

Il progetto di Codice dei crimini internazionali. Un'occasione mancata?

ROBERTO ACQUAROLI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tipicità di contesto e il rischio del giudice-storico. – 3. Crimini internazionali e paradigma vittimocentrico. – 4. Le scelte di politica legislativa del progetto di Codice. – 5. L'approccio di "stretta necessità" della parte generale del progetto di Codice. – 6. Una disciplina ragionevole della *command responsibility*. – 7. La parte speciale del Codice e la tipizzazione degli elementi di contesto. – 8. Oltre lo Statuto della CPI. La responsabilità degli enti. – 9. Il sistema sanzionatorio. Un'occasione mancata per indicare nuove strade?

1. Premessa

La decisione del Governo italiano di accantonare il progetto di un Codice dei crimini internazionali, predisposto dalla Commissione presieduta dai professori Francesco Palazzo e Fausto Pocar, segna un punto d'arresto nel processo di armonizzazione ed integrazione dello Statuto della Corte penale internazionale (CPI) con l'ordinamento interno¹, ben espresso dal principio di complementarità². Senza entrare nel merito della questione relativa all'obbligatorietà o meno dell'adozione di una normativa interna in materia di crimini internazionali, resta la convinzione che si sia persa un'occasione per ricondurre all'interno della cornice dei principi costituzionali un settore della potestà punitiva – quella, per l'appunto del diritto penale internazionale

* Il presente lavoro si inserisce nell'ambito del progetto "Innovazione e vulnerabilità: problemi giuridici e tutele" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata (finanziamento MUR, programma: Dipartimenti di Eccellenza 2023-2027).

¹ Per una ampia riflessione sulle ragioni poste a fondamento dell'introduzione di un apposito Codice dei crimini internazionali si rinvia a A. VALLINI, "Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 1, 2023, p. 92 ss. Condivide, invece, la decisione del Governo italiano di non dare seguito al progetto di Codice, in quanto sostanzialmente superfluo rispetto al sistema sanzionatorio vigente A. CRUCIANI, "Il progetto per un codice di crimini internazionali alla lente dei principi di complementarità e ne bis in idem dello Statuto della CPI", *Questione Giustizia*, 2 marzo 2023, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-progetto-per-un-codice-di-crimini-internazionali-alla-lente-dei-principi-di-complementarita-e-ne-bis-in-idem-dello-statuto-della-cpi>.

² Art. 1 Statuto CPI: "È istituita una Corte penale internazionale ('la Corte') quale istituzione permanente che esercita la propria giurisdizione sulle persone fisiche per i più gravi crimini di portata internazionale, come definiti nel presente Statuto. *Essa è complementare alle giurisdizioni penali nazionali*. La giurisdizione ed il funzionamento della Corte sono regolati dalle norme del presente Statuto" (corsivo aggiunto).

– percepita come eccezionale e derogatoria rispetto ai canoni propri del diritto penale liberale.

Su un piano prettamente strutturale e sistematico, le critiche alla mancata introduzione di un Codice dei crimini internazionali si sono concentrate su due piani: quello rivolto al sistema penale interno, costituito dal vuoto di tutela che permarrrebbe rispetto a determinate condotte presenti nella parte speciale del progetto; e quello del deficit di effettività, sul piano dell'accertamento processuale, destinato a rimanere in capo alla Corte penale internazionale.

Sul primo versante, si è obiettato alla tesi secondo la quale il progetto di Codice sarebbe stato uno strumento non necessario di tutela, dovendosi ritenere il suo ambito applicativo adeguatamente coperto dalle normative esistenti. Si tratta, per l'opinione contraria, di un approccio errato. A titolo di esempio si è evidenziato come la normativa vigente nulla dica in relazione ad ipotesi quali, ad esempio, l'arruolamento e l'impiego di bambini soldato, l'attacco contro beni o personale impiegati in missioni umanitarie, l'uso di scudi umani³. Sul secondo versante, quello delle garanzie e dell'effettiva funzionalità del processo nell'accertamento delle singole responsabilità penali, i crimini internazionali, infatti, sono caratterizzati dal coinvolgimento di un numero elevato di autori, sovente posti in un reticolo di responsabilità fondata sul vincolo gerarchico, il quale impone un faticoso lavoro di ricostruzione della catena di comando, dell'identificazione e dei ruoli che i singoli autori hanno effettivamente ricoperto nelle vicende al centro del processo. A ciò si aggiunga la dimensione macroscopica che tali eventi assumono: il diritto penale internazionale "criminalizza il fatto tipico monosoggettivo "simile" a quello di diritto penale "comune" ... non come tale, ma in quanto frammento e strumento di una violenza collettiva e su larga scala ... che è poi ciò che determina il disvalore macroscopico di questi crimini e l'interesse nei loro confronti di tutta la comunità internazionale⁴". L'accertamento processuale delle singole responsabilità, l'acquisizione delle prove, le garanzie difensive per i singoli imputati, così da rendere effettiva l'applicazione delle fattispecie criminose ed allontanare il rischio di una *selettività casuale e simbolica* trovano una più adeguata risposta nelle giurisdizioni nazionali, dotate di poteri analiticamente disciplinati dai codici di rito, che consentono un accesso immediato alle fonti di prova, oltre a disporre direttamente della polizia giudiziaria per lo svolgimento delle indagini⁵. In maniera efficace, è stato osservato come "la forza reale della Corte (penale internazionale) è condizionata dalla mancanza di una polizia giudiziaria mondiale; più in generale, dalla mancante disponibilità del monopolio della forza, che sta invece alle spalle degli ordinamenti penali

³ VALLINI, "Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali", cit., p. 99.

