



6/2018

CONSIDERAZIONI SUL CONCORSO DI REATI NEL SISTEMA DEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

di Nicola Maria Maiello

***Abstract.** Il lavoro esamina il tema del concorso di reati nel contesto del diritto penale internazionale. Muovendo dalla presa d'atto di un carente livello di approfondimento teorico del fenomeno, connesso alla giovane età della codificazione della materia, viene tentato un inquadramento dogmatico teorico dell'istituto utilizzando i materiali teorici elaborati da dottrina e giurisprudenza nazionali. Su questa premessa, si prospetta la necessità di assumere una dimensione forte della (categoria della) tipicità, così da disporre di un criterio ermeneutico che consenta di aprire lo sguardo sulle funzioni positivo-integratrici del diritto penale. L'assenza di un formante unitario e coerente dei vari crimina iuris gentium, infatti, ha favorito il verificarsi di situazioni di overlapping. A questo riguardo, si auspica il ricorso ad un ventaglio di criteri, tra cui quelli valoriale aventi particolare rilievo negli approcci di tipo struttural-funzionalistico.*

SOMMARIO: 1. Il concorso di reati: una finestra sul diritto penale internazionale. – 2. Inquadramento generale del problema del concorso di reati e funzioni del sistema penale. – 3. L'esigenza di una concezione 'forte' della tipicità. – 3.1 Unità e pluralità della condotta nei crimini internazionali. – 4. I principi elaborati in dottrina in tema di concorso di reati. – 4.1 Segue: Il criterio di specialità cd. bilaterale o reciproca. – 4.2 Segue: Il criterio della specialità bilaterale nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda. – 4.3 Il criterio cd. integrativo della consumazione. – 4.4. Segue: quello della sussidiarietà. – 5. L'auspicabile introduzione di una disposizione di parte generale e la riorganizzazione della parte speciale.

1. Il concorso di reati: una finestra sul diritto penale internazionale.

Il diritto penale internazionale gode oggi di piena autonomia e indipendenza all'interno dell'ordinamento internazionale.

Esso integra un sistema posto a tutela di interessi e beni giuridici propri, di natura superindividuale. Si caratterizza come diritto penale della comunità internazionale, che persegue obiettivi di prevenzione generale e speciale attraverso un *modo di disciplina* ancorato al principio di legalità.

Un'indagine sul concorso di reati nel diritto penale internazionale va, allora, impostata tenendo conto della svolta che è avvenuta in questo contesto, con il passaggio da un sistema di tutela dei beni giuridici (della comunità internazionale) di stampo pattizio e complementare – tipico dell'ordinamento internazionale – ad un sistema ispirato alle garanzie penalistiche classiche, pur se temperate dalla specificità dell'ambito di disciplina.

Con lo Statuto di Roma, la materia è stata traghettata nel campo del *nullum crimen*. Questo principio, però, è caratterizzato da una portata mite, non solo per una formulazione di parte generale che dà spazio a fonti non formali, ma anche – e soprattutto – perché le fattispecie di parte speciale sono costruite su una struttura di tipicità 'a maglie larghe', eredità dell'origine consuetudinaria e giurisprudenziale dei vari *crimina iuris gentium*.

Questa configurazione elastica dei tipi criminosi dà luogo a frequenti situazioni di *overlapping*¹ e giustifica, pertanto, l'interesse ad indagare le vicende del concorso di reati nel diritto penale internazionale.

Come rileva con unanimità di accenti la dottrina², l'evoluzione storica sia dell'ordinamento internazionale, sia del suo sistema penalistico ha contribuito alla creazione di fattispecie criminose caratterizzate da debolezza definitoria³ e, anche per questo, suscettibili di integrare una molteplicità di tipi (es. l'omicidio può essere qualificato come genocidio, come crimine contro l'umanità o come crimine di guerra; analogo discorso vale per la distruzione di beni culturali⁴).

Il dato rappresenta anche l'esito della configurazione storica dei singoli crimini internazionali. Essi hanno fatto il loro ingresso e sono stati plasmati in contesti particolari legati a contingenze. Soprattutto nelle esperienze seguite alle giurisdizioni di Norimberga e di Tokyo, l'universo dei crimini internazionali non è emerso come frutto di scelte sistematicamente unitarie e coerenti, dal momento che all'epoca non era ancora maturata l'esigenza di dare vita ad un autonomo sistema di diritto penale internazionale, dotato di una stabile parte generale e di una ben costruita parte speciale⁵.

In tale contesto, il concorso di reati rappresenta, allora, un tema importante di confronto tra le spinte repressive spesso provenienti dalla giurisprudenza, costretta ad

¹ In questa sede saranno affrontati gli aspetti sostanziali dell'istituto del concorso di reati. Per una disamina approfondita dei profili processuali si rinvia a G. BITTI, *Two bones of contention between civil and common law: the record of the proceedings and the treatment of a concursus delictorum*, in *International and national prosecution of crimes under international law- current developments*, H. FISCHER- C. KREß- S.R. LÜDER (a cura di), Berlino, 2001, pp. 723 ss.

² F.M. PALOMBINO, *The overlapping between war crimes and crimes against humanity in international criminal law*, in *The Italian yearbook of international law*, Leida, vol. XII, 2002, p. 123; C.F. STUCKENBERG, *A cure for concursus delictorum in international criminal law*, in *Criminal Law Forum*, Volume 16, Fascicolo 3-4, 2005, pp. 361 ss.

³ C. BYRON, *War crimes and crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Manchester- New York, 2009, p. 253; I. HÜNERBEIN, *Straftatkonkurrenzen im Völkerstrafrecht- Schuldpruch und Strafe*, Berlino, 2005, p. 17.

⁴ M. MANCINI, *La distruzione di beni culturali come crimine internazionale*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani 2018*, Roma, pp. 744-745.

⁵ W.A. SHABAS, *The UN International Criminal Tribunals: The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, New York, I edizione, 2006, p. 434.

assumere decisioni in ambiti influenzati da forti interessi e contrapposizioni politico/ideologiche, e le risposte di impronta garantistica della dottrina, più attenta a fornire criteri ermeneutici *sine ira ac studio*⁶.

Un altro aspetto da sottolineare riguarda la non sovrapponibilità degli ordinamenti nazionali con quello internazionale, rispetto al fenomeno qui esaminato.

