


Pubblicazioni
Centro Studi per la Pace
www.studioperlapace.it

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

Facoltà di Giurisprudenza

**TESI DI LAUREA
IN
DIRITTO INTERNAZIONALE**

**L'OVERLAPPING DEI CRIMINI DI GUERRA E
DEI CRIMINI CONTRO L'UMANITA' NEL
DIRITTO INTERNAZIONALE PENALE**

**RELATORE
CH.MO PROF.
MASSIMO IOVANE**

**CANDIDATA
CARLA CAMPANARO**

anno accademico 2004/2005

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

I CRIMINI INTERNAZIONALI

1 I CRIMINI DI GUERRA

- a. elemento oggettivo
 - a.1. (segue) la distinzione tra conflitti armati internazionali ed interni
- b. l'elemento soggettivo

2 I CRIMINI CONTRO L'UMANITA'

- a. elemento oggettivo
 - a.1 (segue) le vittime
 - a.2. (segue) inesistenza della disposizione che richiede il nesso tra i crimini contro l'umanita' ed il conflitto armato
- b. l'elemento soggettivo

3- IL GENOCIDIO

- a. elemento oggettivo
- b. elemento soggettivo

Capitolo II

CONCORSO DI REATI ALLA LUCE DEI PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO PENALE

1 CONCORSO MATERIALE DI REATI

2 CONCORSO FORMALE

3 CONCORSO APPARENTE

a. (segue) specialita' unilaterale: il principio di specialita'

b. specialita' reciproca

b-1 il criterio di sussidiarieta'

b-2 il criterio di consumazione

c. la disciplina del concorso apparente

Capitolo III

OVERLAPPING TRA CRIMINI DI GUERRA E CRIMINI CONTRO L'UMANITA' NEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

1 INTRODUZIONE ALLA QUESTIONE DEL CUMULATIVE CHARGE, CONVICTION E SENTENCING

2 NE BIS IN IDEM NEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

a-il significato di 'idem' alla luce della prassi internazionale

3 CUMULATIVE CHARGES

4 CONCORSO DI REATI IN FASE DI CONVICTION

A. Concorso di reati in fase di conviction nella giurisprudenza dell'Icty

B. Concorso di reati in fase di conviction nella giurisprudenza dell'Ictr

5 CONCORSO DI REATI IN FASE DI SENTENCING

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Per definizione, si ha concorso di reati quando uno stesso soggetto viene accusato o condannato per due o più reati in relazione allo stesso fatto o alla stessa transazione. La problematica in esame, rilevante originariamente solo nei sistemi giuridici interni, è emersa in tutta la sua importanza anche nel diritto internazionale penale, ove differenti fattispecie di reato (vale a dire crimini contro l'umanità, crimini di guerra e genocidio) possono essere applicate congiuntamente. È agevole rilevare, infatti, che se un individuo viene accusato o condannato per più crimini in relazione alla medesima condotta, egli potrebbe lamentare la violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, che vieta di addossare più volte lo stesso fatto all'autore. Alla luce di questa premessa, l'indagine può essere divisa essenzialmente in tre parti.

In primo luogo, affronteremo la questione relativa al contenuto dei singoli crimini, al fine di stabilire quando tali crimini si sovrappongono, concorrendo gli uni con gli altri e quali elementi distinguono i vari tipi di reati quando lo stesso atto, ad esempio 'murder', è classificato sia come *war crime* che come *crime against humanity*.

In secondo luogo (e prima di procedere all'esame dei criteri utilizzati dai Tribunali penali internazionali¹ per risolvere questioni di concorso), verificheremo in che modo gli ordinamenti giuridici interni, sia di *civil law* che di *common law*, disciplinano la questione del concorso di reati e in che misura, dunque, si è formato in materia un principio generale di diritto riconosciuto dalle nazioni civili.

¹ International Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY),

International Tribunal for Rwanda (ICTR)

È noto, infatti, che la fonte da ultimo richiamata (e a cui lo Statuto² della Corte penale internazionale³ fa espresso riferimento (art. 21⁴ Normativa Applicabile)⁵.) è stata sempre utilizzata dai Tribunali penali

² Risalendo a ritroso il cammino della storia del diritto internazionale penale vediamo che il precedente storico e giuridico dello Statuto dell'ICC si trova nell'Accordo di Londra per perseguire i maggiori criminali di guerra dell'Asse europeo, con allegata la c.d. Carta di Londra 8 agosto 1945 poi ripreso dalla Carta di Tokio del 19 gennaio 1946. Queste fonti scritte diedero luogo ad una giurisprudenza (sentenza del tribunale militare internazionale di Norimberga, sentenze di Tokio e numerose sentenze pronunciate dai tribunali istituiti dai quattro stati vincitori) che si sarebbe rivelata molto importante per fissare principi di diritto internazionale.

A seguito della redazione dei principi generali di Norimberga del 1946 presero l'avvio nel 1954 i lavori della Commissione di Diritto Internazionale (C.D.I.) che proseguiranno con successive fasi poi terminate in vari 'Rapporti' susseguitesi negli anni che sono stati utilizzati per la redazione sia degli statuti dei tribunali ad hoc (ICTY e ICTR) sia del testo ultimato a Roma nel 1998.

³ lo Statuto della Corte penale internazionale è stato approvato a Roma il 17 luglio 1998, 37 ILM 999 ; è entrato in vigore il 1 luglio 2002

⁴ Articolo 21 Normativa applicabile 1. La Corte applica: a) in primo luogo, il presente Statuto ed il Regolamento di procedura e di prova; b) in secondo luogo, ove occorra, i trattati applicabili ed i principi e le regole di diritto internazionale, ivi compresi i principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati; c) in mancanza, i principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine, purché tali principi non siano in contrasto con il presente Statuto, con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti. 2. La Corte può applicare i principi di diritto e le norme giuridiche quali risultano dall'interpretazione fornite nelle proprie precedenti decisioni. 3. L'applicazione e l'interpretazione del diritto ai sensi del presente articolo devono essere compatibili con i diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti e devono essere effettuate senza alcuna discriminazione fondata su ragioni quali il genere sessuale come definito nell'articolo 7, paragrafo 3, l'età, la razza, il colore, la lingua, la religione o il credo, le opinioni politiche o le altre opinioni, la nazionalità, l'origine etnica o sociale, le condizioni economiche, la nascita o le altre condizioni personali.

ad hoc per porre rimedio alle lacune esistenti nel diritto internazionale penale⁶. Come si cercherà di porre in luce, tuttavia, non esistono principi generali in materia, visto che gli approcci seguiti sul piano interno si palesano chiaramente differenti. Su tale presupposto, infine, daremo conto dei criteri

⁵ la disposizione vede la giurisprudenza assumere un ruolo dominante e trainante, secondo un assetto che sembra riprodurre quello applicato nei sistemi di *common law*, anche se temperato rispetto a quelle realtà e mediato con i sistemi di *civil law*: infatti il precedente qui non è vincolante (*binding precedent*) ha o meglio può avere significato orientativo e *persuasive authority* ('La corte può applicare i principi di diritto e le norme giuridiche quali risultano dall'interpretazione fornite nelle proprie precedenti decisioni'. trial chamber in Aleksovsky case) e può essere disatteso per 'cogenti ragioni nell'interesse della giustizia (Aleksovsky (judgment IT-94-14/1) Appeals Chamber 24 Marzo 2000, para 6) Le decisioni giurisprudenziali infatti, da una parte sono esplicitamente creative di diritto, costrette a colmare lacune degli statuti imprecisi o reticenti, dall'altra costituiscono veri e propri testi di dottrina, correttamente confezionati secondo le regole del sapere scientifico

⁶ tra le fonti normative sussidiarie troviamo una nuova categoria per il settore penalistico:

quella dei 'principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine'.

Tramite questo sistema viene attribuito al potere giurisdizionale una funzione indubbiamente complessa che è quella di svolgere una delicata comparazione nell'ambito della normativa interna di tutti i sistemi giuridici del mondo. Pertanto è alla Corti stesse che compete il compito di formare diritto internazionale criminale, e cioè di enucleare i principi generali di diritto, utilizzando oltre ai frutti della comparazione anche il criterio di riferimento alla normativa interna e alle 'famiglie' di diritto, alla ricerca di un diritto espressivo della comunità internazionale. Di questa dinamica sono manifestamente consapevoli i giudici dei tribunali *ad hoc* che così si esprimono:

'Il diritto internazionale è frutto di una 'combinazione' ed 'amalgama' caratterizzata dalla sua unicità e differenziata dai diritti penali interni', nonché 'prodotto della decantazione progressiva dei concetti e delle regole penali interne nel ricettacolo internazionale' (Cassese, nella sua opinione individuale e dissenziente alla camera d'appello nel caso Erdemovic, 7 ottobre 1997)

utilizzati dai Tribunali penali internazionali per risolvere questioni di concorso⁷ e stabiliremo in che misura detti criteri risultano adeguati in un sistema, come quello penale internazionale, in cui

⁷ L'area di diritto del *concursum delictorum* è situata nella zona di confine tra la parte generale di diritto criminale e le regole sul *sentencing*, entrambi ad oggi in uno stato embrionale con ripercussioni procedurali sulla forma dell'*indictment*, sulla fase del *conviction* e sullo scopo del *ne bis in idem principle*. Una delle questioni più ovvie che emerge in merito riguarda quali effetti può avere una *multiple conviction* in fase di *sentencing* ovvero se deve essere servita un'unica sanzione che copre tutti i reati oppure una diversa pena per ogni reato, ed in quest'ultimo caso, come devono essere servite le sanzioni multiple. Inoltre subentra un'ulteriore questione preliminare e fondamentale rispetto alle modalità del *sentencing* in caso di condanna multipla, e cioè in quali casi sono permesse *cumulative convictions*, e se, quando quest'ultime non sono ammesse, ciò si traduce in un ostacolo per quanto riguarda l'ammissibilità nell'*indictment* di *cumulative charges*. Per quanto riguarda la forma dell'*indictment*,

il problema giuridico di maggior rilievo è l'ammissibilità di imputazione cumulative: la questione è stata spesso definita dalle *Chambers* come quello delle *'multiple charges arising from the same course of conduct'*. In realtà simile definizione non è del tutto soddisfacente in quanto non distingue debitamente il fatto contenuto nell'imputazione dalle qualificazioni giuridiche ad esso attribuite. Con il termine *charge*, infatti, il Tribunale si riferisce ad entrambi, senza operare alcuna distinzione (È probabile che su questa prassi incida la dottrina angloamericana, secondo cui il *charging process* include la scelta sui fatti e sui reati che l'accusa intende contestare). Com'è facile comprendere, la definizione dei fatti in base a cui si aziona la pretesa punitiva della comunità internazionale costituisce per l'accusa un'operazione decisamente delicata e, come vedremo in seguito, è prassi costante ormai, presso l'Ufficio del *Prosecutor* contestare nell'*indictment* più reati originati da un medesimo episodio criminoso.

Simile pratica è favorita dalla stessa formulazione delle norme incriminatrici: esse infatti prevedono non di rado sovrapposizioni conseguenti ad una tecnica normativa difettosa.

Come è stato osservato infatti il concorso apparente di norme si evita coniugando tre elementi: la descrizione di condotte tipiche nelle fattispecie incriminatrici; individuazione e la classificazione dei reati in base a centri valutativi uniformi (come ad esempio possono essere il tipo di valore tutelato, di interesse protetto, di bene giuridico colpito, delle funzioni); infine la codificazione.

Nei crimini internazionali rientranti nella giurisdizione dei tribunali *ad hoc* senza dubbio mancano il primo ed il terzo elemento.

all'esigenza di certezza del diritto fa sempre da *pendant* quella altrettanto importante di tutelare in maniera effettiva i diritti dell'imputato.

CAPITOLO I :

Non si deve tuttavia omettere un particolare importante che sembra in qualche modo attenuare la portata del problema, come vedremo in seguito dall'analisi della giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*: le singole norme incriminatrici non contengono le correlative pene,

che sono invece disciplinate, in maniera per'altro assai vaga, dall'art 24 dello Statuto (art 24 sanzioni: 1 le sanzioni imposte dalla trial chamber devono essere limitate alla prigione. nella determinazione dei termini della prigione la trial chamber deve fare ricorso alla prassi generale che riguarda le sanzioni di carcere delle corti della Jugoslavia. 2. nell'imporre le sanzioni la trial chamber dovrebbe prendere in conto alcuni fattori come la gravità del reato e le circostanze individuali della persona condannata. 3. 3 oltre la prigione la trial chamber può ordinare la restituzione delle proprietà acquisite mediante la condotta criminale ai giusti proprietari)

I CRIMINI INTERNAZIONALI

1. I CRIMINI DI GUERRA

A. ELEMENTO OGGETTIVO

Come è noto, la categoria dei crimini di guerra⁸ appartiene al *genus 'international crimes'*⁹: tali sono quei crimini sentiti come lesivi di valori universali che trascendono il sistema proprio di ogni singola comunità statale e che è interesse di ogni Stato prevenire e reprimere, indipendentemente dal luogo in cui sono stati commessi¹⁰, per garantire il rispetto di quei diritti fondamentali che costituiscono patrimonio comune dell'umanità¹¹.

⁸ Un' elenco piuttosto dettagliato dei crimini di guerra si trova nell'articolo 8 dello statuto della Corte penale internazionale (International Criminal Court, ICC) In particolare, in tema di crimini di guerra quest'articolo estende la competenza della Corte in materia sia ai conflitti internazionali che ai conflitti interni. Riguardo ai primi, l' articolo 8 si riferisce alle gravi infrazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 (par. 2, lett. a) sia ad altre gravi violazioni di leggi ed usi applicabili ai conflitti armati internazionali (par. 2, lett. b). Circa i conflitti armati non internazionali la Corte esercita la sua giurisdizione nei casi previsti dall'art. 3 comune alle quattro Convenzioni riguardante, appunto, i conflitti interni (par. 2, lett. c), sia con riguardo ad altre gravi violazioni di leggi ed usi applicabili ai conflitti armati di natura non internazionale (par. 2, lett.e.)

⁹Il concetto di 'crimine internazionale' utilizzato fa esclusivo riferimento ai crimini che danno luogo ad una responsabilità penale individuale con esclusione, quindi, di quei crimini che danno luogo ad una responsabilità internazionale dello Stato. 'Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni verità e Riconciliazione', a cura di Illuminati, Stortoni, Virgilio, Giappichelli, Torino, 2000, p. 27.

¹⁰ In situazioni di conflitto armato spesso i belligeranti commettono atti che sarebbero considerati crimini dal diritto penale "ordinario", quali l'omicidio, il ferimento o l'acquisizione violenta di beni altrui, invece le cosiddette 'leggi di guerra'

Le disposizioni inerenti a questi crimini comprendono il c.d "Diritto di Ginevra"¹², che costituisce tutt'ora il nucleo fondamentale del diritto internazionale penale, ed il c.d "Diritto dell'Aja": mentre il

ammettono che, in molti casi, azioni che normalmente assumono rilevanza penale possano essere compiute con la garanzia dell'impunità. Tuttavia, se da un lato ai combattenti si è riconosciuto il diritto di cercare di sconfiggere i nemici che tentino di sottomettere la loro nazione, dall'altro, si è sempre cercato di riconoscere che anche nelle situazioni più drammatiche taluni comportamenti devono essere comunque condannati: si parla, in tal caso di *Jus in bello* in contrapposizione con lo *Jus ad bellum*. Il primo è costituito da quelle "regole" che i contendenti devono rispettare nel corso di un conflitto armato; il secondo, invece, qualifica negativamente ogni tipo di aggressione alla sovranità di altri Stati. In tale ultimo caso, dunque, il diritto non si limita a reprimere determinate condotte poste in essere in tempo di guerra, ma tende a prevenire lo stesso insorgere del conflitto.

¹¹ Si tratta, peraltro, di principi che hanno profonde radici storiche, tant'è vero che già nelle civiltà antiche (sia orientali che occidentali) si rinvenivano tracce che testimoniano l'accoglimento di principi volti ad evitare abusi nella condotta della guerra e l'istituzione di processi per le violazioni commesse.

¹² Le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 sono integrate dai due Protocolli Aggiuntivi del 1977 (il Primo relativo alla protezione delle vittime di conflitti armati internazionali, il Secondo relativo alla protezione delle vittime di conflitti armati interni). Le quattro Convenzioni riguardano, in particolare: la prima, il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle forze armate in campo; la seconda, il miglioramento delle condizioni dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate sul mare; la terza, il trattamento dei prigionieri di guerra; la quarta, la protezione delle persone civili in tempo di guerra. Le 4 convenzioni sono integrate dalla Convenzione per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato (1954) inoltre nel 1968 l'Assemblea generale delle nazioni unite ha accolto a maggioranza una Convenzione sulla imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, abrogazione completa e retroattiva delle norme sulla prescrizione dei suddetti crimini, in contrasto con i principi dello stato di diritto sulla retroattività delle norme di diritto penale. Nel 1978 è stata approvata la Convenzione europea sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e crimini contro l'umanità

primo¹³ (meglio conosciuto come diritto umanitario dei conflitti armati) avrebbe per oggetto la protezione della popolazione civile e delle persone in potere del nemico, il secondo (comprendente alcune delle Convenzioni stipulate all'Aja nel 1907 in tema di leggi e costumi di guerra, nonché varie altre Convenzioni che proibiscono l'uso di certi tipi di armi¹⁴) conterrebbe invece le regole di combattimento. Tale dicotomia, tuttavia, risulta oggi attenuata: da un lato, il Protocollo Addizionale del '77 contiene regole che interessano entrambi i settori di diritto menzionati; dall'altro lato, la stessa Corte internazionale di giustizia, nel parere sulla liceità delle armi nucleari del 1996, ha affermato che le due branche si sono fuse in un unico sistema di diritto.

¹³ Dal punto di vista penalistico è importante sottolineare come le Convenzioni medesime prevedano l'obbligo, per i singoli Stati, di punire le "gravi infrazioni" (grave breaches) delle Convenzioni stesse (6), cioè le maggiori violazioni del diritto umanitario internazionale che possono essere punite da qualsiasi stato in base al principio della punibilità universale. Questo principio prevede che ogni stato ha il potere dovere di procedere alla repressione di ogni fatto che costituisce grave violazione della convenzione di Ginevra, lo stato in cui il reo si trova ha l'obbligo di punirlo anche se non c'è particolare connessione tra il crimine commesso ed il suo ordinamento giuridico o, se preferisce, può consegnarlo alla nazione che lo richiede e che vanta un particolare tipo di giurisdizione in base al principio aut dedere aut iudicare.

¹⁴ In particolare, il diritto dell'Aja è composto da: - IV Convenzione dell'Aja sul rispetto delle leggi e usi di guerra, 18 ottobre 1907

- V Convenzione dell'Aja sul rispetto dei diritti e doveri delle potenze e delle persone neutrali nella guerra terrestre

- Protocollo di Ginevra sulla proibizione dell'uso in guerra di gas asfissianti, pericolosi o di altro tipo e di armi di guerra batteriologiche condannato anche dall'assemblea generale del disarmo del 1932 e dall'assemblea della società delle nazioni del 1938, 17 giugno 1925 - Convenzione dell'Aja sulla protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, 14 maggio 1954

- Convenzione sul divieto di sviluppo, produzione e stoccaggio di armi batteriologiche e tossiche e sulla loro distruzione, 10 aprile 1972 - Convenzione sulle proibizioni e restrizioni all'uso di particolari armi convenzionali che possono dimostrarsi eccessivamente dannose o hanno effetti indiscriminati, 10 ottobre

In questa luce, è possibile concludere nel senso che tali crimini sono gravi violazioni delle norme sia consuetudinarie che convenzionali appartenenti al corpo del diritto internazionale umanitario dei conflitti armati che comprende dunque sia il diritto dell'Aja che il diritto di Ginevra.

Una precisa definizione di *war crime* è quella data dall'*Appeals Chamber* del Tribunale ad hoc per l'ex Jugoslavia (*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTY*) nel caso *Tadic*¹⁵ ove si afferma che un crimine di guerra sussiste se vi è stata violazione di una norma del diritto dei conflitti armati posta a tutela dei beni fondamentali la cui violazione causi gravi conseguenze alla vittima; se la norma violata ha natura consuetudinaria oppure se, inclusa in un trattato internazionale, è applicabile al caso di specie. Tale violazione, inoltre, comporta la responsabilità penale individuale della persona che ha infranto la regola¹⁶.

Per aversi un crimine di guerra è dunque necessario che vi sia, anzitutto, una violazione del diritto di guerra e che il reato venga commesso non solo durante, ma soprattutto in connessione con un conflitto armato¹⁷.

¹⁵ Caso *Tadic* (IT-94-1) 'prijedor' separate declaration of judge on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction 2 ottobre 1995

¹⁶Nella stessa decisione la camera d'appello dà un esempio di violazione non grave: il fatto che un soldato si appropri di un pezzo di pane in un villaggio 'occupato' non può arrivare ad essere definito crimine di guerra sebbene possa rientrare nei principi della convenzione dell'Aja del 1907 all'art 46 e nel corrispondente diritto internazionale consuetudinario per cui la proprietà privata deve essere rispettata dalle forze armate nei territori occupati

¹⁷Come sostenne l'ICTY nel caso *Tadic* 'questi atti avvennero chiaramente con la connivenza o il permesso delle autorità e furono parte di una politica accettata nei confronti dei prigionieri.. anzi alcuni di questi atti realizzarono l'obiettivo di pulizia etnica della *Republika Srpska* attraverso metodi del terrore, di conseguenza questi atti furono in chiara connessione con il conflitto armato'

A.1 Segue: La distinzione tra conflitti armati internazionali e non internazionali

In merito al requisito oggettivo della connessione con un conflitto armato, è importante rilevare che la giurisdizione dei Tribunali *ad hoc*¹⁸ e quella della Corte Penale Internazionale si estende ai gravi crimini di guerra commessi durante un conflitto internazionale o interno¹⁹. La distinzione tra queste due

¹⁸ lo statuto dell'ICTR limita la propria competenza ai conflitti interni sanzionando le gravi violazioni dell'art 3 comuni alle 4 convenzioni e del II protocollo addizionale(art 4 statuto dell'ICTR)

¹⁹ Dalla fine della Seconda Guerra Mondiale la maggior parte dei conflitti armati ha avuto un carattere non internazionale. Il diritto internazionale non disciplina nello stesso modo queste due tipologie di conflitti armati, essendo regolati da due distinte categorie di norme internazionali. La principale distinzione tra le due categorie consiste nel fatto che coloro che prendono parte ad un conflitto internazionale sono normalmente considerati legittimi combattenti, con la conseguenza che non possono essere puniti per gli atti di belligeranza compiuti; in caso di cattura vengono quindi considerati prigionieri di guerra. Nei conflitti interni, i contendenti non sono considerati sullo stesso piano. In questo tipo di conflitto, lo Stato è libero di assoggettare i ribelli alla propria potestà punitiva, nel rispetto delle regole di carattere umanitario. Essi pertanto non possono essere considerati legittimi combattenti. La distinzione tra queste due tipologie di conflitto è sufficientemente netta. Alla prima categoria appartengono i conflitti tra Stati, le guerre di liberazione nazionale o conflitti per l'autodeterminazione; alla seconda, invece, quelli che si svolgono all'interno di uno Stato. È nel corso dei conflitti interni che vengono commesse alcune delle più gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario, considerate violazioni del diritto internazionale consuetudinario, per cui è appunto prevista la responsabilità penale individuale. Per questo motivo gli ultimi sviluppi del diritto internazionale sono orientati a diminuire i differenti standards di responsabilità penale, corrispondenti ad una differente protezione delle vittime, che risultano da una stessa condotta a seconda della natura del conflitto armato in cui questi crimini vengono commessi. L'importanza di un tale sviluppo è confermata dalla difficoltà che spesso sorge nel determinare se un conflitto ha una natura internazionale o non internazionale (Theodor Meron sostiene che bisogna eliminare l'artificiosa distinzione tra conflitti interni e internazionali e applicare in tutti i conflitti le stesse norme, THEODOR

tipologie di conflitto è sufficientemente netta. Alla prima categoria appartengono i conflitti tra Stati, le guerre di liberazione nazionale o i conflitti per l'autodeterminazione; alla seconda, invece, quelli che si svolgono all'interno di uno Stato. Sebbene il dovere di perseguire penalmente l'individuo sulla base delle Convenzioni di Ginevra sia previsto espressamente solo per le "gravi infrazioni" (*grave breaches*) commesse durante un conflitto interstatale²⁰, il diritto internazionale penale si è sviluppato fino al punto da prevedere che gli individui sono penalmente responsabili per le gravi violazioni di diritto umanitario commesse anche nei conflitti interni, come confermato dalla decisione resa dal Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia nel caso "Tadic"²¹, ove si afferma²², appunto, che i crimini di guerra²³ possono essere perpetrati sia nel corso di conflitti internazionali che interni, cioè guerre civili o conflitti armati su larga scala all'interno di uno stato, senza un necessario collegamento ad una guerra

MERON, *International crimes in internal armed conflict*, in F. LATTANZI-E. SCISO (a cura di), *Dai Tribunali penali internazionali ad hoc a una Corte permanente*, Editoriale Scientifica, Roma, 1996, p. 127.)