⁴ *Ibidem*, p. 98.

⁵ *Ibidem*, pp. 97-99.

statuali. La Corte può ordinare l'arresto di persone, ma non ha e non controlla i mezzi per farlo eseguire⁶.

Alle accennate considerazioni, se ne deve aggiungere una ulteriore, che legittima, in maniera decisiva, l'introduzione di un *corpus* normativo interno: la formalizzazione degli ordinamenti di contesto, che appaiono decisivi per fondare la ragionevole asprezza delle pene previste, ma, soprattutto, a giustificare l'introduzione di nuove fattispecie, fossero anche simili o identiche a quelle già presenti nell'ordinamento interno⁷. È la tipicità di contesto, infatti, che fonda la stessa ragion d'essere dei crimini internazionali.

2. La tipicità di contesto e il rischio del giudice-storico

La tipicità di contesto richiama, innanzitutto, la legittimazione della giustizia penale a conoscere e valutare vicende drammatiche che comprimono, in maniera significativa, i diritti fondamentali tutelati dallo Statuto della CPI. Il processo penale diventa il luogo in cui, prima ancora dell'individuazione delle responsabilità dei singoli, si ricostruisce una vicenda storica (il contesto, per l'appunto) sulla quale incide, in maniera significativa, la sfera dell'attività politica. L'accertamento del contesto richiama un dibattito ampiamente sviluppato nella letteratura penalistica. Se però il contesto storico-politico appare elemento decisivo per giustificare la previsione di fattispecie penali autonome, connotate da maggiore severità sanzionatoria rispetto alle corrispondenti fattispecie comuni⁸, il rischio è che il giudice, nel ricostruire la situazione in cui si colloca la responsabilità del singolo, finisca per sostituirsi allo storico⁹. Come è stato affermato, il processo penale e la ricerca storica “condividono alla radice l'essere teatri di parola pubblica, spazi in cui fatti, la cui valutazione è controversa, devono essere esposti attraverso discorsi coerenti e circostanziati, con la massima precisione possibile, nella diversità e anche nella contraddittorietà dei punti di vista, al fine di consentire una valutazione razionale da parte di terzi, dei

⁶ D. PULITANÒ, “Significato e funzioni della pena nella giustizia penale internazionale”, *Questione Giustizia*, 2007, p. 77.

⁷ Sul punto si rinvia a A. DI MARTINO, “Contesto e individuo nel sistema di giustizia penale internazionale. Contrappunto in riflessioni sparse”, *Studi sulla questione criminale*, 2020 p. 101 ss.

⁸ Così VALLINI, “Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali”, cit., p. 101.

⁹ Sul tema, per tutti, si rinvia a G. INSOLERA, “Tempo, memoria e diritto penale”, *Diritto penale contemporaneo*, 2019 p. 1 ss.; D. PULITANÒ, “Strategie di contrasto a terrorismo e mafia. Fra giustizia penale e storia”, *Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali*, vol. 97, 2020, p. 59 ss.; G. FIANDACA, “Giustizia penale e storia. Spunti di riflessione”, *Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali*, vol. 97, 2020, p. 23 ss.

giudici come dei lettori”¹⁰. Proprio la dimensione pubblica che assume il processo per crimini *inumani*, in particolare riguardo alle aspettative delle vittime, alimenta il rischio di attribuire al giudice la funzione di esprimere un giudizio sulla storia, piuttosto che quella di accertare la responsabilità del singolo autore, secondo le regole e, soprattutto le garanzie del processo penale, piegate ad esigenze di giustizia politica, non altrimenti perseguibile. Il processo assume, in tal modo, una funzione simbolica, funzionale all’attesa di giustizia proveniente dall’opinione pubblica e dalle vittime, di fronte a *crimini inumani*¹¹. Si affida, così, al giudice un compito che invece dovrebbe essere riservato allo storico, soprattutto quando si è in presenza di vicende che, per la lontananza nel tempo e per l’incidenza di interpretazioni extragiuridiche, rendono problematica la rigorosa applicazione delle regole di formazione della prova e di convincimento del giudice oltre ogni ragionevole dubbio. I principi della giustizia penale incentrata sulle garanzie per l’imputato rischiano, dunque, di cedere il passo all’esigenza di stigmatizzare il macroevento lesivo, trasformando il processo in un *pretesto* per ricostruire e giudicare decisioni politiche.

Al riguardo, significativa è la vicenda giudiziaria che ha avuto luogo in Germania, Paese che ha adottato una propria legislazione sui crimini internazionali fin dal 2002, relativamente ai fatti avvenuti nel centro Al-Khatib di Damasco, conclusasi con la condanna all’ergastolo di due imputati, accusati di crimini di guerra nei confronti della popolazione siriana¹². Nel corso del processo, infatti, sono stati acquisiti gli elementi di prova necessari a ritenere integrata la “tipicità di contesto” richiesta per l’integrazione dei crimini internazionali: documenti, fotografie, testimonianze. Al tempo stesso, si sono mosse critiche alle modalità con le quali si sono svolti i procedimenti penali, in particolare per l’utilizzo di dichiarazioni autoindizianti rese dagli imputati al di fuori del processo, in evidente contrasto con il diritto a non autoaccusarsi, prevalendo la preoccupazione di rispondere alle aspettative

¹⁰ E. FRONZA, “‘Spaete prozesse’. Giustizia penale tardiva e tutela del patto fondativo”, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, Vol. 1: Politica criminale e teoria della pena*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 1867 ss.