Nei primi, è il legislatore a fissare regole interpretative di soluzione del concorso (nell'esperienza italiana, ad esempio, ciò avviene con l'articolo 15 c.p. che disciplina il criterio della prevalenza della legge speciale su quella generale), anche se di frequente esse vengono integrate da criteri ulteriori elaborati da dottrina e giurisprudenza, sempre che lo consenta il carattere non esclusivo e vincolante della disciplina normativa del fenomeno.

Al contrario, nel diritto penale internazionale questo genere di soluzione è assente: l'art. 78.3 dello Statuto di Roma si limita a dettare un criterio di determinazione del *quantum* di pena nelle ipotesi di concorso.

Ciò ha permesso alla giurisprudenza di disporre di un ampio margine di manovra.

È stato soprattutto il tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia⁷ (di seguito, per brevità, TPIJ) a svolgere una funzione propulsiva, sia tentando di mettere ordine nell'intricata vicenda delle fattispecie concorrenti sull'*idem factum* (attraverso la selezione degli elementi costitutivi dei singoli crimini), sia elaborando principi oggi consolidati. Nonostante la giurisprudenza abbia potuto contare su un ampio ventaglio di criteri elaborati dalla dottrina, l'impostazione seguita in prevalenza è quella che fa capo alla *specialità bilaterale per aggiunta*⁸, caratterizzata dalla circostanza che ciascuna delle fattispecie in concorso presenta elementi aggiuntivi di specialità.

Si tratta di uno schema che apre le porte ad una tutela coercitiva multipla, legittimando esiti processuali di massimo favore per le istanze punitive.

Un simile criterio, dunque, che la giurisprudenza internazionale adotta nella quasi totalità dei casi perché lo ritiene il solo idoneo a rispettare le peculiarità dell'ordinamento internazional-penalistico, favorisce la sovrapposizione di distinti titoli di reato.

⁶ Ci riferiamo ai criteri, di matrice dottrinale, della consunzione e della sussidiarietà, su cui, per tutti, cfr. T. PADOVANI, *Diritto Penale*, X ed., Milano, 2012, pp. 441 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, VII ed., 2014, Bologna, pp. 667 ss. Nella dottrina internazionalistica, F.M. Palombino, *op. cit.*, pp. 130-131.

⁷ La giurisprudenza ha dovuto confrontarsi per la prima volta con un caso di *multiple convictions* nella decisione *Tadić*, con la quale è stato giudicato un imputato cui erano stati contestati crimini contro l'umanità e crimini di guerra. G. WERLE- F. JESBERGER, *Völkerstrafrecht*, IV ed., Tubinga, 2016, p. 357; C.F. STUCKENBERG, *Multiplicity of offences: concursus delictorum*, in *International and national prosecution of crimes*, Berlino, 2001, pp. 559 ss.

⁸ F.M. PALOMBINO, *Should genocide subsume crimes against humanity? Some remarks in the light of the Krstić appeal*, in *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, vol. 3, fasc. 3, 1 Luglio 2005, pp. 778 ss.; I. ERDEI, *Cumulative convictions in international criminal law: reconsideration of a seemingly settled issue*, 34 *Suffolk Transnat'l L. Rev.*, in *Law Journal Library*, 2011, pp. 324 ss; G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, Bologna, 2009, pp. 249 ss.

Ciò non avviene soltanto a causa della peculiare conformazione ontologica dei crimini internazionali, comprensivi di caratteri costitutivi di tipi legali analoghi (si pensi alle condotte di omicidio, tortura e/o violenza sessuale attraverso cui si consuma buona parte di quelle fattispecie).

La preferenza verso quel criterio risiede anche nella natura di *motive crimes* dei crimini internazionali, che tutelano differenti beni giuridici e contemplano gradi diversi di dolo ed elementi di contesto destinati a segnare differenze sensibili tra un crimine e l'altro. Valgano, ad esempio, i riferimenti agli articoli 7 e 8 dello Statuto di Roma.

Il primo specifica che le condotte integranti i crimini contro l'umanità⁹ devono essere commessi "nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili"; il secondo individua, secondo un'unanime interpretazione, l'elemento specializzante di contesto nell'esistenza di un conflitto armato¹⁰ dalle dimensioni internazionali o nazionali.

Strettamente connesso a questo elemento di *ambientazione tipica* sta la protezione di un catalogo eterogeneo di beni giuridici¹¹, che, seguendo un percorso argomentativo offerto sempre dalla giurisprudenza del TPIJ, contribuirebbe a distinguere le varie fattispecie di crimini internazionali – un esempio si rinviene nel caso *Krnojelac* ¹², ove la Camera di prima istanza ha sottolineato come gli artt. 3 e 5 dello Statuto istitutivo del tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, che disciplinavano rispettivamente i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità, presidiassero interessi e valori differenti, oltre a trovarsi in un rapporto di specialità reciproca.

2. Inquadramento generale del problema del concorso di reati e funzioni del sistema penale.

Nell'ambito di un'analisi sul concorso di reati, fosse pure in un contesto peculiare come quello del diritto penale internazionale, riveste funzione centrale la categoria della tipicità, nonostante la minore solidità che la caratterizza in tale ambito. E tuttavia, nonostante la consapevolezza di operare in un sistema penale "differente", appare utile analizzare le problematiche del concorso di reati affrontate dalla dottrina penalistica, di lingua italiana e tedesca, in particolare quelle che si legano ad un approccio logico-formale¹³ e a quello di matrice struttural-funzionalistica.

Su queste basi, all'esclusivo rilievo dato alla diversità dei beni giuridici protetti dalle norme convergenti, andrebbe preferito il ricorso ad un approccio di tipo

⁹ E. AMATI- E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità* , in *Introduzione al diritto penale internazionale* , III ed., Bologna, 2016, p. 359.

¹⁰ P. LOBBA, *I crimini di guerra* , in *Introduzione al diritto penale internazionale* , III ed., Bologna, 2016, p. 390.

¹¹ N. VALABHJI, *Cumulative convictions based on the same acts* , cit., p. 188; I. ERDEL, *op. cit.* , p. 325, secondo cui nel caso *Akayesu* il tribunale penale internazionale per il Ruanda ha incluso tra i criteri identificativi del concorso di reati anche quello che fa riferimento alla diversità degli interessi tutelati dalle varie previsioni criminose.