²⁰ Quattro Convenzioni di Ginevra (art. 50, 51, 130, 157); I Protocollo aggiuntivo (art. 11 par. 4, art. 85).

²¹ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, a/k/a "Dule", Interlocutory Appeal, IT-94-1-AR72, 2-10-1995 §128/134

²² La Camera d'appello del Tribunale per la ex Jugoslavia, nel caso "Tadic" individua tre fondamentali dimensioni del diritto umanitario che determinano la responsabilità penale, in entrambe le tipologie di conflitto: gravi violazioni dell'articolo 3 comune alle Convenzioni di

Ginevra, gravi violazioni delle norme generali sulla protezione delle vittime dei conflitti armati interni, infrazioni delle norme riguardanti i metodi e le condotte di guerra. Il Tribunale considera quindi, queste norme come appartenenti al diritto consuetudinario.

²³ Tadic jurisdiction Decision, ibid

internazionale²⁴; a sostegno di questa concezione è l'art 8 (2)c dello Statuto dell'ICC²⁵ e le recenti Risoluzioni del Consiglio di sicurezza che tendono a considerare le guerre civili come problemi di interesse internazionale e minacce alla pace internazionale²⁶. Inoltre, gli sviluppi più recenti della prassi internazionale confermano che c'è una tendenza sempre maggiore ad applicare il diritto internazionale umanitario sia ai conflitti armati internazionali, che a quelli interni²⁷. Per avere dunque la configurazione di un crimine di guerra è necessaria l'esistenza di un legame con un conflitto, interno o internazionale. In caso contrario, si tratterà di un crimine ordinario, come dimostrato dal Tribunale Militare d'appello svizzero che confermò questa posizione nel caso *Niyonteze* nel 2000²⁸.

²⁴ In questo caso infatti, la camera d'appello fu chiamata a giudicare se sussistesse un crimine di guerra in caso di conflitto interno e considerando le norme consuetudinarie del diritto internazionale umanitario rispose in modo affermativo (§§96/127)

²⁵ L'ICTY infatti ha interpretato il proprio statuto in modo da ricomprendere le gravi violazioni delle leggi di guerra nei conflitti interni. Inoltre lo statuto dell'ICTR limita la propria competenza ai conflitti interni sanzionando le gravi violazioni dell'art 3 comuni alle 4 convenzioni e del II protocollo addizionale (art 4 statuto dell'ICTR) mentre all'art 8 dello statuto dell'ICC include le violazioni gravi della disciplina dei conflitti armati interni nella categoria dei crimini guerra. (art 8 lettera c che prevede che Agli effetti dello Statuto, si intende per «crimini di guerra»: In ipotesi di conflitto armato non di carattere internazionale, gravi violazioni dell'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949)

²⁶ Risoluzione 864 del 1993 sul conflitto in Angola; risoluzione 788 del 1992 sul conflitto in Liberia; Risoluzione 733 del 1992 sul conflitto in Somalia; Risoluzione 841 del 1993 concernente Haiti; risoluzione del 1997 concernente il colpo di Stato in Sierra Leone.

²⁷ “ *Minimum Humanitarian Standards*”, Risoluzione 1997/21 della Commissione O.N.U. sui diritti umani, E/CN.4/1998/87.

²⁸ L'accusato era un ruandese imputato di aver istigato ed in alcuni casi ordinato di uccidere civili in Ruanda nel 94 nelle sue funzioni di sindaco di un comune locale. Il tribunale sostenne che chiunque, sia militare che civile, attacchi un civile protetto dalla convenzione di Ginevra viola la convenzione e ricade quindi sotto l'art 109 del codice militare penale svizzero che

Più precisamente, e a titolo di esempio, se durante un conflitto armato una persona consuma un reato di omicidio per motivazioni strettamente personali, l'atto in esame, non essendo associato in nessun modo al conflitto armato, non potrà essere definito come crimine di guerra. Viceversa, se una delle parti del conflitto dà vita a dei campi di prigionia dove i civili agiscono con il suo incoraggiamento e supporto, compiendo atti di brutalità contro detenuti che appartengono ad altri gruppi loro ostili, questi atti saranno associati al conflitto armato, e di conseguenza integreranno il contenuto di un crimine di guerra. Questi crimini possono essere perpetrati da personale militare contro soldati nemici o civili e da civili contro membri delle forze armate nemiche o civili nemici, ad esempio nei territori occupati.

Peraltro, crimini commessi da soldati contro individui appartenenti al loro stesso esercito, e prescindere dalla nazionalità di questi ultimi, non costituiscono crimini di guerra, ma piuttosto (come evidenziato nel caso *Pilz*²⁹ dalla Corte di Cassazione tedesca) rientrano nell'ambito della legge militare nazionale del belligerante.

prevede la punizione dei crimini di guerra. In ogni caso il tribunale conferma la necessità dell'esistenza di un nesso tra il crimine ed il conflitto armato: nel contesto di una guerra civile, dove i civili delle due fazioni sono entrambi protetti dalla convenzione, se un individuo protetto compie una violazione contro un'altra persona protetta deve sussistere il legame con il conflitto armato altrimenti avremo un crimine ordinario

²⁹ un giovane tedesco nel tentativo di disertare l'armata tedesca fu ferito in territorio olandese occupato e Pilz dottore tedesco che prestava servizio presso le forze armate tedesche impedì qualunque assistenza medica al giovane ferito e in più ne ordinò la morte abusando della propria autorità di superiore. La corte sostenne che non si trattava di un crimine di guerra perché il giovane tedesco essendosi arruolato nelle forze armate tedesche non era protetto dalla legge internazionale umanitaria, ma ricadeva sotto la legge del paese occupante, quindi il crimine ricadeva sotto la giurisdizione tedesca.

La categoria di crimini di guerra, in definitiva, si divide in: (i) crimini di guerra commessi in conflitti armati internazionali, cioè tra 2 o più stati o tra uno stato e un movimento di liberazione nazionale secondo l'art 1 del primo protocollo addizionale del 1977 e (ii) crimini di guerra perpetrati in conflitti interni, rivolte, conflitti armati su larga scala tra l'autorità statale e i ribelli o tra 2 o più gruppi armati autorizzati all'interno di uno stato.

Entrambe le classi di crimini comprendono reati commessi contro persone che non prendono parte o non prendono più parte alle ostilità armate: in pratica, buona parte dei crimini di guerra sono commessi contro civili o movimenti armati di resistenza nei territori armati occupati. In caso di conflitti armati internazionali queste violazioni sono denominate gravi infrazioni (*grave breaches*) delle convenzioni di Ginevra che sono una particolare categoria di crimini di guerra elencate nelle 4 convenzioni di Ginevra e nel I protocollo addizionale contro le persone protette dalla convenzione (feriti, prigionieri di guerra, civili sui territori occupati) o obiettivi protetti previsti dalla convenzione di Ginevra. Queste Convenzioni prevedono inoltre che le gravi violazioni sono soggette al principio di universalità della giurisdizione penale³⁰.

D. ELEMENTO SOGGETTIVO

Secondo l'art 30 dello statuto dell'ICC, per quanto riguarda la *mens rea*, la responsabilità penale per i crimini di guerra presuppone l'intenzione e la consapevolezza. Più precisamente, secondo l'articolo

³⁰ Questo principio prevede che ogni stato ha il potere dovere di procedere alla repressione di ogni fatto che costituisce grave violazione della convenzione di Ginevra, lo stato in cui il reo si trova ha l'obbligo di punirlo anche se non c'è particolare connessione tra il crimine commesso ed il suo ordinamento giuridico o, se preferisce, può consegnarlo alla nazione che lo richiede e che vanta un particolare tipo di giurisdizione in base al principio *aut dedere aut iudicare*.

suddetto, l'intenzione è presente quando, riguardo alla condotta, una persona intenda adottare tale comportamento; trattandosi di una conseguenza, una persona intenda causare tale conseguenza o è consapevole che quest'ultima avverrà nel corso normale degli eventi.

Ai sensi del 3° comma dell'art. 30, infine, "conoscenza" significa consapevolezza che una circostanza esista o che una conseguenza si verificherà nel normale corso degli eventi³¹.

2 - I CRIMINI CONTRO L'UMANITA'

A. ELEMENTO OGGETTIVO

Dopo aver analizzato contenuto e natura dei crimini di guerra la nostra analisi sarà rivolta ora verso i crimini contro l'umanità³².

³¹ Su tali presupposti, il novero dei fatti punibili si estende notevolmente. Così ad esempio l'art 130 della convenzione di Ginevra del 49 enumera tra le infrazioni gravi della convenzione stessa l'omicidio intenzionale, la tortura e i trattamenti inumani inclusi gli esperimenti biologici così come causare intenzionalmente gravi sofferenze o gravi lesioni corporali o gravi danni alla salute di un prigioniero di guerra, o privare intenzionalmente un prigioniero di guerra di un processo equo e imparziale. Il termine intenzionale denota un intento criminale cioè l'intenzione di causare l'evento prescritto e vietato dalla norma internazionale, ad esempio nel caso di omicidio volontario la prova è l'intenzione di causare la morte della vittima mentre per quanto concerne il causare deliberatamente gravi sofferenze occorre provare che il perpetratore intendesse causare tali gravi sofferenze. La stessa previsione si ritrova nell'art 147 della 4 convenzione di Ginevra così come in previsioni di altri trattati come l'art 15 del secondo protocollo del 99 dell'Aja per la protezione delle proprietà culturali in caso di conflitto armato: questo articolo nell'enumerazione delle gravi violazioni del protocollo subordina la responsabilità penale al fatto che l'autore del crimine l'abbia perpetrato intenzionalmente.

³² Tali crimini ricevettero il primo riconoscimento giuridico internazionale nella “Dichiarazione di San Pietroburgo” del 1868. Questa Dichiarazione proibiva l’uso dei proiettili esplosivi o incendiari considerandoli “contrari alle leggi d’umanità”, in quanto aggravavano inutilmente le sofferenze degli uomini andando oltre il lecito fine bellico; e concludeva con l’impegno solenne, tra le diciassette Parti contraenti, di fare tutto il possibile per conciliare la necessità della guerra con le leggi dell’umanità (G. VASSALLI, *La giustizia internazionale penale*, op. cit., p 12) Il concetto di “leggi dell’umanità” ricevette un ulteriore esplicito riconoscimento giuridico quando la Prima Conferenza di Pace dell’Aja nel 1899 adottò all’unanimità la “clausola Martens” come parte del preambolo della XI Convenzione dell’Aja riguardante le leggi e i costumi di guerra. Questa clausola dichiara che “nell’attesa che possa essere emanato un codice più completo delle leggi di guerra, le Alte Parti contraenti giudicano opportuno constatare che, nei casi non compresi dalle disposizioni regolamentari da esse adottate, le popolazioni dei belligeranti restano sotto la salvaguardia e sotto l’impero dei principi del diritto delle genti, quali risultano dalle consuetudini stabilite tra le nazioni civili, dalle leggi dell’umanità e dalle esigenze della pubblica coscienza”. Successivamente la “clausola Martens” è stata incorporata senza modifiche in un’estesa varietà di strumenti del diritto umanitario che includono la IV Convenzione dell’Aja del 1907, e le quattro Convenzioni di Ginevra e i loro Protocolli aggiuntivi I e II.

La definizione di questa nuova categoria di crimini fu data per la prima volta nella Carta del Tribunale di Norimberga il cui art. 6c stabiliva: sono crimini contro l’umanità: l’assassinio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e altri atti inumani commessi contro popolazioni civili prima o durante la guerra; persecuzioni per motivi politici, razziali, religiosi in applicazione di, o in rapporto con, tutti i reati che rientrano nella giurisdizione del Tribunale, che costituiscano o meno una violazione della legislazione nazionale del paese in cui sono stati perpetrati. Il limite rilevante in questa nozione di crimine contro l’umanità era che, per essere considerato come tale, esso doveva essere connesso ai crimini di guerra o contro la pace. In sostanza essi avevano un carattere complementare rispetto alle altre due figure criminose e non erano considerati suscettibili di autonoma rilevanza internazionale. Ma in seguito, dopo il 1945 il legame tra i crimini contro l’umanità e crimini di guerra fu progressivamente ridimensionato come dimostrato da vari casi giurisprudenziali nazionali, dalle legislazioni nazionali come il codice penale canadese (il paragrafo 7 del codice penale canadese prevede che crimine contro l’umanità significa omicidio, sterminio, schiavitù, deportazione, persecuzione o altri atti inumani o omissioni che sono commessi contro la popolazione civile o gruppi definiti di persone che sia o no previsto come crimine al momento della commissione e che

I crimini contro l'umanità sono crimini internazionali particolarmente odiosi, costituendo un grave attacco alla dignità umana³³. Essi non sono mai eventi isolati e sporadici, ma sempre parte di una politica o di una pratica estesa e sistematica di atrocità tollerate dal governo o dall'autorità di fatto. La natura sistematica ed estesa, infatti, integra l'elemento oggettivo dei crimini contro l'umanità, sia secondo gli statuti dei Tribunali ad hoc e dell'ICC, sia secondo il diritto internazionale consuetudinario.

Un importante contributo alla specificazione e comprensione di questo requisito, oltre che da vari casi giurisprudenziali nazionali³⁴, è stato apportato dalle sentenze “*Tadić*” ed “*Akayesu*”³⁵. In particolare, Il

costituisce una contravvenzione della legge internazionale consuetudinaria o del diritto dei trattati, secondo i principi generali di legge riconosciuti dalla comunità delle nazioni) e il codice penale francese (l'art 212-1 del codice penale francese modificato dalla legge n°93-913 del 19 luglio 93 entrato in vigore il 1 marzo 94 prevede che :la deportazione, la riduzione in schiavitù o l'esecuzioni sommarie di massa o sistematiche per motivi politici filosofici razziali o religiosi e organizzati in base ad un piano prestabilito sono puniti con l'ergastolo) Il riconoscimento da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite dei principi emersi dal verdetto di Norimberga ha condotto ad un intenso sviluppo del diritto internazionale che ha portato all'adozione della Convenzione sul genocidio del 1948, della Convenzione sulla imprescrittibilità dei crimini di guerra e crimini contro l'umanità(179), dei Principi di cooperazione internazionale per la detenzione, arresto, estradizione e punizione delle persone responsabili di crimini di guerra e crimini contro l'umanità Adottata dall'Assemblea Generale con Risoluzione 2391(XXIII) del 26 novembre 1968, 23 U.N. G.A.O.R., suppl. n. 18, U.N. Doc. A/7218.

³³ Per quanto riguarda il diritto sottostante, la nozione di crimini contro l'umanità deriva dal complesso di previsioni contenute in dichiarazioni e trattati internazionali sui diritti umani quali la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la convenzione europea sui diritti dell'uomo, il patto dell'onu sui diritti civili e politici etc.. legato all'interesse comune inteso come protezione degli esseri umani di per se senza attribuire importanza alla loro nazionalità o alleanze

³⁴ soprattutto da significative decisioni sui crimini contro l'umanità della Corte Suprema tedesca nelle zone di occupazione inglese tra il 48 e il 52. Nel 1949 ,nel caso Albrecht,(original Dutch text in Nederlandse Jurisprudentie,1949,no 425 ,p.748)la

termine “esteso” si riferisce al numero delle vittime³⁶ e include “azioni massicce, frequenti e su larga scala portate a termine collettivamente con considerevole gravità contro una varietà di vittime”³⁷. Il termine “sistematico” indica “una struttura o piano metodico”³⁸ che “è perfettamente organizzato e che segue uno schema regolare”³⁹. In questo modo, gli atti illeciti nell’ambito di un attacco in attuazione di un piano o una politica premeditata sono considerati crimini contro l’umanità⁴⁰; i termini “esteso o sistematico” sono quindi fondamentali per escludere le azioni illecite casuali e isolate che possono essere solo gravi infrazioni dei diritti umani o, a seconda delle circostanze, crimini di guerra.

Corte di Cassazione tedesca pronunciò una delle prime sentenze sui crimini contro l’umanità dopo il giudizio di Norimberga del tribunale internazionale militare: l’imputato, un comandante di una compagnia d’assalto tedesca delle SS (polizia di stato tedesca) era stato accusato di aver ucciso un tedesco e di averne maltrattati altri 5. La corte fu chiamata a decidere se il crimine perpetrato dal comandante Albrecht fosse un crimine di guerra o un crimine contro l’umanità e optò per la prima categoria aggiungendo che i crimini contro l’umanità sono caratterizzati sia dalla loro gravità e dalla loro barbaria che sconvolgono la coscienza dell’umanità, sia dalla circostanza che sono parte di un sistema volto a diffondere terrore o che sono in connessione con una politica che deliberatamente persegue l’obiettivo di contrastare certi gruppi della popolazione. Un recente giudizio della Corte di Cassazione Tedesca conferma questa visione: il caso Menten, decisione del 13 gennaio 1981, in cui la corte statuisce che crimini contro l’umanità sono parte di un sistema basato sul terrore

³⁵ *Prosecutor v. Tadic*, caso n. IT-94-1-T, 7-05-1997, par. 638; Giudizio “Akayesu”, caso n. ICTR-96-4-T, 1988, par.

582

³⁶ ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, supra, par. 646-648.

³⁷ ICTR, Giudizio “Akayesu”, caso n. ICTR-96-4-T, 1988, par. 580.

³⁸ ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, supra, par. 648.

³⁹ Giudizio “Akayesu”, cit., par. 580.

⁴⁰ L’attuazione di un piano o di una politica premeditata potrebbe esplicarsi nelle ripetute o continue commissioni di atti disumani. *Prosecutor v. Tadic*, cit., par. 648.

Questi due termini mettono in evidenza la connessione tra l'attacco e lo Stato o un'organizzazione politica⁴¹.

Così l'omicidio, lo sterminio, la tortura, lo stupro o altri atti inumani assurgono a crimini contro l'umanità solo se parte di una pratica generalizzata, una prassi sistematica e diffusa di atrocità tollerata o approvata dal governo o da un'autorità che controlla *de facto* il territorio su cui quelle condotte sono poste in essere⁴², di cui l'esecutore materiale, anche se non deve necessariamente identificarsi con siffatta politica⁴³, deve essere a conoscenza⁴⁴.

⁴¹ L'articolo 7 (2) (a) dello Statuto di Roma nel definire il termine "attacco" dichiara che gli atti elencati al paragrafo 1 dello stesso articolo devono essere conformi o in connessione al disegno politico di uno Stato o di una organizzazione politica.

⁴² Un soggetto può quindi essere colpevole di crimine contro l'umanità se si dimostra che il reato è inserito in un contesto criminoso di natura sistematica attuato da un certo numero di persone in qualche modo collegate all'individuo in questione perché parti di un comune disegno criminoso.

⁴³ Ci si può riferire, in via esemplificativa, al caso J. and R.

dove la corte suprema tedesca si è pronunciata per la sussistenza di un crimine contro l'umanità nel caso di un tedesco che ha denunciato alla polizia altri 2 tedeschi perché ascoltavano una radio straniera, per cui come conseguenza del suo gesto, quelle persone furono arrestate e imprigionate e morirono a seguito del carcere duro. La corte suprema annullò l'assoluzione precedente e osservò principalmente che il violento comportamento era oggettivamente connesso con il sistema nazista di violenza e tirannia, e che l'agente non doveva necessariamente agire sistematicamente ma era sufficiente che la sua singola azione fosse connessa con il sistema nazista. La corte spiegò che la denuncia dell'imputato fu chiaramente legata all'arbitrario e violento sistema nazista dove non sussistevano libertà e lo stato sopprimeva ogni comportamento dissidente con la violenza. La denuncia fu fatta per consegnare le due persone ad un sistema di polizia arbitrario basato sul terrore, quindi come conseguenza causò oggettivamente un crimine contro l'umanità. Inoltre la corte suprema tedesca ritenne crimini contro l'umanità anche reati come l'incendio di sinagoghe (ad es, Decisione del 10 agosto 48 in Entscheidungen)

Di conseguenza quando uno o più individui non sono accusati di aver pianificato o attuato una politica criminosa volta alla commissione di atti inumani ma solo di aver perpetrato alcune specifiche condotte criminose del genere descritto, per stabilire se costituiscono crimini contro l'umanità occorre utilizzare il seguente parametro di riferimento: occorre esaminare quelle condotte nell'ambito dello specifico contesto in cui sono state poste in essere per stabilire se possono essere considerate parte di una politica generale, di un contesto sistematico di violazioni o se invece si tratta di atti sporadici e isolati⁴⁵.

A.1 segue LE VITTIME

In merito all'elemento oggettivo dei crimini contro l'umanità è importante rilevare che le vittime di questo crimine possono essere civili o, in caso di crimini commessi durante un conflitto, persone che non prendono (o non prendono più) parte alle ostilità armate. Inoltre secondo il diritto

⁴⁴ come sostenne la corte distrettuale di Tel Aviv nel 1951 nel caso Engister condannato per crimini contro l'umanità, un caso di un ebreo prigioniero dei campi di concentramento che perseguitò i suoi compagni ebrei prigionieri: una persona che è essa stessa perseguitata e confinata nel campo delle sue vittime può da un punto di vista legale essere colpevole di crimini contro l'umanità se compie atti inumani contro i suoi stessi compagni prigionieri, a differenza dei crimini di guerra colui che compie un crimine contro l'umanità non deve necessariamente identificarsi con il regime persecutore

⁴⁵ Sia secondo lo statuto dell'ICC che secondo gli statuti dell'ICTR e dell'ICTY per aversi un crimine contro l'umanità è necessario che gli atti criminosi siano compiuti nell'ambito di un attacco esteso e sistematico contro popolazioni civili, indipendentemente dal fatto che siano cittadini dei paesi dove sono commessi ed inoltre è previsto che tali crimini possono essere compiuti sia in tempo di guerra che in tempo di pace.

internazionale consuetudinario, ma non secondo lo statuto dell'ICTY, dell'ICTR e dell'ICC, anche nemici combattenti possono essere vittime di questi crimini.