¹¹ “Più che in altri contesti, infatti, la giustizia penale internazionale mostra un volto di arbitraria selettività: anche l’esperienza conferma che è più facile perseguire e punire individui che hanno una funzione meramente esecutiva nella realizzazione dell’illecito, rispetto alle figure apicali che rappresentano la reale “mente” direttiva o organizzativa del crimine” (E. FRONZA, “Giudicare e punire i crimini contro l’umanità: quale misura per l’incommensurabile?”, *Legislazione Penale*, 28 maggio 2024, <http://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2024/05/Fronza-LP2-1.pdf>, p. 6).

¹² La vicenda processuale è ampiamente riportata in C. MELONI, L. PARSI, “L’impatto delle prime condanne in Germania per i crimini di guerra e contro l’umanità commessi in Siria: qualche riflessione critica sull’applicazione domestica del diritto penale internazionale”, *Sistema Penale*, 5/2023, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1685637881_sp-2023-5-meloni-parsi.pdf, p. 56 ss.

delle vittime di ottenere una sentenza “esemplare” nei confronti non tanto degli imputati, ma del regime dittatoriale del quale gli stessi erano vittime.

3. Crimini internazionali e paradigma vittimocentrico

La previsione di un sistema interno di crimini internazionali, sottoposto alle regole del giusto processo, che pone al centro l'imputato e le sue garanzie, contribuisce a porre un argine alle spinte vittimocentriche che ispirano i processi per i crimini *inumani*.

Nella dimensione pubblica del processo, la giustizia penale internazionale ha da sempre valorizzato il ruolo della vittima, assunta a titolare di una sorta di diritto alla condanna dell'imputato. La pena inflitta a seguito del processo serve soprattutto a sanzionare in maniera definitiva la responsabilità per i crimini commessi: “trattandosi di giudicare su crimini massivi di assoluta gravità è necessario ... lanciare un messaggio chiaro ed inequivocabile, ovvero che chi è autore di tali crimini non deve poter contare su alcuna clemenza, risultando la risposta penale l'unico strumento adeguato per ottenere l'obiettivo del superamento del passato, nei contesti di transizione – cioè del passaggio da regimi dittatoriali a regimi democratici – e di attuazione di un'autentica giustizia in tutti gli altri casi”¹³. Ci si è chiesti, tuttavia, se l'inflizione della pena possa da un lato essere sufficiente per sanzionare crimini incommensurabili o se sia ammissibile immaginare ed infliggere pene parimenti severe, calibrate sulla gravità dei fatti commessi, così da poter acquietare il bisogno di pena espresso dalle vittime e dall'opinione pubblica.

Accogliendo quest'ultima prospettiva, la funzione tradizionalmente attribuita alla pena secondo i principi costituzionali finisce per entrare irrimediabilmente in tensione. Complice il carattere dell'imprescrittibilità dei crimini internazionali, essa assume una valenza simbolica, rispondendo principalmente alle esigenze di sancire in maniera inequivoca la responsabilità dell'imputato di fronte alle attese dell'opinione pubblica, rivelando una natura prevalentemente retributiva. Infatti, la funzione di prevenzione speciale e generale della pena lascia il posto ad una funzione strumentale, polarizzata sullo stigma dei fatti e sulla richiesta di una condanna tanto esemplare quanto rassicurante, rispetto alla quale l'imputato rischia di diventare il capro espiatorio di crimini attribuibili ai vertici politici dello Stato¹⁴, secondo il modello del diritto penale del nemico. D'altra parte, a

¹³ G. FORNASARI, *Right to punishment e principi penalistici. Una presentazione*, in *Diritto di difesa*, n. 2/2023, p. 361.

¹⁴ Osserva al riguardo FRONZA, *Giudicare e punire*, cit. p. 8: “Non è dunque possibile anche solo immaginare una pena che si adegui alla dimensione macroscopica dei crimini internazionali. La sofferenza non può essere metro di misura né della gravità del crimine, né della responsabilità penale dell'accusato. Tale affermazione è ancor più vera alla luce del

fronte proprio della smisurata gravità dei crimini commessi, nessuna pena può sembrare proporzionata¹⁵, finendo in tal modo per giustificare un trattamento a sua volta, disumano, secondo la logica non della giustizia, ma della vendetta.

4. Le scelte di politica legislativa del progetto di Codice

Nella cornice appena tratteggiata, si inerisce il progetto di Codice dei crimini internazionali. Da un punto di vista sistematico, il testo mostra un apprezzabile sforzo di sottrarsi a funzioni meramente simboliche e ultra repressive, mantenendo un solido aggancio con la sistematica del diritto penale domestico. Come è stato osservato, il progetto di Codice si situa al crocevia tra due istanze, non necessariamente convergenti: l'adeguamento allo Statuto e agli altri strumenti di diritto internazionale e la coerenza di sistema, valorizzando un solido ancoraggio ai canoni costituzionali della materia penale¹⁶. In questo senso, appare apprezzabile lo sforzo profuso dalla Commissione di evitare la creazione di istituti "paralleli" a quelli già esistenti nell'ordinamento interno, con la creazione di un "diritto penale speciale", seguendo, piuttosto, la strada di un adeguamento delle norme e degli istituti del diritto penale internazionale a quelli già presenti nell'ordinamento interno¹⁷. Si è trattato, peraltro, di un delicato esercizio di discrezionalità da parte della Commissione, a fronte del rischio di una normativa interna che, peccando per difetto rispetto alla normativa internazionale, espone all'esercizio della giurisdizione della Corte penale internazionale, sostanzialmente vanificando l'attuazione del principio di complementarità alla base dell'impianto del progetto.