¹² Camera di prima istanza TPIJ, 24 febbraio 1999.

¹³ G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.* , p. 669.

strutturale, fondato su una rigorosa analisi della tipicità, eventualmente correggendolo, in caso di eccessi sanzionatori, per il tramite di criteri funzionali che privilegiano una diretta valutazione dell'offesa al bene giuridico.

Infatti, il dubbio se la plurima qualificazione giuridica di uno stesso fatto storico dia luogo ad un concorso apparente di norme o ad un concorso formale di reati riguarda la portata della norma penale, in quanto la sua soluzione dipende da una corretta interpretazione dei rapporti tra le disposizioni delle quali vanno delimitate le reciproche sfere di applicazione¹⁴.

A questo scopo, vanno privilegiate esigenze di equità e ragionevolezza che, attraverso indagini di valore, conducano alla riduzione quantitativa delle norme in ipotetico reciproco concorso¹⁵. Sia nel diritto interno che in quello penale internazionale, infatti, l'applicazione del solo criterio della *specialità bilaterale*, che determina inevitabilmente un effetto di forte inasprimento del trattamento sanzionatorio, non permetterebbe di realizzare gli aspetti della prevenzione generale e speciale che incidono in un'ottica di orientamento culturale, motivabilità secondo norme e recupero sociale.

In adesione ad un autorevole orientamento della dottrina nazionale¹⁶, il punto di partenza di un'analisi del concorso apparente di norme va individuato negli scopi della pena, assunti a fondamento del sistema penale e dei suoi principi di riferimento. È evidente, pertanto, che le indagini articolate solo su strumenti concettuali puramente logici appaiono poco adeguate al modello di diritto penale finalizzato alla protezione di beni giuridici; in quest'ottica, è la politica criminale, e, quindi, le ragioni che stanno alla base delle scelte di penalizzazione, a svolgere un ruolo di orientamento anche dell'attività interpretativa¹⁷.

In questo contesto, è stato elaborato un importante criterio di valore, che dovrebbe guidare la soluzione del conflitto interpretativo tra concorso apparente di norme e concorso di reati; esso porta alla esclusione della violazione di più disposizioni penali nel caso di compimento di una sola azione, allorché una di esse assorba per intero il disvalore complessivo della condotta, valutata in un'ottica normativo-sociale¹⁸.

Si tratta del criterio di consunzione, che, seguendo un condivisibile ed autorevole orientamento dottrinale¹⁹, può trovare applicazione anche nel diritto penale

¹⁴ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale – Parte generale*, VI ed., Torino, 2016, pp. 544 ss.

¹⁵ E.M. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in M. RONCO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Bologna, 2010, pp. 335 ss.

¹⁶ F. PALAZZO, *op. cit.*, pp. 535 ss.; G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, III ed., Milano, 2009, pp. 424 ss.

¹⁷ Sulle odierne funzioni della politica criminale, imprescindibile è il riferimento al manifesto roxiniano esposto in *Politica criminale e sistema penale*, tr.it, Napoli, 1986, con introduzione di S. MOCCIA, cui si rinvia. Nella dottrina italiana, cfr., altresì, G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, pp. 45 ss.; D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, pp. 97 ss.

¹⁸ G. FIANDACA- E. MUSCO, *op. cit.*, pp. 674 ss.; T. PADOVANI, *op. cit.*, pp. 443 ss.; E.M. AMBROSETTI, *op. cit.*, pp. 335 ss. Nutrite sono anche le riflessioni della dottrina tedesca; tra i molti, cfr. U.K. KINDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, IV ed., Baden Baden, 2009, pp. 376-377; K. KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, VI ed., Monaco di Baviera, 2008, pp. 791 ss.; W. GROPP, *Strafrecht- Allgemeiner Teil*, III ed., Berlino-Heidelberg-New York, 2005, p. 532.

¹⁹ F.M. PALOMBINO, *The Overlapping*, cit., pp. 123 ss.; F.M. PALOMBINO, *Should genocide subsume*, cit., pp. 778

internazionale. Qui, inoltre, la tendenza commisurativa a riconoscere spazio a condizionamenti di ispirazione e matrice retributiva va rimodulata alla luce di una più moderna accezione del principio di proporzionalità, che sia in grado di esprimere le peculiarità e la complessità del sistema.

Questa ricostruzione ben si ricollega al principio del *ne bis in idem* di natura sostanziale. E se è vero, dunque, che il fondamento logico-giuridico della disciplina del concorso apparente o reale di norme, tanto a livello nazionale quanto sul piano del diritto penale internazionale, è costituito proprio dal *ne bis in idem* sostanziale, va condiviso l'assunto per il quale un'eventuale violazione di tale principio vulnera anche il principio di proporzionalità²⁰, stante la sua attrazione nella logica della corrispondenza tra fatto e sanzione.

Esso segna la tenuta effettiva delle funzioni general e special preventive, che – sebbene presenti – rivestono, tuttavia, un'importanza affievolita nel diritto penale internazionale²¹.

Alla stregua di quanto esposto, deve ritenersi compito della dottrina penalistica e di quella internazionalistica, sia pure all'interno dei differenti contesti di analisi, individuare nuovi criteri finalizzati a stabilire quando ricorra una vicenda di concorso apparente di norme e, quindi, quale sia la norma prevalente.

In argomento, la dottrina si è mostrata assai sensibile. Ciò non può, tuttavia, far considerare esaurito il suo compito, che deve continuare ad esprimersi nel controllo critico della giurisprudenza stimolandola a mitigare la tendenza verso l'irrigidimento repressivo della risposta sanzionatoria – emblematicamente riflessa nella prassi della Corte Suprema degli Stati Uniti con il *Blockburger case* e poi seguita dal TPIJ con l'elaborazione del *Celebici test* del caso *Kupresic*²².

3. L'esigenza di una concezione 'forte' della categoria della tipicità.

Un importante obiettivo raggiunto dalla evoluzione del diritto penale internazionale consiste, dunque, nella 'codificazione' delle sue parti generale e speciale. Tale risultato, nell'avvicinare il diritto penale internazionale alla fondazione garantistica

ss.; I. HÜNERBEIN, *Straftatkonkurrenzen im Völkerstrafrecht- Schuldsspruch und Strafe*, Berlino, 2005, pp. 80 ss.; C.F. STUCKENBERG, *Multiplicity of offences*, cit., pp. 590 ss.

