la consapevolezza di agire nell'ambito di un attacco esteso o sistematico (dimensione collettiva attiva) contro la popolazione civile (dimensione collettiva passiva).<sup>218</sup> Come affermato dalla Camera di primo grado dell'ICTY nel caso *Tadić*, «the emphasis is not on the individual victim but rather on the *collective*, the individual being victimised not because of his individual attributes but rather because of his *membership* of a targeted civilian population» (enfasi aggiunta).<sup>219</sup> Per questo motivo i crimini contro l'umanità esprimono un disvalore offensivo maggiore dei crimini di guerra.

Infine il crimine di genocidio costituisce il crimine più grave per via del dolo specifico che esprime la volontà di distruggere in tutto o in parte un gruppo protetto: il maggior disvalore risiede, pertanto, nell'intenzione di provocare una distruzione collettiva su basi discriminatorie.<sup>220</sup>

<sup>216</sup> Cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 252; A. CARCANO, *Sentencing and the Gravity of the Offence*, cit., 607; O. OLUSANYA, *Do Crimes Against Humanity Deserve a Higher Sentence than War Crimes?*, cit., 431 ss.; F.M. PALOMBINO, *Should Genocide Subsume Crimes Against Humanity?*, cit., 787; M. FRULLI, *Are Crimes Against Humanity More Serious than War Crimes?*, cit., 333-338.

<sup>217</sup> A.M. DANNER, *Constructing a Hierarchy of Crimes*, cit., 470-471. Tale teoria si fonda sul duplice assunto che la criminalità di gruppo crea un pericolo maggiore per la società rispetto a una condotta isolata e che i reati commessi ai danni di un individuo in ragione della sua appartenenza a un gruppo abbiano una maggior portata offensiva rispetto ai reati commessi su base non discriminatoria.

<sup>218</sup> Cfr. Y. DINSTEIN, *Crimes Against Humanity*, in J. MAKARCZYK (a cura di), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Brill-Nijhoff, Leiden, 1996, 903.

<sup>219</sup> ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Opinion and Judgment, cit., par. 644.

<sup>220</sup> Cfr. A.M. DANNER, *Constructing a Hierarchy of Crimes*, cit., par. 482; G. VERDIRAME, *The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 49, 2000, 588 ss. Tale approccio soggettivistico, che individua nel dolo specifico l'elemento di maggior gravità del crimine di genocidio, si pone in linea di continuità con la giurisprudenza dell'ICTR. Cfr. ICTR, *Prosecutor v. Georges Rutaganda*, Judgment and Sentence, cit., par. 451; ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, cit., par. 9; ICTR, *Prosecutor v. Omar Serushago*, Sentence, cit., par. 4; ICTR, *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Judgment and Sentence, cit., par. 16; ICTR, *Prosecutor v. Alfred Musema*, Judgment and Sentence, cit., par. 981.

A prescindere dalle molteplici giustificazioni addotte per sostenere l'esistenza di una gerarchia dei crimini, è possibile notare come tutte le diverse teorie sono accomunate dal fatto che la maggior (o minor) portata collettiva influisce direttamente sul disvalore complessivo del fatto. E tale considerazione è coerente con quanto affermato più volte in questo lavoro, ovvero che i crimini internazionali hanno natura collettiva e offendono beni giuridici facenti capo alla collettività internazionale.<sup>221</sup>

#### 8.4.2. Ragioni a sfavore di una gerarchia dei crimini internazionali: l'approccio paritario

Le opinioni contrarie alla formulazione di una gerarchia dei crimini internazionali ruotano attorno alla medesima considerazione iniziale: non è possibile – a livello astratto – considerare i crimini contro l'umanità come una categoria maggiormente offensiva rispetto ai crimini di guerra poiché la gravità di un fatto dipende sempre e necessariamente dalle modalità di commissione e verifica concrete della condotta e dell'evento lesivi.<sup>222</sup>

Un approccio analogo lo si ritrova nell'opinione dissenziente del giudice Li nel caso *Erdemović*, in cui si afferma che la gravità di una condotta è determinata dalla natura intrinseca dell'atto in sé e per sé, e non può – né deve – dipendere dalla qualificazione giuridica del fatto.<sup>223</sup> A sostegno della propria tesi, il giudice compara l'uccisione di un ristretto numero di civili (omicidio come crimine contro l'umanità) con la morte di un milione di persone in seguito al bombardamento di una cittadina (omicidio come crimine di guerra): nel caso di specie si può forse sostenere che il secondo crimine sia meno lesivo del primo?<sup>224</sup>

Dato che un crimine di guerra può essere «*as extensive and as odious*»<sup>225</sup> di un crimine contro l'umanità, delineare una gerarchia dei crimini a livello astratto

<sup>221</sup> Cfr. G.P. FLETCHER, *The Storrs Lectures*, cit., 1514; E. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, cit., 20 ss.; H. VAN DER WILT, A. NOLLKAEMPER (a cura di), *System Criminality in International Law*, cit.; H.C. KELMAN, V.L. HAMILTON, *Crimes of Obedience*, cit., 46; G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., 35.

<sup>222</sup> Cfr. M. BAGARIC, J. MORSS, *International Sentencing Law*, cit., 214-217; S. D'ASCOLI, *Sentencing in International Criminal Law*, cit., 148-149; S.U. BURKHARDT, *Violence à l'Égard des Femmes en Situation de Conflit armé*, in M. KOSKIENNEMI, K. TAKAMAA (a cura di), *Finnish Yearbook of International Law. Volume IX*, Brill-Nijhoff, The Hague, 1998, 448 ss. In giurisprudenza cfr. ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Trial Judgment, cit., par. 860; ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Appeals Judgment, cit., par. 240-243; ICTY, *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, Trial Judgment, cit., par. 684; ICTR, *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Appeals Judgment, cit., par. 1060.

<sup>223</sup> Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, cit., par. 19.

<sup>224</sup> Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, cit., par. 20.

<sup>225</sup> Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, cit., 41.



costituisce un'operazione giuridicamente irrilevante, ancor prima che errata e pericolosa.

Irrilevante perché, avendo tutti i crimini internazionali la stessa capacità offensiva, sono le circostanze del caso concreto che determinano, di volta in volta, quale sia la fattispecie più grave. La necessità di misurarsi, *ex post*, con il fatto concreto consuma, pertanto, la presunta capacità risolutiva della formulazione di una astratta gerarchia tra le categorie criminose.

Errata perché la portata offensiva non può determinarsi in astratto, ma è legata indissolubilmente alle modalità concrete di estrinsecazione dell'azione. Ciò troverebbe conferma nell'assenza di previsioni di minimi e massimi edittali per ciascun crimine.

Pericolosa perché si rischia di mettere in discussione il disvalore insito nei crimini di guerra, considerati *ex ante* come la categoria con minor capacità lesiva.<sup>226</sup>

#### 8.4.3. *La clausola ceteris paribus come limite di applicabilità della gerarchia ai soli casi di concorso di norme*

A nostro avviso il dibattito circa l'esistenza di una gerarchia dei crimini internazionali è stato animato da una incomprensione iniziale che ne ha condizionato gli esiti, ovvero la distinzione tra una gerarchia astratta e una gerarchia concreta.<sup>227</sup>

Le critiche avanzate contro la formulazione di una gerarchia prendono le mosse dalla considerazione che non è possibile – a livello *astratto* e generale – considerare una categoria criminosa come meno offensiva rispetto a un'altra.

Tale posizione può essere condivisa: la mera comparazione tra i beni giuridici protetti dalle norme in concorso e tra gli elementi oggettivi e soggettivi dell'elemento di contesto non basta, da sola, a stabilire quale condotta criminosa sia più grave.

Il crimine internazionale è una fattispecie complessa costruita sui due poli dell'elemento di contesto, da un lato, e delle singole condotte, dall'altro. Di conseguenza affermare che un crimine contro l'umanità è sempre più grave rispetto a un crimine di guerra significa accettare la conclusione (paradossale) secondo cui la limitazione di taluni diritti civili imposta a un gruppo razziale (apartheid come crimine contro l'umanità) ha maggior capacità offensiva rispetto all'uccisione di un elevato numero di civili attraverso l'uso di un'arma di distruzione di massa (omicidio come crimine di guerra).

Tuttavia gli esempi riportati dai critici della gerarchia risultano spesso fuorvianti. Si pensi a quanto affermato nell'opinione dissenziente del giudice Li, in cui si compara l'uccisione di un ristretto numero di civili con un la morte di un milione di

<sup>226</sup> Cfr. F. LATTANZI, *Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, cit., 504.

<sup>227</sup> Cfr. M. FRULLI, *Are Crimes Against Humanity More Serious than War Crimes?*, cit., 332.

persone in seguito al bombardamento di una cittadina.<sup>228</sup> In questo caso il paragone risulta viziato nel suo nucleo originario perché gli eventi lesivi sono diversi *già* a livello delle condotte tipiche, ancor prima che nell'elemento di contesto: i fatti sono diversi, e diverso è il disvalore che essi esprimono, a prescindere dalla loro classificazione all'interno di una delle categorie criminose.

A una diversa conclusione si può giungere confrontando le categorie criminose *ceteris paribus*, ovvero sul presupposto della «parità di condizioni»: in questo modo il giudizio di comparazione non riguarda più il disvalore astratto espresso dalle singole norme, ma ha ad oggetto la medesima condotta e/o il medesimo evento lesivo.<sup>229</sup>

In altri termini la clausola *ceteris paribus* permette di confinare l'utilità della formulazione di una gerarchia dei crimini internazionali alle sole ipotesi di concorso inter-categoriale di norme, in cui le categorie criminose concorrono a qualificare giuridicamente il medesimo fatto.<sup>230</sup>

Per fare un esempio, nel caso in cui l'uccisione di 100 civili costituisca un crimine ai sensi di tutte e tre le categorie, ben si potrà applicare soltanto la disposizione che incrimina il genocidio. Poiché l'evento lesivo è il medesimo, gli elementi che vanno tenuti in debita considerazione nel raffronto strutturale tra fattispecie si limitano ai requisiti imposti dall'elemento di contesto. E se si concorda sul fatto che l'intenzione di distruggere in tutto o in parte un gruppo protetto porti con sé un maggior disvalore offensivo rispetto alla mera consapevolezza di agire nel contesto di un attacco contro la popolazione civile o durante un conflitto armato, il ricorso al solo crimine di genocidio risulta sufficiente ai fini della qualificazione giuridica del fatto.

Per concludere, nelle ipotesi di convergenze normative la comparazione – in termini di gravità – della portata offensiva delle diverse categorie criminose acquista un

<sup>228</sup> Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, cit., par. 20.

<sup>229</sup> Non è un caso che i sostenitori della gerarchia dei crimini adottato come premessa necessaria la clausola *ceteris paribus*, in inglese tradotta con la formula «*all else being equal*»: cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 254; W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., 119; S. D'ASCOLI, *Sentencing in International Criminal Law*, cit., 306; P. AKHAVAN, *Reducing Genocide to Law*, cit., 87; A.M. DANNER, *Constructing a Hierarchy of Crimes*, cit., 477. Nella giurisprudenza cfr. ICTY, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, Appeals Judgment, cit., par. 27; ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Separate Opinion of Judge Cassese, cit., par. 16.

<sup>230</sup> L'assenza di una differenziazione sul piano sanzionatorio sottolinea soltanto che ciascuna categoria criminosa può essere punita – a livello astratto – con la pena più grave: cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 253. Tuttavia la prassi sanzionatoria dei Tribunali *ad hoc* conferma l'esistenza di una gerarchia dei crimini, dato che il genocidio risulta essere il crimine punito più severamente: cfr. S. D'ASCOLI, *Sentencing in International Criminal Law*, cit., 220 ss.; J. MEERNIK, K. KING, *The Sentencing Determinants of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, cit., 734-736; B. HOLÁ, A. SMEULERS, C. BIJLEVELD, *International Sentencing Facts and Figures*, cit., 437; B. HOLÁ, C. BIJLEVELD, A. SMEULERS, *Consistency of International Sentencing: ICTY and ICTR Case Study*, in *European Journal of Criminology*, 9, 2012, 546.

senso e una funzione fondamentale perché permette di risolvere il concorso in favore dell'apparenza e con un criterio predeterminato, prevedibile e, soprattutto, immutabile.<sup>231</sup>

Un'ultima domanda sorge spontanea: poiché ciascuna categoria criminosa è destinata a proteggere beni giuridici peculiari, l'assorbimento compiuto in nome della gerarchia dei crimini non rischia di sottrarre alcuni elementi tipici fondamentali ai fini della miglior valutazione giuridica del fatto? Risolvere il concorso in favore del genocidio potrebbe far sorgere l'obiezione che così procedendo si trascurano talune circostanze – come la presenza di un attacco sistematico contro la popolazione civile o il conflitto armato – che contribuiscono ad aumentare il disvalore del fatto.

A tali perplessità può risponderci che l'esistenza di una gerarchia dei crimini internazionali permette di risolvere in favore dell'unità di reato il concorso sullo stesso fatto, e consente, al tempo stesso, di valutare integralmente la portata offensiva del fatto. In che modo? Grazie al ricorso alle circostanze aggravanti (o attenuanti).<sup>232</sup>

Una volta risolto il concorso in favore dell'apparenza, in sede di determinazione della pena (gravità del fatto e colpevolezza dell'autore) si potrà tener conto del contesto di guerra o di attacco contro la popolazione civile in cui è stato commesso il crimine. Anzi, tale operazione sembra essere necessaria se si vuole garantire una effettiva proporzionalità tra gravità dell'offesa e risposta sanzionatoria (cfr. *infra*, par. 10).

L'utilizzo delle circostanze aggravanti permette di differenziare le ipotesi *pure* di unità di reato – ovvero quando soltanto un crimine viene commesso – dalle ipotesi *derivate* in cui l'unità è frutto di un processo logico o valoriale di *reductio ad unum*. In

<sup>231</sup> Alcuni autori considerano la discussione circa l'esistenza di una gerarchia dei crimini come una premessa indispensabile alla soluzione del concorso di norme: cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 250. Lo Statuto di Roma sembra implicitamente riconoscere una gerarchia dei crimini. L'art. 33 StICC prevede che l'adempimento dell'ordine del superiore possa escludere la responsabilità dell'esecutore in presenza di tre diverse condizioni, tra le quali figura la non manifesta illegittimità dell'ordine. Al secondo comma, tuttavia, lo Statuto qualifica come manifestamente criminosi i crimini contro l'umanità e il crimine di genocidio, relegando l'ambito di applicazione dell'art. 33 StICC ai soli crimini di guerra (e al crimine di aggressione). In aggiunta l'art. 124 StICC prevede la possibilità per uno Stato di sospendere la giurisdizione della Corte per un periodo di sette anni dall'entrata in vigore dello Statuto quando un crimine è stato commesso da un cittadino dello Stato in questione o sul suo territorio; tale disposizione, tuttavia, ha efficacia con riferimento ai soli crimini di guerra. Cfr. K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 253; A. ZIMMERMANN, *Superior Orders*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 970; P. GAETA, *The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in *European Journal of International Law*, 10, 1999, 189 ss.; O. TRIFFTERER, S. BOCK, *Article 33*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 1195 ss.; E. AMATI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 219; A. ZIMMERMANN, *Article 124*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 2312-2317.

<sup>232</sup> In senso conforme K. AMBOS, *Treatise. Volume II*, cit., 254; J.C. NEMITZ, *Sentencing in the ICTY and ICTR*, in H. FISCHER, C. KRESS, S.R. LÜDER (a cura di), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law*, cit., 618; J.C. NEMITZ, *The Law of Sentencing in International Criminal Law: The Purpose of Sentencing and the Applicable Method for the Determination of the Sentence*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 4, 2001, 113-114; M. FRULLI, *Are Crimes Against Humanity More Serious than War Crimes?*, cit., 334 ss.; ICTR, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Pavel Dolenc, cit., par. 19.

questo modo il maggior disvalore di un fatto circostanziato (rispetto a un fatto semplice) si riflette sia nella più accurata aggettivazione del fatto storico che nella commisurazione della pena, garantendo il rispetto del principio di uguaglianza di trattamento.<sup>233</sup>

## 9. La soluzione del concorso inter-categoriale

Riprendendo la tabella sulle relazioni strutturali tra norme possiamo ritenere risolta nei seguenti termini la questione del concorso inter-categoriale.

Le tre categorie criminose non generano mai una relazione di incompatibilità. Tale relazione strutturale non può verificarsi perché i requisiti tipici degli elementi di contesto non si pongono mai in reciproco antagonismo escludente: essi possono a volte specificarsi (è il caso del dolo specifico del genocidio rispetto a quello della persecuzione come crimine contro l'umanità), altre volte divergere (è il caso della presenza del conflitto armato e dell'attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile), ma mai entrare in conflitto.

Di conseguenza si può affermare che il crimine di genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra possono concorrere. La loro convergenza può essere necessariamente reale o potenzialmente apparente a seconda delle relazioni strutturali che essa stessa genera. Si pensi al seguente esempio: durante un conflitto armato che si traduce anche in un attacco sistematico contro la popolazione civile, un alto numero di civili viene ucciso attraverso l'impiego di armi vietate dal diritto internazionale umanitario. Diverse sono le sovrapposizioni normative che qui si verificano, e diverse sono anche le soluzioni del concorso inter-categoriale.

Una prima ipotesi di concorso inter-categoriale si verifica tra l'omicidio (come crimine contro l'umanità) e l'utilizzo di armi vietate (come crimine di guerra). Tali fattispecie si trovano in un rapporto di interferenza per la sola condotta, e danno luogo a una pluralità di reati.

Una seconda ipotesi di concorso inter-categoriale si verifica tra l'omicidio doppiamente qualificato come crimine contro l'umanità e crimine di guerra. In questo caso, l'esistenza di una gerarchia dei crimini internazionali permette di risolvere il concorso in favore dell'apparenza. Il fatto viene qualificato soltanto come crimine contro l'umanità perché considerato più grave, nei casi di convergenza, rispetto al corrispondente crimine di guerra. Tuttavia, l'aver commesso il fatto in presenza (e con

---

<sup>233</sup> Per fare un esempio concreto: se l'uccisione di cento civili appartenenti a un gruppo religioso viene punita con 25 anni di reclusione, il medesimo fatto commesso nel contesto di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile sarà comunque qualificato unicamente come genocidio ma punito più gravemente perché aggravato dalla presenza dell'attacco (28 anni di reclusione).

la consapevolezza di agire all'interno) di un conflitto armato viene valutato come una circostanza aggravante.

## 10. Le soluzioni del concorso di norme e le ricadute sul piano sanzionatorio e processuale

Prima di volgere alle conclusioni è opportuno accennare alle ricadute che le soluzioni proposte nel presente capitolo possono avere sulle questioni, strettamente correlate, della commisurazione della pena e dei titoli di imputazione.

Come noto, la problematica del concorso di norme si interseca con altri istituti di parte generale e processuale e va posta in relazione con l'intero sottosistema creato dallo Statuto di Roma.

Volendo cominciare con la *questione sanzionatoria*, è bene ricordare come la dicotomia unità/pluralità di reati sia idonea a condizionare la quantificazione di pena da comminare al reo: rispetto alla violazione singola di una disposizione, a più reati – seppur connessi dal punto di vista temporale o teleologico – o a più violazioni della stessa norma incriminatrice dovrebbe corrispondere una più severa sanzione, se la *ratio* di fondo rimane ancorata al principio di proporzionalità tra fatto illecito (o più fatti illeciti) e pena.<sup>234</sup> Prova ne è che la pluralità di reati viene punita più gravemente sia in alcuni ordinamenti nazionali,<sup>235</sup> sia nel sottosistema della Corte penale internazionale. In quest'ultimo, infatti, l'art. 78(3) StICC prevede che:

<sup>234</sup> Il principio di proporzionalità della pena rappresenta, in Italia, «il limite logico del potere punitivo dello Stato, è insito nel concetto retributivo di pena e esprime», secondo alcuni autori, «un'elementare esigenza di giustizia»: cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 747. Esso si rapporta alla c.d. gravità del fatto, determinata, sotto il profilo oggettivo, dal rango dei beni giuridici offesi e dal grado e *quantità* di offesa (e qui rileva la distinzione tra unità e pluralità delle violazioni) e, sotto il profilo soggettivo, dal tipo di colpevolezza.

<sup>235</sup> Nota è la distinzione in Italia del trattamento sanzionatorio riservato alle ipotesi di pluralità di reati (artt. 71 ss. c.p.) rispetto a quelle di unità. Per le prime il giudice è tenuto ad applicare un aumento di pena, la quale varia di entità a seconda che ci si trovi di fronte a un concorso formale – *cumulo giuridico* con aumento della pena più grave sino al triplo (art. 81, comma 1, c.p.) – o a un concorso materiale di reati – *cumulo materiale temperato* previsto dagli artt. 72-79 c.p. Nel mezzo si colloca la disciplina del c.d. reato continuato, il quale si presenta, dal punto di vista fenomenologico, come un concorso materiale di reati ma, dal punto di vista sanzionatorio, è soggetto al medesimo trattamento previsto per il concorso formale di reati (art. 81, comma 2, c.p.). Sul punto si rinvia, anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, a M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 731-776; A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 320-337; D. BRUNELLI, *Dal reato continuato alla continuazione di reati: ultima tappa e brevi riflessioni sull'istituto*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2009, 2749-2756; V. ZAGREBELSKY, *voce Reato continuato*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987. Anche l'ordinamento tedesco distingue tra *Idealkonkurrenz* (concorso formale o, come nella terminologia francese, «ideale» di reati), disciplinato al paragrafo 52 StGB, e *Realkonkurrenz* (concorso materiale), previsto al paragrafo 53 StGB. Al pari dell'ordinamento italiano, la distinzione legislativa «serve ad imporre una sanzione più lieve di quella che risulterebbe dalla somma delle pene corrispondenti ai vari reati se commessi con più condotte»: cfr. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 470. I paragrafi 52-54 StGB, dedicati al trattamento sanzionatorio del concorso

«When a person has been convicted of more than one crime, the Court shall pronounce a sentence for each crime and a joint sentence specifying the total period of imprisonment. This period shall be no less than the highest individual sentence pronounced and shall not exceed 30 years imprisonment or a sentence of life imprisonment in conformity with article 77, paragraph 1 (b)».