5. L'approccio di "stretta necessità" della parte generale del progetto di Codice

La scelta di uniformare la disciplina dei crimini internazionali all'impianto sistematico del Codice penale appare evidente nell'affrontare le questioni e gli istituti di parte generale, dove maggiori appaiono le peculiarità dello

fatto che tramite l'applicazione del diritto penale internazionale non si colpiscono tutti i responsabili delle atrocità".

¹⁵ *Ibidem*, p. 5.

¹⁶ Sul punto, diffusamente, S. MANACORDA, "Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale", *Quaderni costituzionali*, 2022, p. 789 ss.

¹⁷ Anche il ricorso alla denominazione di "crimini" risponde ad una logica esclusivamente simbolica: è lo stesso Codice ad affermare, infatti, che "ad ogni effetto di legge i crimini previsti dal presente Codice sono delitti": cfr. Commissione Crimini internazionali, *Relazione*, cit., pp. 4-5.

Statuto della CPI, rispetto al sistema penale interno. Alcune proposte si limitano a definire, in maniera più netta, le questioni necessarie della giurisdizione e della competenza. In questo senso vanno le proposte formulate in materia di riparto di giurisdizione tra magistratura civile e militare, con la scelta di attribuire la competenza a conoscere dei crimini internazionali al giudice ordinario, con la sola eccezione dei crimini di guerra commessi dai militari italiani. Anche riguardo al principio della giurisdizione penale universale, che consente di far luogo a procedimenti penali pur in assenza di qualsiasi elemento di collegamento con l'ordinamento italiano, la riforma rinvia all'attuale disciplina codicistica, ritenendo che i crimini internazionali debbano essere assimilati a quelli per i quali il Codice penale prevede la punibilità incondizionata, in base al disposto dell'art. 7, co. 1, n. 5, c.p., dovendosi considerare le disposizioni del progetto di Codice dei crimini internazionali tra i delitti per i quali specifiche disposizioni di legge consentono la punibilità incondizionata qualora tali delitti siano commessi all'estero, con l'eccezione del caso in cui il crimine sia commesso all'estero a danno di cittadini stranieri. In tal caso il progetto di Codice prevede che la punibilità del crimine secondo la legge italiana sia subordinata alla presenza dello straniero sul territorio italiano, anche quando il reato sia commesso in concorso con un cittadino italiano.

Ma è soprattutto in relazione agli istituti di parte generale del diritto penale interno che si apprezza la scelta prudente del progetto di Codice, che rifugge dalla tentazione di recepire acriticamente i modelli di imputazione della responsabilità presenti nello Statuto con il rischio di creare un "diritto penale speciale" riservato ai crimini internazionali. In questo senso, la Commissione si è espressa in maniera univoca, dichiarando di essersi ispirata al criterio di introdurre il minor numero possibile di norme derogatorie, ritenendo che la maggior parte della disciplina di natura generale potesse essere fornita dalle disposizioni del Codice penale¹⁸.

Esemplare, al riguardo, la scelta della Commissione di rinunciare a qualsiasi intervento manipolatorio del regime del tentativo e del concorso di persone nel reato. Riguardo all'istituto concorsuale, infatti, lo Statuto della CPI, all'art. 25, adotta un modello cd. differenziato di concorso, distinguendo tra i concorrenti nel reato, chi commette, in prima persona, il reato (autoria immediata), chi si avvale di un'altra persona (autoria mediata) e chi lo realizza insieme ad un'altra persona (coautoria) da un lato; dall'altro individuando la figura di chi partecipa, da identificarsi con chi ordina, sollecita o incoraggia la commissione del crimine da parte di altri (art. 25, par. 3, lettere b e c). Infine, la lett. d. dell'art. 25, par. 3, dello Statuto della CPI prevede una specifica ipotesi di partecipazione di chi contribuisce "in ogni altra maniera alla perpetrazione o al tentativo di perpetrazione del crimine da parte di un gruppo di persone". A sostegno del modello differenziato, adottato dallo

¹⁸ Così Commissione Crimini internazionali, *Relazione*, cit., p. 5.

Statuto, si è evidenziato come esso sia maggiormente adeguato a cogliere “tutti i modi, e le loro rispettive sfumature, in cui un individuo può contribuire a commettere un reato nell’ambito del diritto penale internazionale”¹⁹. Diversamente, il modello unitario, adottato all’art. 110 dal Codice penale, non distingue il contributo causale dei singoli concorrenti ai fini dell’articolazione delle rispettive responsabilità nella commissione del reato, riservando alla commisurazione della pena per ciascun concorrente la valutazione del ruolo di ciascuno. Forse dotato di una minore capacità simbolica nel qualificare espressamente le singole figure degli autori, il modello unitario garantisce comunque un sufficiente ancoraggio alla tipizzazione delle condotte dei concorrenti, richiedendo il necessario accertamento del contributo causale giuridicamente rilevante di ciascuno di essi, al di là del loro inquadramento in figure tipizzate, proprie del modello differenziato. L’efficacia del modello unitario di concorso di persone anche nel diritto penale internazionale ha trovato, in anni recenti, una esplicita conferma nelle sentenze del Tribunale e della Corte di Appello di Roma, relative al *Plan Condor*²⁰. Con la sentenza di primo grado erano stati condannati all’ergastolo per omicidio aggravato otto tra i più alti esponenti politici dell’America Latina nel periodo considerato nella vicenda processuale, ma era stato assolto il livello inferiore, i cd. “quadri intermedi”. Nel riformare la sentenza di primo grado, i giudici di Appello evidenziavano, nella ricostruzione dell’ipotesi concorsuale, come “*l’attività costitutiva del concorso non consiste, invero, nella sola partecipazione all’esecuzione del reato ma può essere rappresentata da qualsiasi contributo, materiale o psicologico, consapevolmente apportato a tutte o ad alcune delle fasi di ideazione, organizzazione o esecuzione dell’azione criminosa, purché sussistano, sotto l’aspetto oggettivo, la connessione causale degli atti dei singoli compartecipi e, sotto l’aspetto soggettivo, la consapevolezza dei singoli autori del collegamento finalistico tra i vari atti*”²¹. Da qui la condivisibile conclusione cui giunge la dottrina, secondo cui il paradigma concorsuale ex art. 110 c.p. copre in maniera adeguata la compartecipazione alla consumazione sistematica di reati di particolare gravità e permette altresì di attribuire le condotte illecite nel rispetto del principio di colpevolezza, anche a soggetti che non hanno materialmente determinato l’evento lesivo ultimo e che hanno svolto ruoli esclusivamente di direzione dell’organizzazione criminale. Si raggiunge, in tal modo, lo stesso risultato, cui si sarebbe giunti ricorrendo al modello