Attualmente si tende ad accogliere una nozione più ampia di vittime che ricalca l'interpretazione sempre più estesa che spesso dopo la seconda guerra mondiale, le Corti nazionali diedero del termine civili, soprattutto la Corte Suprema tedesca che in vari casi estese la nozione al personale militare⁴⁶; è significativo che l'ICTY ha posto una libera interpretazione della stretta nozione di vittime di crimini contro l'umanità che si trova nel suo statuto all'art 5 secondo cui questi crimini possono essere commessi solo contro la popolazione civile.

Nella decisione Mrksic⁴⁷ la Camera di I grado dell'ICTY statuisce che i crimini contro l'umanità possono essere commessi anche se le vittime a quel momento indossavano armi, mentre nel caso Kunarac⁴⁸ la camera di I grado dell'ICTY sostiene che l'esecutore materiale deve aver preso in considerazione la possibilità che la vittima del suo crimine potesse essere un civile, e nel dubbio se la vittima fosse o no un civile, deve essere considerata un civile. Quindi le vittime di questi crimini

⁴⁶ nel 1948 nel caso P. and others la corte suprema tedesca applicò la nozione di crimine contro l'umanità a membri del corpo militare. La notte seguente la caduta parziale della Germania 4 soldati tedeschi provarono a fuggire dalla Danimarca alla Germania, ma presi dai danesi e riconsegnati alle truppe tedesche furono condannati a morte x diserzione ed uccisi il giorno della caduta della Germania (10 maggio 1945). La corte suprema tedesca sostenne che i 5 giudici della corte marziale furono colpevoli di crimini contro l'umanità, a causa della evidente discrepanza tra il crimine e la pena che provava che l'esecuzione dei soldati fu una chiara manifestazione della giustizia intimidatoria e brutale del sistema nazista.

⁴⁷ Mrksic (IT-95-13) 'vukovar hospital' decision trial chamber 2001

⁴⁸ Kunarac (it-96-23&23) 'foca' trial chamber judgement 22 febbraio 2001

possono attualmente essere sia civili che combattenti⁴⁹, di conseguenza come si è gradualmente dissolto il legame originario tra crimini contro l'umanità e conflitto armato, così anche la concentrazione della categoria delle vittime sui civili va progressivamente sfumando, se non scomparendo.

A.2 segue INESISTENZA DELLA DISPOSIZIONE CHE RICHIEDE IL NESSO TRA CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ E CONFLITTO ARMATO

Un ulteriore rilevante elemento oggettivo di questa categoria di crimini è l'inesistenza della disposizione che richiede il nesso tra crimini contro l'umanità e conflitto armato nello statuto dell'ICC. Questo dato riflette gli sviluppi del diritto internazionale consuetudinario come dimostra la recente giurisprudenza relativa ai Tribunali *ad hoc*. Questa disposizione appariva invece sia nella Carta di Tokyo che in quella di Norimberga.

La Camera d'appello del Tribunale per la ex Jugoslavia nel caso "Tadic", dichiarò chiaramente che "il diritto internazionale consuetudinario non richiede alcun nesso tra i crimini contro l'umanità ed il conflitto armato"⁵⁰. Questa dichiarazione fu confermata anche da successive statuizioni del Tribunale, ad esempio nella decisione "Nikolic" e nel giudizio "Delalic"⁵¹.

⁴⁹ vale la pena notare che con l'estensione della categoria delle vittime sarebbero protette alcune categorie di combattenti che nei moderni conflitti armati, soprattutto interni si trovano in una zona d'ombra e rimarrebbero indifesi contro le più grandi atrocità.. queste sono persone dalla stato incerto come membri delle forze paramilitari o membri delle forze di polizia

⁵⁰ ICTY, Camera d'appello, *Prosecutor v. Tadic*, cit. , par.141.

Lo Statuto del Tribunale per il *Rwanda*, allo stesso modo di quello di Roma, non include la necessità di un nesso tra i crimini contro l'umanità ed il conflitto armato.

Infatti nei primi mesi del genocidio perpetrato in Ruanda nei confronti dell'etnia *tutsie e hutu*, non era in atto nei territori del Ruanda non era in atto nei territori del Rwanda alcun conflitto armato. Coloro che in seguito furono accusati di genocidio vennero poi condannati principalmente per il loro intento generale di partecipazione allo sterminio, cioè di una tipica condotta considerata un crimine contro l'umanità⁵². L'inesistenza di questo nesso nello Statuto della Corte risulta importante poiché in caso contrario i più gravi crimini commessi al di fuori del contesto di un conflitto armato non sarebbero perseguibili.

A. L'ELEMENTO SOGGETTIVO

Riguardo l'elemento soggettivo, la *mens rea* del crimine contro l'umanità, le Corti sia nazionali che internazionali hanno insistito su vari punti: la necessità dell'intenzione di portare a termine un certo obiettivo, nel caso di un accusato che agisce come parte di un sistema, la consapevolezza del rischio

⁵¹ ICTY, *Prosecutor v. Delalic*, "Celebici Judgement", cit., par. 193-198.

⁵² D. DONAT-CATTIN, *Crimes against humanity*, in F. LATTANZI, *The International Criminal Court: comments on the draft statute*, Napoli, 1998, p. 58.

che la sua azione possa provocare gravi conseguenze alla vittima in base alla violenza del sistema di cui egli fa parte, ed infine la conoscenza da parte dell'agente del legame tra la sua condotta e la politica sistematica di gravi atrocità.

mentre la mera colpa non basta a creare un crimine contro l'umanità. Di solito, l'elemento soggettivo caratterizzante i crimini contro l'umanità che permette di distinguerli dai crimini di guerra consiste nella consapevolezza del contesto in cui essi si inseriscono, cioè la prassi diffusa di abusi su larga scala. Questo requisito si stabilisce, *a fortiori*, dalla partecipazione dell'esecutore materiale all'organizzazione o all'esecuzione di una politica caratterizzata da attacchi di massa di estrema ferocia.

Lo Statuto di Roma, compatibilmente al diritto internazionale consuetudinario, richiede un "intento generale" nel commettere uno degli atti incriminati che sono elencati nella parte speciale della definizione dei crimini contro l'umanità *ex* articolo 7; la definizione contenuta nello Statuto del Tribunale per il Rwanda e la definizione di genocidio richiedono invece un "intento specifico" dell'accusato a distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso. La Camera d'appello nel giudizio "Tadic" del 15 luglio 1999⁵³ mise in evidenza come la necessità di una componente discriminatoria fosse stata considerata ed in seguito rigettata dalla Commissione di diritto internazionale nella "Progetto di Codice dei crimini contro la Pace e la sicurezza del Genere umano"⁵⁴, come ugualmente accadde per lo Statuto del Tribunale Penale Internazionale o "*International Criminal Court*"⁵⁵. Per questo conclude che il diritto internazionale

⁵³ ICTY, sentenza della Camera d'appello, 7-05-1997, in *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1-A, par.91.

⁵⁴ ILC Rep., 6-26-07-1996, UNGAOR 51 st sess., n. 10 (A/51/10), pp. 93-94.

⁵⁵ U.N. Doc. A/AC.249/1, 7-05-1996, PP. 16-17.

consuetudinario, come risultato dei graduali sviluppi degli atti internazionali ed interni verso le regole generali, non presuppone l'intento discriminatorio per tutti i crimini contro l'umanità.

Tra gli atti elencati nello Statuto di Roma solo la persecuzione prevede questo

specifico elemento soggettivo. Le motivazioni di chi commette un crimine contro l'umanità sono irrilevanti, se viene dimostrato che la persona ha agito con la richiesta

consapevolezza dell'attacco, e che nel caso di persecuzione nutiva intenti discriminatori.

Normalmente i possibili autori del crimine sono gli organi dello stato che agiscono in via ufficiale in funzione dello stato, comandanti militari, soldati che eseguono un crimine contro l'umanità.

La giurisprudenza delle corti nazionali sembra indicare che i crimini contro l'umanità possano essere commessi anche da singoli che agiscono di proprio conto se si prova che l'atto sia in collegamento con la politica di stato e trova supporto per i suoi misfatti in questa politica, questo è chiaramente dimostrato in numerosi casi dopo il 1945 davanti alla corte suprema tedesca che concernono le denunce di ebrei contro singoli tedeschi⁵⁶

3 - IL GENOCIDIO

A. L'ELEMENTO OGGETTIVO

⁵⁶ Un altro problema è se tali crimini possono essere commessi da ufficiali statali che agiscono per conto proprio e senza una formale approvazione dei loro superiori: sembrerebbe che in questi casi sia richiesta una sorta di implicita o esplicita approvazione o incoraggiamento dallo stato, ciò è ben illustrato nel caso Weller in cui la corte d'appello tedesca annullando la decisione della corte distrettuale sostenne che per aversi crimine contro l'umanità era sufficiente che per aversi un attacco alla dignità umana ci fosse una connessione con il sistema nazionalsocialista

L'ultimo dei crimini da analizzare nel corso dello studio dei contenuti dei principali crimini internazionali è il genocidio.

Sebbene delitti qualificabili come genocidio siano stati perpetrati sin dai tempi più remoti della storia del genere umano, il termine “genocidio” è relativamente recente.

Esso combina il termine greco *genos*, che significa razza o tribù, con quello latino *cidio*, che significa uccisione⁵⁷. Questo termine fu coniato nel 1933 dal professore Raphael Lemkin⁵⁸. Nel 1948⁵⁹ le Nazioni Unite adottarono la “Convenzione sulla prevenzione e punizione del reato di genocidio”, la quale⁶⁰ dichiarò il genocidio un crimine di diritto internazionale “sia che venga commesso in tempo di pace sia che venga commesso in tempo di guerra” definendolo all’art. II come uno qualsiasi degli atti seguenti, commessi nell’intento di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale

⁵⁷ R. LEMKIN, *Les actes creant un danger general consideres comme delits de droits des gents*, Parigi 1933; citato negli “studi sulla questione della prevenzione e punizione del crimine di genocidio”, U.N. Doc.

⁵⁸ quando il giurista sottomise alla “Conferenza internazionale per l’unificazione del diritto penale” la proposta di dichiarare come crimine di diritto internazionale gli atti miranti alla distruzione delle collettività razziali, religiose e sociali

⁵⁹ A seguito dello sterminio di milioni di ebrei e di altri gruppi giudicati indesiderabili da parte dei nazisti durante la Seconda Guerra Mondiale, lo Statuto del Tribunale di Norimberga riconobbe le persecuzioni a carattere razziale, politico o religioso come una delle due categorie di crimini contro l’umanità, e stabilì il principio della responsabilità penale individuale per questo genere di reati. Nel 1946 l’Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel preambolo della Risoluzione 96(I) adottata l’11 dicembre, in cui venivano riaffermati all’unanimità i principi del diritto internazionale riconosciuti dallo Statuto e dalla Sentenza del Tribunale di Norimberga, dichiarò che “il genocidio è un crimine di diritto internazionale che il mondo civilizzato condanna, e per la commissione del quale gli autori principali ed i complici, che siano individui privati, pubblici ufficiali o uomini di Stato, sono punibili”.

⁶⁰ La definizione si trova nell’ art. II della Convenzione.

o religioso: uccidere membri del gruppo; causare gravi danni fisici o mentali a membri del gruppo; infliggere deliberatamente al gruppo condizioni di vita miranti a causarne la distruzione fisica parziale o totale; imporre provvedimenti tesi a impedire le nascite all'interno del gruppo; trasferire forzatamente i bambini appartenenti al gruppo presso un gruppo diverso.

In seguito questa definizione fu riscritta con le identiche parole nell'art. 6 dello Statuto della Corte Penale Internazionale⁶¹, nello Statuto del Tribunale per la ex-Yugoslavia e in quello per il Rwanda⁶²,

⁶¹ Articolo 6: Ai fini del presente Statuto, per crimine di genocidio s'intende uno dei seguenti atti commessi nell'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, e precisamente: a) uccidere membri del gruppo; b) cagionare gravi lesioni all'integrità fisica o psichica di persone appartenenti al gruppo; c) sottoporre deliberatamente persone appartenenti al gruppo a condizioni di vita tali da comportare la distruzione fisica, totale o parziale, del gruppo stesso; d) imporre misure volte ad impedire le nascite in seno al gruppo; e) trasferire con la forza bambini appartenenti al gruppo ad un gruppo diverso.

⁶² Nello Statuto dei due Tribunali ad hoc sono ricompresi con gli stessi termini i primi quattro articoli della Convenzione sul genocidio del 1948: **Article I**: *The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to*

prevent and to punish. Article II: *In the present Convention, 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.*

Article III: *The following acts shall be punishable: (a) Genocide; (b) Conspiracy to commit genocide; (c) Direct and public incitement to commit genocide; (d) Attempt to commit genocide; (e) Complicity in genocide. Article IV*: *Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be punished,*

whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals.

che hanno dato importanti sentenze in proposito (l'ICTR nel caso Akayesu⁶³ e Kayishemae Ruzindana⁶⁴ e l'ICTY nel caso Jelusic⁶⁵ e Krstic⁶⁶), e riaffermata dalla Commissione di diritto internazionale nel "Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza del genere umano"⁶⁷, tanto da essere considerata parte del diritto consuetudinario⁶⁸.

Nato come sottocategoria dei crimini contro l'umanità, dopo l'adozione della Convenzione sul Genocidio del 1948 e la graduale trasformazione delle sue principali previsioni sostanziali in diritto internazionale consuetudinario, il genocidio diventa un'autonoma categoria di crimine, con un proprio e specifico *actus reus e mens rea* definito dal giudice Laity Kama del Tribunale Penale Internazionale per il Rwanda, nel caso "Kambanda", "il crimine dei crimini"⁶⁹.

Il termine genocidio viene così interpretato nel senso di un piano coordinato, che comprende diverse azioni dirette a distruggere le basi essenziali della vita di gruppi di persone o membri di un gruppo, allo scopo di annientarli. Gli obiettivi di un tale piano possono essere la disintegrazione delle istituzioni

⁶³ Akayesu case (ICTR-96-4-t) trial chamber judgment 2 settembre 98

⁶⁴ Kayishema and Ruzindana (ICTR -95-1) (ICTR-95-1) trial chamber judgment 21 maggio 99

⁶⁵ Jelusic case (IT-95-10) 'Brcko' appeals judgement 5 luglio 2001

⁶⁶ Krstic case (IT -98-33) 'Srebrenica-drina corps' trial chamber judgement 2 agosto 2001

⁶⁷ Art. 4 dello Statuto del Tribunale per l'ex-Jugoslavia, art.2 in quello del Ruanda, art. 17 nel "progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza del genere umano".

⁶⁸ Riserve alla Convenzione sul genocidio, 1951, Rapporto della Corte internazionale di Giustizia 15,23("i principi che emergono dalla Convenzione sono riconosciuti dalle nazioni civili come vincolanti per gli Stati, anche in assenza di obblighi convenzionali"). La Convenzione sul genocidio è stata per ora ratificata dai due terzi degli Stati membri delle Nazioni Unite.

⁶⁹ ICTR, in Prosecutor v. Kambanda, ICTR 97-23-S, par. 16.

politiche e sociali, della cultura, della lingua, del sentimento nazionale, della religione e della vita economica di gruppi nazionali, nonché la distruzione della sicurezza personale, della libertà, della salute, della dignità e della vita degli individui appartenenti al gruppo⁷⁰.

I gruppi protetti dalla Convenzione sono quelli nazionali, etnici, razziali e religiosi mentre nella Convenzione non vi è alcun riferimento ai gruppi politici.

B. ELEMENTO SOGGETTIVO

Il crimine di genocidio è caratterizzato dalla presenza di un elemento intenzionale particolare: deve essere commesso nell'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso. Il genocidio si caratterizza quindi rispetto alla più generale categoria dei crimini contro l'umanità per questa particolare qualificazione dell'elemento soggettivo: per potersi parlare di genocidio è necessario un dolo specifico.

Quindi, nel caso di uccisione di membri di un gruppo etnico, questa condotta può essere qualificata come genocidio soltanto se si dimostra che l'atteggiamento psicologico dell'agente era particolare, cioè proteso non solo alla morte delle vittime ma anche a distruggere in tutto o in parte il gruppo cui le vittime appartenevano.

⁷⁰ R LEMKIN, *Axis Rule in occupied Europe*, Washington, 1944, 79-95.

E' chiaro quindi che la necessaria sussistenza del dolo specifico esclude ipotesi di genocidio colposo.

Non è invece necessario (come in parte si è già visto nell'analisi delle singole ipotesi) che l'autore del crimine si proponga di distruggere tutto il gruppo: è sufficiente che egli si proponga di distruggerlo anche in parte.

La definizione di questo crimine richiedendo una specifica intenzione e conoscenza rispetto a tutte le conseguenze dell'atto proibito, sembrerebbe escludere la possibilità che il genocidio possa essere commesso con un più basso livello di *mens rea*. Tuttavia, la definizione si applica ai subordinati che eseguono gli ordini così come a coloro che pianificano o ordinano il genocidio, anche se il subordinato potrebbe non avere lo stesso livello di conoscenza di coloro che lo pianificano. Riguardo a questo punto critico la Commissione di diritto internazionale ha spiegato che è richiesta la conoscenza dell'obiettivo ultimo della condotta criminale piuttosto che di ogni dettaglio della politica di genocidio⁷¹. Pertanto si presume che un subordinato conosca le intenzioni dei suoi superiori quando riceva ordini di commettere atti proibiti contro individui appartenenti ad un gruppo particolare. Egli non può fuggire dalla responsabilità se esegue questo tipo di ordini sostenendo di non essere a conoscenza di tutti gli aspetti del piano di genocidio nel suo complesso; il diritto infatti non permette ad un individuo di difendere se stesso dall'evidenza, essendo palese che certamente sia a conoscenza della rilevanza degli effetti distruttivi di questa condotta criminale sul gruppo particolare. Quindi il necessario grado di conoscenza ed intenzionalità dev'essere desunto dalla natura dell'ordine di commettere gli atti proibiti di distruzione contro individui che appartengono ad un particolare gruppo.

⁷¹ 1996 *ILC Report*, p. 90.

Capitolo II

CONCORSO DI REATI ALLA LUCE DEI PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO PENALE

1-CONCORSO MATERIALE DI REATI

Dopo aver approfondito i contenuti dei crimini internazionali, la seconda parte di questo lavoro avrà ad oggetto l'analisi della questione del *concursum delictorum*⁷², che comprende il concorso di reati ed il concorso apparente di norme, nei maggiori sistemi penali (*common law system, civil law system*). Si ha concorso di reati quando uno stesso soggetto viola più volte la legge penale e perciò deve rispondere di più reati⁷³.

Quest' istituto può assumere la duplice forma di concorso formale e concorso materiale.

Si ha concorso materiale (reale) quando uno stesso soggetto con più azioni od omissioni commette una pluralità di reati .

⁷² Il termine *concursum delictorum* deriva dal *ius commune* latino e corrisponde per quanto riguarda i paesi di *civil law* al concorso di reati italiano, al *concours de qualifications/ d'infractions* francese, al *concurso /concurrentia de leyes/delito* spagnolo e al *konkurrenzlehre* tedesco. I paesi di *common law* apparentemente sono sprovvisti di un tale corpo di dottrina ma discutono delle stesse questioni nel contesto

⁷³ Frosali Concorso di norme e concorso di reati, Citta di Catsello 1937; Moro Unità e pluralità di reati , Padova 1951; Magliaro I reati connessi 1956; R. Messina Il concorso formale di reati Milano 1979 Honig Studien zur juristischen und naturlichen Handlungseinheit, Mannheim; Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, Berlin 1979

Esso sarà omogeneo se è violata più volte la stessa norma penale, e cioè quando lo stesso reato viene commesso più volte (ad es. si commettono più furti); ‘eterogeneo’ se vengono violate norme diverse e si commettono reati diversi (ad es. si commette un furto ed un omicidio).

L’elemento unificante del concorso materiale è dunque rappresentato dall’identità del soggetto responsabile.

Per quanto concerne il trattamento sanzionatorio, la giurisprudenza dei sistemi di *common law* tende ad imporre pene da servire consecutivamente o concorrentemente, assicurandosi, in tale ultimo caso, che il totale della pena non risulti eccessivo. La maggior parte dei sistemi di *civil law*, invece, applica il principio del *cumulo materiale*, per cui si applicano tante pene quante sono i reati, che risulta poi temperato da una serie di limiti massimi all’incremento addizionale della somma di pene⁷⁴ al fine di impedire in concreto sanzioni complessivamente sproporzionate⁷⁵.

⁷⁴ come nel c.p. italiano all’art 71-80 c.p. con l’art 78 che fissa il limite assoluto (vedi in particolare art 73 concorso di reati che importano pene detentive temporanee o pene pecuniarie della stessa specie, in presenza di più delitti, ciascuno punito con la reclusione non inferiore ai 24 anni; art 74 concorso di reati che importano pene detentive di specie diversa; art 75 concorso di reati che importano pene pecuniarie diverse; art 77 determinazione delle pene accessorie: il cumulo materiale assume connotati particolari in presenza di una pluralità di delitti puniti con l’ergastolo, nel qual caso il contenuto della pena viene incrementato con l’isolamento diurno da sei mesi a tre anni); nel codice penale spagnolo l’art 73 e 76 (sentenze consecutive con un totale non più lungo del triplo della sentenza più grave); nel codice penale svedese all’art 26 sec.2 (‘.la prigione può essere inflitta per un termine più lungo della sanzione più grave prevista per i crimini ma non può eccedere la somma totale dei termini massimi che possono essere imposti per i singoli crimini); art 55 c.p. argentino ;una regola diversa esiste in Francia dove condanne multiple portano ad un’unica pena basata sul reato più grave art 132/3 c.p. francese 1994 (principe du non cumul des peines) ;allo stesso modo sistemi di common law permettono sanzioni consecutive per diversi reati separati.: la corte d’appello inglese ha statuito il principio per cui quando si hanno pene consecutive la corte deve assicurarsi che il totale

B. CONCORSO FORMALE

Si ha invece concorso formale (ideale) quando il soggetto ha posto in essere più reati con una sola azione o omissione, e cioè quando con una sola azione o omissione vengono violate diverse disposizioni di legge (concorso formale eterogeneo)⁷⁶ ovvero vengono commesse più violazioni della medesima legge (concorso formale omogeneo)⁷⁷.

Se presupposto normativo indefettibile del concorso formale è un'unicità di azione o omissione, non sempre però a quest'ultima corrisponde sempre una pluralità di reati.

Per chiarire le condizioni in presenza di cui una stessa condotta realizza più reati in concorso formale è opportuno affrontare separatamente le ipotesi di concorso eterogeneo e quelle di concorso omogeneo.

Per stabilire se sussiste un concorso formale omogeneo occorre verificare quante volte una medesima azione violi una stessa disposizione incriminatrice⁷⁸. Se le fattispecie non risultano interferenti ma eterogenee, la loro realizzazione, pur se contestuale, darà sempre luogo ad un concorso materiale⁷⁹.

non sia eccessivo (R.v. Stevens 1997 ,2 Cr. App. Rep.(s)) 180,182,Ca; R.v. Bocskei,1970 , 54 Cr App. Rep. 519,520,Ca, Cf Ashworth);mentre il c.p canadese prevede che il cumulo non possa essere eccessivamente lungo o severo.