Pertanto, in caso di condanna per più reati (*more than one crime*) i giudici sono chiamati, in primo luogo, a determinare una singola pena per ciascuna condotta criminosa e, in un secondo momento, a commisurare una pena complessiva capace di riflettere il disvalore complessivo che emerge dalla pluralità di violazioni (c.d. *two-steps approach*). La pena complessiva non può risultare inferiore a quella prevista per il crimine punito più gravemente e non può eccedere il limite statutario dei 30 anni di reclusione (o dell'ergastolo, previsto solo nelle ipotesi di estrema gravità).<sup>236</sup>

Semplificando con un esempio, se l'imputato A viene condannato a 15 anni di reclusione per il crimine B e a 18 anni di reclusione per il crimine C, la pena complessiva D non può essere inferiore a 18 anni di reclusione e non può superare i 30 anni di reclusione (o l'ergastolo). Con una formula matematica:

se  $B = 15$  e  $C = 18$  allora  $18 \leq D \leq 30$  (o ergastolo)

Ciò significa che nei casi di concorso di reati – che lo Statuto di Roma non differenzia in *formale e materiale* – il criterio con cui determinare la pena complessiva si identifica con quello che si potrebbe definire un *cumulo giuridico eventuale*: i giudici hanno la facoltà di aumentare la pena complessiva entro una cornice edittale

---

di reati, si ispirano infatti a una logica di differenziazione: a) nei casi di concorso formale omogeneo si applica una sorta di «assorbimento inasprito», dato che la pena deve essere contenuta nella cornice edittale prevista dalla norma più grave che viene violata e il numero di violazioni rileva soltanto in sede di commisurazione per spostare, verso il massimo edittale, l'entità della pena definitiva; b) nei casi di concorso eterogeneo si applica il principio della combinazione, ridefinendo la cornice edittale complessiva attraverso il minimo e il massimo edittali più elevati previsti dalle norme violate; c) nei casi di concorso materiale viene irrogata un'unica pena cumulativa: trattasi di un trattamento simile a quello previsto in Italia per il concorso formale, in cui si procede a un aumento della pena più grave, con la rilevante differenza che l'aumento massimo stabilito non è sino al triplo, ma soggiace, da un lato, ai limiti massimi previsti dal paragrafo 54 StGB (15 anni di reclusione o, per le pene pecuniarie, 720 tassi giornalieri) e, dall'altro, al limite della somma delle singole pene (cumulo materiale). Sul punto cfr. S. WALTHER, *Cumulation of Offences*, cit., 478-481. A prescindere dalle differenze di trattamento sanzionatorio previste per le ipotesi di concorso formale e materiale di reati, ai fini della presente indagine è importante notare che la maggior parte degli ordinamenti nazionali si preoccupa di punire più severamente le ipotesi di pluralità di reati rispetto a quelle di unità: ciò avviene, a titolo di esempio, in Spagna, Portogallo, Inghilterra, Stati Uniti, Slovenia e Croazia. Per un approfondimento si rinvia a G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, cit., 191-192; S. WALTHER, *Cumulation of Offences*, cit., 481-483; P. INSOLERA, *La proporzionalità della pena detentiva nella giurisprudenza costituzionale statunitense. Condivisibile judicial restraint o inaccettabile judicial abdication?*, Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Trento, 2016.

<sup>236</sup> Sui negoziati e le diverse proposte che hanno portato alla formulazione dell'art. 78(3) StICC si rinvia a *retro*, cap. I, par. 1.

corrispondente, nel minimo, alla pena singola più grave e, nel massimo, ai limiti generali stabiliti dall'art. 77 StICC.

Due sono i corollari dell'adozione di un cumulo giuridico soltanto eventuale.

Da un lato, almeno in via astratta, lo Statuto di Roma concede al giudice uno strumento capace di distinguere – sul piano sanzionatorio – le ipotesi di unità di reato da quelle di pluralità di violazioni.

Dall'altro, la cornice edittale entro cui aumentare (eventualmente) la pena complessiva, stabilita dall'art. 78(3) StICC, concede tacitamente spazio a un ulteriore criterio di determinazione della pena nei casi di concorso di reati: quello dell'*assorbimento*. Ciò si verifica perché il limite minimo della pena complessiva può coincidere con l'ammontare della pena singola punita più gravemente. Come emerge dalla formula matematica sopra riportata, il valore di D è ricompreso tra i 18 e i 30 anni di reclusione (o ergastolo), ma può anche coincidere con i 18 anni di reclusione. Di conseguenza, l'adozione non obbligatoria del criterio del cumulo giuridico si traduce nella possibilità di determinare la pena, nelle ipotesi di concorso, attraverso il criterio dell'*assorbimento*, come confermato finora dalla stessa Corte penale internazionale.<sup>237</sup>

Posto che il principio di proporzionalità svolge anche all'interno del sistema dello Statuto di Roma il ruolo di principio fondamentale,<sup>238</sup> è possibile ipotizzare un algoritmo che tenga conto, nella fase di *sentencing*, della differenza tra unità e pluralità di reati? Qual è l'impatto che le soluzioni proposte in materia di concorso di norme dovrebbero avere nella fase di determinazione della pena? Si può ideare un sistema di sanzioni che tenga conto della differenza tra unità e pluralità di reati e appaia coerente, prevedibile e in linea con il principio di proporzionalità?

A tal riguardo, il punto di partenza potrebbe essere costituito da due premesse.

La prima, che sarà denominata *premessa della scala di gravità ontologica*, si basa sull'assunto che la pluralità di reati – derivi essa da una sola azione o da più condotte connesse o distinte – dovrebbe andare incontro a una punizione maggiore rispetto alla singola violazione di una singola norma incriminatrice. Tale premessa si fonda sia su ragioni di ordine logico, dato che il rapporto quantitativo tra un *più* e un *meno* dovrebbe continuare a riflettersi anche in sede di commisurazione, che, come

<sup>237</sup> La Corte ha sempre applicato, come pena complessiva, la sanzione più grave inflitta per il singolo crimine e non ha mai usufruito della possibilità di aggravare la pena detentiva così come prevista dall'art. 78(3) StICC. Un caso paradigmatico è costituito dal caso *Bemba Gombo*, in cui l'imputato è stato condannato a una pena complessiva di 18 anni di reclusione dopo che le pene determinate per le singole condotte ammontavano a 16 anni di reclusione per l'omicidio (come crimine contro l'umanità e crimine di guerra), 18 anni di reclusione per lo stupro (come crimine contro l'umanità e crimine di guerra) e 16 anni di reclusione per il saccheggio (crimine di guerra): cfr. ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision on Sentence, cit., par. 94-95. Allo stesso modo è stata determinata la pena complessiva nel caso *Katanga*: ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Décision relative à la peine, cit., par. 146-147.

<sup>238</sup> Cfr. K.A.A. KHAN, *Article 78*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 1891 ss.; A. CARCANO, *Sentencing and the Gravity of the Offence in International Criminal Law*, cit., 583-609.

ricordato sopra, su ragioni di ordine giuridico, essendo la pluralità di reati punita in modo più grave rispetto all'unità di reato sia negli ordinamenti nazionali che – almeno in via astratta – nello Statuto di Roma.<sup>239</sup> Con riferimento a quest'ultimo testo normativo, se è vero che il ricorso al criterio del cumulo giuridico è soltanto eventuale, è altrettanto vero che il giudice non si trova nella posizione di scegliere liberamente (*rectius*: arbitrariamente) se applicare o meno l'aumento di pena, essendo la discrezionalità vincolata da altri principi e criteri previsti dallo stesso Statuto, primo fra tutti il riferimento alla proporzionalità tra gravità del fatto e sanzione (art. 78 StICC).

La seconda premessa fondamentale risiede nella distinzione – ancora una volta di rilevante importanza – tra le ipotesi di convergenza intra-categoriale e inter-categoriale. Come si è visto in precedenza, le due situazioni di concorso si differenziano per la presenza dell'elemento di contesto, il quale viene preso in considerazione nel raffronto tra fattispecie soltanto nei casi di concorso inter-categoriale.

Sul piano della *narrazione* del fatto, la soluzione del concorso intra-categoriale non presenta particolari problemi in quanto tutte le fattispecie sono commesse nell'ambito del medesimo contesto di disvalore.<sup>240</sup>

Per contro, nelle ipotesi di concorso inter-categoriale gli elementi di contesto differiscono, e qualora si ritenga valida la c.d. teoria della gerarchia dei crimini internazionali ai fini di risolvere la convergenza in favore dell'apparenza, si presenta una situazione del tutto peculiare: l'autore sarà condannato per *un solo* crimine commesso, tuttavia, in presenza di più elementi di contesto e perciò *aggravato* rispetto alla realizzazione di più fattispecie criminose (poi ridotte a unità in seguito all'applicazione di criteri logico-strutturali o valoriali) commesse all'interno di un solo contesto collettivo di violenza.

Per fare un esempio, mentre il concorso tra sterminio e omicidio qualificati come crimini contro l'umanità si risolve in favore dell'applicazione del solo crimine di sterminio, il concorso tra lo sterminio quale crimine contro l'umanità e l'omicidio quale crimine di guerra si risolve pur sempre per l'applicazione della sola fattispecie di sterminio,<sup>241</sup> ma risulta più grave sul piano della narrazione perché commesso non soltanto nel contesto di un attacco esteso contro la popolazione civile ma *anche* nell'ambito di un conflitto armato. E, sul piano *sanzionatorio*, tale differenza dovrebbe sfociare in un trattamento differenziato facendo ricorso alle circostanze aggravanti.<sup>242</sup>

<sup>239</sup> Si vedano le considerazioni svolte *retro*, nota 235.

<sup>240</sup> A titolo d'esempio, il concorso tra persecuzione e apartheid può avvenire soltanto nell'ambito del medesimo attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile.

<sup>241</sup> La soluzione, in questa ipotesi, si fonda sull'applicazione sia di un criterio logico (lo sterminio è norma speciale rispetto all'omicidio: cfr. *retro*, par. 4.1) che di un criterio valoriale (i crimini contro l'umanità sono più gravi rispetto ai crimini di guerra: cfr. *retro*, par. 8.4).

<sup>242</sup> Sul punto cfr. *retro*, par. 8.4.3.



Tenendo conto sia delle relazioni strutturali che si instaurano tra fattispecie, sia delle soluzioni proposte che, infine, delle relative implicazioni in fase di determinazione della pena, si tenta di procedere a una schematizzazione razionale del presente lavoro.<sup>243</sup>

1) **unità di reato pura** (convergenza impossibile)

fattispecie unica = omicidio come crimine contro l'umanità

sanzione singola = 16 anni di reclusione

sanzione complessiva = 16 anni di reclusione

2) **unità di reato derivata** (convergenza potenzialmente apparente)

*a) concorso intra-categoriale (apparente)*

fattispecie in concorso = sterminio come crimine contro l'umanità /

omicidio come crimine contro l'umanità

sanzione singola = 18 anni di reclusione per lo sterminio /

16 anni di reclusione per l'omicidio

sanzione complessiva = 18 anni di reclusione

*b) concorso inter-categoriale (apparente ma aggravato)*

fattispecie in concorso = omicidio come crimine contro l'umanità /

omicidio come crimine di guerra

sanzione singola = 16 anni di reclusione per l'omicidio come crimine contro l'umanità /

16 anni di reclusione per l'omicidio come crimine di guerra

sanzione complessiva = 20 anni di reclusione

---

<sup>243</sup> Gli esempi di fattispecie in concorso e le relative sanzioni sono tratti, ove possibile, dal caso *Bemba Gombo* deciso dalla Corte penale internazionale, in cui l'imputato è stato condannato a 18 anni di reclusione per aver commesso il reato di stupro (qualificato sia come crimine contro l'umanità che come crimine di guerra), 16 anni di reclusione per l'omicidio (qualificato sia come crimine contro l'umanità che come crimine di guerra) e 16 anni di reclusione per il saccheggio (crimine di guerra), con una pena complessiva pari a 18 anni di reclusione.

3) **pluralità di reati** (convergenza necessariamente reale)

fattispecie in concorso = omicidio come crimine contro l'umanità /  
 stupro come crimine di guerra

sanzione singola = 16 anni di reclusione per l'omicidio come crimine contro l'umanità /  
 18 anni di reclusione per lo stupro come crimine di guerra

sanzione complessiva = 22 anni di reclusione

In conclusione, le soluzioni proposte in materia di concorso di norme consentono, da un lato, di applicare un effetto assorbente *già e ancor prima* nel procedimento di qualificazione giuridica del fatto, se i rapporti strutturali tra fattispecie possono essere risolti in favore dell'unità di reato e, nel caso contrario di pluralità di reati, di condizionare la fase di determinazione della pena secondo una prospettiva che rispetti il principio di proporzionalità tra fatto (*qualificazione*) e sanzione (*quantificazione*).

Infine, un ultimo breve cenno va alla *questione processuale* dei titoli di imputazione.

Come si è detto all'inizio di questo lavoro,<sup>244</sup> le imputazioni cumulative rappresentano la premessa processuale indispensabile per giungere a un cumulo di qualificazioni giuridiche. Dato il movimento circolare che lega la questione sostanziale del concorso di norme con quella processuale dei modelli di imputazione, le conclusioni proposte dovrebbero essere tenute in debita considerazione anche dal Procuratore già nella fase iniziale del procedimento, in modo da evitare l'inutile quanto gravosa – per la difesa e per la durata del processo – proliferazione di capi d'accusa.

Ciò significa che tutte le sovrapposizioni normative risolte in favore dell'apparenza non dovrebbero essere imputate cumulativamente. Una eccezione è data dal c.d. concorso inter-categoriale, il quale, come si è appena visto, dovrebbe condizionare il giudice in fase di commisurazione della pena attraverso il ricorso alle circostanze aggravanti. Incidendo sul *quantum* di pena, si ritiene che in tali ipotesi il Procuratore sia tenuto a imputare cumulativamente le fattispecie in concorso: spetterà al giudice, in fase di *judgment*, procedere alla qualificazione unitaria del fatto facendo ricorso al criterio della gravità espresso dalla teoria della gerarchia dei crimini internazionali.

---

<sup>244</sup> Cfr. *retro*, cap. I, par. 2.

Volendo sintetizzare in maniera schematica il rapporto tra concorso di norme – così come affrontato nel presente lavoro – e la questione processuale delle imputazioni, si può affermare quanto segue:<sup>245</sup>

1) **unità di reato pura** (convergenza impossibile)

ipotesi criminoso rilevanti = omicidio come crimine contro l'umanità  
imputazione cumulativa = non ontologicamente ammessa  
crimini imputati = omicidio come crimine contro l'umanità

2) **unità di reato derivata** (convergenza potenzialmente apparente)

*a) concorso intra-categoriale (apparente)*

ipotesi criminoso rilevanti = sterminio come crimine contro l'umanità /  
omicidio come crimine contro l'umanità  
imputazione cumulativa = non ammessa  
crimini imputati = sterminio come crimine contro l'umanità

*b) concorso inter-categoriale (apparente ma aggravato)*

ipotesi criminoso rilevanti = omicidio come crimine contro l'umanità /  
omicidio come crimine di guerra  
imputazione cumulativa = ammessa  
crimini imputati = omicidio come crimine contro l'umanità /  
omicidio come crimine di guerra

3) **pluralità di reati** (convergenza necessariamente reale)

ipotesi criminoso rilevanti = omicidio come crimine contro l'umanità /  
stupro come crimine di guerra  
imputazione cumulativa = ammessa  
crimini imputati = omicidio come crimine contro l'umanità /  
stupro come crimine di guerra

---

<sup>245</sup> Per ogni categoria si riprendono gli esempi di fattispecie in concorso già presentati nello schema che precede avente ad oggetto il rapporto tra concorso di norme e commisurazione della pena.



## RILIEVI CONCLUSIVI

A conclusione di questa indagine alcune riflessioni sono opportune per cercare, da un lato, una sintesi dei singoli capitoli e, dall'altro, per individuare taluni profili da approfondire ulteriormente relativamente alla problematica del concorso di norme.

In primo luogo, va ricordato che la commissione sistematica o su larga scala dei crimini internazionali non sembra lasciare molto spazio a singole ed isolate violazioni. Il diritto penale internazionale costituisce, per sue caratteristiche intrinseche, luogo del molteplice e della pluralità, in cui il concorso di norme e di reati trova la sua più naturale e logica manifestazione. Ciononostante, il concorso di norme è una tematica fino ad ora poco studiata e approfondita.

In secondo luogo, l'assenza di disposizioni relative alla soluzione del concorso di norme costituisce una costante nella codificazione del diritto penale internazionale, fatta eccezione per la rumorosa solitudine dell'art. 78 StICC il quale, tuttavia, si preoccupa soltanto di disciplinare il trattamento sanzionatorio del concorso di reati.

A Norimberga i giudici non hanno affrontato la questione del concorso di norme e le ragioni di tale omissione sono state individuate in quattro diverse tipologie di giustificazioni: (i) storica, (ii) normativa, (iii) della schiavitù concettuale e (iv) ontologica.

La giurisprudenza successiva – in particolare quella dei Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e il Ruanda – ha contrastato il sorprendente silenzio del diritto positivo formulando alcuni criteri per risolvere la questione del concorso di norme. Il più importante di essi è rappresentato dal test *Čelebići* il quale, ispirandosi al principio di specialità unilaterale, ha trovato costante applicazione nella giurisprudenza internazionale, diventando un paradigma della c.d. *jurisprudential cross-fertilization*. Tuttavia, tale test presenta alcuni paradossi, criticità ed insufficienze, individuati nel (i) problema di trasposizione, (ii) problema di individuazione e delimitazione del contenuto, (iii) problema di interpretazione e applicazione concreta, (iv) paradosso delle funzioni e (v) paradosso dell'ambiguità. Date le criticità e le insufficienze che accompagnano il test applicato dalla giurisprudenza internazionale per risolvere le ipotesi di convergenza normativa, si è ritenuto opportuno interrogarsi sull'esistenza di soluzioni alternative.

Il tentativo di conferire giuridicità e sistematicità alla problematica del concorso di norme ha avuto ad oggetto il sottosistema della Corte penale internazionale, in quanto unica giurisdizione internazionale a carattere permanente e a vocazione universale.

Con lo Statuto di Roma la comparazione diviene il metodo esplicitamente indicato all'interprete ai fini della ricerca del diritto applicabile in caso di lacune normative [art. 21(1)(c) StICC]. Poiché la materia del concorso di norme non trova menzione all'interno dello Statuto, si è proceduto con una comparazione tra gli ordinamenti italiano e francese al fine di individuare – se esistono – principi e criteri di soluzione del concorso. L'assenza di una riflessione su un paese appartenente all'area di *common law* si giustifica con il ricorso, da parte della giurisprudenza internazionale, di un test proveniente dal diritto statunitense.

Lo studio che abbiamo compiuto del diritto italiano ha permesso di affrontare la problematica del concorso su basi strutturali, conferendo un alto grado di logicità con riferimento sia ai presupposti ontologici che ai principi giuridici posti alla base della soluzione della convergenza. La riflessione sull'ordinamento francese, per contro, si giustifica per la particolare attenzione del legislatore e della giurisprudenza nazionali alla politica criminale, permettendo di spostare l'attenzione dall'analisi delle forme all'analisi delle funzioni.

L'analisi comparata, seppur limitata, ha confermato l'esigenza di impostare la problematica del concorso di norme su basi strettamente strutturali. Per tale motivo sono state tenute distinte le relazioni strutturali che non configurano una convergenza (relazione di incompatibilità e di eterogeneità) da quelle che danno luogo a una convergenza necessariamente reale (relazione di identità e di interferenza) e da quelle che danno origine a una convergenza potenzialmente apparente (relazione di specialità unilaterale e reciproca). Inoltre, lo studio comparato ha evidenziato la tendenza – negli ordinamenti italiano e francese – a (i) delimitare l'area del cumulo di qualificazioni e ampliare, per contro, l'area dell'apparenza, (ii) adottare molteplici criteri, sia logici che valoriali, nella risoluzione del concorso e, infine, (iii) recuperare la dimensione della politica criminale per giungere all'applicazione di criteri valoriali, qualora non sia possibile risolvere la questione del concorso con il mero ricorso a criteri logico-strutturali.

L'analisi del concorso delle fattispecie criminose previste dallo Statuto di Roma è stata condotta tenendo ben divise le ipotesi di (i) concorso intra-categoriale, che ricomprende le convergenze che si verificano all'interno della stessa categoria di crimine, e le ipotesi di (ii) concorso inter-categoriale, avente ad oggetto le convergenze che si verificano tra le diverse categorie di crimini.

Con riferimento al concorso intra-categoriale sono stati applicati alcuni principi e alcune categorie emersi dall'indagine comparata degli ordinamenti nazionali. In particolare si è fatto ricorso al (i) principio di specialità unilaterale (esempio del concorso tra omicidio e sterminio come crimini contro l'umanità), alla (ii) specialità reciproca (esempio dello stupro e della tortura come crimini contro l'umanità) e al (iii) reato complesso (esempio della persecuzione e dell'apartheid come crimini contro l'umanità). In tutte queste ipotesi di convergenza si è riscontrato un concorso apparente di norme.

Con riferimento al concorso inter-categoriale sono state proposte diverse teorie.

La prima qualifica l'elemento di contesto come una condizione obiettiva di punibilità. Essa è stata criticata sotto tre diversi profili, ovvero quello (i) dell'interpretazione letterale dello Statuto di Roma, (ii) della portata offensiva dell'elemento di contesto e (iii) dell'incapacità, da parte di questa teoria, di offrire una soluzione univoca alla problematica del concorso.

La seconda soluzione proposta si fonda sulla gerarchia delle fonti prevista all'art. 38 StICJ. Secondo tale ricostruzione teorica, il crimine di genocidio ha carattere di *ius cogens* e si colloca, pertanto, nel gradino più alto della scala gerarchica; seguono le gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra del 1949, considerate come diritto consuetudinario, i crimini contro l'umanità, qualificati come diritto convenzionale, e le altre violazioni alle consuetudini e agli usi di guerra, aventi carattere protocollare. La teoria in esame propone di risolvere i casi di convergenza a favore dell'unità di reato qualificando il fatto ai sensi della norma prevista dalla fonte di grado più alto. Tre diversi ordini di ragioni militano contro l'adozione di tale teoria. Essi sono stati presentati e definiti come (i) difetto dell'arbitrarietà, (ii) difetto dell'equivocità e (iii) difetto dell'inapplicabilità.

La terza teoria individua una gerarchia dei crimini alla luce dell'importanza dei motivi dell'agire. Tra le critiche mosse a questa impostazione vi è quella fondata (i) sulla tipicità, (ii) sulla possibile coesistenza di molteplici motivazioni dell'agire e (iii) sul rischio di eclissamento della categoria dei crimini contro l'umanità.