¹⁹ M. COSTI, “Autoria e forme di partecipazione criminosa”, in AA.VV., *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*, Giappichelli, Padova, 2020, p.86.

²⁰ Sull’argomento, diffusamente, E. FRONZA, “Il processo italiano al Plan Condor”, in AA.VV., *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Aracne, Roma, 2021, p. 477 ss. Cfr. anche F. VIGGIANI, “Plan Condor” e il concorso di persone nel reato, 7 dicembre 2021, www.Legislazionepenale.it, p. 1 ss.

²¹ Corte d’Assise d’Appello di Roma, sent. 8 luglio 2019. Cfr. Al riguardo, la successiva pronuncia della Corte di Cassazione del 9 luglio 2021 n. 43693, che conferma la corretta applicazione dell’istituto concorsuale da parte del giudice di secondo grado.

concorsuale differenziato, prospettato dallo Statuto della CPI²². D'altra parte, la tassativizzazione dei ruoli prevista da quest'ultimo non aiuta di per sé a risolvere il necessario accertamento della rilevanza causale di ciascuna condotta nella commissione del reato.

6. Una disciplina ragionevole della *command responsibility*

Sul versante opposto rispetto a quello della (condivisibile) prova di *resistenza* dell'ordinamento interno ai principi e alle disposizioni dello Statuto della CPI, si pone lo sforzo di recepimento della disciplina della responsabilità del comandante militare e del superiore civile, prevista all'art. 28 dello Statuto, ma assente nel nostro ordinamento penale.

Al riguardo, la Commissione ha inteso scomporre le diverse ipotesi previste dall'art. 28 dello Statuto utilizzando, nell'articolazione delle tre fattispecie ricavate dalla norma internazionale, il modello del reato omissivo – proprio e improprio – presente nell'ordinamento interno. Viene innanzitutto in esame la responsabilità penale del soggetto posto in posizione gerarchicamente sovraordinata, che risponde al modello del reato omissivo proprio, che prevede una sanzione nettamente inferiore rispetto a quella del soggetto subordinato, autore del crimine internazionale, per l'omessa punizione dolosa e omessa denuncia dolosa del crimine del subordinato (art. 63). Per quanto, invece, riguarda l'omesso impedimento del crimine commesso dal subordinato (articoli 8 e 9), le disposizioni si applicano oltre che al superiore militare, anche al superiore civile. L'estensione della responsabilità a quest'ultima categoria trova ragione nelle ipotesi di controllo effettivo sull'operato dei subordinati che può riscontrarsi anche da parte di chi rivesta ruoli politico-amministrativi statali, nazionali o locali, quali membri del governo, prefetti sindaci, capi di polizia. Tuttavia, manca nel progetto di Codice una definizione tassativa di superiore civile. Infatti, secondo un approccio di tipo sostanziale, non scevro dai rischi di indeterminatezza della qualifica soggettiva, l'art. 10, co. 2, richiede in concreto di verificare la sussistenza di veri e propri poteri di controllo inerenti allo specifico contesto nel quale il crimine è stato commesso. Il progetto, nella costruzione delle due fattispecie, prospetta un modello misto: se la struttura del modello di imputazione richiama, evidentemente, il reato omissivo improprio di cui all'art. 40, co. 2, c.p. la responsabilità del superiore è integrata nell'ipotesi di mancato impedimento del reato e non solamente dell'evento, come invece previsto dalla norma generale italiana, dovendosi, al riguardo richiamare il modello di responsabilità proprio del concorso di persone²³.

²² FRONZA, "Il processo italiano al Plan Condor", cit., p. 487.

²³ MANACORDA, "Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale", cit. pp. 796-797.

7. La parte speciale del Codice e la tipizzazione degli elementi di contesto

Per quanto riguarda la parte speciale, si segnala, innanzitutto, la scelta di formalizzazione i contesti, necessari alla definizione delle diverse categorie dei crimini internazionali. Nell'atto approvato nel 2000, come noto, gli *Elements of Crimes*, richiamati dall'art. 9 dello Statuto della CPI, sono uno strumento che ha la funzione di "assistere il giudice nell'interpretazione e nell'applicazione dei crimini previsti dagli articoli 6, 7, 8, 9, fornendo una serie di indicazioni che specificano il contenuto e gli elementi dei singoli Crimini elencati nello Statuto. Si tratta di un testo normativo dalle caratteristiche peculiari. La sua collazione sistematica è espressamente posta in posizione subordinata rispetto allo Statuto; gli enunciati in esso contenuti non sono vincolanti per il giudice, rispetto al quale forniscono un supporto interpretativo e definitorio²⁴. Hanno, dunque, una funzione prevalentemente di supporto del giudice nella verifica probatoria della sussistenza degli elementi costitutivi delle fattispecie vere e proprie elencate nello Statuto.