⁷⁵ Vedi art 78.79 c.p. italiano: così ad es. il cumulo delle pene detentive temporanee non può essere superiore al quintuplo della più grave tra le pene concorrenti, ne comunque eccedere i trent'anni per la reclusione e i sei anni per l'arresto (art 78 n 1 e 2 c.p.)

⁷⁶ ad es. con la stessa azione si commette furto e omicidio

⁷⁷ ad es. si commettono più omicidii

⁷⁸ A questo proposito si segnala la distinzione effettuata dal Mantovani e dal Fiandaca tra fattispecie incriminatrici che tutelano '*beni altamente personali*' quali vita, integrità fisica, libertà personale , onore.. e fattispecie che proteggono beni diversi :

Nel concorso formale eterogeneo una stessa condotta realizza contemporaneamente elementi riconducibili a diverse fattispecie incriminatrici e quindi uno stesso nucleo del fatto corrisponde a due o più fattispecie incriminatrici mentre le parti residue corrispondono ad altre fattispecie, così la reazione violenta del ladro rientra contemporaneamente nella fattispecie di rapina e di resistenza al pubblico ufficiale.

L'alternativa tra concorso formale e materiale si risolve identificando, rispetto ad una qualsiasi delle offese riscontrate, una condotta tipica.

Se quella stessa condotta tipica così identificata coincide puntualmente con la condotta delle altre offese si è in presenza di un concorso formale; se non coincide si ha un concorso materiale; solo nel primo caso si può affermare che ad una pluralità di violazioni corrisponda effettivamente una sola azione o omissione.

Si ha così 'concorso con azione unica' da contrapporsi a 'concorso con più azioni'.

rispetto alle prime si configura una pluralità di reati (concorso formale omogeneo) se con una medesima azione si ledono soggetti passivi diversi (se dalla stessa condotta deriva la morte di più passanti, un attentato terroristico che provoca la morte di un uomo politico e del suo seguito), rispetto alle seconde, cioè fattispecie che tutelano beni non personali, in presenza di una sola azione pur lesiva di soggetti passivi diversi è sempre configurabile una pluralità di reati (si pensi a chi con un'unica bomba danneggia intenzionalmente le vetrine di più negozi, in questo caso si avrà un unico reato di danneggiamento, oppure si pensi ad un unico furto commesso mediante un'unica azione di impossessamento di una cosa appartenente a più soggetti passivi, unicità di furto si avrebbe anche se l'impossessamento avesse ad oggetto più cose perché si avrebbe l'aggravamento quantitativo di un'offesa qualitativamente unitaria).

Nello stesso senso Cass. Sez Un, 3 luglio 1971 in Cass. Pen. Mass. Ann, 1971

⁷⁹ Così se per costringere la vittima all'atto sessuale il violentatore si impossessa del coltello da essa detenuto, il delitto di furto e di violenza sessuale si prospetteranno in concorso materiale

La confluenza di più fattispecie verso la stessa condotta deve essere effettiva, altrimenti ci si troverebbe dinnanzi ad un concorso apparente di norme, dove delle due o più fattispecie una sola in realtà deve essere applicata.

Secondo la maggior parte dei sistemi di *civil law* la disciplina giuridica nel concorso formale sia omogeneo sia eterogeneo si adegua a quella del cumulo giuridico prescrivendo la pena per il reato più grave, adottando^{80 81} o meno⁸², l'opzione di accrescere il massimo della rispettiva sentenza applicata; il sistema penale francese applica la classica regola *maior poena minorem absorbet* e l'imputato è condannato solo per il reato più grave (*unità d'infrazioni*), mentre nei paesi di *common law*, sebbene le Corti hanno tradizionalmente ampia discrezionalità per imporre pene sia concorrentemente che consecutivamente, e sebbene un concetto equivalente al concorso formale non sembra esistere, l'idea sottostante è

⁸⁰ nel c.p. italiano si applica infatti 'la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata fino al triplo (art 81 c.p. italiano) con un limite discendente dal fatto che la pena complessiva non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile sommando materialmente le pene per ciascun reato (art 81 co 3): essa tuttavia può coincidere con il cumulo di tali pene; vedi anche c.p. america latina art 65

⁸¹ questo regime è stato introdotto in Italia dalla riforma d.l. n99/74 conv. Nella legge 220/74 art 8: la disposizione originaria del c.p. assoggettava invece il concorso formale al cumulo materiale delle pene, equiparandolo così sul piano sanzionatorio al concorso materiale si è opportunamente passati al cumulo giuridico modificando così l'art 81: 'è punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata fino al triplo chi con una sola azione o omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge.

⁸² Codice tedesco art 52 ;c.p. spagnolo art 77 (2/3)

ampiamente accettata e così la giurisprudenza⁸³ tende ad imporre sanzioni da servire concorrentemente.⁸⁴

Una massima comune deducibile da quest'indagine comparata è che la violazione di varie norme attraverso un'unica azione merita in genere una sanzione minore della violazione di più disposizioni attraverso più azioni. Questa distinzione in base al profilo sanzionatorio si basa sulla correlativa distinzione tra unità e pluralità di azione, nella consapevolezza che la simultanea violazione di due norme è meno riprovevole di una successiva infrazione poiché quest'ultima richiede maggior 'impeto criminale'⁸⁵.

Inoltre quando le definizioni di due reati parzialmente si sovrappongono e le rispettive sanzioni sono impartite consecutivamente, la parte di condotta coperta da entrambe sarebbe scontata doppiamente. Perciò la sanzione finale per la stessa azione che viola diverse norme è minore della somma delle pene per entrambi i reati commessi⁸⁶.

⁸³ 18 U.S.C. § 3553 (a)(5); Koon v. U.S. , 518 U.S. 81, 85; 116 S.Ct. 2035; 135 L.Ed. 2d 392 (1996) Gunter v. State 11 Ala 23 ; vedi inoltre Horack The Multiple Consequences of a single criminal act '21 Minn L. Rev 805

⁸⁴ Le indicazioni della United States Sentencing Commission che vincolano le Corti Federali ordinano che i capi d'accusa strettamente correlati siano raggruppati, nel senso che sono trattate come un unico reato ai fini della sentenza ; altri sistemi di *common law* prevedono che solo la previsione che autorizza il termine più lungo di prigione può essere applicato (california penal code § 654 (a)) o che le pene multiple siano da servire concorrentemente (New York Penal Law § 70.25 (2) o che sia data una sola sentenza accresciuta. (Maine Rev. Stat. Ann Tit 17 A § 1256 (2)(d)

⁸⁵ Carl Friedrich Stuckenberg –Multiplicity of Offences: Concursus delictorum p599; Von Listz 'Zum Vorentwurfe eines Reichsstrafgesetzbuches, 30 zstw (1910)

⁸⁶ Cf BGHSt 39 , 100, 109; Amar 106 Yale L.J 1807 , USSG, § 3D1.2 comment n.5 ; inoltre La Corte Suprema Australiana in Pearce v. R (1998) HCA 57 (10 settembre 1998) § 40 : ' poiché i due reati per cui l'imputato è stato condannato contengono elementi in comune , sarebbe errato punire l'imputato doppiamente per gli elementi comuni alle due fattispecie...

3 – IL CONCORSO APPARENTE DI NORME

Talvolta l'applicazione di un reato può ostacolare l'applicazione di un altro reato, ovvero un reato può essere assorbito in un altro: non deve quindi essere incluso nella formulazione dell'accusa oppure, sebbene portato in processo, non può portare a condanne né contribuire alla determinazione della sentenza.

Si ha così concorso apparente⁸⁷ di norme allorché più norme appaiono almeno *prima facie* tutte applicabili ad un medesimo fatto, ma in realtà invece di configurarsi un concorso di reati si ha unicità di reato, essendo una sola la norma incriminatrice veramente applicabile al caso di specie⁸⁸.

I presupposti del concorso apparente di norme sono l'esistenza di una medesima situazione di fatto e la convergenza di una pluralità di norme che sembrano prestarsi a regolarla, non essendo concepibile il concorso di una norma con se stessa.

A. SPECIALITÀ UNILATERALE:

IL CRITERIO DI SPECIALITÀ

⁸⁷ la dottrina continentale europea riunisce tutte le situazioni in cui non si applicano più norme sotto il generico termine di apparenza, o falso concorso (concorso apparent d'infractions; concorso apparente di norme; concorso Apparente; unechte Konkurrenz/Gesetzeskonkurrenz)

⁸⁸ deve trattarsi non di norme antitetiche altrimenti anziché aversi concorso apparente si avrebbe conflitto di norme

Per stabilire se il concorso è apparente o reale (quindi formale eterogeneo) parte della dottrina⁸⁹ ritiene sufficiente il solo criterio della specialità unilaterale: *lex specialis derogat legi generali*⁹⁰ (*dottrina monistica*).

Il criterio di specialità è il principio secondo cui la legge speciale prevale su quella generale, sul presupposto che tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie generale siano contenuti in un'altra fattispecie speciale che contiene a sua volta ulteriori elementi specializzanti.

Si ha così specialità unilaterale quando una norma speciale presenta tutti gli elementi di un'altra norma generale con almeno un elemento in più⁹¹ e le due fattispecie si presentano quindi come due cerchi concentrici⁹².

La specialità unilaterale può essere *specialità per specificazione*⁹³, nel senso che i requisiti costitutivi di una fattispecie rappresentano in tutto o in parte una specificazione di requisiti contenuti nell'altra

⁸⁹ Per la dottrina monistica v. fra gli altri Delitala, Antolisei, Moro, Siniscalco, Conti, che interpretano non sempre la specialità in modo identico: preminente è nella giurisprudenza italiana ispirata ad un marcato empirismo e ad una frammentarietà di soluzioni il principio di specialità anche se talora indebitamente limitato dalla identità o omogeneità dei beni giuridici: Cass., 6/10 /64 in Giust Pen, 1965, II, 205; ID 5/1/74 in Cass Pen 1975 1306; Id 11/10/79 ivi 1981, 544; Id 21/10/81 ivi 1983, 621. Contro però tale limite Cass. Sez Un, 10/12/82 ivi 1985

⁹⁰ il criterio di specialità proprio dei paesi di civil law: *especialidad*, *specialität*, *Spezialität*; art 55 para 2 del c.p. tedesco (quando un atto è punibile secondo una previsione generale ed una speciale, solo la previsione speciale sarà applicabile) art 15 c.p.

⁹¹ tipico esempio è l'art 341 c.p. italiano rispetto all'art 594 c.p. italiano, poiché l'oltraggio presenta tutti gli elementi dell'ingiuria ed inoltre un *quid pluris* della qualifica di pubblico ufficiale

⁹² in pratica per accertare la specialità unilaterale è sufficiente ipotizzare che la fattispecie supposta speciale sia eliminata: se l'ambito della sua previsione normativa è destinato a rifluire automaticamente nella fattispecie supposta generale, non v'è dubbio che tra le due fattispecie intercorre un rapporto di specialità unilaterale

fattispecie o *specialità per aggiunta*, nel senso che una fattispecie include elementi aggiuntivi non ricompresi nell'altra⁹⁴.

In questa prospettiva, tuttavia, la portata del principio di specialità risulta assai ristretta; sono infatti frequenti le ipotesi in cui la relazione tra fattispecie non è riducibile alla specialità unilaterale, e pur tuttavia la loro sovrapposizione risulta tale, sul piano normativo da rendere ben poco plausibile il ricorso al concorso formale eterogeneo che rappresenta la figura di confine rispetto al concorso apparente di norme⁹⁵: in questi casi ricorre un fenomeno di specialità reciproca.

B. SPECIALITA' RECIPROCA

⁹³ così la violenza sessuale (art 609 bis c.p. italiano) è unilateralmente speciale per specificazione rispetto alla violenza privata (art 610 c.p.italiano) perché compiere o subire atti sessuali è un species del genus fare o tollerare qualche cosa; il sequestro di pubblico ufficiale è una species del sequestro di persona, il sequestro di persona a scopo di estorsione (art 630 c.p. italiano) è unilateralmente speciale per aggiunta rispetto al sequestro di persona (art 605 c.p. italiano) in quanto agli elementi di quest'ultimo aggiunge, quale requisito specializzante lo scopo di conseguire per se o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione

⁹⁴ così come ancora esemplificando, nel rapporto tra art 641 c.p. italiano (insolvenza fraudolenta) e art 218 l.fall. (ricorso abusivo al credito): quest'ultimo è speciale per specificazione quanto al soggetto attivo (imprenditore rispetto chiunque) e al tipo di condotta (ricorrere al credito rispetto al contrarre una qualsiasi obbligazione) ma l'art 641 risulta a sua volta speciale per aggiunta perché l'obbligazione deve essere contratta col proposito di non adempierla e deve poi risultare effettivamente inadempita: elementi irrilevanti rispetto alla fattispecie dell'art 218 l.fall

⁹⁵ ad es l'art 610 c.p. italiano (violenza privata) è speciale per aggiunta rispetto all'art 611 (violenza o minaccia per costringere a commettere un reato) perché richiede l'effettiva coartazione del soggetto passivo mentre per l'art 611 c.p. è sufficiente l'uso della minaccia o violenza per costringere; ma l'art 611 è a sua volta speciale per specificazione perché considera una particolare forma di comportamento coartato, commettere un fatto costituente reato, mentre l'art 610 si riferisce genericamente ad un fare od omettere qualcosa

Nei casi di specialità reciproca o bilaterale nessuna norma è speciale o generale, perché entrambe presentano, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra. La giurisprudenza italiana⁹⁶ è restia a ricondurre questo fenomeno al concorso apparente ed opta per il concorso formale eterogeneo. La dottrina, viceversa, è in massima parte orientata a ricondurre quest'aspetto al concorso apparente, ma con una marcata divergenza di opinioni tra coloro che ritengono trattarsi in effetti di un ipotesi particolare riconducibile alla specialità tra norme (dottrina *monistica*)⁹⁷ e la dominante dottrina italiana e straniera che sulle orme di quella tedesca,⁹⁸ postula il ricorso a criteri di soluzione diversi per identificare i casi di concorso apparente e precisamente integrando con criteri di valore il criterio di specialità, quali il criterio di *sussidiarietà*⁹⁹ e il

⁹⁶ preminente è nella giurisprudenza italiana ispirata ad un marcato empirismo e ad una frammentarietà di soluzioni il principio di specialità unilaterale anche se talora indebitamente limitato dalla identità o omogeneità dei beni giuridici che deriverebbe dall'inciso stessa materia dell'art 15 c.p.: Cass., 6/10 /64 in Giust Pen, 1965 ,II, 205; ID 5/1/74 in Cass Pen 1975 1306 ;Id 11/10/79 ivi 1981, 544 ;Id 21/10/81 ivi 1983 ,621 .Contro però tale limite Cass. Sez Un, 10/12/82 ivi 1985

⁹⁷ parte della dottrina insiste nell'applicare anche in caso di specialità reciproca il principio di specialità (dottrina monistica Antolisei ,Manuale cit 138; Conti voce Concorso Apparente di norme cit 1013; Siniscalco il concorso apparente di norme ; Petrone il principio di specialità nei rapporti tra millantato credito e truffa in Rivi t dir proc pen 1963; Neppi Modona Manifestazione e radunata sediziosa ,1963

⁹⁸ per la dottrina pluralistica vedi fra gli altri Frosali; Pagliaro; Bettiol-Pettoello Mantovani Diritto cit 712; Fiandaca Musco; per la dottrina straniera Geerds, Puig Pina, Stevenson. In giurisprudenza si riconosce un qualche spazio applicativo oltre al principio di sussidiarietà (Cass 6/4/64 in Giust Pen 1964 II 977; Id 18/11/71 in Cass Pen 1972 ,1932) anche quello di consunzione (Cass 6/4/64, ; Id 11/1/79 in Cass Pen 1980)

⁹⁹ sussidiarietà, secondo la dottrina di civil law subsidiariedad; subsidiaritat

criterio di *consumzione*¹⁰⁰ che consentono rispettivamente di accertare la realtà o l'apparenza del concorso^{101 102 103}(dottrina *pluralistica*).

B-1 IL CRITERIO DI SUSSIDIARIETA'

Il criterio di sussidiarietà è fondato sul riconoscimento di un particolare rapporto funzionale tra due o più fattispecie, nella tutela di un medesimo bene: quando esse si riferiscono a stadi o gradi diversi di tutela dello stesso interesse, il fatto descritto dalla fattispecie sussidiaria resta assorbito in quello

¹⁰⁰ assorbimento, secondo la dottrina di civil law :consumion Konsumtion

¹⁰¹ i limiti e i rapporti tra questi tre criteri (assorbimento sussidiarietà e specialità) sono molto controversi. una rara ed esauriente codificazione è contenuta nell'art 8 del c.p. spagnolo del 1995 che prevede che il precetto speciale si applicherà con preferenza al generale, il precetto sussidiario si applicherà in mancanza del principale sia che la sussidiarietà è espressa sia che è tacita; il precetto più ampio e completo assorbirà quello che prevede infrazioni comprese nell'assorbente; in difetto di questi tre criteri il precetto penale più grave escluderà la possibilità della pena del reato meno grave

¹⁰² al di fuori delle ipotesi di specialità unilaterale o reciproca non è più configurabile concorso tra norme poiché le norme già prima facie appaiono applicabili a fatti diversi, in quanto nessuna ipotesi integrante l'una integra anche l'altra, come nella relazione di interferenza che si ha quando le fattispecie coincidono non per ipotesi criminose (sottofattispecie) ma solo per elementi costitutivi in se penalmente irrilevanti, quali la condotta (ad es. la violenza carnale e l'incesto hanno in comune la sola congiunzione carnale in se penalmente irrilevante) le norme interferenti non presentano perciò in comune un medesimo fatto, cioè capace di essere erato per entrambe, a differenza delle norme in rapporto di specialità reciproca ove le fattispecie si intersecano ma su un comune fatto criminoso

¹⁰³ il concorso di norme è inconcepibile anche nella relazione di eterogeneità dove le fattispecie non coincidono per nessun elemento o nella relazione di incompatibilità dove le fattispecie hanno tra loro elementi incompatibili e quindi si escludono a vicenda (il possesso dell'art 646 c.p. e la mancanza di possesso nell'art 624)

descritto nella fattispecie principale¹⁰⁴, quindi la norma principale esclude l'applicabilità della norma sussidiaria (*lex primaria derogat legi subsidiariae*): è sussidiaria la norma che tutela un grado inferiore dell'identico interesse che è tutelato dalla norma principale in grado superiore, sicché la norma principale esaurisce l'intero disvalore del fatto. In taluni casi è lo stesso legislatore ad indicare un rapporto di sussidiarietà tramite l'utilizzo di una clausola di riserva¹⁰⁵:

ma esistono anche casi di sussidiarietà tacita tramite l'estensione di casi di sussidiarietà espressa a casi analoghi¹⁰⁶.

Al fine di limitare l'arbitrio del giudice, la sussidiarietà tacita viene circoscritta ai soli casi in cui le due norme tutelino l'una un grado maggiore e l'altra un grado minore dell'identico interesse e prevedano una diversità di pena, in quanto l'interesse assorbente e quindi la norma prevalente non possono che essere rivelati dal trattamento più severo. È sussidiaria una norma che tutela un grado inferiore dell'identico interesse che è tutelato dalla norma principale in grado superiore, sicché la norma principale esaurisce l'intero disvalore del fatto. Due sono i presupposti della sussidiarietà: il rapporto di specialità reciproca tra fattispecie e l'assorbimento dell'interesse tutelato da una norma nell'interesse tutelato dall'altra.

¹⁰⁴ così l'art 610 c.p. italiano (violenza privata) appare sussidiario nella tutela della libertà morale, rispetto a tutte le ipotesi criminose che si riferiscono a tale bene in un contesto più puntualmente determinato (es. art 611)

¹⁰⁵ si pensi ad esempio al reato di abuso di ufficio art 323 c.p. italiano, il quale è applicabile per esplicita disposizione legislativa solo ove non risultino applicabili altre fattispecie più gravi poste sempre a tutela della pubblica amministrazione

¹⁰⁶ si veda ad esempio il rapporto intercorrente tra la contravvenzione di atti contrari alla pubblica decenza 726 c.p. italiano e il delitto di atti osceni art 527 c.p. italiano e cioè due figure di reato entrambe poste a protezione di un bene omogeneo che si diversificano in ragione della diversa intensità dell'aggressione al medesimo arrecata

B-2 IL CRITERIO DI CONSUNZIONE

Il criterio di consunzione (assorbimento) è basato su un apprezzamento di valore in forza di cui quando più fattispecie si riferiscono ad un quadro di vita socialmente unitario si dovrebbe applicare solo quella che esaurisce compiutamente in se l'intero disvalore del fatto, la norma consumante quindi prevale sulla norma consumata (*lex consumens derogat legi consumptae*). E' consumante la norma il cui fatto comprende in se quello previsto dalla norma consumata. Presupposto è il rapporto meno più tra fattispecie, la consunzione si ha nei casi di continenza necessaria di una fattispecie legale in un'altra più grave (reato complesso, reato progressivo)¹⁰⁷, nei casi di continenza eventuale di un reato minore in un altro maggiore costituendo quello solo uno dei possibili modi di realizzazione di essi.

Circa il fondamento giuridico, accanto ad una consunzione espressa se ne ammette una tacita.

La consunzione o assorbimento è invocabile per escludere il concorso di reati in tutte le ipotesi in cui la realizzazione di un reato comporta secondo *l'id quod plerumque accidit*, la commissione di un secondo

¹⁰⁷ la struttura del reato complesso (disciplinato dall'art 84 c.p.italiano) si identifica in una sintesi normativa tra ipotesi criminose, in una nuova fattispecie, nella quale le ipotesi criminose fungono entrambe da elementi costitutivi del nuovo reato (come nel caso della rapina: art 628 c.p. italiano che rappresenta la sintesi di un furto, art 624, e di una violenza privata, art 610 c.p.). Il reato progressivo si prospetta invece nelle ipotesi in cui la realizzazione di una fattispecie implica di per sé il passaggio attraverso stadi progressivamente crescenti di offesa ad uno stesso interesse o ad interessi omogenei (ad es. per commettere un omicidio è di regola necessario passare attraverso il delitto di lesioni), in questi casi l'unità del fatto realizzatosi coglie sia sul piano della condotta, costituita da una pluralità di comportamenti contestuali diretti all'offesa dell'interesse maggiore, sia sul piano della colpevolezza. (orientata verso un unico elemento anti-giuridico)

reato il quale finisce perciò per essere assorbito dal primo, questo rapporto previsto dal legislatore implica che nella previsione del reato più grave c'è una sanzione adeguata a coprire il disvalore del reato meno grave. Caratteristiche principali dell'assorbimento sono che non poggia su di un rapporto logico tra norme ma su di un rapporto di valore, in base a cui l'apprezzamento negativo del fatto concreto appare tutto già compreso nella norma che prevede il reato più grave, con la conseguenza che la contemporanea applicazione della norma che prevede il reato meno grave condurrebbe ad un ingiusto moltiplicarsi delle sanzioni, ed inoltre questo criterio richiede non la identità naturalistica come il principio di specialità bensì la unitarietà normativa sociale del fatto. In altri termini nella prospettiva dell'assorbimento il fatto appare identico pure in presenza di azioni diverse dal punto di vista naturalistico purchè espressive di un disvalore penale omogeneo.