²⁰ Sulle declinazioni del principio di proporzionalità che prendono spunto dalla svolta avutasi nella giurisprudenza della Consulta con la sentenza n. 236/16, cfr. F. VIGANÒ, [Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 70 ss.; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2017, 1, pp. 174 ss.

²¹ K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, IV ed., Monaco di Baviera, pp. 100 ss.

²² Per un'analisi che, muovendo dal concorso apparente e reale di norme negli ordinamenti di *civil law* e di *common law*, approda alla giurisprudenza del TPIJ e del tribunale penale per il Ruanda, cfr. S. Walther, *Cumulation of offences*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, A. Cassese – P. Gaeta – J.R.W.D. Jones (a cura di), vol. 1, New York, pp. 489 ss.

del modo di disciplina penale dei contesti nazionali, permette di svolgere una serie di considerazioni legate alla centralità della categoria della tipicità.

Sotto questo profilo, sono indubbi i meriti dello Statuto della Corte Penale Internazionale.

In primo luogo, la codificazione del principio di legalità²³, pur con i temperamenti accennati, attua un'esigenza di garanzia che è parte integrante della tradizionale penalistica liberale²⁴. In secondo luogo, si segnala come in tal modo il concetto di fatto tipico ha irrobustito il suo significato penalistico, arricchendosi del complesso di elementi che delineano il volto di una fattispecie criminosa.

A tal proposito, una soluzione delle criticità connesse al concorso di reati nell'ambito del diritto penale internazionale può essere tentata sia ragionando sulla categoria della tipicità nella sua funzione critico-delimitativa, sia lavorando su criteri ermeneutici di natura teleologica orientata agli scopi della pena²⁵.

Com'è noto, quella della tipicità è una categoria che esprime molteplici profili di rilevanza: centrale è senza dubbio la sua capacità di razionalizzare il sistema, anche quello internazional-penalistico²⁶, grazie alla sua irrinunciabile portata politico-criminale e al suo valore di garanzia; essa manifesta l'esigenza che il legislatore definisca i singoli tipi legali sulla base di "ben definite tipologie empirico-criminologiche"²⁷.

Strettamente connessa a tali premesse è la forte contiguità del principio di tipicità con un diritto penale del fatto e, dunque, con i principi di materialità e di offensività che additano le coordinate deontologiche della materia²⁸, ispirata al paradigma della protezione dei beni giuridici.

²³ "punto di approdo di un lungo e appassionato dibattito, che ha visto fronteggiarsi per un intero cinquantennio due diverse dottrine, entrambe impegnate a costruire, in vista dei futuri sviluppi di questa branca del diritto internazionale, una vera e propria dogmatica dei *crimina iuris gentium*, che fosse in grado a sua volta di influenzare una possibile (...) codificazione del diritto penale internazionale", così M. CATENACCI, *Legalità e tipicità nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003, p. 51.

²⁴ Solo ai fini di una compiuta descrizione dei rapporti tra tipicità e legalità, può essere utile rammentare come la categoria dogmatica del fatto tipico svolge la funzione politico-criminale di attualizzare, in un'ottica di garanzia individuale, il principio di legalità e il suo ruolo di 'pietra angolare' del sistema penale. Nella manualistica, tra i molti G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 182, C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2017, pp. 173 ss.

²⁵ F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale – Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio*, vol. I - Tomo I (dal 1960 al 1973), Milano, 1997, *passim*.

²⁶ Tra i sostenitori della contraria posizione, nel senso, cioè, di una separazione tra legalità e tipicità nel sistema di diritto penale internazionale, si annoverano autorevoli autori: per tutti cfr. O. TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung der materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Friburgo in Brisgovia, 1962, *passim*.

²⁷ Così Marinucci, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 183. Sulla medesima linea, l'opinione dissenziente del giudice Shahabuddeen espressa nel giudizio di appello del caso *Krstic*, discusso dinnanzi al tribunale internazionale penale per l'ex Jugoslavia; in proposito, cfr. F.M. PALOMBINO, *op. ult. cit.*, pp. 781-782. Nella relativa motivazione, infatti, il giudice prende le distanze dall'orientamento del tribunale favorevole alla configurabilità del concorso formale tra gli atti di persecuzione e omicidio e tra persecuzione e atti inumani, ritenendo che non ci si dovesse soffermare soltanto sulla circostanza che tali crimini tutelavano interessi differenti della comunità internazionale, ma che occorresse verificare anche la sovrapposibilità degli elementi legali delle rispettive fattispecie, escludendola nel caso di specie.

²⁸ F. BRICOLA, *op. cit.*, *passim*.

Ricostruita in chiave di complementarietà con gli altri principi posti a delimitazione dello *ius puniendi*, la tipicità viene messa nella condizione di esplicitare compiutamente le proprie funzioni.

È indubbio che il processo di costruzione dei reati aventi una spiccata fisionomia storico-naturalistica non appare del tutto completato.

Ne sono prova la scarsa chiarezza di talune condotte suscettibili di integrare reato (riguardo, ad esempio, al crimine internazionale dei crimini di guerra, l'utilizzo di armi e metodi di combattimento idonei a cagionare lesioni superflue, sofferenze non necessarie o che per loro natura colpiscono in modo indiscriminato) e le difficoltà interpretative connesse all'accertamento dei fatti tipici²⁹.

Il riferimento a considerazioni legate alla categoria della tipicità/materialità ed al principio di offensività, anche nella loro proiezione ermeneutica, si giustifica con il fatto che, spesso, l'asimmetria tra la formulazione della fattispecie e il suo disvalore trova origine proprio in tecniche normative e pratiche interpretative che non hanno governato l'interazione tra quelle coordinate.

Anche per tali ragioni, non è accettabile un diritto penale tutto risolto nelle previsioni di parte speciale, soprattutto in sistemi, quale quello internazionalpenalistico, che accolgono formule normative direttamente espressive del contenuto offensivo della condotta³⁰ (nel caso dei crimini contro l'umanità, l'imprigionamento o altre forme di grave privazione della libertà in violazione delle regole fondamentali del diritto internazionale), in quanto, nell'ipotesi in cui la disposizione non riuscisse ad esprimere appieno la connessione tra fatto e suo contenuto di disvalore, essa risulterebbe frutto di un esercizio arbitrario del potere di punire. Basterebbe questo per tornare a quello che Jescheck definiva il "diritto dei vincitori" e, dunque, per rendere vani i progressi raggiunti nella definizione della materia internazionalpenalistica.