La quarta teoria, infine, propone una soluzione al concorso di norme nello Statuto della Corte penale internazionale stabilendo delle relazioni di continenza tra fattispecie fondate sulla maggiore o minore portata offensiva. Secondo tale ricostruzione teorica è possibile stabilire una gerarchia dei crimini internazionali alla luce (i) del danno (o messa in pericolo) che la condotta criminosa arreca alla comunità internazionale, (ii) della portata offensiva dell'elemento di contesto ovvero (iii) dell'elemento soggettivo previsto dall'elemento di contesto per ciascuna categoria criminosa. A prescindere dal criterio utilizzato, il risultato è il medesimo: il genocidio è considerato il crimine più grave, seguito dai crimini contro l'umanità e dai crimini di guerra. Infine, si è visto come le critiche proposte contro tale ricostruzione teorica – rivolte soprattutto a dimostrare la medesima capacità offensiva delle categorie di crimini

internazionali (c.d. approccio paritario) – possono essere superate grazie alla clausola *ceteris paribus* (presupposto della parità di condizioni). L'esistenza di una gerarchia dei crimini internazionali permette, pertanto, di risolvere il concorso inter-categoriale a favore dell'apparenza.

La problematica del concorso di norme si interseca con altri istituti di parte generale e processuale. Per tale motivo quanto emerso da questa ricerca deve essere posto in relazione con l'intero sottosistema creato dallo Statuto di Roma. In particolare, in questa sede si vogliono proporre alcune riflessioni riguardanti la commisurazione della pena, dato che il concorso (reale) di norme costituisce il presupposto logico della pluralità (eterogenea)<sup>1</sup> di reati e, pertanto, della punibilità di più violazioni.

Ad oggi, le soluzioni adottate dalla Corte penale internazionale in materia di concorso di norme non sembrano essere soddisfacenti perché conducono a quello che si potrebbe definire come il *paradosso della sproporzione* tra fatto illecito e conseguenze penali.

Nel caso di pluralità di reati, i giudici sono chiamati a determinare una singola pena per ciascuna condotta criminosa e, in un secondo momento, a commisurare una pena complessiva. Finora la Corte non ha usufruito della possibilità – concessa dall'art. 78(3) StICC – di aggravare la pena nei casi di pluralità di reati. E ciò non è avvenuto neanche con riferimento alle ipotesi accertate di concorso materiale di reati.

Un caso paradigmatico è costituito dal caso *Bemba Gombo*, in cui l'imputato è stato condannato a una pena complessiva di 18 anni di reclusione dopo che le pene determinate per le singole condotte ammontavano a 16 anni di reclusione per l'omicidio (come crimine contro l'umanità e crimine di guerra), 18 anni di reclusione per lo stupro (come crimine contro l'umanità e crimine di guerra) e 16 anni di reclusione per il saccheggio (crimine di guerra).<sup>2</sup>

L'effetto concreto è quello di un *assorbimento* non già a livello di qualificazione giuridica del fatto, ma esclusivamente in sede di determinazione della pena. Si verifica, pertanto, un'eccessiva sproporzione tra pluralità di reati e unità di pena. Ciò si traduce nell'incapacità della sanzione di esprimere il reale disvalore del fatto e di tenere distinte – dal punto di vista sanzionatorio – le ipotesi di qualificazione unitaria di un fatto da quelle di molteplice qualificazione giuridica del medesimo fatto. Come si legge nell'atto di appello alla decisione di *sentencing* presentato dal Procuratore nel caso *Bemba*

<sup>1</sup> Può aversi pluralità di reati anche senza concorso di norme: si pensi, ad esempio, alla plurima violazione della medesima disposizione (art. 575 c.p. italiano) con una sola condotta, la quale non dà luogo a una convergenza perché manca un presupposto essenziale del concorso, ovvero la violazione di più disposizioni. Per pluralità *eterogenea* si intende, pertanto, la violazione di più disposizioni distinte, la quale presuppone un concorso di norme risolto in favore della realtà.

<sup>2</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision on Sentence, cit., par. 94-95. Allo stesso modo è stata determinata la pena complessiva nel caso *Katanga*: ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Décision relative à la peine, cit., par. 146-147.



*Gombo*, l'applicazione di una pena complessiva corrispondente alla pena più grave prevista per una singola condotta non consente di esprimere in modo adeguato il disvalore del fatto e rischia di pregiudicare la funzione general-preventiva della pena.<sup>3</sup> Il messaggio che viene trasmesso potrebbe essere frainteso: non importa quanti crimini vengono commessi poiché si sarà chiamati a rispondere soltanto della violazione più grave.

La proliferazione delle qualificazioni giuridiche di un fatto rischia di alimentare tendenze ad un uso *simbolico* dello strumento penale al fine di inquadrare giuridicamente e narrare un evento storico traumatico: come noto, la qualificazione di un fatto come crimine di genocidio possiede una forza evocativa molto più elevata di una descrizione del medesimo fatto come crimine di guerra, a prescindere dal trattamento sanzionatorio che viene in seguito inflitto. Anche il crimine contro l'umanità, se inteso come lesivo di tutta l'umanità in quanto tale,<sup>4</sup> contribuisce all'aggettivazione del diritto penale internazionale come un diritto simbolico dalle forti connotazioni etiche.<sup>5</sup>

L'applicazione della pena più grave prevista per il singolo crimine – con il conseguente effetto assorbente – può essere interpretata come una risposta correttiva alla plurima *narrazione* del fatto e può giustificarsi con la volontà di evitare che le esigenze narrative

<sup>3</sup> ICC, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Prosecution's Document in Support of Appeal, cit., par. 83. Cfr., altresì, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 80, secondo cui la funzione generalpreventiva viene pregiudicata nel caso dell'assorbimento.

<sup>4</sup> Nella dottrina, in particolare internazionalistica, ricorre la qualificazione dell'umanità in quanto tale come persona offesa nei crimini contro l'umanità: cfr. M.A. DRUMBL, *Rule of Law Amid Lawlessness: Counseling the Accused in Rwanda's Domestic Genocide Trials*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 29, 1998, 545; A. NEIER, *War Crimes: Brutality, Genocide, Terror, and the Struggle for Justice*, Times Books, New York, 1998, 213. Cfr., altresì, C. MACLEOD, *Towards a Philosophical Account of Crimes Against Humanity*, in *European Journal of International Law*, 21, 2010, 293, 295 e 302. Contro tale impostazione cfr. E. SCHWELB, *Crimes Against Humanity*, cit., 195; A.M. DANNER, *Constructing a Hierarchy of Crimes*, cit., 477. Sulla distinzione tra *human-kind*, intesa come specie alla quale tutti noi apparteniamo, e *human-ness*, che descrive le qualità che riflettono l'intima essenza dell'essere umano, cfr. D. LUBAN, *A Theory of Crimes Against Humanity*, in *Yale Journal of International Law*, 29, 2004, 86-92.

<sup>5</sup> Simbolico perché «ciò che si tutela non può che essere un valore, proprio perché l'opzione punitiva ha significato identitario e cioè serve unicamente ad affermare in modo simbolico-tabuistico il clima di valori maggioritario *versus* quello minoritario dissenziente»: così in uno scritto recente C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2016, 1150. Sul paradigma della legislazione simbolica e sulla diade strumentale / simbolico, cfr. G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Cedam, Padova, 2006; S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *L'indice penale*, 2003, 491-534; A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Giuffrè, Milano, 1990, 19 ss.; A. BARATTA, *Legittimazione strumentale e funzione simbolica del sistema punitivo. Per un uso "alternativo" del diritto penale*, in *La Difesa Penale*, 29, 1990, 19-31; S. BONINI, *Funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale, fra discorsività «critica» e discorsività «dialogica»*, in *Dir. pen. cont.*, online, 2016, 27-31.

che emergono in sede di qualificazione si traducano in pene esemplari con funzione simbolico-espressiva e pedagogica.<sup>6</sup>

Tuttavia, l'evidente scollatura che si verifica tra qualificazione e sanzione – o, in termini processuali, tra la fase di *judgment* e la fase di *sentencing* – non consente di rispettare le esigenze di proporzionalità tra responsabilità e pena.<sup>7</sup>

Il principio di proporzione tra fatto illecito e conseguenza penale rappresenta la direttiva di politica criminale alla base del presente lavoro. Con riferimento al concorso di norme, «prima emergono esigenze di *legalità* [...] che richiedono di valutare, con un'analisi strutturale gli elementi di *fattispecie*. Poi emergono esigenze di *proporzione* che richiedono di valutare con strumenti anche di natura valutativa che il disvalore dei reati in concorso non sia sproporzionato a quello del *fatto concreto commesso*»<sup>8</sup> e al trattamento sanzionatorio. Ciò significa che l'effetto assorbente deve *già e ancor prima* verificarsi nel procedimento di qualificazione giuridica del fatto, se i rapporti strutturali tra fattispecie possono essere risolti in favore dell'unità di reato. Nel caso contrario di pluralità di reati, invece, le qualificazioni giuridiche multiple dovrebbero avere un ruolo in fase di determinazione della pena.

La proporzionalità che così si instaura tra qualificazione del fatto e trattamento sanzionatorio garantisce, da un lato, il rispetto delle funzioni che la pena svolge nel diritto penale internazionale, ancor oggi individuate principalmente nella retribuzione e nella prevenzione generale.<sup>9</sup> Dall'altro lato, la proporzionalità assicura il rispetto del

<sup>6</sup> Sulle finalità simbolico-espressive della pena nel diritto e nella giustizia penale internazionale cfr. M. DAMAŠKA, *L'incerta identità delle corti penali internazionali*, in *Criminalia*, 9, 2006, 9 ss.; M.A. DRUMBL, *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 173 ss.; S. SZOKE-BURKE, *Avoiding Belittlement of Human Suffering. A Retribuivist Critique of ICTR Sentencing Practice*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 577.

<sup>7</sup> La proporzionalità rappresenta un carattere essenziale della pena retributiva e una autentica conquista di civiltà: cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 740.

<sup>8</sup> C. SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, cit., 471.

<sup>9</sup> Invero, non si può trascurare come la relazione che si instaura tra unità/pluralità di qualificazioni e proporzionalità della risposta sanzionatoria non sia rigidamente rapportata al solo parametro dell'offensività, ben potendo essere condizionata da altri fattori quali il bisogno di rieducazione manifestato dalla persona del condannato o la considerazione – «psicologica» – di come il livello di gravosità della sanzione detentiva cresca esponenzialmente con il cumularsi degli anni: cfr. M. PAPA, *Fantastic voyage*, cit., 88. Tuttavia, rispetto ad altri fattori che esprimono istanze special-preventive, il parametro della c.d. *gravity of the crime* (art. 78 StICC) sembra giocare un ruolo di fondamentale importanza nel giudizio di proporzione. Tale primazia è forse dovuta al fatto che il diritto e la giustizia penale internazionale hanno finora mostrato una attenzione particolare – se non *esclusiva* – alle finalità di retribuzione e di deterrenza. Soltanto in via sussidiaria la giurisprudenza ha menzionato ulteriori scopi come la riabilitazione, la difesa della società e la prevenzione generale positiva. Tra i tanti lavori sul tema, si vedano, anche per ulteriori richiami, L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009; M.A. DRUMBL, *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., 149-180; M.A. DRUMBL, *Collective Violence and Individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity*, in *Northwestern University Law Review*, 99, 2005, 577-595; D. GOLASH, *The Justification of Punishment in the International Context*, in L. MAY, Z. HOSKINS (a cura di), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge

principio di uguaglianza di trattamento, tenendo ben distinte – anche sul piano sanzionatorio – le ipotesi di unità di reato da quelle di pluralità.

Si pensi al caso *Bemba Gombo* menzionato poco sopra. La pena prevista per lo stupro (18 anni di reclusione) ha assorbito le pene previste per l'omicidio (16 anni di reclusione) e il saccheggio (16 anni di reclusione). Non è dato sapersi quale pena avrebbero inflitto i giudici nel caso in cui *Bemba Gombo* fosse stato ritenuto colpevole del solo reato di stupro. Tuttavia, dato che lo Statuto impone di determinare una pena per ciascun crimine commesso, si può ipotizzare che anche nel caso di unità di reato lo stupro sarebbe stato punito con 18 anni di reclusione. La disparità di trattamento conseguente all'assorbimento emerge dal confronto con due diversi scenari.

Il primo è riconducibile alle ipotesi di concorso materiale di reati: quest'ultimo dovrebbe andare incontro a un trattamento sanzionatorio più severo rispetto a quello previsto nei casi di unità di reato (es.: 22 anni di reclusione).

Il secondo scenario si verifica nei casi di concorso formale di reati. Si pensi, ancora una volta, al caso *Bemba Gombo* in cui la violenza sessuale è stata qualificata sia ai sensi dell'art. 7 StICC (crimine contro l'umanità) che dell'art. 8 StICC (crimine di guerra). Coerentemente a quanto esposto poco sopra, si ritiene che la plurima qualificazione del fatto (crimine contro l'umanità e crimine di guerra) debba essere punita più gravemente rispetto alla qualificazione unitaria del medesimo fatto (crimine contro l'umanità), ma in modo inferiore rispetto ai casi di concorso materiale di reati (es.: 20 anni di reclusione).

In quest'ultimo scenario, le esigenze di proporzione che richiedono di valutare, anche con strumenti di natura valutativa, che il disvalore dei reati in concorso non sia sproporzionato a quello del fatto concreto commesso, vengono soddisfatte con il ricorso alla soluzione proposta fondata sulla gerarchia dei crimini internazionali. Da un lato, si evita la plurima qualificazione del fatto ai sensi di più norme che si distinguono soltanto per l'elemento di contesto applicando soltanto la fattispecie più grave. Dall'altro lato, poiché la commissione di un crimine in presenza di più contesti tipici aumenta il disvalore della condotta, in fase di determinazione della pena è opportuno far ricorso alle circostanze aggravanti, le quali consentono di differenziare le ipotesi *pure* di unità di reato – applicazione del solo crimine contro l'umanità perché unica fattispecie

---

University Press, Cambridge, 2010, 201-223; G.T. BLEWITT, *The Importance of a Retributive Approach to Justice*, in D.A. BLUMENTHAL, T.L.H. MCCORMACK (a cura di), *The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalised Vengeance?*, Nijhoff, The Hague, 2008, 39-46; K. AMBOS, *Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente*, in *Revista Persona y Derecho*, 68, 2013, 5-38; D. PULITANÒ, *Problemi di una giustizia penale non statale*, in R. WENIN, G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *La persecuzione dei crimini internazionali*, cit., 3-20; K. AMBOS, *On the Rationale of Punishment at the Domestic and International Level*, in M. HENZELIN, R. ROTH (a cura di), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, Paris, 2002, 320 ss.; L.S. SUNGA, *The Emerging System of International Criminal Law*, Nijhoff, The Hague, 1997, 324 ss.

imputata – dalle ipotesi *derivate* in cui l'unità è frutto di un processo logico o valoriale di *reductio ad unum* – applicazione del solo crimine contro l'umanità perché ritenuto più grave del rispettivo crimine di guerra imputato cumulativamente.<sup>10</sup>

Una più attenta riflessione sulla problematica del concorso di norme può dunque contribuire a una maggior sistematicità e legittimità del sottosistema della Corte penale internazionale limitando gli obiettivi perseguiti dal processo penale alla sola individuazione delle responsabilità individuali e alla commisurazione di una pena. Il soddisfacimento di esigenze ulteriori – come la ricostruzione storica degli avvenimenti, la ricerca della verità, la transizione verso una forma di Stato democratica, la funzione pedagogica dell'intervento internazionale – entra in «contrasto» e crea «tensioni» con le finalità proprie di un sistema penale.<sup>11</sup>

Il diritto penale internazionale rappresenta lo strumento *par excellence* del paradigma retributivo della giustizia internazionale, ma non costituisce l'unica risposta possibile – né, a volte, la più efficace – alla commissione di crimini su larga scala. Al paradigma retributivo se ne affianca uno riconciliativo-restaurativo, che può costituire una alternativa al diritto penale o uno strumento complementare.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> In senso conforme ICTR, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Pavel Dolenc, cit., par. 19.

<sup>11</sup> Cfr. M. DAMAŠKA, *L'incerta identità*, cit., 12.

<sup>12</sup> Cfr. E. FRONZA, *Introduzione*, in R. WENIN, G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, XVI. A titolo di esempio, nel paradigma retributivo si inseriscono i tribunali nazionali e internazionali, mentre nel paradigma riconciliativo figurano, ad esempio, le c.d. Commissioni per la verità e la riconciliazione. Tra i numerosi contributi dedicati alla giustizia riconciliativa e alla giustizia di transizione si rinvia, anche per ulteriori richiami, a G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013; G. FORNASARI, *Giustizia di transizione (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Giuffrè, Milano, 2015, 547-570; K. AMBOS, *The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Springer, Berlin, 2009, 19-103; C. STAHN, *The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design*, in *Leiden Journal of International Law*, 18, 2005, 425-466; A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Il Mulino, Bologna, 2005 e i contributi raccolti in E. FRONZA, G. FORNASARI (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2009. Talune soluzioni non risultano, per contro, facilmente riconducibili a una delle due categorie sopra indicate: il riferimento è alle c.d. *Fact-finding Commissions*, alle esperienze nazionali di transizione come le corti *Gaçaça* in Ruanda o i *Juicios por la Verdad* in Argentina o, ancora, all'*Institute of National Remembrance* polacco. Per un approfondimento si rinvia, rispettivamente, a C. HENDERSON (a cura di), *Commissions of Inquiry: Problems and Prospects*, Hart, Oxford, 2017; P. CLARK, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda. Justice without Lawyers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010; E. MACULAN, *La expansión de los juicios por la verdad*, in E. MACULAN, D. PASTOR (a cura di), *El derecho a la verdad y su ejercicio por medio del proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, 247-295; M. NALEPA, E. KLEPACKA, *Institute of National Remembrance – Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation*, in *Encyclopedia of Transitional Justice*, 3, 2012.

Quale sia il paradigma più efficace per fare i conti con il passato non può, per ovvie ragioni, essere oggetto di queste brevi riflessioni, anche perché «il tema non si presta a conclusioni nette, definitive [...]: più ci si addentra nel problema, più se ne rivela la natura essenzialmente *politica*, con l'inevitabile conseguenza della ricerca di compromessi accettabili».<sup>13</sup>

Tuttavia, se la scelta è compiuta in favore di uno strumento – il diritto penale – che tende ad essere disumano nel suo necessario irrogare sofferenza,<sup>14</sup> essa deve rispettare scrupolosamente i principi sostanziali e processuali che impediscono di trasformarlo in un mezzo di vendetta o di giustizia dei vincitori (o dei più forti).<sup>15</sup>

Un diritto penale *ritrovato*, dunque, anche grazie a una rigorosa e attenta riflessione sull'istituto del concorso di norme, che possa mettere in relazione i tre pilastri su cui poggia (o dovrebbe poggiare) il diritto penale, anche a livello internazionale: «fatto illecito, personalità dell'autore e conseguenze penali».<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit., 205.

<sup>14</sup> Cfr. C. SOTIS, Le “regole dell'incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale, Aracne, Roma, 2012, 11.

<sup>15</sup> In modo conforme, pur partendo da una riflessione sugli istituti della retroattività, della prescrizione e dell'amnistia nei contesti di giustizia di transizione, cfr. G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit., 207. Sulla giustizia dei vincitori, anche per ulteriori richiami, cfr. D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari, 2006; D. ZOLO, *Peace through Criminal Law?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, 727-734; A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2004, 35-62; R.H. MINEAR, *Victor's Justice. Tokyo War Crimes Trials*, Princeton University Press, Princeton, 2016.

<sup>16</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., XXIII.



## BIBLIOGRAFIA

- ABTAHI H., *The Islamic Republic of Iran and the ICC*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 635-648.
- ABTAHI H., BOAS G. (a cura di), *The Dynamics of International Criminal Justice. Essays in Honour of Sir Richard May*, Nijhoff, The Hague, 2006.
- ACQUAVIVA G., *War Crimes at the ICTY: Jurisdictional and Substantive Issues*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Ashgate, Farnham, 2010, 295-310.
- AKANDE D., *Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concept*, in E. WILMSHURTS (a cura di), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 1-68.
- AKHAVAN P., *Reconciling Crimes Against Humanity with the Laws of War. Human Rights, Armed Conflict, and the Limits of Progressive Jurisprudence*, in *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, 21-37.
- AKHAVAN P., *Reducing Genocide to Law. Definition, Meaning, and the Ultimate Crime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- AKHAVAN P., *The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 989-1006.
- AKHAVAN P., *The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment*, in *American Journal of International Law*, 90, 1996, 501-510.
- ALFONSO C., *El crimen de reclutamiento y utilizacion de ninos soldados en el primero fallo de la Corte Penal Internacional*, in K. AMBOS, E. MALARINO, C. STEINER (a cura di), *Analisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional. El Caso Lubanga*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlin, 2014, 155-176.
- AMAR A.R., MARCUS J.L., *Double Jeopardy Law After Rodney King*, in *Columbia Law Review*, 95, 1995, 1-59.
- AMATI E., *Le cause di esclusione della responsabilità penale*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 215-249.
- AMATI E., COSTI M., FRONZA E., LOBBA P., MACULAN E., VALLINI A., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016.

- AMATI E., MACULAN E., *Crimini contro l'umanità*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Utet, Torino, 2011, 141-158.
- AMATI E., MACULAN E., *I crimini contro l'umanità*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 351-384.
- AMBOS K., *Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente*, in *Revista Persona y Derecho*, 68, 2013, 5-38.
- AMBOS K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002 (trad. E. MALARINO, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005).
- AMBOS K., *General Principles of Criminal Law in the Rome Statute*, in *Criminal Law Forum*, 10, 1999, 1-32.
- AMBOS K., *May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, 261-287.
- AMBOS K., *On the Rationale of Punishment at the Domestic and International Level*, in M. HENZELIN, R. ROTH (a cura di), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, Paris, 2002.
- AMBOS K., *Remarks on the General Part of International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, 660-673.
- AMBOS K., *The Crime of Aggression after Kampala*, in *German Yearbook of International Law*, 53, 2010, 463-509.
- AMBOS K., *The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues*, in *International Criminal Law Review*, 12, 2012, 115-154.
- AMBOS K., *The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Springer, Berlin, 2009, 19-103.
- AMBOS K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- AMBOS K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, Oxford, 2014.