Quindi sia il criterio di consunzione che quello di sussidiarietà sono di natura praeterlegale, fondati su apprezzamenti sostanziali, e finiscono così con il risultare incerti e indefiniti, rendendo precario il confine tra concorso apparente di norme e concorso di reati, e non solo quello formale ma addirittura quello materiale, dato che l'unitarietà del quadro di vita potrebbe essere colta anche in situazioni riconducibili a questa figura.

Fondamentalmente il concorso apparente di norme rivela una duplice esigenza di equità, tesa a farlo coincidere con tutti i casi in cui un 'medesimo fatto' rientri sotto più norme, e di certezza giuridica, volta a trovare un principio unitario e di immediata applicazione pratica che elimini le incertezze che fanno del concorso di norme il fianco più debole del principio costituzionale di legalità. Il principio del *ne bis in idem*¹⁰⁸ (sostanziale)¹⁰⁹ vietando di addossare in tutte le ipotesi di concorso di norme lo stesso

¹⁰⁸ In vari sistemi penali, principalmente di common law, lo scopo del principio di *ne bis in idem* coincide con l'ammissibilità di multiple imputazioni e condanne, questo legame è contingente al principio della clausola del double jeopardy. L'espressione di

fatto più volte all'autore garantisce questi due valori, in quanto operante principio di diritto positivo, al pari dell'omonimo principio processuale che nella sua autonoma *ratio* di certezza ed economia processuale entro certi limiti salvaguarda anch'esso la finalità di giustizia sostanziale del primo¹¹⁰.

common law di protezione contro il double jeopardy si riferisce allo stesso reato per cui un imputato non può essere processato e punito due volte (United States Departments of Justice, Reports to the Attorney General: Double Jeopardy and Government Appeals of Acquittal, 1987). 'reato' è qui inteso come definizione del crimine e non si riferisce ai fatti sottostanti. La Corte Suprema Americana ha fortemente sostenuto il fatto che la clausola costituzionale di Double Jeopardy ha tre obiettivi primari: primo, protegge contro un secondo processo per lo stesso reato dopo un'assoluzione, dopo una condanna, protegge contro punizioni multiple per lo stesso reato in un singolo processo. (in Garrett v. U.S., 471 U.S. 773, 777; 105 S.Ct. 2407, 1985 / Brown v. Ohio, 432 U.S. 161, 165, 166-169, 1977)

Al contrario i paesi di civil law tendono a guardare il *ne bis in idem* anche come una mera protezione contro multiple accuse contro la stessa classe di fatti (*ne bis in idem* sostanziale)

¹⁰⁹ Il *ne bis in idem* sostanziale è desumibile nel codice penale italiano da una fitta rete di dati legislativi costituiti dagli art. 15/84/61 e 62 prima parte, e dalle copiose clausole di riserva contenute nella parte speciale del codice ed in leggi speciali, dati che risolvono già espressamente la maggior parte dei casi di concorso di norme nel senso dell'assorbimento.

¹¹⁰ Il principio del *ne bis in idem* sostanziale dovrebbe trovare esplicita codificazione nella parte generale del c.p. italiano, in una norma che sintetizzi e sostituisca la frammentaria pluralità degli indici legislativi sparsi nella legislazione penale, a cominciare dalle clausole di riserva, come avviene oggi con l'art. 138 che parimenti esprime il principio del *ne bis in idem* con riferimento all'ipotesi in cui un medesimo fatto, già punito all'estero, venga sottoposto a pena anche in Italia e similmente a quanto accade in certi codici stranieri come l'olandese che all'art. 55 dispone che 'quando un fatto cade sotto la comminatoria di più disposizioni della legge penale, si applica solo una di queste disposizioni e, in caso di differenza, quella che fissa la più grave pena principale'. e per un fatto che cade sotto la comminatoria di una disposizione speciale della legge penale, si tiene conto solo di quest'ultima (Mantovani 1992)

Quanto alle clausole di riserva, esse assolvono anche per la loro frequenza la fondamentale funzione di affermare l'assorbimento nel maggior numero di fattispecie in rapporto di specialità. Quindi risulta che all'interno dell'identica materia del concorso di norme questo complesso di dati legislativi costituisce particolare espressione del principio giuridico del *ne bis in idem* sostanziale, esprimendo la comune esigenza giuridica di non addossare più volte all'autore un fatto, capace di effetti giuridici ad opera di più norme, e che il *ne bis in idem* è principio non eccezionale ma regolare.

4 LA DISCIPLINA DEL CONCORSO APPARENTE

Per quanto riguarda la disciplina del concorso apparente, è noto che per garantire il principio del *ne bis in idem* si una ed una sola norma è applicabile. Individuare quale sia la norma prevalente è un problema di interpretazione sistematica, volto a delimitare la rispettiva reale portata delle norme concorrenti, per cui il fatto, che appariva comune ad esse, in realtà cade sotto la previsione di una sola di esse. L'individuazione della norma prevalente nel caso di specialità unilaterale è di immediata soluzione, perché è ovvio che la regola della specialità può esprimersi solo nei confronti di una disposizione (ad es quella sull'oltraggio rispetto a quella sulla ingiuria)¹¹¹.

Nel caso di specialità bilaterale bisogna rifarsi ad indici diversi: in primo luogo in base alla specialità tra leggi si considererà la eventuale specialità tra complessi normativi nel cui contesto le norme sono

¹¹¹ la norma prevalente nel caso di consunzione si individua attraverso il criterio del trattamento penale più severo, ove non si ritenga sufficiente questo criterio ci si basa su una comparazione del rango e della qualità dei beni tutelati

inserite¹¹². se il criterio non può essere utilizzato si ricorrerà in secondo luogo alla ‘*specialità tra soggetti*’, la norma indirizzata ad una cerchia determinata di soggetti individua di per sé, in questo elemento, una ragione di applicabilità esclusiva¹¹³. Se neppure questo criterio è praticabile, occorrerà far capo alla fattispecie dotata di un *maggior numero di elementi specializzanti* e per questo oggetto di convergenza e quindi più specifica.

In certe ipotesi la norma prevalente è individuabile in base a determinati rapporti formali tra norme, quali il criterio cronologico (*lex posterior derogat priori*) e il criterio gerarchico (*lex superior derogat inferiori*).

È da notare che molto spesso, quando due o più fattispecie si collocano in relazione di specialità reciproca,

è la legge stessa ad indicare quale sia la norma prevalente, attraverso una *clausola di riserva* (o di sussidiarietà espressa) che può essere di 3 tipi: *determinata*, nel caso di rinvio ad una disposizione specificamente individuata¹¹⁴; *relativamente determinata*, nel caso di rinvio a disposizioni individuate in

¹¹² così la norma sul ricorso abusivo al credito prevarrà sull’insolvenza fraudolenta in quanto contenuta in una legge (la fallimentare) che è speciale rispetto al c.p. essendo destinata a regolare rapporti peculiari estranei alla disciplina comune codicistica

¹¹³ così nel concorso tra art 619 II comma c.p. italiano (violazione sottrazione e soppressione di corrispondenza commessa da persona addetta al servizio delle poste, dei telegrafi e dei telefoni) e art 616 II comma c.p. italiano (violazione e soppressione di corrispondenza) (che è apparente perché l’art 619 c.p. risulta speciale per specificazione quanto a soggetti, mentre l’art 616 c.p. è speciale per aggiunta in quanto prevede che dal fatto derivi ‘documento’ deve prevalere l’art 619 in quanto riferito in via esclusiva all’addetto al servizio delle poste, dei telegrafi e dei telefoni)

¹¹⁴ art 609 quater c.p. italiano (atti sessuali con minorenni) ‘al di fuori delle ipotesi previste dalla legge’, art 496 c.p. italiano (false dichiarazioni sull’identità o su qualità personali o di altri) ‘fuori dei casi indicati negli art precedenti

forma categoriale, di solito riferendosi a quelle più gravemente sanzionate¹¹⁵; *indeterminata* nel caso di rinvio a qualsiasi altra disposizione suscettibile di applicarsi al fatto¹¹⁶. Attraverso le clausole di riserva, il legislatore può infatti limitarsi a ribadire espressamente il criterio di specialità, ma può anche disciplinare il concorso di disposizioni in rapporto di specialità reciproca attribuendo la prevalenza ad una norma che, secondo i criteri poc' anzi indicati, risulterebbe invece soccombente. Nelle ipotesi in cui le clausole non esistono tra gli indici rilevatori della norma applicabile il primo e più sintomatico è certo quello del trattamento penale più severo.

¹¹⁵ art 513 2 c.p. italiano (turbata libertà dell'industria e del commercio) se il fatto non costituisce un più grave reato

¹¹⁶ art 616 c.p. italiano (violazione e soppressione di corrispondenza) se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge.

CAPITOLO III

OVERLAPPING TRA CRIMINI DI GUERRA E CRIMINI CONTRO L'UMANITA' NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PENALE

1 - INTRODUZIONE ALLA QUESTIONE DEL CUMULATIVE CHARGE, CONVICTION E SENTENCING

Dopo aver analizzato la questione del concorso di reati nei sistemi penali interni, la terza parte di questo lavoro avrà ad oggetto lo studio dei criteri utilizzati dai Tribunali ad hoc in merito al '*concursum delictorum*' nel diritto internazionale penale, per valutare in che misura detti criteri risultino adeguati a garantire i diritti dell'imputato.

Come abbiamo visto precedentemente, lo statuto del Tribunale penale per la ex Jugoslavia (ICTY)¹¹⁷, del Tribunale penale internazionale per il Rwanda (ICTR)¹¹⁸ e quello della Corte penale

¹¹⁷ United Nations Security Council Resolution 827 on Establishing an International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the territory of the Former Yugoslavia, SC Res 827, UN Doc S/Res/827 1993 (Statute of the ICTY)

¹¹⁸ United Nations Security Council Resolution 955 (1994) Establishing the International Tribunal for Rwanda, SC Res 955, UN Doc S/Res/955 (1994) (Statute of the ICTR)³ Rome Statute of the

internazionale (ICC)¹¹⁹ contengono articoli che riguardano i principali crimini di diritto internazionale ovvero i crimini di guerra¹²⁰, i crimini contro l'umanità¹²¹ ed il genocidio¹²².

Questi crimini, in determinate circostanze¹²³, possono sovrapporsi¹²⁴ poiché hanno talvolta elementi materiali in comune¹²⁵.

¹¹⁹Rome Statute of the International Criminal Court ,opened for signature 17 July 1998 (enters into force 1 July 2002)(statute of the ICC)

¹²⁰ per la definizione di crimine di guerra si veda art 2/3 dello statuto dell'ICTY art 8 statuto dell'ICC la definizione di crimine di guerra sia nello statuto dell'ICTY che in quello dell'ICC incorpora gravi violazioni della Convenzione di Ginevra così come violazioni delle leggi e consuetudini di guerra mentre lo statuto dell'ICTR limita la definizione di crimine di guerra alle violazioni di leggi e consuetudini di guerra

¹²¹per la definizione di crimine contro l'umanità si veda lo statuto dell'ICTY art 5,lo statuto dell'ICTR art 2,lo statuto dell'ICC art 7

¹²²per la definizione di genocidio si veda lo statuto dell'ICTR, art5;statuto dell'ICTY art 4 ;statuto dell'ICC art 6

¹²³ Così ,se un soggetto uccide un determinato numero di persone il fatto che ulteriori elementi sono richiesti per questi crimini non cambia l'elemento materiale dell'uccisione, ma la corte dovrebbe sforzarsi di trovare il soggetto colpevole solo di uno di questi crimini, a seconda degli elementi specifici e addizionali applicati.

Ad esempio se una persona uccide un civile che è protetto dalla 4 Convenzione di Ginevra e quell'omicidio è anche un attacco deliberato su civili che viola le leggi e consuetudini di guerra quella persona non può che essere condannata una sola volta per crimine di guerra, inoltre se l'omicidio è commesso dall'esecutore materiale come parte di una politica sistematica può anche essere considerato

crimine contro l'umanità .Se in più l'intenzione dell'imputato di uccidere un civile,l'azione di uccidere, è portata avanti con lo specifico intento di attuare uno sterminio di un gruppo etnico religioso o razziale potrebbe costituire genocidio,ma in questi casi non potrebbe essere sia crimine contro l'umanità, crimine di guerra e genocidio perché il genocidio ha una sua specifica *mens rea*.

¹²⁴ M cherif Bassiouni 'the normative framework of international humanitarian law:overlaps,gaps and ambiguities (1988) transnational Law and contemporary problems.

Distinguere tra questi reati per quanto riguarda il *charging stage*, ma soprattutto in merito al *conviction* ed al *sentencing stage* risulta problematico in assenza di sanzioni definite o di quantificazioni della gravità¹²⁶ di ognuno di essi. Sebbene infatti le questioni che riguardano il *concursum delictorum* siano molto sviluppate e ampiamente dibattute nei sistemi penali nazionali con diversi orientamenti da parte di sistemi di *civil law* e *common law*, nel diritto internazionale penale ci si trova ancora ad uno stadio iniziale ed in continua evoluzione, in cui un ruolo assolutamente fondamentale è svolto dalla giurisprudenza dei due Tribunali ad hoc.

Gli approcci al problema oscillano tra una forte ispirazione al principio di legalità ovvero al principio *nullum crimen sine lege* e *nulla pena sine lege* che si esterna nell'esame accurato del diritto penale della Jugoslavia e del Rwanda per verificare come questi ordinamenti affrontano i rapporti tra questi

¹²⁵ Il principio di *double jeopardy* proprio dei sistemi di *common law* ed il correlativo principio di *ne bis in idem* di *civil law* garantiscono nel diritto penale l'imputato dal non essere soggetto a imputazioni e condanne multiple per lo stesso reato

¹²⁶Lo statuto dell'ICTY, lo statuto dell'ICTR ed il diritto internazionale consuetudinario non prevedono alcun tipo di gerarchia in base alla gravità tra genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, né definiscono le sanzioni da imporre per ciascuno di essi e le previsioni che riguardano le pene per questi crimini, in entrambi gli statuti riguardano solo i fattori che devono essere considerati quando si procede ad imporre una sanzione, mentre la giurisprudenza dell'ICTY e dell'ICTR rivela una certa discordanza di orientamenti sul concetto di gerarchia dei crimini internazionali: sebbene l'ICTY abbia inizialmente abbracciato in concetto di gerarchia tra crimini in *Prosecutor v. Erdemovic*¹²⁶ quest'idea fu poi rigettata in *Prosecutor v. Tadic*¹²⁶; in seguito l'ICTY ha continuato a rifiutare il concetto di gerarchia dei crimini internazionali nel diritto internazionale penale¹²⁶. Diversamente dalla giurisprudenza dell'ICTY, l'ICTR suggerisce specialmente '*for sentencing purposes*' l'esistenza di una gerarchia tra genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra in quest'ordine¹²⁶.

crimini¹²⁷, ad una applicazione dei principi generali dei principali sistemi penali (*European civil legal system, common law system*) in cui sussiste la dottrina del concorso di reati e il concorso apparente di norme.

E' necessario così per la nostra analisi osservare l'applicazione di questi approcci nelle decisioni dell'ICTY e dell'ICTR in fase di *charge, conviction* e *sentencing*, con una preliminare digressione sul principio del *ne bis in idem* nel diritto internazionale penale, in quanto strettamente collegato alla questione del concorso di reati.

2- NE BIS IN IDEM NEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

L'analisi del *ne bis in idem* nel diritto internazionale penale risulta necessaria poiché anche in quest'ambito, così come nel diritto penale generale, la distinzione tra concorso apparente e concorso formale è rilevante proprio in ragione di questo principio sostanziale, che in tutti casi di concorso apparente di norme vieta di addossare più volte lo stesso fatto all'autore.

La *ratio* fondamentale del *ne bis in idem* è la protezione dei diritti dell'imputato, espressa nella massima '*nemo debet bis vexari pro eadem causa*' che riprende il principio '*autrefois acquit/convict*' in molti sistemi di *common law*.

Il *ne bis in idem* è conosciuto sotto nomi diversi nei vari sistemi penali includendo la regola della *res judicata*¹²⁸, la regola dell'*autrefois acquit/autrefois convict* e la protezione contro il *double jeopardy*¹²⁹.

¹²⁷Questo è il metodo più appropriato per assicurare che l'imputato sia giudicato secondo il diritto preesistente di cui è a conoscenza

Anche se la maggior parte dei sistemi penali comprende questo principio, contenuto inoltre in varie convenzioni internazionali¹³⁰ che si occupano di cooperazione in materia penale, come le convenzioni sull'estradizione e sull'assistenza reciproca, i sistemi giuridici nazionali e gli strumenti internazionali sono ancora lontani dal garantire espressamente il *ne bis in idem* sostanziale e si limitano a garantire l'omonimo principio processuale, in base a cui una persona non può essere giudicata due volte per lo stesso reato¹³¹. L'art 20 dello Statuto di Roma¹³² e gli Statuti dei Tribunali ad hoc (art 10 ICTY e art 9 ICTR)¹³³ trattano del principio in questione¹³⁴.

¹²⁸ Res judicata pro veritate habetur. Anche nota come l'autorità de la chose jugée in Francia ed in Belgio, Erledigungsprinzip in Germania, vedi C. Van den Wyngaert (ed.) Sistemi di procedura penale nella comunità europea

¹²⁹ vedi la Costituzione degli Stati Uniti, Quinto Emendamento per cui nessuno può essere perseguito due volte per lo stesso reato. vedi M.L. Friedland, Double Jeopardy. (1969)

¹³⁰ Nell'elenco di C. Van den Wyngaert e G. Stessens, International Criminal Law : A Collection of International and European Instruments (2000) sono segnalati 17 'instruments' che si riferiscono al principio in questione.

¹³¹ per il *ne bis in idem* processuale nel diritto internazionale vedi, inetr alia, Morrison 'Double Jeopardy and International Law: Obstacles to Formulating a General Principle', Nordic Journal of International Law 1995, p 261 ; Van den Wyngaert and Stessens 'The International Non bis in idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions, ICLQ 1999, p133 ff; Van Den Wyngaert and Ongena, 'Ne bis in idem Principle, including the issue of Amnesty', in Cassese Gaeta and Jones

¹³² art 20 dello statuto dell'ICC : 'Ne bis in idem'

1. Se non diversamente preveduto dal presente Statuto, nessuno può essere giudicato dalla Corte per atti costitutivi di crimini per i quali è stato precedentemente condannato o assolto dalla Corte stessa.

2. Nessuno può essere giudicato da una diversa giurisdizione per un

crimine indicato nell'articolo 5 per il quale è già stato condannato o assolto dalla Corte. 3. Chiunque sia stato precedentemente giudicato da una diversa giurisdizione per condotte punibili anche ai sensi degli articoli 6, 7, e 8, può essere giudicato dalla Corte solo se il procedimento di fronte all'altra giurisdizione: a) mirava a sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale per crimini di competenza della Corte; o b) in ogni caso non era stato condotto in modo

Secondo i due Statuti dei Tribunali ad hoc il *ne bis in idem* ha una valenza verticale ed una orizzontale¹³⁵

indipendente ed imparziale, nel rispetto delle garanzie previste dal diritto internazionale, ma invece era stato condotto in modo da essere incompatibile, date le circostanze, con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia.

¹³³ *Ne bis in idem* L'art. 10 si occupa di divieto di giudicare due volte la stessa persona per gli stessi fatti, riferendosi in particolare al caso di doppio giudizio, davanti ad un giudice nazionale e davanti al Tribunale de quo. Il principio – divenuto ormai principio generalmente riconosciuto – è espresso nel primo comma dell'art. 10: “Nessuno può essere tradotto davanti ad una giurisdizione nazionale per dei fatti costituenti delle gravi violazioni di diritto internazionale umanitario ai sensi del presente statuto, se è stato già giudicato dal Tribunale Internazionale per i medesimi fatti”. Il secondo comma prevede – nel caso opposto – che, chi è stato già giudicato da un tribunale interno, non possa essere tradotto davanti al Tribunale Internazionale, salvo che: - il fatto per il quale è stato giudicato era qualificato come reato di diritto comune; oppure- la giurisdizione nazionale non ha giudicato in maniera imparziale o indipendente, il procedimento instaurato davanti ad essa tendeva a sottrarre l'accusato alla sua responsabilità penale internazionale, o l'azione penale non è stata esercitata con diligenza. A chiusura, il terzo comma dell'art. 10 prevede che, per decidere sulla pena da infliggere ad una persona condannata per un crimine previsto dal presente statuto, il Tribunale Internazionale tenga conto dell'eventuale pena che tale persona abbia già scontato in conseguenza della condanna – da parte di un tribunale nazionale – per lo stesso fatto

¹³⁴ per cui una persona non può essere processata due volte per lo stesso fatto

¹³⁵ La *ratio* del *ne bis in idem* in un contesto internazionale può essere molteplice: quando affronta i rapporti tra stati e tribunali penali internazionali ha una natura verticale nel senso di quella percezione che sussiste che questi tribunali siano considerati gerarchicamente superiori alle corti nazionali e perciò le loro decisioni hanno prevalenza sulle decisioni delle corti nazionali; se il principio verticale è pienamente garantito i giudizi delle corti internazionali hanno un effetto orizzontale di ostacolare gli stati dal pronunciarsi su giudizi di competenza delle corti internazionali. I giudizi nazionali invece non hanno l'effetto verticale e non ostacolano le corti internazionali dall'occuparsi di un caso già giudicato da una corte nazionale. L'idea di verticalità è un approccio buono per comprendere i rapporti tra i giudizi dei tribunali internazionali e i tribunali nazionali

La regola del *ne bis in idem* orizzontale è contenuta in entrambi gli Statuti. L'art 10 (1) dello Statuto dell'ICTY prevede che nessuno deve essere processato davanti ad una corte nazionale per atti che costituiscono gravi violazioni del diritto internazionale consuetudinario per cui è già stato processato davanti ad un Tribunale internazionale. Entrambi gli statuti affrontano la regola del *ne bis in idem* verticale per cui una persona che è stata processata da una corte nazionale per atti che costituiscono gravi violazioni del diritto internazionale umanitario possono essere conseguentemente processati da un tribunale internazionale solo in due casi: se l'atto per cui si è processati è definito un 'crimine ordinario' e se la corte nazionale precedente non si è dimostrata imparziale e indipendente.

In merito al rapporto tra il *ne bis in idem* sostanziale e quello processuale la dottrina si divide tra chi sostiene che il divieto di un secondo giudizio sull'*eadem res* non può essere associato al *ne bis in idem* sostanziale in quanto il primo è puro fenomeno giudiziario, per cui l'attore esercitando l'azione la consuma. In particolare sul piano dei contenuti assiologici di fondo mentre il *ne bis in idem* sostanziale muoverebbe soprattutto dalla necessità di soddisfare esigenze di giustizia, quello processuale sarebbe destinato ad assicurare l'economia di giudizi e la certezza delle decisioni giudiziali scongiurando la possibilità di contrasti tra giudicati¹³⁶.

Altri autori, pur non disconoscendo le differenze di valori di portata applicativa tra il principio sostanziale e quello processuale, pongono in evidenza lo stretto collegamento tra i due principi, sul

nel caso dei Tribunali Di Norimberga e Tokyo e degli attuali Tribunali ad hoc, mentre non è idoneo per i rapporti con l'ICC che ha una giurisdizione complementare rispetto a quella nazionale.