3.1. Unità e pluralità della condotta nei crimini internazionali.

L'importanza di inquadrare una linea di demarcazione tra i concetti di unità e pluralità di condotte si riempie di ulteriore significato con riguardo ai crimini internazionali, descritti per interi complessi fattuali (*Tatkomplexe*)³¹. Trova sempre maggior spazio, dunque, l'idea che il problema dell'unità o pluralità di reati si risolva nella corretta interpretazione del rapporto strutturale tra le fattispecie in concorso.

È frequente, infatti, che azioni, che da un punto di vista naturalistico risultino autonome, rappresentino un'unica condotta alla luce di un'analisi di tipo normativo-sociale. Per tale ragione la dottrina, soprattutto quella penalistica³², ha sviluppato una

²⁹ Nella manualistica italiana è frequente il rinvio alla declaratoria di illegittimità costituzione del delitto di plagio, adottata con la sentenza n. 96/1981; per tutti, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2017, p. 122 ss.

³⁰ Il tipo legale finisce per svolgere una funzione non solo descrittiva, ma anche affermativa di valori. In questo senso M. CATENACCI, *op. cit.*, p. 44.

³¹ G. WERLE – F. JEBBERGER, *op. cit.*, p. 357.

³² Per tutti cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, pp. 648-650.



6/2018

rosa di criteri di valutazione che emarginano il punto di vista naturalistico-fenomenico e accolgono una prospettiva legata alla fattispecie legale³³, ovvero alla contestualità degli atti e all'unicità del fine³⁴.

Si è anticipato che questa discrasia tra unicità dell'azione in senso naturalistico e unicità dell'azione in senso giuridico resta accentuata nel catalogo di parte speciale del diritto penale internazionale. Qui, infatti, anche in ragione della natura e del rango dei beni giuridici tutelati (si pensi, ad esempio, alla protezione di un gruppo³⁵ nel caso del genocidio, alla salvaguardia di una popolazione civile nell'ipotesi di crimine contro l'umanità), vengono punite condotte connotate dal requisito – intrinsecamente incerto – della 'reiterazione' o dalla previsione di attitudini offensive rispetto a 'mega-eventi' che, pertanto, prestano il fianco ad interpretazioni ed applicazioni molto variegiate: si consideri il concetto di idoneità a realizzare un piano genocidiario o un attacco esteso o sistematico (*widespread or systematic attack*).

Nel caso di norme che tutelano un bene strettamente personale, come accade per i crimini internazionali, invece, è pacifico che sia sufficiente una singola condotta ad arrecare più offese, risultando più agevole applicare più volte la stessa norma.

L'art. 6 lett. d) dello Statuto di Roma qualifica come condotta idonea ad integrare la fattispecie di genocidio "l'imposizione di misure volte ad impedire le nascite all'interno del gruppo". È evidente che tale complesso fattuale, ove la difficoltà di individuare la condotta vietata si risolve nella sua capacità di ricomprendere al proprio interno un panorama molto eterogeneo di azioni di differente gravità, possa aprire la strada ad interpretazioni aberranti, tali da far ritenere che la disposizione si trovi in un rapporto di specialità bilaterale con quella di cui alla lett. c), che punisce l'attività di "sottoporre deliberatamente persone appartenenti al gruppo a condizioni di vita tali da comportare la distruzione, totale o parziale, del gruppo", riconoscendo, pertanto, il concorso formale omogeneo. L'imputazione cumulativa di plurimi crimini è sempre consentita, come ha riconosciuto la giurisprudenza del TPIJ nel caso *Mucić*³⁶.

È per tali ragioni che occorre recuperare una dimensione teleologica dei criteri ermeneutici impiegati, che valorizzi un approccio struttural-funzionalistico e che, partendo da una concezione rigorosa della tipicità, possa ispirare l'introduzione di una disposizione di parte generale *ad hoc*, che fissi un criterio interpretativo di disciplina. Presupposto del corretto funzionamento di una simile impostazione dovrebbe essere l'accorpamento di alcune fattispecie³⁷, con conseguente riduzione dei casi di concorso di reati.

³³ Tale approccio considera unitaria l'azione costitutiva della tipicità, pure se quest'ultima risulta dal compimento di più atti.

³⁴ Sulla base di tale criterio, l'unicità giuridica dell'azione è connessa alla unicità dello scopo, anche se affidato ad una molteplicità di condotte.

³⁵ Per gruppo s'intendono ai sensi dell'art. 6 Statuto di Roma i gruppi etnici, nazionali, razziali e religiosi; va osservato che tale nozione è, spesso, investita da interpretazioni fortemente estensive.

³⁶ Camera di prima istanza, TPIJ, 20 Febbraio 2001, in cui la corte stabilì "Prior to the presentation of all of the evidence, it is not possible to determine a certainty which of the charges brought against an accused will be proven", in G. WERLE- F. JEBBERGER, *op. cit.*, p. 359.

³⁷ C.F. STUCKENBERG, *A cure*, *cit.*, p. 366.

4. I principi elaborati in dottrina in tema di concorso di reati.

A questo punto dell'indagine, appare rilevante individuare il criterio che meglio si armonizza con un approccio struttural-funzionalistico.

In effetti, il concorso di reati e il concorso apparente di norme rappresentano aspetti connessi di un unitario momento di riflessione.

Questa precisazione acquisterà significato in base ai criteri cc.dd. integrativi di natura valoriale e a un'interpretazione teleologicamente orientata delle singole fattispecie, grazie ai quali si potrà configurare un reato unico, anziché una vicenda di concorso di reati. Occorre aggiungere che una simile situazione non si verifica esclusivamente nel caso in cui una sola sia la norma incriminatrice *veramente applicabile* all'ipotesi di specie, ma anche laddove una sola sia la norma *da applicare* al termine di un controllo circa la *sovrapponibilità* tra le norme di qualificazione.