- AMBOS K., *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- AMBOS K., *What Does “Intent to Destroy” in Genocide Mean?*, in *International Review of the Red Cross*, 91, 2009, 833-858.
- AMBOS K. ET AL. (a cura di), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Springer, Berlin, 2009.
- AMBOS K., MALARINO E., STEINER C. (a cura di), *Analisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional. El Caso Lubanga*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlin, 2014.
- AMBOS K., WIRTH S., *Commentary on Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume II: The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994-1999*, Intersentia-Hart-Verlag, Antwerp-Groningen-Oxford-Vienna, 2001, 701-708.
- AMBOS K., WIRTH S., *The Current Law of Crimes Against Humanity. An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, in *Criminal Law Forum*, 13, 2002, 1-90.
- ANCEL M., *Utilité et méthodes du droit comparé*, Ides et Calendes, Neuchatel, 1971.
- ANGIONI F., *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, 1440-1533.
- ANNAS G.J., GRODIN M.A., *The Nazi Doctors and the Nuremberg Code. Human Rights in Human Experimentation*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1992.
- ANTOLISEI F., *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *Giustizia penale*, II, 1942, 609-614.
- ANTOLISEI F., *Sul concorso apparente di norme*, in *Scritti di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1955.
- APPLEMAN J.A., *Military Tribunals and International Crimes*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1954.
- APTEL C., *The Intent to Commit Genocide in the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, in *Criminal Law Forum*, 13, 2002, 273-291.
- ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (a cura di), *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2012.
- ASHWORTH A., *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

- ASHWORTH A., HORDER J., *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- ASHWORTH A., WASIK M. (a cura di), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- ASKIN K.D., *Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals. Current Status*, in *American Journal of International Law*, 93, 1999, 97-123.
- AUSTIN J.L., *A Plea for Excuses*, in V.C. CHAPPELL (a cura di), *Ordinary Language: Essays in Philosophical Method*, Dover, New York, 1964, 1-30.
- AZARI H., *Le critère Čelebići du cumul des déclarations de culpabilité en droit pénal international. Observations à la lumière de la jurisprudence récente des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda*, in *Revue de science criminelle*, 2007, 1-23.
- BADAR M.E., *From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes Against Humanity*, in *San Diego International Law Journal*, 5, 2004, 73-144.
- BADAR M.E., PORRO S., *Rethinking the Mental Elements in the Jurisprudence of the ICC*, in C. STAHN (a cura di), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- BAGARIC M., MORSS J., *International Sentencing Law: In Search of a Justification and Coherent Framework*, in *International Criminal Law Review*, 6, 2006, 191-255.
- BALIBAR E., WALLERSTEIN I., *Race, nation, classe. Les identités ambiguës*, La Découverte, Paris, 2007.
- BARATTA A., *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Giuffrè, Milano, 1990.
- BARATTA A., *Legittimazione strumentale e funzione simbolica del sistema punitivo. Per un uso "alternativo" del diritto penale*, in *La Difesa Penale*, 29, 1990, 19-31.
- BARBUJANI G., *L'invenzione delle razze. Capire la biodiversità umana*, Bompiani, Milano, 2006.
- BARRIA L.A., ROPER S.D., *Judicial Capacity Building in Bosnia and Herzegovina: Understanding Legal Reform Beyond the Completion Strategy of the ICTY*, in *Human Rights Review*, 9, 2008, 317-330.
- BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010.

- BASSIOUNI M.C. (a cura di), *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, AIDP, Erès, Toulouse, 1993.
- BASSIOUNI M.C., *Crimes Against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- BASSIOUNI M.C., *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, in *Law and Contemporary Problems*, 59, 1996.
- BASSIOUNI M.C. (a cura di), *International Criminal Law. Volume I: Sources, Subjects and Contents*, Nijhoff, The Hague, 2008.
- BASSIOUNI M.C., *The Legislative History of the International Criminal Court: Introduction, Analysis and Integrated Text. Volume I*, Brill-Nijhoff, New York, 2005.
- BASSIOUNI M.C., *The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework*, in M.C. BASSIOUNI (a cura di), *International Criminal Law. Volume I: Sources, Subjects and Contents*, Nijhoff, The Hague, 2008, 95-100.
- BASSIOUNI M.C., DERBY D., *Final Report on the Establishment of an International Criminal Court for the Implementation of the Apartheid Convention and Other Relevant International Instruments*, in *Hofstra Law Review*, 9, 1980-1981, 523-592.
- BASSIOUNI M.C., MANIKAS P., *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, Irvington on Hudson-New York, 1996.
- BEAUCHARD J., COUV RAT P. (a cura di) *Droit civil, procédure, linguistique juridique: écrits en hommage à Gérard Cornu*, Presses Universitaires de France, Paris, 1994.
- BEHRENS P., *Genocide and the Question of Motives*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012.
- BEKOU O., *Crimes at Crossroads. Incorporating International Crimes at the National Level*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 677-691.
- BELLELLI R. (a cura di), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Ashgate, Farnham, 2010.
- BENEDICT R., *Race and racism*, Routledge, New York, 1983.
- BENSOUDA F., *Gender and Sexual Violence Under the Rome Statute*, in E. DECAUX, A. DIENG, M. SOW (a cura di), *From Human Rights to International Criminal Law. Studies in Honour of an African Jurist, the Late Judge Laïty Kama*, Brill-Nijhoff, The Hague, 2007.

- BERESFORD S., MULLER A.S., *The Special Court for Sierra Leone: an initial comment*, in *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, 635-651.
- BERGSMO M. (a cura di), *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden: Essays in Honour of Asbjørn Eide*, Nijhoff, Leiden, 2003.
- BERGSMO M., WUI LING C., PING Y. (a cura di), *Historical Origins of International Criminal Law. Vol. 1-3*, TOAEP, Brussels, 2014.
- BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010.
- BITTI G., *Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC*, in C. STAHN (a cura di), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 411-443.
- BITTI G., *Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC*, in C. STAHN, G. SLUITER (a cura di), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2009, 285-304.
- BITTI G., *Two Bones of Contention Between Civil and Common Law: The Record of the Proceedings and the Treatment of a Concursum Delictorum*, in H. FISCHER, C. KRESS, S.R. LÜDER (a cura di), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law. Current Developments*, Nomos, Berlin, 2001, 273-288.
- BLACK M. (a cura di), *Philosophy in America*, Cornell University Press, Ithaca, 1965.
- BLEWITT G.T., *The Importance of a Retributive Approach to Justice*, in D.A. BLUMENTHAL, T.L.H. MCCORMACK (a cura di), *The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalised Vengeance?*, Nijhoff, The Hague, 2008, 39-46.
- BLOXHAM D., *Genocide on Trial. War Crimes Trials and the Formation of Holocaust History and Memory*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- BLOXHAM D., *The Great Game of Genocide. Imperialism, Nationalism, and the Destruction of the Ottoman Armenians*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- BLUMENTHAL D.A., MCCORMACK T.L.H. (a cura di), *The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalised Vengeance?*, Nijhoff, The Hague, 2008.
- BOAS F., *The mind of primitive man*, Praeger, Santa Barbara, 1983.
- BOAS G., *A Code of Evidence and Procedure for International Criminal Law? The Rules of the ICTY*, in G. BOAS, W.A. SCHABAS (a cura di), *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2003, 1-33.

- BOAS G., BISCHOFF J.L., REID N.L., *Elements of Crimes Under International Law. International Criminal Law Practitioner Library Series. Volume II*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- BOAS G., BISCHOFF J.L., REID N.L., *Forms of Responsibility in International Criminal Law. International Criminal Law Practitioner Library Series. Volume I*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- BOAS G., SCHABAS W.A. (a cura di), *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2003.
- BOED R., *Individual Criminal Responsibility for Violations of Article 3 Common to the Geneva Convention of 1949 and of Additional Protocol II Thereto in the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, in *Criminal Law Forum*, 13, 2002.
- BOED R., *Judgment of a Trial Chamber in the case of The Prosecutor v. Laurent Semanza*, in *International Criminal Law Review*, 3, 2003.
- BOGDAN A., *Cumulative Charges, Convictions and Sentencing at the Ad Hoc International Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, in *Melbourne Journal of International Law*, 1, 2002, 1-29.
- BOISTER N., CRYER R., *Documents on the Tokyo International Military Tribunal. Charter, Indictment and Judgments*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- BOISTER N., CRYER R., *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- BONFILS P., GALLARDO E., *Concours d'infractions*, in *Repertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2015, 1-37.
- BONFILS P., GALLARDO E., *Secret des correspondances*, in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, Paris, 2009.
- BONINI S., *Funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale, fra discorsività «critica» e discorsività «dialogica»*, in *Diritto penale contemporaneo*, online, 2016, 27-31.
- BONINI S., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *L'indice penale*, 2003, 491-534.
- BOOK J.P., *Appeal and Sentence in International Criminal Law*, Verlag, Berlin, 2011.
- BOOT-MATTHIJSSSEN M., *Commentary on Prosecutor v. Delalić et al.*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume V: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 2000-2001*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003.

- BOOYSEN H., *Convention on the Crime of Apartheid*, in *South African Yearbook of International Law*, 2, 1976, 56-96.
- BORDA A.Z., *The Use of Precedent as Subsidiary Means and Sources of International Criminal Law*, in *Tilburg Law Review*, 18, 2013, 65-82.
- BORTOLUZZI M., *La prima sentenza d'appello della Corte penale internazionale: breve commento al caso Lubanga*, in *ius17unibo.it. Studi e materiali di diritto penale*, 1, 2015, 117-132.
- BORTOLUZZI M., *La prima sentenza delle Camere straordinarie africane. Il caso Habré*, in *L'indice penale*, 1, 2017, 494-500.
- BORTOLUZZI M., *Un nuovo processo di fronte alla Corte penale internazionale: il caso Ongwen e la situazione ugandese*, in *L'indice penale*, 2, 2017, 9-16.
- BOULOC B., *Droit pénal général*, Dalloz, Paris, 2013.
- BOYLE D., *Establishing the Responsibility of the Khmer Rouge Leadership for International Crimes*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 5, 2002, 167-218.
- BRICOLA F., voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Utet, Torino, 1967.
- BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- BRUNELLI D., *Dal reato continuato alla continuazione di reati: ultima tappa e brevi riflessioni sull'istituto*, in *Cassazione penale*, 7-8, 2009, 2749-2756.
- BRUNELLI D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Giappichelli, Torino, 2013.
- BULTZ A., *Redefining Apartheid in International Criminal Law*, in *Criminal Law Forum*, 24, 2013.
- BURCHARD C., *Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals. A Critical Assessment*, in *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, 159-182.
- BURKHARDT S.U., *Violence à l'Égard des Femmes en Situation de Conflit armé*, in M. KOSKIENNEMI, K. TAKAMAA (a cura di), *Finnish Yearbook of International Law. Volume IX*, Brill-Nijhoff, The Hague, 1998.
- BYRON C., *War Crimes and Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Manchester University Press, Manchester, 2009.
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014.

- CAIANIELLO M., FRONZA E., *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, online, 2008, 1-30.
- CALVETTI G., SCOVAZZI T. (a cura di), *Dal tribunale per la ex-Jugoslavia alla Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- CALVETTI G., SCOVAZZI T. (a cura di), *Il Tribunale per la ex-Jugoslavia: attività svolta e prospettive in vista del suo scioglimento*, Giuffrè, Milano, 2007.
- CAMAIONI S., *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in *Giustizia penale*, II, 1992, 230-248.
- CAMPANARO C., *L'overlapping dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità nel diritto internazionale penale*, Università degli Studi di Napoli Federico II, 2005.
- CANNATA S., COSTI M., *Da consumarsi rpreferibilmente entro... Brevi considerazioni sulla dimensione temporale del tribunale penale internazionale*, in G. CALVETTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Il Tribunale per la ex-Jugoslavia: attività svolta e prospettive in vista del suo scioglimento*, Giuffrè, Milano, 2007, 282-295.
- CARACCIOLI I., *Considerazioni sul concorso apparente di norme in tema di circolazione stradale*, in *Studi in Onore di Francesco Antolisei*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1965.
- CARCANO A., *Sentencing and the Gravity of the Offence in International Criminal Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 51, 2002, 583-609.
- CARLIZZI G., DELLA MORTE G., LAURENTI S., MARCHESI A. (a cura di), *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Vivarium, Napoli, 2003.
- CARTER J., *Palestine: Peace not Apartheid*, Simon&Schuster, New York, 2006.
- CASSESE A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- CASSESE A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- CASSESE A., *L'incidence du droit international sur le droit interne*, in A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Puf, Paris, 2002, 553-566.
- CASSESE A., *Lineamenti di diritto internazionale penale. Diritto sostanziale*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- CASSESE A., *On Some Problematical Aspects of the Crime of Aggression*, in *Leiden Journal of International Law*, 20, 2007, 841-849.

- CASSESE A., *The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law*, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 3, 1984.
- CASSESE A., *The Influence of the European Court of Human Rights on International Criminal Tribunals: Some Methodological Remarks*, in M. BERGSMO (a cura di), *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden: Essays in Honour of Asbjørn Eide*, Nijhoff, Leiden, 2003.
- CASSESE A., *The Nexus Requirement for War Crimes*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012.
- CASSESE A., *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, in *European Journal of International Law*, 10, 1999.
- CASSESE A., CHIAVARIO M., DE FRANCESCO G. (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2005.
- CASSESE A., DELMAS-MARTY M. (a cura di), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Puf, Paris, 2002.
- CASSESE A. ET AL. (a cura di), *Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- CASSESE A., GAETA P., *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- CASSESE A., GAETA P., JONES J.R.W.D. (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Law: A Commentary. Volume I*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- CHALARON Y., *Le concours idéal d'infractions*, in *Juris-Classeur périodique général*, I, 1967, 2088.
- CHANEY K.R., *Pitfalls and Imperatives: Applying the Lessons of Nuremberg to the Yugoslav War Crimes Trials*, in *Dickinson Journal of International Law*, 14, 1995.
- CHAPPELL V.C. (a cura di), *Ordinary Language: Essays in Philosophical Method*, Dover, New York, 1964.
- CHESTERMAN S., *An Altogether Different Order, Defining the Elements of Crimes Against Humanity*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 10, 2002.
- CHIAVARIO M. (a cura di), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz, Paris, 2003.
- CHIFFLET P., BOAS G., *Sentencing Coherence in International Criminal Law: The Cases of Biljana Plavšić and Miroslav Bralo*, in *Criminal Law Forum*, 23, 2012.



- CIMIOTTA E., *I tribunali penali misti*, Cedam, Milano, 2009.
- CLAPHAM A., GAETA P. (a cura di), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- CLARK J.N., *The 'crime of crimes': genocide, criminal trials and reconciliation*, in *Journal of Genocide Research*, 14, 2012, 55-77.
- CLARK P., *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda. Justice without Lawyers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- CLARK R.S., *Apartheid*, in M.C. BASSIOUNI (a cura di), *International Criminal Law. Volume I: Sources, Subjects and Contents*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- CLARK R.S., *Crimes Against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court*, in M. POLITI, G. NESI (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity*, Ashgate, Aldershot, 2001.
- CLARK R.S., *Crimes Against Humanity at Nuremberg*, in G. GINSBURGS, V.N. KUDRIAVTSEV (a cura di), *The Nuremberg Trial and International Law*, Nijhoff, Boston-London, 1990, 177-198.
- CLARK R.S., *Does the Genocide Convention Go Far Enough? Some Thoughts on the Nature of Criminal Genocide in the Context of Indonesia's Invasion of East Timor*, in *Ohio Northern University Law Review*, 8, 1981.
- CLARK R.S., *The Mental Element in International Criminal Law*, in *Criminal Law Forum*, 12, 2001.
- CLARK R.S., *The 'Weapons Provisions' and its Annex: The Belgian Proposals*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Ashgate, Farnham, 2010, cit., 489-495.
- CONTI L., *Concorso apparente di norme*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Utet, Torino, 1959, 1007-1017.
- CONWAY G., *Conflicts of Competence Norms in EU Law and the Legal Reasoning of the ECJ*, in *German Law Journal*, 11, 2010.
- CORN G.S. ET AL., *The War on Terror and the Laws of War. A Military Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- CORNACCHIA L., *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- COSTI M., *Autoria e forme di partecipazione criminosa* in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 83-136.

- COSTI M., FRONZA E., *Il diritto penale internazionale: nascita ed evoluzione*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 1-23.
- COTTIER M., *Article 8*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2016.
- COTTIER M., GRIGNON J., *Art. 8(2)(b)(xxvi)*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2016.
- CRAWFORD J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- CRYER R., *Prosecuting International Crimes. Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- CRYER R., *The Definitions of International Crimes in the Al Bashir Arrest Warrant Decision*, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, 283-296.
- CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D., WILMSHURST E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- CRYER R., WARBRICK C., MCGOLDRICK D., *A "Special Court" for Sierra Leone?*, in *The International Criminal Law Quarterly*, 50, 2001, 435-446.
- CULLEN A., *Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 12, 2008.
- CUPIDO M., *The Policy Underlying Crimes Against Humanity: Practical Reflections on a Theoretical Debate*, in *Criminal Law Forum*, 22, 2011, 275-309.
- D'ASCOLA V.N., *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1993.
- D'ASCOLI S., *Sentencing in International Criminal Law: The UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Hart, London, 2011.
- DAMAŠKA M., *L'incerta identità delle corti penali internazionali*, in *Criminalia*, 9, 2006, 9-55.
- DANNER A.M., *Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing*, in *Virginia Law Review*, 87, 2001.
- DARCY S., *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

- DARCY S., POWDERLY J. (a cura di), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- DASKALAKIS E., *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, tesi di dottorato, Paris, 1969.
- DAVID E., *Internal (Non-International) Armed Conflict*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (a cura di), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 353-362.
- DAVID E., *Principes de droit des conflicts armés*, ULB, Bruxelles, 2002.
- DAVID E., *Traité de droit pénal international*, Bruylant, Bruxelles, 1995.
- DE FRANCESCO G., *Concorso apparente di norme*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, II, Utet, Torino, 1988, 416-437.
- DE FRANCESCO G., *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, Milano, 1980.
- DE FRANCESCO G., *Punibilità*, Giappichelli, Torino, 2016.
- DE FRANCESCO G., *Specialità (principio di)*, in *Novissimo Digesto italiano*, VII, Utet, Torino, 1987.
- DE HEMPTINNE J., *Controverses Relatives à la Définition du Crime de Persécution*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 53, 2003.
- DE HEMPTINNE J., *La définition de la notion de "population civile" dans le cadre du crime contre l'humanité. Commentaire critique de l'arrêt Martić*, in *Revue Général de Droit International Public*, 114, 2010, 93-104.
- DE HERT P. ET AL. (a cura di), *Code of International Criminal Law and Procedure*, Larcier, Brussel, 2013.
- DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Edizioni ETS, Pisa, 2010.
- DECAUX E., DIENG A., SOW M. (a cura di), *From Human Rights to International Criminal Law. Studies in Honour of an African Jurist, the Late Judge Laïty Kama*, Brill-Nijhoff, The Hague, 2007.
- DEFALCO R.C., *Accounting for Famine at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. The Crimes Against Humanity of Extermination, Inhumane Acts and Persecution*, in *The International Journal of Transitional Justice*, 5, 2011.

- DEGUZMAN M.M., *Article 21*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2016.
- DEKEUWER A., *La classification des concours de qualifications*, in *Revue des sciences criminelles*, 59, 1974, 511-514.
- DELISSEN A.J.M., TANJA G.J. (a cura di), *Humanitarian Law of Armed Conflict*, Nijhoff, The Hague, 1991.
- DELITALA G., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1976.
- DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930.
- DELMAS-MARTY M., *Violence and Massacres – Towards a Criminal Law of Inhumanity?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009.
- DELMAS-MARTY M., DANET J. (a cura di), *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, Paris, 2006.
- DELMAS-MARTY M. ET AL. (a cura di), *Le crime contre l'humanité*, Presses Universitaires de France, Paris, 2009.
- DELOGU T., *Le «norme penali congiunte»*, in *Annali di diritto e procedura penale*, I, 1936.
- DEL ROSSO D., *Spunti problematici in tema di reato progressivo e di progressione criminosa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976.
- DESPORTES F., LE GUNEHÉC F., *Droit pénal général*, Économica, Paris, 2009.
- DI MARTINO A., *Lubanga e i bambini-soldato: note sul Judgment d'esordio della Corte penale internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2012, 1027-1038.
- DINH N.Q., DAILLIER P., PELLET A., *Droit international public*, LGDJ, Paris, 1994.
- DINSTEIN Y., *Crimes Against Humanity*, in J. MAKARCZYK (a cura di), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Brill-Nijhoff, Leiden, 1996.
- DIXON R., KHAN A.A. KARIM, *Archbold International Criminal Courts. Practice, Procedure and Evidence*, Sweet & Maxwell, London, 2013.
- DIXON R., KHAN A.A. KARIM, MAY R., *Archbold International Criminal Courts. Practice, Procedure and Evidence*, Sweet & Maxwell, London, 2003.
- DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Giuffrè, Milano, 2006.

- DON TAYLOR III B., *Crimes Against Humanity in the Former Yugoslavia*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Ashgate, Farnham, 2010, 285-294.
- DONINI M., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003.
- DONINI M., “Danno” e “offesa” nella cd. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2010, 41-101.
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011.
- DONINI M., *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004.
- DONLON F., *The Transition of Responsibilities from the Special Court to the Residual Special Court for Sierra Leone. Challenges and Lessons Learned for Other International Tribunals*, in *Journal of International Criminal Justice*, 11, 2013, 857-874.
- DÖRMANN K., *Preparatory Commission for the International Criminal Court: The Elements of War Crimes*, in *International Review of the Red Cross*, 82, 2000.
- DÖRMANN K., LA HAYE E., VON HEBEL H., *The Context of War Crimes*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, New York, 2001.
- DREYER E., *Droit pénal général*, LexisNexis, Paris, 2016.
- DROEGE C., *Get Off my Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law, and the Protection of Civilians*, in *International Review of the Red Cross*, 2012.
- DROST P.N., *The Crime of State: Penal Protection for Fundamental Freedoms of Persons and Peoples – Genocide*, Sythoff, Leiden, 1954.
- DRUMBL M.A., *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- DRUMBL M.A., *Collective Violence and Individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity*, in *Northwestern University Law Review*, 99, 2005, 539-611.
- DRUMBL M.A., *Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- DRUMBL M.A., *Rule of Law Amid Lawlessness: Counseling the Accused in Rwanda’s Domestic Genocide Trials*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 29, 1998.