¹³⁶ vedi in questo senso, inter alia, Conso I fatti giuridici processuali penali, Milano 1955 p 101, Siniscalco Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano Milano 1961, Mantovani, Concorso e conflitto di norme nel diritto penale italiano Bologna 1966 p 394; Corsero, Procedura penale Milano 1995

presupposto che anche il *ne bis in idem* sostanziale troverebbe nel divieto di ripetizione del giudizio il più ampio dei riconoscimenti e quindi la *ratio* del *ne bis in idem* sarebbe rappresentata anche dal divieto di *double jeopardy*¹³⁷

Riguardo il diritto internazionale penale ed al rudimentale grado di sviluppo di tali norme il secondo approccio sembra essere preferibile :l'ICTR e l'ICTY non operano infatti alcuna chiara distinzione tra i due principi e tendono ad applicare un solo principio con un aspetto sostanziale ed uno processuale¹³⁸.

In tal senso anche il significato di *idem* dovrebbe essere lo stesso con riguardo ad entrambi i principi.

A. IL SIGNIFICATO DI *IDEM* ALLA LUCE DELLA PRASSI INTERNAZIONALE

Una delle questioni fondamentali che riguardano il principio del *ne bis in idem* nel diritto internazionale penale riguarda il concreto significato di '*idem*': se questo sia limitato ai reati ascritti o comprenda anche il fatto sottostante, se l'effetto di *res judicata* sia limitato ai 'reati' commessi o se invece si estenda ai 'fatti' e alle 'condotte' che sono state sottoposte alla Corte per un giudizio nel merito. Esiste infatti al riguardo una duplice interpretazione, restrittiva ed estensiva, del concetto di '*idem*'. Per l'interpretazione restrittiva l'*idem*' coprirebbe soltanto la condotta sottostante da un punto di vista legale così

¹³⁷ De Luca i limiti soggettivi della cosa giudicata penale, milano 1963 p 73; Coppi Reato continuato e cosa giudicata napoli 1969 p 322; Lozzi profili di un indagine sui rapporti tra *ne bis in idem* e concorso formale di reati milano 1974, Voena *ne bis in idem* e concorso formale di reati giuri t 1976 Vol II p321

¹³⁸ a questo riguardo vedi ,inter alia , prosecutor v . Akayesu Case No ICTR-96-4-T Judgment del 2 Settembre 1998

permettendo un secondo procedimento sulla stessa condotta sostanziale ma qualificata diversamente da un punto di vista legale: una persona che è stata assolta per omicidio può essere ancora processata per omicidio colposo in merito agli stessi fatti.

Secondo l'interpretazione più estesa, al contrario, per '*idem*' si comprende anche la condotta in fatto al di là della sua qualificazione giuridica: una assoluzione per omicidio esclude nuove imputazioni che si fondano su quegli stessi fatti¹³⁹.

Per quanto riguarda il *ne bis in idem* processuale, l'esame della prassi della giurisprudenza dei Tribunali ad hoc e quella della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sembra portare a risultati concordanti.

L'art 10 dello Statuto dell'ICTY e l'art 9 dello Statuto dell'ICTR sono identici nello stabilire che nessuno può essere processato davanti ad una Corte nazionale per atti che costituiscono gravi violazioni del diritto internazionale umanitario per cui è già stato processato dai Tribunali internazionali. Al contrario solo in due casi una persona che è già stata processata da una Corte nazionale può essere processata da un Tribunale internazionale e cioè quando quella persona è stata perseguita per un crimine ordinario e quando la Corte nazionale che l'ha giudicata non è stata imparziale ed indipendente.

Il concetto di *idem* che si desume in queste norme sembra riferirsi al 'fatto' e non alla 'legale qualificazione del crimine'. Questo nonostante l'art 10 (2) dello Statuto dell'ICTY e l'art 9 (2) dello

¹³⁹ La questione sorge quando una condotta dà luogo a più di un reato. Può la condotta criminale essere divisa in vari procedimenti, costituisce una violazione del *ne bis in idem* e quindi una *double jeopardy* il fatto che la stessa condotta possa dar luogo ad imputazioni multiple o è solo un problema da valutare in fase di *sentencing* (sanzioni consecutive o concorrenti)?

Statuto dell'ICTR¹⁴⁰ permettano nuovi procedimenti quando l'atto è stato definito un crimine ordinario¹⁴¹. E' infatti rilevante notare che in questi casi i Tribunali internazionali, nell'irrogare la sanzione, dovranno tenere in conto la pena già servita per lo stesso atto dal tribunale nazionale (art 10(3) dell'ICTY e art 9(3) dell'ICTR). Inoltre la norma in questione non è stata interpretata letteralmente dai tribunali internazionali, come dimostrato nel caso *Prosecutor v. Bagosora*¹⁴² dove

¹⁴⁰ Ne bis in idem L'art. 10 dello statuto dell'ICTY e l'art 9 dello statuto dell'ICTR si occupano di divieto di giudicare due volte la stessa persona per gli stessi fatti, riferendosi in particolare al caso di doppio giudizio, davanti ad un giudice nazionale e davanti al Tribunale de quo. Il principio – divenuto ormai principio generalmente riconosciuto – è espresso nel primo comma dell'art. 10: "Nessuno può essere tradotto davanti ad una giurisdizione nazionale per dei fatti costituenti delle gravi violazioni di diritto internazionale umanitario ai sensi del presente statuto, se è stato già giudicato dal Tribunale Internazionale per i medesimi fatti". Il secondo comma prevede – nel caso opposto – che, chi è stato già giudicato da un tribunale interno, non possa essere tradotto davanti al Tribunale Internazionale, salvo che: - il fatto per il quale è stato giudicato era qualificato come reato di diritto comune; oppure- la giurisdizione nazionale non ha giudicato in maniera imparziale o indipendente, il procedimento instaurato davanti ad essa tendeva a sottrarre l'accusato alla sua responsabilità penale internazionale, o l'azione penale non è stata esercitata con diligenza. A chiusura, il terzo comma dell'art. 10 prevede che, per decidere sulla pena da infliggere ad una persona condannata per un crimine previsto dal presente statuto, il Tribunale Internazionale tenga conto dell'eventuale pena che tale persona abbia già scontato in conseguenza della condanna – da parte di un tribunale nazionale – per lo stesso fatto.

¹⁴¹ Questo significa che una persona imputata di omicidio come crimine ordinario può essere riprocessata in base a quegli stessi fatti come crimine di guerra o crimine contro l'umanità dall'ICTR o dall'ICTY

¹⁴² *Prosecutor v. Bagosora*, Case No. ICTR -96-7-D, Decision on Application by the Prosecutor for a Formal request for Deferral of 17 May 1996. Nella decisione in questione, in particolare, il tribunale osservò che: ' nel caso di T. Bagosora, poiché la legge belga non contiene alcuna previsione che concerne il genocidio o i crimini contro l'umanità, le autorità belghe potevano perseguire l'imputato solo per omicidio e gravi violazioni della Convenzione di Ginevra. Vedi inoltre T.Ch.I Decisions on the Formal Request for Deferral presented by the Prosecutor of 12 March 1996, Musema, ICTR -96-5-D, §12

L'ICTR conclude che una persona che è già stata processata da una Corte nazionale per crimini di guerra (gravi violazioni della Convenzione di Ginevra del 12 Agosto del 1949) non può essere riprocessata dall'ICTR per genocidio e crimini contro l'umanità sulla base della stessa condotta. La diversa qualificazione legale dell'atto non è così sufficiente a giustificare un secondo processo.

Anche la Corte Europea dei Diritti Umani ha affrontato la questione della violazione del *ne bis in idem* processuale: due sono i giudizi rilevanti in proposito, il caso Grandinger v. Austria¹⁴³ e il caso Oliveira v. Switzerland¹⁴⁴, in cui la Corte ha dovuto stabilire se l'art 4 del Protocollo n.7¹⁴⁵ fosse stato violato (principio del *ne bis in idem* processuale)¹⁴⁶.

¹⁴³ Grandinger v. Austria judgment 23 ottobre 1995 serie A no 238-C

¹⁴⁴ Oliveira v. Switzerland judgment del 30 luglio 1998

¹⁴⁵ L'articolo in questione stabilisce *inter alia* che nessuno dovrebbe essere processato sotto la giurisdizione dello stesso Stato per un reato per cui è stato già assolto o condannato secondo il diritto e la procedura penale di quello Stato.

¹⁴⁶ L'uso del termine reato nella formulazione dell'art 4 del Protocollo 7 sembra riferirsi alla qualificazione legale del crimine e non al fatto. In ogni caso come è stato osservato in dottrina la *voluntas legis* sembra abbastanza chiara: l'obiettivo è di garantire che una persona non sia processata o punita nuovamente in un procedimento penale sotto la giurisdizione dello stesso stato per un fatto per cui è già stata condannata o assolta secondo il diritto e la procedura penale di quello stato. L'Explanatory Report chiarisce che il *ne bis in idem* principle come previsto dal Protocollo 7 è lo stesso principio incluso nell'European Convention on the International Validity of Criminal Judgments e nell'European Convention on the Transfer of the Proceedings in Criminal Proceedings: queste Convenzioni, nel definire il *ne bis in idem* si riferiscono, rispettivamente nell'art 53 e 35, al fatto al di là della sua qualificazione legale (Marchetti, Commento articolo per articolo, La legislazione penale 1991

Nel primo caso¹⁴⁷ la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha adottato un'interpretazione estensiva (prendendo la condotta come base per determinare l'*idem*) mentre è stato sostenuto che la Corte nel caso Oliveira¹⁴⁸, sebbene le circostanze fossero le stesse, si sia avvicinata ad un'interpretazione più restrittiva¹⁴⁹, considerando l'*idem* soltanto come la qualificazione legale del fatto .

In realtà mentre nel caso Grandiger la violazione del principio derivava dalla sussistenza di un concorso apparente di norme, nel caso Oliveira ci si trovava di fronte ad un concorso formale di reati .

¹⁴⁷ Nel *Grandinger v. Austria* la Corte Regionale (st Polten Landesgericht) processò e condannò l'imputato per aver causato la morte per negligenza secondo l'art 80 del codice penale austriaco, mentre l'art 81 che prescrive una sanzione maggiore per causare la morte sotto l'influenza di alcol fu dichiarato inapplicabile. In seguito sulla base degli stessi fatti, l'autorità distrettuale (st polten Bezirkshauptmannschaft) impose una sanzione per guida in stato di ubriachezza, in base alla sezione 5 del Road traffic Act. Il ricorrente contestò che la decisione dell'autorità amministrativa fosse una violazione dell'art 4 del protocollo n.7. La Corte Europea dei diritti dell'Uomo stabilì che il reato previsto dalla sezione 5 del road traffic Act era solo un aspetto del reato punibile secondo l'art 81 (2) e così entrambe le decisioni erano basate sulla stessa condotta e quindi l'art 4 del protocollo n 7 era stato violato

¹⁴⁸ In questo caso la ricorrente Mrs Oliveira aveva guidato su di una strada coperta di ghiaccio e neve e la sua auto sbandando aveva causato seri danni ad un'altra vettura. Mrs Oliveira fu condannata a pagare una multa per aver perso il controllo dell'auto poiché non conduceva l'auto ad una velocità adeguata alla situazione. In seguito la Corte d'Appello di Zurigo la condannò per negligenza che causa ingiurie fisiche. In questo caso la ricorrente sostenne che le due condanne costituivano una violazione del Protocollo n7. La Corte sostenne che in questo caso ci si trovava dinanzi ad un concorso formale di reati cioè la mancanza di controllo del veicolo e la negligenza che causa ingiurie fisiche, perciò l'art 4 del protocollo n 7 non era stato violato, poiché questo non precludeva reati separati se parte della stessa condotta.

¹⁴⁹ vedi H.G.M. Krabbe e W.F.C. Van Hattum, 'De Ne bis in idem-regel in de rechtspraak van het EHRM, Delikt en Delinkwent (2000)

In conclusione dunque per quanto riguarda gli aspetti procedurali del *ne bis in idem* gli Statuti dei tribunali internazionali (art 10 ICTY e art 9 ICTR) , la prassi giurisprudenziale e la prospettiva dei diritti umani sembrano deporre a favore dell'interpretazione dell' *idem* processuale come *factum* e non al contrario come fattispecie astratta .

Lo stesso approccio come poc'anzi accennato dovrebbe essere seguito riguardo all' *idem* sostanziale (inteso come divieto di reiterare la valutazione penalistica dello stesso fatto) con la conseguenza che se la situazione storica è riconducibile a fattispecie in rapporto per esempio di identità o di specialità, si dovrebbe automaticamente affermare in base al constatato principio di *ne bis in idem* che una sola norma è applicabile. Il medesimo fatto è infatti misura di unità e pluralità di reati.

3 CUMULATIVE CHARGES

Le regole sull'imputazione servono a delimitare la materia del processo e quindi normalmente in un sistema penale sarà specificato non solo chi è designato a proporre un'imputazione criminale davanti la corte, ma anche come un'imputazione va fatta in modo dettagliato e quali informazioni deve contenere', per garantire i diritti dell'accusato e allo stesso tempo l'efficacia dell'azione della

procura¹⁵⁰. La funzione di delimitare la materia del processo risulta particolarmente rilevante per lo scopo del principio, di cui si è trattato precedentemente, del *ne bis in idem* proprio dei sistemi di *civil law* e del correlativo principio di *double jeopardy* proprio dei sistemi di *common law* che garantiscono nel diritto penale l'imputato dal non essere soggetto a imputazioni e condanne multiple per lo stesso reato; una volta che l'atto d'accusa e i crimini in esso contestati sono stati accettati ed utilizzati dalla corte come base per la condanna, l'imputato potrà essere giudicato '*only once*' per quei fatti.

Per il *Prosecutor* le regole sull'imputazione diventano problematiche nei casi in cui si tratta di definizioni di reati particolarmente generiche ed estese come nel caso del diritto internazionale criminale.

La questione del *cumulative charge* sorge quando l'imputato è accusato nell'*indictment* della violazione di più previsioni dello statuto e tutte le accuse sono basate sulle stesse azioni, quindi le imputazioni piuttosto che essere alternative sono cumulative.

Una delle prime statuizioni di un tribunale penale internazionale sul concorso di reati fu fatta dalla *trial chamber II* dell'ICTY nel caso *Tadic* che rigettò una mozione della difesa sulla forma del capo d'accusa.

La camera si rifiutò di valutare l'ammissibilità di *multiple charges* per gli stessi fatti poiché la questione sarebbe divenuta rilevante solo in fase di condanna¹⁵¹, e la sanzione

¹⁵⁰ per la pratica dei tribunali internazionali vedi art 21 (4 A) dello statuto dell'ICTY per l'ICC vedi art 60 e 61 dello statuto di Roma. ad es. nei sistemi penali nazionali vedi §200 codice procedura penale tedesco

¹⁵¹ alcune delle imputazioni nell'*indictment* considerato inclusero per esempio 1 violazione a carattere sessuale :imputazione 2-4: violazione dell'art 2(b) trattamento disumano e art 7 (1)

per una provata condotta criminale non dipende dal fatto che reati che sorgono dalla stessa condotta siano adottati cumulativamente o alternativamente¹⁵². Anche nel caso *Delalic*¹⁵³ seguendo il ragionamento della camera nel caso *Tadic* è stato sostenuto che una *cumulative charge* è ammissibile alla luce del fatto che prima della presentazione di tutte le prove non è possibile dimostrare con certezza quali accuse saranno provate e quali no. L'imputazione cumulativa risulta essere così prassi costantemente seguita dall'ICTY e ICTR, generalmente ritenuta ammissibile, e le sue significative ripercussioni devono perciò essere studiate sia in fase di *conviction* che di *sentencing*, al fine di analizzare, come preposto in questa terza parte del nostro lavoro, la questione del concorso di reati nel diritto internazionale penale.

2 vari omicidi percosse ed atti inumani contro individui :imputazioni 5-11 violazione dell'art 2 (a) omicidio volontario e 7 per le percosse nel campo di Omarska Tadic fu condannato sia secondo l'imputazione 13 (art 3 crudele trattamento) e l'imputazione 14 (art 5 atti inumani)

¹⁵² T.Ch.II *Decision On Defence Motion on the Form of the Indictment 14 nov.1995 Tadic*, IT-94-1-T at 10 *Tadic*. La *Tadic sentencing judgement* alla fine impose sentenze concorrenti (*sentencing judgement I Tadic*; T.Ch *Sentencing judgement II Tadic*; *confirmed by judgement in sentencing appeals*)- La trial Chamber si rifà al principio del *double jeopardy* e cita *Morey v.Commonwealth – a single action may be a n offence against two statutes:and if each statute requires proof of an additional fact which the other does not, an acquittal or conviction under either statute does not exempt the defendant from prosecution and punishment under the others.*

¹⁵³ nella *Trial Chamber's Decision on Motion by the Accused Zejil Delalic Based on defects in the Form of the Indictment* (case no .IT-96-21-A 2 october 1996) (at <http://www.un.org/icty/ind-e.htm>)

e cita inoltre *Blockburger v. U.S.*, *the applicable rule is that where the same act or transaction constitutes a violation of two distinct statutory provisions, the test to be applied to determine whether there are two offences or only one, I whether each provision requires proof of an additional fact which the other does not* (*Blockburger v U.S.*, 284 U.S. 299, at 304; 76 L.Ed. 306 (1932))

4 CONCORSO DI REATI IN FASE DI CONVICTION

Dopo aver rilevato che imputazioni cumulative sono ammissibili secondo i Tribunali ad hoc, la questione fondamentale¹⁵⁴, nell'ambito dello studio del *concursum delictorum* nel diritto internazionale penale, riguarda la fase di *conviction*, e più precisamente in quali casi risulta giustificata una *multiple conviction*, e per quale motivo.

Come sappiamo, secondo i principi generali di diritto penale, una *multiple conviction* non è ammessa in caso di concorso apparente di norme per evitare violazioni del principio di *ne bis in idem* sostanziale e garantire l'equità del processo, nonché i diritti dell'imputato.

Nel diritto internazionale penale, nel contesto del *genus* degli *international crimes*, l'interrogativo iniziale è se è possibile la condanna di un imputato per un crimine contro l'umanità e un crimine di guerra, per un crimine contro l'umanità ed un genocidio o per un crimine di guerra ed un genocidio, quando entrambe le accuse sono imputate alla stessa condotta.

Al fine di far luce su una questione così complessa è necessaria l'analisi della giurisprudenza dell'ICTY e dell'ICTR per individuare le linee interpretative maggiormente seguite.

¹⁵⁴ una volta riconosciuta la prassi generalizzata dei tribunali penali internazionali (ICTY e ICTR) di ammissibilità di *cumulative charges* nello stesso *indictment*

A- CONCORSO DI REATI IN FASE DI CONVICTION NELLA GIURISPRUDENZA DELL' ICTY ¹⁵⁵

Per quanto riguarda il tribunale internazionale per la ex Jugoslavia, l'ICTY iniziò ad affrontare la questione nel 1995 nel caso Tadic¹⁵⁶, in seguito il problema fu dettagliatamente analizzato nel caso Kupreskic¹⁵⁷ in cui la *trial chamber* data la lacuna esistente negli statuti dei tribunali internazionali e nel

¹⁵⁵ a questo proposito vedi C.Kress, Penalties, Enforcement and Cooperation in the International Criminal Court Statute (Parts VII,IX,X),6/4 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (1988) 442;M.Jennings in O.Triffterer (ed.) ,Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law,in G.S. Goldwin-Gill and S.Talmon (eds), The Reality of International Law Essays in Honour of Jan Brownlie (Oxford:Oxford University Press 1999),999;K.Ambos and S.Wirth ,in A.Klip and G Sluiter (eds) Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals ,The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994-1999 Vol 2,(Antwerpen /Groningen/Oxford/vienna:Intersentia ,Hart and Verlag Osterreich,2000);C.-F. Stuckenberg, Multiplicity of offences:Concursus Delictorum, in H. Fischer ,C.Kress and S.R. Luder (eds) International and National Prosecution of Crimes Under International Law, Current Developments (Berlin:Berlin Verlag Arno Spitz 2001)559; Cumulative Convictions based on the Same Acts under the statute of the I.C.T.Y., 10 Tulane Journal of International and Comparative Law (2002) 185;S.Walther Cumulation of Offences in A. Cassese P. Gaeta and J.R.W.D. Jones (eds) The Rome Statute of the International Criminal Court A Commentary (Oxford :Oxford University Press 2002;A. bOgdan Cumulative Charges Convictions and Sentencing at the ad hoc International Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda;A. Cassese International Criminal Law (Oxford:Oxford University,2003)

¹⁵⁶ *Prosecutor v. Tadic case no IT-96-21-A,trial chamber decision on defence motion on form of the indictment of 14 november* ;*Prosecutor v. Delalic ,Case No IT-96-21-T Decision on Motion by the accused Delalic based on defects in the form of the indictment of 2 october 1996*

¹⁵⁷ *Prosecutor v Kupreskic Case No IT-95-16-T*

diritto consuetudinario, considerò il problema nella sua dimensione generale per individuare i corretti standard legali, notando che il concorso di reati non ancora affrontato dalle corti penali internazionali ha una grande rilevanza pratica, e nel fare ciò considerò sia i principi generali di diritto internazionale sia i principi generali di diritto penale derivanti dalla convergenza dei principali sistemi penali.

Riguardo i principi di diritto internazionale la corte osservò che il Tribunale Internazionale di Norimberga (ITN) condannò molti imputati sia per crimini di guerra che per crimini contro l'umanità per la stessa azione .

Tuttavia questo Tribunale non trovò la necessità di convertire questa prassi nello status di principi giuridici in quanto la categoria dei crimini contro l'umanità era ad uno stadio formativo ed i suoi contorni e distinzioni dai crimini di guerra non erano ancora chiari mentre il diritto internazionale penale era ancora in uno stadio evolutivo.

Il passo successivo fu rifarsi ai concetti di diritto nazionale: in questo caso la corte si rifece alle giurisdizioni di *common law* dove si stabilisce che se ogni previsione richiede un elemento di un fatto addizionale che l'altra non richiede (specialità reciproca, *blockburger test*) lo stesso atto può portare alla condanna per due reati e quindi si avrà concorso formale eterogeneo in

caso di specialità reciproca; dove invece la definizione di

un crimine racchiude la definizione di un altro crimine (specialità unilaterale¹⁵⁸), quest'ultimo è '*lesser included offence*' e l'imputato non potrà essere condannato per entrambi i reati .La *trial chamber* dell'ICTY

¹⁵⁸ if an action is legally regulated both by a general provision and by a specific one, the latter prevails as the more appropriate of the two since it is more specifically directed toward that action

poi, si orientò verso un'estensione del *blockburger test* che permette potenzialmente condanne multiple anche quando i reati in questione proteggono valori differenti¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Applicando questo test ai vari reati imputati nell'*indictment* del caso Kupreskic la corte trattò 3 questioni: il rapporto tra *murder* secondo l'art 3 dello statuto dell'ICTY (*war crimes*) e *murder* secondo l'art 5 (*crimes against humanity*), il rapporto tra il crimine di *persecution* secondo l'art 5 (h) (crimini contro l'umanità) e *murder* art 5(a) (*crimes against humanity*) e il rapporto tra atti inumani secondo l'art 5 (i) (*crimes against humanity*) e trattamento crudele secondo l'art 3 (*war crimes*).