Utilizzando il criterio di consunzione, così, sarà possibile ridurre la portata della tipicità attraverso il canone dell'offensività, testando la funzionalità sostanziale e complessiva del sistema: ne deriva una importante variazione terminologica, giustificata dal fatto che se tali norme convergenti si applicassero congiuntamente, risulterebbero pregiudicate le funzioni complessive del sistema penale, anche internazionale, in considerazione dell'indebita duplicazione della rilevanza penale di un comportamento a cui, per definizione, corrisponde una sola fattispecie.

Queste, in altre parole, non devono trovarsi in un rapporto di eterogeneità, tale da escludere che la medesima condotta possa assumere connotati da ricondurla anche sotto la previsione di un'altra norma, ma devono avere elementi in comune³⁸. A ben vedere è proprio questo aspetto a segnare la dimensione di Gianio Bifronte del concorso formale di reati e del concorso apparente di norme.

Nel sistema penale internazionale, che mantiene ancora una sfera penale circoscritta a gravi violazioni del diritto internazionale umanitario³⁹, del cd. diritto di Norimberga⁴⁰, un importante fattore di differenziazione tra le fattispecie va individuato negli elementi di contesto, capaci di svolgere una prima funzione di orientamento teleologico nell'interpretazione del fatto tipico con riferimento ai crimini internazionali⁴¹.

³⁸ Si pronuncia in favore di un rafforzamento del controllo di tipicità anche l'opinione dissidente del giudice Shahabuddeen del TPIJ nel caso *Krstić*.

³⁹ P. LOBBA, *op. cit.*, pp. 385 ss.; E. AMATI – E. MACULAN, *op. cit.*, pp. 351 ss.

⁴⁰ Può essere utile rammentare, ad esempio, che la definizione internazionale del crimine di genocidio è restata formalmente immutata dalla *Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio* dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 1948, in G. WERLE – F. JERBERGER, *op. cit.*, p. 293, in E. FRONZA, *Il crimine di genocidio*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, III edizione, Bologna, 2016, pp. 323 ss.

⁴¹ Nel caso del crimine di genocidio non è presente l'elemento di contesto, sostituito dal dolo specifico e, precisamente, dall'"*intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group*"; la conseguenza è un alleggerimento degli oneri probatori dell'accusa, che sarebbe dispensata dall'effettuare verifiche di ulteriori requisiti oggettivi di fattispecie.

L'ambito applicativo del concorso di norme, stando così le cose, viene delimitato dall'identità dell'oggetto, nel quale rientrerà anche l'elemento di contesto. A ciò va aggiunto che la giurisprudenza internazionale⁴² si è pronunciata per la configurabilità del concorso nei casi in cui le norme sono poste a tutela di interessi differenti, riconoscendo il concorso tra genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra⁴³. Ed è proprio tale orientamento che auspichiamo possa essere superato.

I rapporti strutturali tra fattispecie si caratterizzano per una forte impronta interpretativa. Tale aspetto sarebbe arricchito, ad esempio, dal collocare al di fuori dell'area del concorso apparente di norme, e segnatamente all'interno di una relazione generalmente definita di interferenza, le ipotesi in cui due o più disposizioni hanno un nucleo comportamentale comune, su cui, però, si innestano elementi tra loro eterogenei. In questi casi, dunque, l'elemento comune non elimina l'eterogeneità delle due ipotesi di reato e, di conseguenza, ove ricorrano gli estremi di entrambe le fattispecie, ci si troverà di fronte ad un concorso formale di reati (come potrebbe accadere nell'ipotesi di "imporre misure volte ad impedire le nascite in seno al gruppo", condotta che integra il crimine di genocidio, e lo sterminio, quale pratica tipica dei crimini contro l'umanità). L'area delle relazioni di interferenza tra disposizioni, dunque, risulta tangente ai rapporti di specialità bilaterale, valutati attraverso il già citato *test Čelebići*. Questo assunto può essere agevolmente ribaltato laddove si consideri come prevalente l'integrale valutazione giuridica del fatto, che tende a riconoscere la sussistenza del concorso tra le diverse qualificazioni quando solo la loro applicazione cumulativa è in grado di esaurire la valutazione di tutti gli aspetti giuridicamente significativi del comportamento. Ed è facile dimostrare come ciò non accada quasi mai nelle ipotesi di crimini internazionali, in cui, ad esempio, la prescrizione di "cagionare gravi lesioni all'integrità fisica o psichica di persone appartenenti al gruppo", che integra ai sensi dell'art. 6 b) il crimine di genocidio, esaurisce il disvalore penale della condotta di cui all'art. 6 c) di "sottoporre deliberatamente persone appartenenti al gruppo a condizioni di vita tali da comportare la distruzione fisica, totale o parziale, del gruppo stesso", o anche "la deportazione o trasferimento forzato della popolazione", che integra, ai sensi dell'art. 7 d) Statuto di Roma la fattispecie di crimini contro l'umanità.

Il concorso formale e/o apparente, pertanto, pur avendo ad oggetto previsioni di parte speciale, va qualificata come problema della parte generale che chiede di essere ricondotta nel quadro dei principi sovraordinati che governano il sistema penale, tra i quali spicca il principio di stretta legalità⁴⁴. In quest'ottica, auspicabile appare l'introduzione di una disciplina nella parte generale dello Statuto di Roma, che oltre ad agevolare i problemi interpretativi analizzati, contribuirebbe a consolidare la dimensione giuspositivistica del diritto penale internazionale. Così, è discusso se il criterio di specialità sia l'unico utile ad affermare la natura apparente di un concorso

⁴² ICTR nel già citato caso *Akayesu*, in O. OLUSANYA, *Double jeopardy without parameters. Re-Characterisation in International Criminal Law*, Oxford, 2004, pp. 119 ss.

⁴³ S. MASSI, *Il genocidio. Il diritto dei popoli e la tutela del gruppo nazionale, etnico, razziale e religioso*, in *Diritto Penale Internazionale*, II ed., E. MEZZETTI (a cura di), Torino, 2010, p. 308.

⁴⁴ A. VALLINI, *op. cit.*, p. 261.

eterogeneo, o se ad esso debbano affiancarsi altri criteri, cd. integrativi, sostanziali o di contenuto, di tipo valutativo, come quelli di consunzione o sussidiarietà.