- DRUMBL M.A., *Stepping Beyond Nuremberg's Halo. The Legacy of the Supreme National Tribunal of Poland*, in *Journal of International Criminal Justice*, 13, 2015, 903-932.
- DRUMBL M.A., *The Curious Criminality of Mass Atrocity: Diverse Actors, Multiple Truths, and Plural Responses*, in E. VAN SLIEDREGT, S. VASILIEV (a cura di), *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 68-106.
- DU PLESSIS M., *International Criminal Law: The Crime of Apartheid Revisited*, in *South African Journal of Criminal Justice*, 24, 2011, 417-428.
- DU PLESSIS M., *South Africa's Implementation of the ICC Statute. An African Example*, in *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, 460-479.
- DUBINSKY A., *An Examination of International Sentencing Guidelines and a Proposal for Amendments to the International Criminal Court's Sentencing Structure*, in *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, 33, 2007, 609-637.
- DUBOIS JR. J.E., *The Devil's Chemists. 24 Conspirators of the International Farben Cartel Who Manufacture Wars*, Beacon Press, Boston, 1952.
- DUGARD J., *L'apartheid*, in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (a cura di), *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2012.
- DUGARD J., REYNOLDS J., *Apartheid, International Law, and the Occupied Palestinian Territory*, in *European Journal of International Law*, 24, 2013.
- DURIGATO L., *Osservazioni sull'art. 44 del codice penale*, in *Indice penale*, 1980.
- DUTTON D.G., *The Psychology of Genocide, Massacres, and Extreme Violence. Why "Normal" People Come to Commit Atrocities*, Praeger Security International, London, 2007.
- EDEN P., *The Role of the Rome Statute in the Criminalization of Apartheid*, in *Journal of International Criminal Justice*, 12, 2014.
- EDWARDS G.E., *International Human Rights Law Challenges to the New International Criminal Court: The Search and Seizure Right to Privacy*, in *Yale Journal of International Law*, 26, 2001, 323-351.
- EMANUELE P.P., *Controversie dottrinali e distorsioni giurisprudenziali in tema di condizioni obiettive di punibilità*, in *Indice penale*, 2004.
- ERDEI I., *Cumulative Convictions in International Criminal Law: Reconsideration of a Seemingly Settled Issue*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 34, 2001, 1-29.

- ESER A., *Article 31*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2016.
- ESER A., *Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Law: A Commentary. Volume I*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- ESER A., *The Need for a General Part*, in M.C. BASSIOUNI (a cura di), *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, AIDP, Erès, Toulouse, 1993, 43-61.
- ESPOSITO E., GENTILE G., TRAPASSO M.T., *I crimini contro l'umanità*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Organi – competenza – reati – processo*, Giuffrè, Milano, 2006.
- FALL M., *The Extraordinary African Chambers: The Case of Hissène Habré*, in G. WERLE, L. FERNANDEZ, M. VORMBAUM (a cura di), *Africa and the International Criminal Court*, Springer, The Hague, 2014, 117-131.
- FANCHIOTTI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Profili sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2014.
- FEINBERG J., *Action and Responsibility*, in M. BLACK (a cura di), *Philosophy in America*, Cornell University Press, Ithaca, 1965, 134-160.
- FEINBERG J., *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1974.
- FENRICK W.J., *The Crime Against Humanity of Persecution in the Jurisprudence of the ICTY*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 31, 2001.
- FERNANDEZ J., PACREAU X., *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Pedone, Paris, 2012.
- FERRARI C., *Concorso di leggi e concorso di reati nel codice penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1933.
- FERRATO D., *Slot-machine: concorso di reato o di norme?*, in *Rivista penale*, 1984, 99-102.
- FIANDACA G., *Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale*, in *Foro italiano*, V, 1994.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014.

- FIFE R.E., *Penalties*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, New York, 2001, 555-573.
- FIFE R.E., *Penalties*, in R.S. LEE, *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, 319-344.
- FINNIN S., *Mental Elements under Article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: A Comparative Analysis*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2012.
- FINOCCHIARO S., *Concorso di reati o concorso apparente di norme? Alle Sezioni Unite la vexata quaestio del rapporto tra truffa e malversazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 1-15.
- FINOCCHIARO S., *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017.
- FIGLIO C., FIGLIO S., *Diritto penale. Parte generale*, Wolters Kluwer, Milano, 2016.
- FIGLIOLA A. (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2016.
- FISCHER H., *Commentary on Prosecutor v. Duško Tadić*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume I: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1993-1998*, Intersentia-Hart-Verlag, Antwerp-Groningen-Oxford-Vienna, 1999, 140-143.
- FISCHER H., KRESS C., LÜDER S.R. (a cura di), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law. Current Developments*, Nomos, Berlin, 2001.
- FLECK D., *The Law of Non-International Armed Conflict*, in D. FLECK (a cura di), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 581-610.
- FLECK D., *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- FLECK D. (a cura di), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- FLETCHER G.P., *New Court, Old Dogmatik*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, 179-190.
- FLETCHER G.P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.



- FLETCHER G.P., *The Storrs Lectures. Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt*, in *Yale Law Journal*, 111, 2002, 1499-1573.
- FORNARI M., *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, 352-383.
- FORNASARI G., *Giustizia di transizione (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Giuffrè, Milano, 2015, 547-570.
- FORNASARI G., *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013.
- FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Cedam, Padova, 1993.
- FORNASARI G., MENGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, Cedam, Padova, 2012.
- FORTIS E., *Concours réel d'infractions*, in *Revue des Sciences Criminelles*, 2007, 527-529.
- FOUCHARD I., *La formation du crime contre l'humanité en droit international*, in M. DELMAS-MARTY ET AL. (a cura di), *Le crime contre l'humanité*, Presses Universitaires de France, Paris, 2009.
- FOURNET C., *The Crime of Destruction and the Law of Genocide. Their Impact on Collective Memory*, Ashgate, Hampshire, 2007.
- FOURNET C., PÉGORIER C., "Only One Step Away From Genocide". *The Crime of Persecution in International Criminal Law*, in *International Criminal Law Review*, 10, 2010.
- FRANCIONI F., RONZITTI N., *War by Contract. Human Rights, Humanitarian Law, and Private Contractors*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- FREYHOFER H.H., *The Nuremberg Medical Trial. The Holocaust and the Origin of the Nuremberg Medical Code*, Peter Lang, New York, 2004.
- FRIMAN H., BRADY H., COSTI M., GUARIGLIA F., STUCKENBERG C.F., *Charges*, in G. SLUITER, H. FRIMAN, S. LINTON, S. VASILIEV, S. ZAPPALÀ (a cura di), *International Criminal Procedure. Principles and Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- FRONZA E., *Il caso Bemba. La responsabilità del superiore gerarchico davanti alla Corte penale internazionale*, in *L'indice penale*, 1, 2017, 485-493.
- FRONZA E., *Introduzione*, in R. WENIN, G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, xv-xx.

- FRONZA E., *La réception des crimes contre l'humanité en droit interne*, in M. DELMAS-MARTY ET AL. (a cura di), *Le crime contre l'humanité*, Presses Universitaires de France, Paris, 2009, 44-79.
- FRONZA E., *Le fonti*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 57-80.
- FRONZA E., *Le sanzioni*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Organi – Competenza – Reati – Processo*, Giuffrè, Milano, 2006, 493-542.
- FRONZA E., *Le sanzioni*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 251-286.
- FRONZA E., *Parole dietro le sbarre? L'uso della giurisprudenza della Corte Europea nelle sentenze dei Tribunali penali internazionali*, in *Ius17. Studi e materiali di diritto penale*, Bologna, 2011.
- FRONZA E., FORNASARI G. (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2009.
- FRONZA E., MANACORDA S. (a cura di), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des Law Clinics en droit pénal international*, Dalloz-Giuffrè, Milano, 2003.
- FRULLI M., *Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes?*, in *European Journal of International Law*, 12, 2001, 329-350.
- FRULLI M., *The Special Court for Sierra Leone: some preliminary comments*, in *European Journal of International Law*, 11, 2000, 857-869.
- FROSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, Leonardo da Vinci, Città di Castello, 1937.
- GAETA P., *The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in *European Journal of International Law*, 10, 1999.
- GAETA P., *The History and the Evolution of the Notion of International Crimes*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Ashgate, Farnham, 2010, 169-180.
- GAETA P. (a cura di), *The UN Genocide Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

- GAETA P., *When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture*, in *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008.
- GALIMBERTI U., *Prefazione*, in K. JASPERS, *La questione della colpa. Sulla responsabilità politica della Germania*, Raffaello Cortina, Milano, 1996, VII-XIX.
- GALLARDO-GONGGRYP E., *La qualification pénale des faits*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2013.
- GAMAL-EL-DINE A., *Pluralité d'infractions et concours apparent de normes pénales*, tesi di dottorato, Paris, 1963.
- GAMBERINI A., INSOLERA G., *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni ed altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Cedam, Padova, 2006, 135-143.
- GARAPON A., *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- GARCÍA ALBERO R.M., *Ne bis in idem material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, 1995.
- GASSER H.P., *Acts of Terror, "Terrorism" and International Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2013.
- GASSER H.P., *International Humanitarian Law: An Introduction*, in H. HAUG (a cura di), *Humanity for All. The International Red Cross and Red Crescent Movement*, Paul Haupt, Berne, 1993.
- GEISLER C., *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip: zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- GERAS N., *Crimes Against Humanity. Birth of a Concept*, Manchester University Press, Manchester, 2011.
- GIL GIL A., *Derecho penal internacional: Especial consideración del delito de genocidio*, tesi di dottorato, 1999.
- GIL GIL A., MACULAN E. (a cura di), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016.
- GILLET M., *The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court*, in *International Criminal Law Review*, 13, 2013, 829-864.
- GINSBURGS G., KUDRIAVTSEV V.N. (a cura di), *The Nuremberg Trial and International Law*, Nijhoff, Boston-London, 1990.

- GIOIA A., *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, in *Rivista di diritto internazionale*, 5, 2004.
- GOLASH D., *The Justification of Punishment in the International Context*, in L. MAY, Z. HOSKINS (a cura di), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 201-223.
- GOLDMAN A.I., *A Theory of Human Action*, Princeton Legacy Library, Princeton, 2016.
- GOLDMAN A.I., *The Individuation of Action*, in *Journal of Philosophy*, 68, 1971.
- GOODHART A.L., *The Legality of the Nuremberg Trials*, in G. METTRAUX (a cura di), *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 626-637.
- GOODMAN R., *Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent*, in *American Journal of International Law*, 96, 2002.
- GOODWIN-GILL G.S., TALMON S., *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- GORDON G.S., *Hate Speech and Persecution. A Contextual Approach*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 46, 2013.
- GRAF R., *The International Criminal Court and Child Soldiers. An Appraisal of the Lubanga Judgment*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 945-969.
- GRAVEN J., *Les crimes contre l'humanité*, in *Recueil des Cours*, 76, 1950.
- GREEN L.C., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester University Press, Manchester, 2000.
- GREENAWALT A.K.A., *Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation*, in *Columbia Law Review*, 99, 1999.
- GREENWOOD C., *Customary Law Status of the 1997 Additional Protocols*, in A.J.M. DELISSEN, G.J. TANJA (a cura di), *Humanitarian Law of Armed Conflict*, Nijhoff, The Hague, 1991.
- GREPPI E., *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Utet, Torino, 2001.
- GREWAL K., *The Protection of Sexual Autonomy Under International Criminal Law. The International Criminal Court and the Challenge of Defining Rape*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012.
- GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, I, Giuffrè, Milano, 1947.

- GRISPIGNI F., *Il carattere sanzionatorio del diritto criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, XI-I, 1920.
- HALL C.K., *Article 7 – Crimes Against Humanity*, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Nomos, Baden-Baden, 1999.
- HALL C.K., AMBOS K., *Article 7*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2016.
- HALL C.K., POWDERLY J., *Article 7*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2016.
- HALL C.K., STAHN C., *Article 7*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2016.
- HALL C.K., VAN DEN HERIK L., *Article 7*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2016.
- HANSEN T.O., *The Policy Requirement in Crimes Against Humanity: Lessons from and for the Case of Kenya*, in *George Washington International Law Review*, 43, 2001, 1-42.
- HARRIS D.J., *Cases and Materials on International Law*, Sweet & Maxwell, London, 1998.
- HASSEMER W., *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007.
- HAUG H. (a cura di), *Humanity for All. The International Red Cross and Red Crescent Movement*, Paul Haupt, Berne, 1993.
- HAYO A.A., *La titolarità soggettiva del diritto di punire. Vuoti e incoerenze nel sistema del diritto penale a una dimensione*, Giappichelli, Torino, 2015.
- HEINE G., VEST H., *Murder/Wilful Killing*, in G.K. McDONALD, O. SWAAK-GOLDMAN (a cura di), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. Volume I: Commentary*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.
- HELLER K.J., *'A Stick to Hit the Accused With'. The Legal Recharacterization of Facts under Regulation 55*, in C. STAHN (a cura di), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 981-1006.

- HELLER K.J., *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- HELLER K.J., *The Uncertain Legal Status of the Aggression Understandings*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 229-248.
- HELLER K.J., SIMPSON G., *The Hidden Histories of War Crimes Trials*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- HENCKAERTS J.M., *Deportation and Transfer of Civilians in Time of War*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26, 1993, 469-496.
- HENCKAERTS J.M., DOSWALD-BECK L., *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- HENDERSON C. (a cura di), *Commissions of Inquiry: Problems and Prospects*, Hart, Oxford, 2017.
- HENZELIN M., ROTH R. (a cura di), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, Paris, 2002.
- HERZOG-EVANS M., ROUSSEL G., *Droit pénal général*, Vuibert, Paris, 2011.
- HOCHMAYR G., *Applicable Law in Practice and Theory. Interpreting Article 21 of the ICC Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, 12, 2014, 655-679.
- HOGAN-DOGAN J., *Murder as a Crime Under International Law and the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Of Law, Legal Language, and a Comparative Approach to Legal Meaning*, in *Leiden Journal of International Law*, 11, 1998, 165-181.
- HOLÁ B., *Consistency and Pluralism of International Sentencing: An Empirical Assessment of the ICTY and ICTR Practice*, in E. VAN SLIEDREGT, S. VASILIEV (a cura di), *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 187-210.
- HOLÁ B., BIJLEVELD C., SMEULERS A., *Consistency of International Sentencing: ICTY and ICTR Case Study*, in *European Journal of Criminology*, 9, 2012, 539-552.
- HOLÁ B., SMEULERS A., BIJLEVELD C., *Is ICTY Sentencing Predictable? An Empirical Analysis of ICTY Sentencing Practice*, in *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009, 79-97.
- HOLÁ B., SMEULERS A., BIJLEVELD C., *International Sentencing Facts and Figures. Sentencing Practice at the ICTY and ICTR*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, 411-439.
- HONIG R., *Staflose Vor- und Nachtat*, Leipzig, 1927.

- HRABAL B., *Una solitudine troppo rumorosa*, in B. HRABAL, *Opere scelte*, Meridiani, Milano, 2003.
- HÜNERBEIN I., *Straftatkonkurrenzen im Völkerstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
- HWANG P., *Defining Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, in *Fordham International Law Journal*, 22, 1998.
- INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Cedam, Padova, 2006.
- INTELISANO A., *I crimini di guerra*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Organi – Competenza – Reati – Processo*, Giuffrè, Milano, 2006.
- JACKSON M., *A Conspiracy to Commit Genocide. Anti-Fertility Research in Apartheid's Chemical and Biological Weapons Programme*, in *Journal of International Criminal Justice*, 13, 2015, 933-950.
- JÄGER H., *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Berlin, 1989.
- JAIN N., *General Principles of Law as Gap-Fillers*, in *Harvard International Law Journal*, 57, 2016, 111-150.
- JAKOBS G., *Norm, Person, Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.
- JALLOH C.C., *Consolidated legal texts for the Special Court for Sierra Leone*, Nijhoff, Boston, 2007.
- JALLOH C.C. (a cura di), *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy. The Impact for Africa and International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- JALLOH C.C., *What Makes Crimes Against Humanity Crimes Against Humanity?*, in *American University International Law Review*, 28, 2013, 381-441.
- JAREBORG N., *Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing*, in A. ASHWORTH, M. WASIK (a cura di), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1998, 129-140.
- JASPERS K., *La questione della colpa. Sulla responsabilità politica della Germania*, Raffaello Cortina, Milano, 1996.
- JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Montchrestien, Paris, 1991.

- JENNINGS M., *Article 78*, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Nomos, Baden-Baden, 1999, 999-1003.
- JESCHECK H.-H., *The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, 38-55.
- JESCHECK H.-H., WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- JESSBERGER F., *The Definition and the Elements of the Crime of Genocide*, in P. GAETA (a cura di), *The UN Genocide Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- JEUTNER V., *Irresolvable Norm Conflicts in International Law. The Concept of a Legal Dilemma*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- JIA B.B., *The Differing Concepts of War Crimes and Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, in G.S. GOODWIN-GILL, S. TALMON, *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- JIANPING L., ZHIXIANG W., *China's Attitude Towards the ICC*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 608-620.
- JONES J.R.W.D., *Whose Intent is it Anyway? – Genocide and the Intent to Destroy a Group*, in L.C. VOHRAH ET AL. (a cura di), *Man's Inhumanity to Man*, Brill-Nijhoff, The Hague, 2003.
- JONES J.R.W.D., POWLES S. (a cura di), *International Criminal Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- JØRGENSEN N.H.B., *The Definition of Genocide. Joining the Dots in the Lights of Recent Practice*, in *International Criminal Law Review*, 1, 2001.
- KADISH S.H., *Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review*, in *California Law Review*, 87, 1999.
- KELMAN H.C., HAMILTON V.L., *Crimes of Obedience: Toward a Social Psychology of Authority and Responsibility*, Yale University Press, New Haven-London, 1989.
- KELT M., VON HEBEL H., *General Principles of Criminal Law and the Elements of Crimes*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, New York, 2001, 19-40.



- KEMP G., *The Implementation of the Rome Statute in Africa*, in G. WERLE, L. FERNANDEZ, M. VORMBAUM (a cura di), *Africa and the International Criminal Court*, Springer, The Hague, 2014.
- KHAN K.A.A., *Article 78*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 1891-1900.
- KING F.P., LA ROSA A.M., *Penalties under the ICC Statute*, in F. LATTANZI, W.A. SCHABAS (a cura di), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court. Volume I*, Sirente, L'Aquila, 1999, 311-338.
- KIRSCH S., *Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, Frankfurt am Main, 2009.
- KIRSCH S., *The Two Notions of Genocide. Distinguishing Macro Phenomena and Individual Misconduct*, in *Creighton Law Review*, 42, 2009.
- KIRSCH S., *Two Kinds of Wrong: On the Context Element of Crimes against Humanity*, in *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009, 525-541.
- KLINKNER M., *Is all Fair in Love and War Crimes Trials? Regulation 55 and the Katanga Case*, in *International Criminal Law Review*, 15, 2015, 396-410.
- KLIP A., *Commentary on Prosecutor v. Georges Rutaganda*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume II: The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994-1999*, Intersentia-Hart-Verlag, Antwerp-Groningen-Oxford-Vienna, 2001, 787-792.
- KLIP A., SLUITER G. (a cura di), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume I: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1993-1998*, Intersentia-Hart-Verlag, Antwerp-Groningen-Oxford-Vienna, 1999.
- KLIP A., SLUITER G. (a cura di), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume II: The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994-1999*, Intersentia-Hart-Verlag, Antwerp-Groningen-Oxford-Vienna, 2001.
- KLIP A., SLUITER G. (a cura di), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume IV: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1999-2000*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2002.
- KLIP A., SLUITER G. (a cura di), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume V: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 2000-2001*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003.
- KLUG U., *Zum Begriff der Gesetzkonkurrenz*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1956, 399-416.

- KOLB P., LETURMY L., *Droit pénal général. Les grands principes, l'infraction, l'auteur, les peines*, Lextenso, Paris, 2013.
- KOLB R., SCALIA D., *Droit international pénal. Précis*, Helbing Lichtenhan, Bâle, 2012.
- KOSKIENNEMI M., TAKAMAA K. (a cura di), *Finnish Yearbook of International Law. Volume IX*, Brill-Nijhoff, The Hague, 1998.
- KOVÁCS P., *Racial Groups*, in D.L. SHELTON (a cura di), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity. Volume I (I-S)*, Thomson Gale, Farmington Hills, 2005, 855-857.
- KRESS C., *Commentary on Prosecutor v. Duško Tadić*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume IV: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1999-2000*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2002, 501-502.
- KRESS C., *On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision*, in *Leiden Journal of International Law*, 23, 2010, 855-873.
- KRESS C., *Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflict*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 15, 2010.
- KRESS C., *The Crime of Genocide and Contextual Elements. A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, 297-306.
- KRESS C., *The Crime of Genocide under International Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 6, 2006, 461-502.
- KRESS C., *The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide*, in *European Journal of International Law*, 18, 2007, 619-629.
- KRESS C., *Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit International*, in *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, 561-585.
- KRESS C., *War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice*, in *Israeli Yearbook on Human Rights*, 30, 2001.
- KRESS C., VON HOLTZENDORF L., *The Kampala Compromise on the Crime of Aggression*, in *Journal of International Criminal Justice*, 8, 2010, 1179-1217.
- KRETZMER D., *Rethinking the Application of International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, in *Israel Law Review*, 42, 2009.

- LA HAYE E., *The Elements of War Crimes – Rape, Sexual Slavery, Enforced Prostitution, Forced Pregnancy, Enforced Sterilisation, and Sexual Violence*, in R.S LEE (a cura di), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transantional Publishers, New York, 2001.
- LANCIOTTI A., *Le pene comminabili dalla Corte penale internazionale*, in G. CARLIZZI, G. DELLA MORTE, S. LAURENTI, A. MARCHESI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Vivarium, Napoli, 2003, 405-432.
- LATTANZI F., *Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, in H. FISCHER, C. KRESS, S.R. LÜDER (a cura di), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law. Current Developments*, Nomos, Berlin, 2001.
- LATTANZI F., *La Corte internazionale è ormai una realtà*, in G. CARLIZZI, G. DELLA MORTE, S. LAURENTI, A. MARCHESI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Vivarium, Napoli, 2003, XIII-XXI.
- LATTANZI F., SCHABAS W.A. (a cura di), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court. Volume I*, Sirente, L'Aquila, 1999.
- LATTANZI F., SCISO E. (a cura di), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una corte penale internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1996.
- LATTANZI G., MONETTI V. (a cura di), *La Corte penale internazionale. Organi – Competenza – Reati – Processo*, Giuffrè, Milano, 2006.
- LAWRENCE J.C., HELLER K.J., *The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, The First Ecocentric Environmental War Crime*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 20, 2007, 73-113.
- LAWSON R.A., SCHERMERS H.G., *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1997.
- LEANG C., SMITH W., *The Early Experience of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Ashgate, Farnham, 2010, 143-164.
- LEBLANC L.J., *The United Nation Genocide Convention and Political Groups: Should the United States Propose an Amendment?*, in *Yale Journal of International Law*, 13, 1988.
- LEE R.S. (a cura di), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transantional Publishers, New York, 2001.
- LEE R.S. (a cura di), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.