Riguardo la prima questione la corte concluse che l'omicidio come crimine contro l'umanità richiede elementi che l'omicidio come crimine di guerra non richiede (il reato deve essere parte di un esteso attacco sistematico alla popolazione civile) ed è perciò *lex specialis* in relazione all'altro, per quanto riguarda l'esame dei differenti valori protetti la corte non arrivò allo stesso risultato entrambi i divieti di omicidio proteggono gli stessi valori generali nel rispetto della dignità umana per cui il *blockburger test* non è soddisfatto e non sono possibili condanne multiple in base agli stessi atti.

Riguardo al rapporto tra omicidio come crimine contro l'umanità e persecuzione (che include l'omicidio) come crimine contro l'umanità il tribunale giunse alla conclusione che il reato di persecuzione richiede specifici elementi discriminatori e quindi rappresenta un crimine separato rispetto all'omicidio, in quanto è richiesto l'intento discriminatorio e la pratica estesa e sistematica di discriminazione, inoltre questi due reati proteggono valori differenti in quanto il divieto di omicidio protegge i civili dall'essere eliminati su larga scala mentre il divieto di persecuzione aiuta a salvaguardare i civili dalle severe forme di discriminazione e assicura il rispetto dell'uguaglianza

Così secondo la visione della camera sussiste un rapporto di specialità reciproca e quindi un concorso formale eterogeneo ed è dunque possibile una *multiple conviction*: la camera fece un'eccezione nel caso in cui un imputato fosse stato dichiarato colpevole di persecuzione, attraverso la commissione di omicidi;

in questo caso l'imputato sarebbe dovuto essere riconosciuto colpevole solo di persecuzione perché l'omicidio sarebbe stato inglobato nel crimine di persecuzione come forma di omicidio aggravato. In *Kupreskic and other* l'imputato fu accusato di omicidio e persecuzione, l'ultima imputazione si riferiva all'uccisione così come alla totale distruzione di case di bosniaci musulmani e all'organizzata espulsione e detenzione di bosniaci musulmani dai villaggi, cioè pulizia etnica. Si sostenne che qualora l'imputato fosse stato dichiarato colpevole di persecuzione, *inter alia*, attraverso la commissione di omicidi sarebbe

In supporto al test dei *'different values'* la Corte ricordò i casi giurisprudenziali della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (C.E.D.U.) che concernono l'applicazione dell'art 3 della cedu¹⁶⁰ che proibisce atti raggruppabili in tre categorie (tortura, trattamenti e punizioni inumane, e trattamenti e punizioni degradanti) che non furono mai applicati cumulativamente dalla Commissione Europea e dalla Corte Europea dei Diritti Umani¹⁶¹.

dovuto essere ritenuto colpevole solo di persecuzione ;questo perchè in questo caso l'omicidio poteva essere visto come ricadente sotto legge generale rispetto alla persecuzione e quindi non si potevano giustificare condanne multiple
Atti inumani come crimine contro l'umanità art 5 i e legge speciale in relazione ai crudeli trattamenti come crimine di guerra art 3

Infine la corte concluse che 'Atti inumani' sono comunque racchiusi nel crimine di 'cruel treatment' secondo l'art 3 di war crimes ma non viceversa e così non risulta possibile una condanna multipla .In base a questi ragionamenti la camera condanno 2 degli imputati sia per omicidio che per atti inumani come crimini contro l'umanità mentre non li trovo colpevoli di crimini di guerra perché i reati furono impropriamente imputati cumulativamente

¹⁶⁰ Articolo 3 della Cedu - Divieto della tortura. :Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti.

¹⁶¹ La Corte e la Commissione non hanno mai applicato le previsioni dell'articolo 3 cumulativamente perché esse perseguono lo stesso scopo e salvaguardano gli stessi valori ,sebbene la tortura sia una variazione più grave delle altre due.Di conseguenza se un'azione viola tutte e tre le previsioni di trattamento inumano, trattamento degradante e di tortura è classificata come la più grave violazione.

La Corte Europea seguì questo approccio nel caso Aksoy (Aksoy v. Turkey, Judgment del 18 Dicembre 1996, Reports of Judgments and Decisions, 1996-VI,p.2279 ff.) in questo caso la Corte dopo aver rilevato che i fatti contestati potevano

Inoltre, come questione preliminare la corte sottolineò che *specific offences*, specifici reati ,piuttosto che *set of crimes*, cioè le diverse classi di crimini, devono essere considerate ¹⁶² poiché alcune previsioni hanno un fine così ampio che possono sovrapporsi tra loro , ad es. alcuni atti possono essere caratterizzati sia come crimini di guerra che contro l'umanità e proprio in queste circostanze gli specifici reati piuttosto che le diverse classi di crimini andranno considerate .

Nel caso in questione l'ICTY, affrontando il concorso di reati, si limitò ad applicare il principio di specialità unilaterale e quello di specialità reciproca¹⁶³ correlando quest'ultimo al concorso formale eterogeneo ¹⁶⁴ e questa prassi verrà in seguito confermata da numerosi casi giurisprudenziali¹⁶⁵ tra cui

essere ricondotti alla fattispecie della tortura , in vista della gravità di questa conclusione , sostenne che non era necessario esaminare il comportamento dell'imputato per individuare altre forme di maltrattamento.

¹⁶² intendendo che 'murder' crimine di guerra e 'murder' crimine contro l'umanità potessero essere giustapposti come crimine contro l'umanità e come crimine di guerra

¹⁶³ a questo proposito Judgment,Mucic et al.(IT-96-21), Appeals Chamber 20 February 2001,paras 412-413;Judgment ,Jelusic (IT-95-10) Appeals Chamber ,5 July 2001,para 78; Judgment Kupreskic et .al (IT-95-16) Appeals Chamber 23 October 2001,para 379, Judgment Kunarac (IT-96-23) Appeals Chamber 12 June 2002 para 168;Judgment Vasilijevic (IT-98-32) Appeals Chamber 25 February 2004 para 135

¹⁶⁴ Kupreskic citando Blockburger v.us,284 US299(1932)

¹⁶⁵ vedi Prosecutor v. Delalic Case No IT-96-21-A,Judgment of 20 February 2001,para 400);Prosecutor v. Kunarac,Kovac and Zoran Vukovic Case No IT-96-23,Judgment of 22 February 2001 para 556;Prosecutor v.Kordic and Cerkez Case No IT-95-14/2-T judgment of 26 February 2001;Prosecutor v Jelusic Case No IT-95-10 Appeals Chamber Judgment 5 July 2001,paras 78;Prosecutor v.Krstic Case NoIT-98-33/1-T;Prosecutor v. Kvočka et al. Case No IT-98-30/1-T;judgment of 2 November 2001;Prosecutor v. Kunarac ,Kovac and Zoran Vukovic and Martinovic Case NO IT_98-34-T Judgment of 31 March 2003 para 716

il caso Krstic¹⁶⁶ dove la camera d'appello ritenne manifestamente erroneo la mancata condanna per crimini contro l'umanità e genocidio considerata la relazione di specialità reciproca esistente tra le due categorie di crimini¹⁶⁷.

Il caso Kunarac del 2001 conferma la tendenza dell'ICTY ad applicare il principio di specialità reciproca in maniera ancora più estesa, riconoscendosi che condanne ex art 3 e 5 in relazione allo stesso fatto sarebbero sempre permesse, dato che ognuna delle norme ora citate ha almeno un elemento materialmente distinto che non appare nell'altra: mentre l'art 3 richiede il *war nexus requirement*, che postula la sussistenza di una stretta connessione con il conflitto armato, l'art 5 richiede la natura sistematica e diffusa dell'attacco.

In ogni caso secondo il tribunale internazionale per la ex Jugoslavia (ICTY) in linea generale condanne secondo l'art 3 dello statuto (crimini di guerra) e l'art 5 (crimini contro l'umanità) basate

¹⁶⁶ judgement Krstic (IT-98-33) Appeals Chamber 19 April 2004)

¹⁶⁷ nel caso Krstic l'ICTY doveva risolvere tre questioni relative al concorso di reati e cioè se in relazione alla stessa condotta fossero possibili condanne per sterminio (come crimine contro l'umanità) e per genocidio; se fossero possibili condanne per persecuzione (come crimine contro l'umanità) e per genocidio; e condanne per omicidio ed atti inumani (come crimine contro l'umanità) e persecuzione (come crimine contro l'umanità). Rispetto all'ultima questione la Camera d'Appello considerando i suoi precedenti sostenne che non erano possibili condanne multiple poiché il 'reato di persecuzione è più specifico del reato di omicidio ed atti inumani perché la persecuzione richiede in più la prova di un elemento distinto di intento discriminatorio nella commissione dell'atto (opinione espressa anche dall'ICTY nel caso Krnojelac, Judgment IT-97-25, Appeals Chamber, 17 settembre 2003 para 188; Vasilijevic IT-98-32, Appeals Chamber 25 febbraio 2004 para 135). Rispetto le prime due questioni seguendo la soluzione già adottata dall'ICTR (il caso Musema Judgment ICTR-96-13, Appeals Chamber 16 novembre 2001 para 366, dove furono sostenute sia condanne per genocidio che per sterminio) la camera d'appello sostenne che né lo sterminio né la persecuzione come crimine contro l'umanità potessero essere assorbiti nel crimine di genocidio poiché sussiste un rapporto di specialità reciproca tra i siffatti crimini

sulla stessa condotta sono possibili (così come condanne per crimini contro l'umanità e genocidio) considerato che ogni previsione ha almeno un elemento in più che l'altra non richiede¹⁶⁸.

E' interessante notare a questo riguardo che mentre il principio di specialità unilaterale è generalmente usato sia nei sistemi di *civil law* che di *common law* per individuare un concorso apparente di norme¹⁶⁹ lo stesso non succede con il qui considerato principio di specialità reciproca che è applicato differentemente dai vari ordinamenti giudiziari¹⁷⁰. I sistemi giudiziari di *common law* e con essi l'ICTY, nel caso in cui sussiste un rapporto di specialità reciproca permettono *multiple conviction* mentre i sistemi di *civil law* legano questo fenomeno al concorso apparente di norme¹⁷¹ per garantire la piena applicazione

¹⁶⁸ approccio utilizzato in particolare nel caso Kunarac Kovac and Zoran Vukovic).

¹⁶⁹ l'unica differenza è che i sistemi di civil law lo vedono come un problema logico mentre i sistemi di common law lo trattano come una questione di double jeopardy (stuckenberg Multiplicity of Offences)

¹⁷⁰ come sostenuto dalla trial chamber nel caso kupreskic per riempire possibili vuoti nel diritto internazionale consuetudinario o dei trattate corti nazionali o internazionali possono rifarsi ai principi generali di diritto penale derivanti dalla convergenza dei principali sistemi penali del mondo. Dove necessario la trial chamber può utilizzare questi principi per riempire le lacune nello statuto del tribunale internazionale e nel diritto consuetudinario). A questo proposito vedi ,inter alia, A. Pellet, Applicable Law in A. Cassese P. Gaeta and J.R. Jones (eds), The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary Vol II ; A. Cassese The contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to the Ascertainment of the General Principles of Law Recognized by the Community of Nations in S. Yee and W. Teyia (eds)

¹⁷¹ secondo l'art 8 del codice penale spagnolo ad esempio quando più di una norma punisce la stessa condotta e non sussiste un rapporto di specialità unilaterale devono essere osservate le seguenti regole : il principio di sussidiarietà per cui la previsione meno autoritativa si applica solo se quella superiore non è applicabile ,il principio di consunzione per cui la previsione più grave consuma la minore, il principio di alternatività per cui si applica la previsione con la sanzione più grave (Castello Nicas El Concurso de Normas Penales granata editorial comares 2000); sia la giurisprudenza che la dottrina

del principio di *ne bis in idem* sostanziale per cui l'imputato non può essere punito più di una volta per la stessa azione.

L'approccio scelto dall'ICTY tende così in astratto a ridurre la possibilità di garantire pienamente il principio di *ne bis in idem* sostanziale secondo cui in tutti i casi di concorso apparente l'imputato non può essere punito più di una volta per la stessa azione.

B- CONCORSO DI REATI IN FASE DI CONVICTION NELLA GIURISPRUDENZA DELL'ICTR

Anche il Tribunale Internazionale per il Rwanda ha affrontato la questione del concorso di reati nel diritto internazionale penale, ma la sua giurisprudenza risulta essere talvolta contraddittoria. Tra i casi più significativi c'è il caso Akayesu in cui fu utilizzato un test leggermente diverso dal *Kupreskic test*. In questo caso il tribunale, dopo aver spiegato come l'ICTY cosa si intende per concorso di reati si richiamò alle soluzioni utilizzate dal codice penale Rwandese in materia¹⁷² e giunse alla conclusione

tendono ad identificare il concorso apparente in caso di specialità reciproca utilizzando criteri di sussidiarietà e consunzione (Mantovani diritto penale Cedam)

¹⁷² la questione del concorso di reati in particolare è disciplinata dall'art 92 e 93 del codice penale rwandese. secondo l'art 92: 'Il y a concours d'infractions lorsque plusieurs infractions ont été commises par la même auteur sans qu'une condamnation soit intervenue entre ces infractions' secondo l'art 93 : 'Il y a concours idéal: 1) lorsque le fait unique au point de vue matériel est susceptible de plusieurs qualifications, 2) lorsque l'action comprend des faits qui, constituant des infractions distinctes, sont unis entre eux comme procédant d'une intention délictueuse inique ou comme étant les uns des circonstances aggravantes des autres. seront seules prononcées dans le premier cas les peines déterminées par la qualification la plus sévère dans le second cas les peines prévues pour la répression de l'infraction la plus grave, mais dont le maximum pourra être alors élevé de moitié).

sulla base del diritto e della giurisprudenza nazionale e internazionale che è accettabile condannare l'imputato per due reati in relazione agli stessi fatti quando i reati hanno entrambi elementi differenti, quando le diverse previsioni proteggono interessi differenti o quando è necessario registrare una condanna per entrambi i reati per descrivere pienamente ciò che l'imputato ha fatto. Mentre il Kupreskic test è maggiormente caratterizzato dall'influenza del *blockburger test* della corte suprema americana e quindi si avvicina maggiormente ad un approccio di *common law*, il terzo elemento dell'Akayesu test riflette un influsso di *civil law*.

Secondo l'analisi della camera del caso Akayesu, condanne multiple per i reati internazionali sotto la giurisdizione dei tribunali ad hoc sono proibiti soltanto quando il reato è '*lesser included offence*', (principio di consunzione) e questi casi possono sorgere solo all'interno della stessa categoria di crimine, ad esempio nel caso di genocidio e complicità in genocidio. Nella visione dei giudici del caso Akayesu la parte del test relativa ai diversi interessi è sempre positiva per reati che appartengono a diverse categorie di crimini in quanto la proibizione del genocidio, il concetto di crimine contro l'umanità e la violazione contenuta nell'art 3 comune alle 4 convenzioni di Ginevra sono intese come protettrici di interessi differenti, così se un imputato ad esempio è trovato colpevole sia di crimini di guerra che di crimini contro l'umanità in relazione agli stessi fatti in nessun caso potrà invocare la violazione del principio di *ne bis in idem* sostanziale e quindi una *double conviction* sarà sempre possibile.

Inoltre la corte sostiene che se a seconda dei casi può essere necessario registrare una condanna per più di un reato per esprimere i crimini che l'imputato ha commesso, questo è appropriato maggiormente per i crimini di una stessa categoria.

Per contrasto la camera II dell'ICTR nel caso Kayeshema e Ruzindana¹⁷³ (15)concluse nel caso di specie che 'genocidio e crimine contro l'umanità possono sovrapporsi in alcuni casi e circostanze materiali ma non in altri'.

Questo giudizio affrontò crimini internazionali commessi in un certo periodo di tempo e guidati da un continuo e duraturo intento criminale,l'intento genocidiario.

Il fatto che vari reati imputati come crimini di omicidio sterminio e genocidio erano parte di un uccisione di massa che era stata pianificata collettivamente e portata a termine sistematicamente portò la camera a concludere che le imputazioni di sterminio e omicidio come crimine contro l'umanità erano racchiuse pienamente in quella di genocidio. Così questi fatti potevano essere giudicati come la commissione di un unico reato.La dottrina ha criticato fortemente quest'orientamento sostenendo che mentre il crimine di genocidio protegge interessi transindividuali, i crimini contro l'umanità proteggono interessi individuali e così il primo non può consumarsi nel secondo e viceversa e così il caso Kayeshema risulta essere un caso isolato.

4 CONCORSO DI REATI IN FASE DI SENTENCING

Dopo aver analizzato in quali casi è ammissibile una *multiple conviction* secondo la prassi dei tribunali internazionali è necessario ora osservare quali ripercussioni ne derivano nella fase del *sentencing* . Una premessa importante è che nell'area del *sentencing* in generale nel diritto internazionale penale non sono ancora emersi principi di diritto nella determinazione delle pene,e che i primi elementi rilevanti in

¹⁷³ vedi Kayshema and Ruzindana Case No ICTR -95-1-T Judgment of 21 May 1999dissenting opinion of judge Khan

materia possono essere ravvisati nella giurisprudenza dell'ICTY¹⁷⁴. Riguardo le pene da imporre agli imputati riconosciuti colpevoli dinnanzi ai tribunali penali internazionali, lo statuto dell'ICTY prevede che queste siano limitate alla detenzione e che 'nella determinazione della pena le *trial chambers* devono fare ricorso alla pratica generale delle Corti della Jugoslavia' (art 24 (1)ICTY *statute*).

Lo stesso articolo prevede che le *trial chambers* nella definizione della pena debbano considerare determinati fattori come la gravità del reato e le circostanze individuali della persona condannata (art 24 2 ICTY *statute*). Allo stesso modo le regole di procedura prevedono ulteriori disposizioni in merito alle pene ma non affrontano mai direttamente la questione di quali pene vadano irrogate rispetto a ciascun crimine internazionale e soprattutto come condannare ed imporre sanzioni in caso di concorso di reati. Ciò è dovuto alla concezione storica che il diritto internazionale penale trae forza più che dai tribunali internazionali dai sistemi penali dei singoli stati e l'assenza di una scala dei crimini internazionali e delle loro sanzioni lascia questo compito alle legislazioni nazionali. In caso di condanne multiple comunque, la norma 87 © delle *Rules of Procedure and Evidence* dell'ICTY e quella dell'ICTR¹⁷⁵ prevedono che la *Trial chamber* indichi in caso di pene multiple se queste siano servite concorrentemente o consecutivamente.

¹⁷⁴ *c.kress penalties, enforcement and cooperation in the international criminal court statute*

¹⁷⁵ rule 87 : A) When both parties have completed their presentation of the case, the Presiding Judge shall declare the hearing closed, and the Trial Chamber shall deliberate in private. A finding of guilt may be reached only when a majority of the Trial Chamber is satisfied that guilt has been proved beyond reasonable doubt.(B) The Trial Chamber shall vote separately on each charge contained in the indictment. If two or more accused are tried together under Rule 48, separate findings shall be made as to each accused.(C) If the Trial Chamber finds the accused guilty on one or more 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

Risulta così evidente che i tribunali hanno ampia discrezionalità nella scelta di sanzioni multiple e nella modalità di emissione delle sanzioni nel caso in cui l'imputato sia stato trovato colpevole di più reati con un'unica condotta.

Niente però nell'art 101 (*penalties*)¹⁷⁶ preclude la possibilità di imporre un'unica singola pena, anzi questa posizione è stata presa in numerose decisioni dell'ICTY e dell'ICTR^{177 178}. Ad esempio nel caso

or concurrently, unless it decides to exercise its power to impose a single sentence reflecting the totality of the criminal conduct of the accused.

¹⁷⁶ Rule 101 A) A convicted person may be sentenced to imprisonment for a term up to and including the remainder of the convicted person's life.(B) In determining the sentence, the Trial Chamber shall take into account the factors mentioned in Article 24, paragraph 2, of the Statute, as well as such factors as: (i) any aggravating circumstances; (ii) any mitigating circumstances including the substantial cooperation with the Prosecutor by the convicted person before or after conviction;(iii) the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia;(iv) the extent to which any penalty imposed by a court of any State on the convicted person for the same act has already been served, as referred to in Article 10, paragraph 3, of the Statute.(C) Credit shall be given to the convicted person for the period, if any, during which the convicted person was detained in custody pending surrender to the Tribunal or pending trial or appeal.

¹⁷⁷ Prosecutor v.Kambanda ,Case No.ICTR-97-23,Judgment of 4 September 1998;Prosecutor v.Jeliscic Case No. ICTY -95-10,Judgment of 14 December 1999,para 137;Prosecutor v.Serushago,Case No ICTR-98-39-S Judgment of 5 February 1999,p 15;Prosecutor v.Blaskic ,Case No. ICTY -95-14,Judgment of 3 March 2000,para 807;Prosecutor v,Krstic già citato, Prosecutor v.Mucic et al.,Case No IT-96-21,Judgment of 9 October 2001,para 43;Prosecutor Vasiljevic Case No .IT-98-32-T Judgment of 29 November 2002,paras 269.

¹⁷⁸ vedi il caso Akayesu dove la camera del tribunale si rifa al concetto di concursus ideal d'infractions adottato dai civil law systems incluso il Rwanda.Nelle sue argomentazioni la corte si rifece inoltre al caso Barbie dove la corte francese di

Kupreskic^{179 180}, Jeliscic¹⁸¹ dove le camere, in supporto alla loro decisione, si riallacciarono a precedenti decisioni dell'ICTR, alla prassi del tribunale militare di Norimberga e ai sistemi penali nazionali.