Invero, la posizione degli studiosi non può dirsi univoca in ordine a quanti e quali criteri debbano trovare applicazione⁴⁵. In proposito, autorevole dottrina di matrice nazionale⁴⁶ ha osservato che il tema del concorso apparente è caratterizzato dalla necessità di tener conto di due distinti interessi: da un lato, l'esigenza di equità/proporzione, che ispira la elaborazione dei criteri volti ad allargare le maglie del concorso apparente di norme, al fine di alleggerire la pressione punitiva; dall'altro, un bisogno di certezza giuridica, sempre più avvertito a livello internazionale.

Dunque, sebbene non si intenda rinnegare la posizione di chi saluta con favore l'introduzione nello Statuto di Roma di una disposizione che regoli i casi di concorso, si ritiene opportuno precisare che è di fondamentale importanza l'esistenza di plurimi principi, atti ad impedire il verificarsi di situazioni di *ne bis in idem*. È, infatti, inevitabile che, accogliendo un solo e unico criterio, si finisca per attribuirgli un significato più ampio di quello che gli spetterebbe.

Sotto questo aspetto, la dottrina e la giurisprudenza internazional-penalistiche prendono spunto dagli annosi dibattiti che si sono formati in seno alle comunità scientifiche nazionali.

4.1. Segue. Il criterio di specialità c.d. bilaterale o reciproca.

Il principio di specialità cd. bilaterale ricopre una posizione centrale all'interno dei meccanismi di valutazione della sussistenza del concorso apparente o reale di reati. Questo non appare riconducibile al solo criterio meramente strutturale, dal momento che tende a coinvolgere nella valutazione anche criteri di valore in funzione integratrice dei criteri strutturali⁴⁷.

Quanto appena detto, da un punto di vista teorico, risulta in linea con un approccio struttural-funzionalistico solo se interviene al fine di riequilibrare il trattamento sanzionatorio nel fuoco delle funzioni di prevenzione-integrazione. In realtà, l'esperienza applicativa e la prassi giurisprudenziale hanno dimostrato che l'utilizzo di un simile criterio, anziché sortire l'effetto di ridurre i casi di concorso formale in favore di una tendenza a riconoscervi ipotesi di concorso apparente, è stato utilizzato dalla giurisprudenza internazional-penalistica per aggravare il carico sanzionatorio, anche in presenza di un *disvalore unitario del fatto*⁴⁸.

⁴⁵ E.M. AMBROSETTI, *op. cit.*; G.L. FANULI – A. LAURINO, *Sub art. 15*, in *Codice penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Lattanzi - Lupo (a cura di), vol. I, Milano, 2010, pp. 609 ss.

⁴⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, pp. 465 ss.

⁴⁷ A. VALLINI, *op. cit.*, pp. 276 ss.

⁴⁸ G. Werle – F. Jeßberger, *op. cit.*, pp. 359 ss. Paradigmatico sul punto, tra tutti, il caso *Mladić*, camera di prima istanza TPIJ, 22 novembre 2017, che, tra l'altro, ha rappresentato anche l'ultima sentenza di condanna pronunciata dal tribunale penale internazionale per i crimini commessi nell'ex Jugoslavia (la fattispecie ha riguardato la strage di Srebrenica, nella quale persero la vita oltre diecimila persone). Il generale *Mladić* è stato condannato all'ergastolo per crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, molti

Il principio ha una portata assai vasta e le dispute tra dottrina e giurisprudenza sono ancora in una fase di evoluzione. È stato finanche sostenuto⁴⁹ che gli unici criteri rispettosi delle esigenze di legalità sono quelli di specialità, in quanto la selezione degli elementi legali rilevanti per ricostruire la fattispecie rientrerebbe nei limiti dell'attività interpretativa del giudice; di contro, i criteri integrativi, quali consunzione e sussidiarietà, lasciano spazi di manovra a valutazioni discrezionali che possono condurre a forzare la struttura normativa della fattispecie.

Tale prospettiva, ove seguita nella sua assolutezza, si espone ad una serie di obiezioni, superabili con l'ausilio di un criterio teleologico e funzionalistico orientato, piuttosto che alla tutela dei medesimi interessi, a sviscerare l'autentico disvalore penale del fatto. In quest'ottica è possibile affermare che la valutazione di questo aspetto da parte del giudice non è affatto 'discrezionale', rientrando appieno nelle funzioni ermeneutiche che egli è chiamato a svolgere, soprattutto nell'ambito di una materia magmatica e porosa quale quella del concorso apparente e del concorso di reati riferiti a fattispecie a tipicità 'debole'.

Inoltre, assume importanza fondamentale il significato da attribuire alla locuzione *stessa materia*, la quale rappresenta la premessa logica dell'operatività di questo criterio.

Va infatti ricordato che nel sistema del diritto penale internazionale, riprendendo un autorevole orientamento seguito nella dottrina penalistica⁵⁰, il concetto di stessa materia si riferisce alla stessa situazione di fatto, che può essere ricondotta, almeno apparentemente, sotto più norme. Nel contesto di parte speciale del diritto penale internazionale tracciato dallo Statuto istitutivo la Corte Penale Internazionale, infatti, una nozione di stessa materia quale identità del bene giuridico tutelato, come prospettato, invece, da altra parte della scienza giuridica penalistica⁵¹, sarebbe inadeguata e, forse, anche pericolosa, dal momento che giustificherebbe l'integrazione delle varie ipotesi di reato sul terreno del concorso formale, negando il concorso apparente anche nei casi di specialità unilaterale⁵².

Sulla costruzione del modello di specialità bilaterale, dunque, si è concentrata soprattutto la giurisprudenza del TPIJ. Quest'ultimo se ne è occupato la prima volta nel procedimento *Kupresić et al*⁵³, elaborando il menzionato *test Čelebići*, che presenta marcate assonanze con il principio di specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta, dal momento che "*multiple criminal convictions entered under different statutory provisions but based on the same conduct are permissible only if each statutory provisions involved has a materially distinct element not contained in the other. An element is materially distinct from another if it requires proof of a fact not required by the other*".

dei quali in rapporto di specialità reciproca.

⁴⁹ A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010, pp. 860 ss.

⁵⁰ G. FIANDACA- E. MUSCO, *op. cit.*, pp. 670 ss.

⁵¹ Diffusamente in argomento E.M. AMBROSETTI, *op. cit.*

⁵² T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 446.