- LEOPARDI G., *L'arte poetica di Quinto Orazio Flacco travestita ed esposta in ottava rima*, Borgarelli, Camerino, 1869.
- LEOTTA C.D., *Il genocidio nel diritto penale internazionale. Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma*, Giappichelli, Torino, 2013.
- LEROY J., *Droit pénal général*, Lextenso, Paris, 2012.
- LESCLUS V., *Le cumul réel d'infractions*, in *Revue des Sciences Criminelles*, 1991, 717-733.
- LÉVI-STRAUSS C., *Razza e storia. Razza e cultura*, Einaudi, Milano, 2002.
- LIN H., *Cyber Conflict and International Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2012.
- LINDERFALK U., *Cross-fertilisation in International Law*, in *Nordic Journal of International Law*, 84, 2015, 428-455.
- LINDROOS A., *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis*, in *Nordic Journal of International Law*, 74, 2005.
- LIPPMANN M., *Crimes Against Humanity*, in *Boston College Third World Law Journal*, 17, 1997, 171-278.
- LIPPMANN M., *The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 15, 1998.
- LOBBA P., *I crimini di guerra*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 385-413.
- LOBBA P., *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10, 2017, 181-250.
- LOLLINI A., *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa*, Berghahn Books, Oxford-New York, 2011.
- LOLLINI A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- LOSCHIN L., *The Persistent Objector and Customary Human Rights Law: A Proposed Analytical Framework*, in *University of California Davis Journal of International Law and Policy*, 2, 1996.
- LOZZI G., *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità e pluralità di reati*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1959.

- LUBAN D., *A Theory of Crimes Against Humanity*, in *Yale Journal of International Law*, 29, 2004, 85-167.
- LUBAN D., *The Legacies of Nuremberg*, in G. METTRAUX (a cura di), *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 638-672.
- MACLEOD C., *Towards a Philosophical Account of Crimes Against Humanity*, in *European Journal of International Law*, 21, 2010, 281-302.
- MACULAN E., *Il crimine di aggressione*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 415-431.
- MACULAN E., *Judicial Definition of Torture as a Paradigm of Cross-fertilisation: Combining Harmonisation and Expansion*, in *Nordic Journal of International Law*, 84, 2015, 456-481.
- MACULAN E., *La expansión de los juicios por la verdad*, in E. MACULAN, D. PASTOR (a cura di), *El derecho a la verdad y su ejercicio por medio del proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, 247-295.
- MACULAN E., LIÑÁN LAFUENTE A., *Relaciones Concurales*, in A. GIL GIL, E. MACULAN (a cura di), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, 303-322.
- MACULAN E., PASTOR D. (a cura di), *El derecho a la verdad y su ejercicio por medio del proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013.
- MAKARCZYK J. (a cura di), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Brill-Nijhoff, Leiden, 1996.
- MALABAT V., *Le champ inutile du droit pénal: les doubles incriminations*, in M. DELMAS-MARTY, J. DANET (a cura di), *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, Paris, 2006.
- MALINVERNI A., *Motivi*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1977.
- MALINVERNI A., *Scopo e movente nel diritto penale*, Unione Tipografica, Torino, 1955.
- MALMSTRÖM S., *Genocide Case Law at the ICTY*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Ashgate, Farnham, 2010, 267-283.
- MANCINI M., *A Brand New Definition for the Crime of Aggression: the Kampala Outcome*, in *Nordic Journal of International Law*, 81, 2012, 227-248.
- MANDELA N., *Lungo cammino verso la libertà. Autobiografia*, Feltrinelli, Milano, 2012.

- MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2013.
- MANTOVANI F., *The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer*, in *Journal of International Criminal Justice*, 1, 2003, 26-38.
- MARCHUK I., *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law. A Comparative Analysis*, Springer, London, 2014.
- MARCUS D., *Famine Crimes in International Law*, in *American Journal of International Law*, 97, 2003.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2015.
- MARTINEZ J.S., *Towards an International Judicial System*, in *Stanford Law Review*, 54, 2003, 429-529.
- MARTINI A., *Il principio nulla poena sine lege e la determinazione delle pene*, in A. CASSESE, M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2005.
- MAY L., *Crimes Against Humanity. A Normative Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- MAY L., *Genocide. A Normative Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- MAY L., HOSKINS Z. (a cura di), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- MAYAUD Y., *Droit pénal général*, Presses Universitaires de France, Paris, 2013.
- MCCORMACK T.H.L., *Crimes against Humanity*, in D. MCGOLDRICK, P. ROWE, E. DONNELLY (a cura di), *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, Hart, Oxford, 2004.
- MCCORMACK T.H.L., *From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime*, in T.H.L. MCCORMACK, G.J. SIMPSON (a cura di), *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, 31-63.
- MCCORMACK T.H.L., SIMPSON G.J. (a cura di), *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, Kluwer Law International, The Hague, 1997.

- MCDONALD G.K., SWAAK-GOLDMAN O. (a cura di), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts. Vol. I: Commentary*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.
- MCDONALD G.K., SWAAK-GOLDMAN O. (a cura di), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts. Vol. II, part I: Documents and Cases*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.
- MCDONALD G.K., SWAAK-GOLDMAN O. (a cura di), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts. Vol. II, part II: Documents and Cases*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.
- MCGOLDRICK D., ROWE P., DONNELLY E. (a cura di), *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, Hart, Oxford, 2004.
- MEERNIK J., KING K., *The Sentencing Determinants of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: An Empirical and Doctrinal Analysis*, in *Leiden Journal of International Law*, 16, 2003.
- MEISENBERG S.M., STEGMILLER I. (a cura di), *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Assessing their Contribution to International Criminal Law*, Springer, The Hague, 2016.
- MELLOH F., *Einheitliche Strafzumessung in den Rechtsquellen des ICC-Statuts*, Dunker&Humblot, Berlin, 2010.
- MELONI C., *I nodi della responsabilità per genocidio nel diritto penale internazionale: tra dimensione collettiva e imputazione individuale, precetto internazionale e accertamento internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 9, 2015, 589-607.
- MELONI C., *State and Individual Responsibility for Targeted Killings by Drones*, in F. SANTONI DE SIO, E. DI NUCCI (a cura di), *Drones and Responsibility: Legal, Philosophical and Socio-technical Perspectives on the Use of Remotely Controlled Weapons*, Ashgate, Farnham, 2016, 47-64.
- MERKEL R., *The Law of the Nuremberg Trial: Valid, Dubious, Outdated*, in G. METTRAUX (a cura di), *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 555-576.
- MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel. Tome I*, Cujas, Paris, 2000.
- MERON T., *International Criminalization of Internal Atrocities*, in *American Journal of International Law*, 89, 1995, 554-577.

- MERON T., *Revival of Customary Humanitarian Law*, in *American Journal of International Law*, 99, 2005.
- MERON T., *The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law*, in *American Journal of International Law*, 90, 1996.
- MERON T., *The Geneva Conventions as Customary Law*, in *American Journal of International Law*, 81, 1987.
- MEROPE S., *Recharacterizing the Lubanga Case: Regulation 55 and the Consequences for Gender Justice at the ICC*, in *Criminal Law Forum*, 22, 2011, 311-346.
- MESEKE S., *La contribution de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yugoslavie et le Rwanda à la concrétisation de l'incrimination du crime contre l'humanité*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz, Paris, 2003, 173-222.
- METTRAUX G., *Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda*, in *Harvard International Law Journal*, 43, 2002, 237-316.
- METTRAUX G., *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- METTRAUX G., *Nexus with Armed Conflict*, in A. CASSESE ET AL. (a cura di), *Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- METTRAUX G. (a cura di), *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- METTRAUX G., *The Definition of Crimes Against Humanity and the Question of a "Policy" Element*, in L.N. SADAT (a cura di), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 142-176.
- MILANOVIC M., *The Lost Origins of Lex Specialis: Rethinking the Relationship between Human Rights and International Humanitarian Law*, in J.D. OHLIN (a cura di), *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- MILLER R., *The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity*, in *American Journal of International Law*, 65, 1971, 476-501.
- MINEAR R.H., *Victor's Justice. Tokyo War Crimes Trials*, Princeton University Press, Princeton, 2016.



- MONETA F., *Gli elementi costitutivi dei crimini internazionali: uno sguardo trasversale*, in A. CASSESE, M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2005.
- MORMANDO V., *L'evoluzione storico-domatica delle e condizioni obiettive di punibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996.
- MORO A., *Unità e pluralità di reati. Principi*, Cedam, Padova, 1954.
- MORRIS V., SCHARF M.P., *An Insider's Guide to The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia. A Documentary History and Analysis. Volume I*, Transnational Publishers, New York, 1995.
- MOUTHAAAN S., *The Prosecution of Gender-based Crimes at the ICC. Challenges and Opportunities*, in *International Criminal Law Review*, 11, 2011.
- MURPHY C., *Political Reconciliation and International Criminal Trials*, in L. MAY, Z. HOSKINS (a cura di), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 224-244.
- MUSCATIELLO V.B., *Pluralità e unità di reati: per una microfisica del molteplice*, Cedam, Padova, 2002.
- MUSCO E., *Il mendacio all'autorità tra favoreggiamento personale e falsa testimonianza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 1981, 802-812.
- NALEPA M., KLEPACKA E., *Institute of National Remembrance – Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation*, in *Encyclopedia of Transitional Justice*, 3, 2012.
- NEIER A., *War Crimes: Brutality, Genocide, Terror, and the Struggle for Justice*, Times Books, New York, 1998.
- NEMITZ J.C., *Sentencing in the ICTY and ICTR*, in H. FISCHER, C. KRESS, S.R. LÜDER (a cura di), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law. Current Developments*, Nomos, Berlin, 2001.
- NEMITZ J.C., *The Law of Sentencing in International Criminal Law: The Purpose of Sentencing and the Applicable Method for the Determination of the Sentence*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 4, 2001, 87-127.
- NEPPI MODONA G., *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971.
- NERSESSIAN D.L., *The Contours of Genocide Intent. Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals*, in *Texas International Law Journal*, 37, 2002.

- NICHOLS L., *The International Criminal Court and the End of Impunity in Kenya*, Springer, London, 2015.
- NOUWEN S., *Hybrid Courts: The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Courts*, in *Utrecht Law Review*, 2, 2006, 190-214.
- NOVAK A., *The International Criminal Court. An Introduction*, Springer, London, 2015.
- NSEREKO D.N., *Commentary on Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume IV: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1999-2000*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2002, 58-68.
- O'BYRNE K., *Beyond Consent .Conceptualising Sexual Assault in International Criminal Law*, in *International Criminal Law Review*, 11, 2011.
- O'KEEFE R., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- O'KEEFE R., *Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, 735-760.
- OHLIN J.D. (a cura di), *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- OHLIN J.D., FINKELSTEIN C., GOVERN K. (a cura di), *Cyber War. Law and Ethics for Virtual Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- OLUSANYA O., *Do Crimes Against Humanity Deserve a Higher Sentence than War Crimes?*, in *International Criminal Law Review*, 4, 2004, 431-473.
- OLUSANYA O., *Double Jeopardy Without Parameters. Re-characterisation in International Criminal Law*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004.
- OLUSANYA O., *Emotions, Decision-Making and Mass Atrocities. Through the Lens of the Macro-Micro Integrated Theoretical Model*, Ashgate, Farnham, 2014.
- OLUSANYA O., *Sentencing War Crimes and Crimes Against Humanity under the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Europa Law, Groningen, 2005.
- ORICCHIO M., *Principio di specialità e concorso di norme penali*, in *Rivista penale*, 4, 1994, 369-370.
- PACILEO V., *Concorso di reati*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988.
- PACIONI R., *In tema di norme a più fattispecie e disposizioni a più norme*, in *Cassazione penale*, 1994.

- PADOVANI T., *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2017.
- PAGLIARO A., *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Giuffrè, Milano, 1961, 545-554.
- PAGLIARO A., *Il fatto di reato*, Priulla, Palermo, 1960.
- PAGLIARO A., *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Indice penale*, 1994, 243-274.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1993.
- PAGLIARO A., *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *L'indice penale*, 2, 1976, 217-227.
- PAGLIARO A., *Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale*, in *Giustizia penale*, II, 1993, 170-192.
- PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2016.
- PALAZZO F.C., PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, Torino, 2013.
- PALIERO C.E., *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2016, 1154-1191.
- PALOMBINO F.M., *Les crimes de guerre dans l'évolution du droit international des conflits armés et la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, in E. FRONZA, S. MANACORDA (a cura di), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des Law Clinics en droit pénal international*, Dalloz-Giuffrè, Milano, 2003, 82-93.
- PALOMBINO F.M., *Should Genocide Subsume Crimes Against Humanity? Some Remarks in the Light of the Krstić Appeal Judgment*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 778-789.
- PAPA M., *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017.
- PAPA M., *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Giappichelli, Torino, 1997.
- PARISI F., *The Formation of Customary Law*, 96<sup>th</sup> Annual Conference of the American Political Science Association, Washington D.C., 31 agosto – 3 settembre 2000.
- PATANÈ S., *Concorso apparente di norme, criteri selettivi. La legge 24 novembre 1981, n. 689, e il suo art. 9 per le sanzioni amministrative e i reati*, in *Giustizia penale*, 1982.

- PAULUS A., VASHAKMADZE M., *Asymmetrical War and the Notion of Armed Conflict. A Tentative Conceptualization*, in *International Review of the Red Cross*, 91, 2009.
- PAUST J.J., *Congress and Genocide: They're Not Going to Get Away with It*, in *Michigan Journal of International Law*, 11, 1989.
- PAUWELYN J., *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- PEREZ-CABALLERO J., *El elemento político en los crímenes contra la humanidad. La expansión de la figura al crimen organizado transnacional y el caso de las organizaciones de narcotraficantes mexicanas en el sexenio 2006-2012*, Dykinson, Madrid, 2015.
- PETRONE M., *Il principio di specialità nei rapporti tra millantato credito e truffa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1963.
- PICCININO R., *Concorso di norme e rapporto di specialità nell'ambito della legislazione alimentare*, in *Giustizia penale*, 1984.
- PICKARD D.B., *Proposed Sentencing Guidelines for the International Criminal Court*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 20, 1997, 123-164.
- PIERINI J.P., *Natura ed ambito di applicazione dello Statuto*, in V. FANCHIOTTI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Profili sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2014, 1-32.
- PIERINI J.P., *Principi di diritto sostanziale*, in V. FANCHIOTTI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Profili sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2014, 57-91.
- PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, Paris, 2017.
- PLANZER A., *Le crime de génocide*, Friburgo, 1956.
- POLITI M., *The ICC and the Crime of Aggression: A Dream that Came Through and the Reality Ahead*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 267-288.
- POLITI M., NESI G. (a cura di), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Routledge, New York, 2004.
- POLITI M., NESI G. (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity*, Ashgate, Aldershot, 2001.
- PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, Paris, 2016.

- PRADEL J., *Les pièges du droit comparé: quelques applications en droit pénal*, in J. BEAUCHARD, P. COUVRAT (a cura di) *Droit civil, procédure, linguistique juridique: écrits en hommage à Gérard Cornu*, Presses Universitaires de France, Paris, 1994, 345-357.
- PRADEL J., *Manuel de droit pénal général*, Cujas, Paris, 2008.
- PRADEL J., VARINARD A. (a cura di), *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, Paris, 2016.
- PROSDOCIMI S., *Contributo alla teoria del concorso formale*, Cedam, Padova, 1984.
- PUECH M., *Droit pénal général*, Litec, Paris, 1988.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2015.
- PULITANÒ D., *Problemi di una giustizia penale non statale*, in R. WENIN, G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 3-20.
- PUNZO M., *Il principio di specialità nella teoria e nelle sue pratiche applicazioni*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, III, Giuffrè, Milano, 1965, 149-160.
- PUPPE I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1979.
- QUENEAU R., *Esercizi di stile*, Einaudi, Milano, 2014.
- QUICK N., *Forced Transfer and Customary International Law: Bridging the Gap Between Nuremberg and the ICTY*, in S.M. MEISENBERG, I. STEGMILLER (a cura di), *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Assessing their Contribution to International Criminal Law*, Springer, The Hague, 2016, 291-319.
- RAGNI C., *I tribunali penali internazionalizzati. Fondamento, giurisdizione e diritto applicabile*, Giuffrè, Milano, 2012.
- RAMANATHAN U., *India and the ICC*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 627-634.
- RANDALL C., *Universal Jurisdiction under International Law*, in *Texas Law Review*, 66, 1988.
- RANIERI S., *Reato progressivo e progressione criminosa*, Giuffrè, Milano, 1942.
- RATNER S.R., ABRAMS J.S., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

- REALE E.P., *Chronicles from Kampala. Amending the Rome Statute (first part)*, in *Revue internationale de droit pénal*, 82, 2011, 253-263.
- REALE E.P., *Chronicles from Kampala. Amending the Rome Statute (second part)*, in *Revue internationale de droit pénal*, 82, 2011, 617-627.
- REED A., BOHLANDER M. (a cura di), *General Defences in Criminal Law. Domestic and Comparative Perspectives*, Ashgate, Farnham, 2014.
- RENOUT H., FOURMENT F., *Droit pénal général*, Larcier, Bruxelles, 2013.
- RIKHOF J., *Crimes against Humanity, Customary International Law and the International Tribunals for Bosnia and Rwanda*, in *National Journal of Constitutional Law*, 6, 1996.
- ROBERTS K., *Striving for Definition. The Law of Persecution from its Origins to the ICTY*, in H. ABTAHI, G. BOAS (a cura di), *The Dynamics of International Criminal Justice. Essays in Honour of Sir Richard May*, Nijhoff, The Hague, 2006.
- ROBERTS K., *The Contribution of the ICTY to the Grave Breaches Regime*, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009.
- ROBERTS K., *The Law of Persecution Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, 623-639.
- ROBINSON D., *Defining "Crimes against Humanity" at the Rome Conference*, in *American Journal of International Law*, 93, 1999.
- ROBINSON D., *Essence of Crimes against Humanity Raised by Challenges at ICC*, in *EJIL: Talk!*, online, <https://www.ejiltalk.org/essence-of-crimes-against-humanity-raised-by-challenges-at-icc/>
- ROBINSON J., *The Nuremberg Judgment*, in *Congress Weekly: A Review of Jewish Interests*, vol. 13, n. 25, 1946, 6-8.
- ROBINSON N., *The Genocide Convention. A Commentary*, Institute of Jewish Affairs, New York, 1960.
- ROCCO A., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Parte I. Relazione sul Libro I del Progetto*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1929.
- ROCCO A., *Sul cosiddetto carattere sanzionatorio del diritto penale*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1910.
- ROMANO C.P.R., *Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 55, 2010, 755-787.

- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale. I. Art. 1-84*, Giuffrè, Milano, 2004.
- ROMANO M., GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, Giuffrè, Milano, 2012.
- RONZITTI N., *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, 2014.
- ROSSKOPF U., *Die innere Tatseite des Völkerrechtsverbrechen. Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 30 IStGH Statut*, Berliner Wissenschafts, Berlin, 2007.
- ROZAKIS C.L., *The Concept of 'Jus Cogens' in the Law of Treaties*, North-Holland, New York, 1976.
- SABATINI L., *Il reato specifico nel sistema del concorso di norme giuridiche*, in *Scuola positiva*, 1932, 193.
- SÁCOUTO S., CLEARY K., *Amicus Curiae Brief on the Practice of Cumulative Charging Before International Criminal Bodies Submitted to the Appeals Chamber of the Special Tribunal for Lebanon Pursuant to Rule 131 of the Rules of Procedure and Evidence*, in *Criminal Law Forum*, 22, 2011, 409-432.
- SADAT L.N., *Crimes Against Humanity in the Modern Age*, in *American Journal of International Law*, 107, 2013.
- SADAT L.N. (a cura di), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- SAFFERLING C.J.M., *The Special Intent Requirement in the Crime of Genocide*, in C.J.M. SAFFERLING, E. CONZE (a cura di), *The Genocide Convention Sixty Year after its Adoption*, Springer, The Hague, 2010.
- SAFFERLING C.J.M., CONZE E. (a cura di), *The Genocide Convention Sixty Year after its Adoption*, Springer, The Hague, 2010.
- SALAND P., *International Criminal Law Principles*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, 189-216.
- SALTZBURG S.A., CAPRA D.J., *American Criminal Procedure. Cases and Commentary*, West, Minnesota, 2010.
- SALVAGE P., *Concours d'infractions. – Concours idéal de qualifications*, in *JurisClasseur Pénal Code*, 2016, 1-18.
- SALVAGE P., *Concours d'infractions – Concours réel d'infractions*, in *JurisClasseur Pénal Code*, 2016, 1-60.

- SALVAIRE J., *Le concours idéal de contravention*, in *Juris-Classeur périodique général*, I, 1960, 1588.
- SANTALLA VARGAS E., *An Overview of the Crime of Genocide in Latin American Jurisdiction*, in *International Criminal Review*, 10, 2010.
- SANTONI DE SIO F., DI NUCCI E. (a cura di), *Drones and Responsibility: Legal, Philosophical and Socio-technical Perspectives on the Use of Remotely Controlled Weapons*, Ashgate, Farnham, 2016.
- SAUL B., *The Implementation of the Genocide Convention at the National Level*, in P. GAETA (a cura di), *The UN Genocide Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- SCALIA D., *Art. 78*, in J. FERNANDEZ, X. PACREAU (a cura di), *Statut de Rome de la Cour pénal internationale. Commentaire article par article*, Pedone, Paris, 2012.
- SCHABAS W.A., *Commentary on Prosecutor v. Kupreškić et al.*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume IV: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1999-2000*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2002, 888-892.
- SCHABAS W.A., *Commentary on Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume II: The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994-1999*, Intersentia-Hart-Verlag, Antwerp-Groningen-Oxford-Vienna, 2001, 539-554.
- SCHABAS W.A., *Darfur and the 'Odious Scourge': The Commission of Inquiry's Findings on Genocide*, in *Leiden Journal of International Law*, 18, 2005, 871-885.
- SCHABAS W.A., *Problems of International Codification – Were the Atrocities in Cambodia and Kosovo Genocide?*, in *New England Law Review*, 35, 2001.
- SCHABAS W.A., *State Policy as an Element of International Crimes*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 98, 2008, 953-982.
- SCHABAS W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- SCHABAS W.A., *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- SCHEFFER D., *Article 98(2) of the Rome Statute: America's Original Intent*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 333-353.
- SCHINDLER D., *The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 163, 1979.