Nell'ordinamento italiano una simile modalità di integrazione della fattispecie penale è apparsa, fino a tempi recenti, del tutto estranea alla tecnica formulazione della fattispecie. Di recente, tuttavia, un'autorevole dottrina ha ritenuto di rinvenire una originale elaborazione della tipicità di contesto in relazione alla fattispecie di intermediazione illecita (art. 603 *bis* c.p.), che contiene l'espressa previsione di indicatori idonei a consentire al giudice di valutare la presenza delle condizioni di sfruttamento richieste per l'integrazione della fattispecie²⁵. La funzione di detti indicatori, previsti all'interno della norma penale, contribuisce a rafforzare la tipicità della fattispecie penale, delimitando la creatività del giudice, ancorando l'accertamento dei fatti a dati di natura empirica o scientifica, che contribuiscono a riempire di contenuto gli elementi descrittivi della condotta²⁶.

L'elaborazione del testo normativo dei crimini internazionali sembra collocarsi in questa prospettiva. Gli elementi di contesto, infatti, si presentano come elementi costitutivi della fattispecie, rispetto alla quale assumono la funzione di presupposto della condotta, senza aggiungere ulteriori elementi normativi, formalizzati in appositi elenchi, come invece è avvenuto per gli *Elements of Crimes*. In tal modo, da un lato il giudice dispone di definizioni esplicative-operative per l'interpretazione e l'accertamento dei presupposti

²⁴ Così E. FRONZA, *Le fonti*, in AA.VV. *Introduzione al Diritto penale internazionale*, cit., pp. 63-66.

²⁵ Ci si riferisce a A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019, spec. p. 127 ss.

²⁶ *Ibidem*, p. 143 ss.

del reato/crimine internazionale²⁷; dall'altro, in quanto elemento presupposto del crimine internazionale, il contesto dovrà necessariamente essere oggetto di rappresentazione da parte del presunto autore, così da evitare forme implicite di responsabilità oggettiva nei confronti dell'autore.

Le singole fattispecie si collocano nella prospettiva di un dialogo costante con le analoghe fattispecie dello Statuto della CPI, procedendo a tassativizzare le diverse ipotesi di crimini internazionali, a volte in maniera forse eccessivamente analitica, comunque funzionale ad una articolazione della responsabilità penale proiettata sulle cornici edittali. È il caso dei crimini contro l'umanità, per i quali si è optato per la previsione di diverse disposizioni incriminatrici per i singoli crimini, "in ragione della loro differente caratterizzazione quanto ad origine, fenomenologia criminologica, struttura tipica e livello di offensività"²⁸, unificate dall'elemento comune di contesto (art. 20). Discorso analogo vale per il crimine di genocidio, rispetto al quale il legislatore, da un punto di vista sistematico, ha optato per la frammentazione della fattispecie in una serie di sotto-fattispecie, analiticamente descritte nella norma, ognuna dotata di una autonoma cornice edittale. È proprio riguardo a quest'ultima fattispecie che si apprezza la diversa opzione della Commissione interna riguardo agli elementi di contesto. Diversamente dalle altre categorie dei crimini interazionali, infatti, l'art. 6 dello Statuto della CPI non prevede un elemento di contesto sul piano oggettivo, essendo la fattispecie polarizzata, rispetto alle condotte qualificabili come genocidio, sul dolo specifico costituito dalla "intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo razziale, etnico, nazionale o religioso in quanto tale". È evidente che, così come costruita, la fattispecie presenta una assai problematica compatibilità con il principio di offensività: "fondare la differenza tra crimine internazionale di genocidio e delitti di diritto comune (omicidio, lesioni, violenza sessuale ecc.) sul solo "fine di distruggere un gruppo" – è stato osservato – significherebbe sostenere su di un lato meramente psicologico, di disvalore interiore" un salto qualitativo enorme"²⁹. D'altra parte, nel tentativo di ancorare la fattispecie ad un substrato oggettivo, funzionare a selezionare le condotte effettivamente offensive del bene giuridico protetto, la stessa dottrina internazionalistica aveva rilevato come proprio gli *Elements of Crimes*, in relazione alle figure previste dall'art. 6 dello Statuto, richiedono che l'atto sia commesso insieme ad altre condotte che possano effettivamente causare la distruzione del gruppo, prospettandosi in tal modo la necessità di provare l'esistenza di un vero e proprio piano genocidiario, non espressamente previsto dall'art. 6 dello

²⁷ In questo senso, Commissione Crimini internazionali, *Relazione*, 20 giugno 2022, https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_PALAZZO_POCAR_r elazione_finale_31mag22.pdf, p. 23, par. 5.2.

²⁸ *Ibidem*, p. 23, par. 5.2.

²⁹ VALLINI, "Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali", cit., p. 108.

Statuto. Tuttavia, una simile interpretazione della fattispecie di genocidio suscita non poche perplessità. Come si è osservato, infatti, gli *Elements of Crimes* hanno la funzione di assistere i giudici nell'interpretazione e applicazione delle norme, ma non possono introdurre, nella definizione della fattispecie, un elemento ulteriore non previsto dalla fattispecie statutaria³⁰. A fronte della doppia criticità manifestata dalla norma internazionale, la Commissione ha scelto, nella formulazione della proposta di crimine, di "oggettivare" la proiezione esclusivamente soggettiva della fattispecie statutaria, prevedendo l'inerenza dell'atto individuale ad una molteplicità di altri comportamenti oggettivi, altrettanto orientati, con la conseguente maggior delimitazione dell'elemento di contesto all'interno della fattispecie penale³¹.