Molto spesso, quindi, i tribunali penali internazionali a fronte di questa discrezionalità hanno optato o per più pene da servire simultaneamente¹⁸² o per un 'unica sanzione' che rispecchi *'the seriousness of the crimes and the perpetrator's culpability'*^{*183} puntando sul fatto che i reati commessi, anche se appunto molteplici, erano il risultato o formavano parte di un *'single set of crimes'* commesso in una data regione geografica durante un determinato periodo di tempo ed era così impossibile distinguere l'intenzione e gli atti di un crimine rispetto agli altri.

cassazione sostenne che un singolo evento può essere qualificato sia come crimine contro l'umanità che come crimine di guerra

¹⁷⁹ Prosecutor v. Kupreskic (trial chamber judgment) Case No IT-95-16-T (14 January 2000)

¹⁸⁰ La trial chamber in base all'art 24 (1) dello statuto dell'ICTY si rifa all'art 48 del SFRY Criminal Code che prevede che quando un azione porta più crimini la corte deve prima stabilire la sanzione per ogni reato e poi procedere alla determinazione della sanzione principale. In caso di prigione la corte dovrebbe imporre una sanzione che consiste nell'aggravamento della punizione più severa inflitta, ma l'aggravamento non può mai essere più severo del totale di tutte le sanzioni imposte

¹⁸¹ Prosecutor v. Jeliscic (trial chamber Judgment) Case No IT-95-10-T (14 December 1999)

¹⁸² Prosecutor v. Akayesu Case No ICTR -96-4-T (2 September 1998) ; Prosecutor v. Furundzija, Case No IT-95-17/1, Judgment of 10 December 1998, Paras 292; Prosecutor v. Tadic Case No IT-94-1 Judgment of 11 November 1999, Para 32; Prosecutor v. Aleksovski, Case no IT-95-14/1-A, Judgment of 24 March 2000 para 153; Prosecutor v. Ruggiu Case No ICTR -97-32-1, Judgment of 1 June 2000, para 81

¹⁸³ Celebici Appeal Judgment

A fronte di quest'approccio è evidente l'influenza dei sistemi di *common law*, in primo luogo della prassi giurisprudenziale americana¹⁸⁴ per cui in caso di *multiple conviction* il giudice ha il potere discrezionale di imporre pene concorrenti o consecutive affinché la pena finale rispecchi *'the totality of the culpable conduct' (totality principle)*^{185 186}.

ma l'utilizzo di questo principio che rende effettivamente possibile la riduzione della sanzione in caso di *multiple conviction* e tende così ad evitare la stretta applicazione del principio *tot crimina tot poenae*, richiede comunque una corretta statuizione della gravità di ogni reato che, data l'assenza di una scala di pene nel diritto penale internazionale, risulta assai difficile. Inoltre come è stato osservato dallo stesso tribunale nel caso Kupreskic anche se in caso di concorso formale le pene vanno scontate

¹⁸⁴ Negli Stati Uniti, l'uso del principio di specialità reciproca per individuare casi di concorso formale eterogeneo è sempre bilanciato dalle regole che disciplinano il sentencing. La materia è regolata nei dettagli dalla United States Sentencing Commission's Guidelines Manual in vigore dal 2004 il cui 3 capitolo parte D (multiple Counts) statuisce che se un individuo è condannato per due o più reati in merito alla stessa azione la corte dovrebbe raggruppare questi reati in distinti gruppi di *'closely related offences'* e applicare la sanzione prevista per il capo d'accusa più grave

¹⁸⁵ a questo riguardo si veda D.A. Thomas Principle of Sentencing (London Heinemann 1980)

¹⁸⁶ Nel caso Delalic la camera d'appello dell'ICTY ha utilizzato *the totality principle* nella determinazione della sanzione notando che *'It is within a Trial Chamber's discretion to impose sentences which are either global, concurrent or consecutive, or a mixture of concurrent and consecutive. In terms of the final sentence imposed, however, the governing criteria is that it should reflect the totality of the culpable conduct (the totality principle) or generally that it should reflect the gravity of the offences and the culpability of the offender so that is both just and appropriate.'*

Prosecutor v. Delalic Case No IT-96-21-A (20 february 2001)

simultaneamente, la Camera ‘potrebbe aggravare la pena prevista per il reato più grave se ritiene che il reato meno grave ,commesso attraverso la stessa condotta si aggiunga significativamente alla natura efferata del crimine’,(ad esempio l’uso di armi improprie con il più grave crimine di genocidio).

Anche nel caso Furundzija¹⁸⁷ l’ICTY sceglie di imporre sanzioni da servire concorrentemente, notando che in numerosi sistemi giuridici nazionali la pena imposta in caso di condanne multiple per un unico atto è limitata alla pena prevista per il reato più grave¹⁸⁸ .

Dall’analisi della giurisprudenza dell’ICTY e dell’ICTR risulta così che la scelta in fase di *conviction* di permettere *multiple convictions* in caso di specialità bilaterale è bilanciata in fase di *sentencing* dalla possibilità di emettere un’unica singola pena o sanzioni multiple da servire concorrentemente,

¹⁸⁷ Prosecutor v.Furundzija Case No.IT-95-17/1 Judgment of 10 December 1998

¹⁸⁸ in questa prospettiva la camera di I grado decise,nel caso in questione ,che la sentenza imposta per oltraggio alla dignità personale incluso lo stupro era da servire simultaneamente alla pena imposta per tortura ,vale a dire il reato più grave

CONCLUSIONI

Alla luce dell'analisi svolta in merito al *concursum delictorum* è possibile svolgere alcune considerazioni conclusive. L'esistenza di una giurisprudenza consolidata in materia, invero, non preclude ai Tribunali penali internazionali di adottare delle soluzioni più garantiste. Nel caso *Aleksovsky*¹⁸⁹, dove si è affrontata la questione relativa al valore del precedente nel diritto internazionale penale, la Camera d'Appello ha sostenuto che: *'...a proper construction of the statute, taking due account of its text and purpose, yields the conclusion that in the interests of certainty and predictability, the Appeals Chamber should follow the previous decisions, but should be free to depart from them for cogent reasons in the interest of justice'*¹⁹⁰. Tali ragioni certamente esistono nel caso del concorso di reati, con l'effetto che anche laddove due crimini si trovino in un rapporto di specialità reciproca, la norma prevalente dovrebbe essere identificata.

La questione tuttavia non si presta a facili soluzioni. Qualora due norme siano in rapporto di specialità reciproca le varie fattispecie appaiono simultaneamente generali e speciali tra loro ed il principio di specialità unilaterale non può permettere di individuare la norma prevalente e così, l'unico criterio utilizzabile per risolvere il concorso apparente di norme è quello dell'assorbimento¹⁹¹.

¹⁸⁹ Aleksovsky (judgment IT-94-14/1) Appeals Chamber 24 Marzo 2000, par. 6.

¹⁹⁰ Inoltre il tribunale specifica che: 'Esempi di situazioni dove sussistono cogenti esigenze nell'interesse della giustizia che richiedono un allontanamento dalle precedenti decisioni include casi dove i precedenti sono stati decisi in base a errati principi legali o casi dove un precedente è stato dettato per incuriam, cioè un giudizio fatto in modo sbagliato in genere perché i giudici erano male informati sulle norme da applicare. Sul valore del precedente nella prassi dell'ICTY vedi C. Harris, 'Precedent in the Practice of the ICTY, in R. May and others (eds), Essays on ICTY Procedure and Evidence', In Honour of Gabrielle Kirk McDonald (The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 2001)

¹⁹¹ Il principio di sussidiarietà per cui la norma meno autoritativa si applica solo se la competente superiore non è applicabile, non è idoneo a risolvere il problema in questione. È stato correttamente osservato che la maggior parte dei casi

Questo criterio è ben spiegato nel caso *Kupreskic* dove si sostiene che la *ratio* dell'assorbimento è che :
'when all legal requirements for a lesser offence are met in the commission of a more serious one ,a conviction on the more serious count fully encompasses the criminality of the conduct'.

Ma questa definizione risulta essere ambigua.

Quando un crimine consuma un altro, vale a dire contiene tutti gli elementi dell'altro, in genere si ha un rapporto di specialità unilaterale e l'analisi della relativa gravità di ogni reato non è necessaria.

Questa conoscenza risulta invece fondamentale quando due norme sono in un rapporto di specialità reciproca. Come è stato osservato in dottrina, si tratta di stabilire dunque quale parametro è utilizzabile al fine di individuare la *lex consumens* ¹⁹².

L'assenza di una scala di pene, sia nello Statuto dell'ICTY che in quello dell'ICTR¹⁹³, rende impossibile utilizzare la sanzione come mezzo per valutare la gravità relativa di un reato (per cui il reato con la pena più grave consuma l'altro).

Un possibile parametro potrebbe invece essere basato sulla gravità relativa dei differenti elementi contestuali dei crimini.

che andrebbero ricondotti in esempi di sussidiarietà tacita sono meglio individuati in casi di inclusione (specialità) o assorbimento. Questo perché il concetto di sussidiarietà tacita non può rappresentare un criterio legale transnazionale distinto dai casi di specialità (inclusione) ed assorbimento quindi non deve essere considerata nel diritto internazionale criminale. (C.F. Stuckenberg, 'Multiplicity of Offences: Concursus Delictorum' supra note 4 p 595

¹⁹² Fulvio Maria Palombino 'Should genocide subsume crimes against humanity?' Journal of International Criminal Justice.2005

¹⁹³ D'altro canto anche lo statuto dell'ICC non risolve il problema, l'unico articolo che affronta il concorso di reati, cioè l'art 78(3) si limita a statuire che 'quando una persona è condannata per più di un crimine, la corte deve pronunciare una sanzione per ogni reato ed una pena unificata specificando il periodo totale di carcere. Il periodo non dovrebbe essere minore della pena più grave pronunciata e non dovrebbe eccedere i 30 anni di prigionia o una pena di carcere a vita in conformità con l'art 77, paragrafo 1(b).

E' innegabile infatti, che l'elemento contestuale del genocidio è più grave dell'elemento contestuale del crimine contro l'umanità che è a sua volta più grave del crimine di guerra, rendendo i primi *lex consumens* rispetto agli altri¹⁹⁴.

Questa conclusione non è però sostenuta dalla giurisprudenza dell'ICTY: in particolare la Camera d'Appello nel caso *Blaskic* ha sottolineato che non sussiste una gerarchia di crimini e la relativa gravità di ognuno di essi deve essere fissata in riferimento alle circostanze del caso¹⁹⁵. Ma, nello stesso giudizio la Camera ha specificato che il metodo per valutare la gravità di un reato è '*...linked to the intrinsic seriousness of the crime's legal characterization*' utilizzando così argomenti che sembrerebbero spingere a favore di una concezione di gerarchia di crimini internazionali in termini di gravità¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Fulvio Maria Palombino '*Should genocide subsume crimes against humanity?*' Journal of International Criminal Justice.2005 par 6

¹⁹⁵ Jugment Blaskic (IT-95-14-T) Trial Chamber 3 marzo 2000. Nel rendere il suo giudizio la trial chamber si riallacciò, inter alia, al caso tadic (judgment IT -94-1 Appeal Chamber 26 gennaio 2000) dove, con riguardo al rapporto tra crimini di guerra e crimini contro l'umanità si è sostenuto che: 'non c'è per legge alcuna distinzione tra la gravità di un crimine contro l'umanità e quella di un crimine di guerra. La camera d'appello non trova fondamento per questa distinzione nello statuto o nelle regole del tribunale internazionale in accordo con il diritto consuetudinario; le sanzioni permesse sono inoltre le stesse, il livello in ogni situazione è stabilito in base alle singole circostanze del caso. La posizione è simile in base allo statuto dell'icc art 88. vedi inoltre l'opinione dissenziente del giudice Cassese a favore della gerarchia tra crimini.

¹⁹⁶ Sulla possibilità di gerarchia dei crimini in base alla loro gravità oltre Fulvio Maria Palombino '*Should genocide subsume crimes against humanity?*' Journal of International Criminal Justice.2005 vedi O.Swaak-Goldman, 'Crimes Against Humanity', in G.K.McDonald and O. Swaak-goldamn (eds) Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, The Experience of International and National Courts, Vol I (the Hague/London/Boston:Kluwer Law International 2000) at 164-167; M.Frulli, 'Are Crimes against Humanity more Serious than War Crimes?', in 12 European Journal of International Law (2001) 330; J.C. Nemitz, 'Sentencing in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda', in H. Fischer, C.Kress and S.R.Luder (eds) International and National Prosecution of Crimes Under International Law, supra note 4 605 in particolare al 614; R.May and M.Wierda, 'Is there a Hierarchy of Crimes in International

Alcune giurisdizioni nazionali ed internazionali, peraltro, riconoscono espressamente l'esistenza di una differenza in termini di gravità tra i vari crimini internazionali.

Per quanto riguarda l'ICTR, in *Kambanda* la *Trial Chamber* ha sostenuto : '*it seems difficult to rank genocide and crimes against humanity in terms of their respective gravity*' poiché '*are both crimes which both particularly shock the collective conscience*'¹⁹⁷ .

In ogni caso, secondo il tribunale il genocidio '*is unique because of its element of dolus specialis...*, e così il genocidio costituisce '*the crime of the crimes*'¹⁹⁸. Similmente la Corte Distrettuale di Israele nel caso Eichmann descrive il genocidio come il crimine dei crimini¹⁹⁹.

A differenza dell'ICTY, l'ICTR è dunque propenso ad ipotizzare una gerarchia tra i crimini internazionali che considera il genocidio '*crimes of the crimes*' seguito dai crimini contro l'umanità e dai crimini di guerra.

Law?' in L.C. Vohrah and othe, *Man's Inhumanity to Man Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (the Hague/London/Boston:Kluwer Law International,2003)511

¹⁹⁷ judgment e sentence, *Kambanda* (ICTR-97-23-S), *Trial Chamber I*, 4 settembre 1998 para 14. Per un commento su *Kambanda* vedi K.Ambos e J.-C. Nemitz, in A.Klip e G. Sluiter, *annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, supra note 4 ,835

¹⁹⁸ nel paragrafo 42 del giudizio *Kambanda* inoltre, sotto il titolo '*Gravity of the Crime*' la *Trial Chamber* statui che il Procuratore sottolineò la gravità del crimine di genocidio e del crimine contro l'umanità. L'odiosa natura del crimine di genocidio e la sua assoluta proibizione rendono la sua commissione aggravante. La grandezza del crimine implicante l'uccisione di 500.000 civili in Randa in un breve periodo di 100 giorni costituisce un fatto aggravante

¹⁹⁹ caso No.40/61 *Eichmann*, Corte Distrettuale Di Gerusalemme para 26. In appello il giudizio fu confermato dalla Corte Suprema di Israele (caso No.336/61)

Un ulteriore questione che non viene affrontata dai tribunali è quale principio applicare nel caso in cui si verifichi un concorso tra un crimine contro l'umanità ed un crimine di guerra sistematico e su larga scala.

In questo caso, infatti, i due reati coinciderebbero perfettamente, differenziandosi solo in ragione del *nomen*. Vista l'assenza di una norma prevalente nei casi ora indicati, dunque, sarebbe possibile punire indifferentemente l'uno o l'altro crimine.

Alla luce delle considerazioni svolte, è auspicabile che i Tribunali penali internazionali adottino in futuro un approccio più garantista in materia, che cerchi di conciliare l'esigenza di giustizia, sottesa all'istituzione dei Tribunali stessi, e quella di segno opposto di offrire all'imputato le garanzie minime proprie del giusto processo.

BIBLIOGRAFIA

- A.BOGDAN, *Cumulative Charges , conviction and Sentencing at the ad hoc international Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, 3 Melbourne Journal of International Law (2002)
- ABI-SAAB, *Le 'Crimes de Guerre'*, in ASCENSIO, DECAUX e PELLET (eds)
- AMBOS and WIRTH, *'Sentencing, Cumulative Charging, Genocide and Crimes Against humanity*, in Klip and Sluiter (eds)
- A cura di GUTMAN R., RIEFF D., *Crimini di guerra*. Roma, Contrasto .Internazionale 1999, 397.
- ANNIBALE S., *I crimini internazionali di guerra e loro punizione*. Riv. pen. 1997, 9.
- ARANGIO RUIZ G., *L'individuo e il diritto internazionale (delicta juris gentium - dottrina - interessi o comportamenti di privati)*. Riv. internaz. 1971, 561.
- ASHWORTH, *Sentencing in criminal Justice* , London /Dublin /Edinburgh 2000 p 217
- BALLADORE PALLIERI ,diritto bellico 2nd ed.Milano 1954 p362
- BASSIOUNI M. C., *Verso una corte penale internazionale*. Dir. uomo 1997, fasc. 3, 5.
- BERNARDINI A., *Il Tribunale penale internazionale. per la ex Jugoslavia: considerazioni giuridiche*. Dir. uomo 1995, 15.
- BOTTIGLIERO I., *Il rapporto della Commissione di Esperti sul Ruanda e l'istituzione di un Tribunale internazionale penale*. Comunità internaz. 1994, 760.
- BING JIA, *'The Differing Concepts of War Crimes and Crimes Against Humanity in International Criminal Law'*,in Goodwin-Gill and Talmon (eds)
- C. HARRIS *'Precedent in the practice of the ICTY'*,in R. May and others (eds)

- C.-F. STUCKENBERG, ' *Multiplicity of offences :Concursus delictorum*', in H.FISCHER ,C. KRESS and S.R. LUDER (eds)
- CANESTRARI S., *Genocidio*. Enc. giur., Roma 1985, CASSESE ' *Crimes against Humanity*', in CASSESE GAETA and JONES (eds) cit.supra note 2 p 353
- CASSESE , ' *Genocide*' in CASSESE GAETA and JONES (eds) p 335
- CASSESE A., *Il Tribunale internazionale per l'ex Jugoslavia al passo decisivo*. Dir.pen. proc. 1995, 12.
- CASSESE A., *Il Tribunale penale internazionale dell'ONU per i crimini nel Ruanda*. Dir. pen. proc. 1995, 294.
- CHIAVARIO M., *Contro orrori di guerra e violenze sistematiche gli Stati creano una Corte penale permanente*. Guida al diritto fasc. 30, 1998, 11.
- CIAMPI A., *Priorità "relativa" della giurisprudenza del Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia? (violazioni diritto umanitario internazionale - territorio della ex Jugoslavia)*. Riv. internaz. 1994, 140.
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale scientifica 1997, VI-446.
- DE FRANCESCO , ' *Concorso Apparente di norme*', Digesto delle discipline penalistiche, 1988, p 416
- FIANDACA e MUSCO diritto penale- parte generale, Bologna 1995, p 593
- FORNASARI , *I principi del diritto penale tedesco* Padova 1993 p 461
- FRANCIONI F., *Crimini internazionali*. Dig. Pubbl., IV, Torino 1989, 464.
- FUNARO G., *Note sul tema Eichmann (cattura - Israele - Giurisdizione - giudice e parte - tribunali di Norimberga e di Tokio - criminali di guerra nazisti – legge israeliana del 9 agosto 1950 - legalità dei crimini - delitti commessi quando Israele non esisteva ancora - forum praeventionis)*. Giur. it. 1961, IV, 41.
- GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg ,1961
- GRASSO G., *Genocidio*. Digesto pen., Torino 1991, 399.
- GUCCIARDI G., *In margine al processo Eichmann*. Riv. pen. 1962, I, 76.

- HERZOG J. B., *La giustizia penale internazionale a venti anni da Norimberga (diritto internazionale penale - nozione di giustizia internazionale - definizione del delitto contro l'umanità-)*. Democrazia dir. 1967, 5.
- ILLUMINATI G. . STORTONI L. . VIRGILIO M. (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia: dai Tribunali internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*. Torino, Giappichelli 2000, XVII . 277.
- JC. NEMITZ , 'Sentencing in the jurisprudence of the International Criminal tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda JEGGINS,'art 78' in Triffterer (ed) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Baden Baden, 1999 p999*
- KITTICHAIRSAREE, *International Criminal Law* ,New York 2001,p 308
- KRESS, 'Penalties, Enforcement and Cooperation in the International criminal Court Statute (Parts VII,IX,X)', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998, p442
- LAFAVE and SCOTT , 'Criminal Law' , St Paul , Minn 1986 p 125
- LAMBERTI ZANARDI and VENTURINI (eds) *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali* ,Milano 1998
- LATTANZI F., *Alcune riflessioni su un Tribunale ad hoc per la ex Jugoslavia*. Dir. uomo 1993, 32.
- LATTANZI F., *La primazia del Tribunale penale internazionale per la ex- Jugoslavia sulle giurisdizioni interne*. Riv. internaz. 1996, 597.
- LATTANZI F., *Riflessioni sulla competenza di una Corte penale internazionale (delicta juris gentium - competenza ratione materiae)*. Riv. internaz. 1993, 661.
- LATTANZI F., SCISO E. (a cura di), *Dai Tribunali internazionali ad hoc a una corte permanente*. Napoli, Editoriale Scientifica 1996, 8 , pp. X-366.
- LEMKIN , 'Genocide as a Crime under International Law, AJIL, 1947 p 145
- LIPPMANN, 'Genocide', in BASSIOUNI (ed) *International Criminal Law* , Ardsley 1999, p. 589

- M.FRULLI '*Are Crimes against Humanity more Serious than war Crimes?* In 12 European Journal of International Law (2001)
- MANTOVANI F., *Diritto penale, 4 ed.* Padova, Cedam 2001, 478
- MARINI , '*Concorso di reati e di pene (diritto penale)*' Nss DI ,App.II Torino 1980, p314
- MERON, *War Crimes Law Comes of Age*, New York 1998
- MORRISON '*Double jeopardy and International Law*, 1995 p 261
- N. VALABHJI '*Cumulative Convictions based on the same act under the Statute of the ICTY*,10 Tulane Journal of International and Comparative Law (2002)
- NUNZIATA M., *Il Tribunale internazionale per i crimini nell'ex Jugoslavia. Un modello per una generale giurisdizione internazionale penale.* Giust. pen. 1995,III 232 REALE E. P. (a cura di), *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale.* Padova, Cedam1999, VI-265.
- O.SWAAK-GOLDMAN, , *Crimes against humanity*in G. K. McDonald and O. Swaakgoldman (eds)
- PACILEO,'Concorso di reati',EG, Vol VII,1988 PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlin, 1979
- RONZITTI N., *Crimini internazionali.* Enc. giur., X, Roma 1995, 1.
- RONZITTI N., *Genocidio* in Enc. dir., XVI, Milano 1967, 573.
- RONZITTI N., *La Convenzione europea sull'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra.* Riv. internaz. priv. proc. 1976, 71
- ROTTOLA '*La ratifica del protocollo addizionale n 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*,RDI 1988
- P.BENVENUTI '*Principi generali del diritto,giurisdizioni internazionali e mutamenti socialinella vita di realazione internazionale*'in studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz Vol I (Napoli Editoriale scientifica 2003)

- PALOMBINO , ‘*The overlapping of War crimes and crimes against humanity in international criminal law*’ , XII
The Italian Yearbook of International Law (2002)
- PALOMBINO ‘*Should Genocide subsume crimes against humanity?Some remarks in the light of the Krstic Appeal
Judgment*
- SINISCALCO ‘*il concorso apparente di norme nell’ordinamento penale italiano*’ milano 1961
- SCHABAS, ‘*Genocide in International Law:The crimes of the crimes*’ , Cambridge ,2000
- SCHABAS, *Penalties* in CASSESE GAETA and JONES (eds)Vol II p 1497 (1529-1530)
- SCWARZENBERGER ,*International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Vol II ,The Law
of Armed Conflict ,London 1968 p 462
- SOCINI R., *Genocidio*. Nss. D. I., VII, Torino 1961, 780.
- SPANGHER , *Protocol 7, Artiche 4.Il principio del ne bis in idem*’, in BARTOLE CONFORTI and
RAIMONDI (eds),Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle
libertà fondamentali, Padova 2001 p 957
- SPERDUTI G., *Crimini internazionali*. Enc. dir., XI, Milano 1962, 337.
- Substantive and Procedural Aspects of International criminal law*, The experience of International and national
Courts, Vol I (The Hague/London/Boston:Kluwer Law International 2000)
- The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994-1999*,Antwerp/Groningen/Oxford/Vienna 2001 p
701
- The Reality of International Law:Essays in Honour of Ian Brownlie,Oxford 1999 p 243
- VAN DEN WYNGAERT and ONGENA, ‘ *Ne bis in idem Principle,Including the issue of Amnesty*’in
CASSESE GAETA and JONES (eds)
- VASSALLI G., *Il Tribunale internazionale per i crimini commessi nei territori dell’exJugoslavia*. Legisl. pen. 1994,
- VOENA ‘*Ne bis in idem* ‘ e concorso formale di reati , Giur It 1976, Vol II p 321

WALTHER , ‘ *Cumulation of Offences*’,in CASSESE GAETA and JONES (eds) *The Rome Statute of the International Criminal Court:Commentary*,Vol I Oxford 2002 p 475

ZAPPALA’ S., *Due anni di funzionamento del Tribunale internazionale per l’ex- Jugoslavia: tra bilanci e prospettive*.
Legisl. pen. 1996, 641.

Si indicano inoltre i seguenti siti Internet, utilizzati per la consultazione di testi e materiali:

- www.un.org/icc : Corte permanente internazionale.
- www.un.org/icty : Tribunale per la Ex Jugoslavia.
- www.un.org/icttr : Tribunale per il Rwanda.
- www.icrc.org : Comitato internazionale della Croce Rossa.
- www.onuitalia.it : Nazioni Unite.