- SCHMITT M.N., *The Use of Cyber Force and International Law*, in M. WELLER (a cura di), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- SCHOMBURG W., PETERSON I., *Genuine Consent to Sexual Violence Under International Criminal Law*, in *American Journal of International Law*, 101, 2007.
- SCHWARZENBERGER G., *The Judgment of Nuremberg*, in G. METTRAUX (a cura di), *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 167-189.
- SCHWELB E., *Crimes Against Humanity*, in *British Yearbook of International Law*, 23, 1946, 178-226.
- SELÇUK S., *L'objet de l'infraction et l'escroquerie de ce point de vue*, in *Revue des sciences criminelles*, 1993, 739-748.
- SEMINARA S., *Il delitto tentato*, Giuffrè, Milano, 2012.
- SERLOOTEN P., *Les qualifications multiples*, in *Revue des sciences criminelles*, 1, 1973, 45-79.
- SESTA M., «*Ne bis in idem*» e concorso formale di reati al vaglio della Corte Costituzionale, in *Giustizia penale*, I, 1977, 181-190.
- SHAHABUDDIEN M., *Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004.
- SHELTON D.L. (a cura di), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity. Volume I (A-H)*, Thomson Gale, Farmington Hills, 2005.
- SHELTON D.L. (a cura di), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity. Volume I (I-S)*, Thomson Gale, Farmington Hills, 2005.
- SHELTON D.L., *Human Rights and the Hierarchy of International Law Sources and Norms*, in *Saskatchewan Law Review*, 65, 2002, 299-335.
- SICURELLA R., *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2008.
- SINISCALCO M., *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1961.
- SIVAKUMARAN S., *Identifying an Armed Conflict not of an International Character*, in C. STAHN, G. SLUITER (a cura di), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2009, 363-380.

- SIVAKUMARAN S., *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- SLAUGHTER A.M., *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 44, 2003, 192-194.
- SLOANE R.D., *Sentencing for the 'Crime of Crimes'. The Evolving 'Common Law' of Sentencing of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, in *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, 713-734.
- SLUITER G., "Chapeau Elements" of Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the UN ad hoc Tribunals, in L.N. SADAT (a cura di), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 102-141.
- SLUITER G., FRIMAN H., LINTON S., VASILIEV S., ZAPPALÀ S. (a cura di), *International Criminal Procedure. Principles and Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- SMITH A., *Child Recruitment and the Special Court of Sierra Leone*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, 1141-1153.
- SOTIS C., *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *L'indice penale*, 2, 2017, 461-477.
- SOTIS C., *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, Roma, 2012.
- SPIEZIA A., *Il reato progressivo*, Istituto delle edizioni accademiche, Udine, 1937.
- SPIGA V., *Non-retroactivity of Criminal Law. A New Chapter in the Hissène Habré Saga*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, 5-23.
- STAHN C., *Modifications of the Legal Characterization of Facts in the ICC System: A Portrayal of Regulation 55*, in *Criminal Law Forum*, 16, 2005, 1-31.
- STAHN C., *The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design*, in *Leiden Journal of International Law*, 18, 2005, 425-466.
- STAHN C. (a cura di), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- STAHN C., SLUITER G. (a cura di), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2009.
- STINNEFORD J.F., *Dividing Crime, Multiplying Punishments*, in *UC Davis Law Review*, 48, 2015, 1955-2034.
- STREE W., *Pre § 52*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, C.H.Beck, München, 2014.

- STUCKENBERG C.F., *A Cure for Concurus Delictorum in International Criminal Law?*, in *Criminal Law Forum*, 16, 2005.
- STUCKENBERG C.F., *Cumulative Charges and Cumulative Convictions*, in C. STAHN (a cura di), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 840-858.
- STUCKENBERG C.F., *Multiplicity of Offences: Concurus Delictorum*, in H. FISCHER, C. KRESS, S.R. LÜDER (a cura di), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law. Current Developments*, Nomos, Berlin, 2001, 559-604.
- SUNGA L.S., *The Emerging System of International Criminal Law*, Nijhoff, The Hague, 1997.
- SWAAK-GOLDMAN O., *The Crime of Persecution in International Criminal Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 11, 1998, 145-154.
- SZPAK A., *National, Ethnic, Racial and Religious Groups Protected against Genocide in the Jurisprudence of the ad hoc International Criminal Tribunals*, in *European Journal of International Law*, 23, 2012, 155-173.
- SZOKE-BURKE S., *Avoiding Belittlement of Human Suffering. A Retribuivist Critique of ICTR Sentencing Practice*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 561-580.
- TAGUIEFF P.-A., *La force du préjugé. Essai sur le racism et ses doubles*, La Découverte, Paris, 1988.
- TANAKA Y., MCCORMACK T., SIMPSON G., *Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2011.
- TAYLOR T., *The Anatomy of the Nuremberg Trials. A Personal Memoir*, Skyhorse, New York, 1993.
- THOMAS III G.C., *Double Jeopardy. The History, the Law*, New York University Press, New York-London, 1998.
- THOMPSON J.B., *Universal Jurisdiction: The Sierra Leone Profile*, Springer, The Hague, 2005.
- TILLEY V. (a cura di), *Beyond Occupation: Apartheid, Colonialism and International Law in the Occupied Palestinian Territories*, Pluto Press, London, 2012.
- TOMUSCHAT C., *The Legacy of Nuremberg*, in *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, 830-844.

- TOMUSCHAT C., *Universal Criminal Jurisdiction with Respect to the Crime of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes*, in *Yearbook of the Institute of International Law*, 71, 2005.
- TRIFFTERER O. (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Nomos, Baden-Baden, 1999.
- TRIFFTERER O., *Genocide, its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such*, in *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001.
- TRIFFTERER O., AMBOS K. (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2016.
- TRIFFTERER O., BOCK S., *Article 33*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2016, 1182-1196.
- TUNKIN G., *Is General International Law Customary Law only?*, in *European Journal of International Law*, 4, 1993, 534-542.
- TUZMUKHAMEDOV B., *The ICC and Russian Constitutional Problems*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 621-626.
- VALLINI A., *Concorso di norme e di reati*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale. Volume II*, Giappichelli, Torino, 2001, 263-341.
- VALLINI A., *Giusti principi, dubbie attuazioni: convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro*, in *Diritto penale e processo*, 7, 2011, 848-858.
- VALLINI A., *La mens rea*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016.
- VAN DEN HERIK L.J., *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2005.
- VAN DER VYVER J.D., *Apartheid*, in D.L. SHELTON (a cura di), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity. Volume I (A-H)*, Thomson Gale, Farmington Hills, 2005, 47-55.
- VAN DER WILT H., *Commentary on Prosecutor v. Delalić et al.*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases. Volume III*, Intersentia, Antwerp, 2001.
- VAN DER WILT H., *Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction*, in *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006.

- VAN DER WILT H., *War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 1113-1128.
- VAN DER WILT H., NOLLKAEMPER A. (a cura di), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- VAN DER WOLF W.J., DE RUITER D. (a cura di), *Crimes Against Humanity and International Criminal Law*, Wolf, Oisterwijk, 2011.
- VAN SCHAACK B., *The Crime of Political Genocide. Repairing the Genocide Convention's Blind Spot*, in *Yale Law Journal*, 106, 1997.
- VAN SCHAACK B., *The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 37, 1999.
- VAN SLIEDREGT E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- VAN SLIEDREGT E., VASILIEV S. (a cura di), *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- VANDEBROEK E., *Art. 78*, in P. DE HERT ET AL. (a cura di), *Code of International Criminal Law and Procedure*, Larcier, Brussel, 2013.
- VARINARD A., *Qualifications multiples. Notion et régime*, in J. PRADEL, A. VARINARD (a cura di), *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, Paris, 2016.
- VASILIEV S., *International Criminal Tribunals in the Shadow of Strasbourg and Politics of Cross-fertilisation*, in *Nordic Journal of International Law*, 84, 2015, 371-403.
- VASSALLI G., *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Giuffrè, Milano, 1958, 505-519.
- VASSALLI G., *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della "legge Merlin"*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1965, 349-422.
- VASSALLI G., *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, 1150-1164.
- VENEZIANI P., *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2000.
- VENTURA M.J., *The Duty to Investigate Zimbabwe Crimes Against Humanity (Torture) Allegations: The Constitutional Court of South Africa Speaks on Universal Jurisdiction and the ICC Act*, in *Journal of International Criminal Justice*, 13, 2015, 861-889.

- VERDIRAME G., *The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 49, 2000.
- VEST H., *A Structured-Based Concept of Genocidal Intent*, in *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007.
- VIGANÒ F., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.
- VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.
- VIGNARCA F., *Mercenari S.p.a.*, BUR, Milano, 2004.
- VOENA G.P., «*Ne bis in idem*» e concorso formale di reati, in *Giurisprudenza penale*, II, 1976, 321-326.
- VOGLER A., *Vor § 52*, in H.W. LAUFHÜTTE ET AL. (a cura di), *Strafgesetzbuch Leipzig Kommentar. Band 2: §§ 32-55*, De Gruyter, Leipzig, 2006, 1241-1243.
- VOHRAH L.C. ET AL. (a cura di), *Man's Inhumanity to Man*, Brill-Nijhoff, The Hague, 2003.
- VON AHLBRECHT H., *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, Nomos, Baden Baden, 1999.
- VON HEBEL H., ROBINSON D., *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, 79-126.
- VRANES E., *The Definition of "Norm Conflict" in International Law and Legal Theory*, in *European Journal of International Law*, 17, 2006.
- WAGNER N., *A Critical Assessment of Using Children to Participate Actively in Hostilities in Lubanga. Child Soldiers and Direct Participation*, in *Criminal Law Forum*, 24, 2013, 145-203.
- WALLER J., *Becoming Evil. How Ordinary People Committ Genocide and Mass Killing*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- WALTHER S., *Cumulation of Offences*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Law: A Commentary. Volume I*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 475-495.
- WARBURTON C., CULP R., *Can Domestically Seated War Crimes Tribunals Generate Positive Externalities? A Case Study of the Special Court for Sierra Leone*, in G. ANDEROPOULOS ET AL. (a cura di), *International Criminal Justice: Critical Perspectives and New Challenges*, Springer, The Hague, 2011, 169-187.

- WAUTERS J.M., *Torture and Related Crimes – A Discussion of the Crimes Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Leiden Journal of International Law*, 11, 1998, 155-164.
- WEINDLING P.J., *Nazi Medicine and the Nuremberg Trials. From Medical War Crimes to Informed Consent*, Palgrave, London, 2004.
- WELLER M. (a cura di), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- WENIN R., *La mens rea nello Statuto di Roma. Un'analisi esegetico-sistematica dell'art. 30 in chiave comparata*, Giappicheli, Torino, 2012.
- WENIN R., FORNASARI G., FRONZA E. (a cura di), *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.
- WERLE G., *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.
- WERLE G., BURGHARDT B., *Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a 'State-like' Organization?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 1151-1170.
- WERLE G., FERNANDEZ L., VORMBAUM M. (a cura di), *Africa and the International Criminal Court*, Springer, The Hague, 2014.
- WERLE G., JESSBERGER F., *International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes against International Law*, in *Criminal Law Forum*, 13, 2002, 191-223.
- WERLE G., JESSBERGER F., *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- WEXLER L.S., *The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 32, 1995, 289-380.
- WHITE B., *Israeli Apartheid: A Beginner's Guide*, Pluto Press, London, 2009.
- WIESSNER S., *Ethnic Groups*, in D.L. SHELTON (a cura di), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity. Volume I (I-S)*, Thomson Gale, Farmington Hills, 2005.
- WILLIAMS S., *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals. Selected Jurisdictional Issues*, Hart, Oxford-Portland, 2012.

- WILLIAMS S., *The Cambodian Extraordinary Chambers. A Dangerous Precedent for International Justice?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 53, 2003, 227-245.
- WILMSHURTS E. (a cura di), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- WILLIAMS S., *The Extraordinary African Chambers in the Senegalese Courts. An African Solution to an African Problem?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 11, 2013, 1139-1160.
- WINTER R., *The Special Court for Sierra Leone*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Ashgate, Farnham, 2010, 101-121.
- WOLTAG J.C., *Cyber Warfare: Military Cross-Border Computer Network Operations Under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- WOUTERS J., VERHOEVEN S., *The Prohibition of Genocide as a Norm of Ius Cogens and its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide*, in *International Criminal Law Review*, 5, 2005.
- WRIGHT Q., *The Law of the Nuremberg Trial*, in G. METTRAUX (a cura di), *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 320-353.
- YEE S., *The Erdemović Sentencing Judgment: A Questionable Milestone for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 26, 1997.
- ZAGREBELSKY V., *Il principio di specialità tra furto ed illecito amministrativo in tema di abbattimento abusivo di selvaggina*, in *Giurisprudenza italiana*, 1982.
- ZAGREBELSKY V., voce *Reato continuato*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, 1987.
- ZAHAR A., SLUITER G., *International Criminal Law. A Critical Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- ZANOTTI M., *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Dig. pen.*, X, Utet, Torino, 1995.
- ZILBERSHATS Y., *Apartheid, International Law, and the Occupied Palestinian Territory, A Reply to John Dugard and John Reynolds*, in *European Journal of International Law*, 24, 2013.
- ZIMMERMANN A., *Article 124*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2016, 2312-2317.



ZIMMERMANN A., *Superior Orders*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Law: A Commentary. Volume I*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

ZIMMERMANN A., FREIBURG E., *Article 8 bis*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2016, 580-618.

ZOLO D., *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

ZOLO D., *Peace through Criminal Law?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, 727-734.



## INDICE DEI CASI

### GIURISDIZIONI INTERNAZIONALI

#### **EAC - Camere Africane Straordinarie**

*Hissein Habré*, Jugement, Chambre Africaine Extraordinaire d'Assises, 30 maggio 2016.

#### **ECCC - Camere Straordinarie nelle Corti in Cambogia**

*Chea and Samphan (002)*, Closing order, 15 settembre 2010.

*Chea and Samphan (002)*, Judgment, TC, 002/19-09-2007/ECCC/TC, 7 agosto 2014.

*Kaing Guek Eav alias Duch (001)*, Decision on Appeal against Closing Order Indicting Kaing Guek Eav alias 'Duch', PTC-II, 011/18-07-2007-ECCC/OCIJ, 5 dicembre 2008.

*Kaing Guev Eav alias Duch (001)*, Judgment, TC, 011/18-07-2007/ECCC/TC, 26 luglio 2010.

*Kaing Guev Eav alias Duch (001)*, Appeals Judgment, Supreme Court Chamber, 001/18-07-2007/ECCC/SC, 3 febbraio 2012.

#### **ICC - Corte penale internazionale**

*Al Bashir Omar Hassan Ahmad*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, PTC, ICC-02/05-01/09-3, 4 marzo 2009.

*Al Mahdi Ahmad Al Faqi*, Judgment and Sentence, TC VIII, ICC-01/12-01/15, 27 settembre 2016.

*Bemba Gombo Jean-Pierre*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, PTC-II, ICC-01/05-01/08, 15 giugno 2009.

*Bemba Gombo Jean-Pierre*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08, 21 marzo 2016.

*Bemba Gombo Jean-Pierre*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, TC III, ICC-01/05-01/08, 21 giugno 2016.

*Bemba Gombo Jean-Pierre*, Prosecution’s Document in Support of Appeal against Trial Chamber III’s “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”, AC, ICC-01/05-01/08 A2, 21 ottobre 2016.

*Blé Guadé Charles*, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Gaudé, P-TC, ICC-02/11-02/11, 11 dicembre 2014.

*Bosco Ntaganda*, Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, AC, ICC-01/04-02/06 OA5, 15 giugno 2017.

*Democratic Republic of the Congo*, Judgment on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I’s 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, AC, ICC-01/04, 13 luglio 2006.

*Gbagbo Laurent*, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, P-TC, ICC-02/11-01/11, 12 giugno 2014.

*Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber, ICC-01/04-01/07, 30 settembre 2008.

*Katanga Germain*, Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut, TC II, ICC-01/04-01/07, 7 marzo 2014.

*Katanga Germain*, Décision relative à la peine (article 76 du Statut), TC II, ICC-01/04-01/07, 23 maggio 2014.

*Lubanga Dyilo*, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006, AC, ICC-01/04-01/06-772, 14 dicembre 2006.

*Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges, P-TC, ICC-01/04-01/06, 29 gennaio 2007.

*Lubanga Dyilo*, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, TC, ICC-01/04-01/06, 30 novembre 2007.

*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, TC, ICC-01/04-01/06, 14 marzo 2012.

*Lubanga Dyilo*, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, TC, ICC-01/04-01/06, 14 marzo 2012.

*Lubanga Dyilo*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, TC, ICC-01/04-01/06, 14 marzo 2012.

*Lubanga Dyilo*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, TC, ICC-01/04-01/06, 10 luglio 2012.

*Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeal of Mr .Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, AC, ICC-01/04-01/06 A 5, 1 dicembre 2014.

*Lubanga Dyilo*, Partly dissenting opinion of Judge Sang-Hyun Song, AC, ICC-01/04-01/06 A 5, 1 dicembre 2014.

*Mudacumura Sylvestre*, Decision on the Prosecution’s Application under Article 58, PTC-II, ICC-01/04-01/12-1-Red, 13 luglio 2012.

*Muthaura et al.*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, P-TC II, ICC-01/09-02/11, 23 gennaio 2012.

*Ongwen Dominic*, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, PTC-II, ICC-02/04-01/15-422-Red, 23 marzo 2016.

*Ruto, Kosgey and Sang*, Dissenting Opinion by Judge Hans-Peter Kaul to Pre-Trial Chamber II’s “Decision on the Prosecutor’s Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, P-TC II, ICC-01/09-01/11, 15 marzo 2011.

*Ruto, Kosgey and Sang*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, PTC-II, ICC-01/09-01/11, 23 gennaio 2012.

## **ICJ - Corte Internazionale di Giustizia**

*Belgium v. Spain (Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited)*, Judgment, 5 febbraio 1970.

*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro (Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)*, Judgment, 26 febbraio 2007.

*Croatia v. Serbia (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)*, Judgment, 2 febbraio 2015.

*Democratic Republic of the Congo v. Rwanda (Case Concerning Armed Activities on the Territories of the Congo)*, Judgment, 3 febbraio 2006.

*Nicaragua v. USA (Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua)*, Judgment, 27 giugno 1986.

*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 28 maggio 1951.

**ICTR - Tribunale penale internazionale per il Ruanda**

*Akayesu Jean-Paul*, Amended Indictment, ICTR-96-4-I, 17 giugno 1997.

*Akayesu Jean-Paul*, Judgment, TC, ICTR-96-4-T, 2 settembre 1998.

*Akayesu Jean-Paul*, Judgment, AC, ICTR-96-4-A, 1 giugno 2001.

*Bagosora and Nsengiyumva*, Judgment, AC, ICTR-98-41-A, 14 dicembre 2011.

*Bisengimana Paul*, Judgment and Sentence, TC-II, ICTR-00-60-T, 13 aprile 2006.

*Gatete Jean-Baptiste*, Judgment and Sentence, TC-III, ICTR-2000-61-T, 31 marzo 2011.

*Kambanda Jean*, Judgment and Sentence, TC, ICTR-97-23-S, 4 settembre 1998.

*Kayishema and Ruzindana*, First Amended Indictment, ICTR-95-1-I, 11 aprile 1997.

*Kayishema and Ruzindana*, Judgment, TC-II, ICTR-95-1-T, 21 maggio 1999.

*Kayishema and Ruzindana*, Dissenting Opinion of Judge Tafazzal Hossain Khan, TC-II, ICTR-95-1-T, 21 maggio 1999.

*Kamuhanda Jean de Dieu*, Indictment, ICTR-99-, 27 settembre 1999.

*Musema Alfred*, Judgment and Sentence, TC, ICTR-96-13-A, 27 gennaio 2000.

*Nahimana et al.*, Judgment and Sentence, TC, ICTR-99-52-T, 3 dicembre 2003.

*Nahimana et al.*, Judgment, AC, ICTR-99-52-A, 28 novembre 2007.

*Nchamihigo Siméon*, Judgment and Sentence, TC-III, ICTR-01-63-T, 12 novembre 2008.

*Ndahimana Grégoire*, Judgment and Sentence, TC-II, ICTR-01-68-T, 30 dicembre 2011.

*Ndindabahizi Emmanuel*, Judgment and Sentence, TC, ICTR-2001-71-I, 15 luglio 2004.

*Ndindabahizi Emmanuel*, Judgment, AC, ICTR-01-71-A, 16 gennaio 2007.

*Ndindiliyimana et al.*, Judgment and Sentence, TC-II, ICTR-00-56-T, 17 maggio 2011.

*Nizeyimana Ildéphonse*, Judgment and Sentence, TC-III, ICTR-2000-55C-T, 12 giugno 2012.

*Ntabakuze Aloys*, Judgment, AC, ICTR-98-41A-A, 8 maggio 2012.

*Ntagerura et al.*, Decision on the Preliminary Motion Filed by the Defence Based on Defects in the Form of the Indictment, TC, 28 novembre 1997.

*Ntagerura et al.*, Judgment, AC, ICTR-99-46-A, 7 luglio 2006.

*Ntakirutimana and Ntakirutimana*, Judgment and Sentence, TC, ICTR-96-10-T, 21 febbraio 2003.

*Ntakirutimana and Ntakirutimana*, Judgment, AC, ICTR-96-10-A, 13 dicembre 2004.

*Nyiramasuhuko et al. (Butare)*, Decision faisant suite à la requete en exception prejudicielle déposée par la defense pour vices de forme de l'acte d'accusation – Art. 72B du RPP, TC-II, ICTR-98-42, 31 maggio 2000.

*Nzabonimana Calixte*, Judgment and Sentence, TC-III, ICTR-98-44-D-T, 31 maggio 2012.

*Ruggiu. Georges*, Judgment and Sentence, Trial Chamber, ICTR-97-32-I, 1 giugno 2000.

*Rukundo Emmanuel*, Judgment, TC-II, ICTR-2001-70-T, 27 febbraio 2009.

*Rutaganda Georges*, Judgment and Sentence, Trial Chamber, ICTR-96-3-T, 6 dicembre 1999.

*Semanza Laurent*, Judgment and Sentence, Trial Chamber, ICTR-97-20-T, 15 maggio 2003.

*Semanza Laurent*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Pavel Dolenc, TC-III, ICTR-97-20-T, 15 maggio 2003.

*Semanza Laurent*, Judgment, AC, ICTR-97-20-A, 20 maggio 2005.

*Seromba Athanase*, Judgment, AC, ICTR-2001-66-A, 12 marzo 2008.

*Simba Aloys*, Judgment, AC, ICTR-01-76-A, 27 novembre 2007.

*Serushago Omar*, Sentence, TC, ICTR, 98-39-S, 5 febbraio 1999.