8. Oltre lo Statuto della CPI. La responsabilità degli enti

Al fuori del solco tracciato dallo Statuto della CPI nella prospettiva del principio di complementarità, si pone la previsione nel progetto di Codice della responsabilità degli enti, assente dalla fonte internazionale, che prevede, all'art. 25, esclusivamente forme di responsabilità penale individuale. Come è stato osservato, la circostanza che lo Statuto non preveda una disposizione al riguardo non costituisce un impedimento all'adozione da parte del legislatore italiano, di una forma *ad hoc* di responsabilità degli enti, consentendosi l'adozione di standard di maggior rigore da parte del legislatore interno, ove queste siano imposte da vincoli costituzionali o esigenze di coerenza sistematica. La scelta operata dalla Commissione è stata quella di ricondurre la responsabilità degli enti per i crimini internazionali nell'alveo del D.Lgs. 231/2001, evitando di ipotizzare un diverso modello di responsabilità, che, probabilmente, sarebbe stato più coerente con la tipicità di contesto che caratterizza l'intero sottosistema codicistico. Al tempo stesso, proprio per le caratteristiche che i crimini internazionali manifestano, il tema della responsabilità della persona giuridica non avrebbe potuto evitare di fare i conti, una volta per tutti, con la prospettiva di una forma di responsabilità dell'ente pubblico, a partire dallo Stato. Al contrario, il ruolo del potere politico è rivolto ad una funzione esimente, escludendosi la responsabilità dell'ente "quando la condotta sia stata realizzata nel rispetto di provvedimenti dell'autorità (co. 5). Si è così posta al riparo da qualsiasi rilevanza penale la condotta dell'industria delle armi, altrimenti chiamata a titolo di concorso a rispondere dei più gravi reati previsti dal progetto di Codice, tutte le volte in cui la fornitura di armamenti poi utilizzati per commettere i diversi crimini

³⁰ Così E. FRONZA, *Il crimine di genocidio*, in AA.VV. *Introduzione al diritto penale*, cit., pp. 345-346.

³¹ VALLINI, "Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali", cit., 108.

sia coperta dal relativo atto amministrativo. La Commissione, al riguardo, ha preferito guardare altrove, restando così all'interno del modello criminologico riconducibile alla criminalità del profitto, con l'introduzione, peraltro, di un criterio di ascrizione soggettiva della responsabilità dell'ente più circoscritto rispetto a quello previsto dalla disciplina generale del D.Lgs. 231/2001, dovendo il crimine internazionale essere determinato da gravi carenze organizzative dell'ente. L'espressione si presta ad una duplice interpretazione. Secondo una prima lettura, essa prefigurerebbe una delimitazione della responsabilità che, se effettivamente adottata, rischierebbe di circoscrivere l'applicazione della disposizione all'impresa illecita, escludendo, di fatto, il sistema dell'economia legale che pure, in termini di apporto di beni e servizi necessari alla commissione di macrocrimini, svolge un ruolo non secondario. La scelta rivelerebbe, così, profili di irragionevolezza, rispetto alla responsabilità dell'impresa per fattispecie meno gravi, rientranti nell'ambito applicativo della D.Lgs. 231/2001. Si pensi all'ipotesi disciplinata dall'art. 24, co. 2, con la quale si punisce la tratta e la riduzione in schiavitù o servitù, che nonostante appaia ben più grave della fattispecie di intermediazione illecita di cui all'art. 603 *bis* c.p. o del delitto di tratta previsto dall'art. 601 c.p., troverebbe un'area applicativa ben più circoscritta, in virtù dell'ulteriore elemento costituito dal *deficit* organizzativo da considerarsi grave. Diversamente, la Relazione sembra virare verso una interpretazione unificante i criteri imputativi della responsabilità dell'ente riferiti nell'art. 5, rispettivamente ai soggetti apicali e a quelli subordinati, che comprenderebbe sia l'ipotesi in cui il reato sia espressione della politica aziendale, sia il caso in cui il reato sia conseguenza della colpa di organizzazione che abbia consentito la commissione del crimine da parte del subordinato.

9. Il sistema sanzionatorio. Un'occasione mancata per indicare nuove strade?

La Commissione ha, infine, dedicato, ampio spazio alle valutazioni sottostanti la determinazione dell'impianto sanzionatorio. Il tema del come punire nell'ambito dei crimini internazionali presenta un limite apparentemente insuperabile. Come è stato osservato, infatti, "La pena applicabile ai crimini internazionali "disturba" perché c'è una dimensione eccezionale sia nella gravità dei crimini sia nel messaggio di civiltà trasmesso dalla giustizia penale internazionale, che non può andare di pari passo con l'eccezionalità della pena, né della sua esecuzione. Un crimine eccezionale non può essere soggetto ad una pena eccezionale³²", pena la palese violazione del canone di proporzionalità, statuito dall'art. 27 Cost. Vincolo che appare messo a dura prova dalla stessa struttura dei crimini internazionali, in cui gli

³² FRONZA, *Giudicare e punire*, cit., p. 4.

elementi di contesto concorrono a determinare il disvalore oggettivo del fatto e la gravità dell'offesa al bene giuridico, spingendo la risposta sanzionatoria verso il limite estremo. D'altra parte, un diritto penale rispettoso del principio della responsabilità individuale, non può distaccarsi dal vincolo di proporzionalità che pone in relazione i crimini internazionali con le corrispondenti fattispecie del Codice penale. In questo caso, il rischio opposto è quello di un sistema di crimini sproporzionato per eccesso, come nel caso dei reati contro il patrimonio che presentano nel diritto penale interno cornici edittali quasi bagatellari, mentre sono sottoposti a sanzioni particolarmente aspre se inserite nel contesto dei crimini internazionali³³

E dunque il progetto è il banco di prova della peculiare declinazione della ragionevolezza della pena tra tre diversi parametri: il crimine internazionale e il corrispondente reato comune; una ragionevolezza intrinseca tra i diversi crimini internazionali e la proporzione/ragionevolezza della singola fattispecie di fronte al disvalore del fatto³⁴. Coerente con la scelta di fondo, di fedeltà ai canoni costituzionali come parametro vincolante nell'elaborazione del Progetto, la Commissione ha privilegiato il confronto con le indicazioni codicistiche, per costruire una scala sanzionatoria evidentemente più grave ma comunque ritenuta comparabile – e dunque all'interno del limite della proporzionalità – con quella prevista per i reati corrispondenti. Ne è risultata una scelta di compromesso, come rileva la presenza di “forbici” edittali di particolare ampiezza con la conseguente, discutibile discrezionalità del giudice del caso concreto a determinare l'effettivo disvalore del crimine commesso³⁵. Se da un lato si tratta di una scelta quasi obbligata, per la necessità di valutare le caratteristiche concrete degli elementi di contesto che determinano il rigore sanzionatorio, non può negarsi che la soluzione prospettata non costituisca un *vulnus* al principio di determinatezza della sanzione penale. L'elemento di contesto gioca un ruolo fondamentale anche nella determinazione della pena tra i crimini internazionali. Si pensi, al riguardo, alle lesioni gravi inserite tra i crimini di genocidio per le quali è prevista una pena della reclusione da dodici a ventiquattro anni, mentre la stessa condotta, inserita tra i crimini contro

³³ MANACORDA, “Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale”, cit., p. 788.

³⁴ FRONZA, *Giudicare e punire*, cit., p. 10. Sul tema della declinazione del principio di proporzionalità della pena si rinvia a F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, 160 ss.; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di icriminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020.

³⁵ Secondo Fronza, “la sovra-estensione delle singole fattispecie incriminatrici pare rappresentare una costante – forse un male necessario – nelle operazioni di tecnica legislativa orientate al recepimento dei crimini internazionali nell'ordinamento interno: la necessità di una loro tipizzazione ad ampio spettro... è debitrice di un imperativo di completezza e di adeguamento agli obblighi positivi di tutela penale necessario al fine di evitare l'attivazione della giurisdizione complementare” (in *Giudicare e punire*, cit., p. 12).

l'umanità, è punita con la reclusione da otto a sedici anni. C'è da domandarsi se la valorizzazione dell'elemento di contesto come criterio di modulazione della risposta sanzionatoria, possa incidere in maniera così significativa sul disvalore della singola condotta. Infine, rispetto alla proporzione "interna", tra gravità del fatto e risposta sanzionatoria, occorre registrare lo sforzo, manifestatosi soprattutto nella codificazione del crimine di genocidio, di tipizzare una serie articolata di condotte, cui corrisponde una scala sanzionatoria proporzionata alla rispettiva gravità.

Fin qui, dunque, quello che il Progetto ha previsto e che, per decisione politica, probabilmente non vedrà la luce, almeno nel prossimo futuro. C'è da chiedersi, tuttavia, se nel redigere un sottosistema organico dei Crimini internazionali, non si poteva gettare lo sguardo oltre alla risposta strettamente punitiva, che, al di là degli sforzi di umanizzazione, non può che rivestire, in questo contesto una innegabile connotazione retributiva, a fronte della dimensione dei crimini commessi. Secondo alcuni, è forse possibile, in una prospettiva di riforme future, percorrere una strada diversa, che affianchi, alla funzione retributiva della pena, un percorso di memoria e riparazione. La natura stessa dei crimini internazionali esige, infatti, di guardare oltre la violenza – e quindi la retribuzione – del singolo fatto, che costituisce oggetto di accertamento della responsabilità penale individuale. È condivisibile, allora, ipotizzare percorsi riparativi, che consentano di uscire dalla logica esclusivamente punitiva e che possano incidere su una elaborazione di una memoria condivisa, in grado di affrontare il tema delle cause scatenanti fenomeni criminali di macrodimensioni³⁶. Si tratta di ipotizzare un percorso che proceda su due binari. Da un lato, il processo penale, riserva per sé la funzione di dichiarare la responsabilità del singolo, contribuendo, così a fissare la memoria dei fatti. Dall'altro, l'autore ha la possibilità di realizzare percorsi di giustizia riparativa, finalizzati alla pacificazione interna tra autori e vittime dei crimini: una prospettiva problematica, che richiede una revisione delle regole dello Statuto, che possa così consentire all'ordinamento interno di esercitare il *potere di non punire*³⁷.

³⁶ Sul punto, ancora, FRONZA, *Giudicare e punire*, cit., p. 13 ss.; Cfr. anche L. CORNACCHIA, "Funzione della pena nel diritto penale internazionale", in *Digesto delle discipline penalistiche, Aggiornamento*, vol. X, 2018, p. 232 ss.

³⁷ Una proposta in questo senso si trova in CORNACCHIA, "Funzione della pena nel diritto penale internazionale", cit, p. 252 ss. L'espressione richiama P. CAROLI, *Il potere di non punire. Uno studio sull'ammnistia Togliatti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020.