### **ICTY - Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia**

*Banović Predrag*, Sentencing Judgment, TC, IT-02-65/1-S, 28 ottobre 2003.

*Blagojević and Jokić*, Judgment, TC, IT-02-60-T, 17 gennaio 2005.

*Blaškić Tihomir*, Judgment, Trial Chamber, IT-95-14-T, 3 marzo 2000.

- Boškoski and Tarčulovski*, Judgment, AC, IT-04-82-A, 19 maggio 2010.
- Bralo Miroslav*, Sentencing Judgment, TC, IT-95-17-S, 7 dicembre 2005.
- Brđanin Radoslav*, Judgment, TC-II, IT-99-36-T, 1 settembre 2004.
- Delalić et al.*, Indictment, IT-96-21, 19 marzo 1996.
- Delalić et al.*, Decision on Application for Leave to Appeal by Hazim Delić (Defects in the Form of the Indictment), Appeals Chamber, IT-96-21-AR72.5, 6 dicembre 1996.
- Delalić et al.*, Judgment, TC, IT-96-21-T, 16 novembre 1998.
- Delalić et al.*, Judgment, Appeals Chamber, IT-96-21-A, 20 febbraio 2001.
- Delalić et al.*, Separate and Dissenting Opinion of Judge David Hunt and Judge Mohamed Bennouna, AC, IT-96-21-A, 20 febbraio 2001.
- Dorđević Vlastimir*, Judgment, TC-II, IT-05-87/1-T, 23 febbraio 2011.
- Dorđević Vlastimir*, Judgment, AC, IT-05-87/1-A, 27 gennaio 2014.
- Erdemović Dražen*, Judgment, AC, IT-96-22-A, 7 ottobre 1997.
- Erdemović Dražen*, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, AC, IT-96-22-A, 7 ottobre 1997.
- Erdemović Dražen*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, AC, IT-96-22-A, 7 ottobre 1997.
- Furundžija Anto*, Judgment, TC, IT-95-17/1-T, 10 dicembre 1998.
- Furundžija Anto*, Judgment, AC, IT-95-17/1-A, 21 luglio 2000.
- Furundžija Anto*, Declaration of Judge Vohrah, AC, IT-95-17/1-A, 21 luglio 2000.
- Galić Stanislav*, Judgment and Opinion, TC, IT-98-29-T, 5 dicembre 2003.
- Galić Stanislav*, Judgment, AC, IT-98-29-A, 30 novembre 2006.
- Gotovina et al.*, Judgment, TC, IT-06-90-T, 15 aprile 2011.
- Haradinaj et al.*, Judgment, TC, IT-04-84-T, 3 aprile 2008.
- Jelisić Goran*, Judgment, AC, IT-95-10-A, 5 luglio 2001.
- Jelisić Goran*, Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, AC, IT-95-10-A, 5 luglio 2001.



- Jelišić Goran*, Partial Dissenting Opinion of Judge Wald, AC, IT-95-10-A, 5 luglio 2001.
- Karadžić Radovan*, Judgment, Trial Chamber, IT-95-5/18-T, 24 marzo 2016.
- Kordić and Čerkez*, Judgment, Trial Chamber, IT-95-14/2-T, 26 febbraio 2001.
- Kordić and Čerkez*, Judgment, AC, IT-95-14/2-A, 17 dicembre 2004.
- Kordić and Čerkez*, Joint Dissenting Opinion of Judge Schomburg and Judge Güney on Cumulative Convictions, AC, IT-95-14/2-A, 17 dicembre 2004.
- Krajišnik Momčilo*, Judgment, TC, IT-00-39-T, 27 settembre 2006.
- Krajišnik Momčilo*, Judgment, AC, IT-00-39-A, 17 marzo 2009.
- Krnjelac Milorad*, Decision on the Defence Preliminary Motion on the Form of the Indictment, Trial Chamber II, IT-97-25, 24 febbraio 1999.
- Krnjelac Milorad*, Judgment, TC-II, IT-97-25-T, 15 marzo 2002.
- Krnjelac Milorad*, Judgment, AC, IT-97-25-A, 17 settembre 2003.
- Krstić Radislav*, Decision on Defence Preliminary Motion on the Form of the Amended Indictment, Count 7-8, Trial Chamber, IT-98-33, 28 gennaio 2000.
- Krstić Radislav*, Judgment, TC, IT-98-33-T, 2 agosto 2001.
- Krstić Radislav*, Judgment, AC, IT-98-33-A, 19 aprile 2004.
- Krstić Radislav*, Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, AC, IT-98-33-A, 19 aprile 2004.
- Kunarac et al.*, Judgment, TC, IT-96-23-T, 22 febbraio 2001.
- Kunarac et al.*, Judgment, AC, IT-96-23/1-A, 12 giugno 2002.
- Kvočka et al.*, Judgment, TC, IT-98-30/1-T, 2 novembre 2001.
- Kupreškić et al.*, Amended Indictment, IT-95-16, 9 febbraio 1998.
- Kupreškić et al.*, Decision on Defence Challenges to the Form of the Indictment, TC, IT-95-16, 15 maggio 1998.
- Kupreškić et al.*, Judgment, Trial Chamber, IT-95-16-T, 14 gennaio 2000.
- Kupreškić et al.*, Appeal Judgment, AC, IT-95-16-A, 23 ottobre 2001.

- Limaj et al.*, Judgment, TC-II, IT-03-66-T, 30 novembre 2005.
- Lukić and Lukić*, Judgment, TC-III, IT-98-32/1-T, 20 luglio 2009.
- Lukić and Lukić*, Judgment, AC, IT-98-32/1-A, 4 dicembre 2012.
- Martić Milan*, Judgment, TC, IT-95-11-T, 12 giugno 2007.
- Milošević Dragomir*, Judgment, TC-III, IT-98-29/1-T, 12 dicembre 2007.
- Milošević Dragomir*, Judgment, AC, IT-98-29/1-A, 12 novembre 2009.
- Milutinović et al.*, Judgment, TC, IT-05-87-T, 26 febbraio 2009.
- Mladić Ratko*, Judgment, TC, IT-09-92-T, 22 novembre 2017.
- Mrkšić et al.*, Judgment, TC-II, IT-95-13/1-T, 27 settembre 2007.
- Mrkšić et al.*, Judgment, AC, IT-95-13/1-A, 5 maggio 2009.
- Naletilić and Martinović*, Decision on Martin Martinović's Objection to the Amended Indictment and Mladen Naletilić's Preliminary Motion to the Amended Indictment, PTC, IT-98-34, 14 febbraio 2001.
- Naletilić and Martinović*, Judgment, TC, IT-98-34-T, 31 marzo 2003.
- Naletilić and Martinović*, Judgment, AC, IT-98-34-A, 3 maggio 2006.
- Naletilić and Martinović*, Opinion Dissidente Conjointe des Juges Güney et Schomburg sur le Cumul de Déclarations de Culpabilité, AC, IT-98-34-A, 3 maggio 2006.
- Perišić Momčilo*, Judgment, TC, IT-04-81-T, 6 settembre 2011.
- Popović et al.*, Judgment, TC-II, IT-05-88-T, 10 giugno 2010.
- Prlić et al.*, Judgment, TC-III, IT-04-74-T, 29 maggio 2013.
- Simić et al.*, Judgment, TC-II, IT-95-9-T, 17 ottobre 2003.
- Stakić Milomir*, Judgment, TC-II, IT-97-24-T, 31 luglio 2003.
- Milomir Stakić Milomir*, Judgment, AC, IT-97-24-A, 22 marzo 2006.
- Stanišić and Župljanin*, Judgment, TC-II, IT-08-91-T, 27 marzo 2013.
- Strugar Pavle*, Decision on Defence Preliminary Motion Concerning the Form of the Indictment, TC, IT-01-42-PT, 28 giugno 2002.

*Strugar Pavle*, Judgment, AC, IT-01-42-A, 17 luglio 2008.

*Tadić Duško*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, IT-94-1, 2 ottobre 1995.

*Tadić Duško*, Separate Opinion of Judge Abi-Saab, AC, IT-94-1, 2 ottobre 1995.

*Tadić Duško*, Decision on the Defence Motion on the Form of the Indictment, Trial Chamber II, IT-94-1-T, 14 novembre 1995.

*Tadić Duško*, Second Amended Indictment, IT-94-1-I, 14 dicembre 1995.

*Tadić Duško*, Opinion and Judgment, Trial Chamber, IT-94-1-T, 7 maggio 1997.

*Tadić Duško*, Sentencing Judgment, Trial Chamber, IT-94-1-T, 14 luglio 1997.

*Tadić Duško*, Judgment, Appeals Chamber, IT-94-1-A, 15 luglio 1999.

*Tadić Duško*, Sentencing Judgment, Trial Chamber, IT-94-1-Tbis-R117, 11 novembre 1999.

*Tadić Duško*, Separate Opinion of Judge Robinson, TC, IT-94-1-Tbis-R117, 11 novembre 1999.

*Tadić Duško*, Judgment in Sentencing Appelas, Appeals Chamber, IT-94-1-A e IT-94-1-A bis, 26 gennaio 2000.

*Tadić Duško*, Separate Opinion of Judge Cassese, AC, IT-94-1-A e IT-94-1-A bis, 26 gennaio 2000.

*Tadić Duško*, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, AC, IT-94-1-A e IT-94-1-A bis, 26 gennaio 2000.

*Tolimir Zdravko*, Judgment, Trial Chamber II, IT-05-88/2-T, 12 dicembre 2012.

*Tolimir Zdravko*, Judgment, AC, IT-05-88/2-A, 8 aprile 2015.

*Vasiljević Mitar*, Judgment, Trial Chamber II, IT-98-32-T, 29 novembre 2002.

*Vasiljević Mitar*, Judgment, AC, IT-98-32-A, 25 febbraio 2004.

### **IMT – Tribunale Militare Internazionale di Norimberga**

*Indictment presented to the International Military Tribunal*, 18 ottobre 1945.

*Trial of the Major War Criminals*, Nuremberg, 1 ottobre 1946.

**SCSL - Corte Speciale per la Sierra Leone**

*Brima, Kamara and Kanu (AFRC case)*, Judgment, TC-II, SCSL-04-16-T, 20 giugno 2007.

*Brima, Kamara and Kanu (AFRC case)*, Judgment, AC, SCSL-2004-16-A, 22 febbraio 2008.

*Fofana and Kondewa (CDF case)*, Judgment, TC, SCSL-04-14-T, 2 agosto 2007.

*Fofana and Kondewa (CDF case)*, Judgment, AC, SCSL-04-14-A, 28 maggio 2008.

*Norman Hinga*, Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), AC, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 maggio 2004.

*Norman Hinga*, Dissenting Opinion of Justice Robertson, AC, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 maggio 2004.

*Sesay, Kallon and Gbao (RUF case)*, Judgment, TC, SCSL-04-15-T, 2 marzo 2009.

*Sesay, Kallon and Gbao (RUF case)*, Judgment, AC, SCSL-04-15-A, 26 ottobre 2009.

*Taylor Charles Ghankay*, Judgment, TC-II, SCSL-03-01-T, 18 maggio 2012.

*Taylor Charles Ghankay*, Judgment, AC, SCSL-03-01-A, 26 settembre 2013.

**SPSC – Panels Speciali per Timor Est**

*Agostinho Cloe*, Judgment, 4/2003, 16 novembre 2004.

*Marques (Los Palos)*, Judgment, 09/2000, 11 dicembre 2001.

**STL - Tribunale Speciale per il Libano**

*Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, AC, STL-11-01/I, 16 febbraio 2011.

**USMT - Tribunali militari statunitensi**

*Altstoetter et al. (Justice case)*, Judgment, Nuremberg, 4 dicembre 1947.

*Brandt et al. (Medical case)*, Judgment, Nuremberg, 19 e 20 agosto 1947.

*Ohlendorf et al. (Einsatzgruppen)*, Judgment, Nuremberg, 9 aprile 1948.

## GIURISDIZIONI INTER-REGIONALI

### **ECtHR - Corte Europea dei Diritti dell'Uomo**

*A e B c. Norvegia*, Grande Camera, ric. n. 24130/11 e 29758/11, 15 novembre 2016.

*Aksoy v. Turkey*, Judgment, 100/1995/606/694, 18 dicembre 1996.

*Al Adsani v. United Kingdom*, n. 35763/97, 21 novembre 2001.

*Oliveira c. Suisse*, 30 luglio 1998.

### **IACtHR - Corte Inter-Americana dei Diritti dell'Uomo**

*Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Voto Disidente del Juez Nieto Navia, 8 dicembre 1995.

## GIURISDIZIONI NAZIONALI

### **Francia**

*CA Bourges*, 6 marzo 1958: D. 1958, 279.

*CA Douai*, 30 settembre 1954: D. 1955, 55.

*CA Limoges*, 4 giugno 1997, in *Revue des sciences criminelles*, 1998.

*Cass. crim.*, 13 gennaio 1953: *Bull. crim.*, n. 12.

*Cass. crim.*, 3 marzo 1955: *Bull. crim.*, n. 433.

*Cass. crim.*, 29 novembre 1956: *Bull. crim.*, n. 588.

*Cass. crim.*, 4 gennaio 1957: *Bull. crim.*, n. 10.

*Cass. crim.*, 15 gennaio 1958: *Bull. crim.*, n. 60.

*Cass. crim.*, 19 febbraio 1959: D. 1959, 161.

*Cass. crim.*, 28 dicembre 1959: *Bull. crim.*, n. 588.

*Cass. crim.*, 3 marzo 1960, *Ben Haddadi*: *Bull. crim.*, n. 138.

- Cass. crim.*, 26 ottobre 1960: *Bull. crim.*, n. 481.
- Cass. crim.*, 6 novembre 1963: *Bull. crim.*, n. 313.
- Cass. crim.*, 25 marzo 1965: *Bull. crim.*, n. 88.
- Cass. crim.*, 16 giugno 1965, *Desboilles*: *Bull. crim.*, n. 44.
- Cass. crim.*, 3 marzo 1966: *Bull. crim.*, n. 79.
- Cass. crim.*, 5 maggio 1966: *Bull. crim.*, n. 139.
- Cass. crim.*, 19 aprile 1967: *Bull. crim.*, n. 126.
- Cass. crim.*, 28 gennaio 1969: *Bull. crim.*, n. 51.
- Cass. crim.*, 6 febbraio 1969: *Bull. crim.*, n. 65.
- Cass. crim.*, 3 gennaio 1970: *Bull. crim.*, n. 4.
- Cass. crim.*, 8 marzo 1972: *Bull. crim.*, n. 89.
- Cass. crim.*, 26 marzo 1974: *Bull. crim.*, n. 129.
- Cass. crim.*, 21 aprile 1976: *Bull. crim.*, n. 122.
- Cass. crim.*, 26 maggio 1976: *Bull. crim.*, n. 181.
- Cass. crim.*, 3 febbraio 1977: *Bull. crim.*, n. 44.
- Cass. crim.*, 20 novembre 1978: *Bull. crim.*, n. 323.
- Cass. crim.*, 24 giugno 1980: *Bull. crim.* 1980, n. 202.
- Cass. crim.*, 13 ottobre 1982: *Bull. crim.* 1982, n. 215.
- Cass. crim.*, 29 novembre 1982: *Bull. crim.* n. 270.
- Cass. crim.*, 22 novembre 1983: *Bull. crim.*, n. 308.
- Cass. crim.*, 16 maggio 1984: *Bull. crim.*, n. 181.
- Cass. crim.*, 20 dicembre 1985, n. 85-95.166.
- Cass. crim.*, 5 febbraio 1986: *Bull. crim.*, n. 47.
- Cass. crim.*, 22 aprile 1986: *Bull. crim.* 1986, n. 136.

- Cass. crim.*, 25 novembre 1986, n. 86-92.714.
- Cass. crim.*, 30 gennaio 1989: *Bull. crim.* n. 33.
- Cass. crim.*, 23 maggio 1989, n. 87-90-021.
- Cass. crim.*, 12 maggio 1993, n. 92-84.179: *Bull. crim.*, n. 177.
- Cass. crim.*, 9 dicembre 1993: *Bull. crim.*, n. 393.
- Cass. crim.*, 15 dicembre 1993, n. 93-84.515: *Bull. crim.*, n. 389.
- Cass. crim.*, 22 febbraio 1995, n. 94-82.102: *Bull. crim.*, n. 80-81.
- Cass. crim.*, 4 febbraio 1998, n. 97-82.417: *Bull. crim.*, n. 46.
- Cass. crim.*, 11 maggio 2004: *Bull. crim.*, n. 115.
- Cass. crim.*, 8 marzo 2005, n. 04-83.341: *Bull. crim.*, n. 78.
- Cass. crim.*, 21 marzo 2006, n. 05-83.122: *Bull. crim.*, n. 84.
- Cass. crim.*, 16 maggio 2006, n. 05-86.860.
- Cass. crim.*, 30 aprile 2016, n. 15-85.082.
- Cons. Const.*, 12 gennaio 2002, n. 2001-455 DC.

## **Italia**

- Cass. Pen.*, Sez. V, 9 marzo 1981, in *Giustizia penale*, II, 1982.
- Cass. Pen.*, Sez. Un., 7 giugno 2001, in *Diritto penale e processo*, 2001.
- Cass. Pen.*, Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 47164.
- Cass. Pen.*, Sez. VI, 7 giugno 2006, n. 30150.
- Cass. Pen.*, Sez. III, 10 luglio 2007, n. 37409.
- Cass. Pen.*, Sez. III, 14 novembre 2007, n. 14707.
- Cass. Pen.*, Sez. III, 9 aprile 2008, in *Giurisprudenza italiana*, 2008.
- Cass. Pen.*, Sez. II, 10 dicembre 2008, Padula e altro, in *CED*, 2008/46992.

Cass. Pen., Sez. VI, 9 gennaio 2009, Romano e altri, in *CED*, 2009/9528.

Cass. Pen., Sez. II, 24 febbraio 2010, n. 11989.

Cass. Pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1235.

Cass. Pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1963.

Cass. Pen., Sez. III, 3 dicembre 2010, n. 1860.

Cass. Pen., Sez. Un., 19 gennaio 2011.

Cass. Pen., Sez. Un., 21 gennaio 2011, n. 1963.

Cass. Pen., Sez. III, 20 novembre 2011, n. 1815.

Cass. Pen., Sez. IV, 3 ottobre 2012, n. 46441.

Cass. Pen., Sez. II, 6 dicembre 2012, n. 10994.

Cass. Pen., Sez. I, 10 luglio 2013, n. 33384.

Cass. Pen., Sez. II, 11 ottobre 2013, n. 933.

Cass. Pen., Sez. V, 8 aprile 2014, n. 44017.

Cass. Pen., Sez. V, 3 novembre 2015, n. 19447.

Cass. Pen., Sez. V, 19 febbraio 2016 n. 15632.

Cass. Pen., Sez. III, 22 ottobre 2016, n. 53672.

Cass. Pen., Sez. VI, 3 novembre 2016, n. 47174.

Cass. Pen., VI Sez., Ordinanza 3 novembre 2016, n. 47174.

Cass. Pen., Sez. IV, 15 febbraio 2017, n. 11540.

Cass. Pen., Sez. Un., 23 febbraio 2017, n. 20664.

Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236.

Trib. Cagliari, 22 maggio 1987, in *Rivista giuridica sarda*, 1988.

Trib. Milano, 28 aprile 1994, in *Foro italiano*, II, 1995.

Trib. Oristano, 27 aprile 1983, in *Foro italiano*, II, 1983.



## **Olanda**

*P.N.M. v. Public Prosecutor*, Netherlands Supreme Court, 13 gennaio 1981, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 13, 1982.

## **Stati Uniti**

*Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299, 1932.

*Brown v. Ohio*, 432 U.S. 161, 1977.

*Rutledge v. United States*, 517 U.S. 292, 1996.

## **DOCUMENTI INTERNAZIONALI E NAZIONALI**

*Accord entre le Gouvernement de la République du Senegal et l'Union Africaine sur la creation de Chambres Africaines Extraordinaires au sein des juridictions Senegalaises*, 22 aprile 2012.

*Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*, 16 gennaio 2002.

*Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodian law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea*, 6 giugno 2003.

*Agreement by the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, Accordo di Londra, 8 agosto 1945, 82 U.N.T.S. 280.

*Control Council Law no. 10*, 20 dicembre 1945.

E/CN.4/Sub.2/1998/13, Final Report on Contemporary Forms of Slavery. Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict, 22 giugno 1998.

ICRC, *Opinion Paper: How is the Term 'Armed Conflict' Defined in International Humanitarian Law?*, marzo 2008.

LIA, *Report of Commission I on Punishment of War Crimes*, 1943.

Preparatory Commission, *Informal Inter-Sessional Meeting of the Preparatory Commission for the International Criminal Court on Elements of Crimes*, PCNICC/2000/WGEC/INF/1, Siracusa, 10 marzo 2000.

Preparatory Commission, Working Group on Elements of Crimes, *Outcome of an intersessional meeting of the Preparatory Commission for the International Criminal Court held in Siracusa from 31 January to 6 February 2000*, PCNICC/2000/WGEC/INF/1.

Rome Statute of the International Criminal Court, A/CONF.183/9, 17 luglio 1998, in *United Nations Treaty Series*, vol. 2187, n. 38544.

*Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, in *Indice penale*, 1992.

UN Doc. A/RES/2106/XX, 21 dicembre 1965.

UN Doc. A/RES/2391/XXIII, *Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity*, 26 novembre 1968.

UN Doc. A/RES/3068/XXVIII, 30 novembre 1973.

UN Doc., A/35/10, *Report of the International Law Commission on the Work of its Thirty-Second Session*, 1980.

UN Doc. A/Conf.129/15, *Vienna Convention on the Law of Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations*, 1986.

UN Doc. A/AC.249/1997/WG.6/CRP.10

UN Doc. S/25704, *Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, 3 maggio 1993

UN Doc. S/PV.3217, 25 maggio 1993.

UN Doc. S/25704, *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808*, 1993.

UN Doc. S/1994/1125, *Preliminary report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council resolution 935 (1994)*, 4 ottobre 1994.

UN Doc. CCPR/21/Rev.1/Add.6, *General Comment adopted by the Human Rights Committee under article 40, para. 4, of the ICCPR, No. 24*, 11 novembre 1994.

UN Doc. S/1994/1405, *Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council resolution 935 (1994)*, 9 dicembre 1994.

UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR3, *Third Meeting of the Committee fo the Whole*, 17 giugno 1998.

UN Security Council, S/RES/1315 (2000), 14 agosto 2000.

UNTS 1465, A/RES/39/46, 10 dicembre 1984.

WCRO, *The Practice of Cumulative Charging at the International Criminal Court*, maggio 2010.