⁵³ Camera d'appello, TPIJ, 14 gennaio 2002.

L'utilizzo di un simile criterio, pertanto, inizia con un controllo sulle fattispecie astratte al fine di verificare se ciascuna richieda un elemento che l'altra non prevede. In caso di esito positivo del *test* si applicheranno entrambe le fattispecie, così riconoscendosi la sussistenza di un concorso formale di reati; in caso di esito negativo, invece, si procederà all'individuazione della fattispecie speciale, che sarà l'unica a fondare la sentenza di condanna.

In altre parole, il problema di carattere preliminare, che porta alla costruzione di quella peculiare forma di specialità bilaterale che corrisponde alla *specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta*, risiede nel rapporto di sovrapposibilità parziale tra le fattispecie, presentando queste un nucleo comune e una zona "franca"⁵⁴, non sovrapposta, che rappresenta l'elemento specializzante rispetto al nucleo comune.

La situazione idealtipica, per la quale è stato sviluppato questo criterio, si verifica nel caso in cui due o più norme regolino *la stessa materia*⁵⁵. È problematico considerare giusta una sentenza di condanna basata sull'applicazione di entrambe le norme incriminatrici solo perché nessuna può dirsi generale o *prevalente* sull'altra e, dunque, perché non può trovare applicazione il criterio della specialità unilaterale.

Ciò in quanto la costruzione dei modelli di specialità risponde all'esigenza di impedire una plurima qualificazione penale della stessa materia, la quale, sotto un profilo logico-ricostruttivo, smaschera un errore di sistema, mentre sul piano sostanziale una violazione del *ne bis in idem*⁵⁶.

L'edificazione delle varie declinazioni del principio di specialità bilaterale, in particolar modo di quella *bilaterale bilateralmente per aggiunta*, inoltre, deve fare i conti con un elemento di non poco conto, che denota la loro derivazione giurisprudenziale. Il legislatore dei vari ordinamenti nazionali, appartenenti sia alle tradizioni di *civil law* e di *common law*, ha già preso posizione in ordine al contenuto del principio di specialità, riconoscendo espressamente il solo principio di specialità unilaterale. Ciò non ha impedito di escludere che esso sia l'unico criterio vincolante⁵⁷. L'esigenza di costruire un altro criterio, anch'esso operante sul terreno della specialità, è nata dalla considerazione del carattere caotico e bulimico degli ordinamenti penali, caratterizzati da vicende di *qualificazioni multiple*⁵⁸.

⁵⁴ D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, II ed., Torino, 2013, p. 237.

⁵⁵ Di recente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (22 giugno 2017, n. 41588) hanno ribaltato il proprio precedente orientamento, osservato pressoché unanimemente, che attribuiva rilievo primario al criterio della eterogeneità dei beni giuridici tutelati dalle singole disposizioni in concorso; la conseguenza era che si riconosceva immancabilmente il concorso formale di reati, mentre ad un esito differente dovrebbe condurre la rigorosa adesione ad un approccio logico-formale del rapporto di continenza. In argomento, si rinvia a A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2018, pp. 525-538; G. SERRA, [Le Sezioni unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi](#), in questa *Rivista*, fasc. 11/2017, pp. 173-185.

⁵⁶ D. BRUNELLI, *op. cit.*, pp. 234 ss.

⁵⁷ In questo senso si esprime, costante, la giurisprudenza di legittimità italiana. Tra le ultime pronunce, si veda Cass., SS. UU., 23 febbraio 2017, n. 20664. In commento, S. FINOCCHIARO, [Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione](#), in questa *Rivista*, fasc. 5/2017, pp. 344 ss.

⁵⁸ Per questa terminologia cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997.

Una simile impostazione fa sorgere qualche problema di automatica trasposizione nel sistema del diritto penale internazionale del modello di specialità bilaterale.

È bene non dimenticare, infatti, che il diritto penale internazionale è un insieme penalistico partorito sul terreno della parte speciale, che resta ancora basata su poche norme incriminatrici, a cui solo nell'ultimo ventennio è stato affiancato un apparato di garanzie e principi di parte generale.

Tale sistema, anche per limiti intrinseci, è tenuto a dialogare con categorie dogmatiche e modelli di ricostruzione degli istituti penalistici degli ordinamenti interni.

Questi ultimi rilievi sono stati sottolineati dalla camera di prima istanza del TPIJ nella citata decisione *Kupreškić et al.*, ove si afferma che *"to fill possible gaps in international customary and treaty law, international and national criminal courts may draw upon general principles of criminal law as they derive from the convergence of the principal penal system of the world. Where necessary, the Trial Chamber shall use such principles to fill any lacunae in the Statute of the International Tribunal and in customary law"*.

È probabile che, in futuro, il diritto penale internazionale possa essere investito da rinnovate istanze di ampliamento del suo raggio d'azione con conseguente creazione di nuove fattispecie criminose.

Se ciò dovesse accadere, potrebbero derivarne situazioni di ingorghi punitivi collegati alla moltiplicazione delle figure di reato. In tal caso, potrebbe tornare utile alla giurisprudenza internazionale applicare come correttivo il principio di specialità bilaterale.

4.2. Segue. Il criterio della specialità bilaterale nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda.

Un ruolo centrale nella formazione delle soluzioni giurisprudenziali è stato svolto dal TPIJ, che per primo ha elaborato ed applicato regole di diritto internazionale in materia di fattispecie concorrenti sullo stesso fatto.

Nell'esperienza del tribunale di Norimberga dominava, invece, un atteggiamento di disinteresse nei confronti del problema, che favorì condanne per crimini di guerra e crimini contro l'umanità aventi ad oggetto il medesimo fatto⁵⁹.

Anche se la giurisprudenza internazionale considera il *test Čelebići* come l'unico decisivo, i singoli tribunali penali internazionali hanno agito riservando a sé il potere di derogarvi tenuto conto delle caratteristiche del caso concreto.

È stato così affermato che il *test* non può essere applicato sempre, soprattutto quando arrecherebbe un ingiusto ed evidente danno all'imputato. In tal senso la camera di prima istanza del TPIR nel caso *Bisengimana*⁶⁰ ha osservato che *"the Chamber takes note that the distinct elements test for permissible cumulative convictions should not be applied"*

⁵⁹ G. WERLE- F. JEBBERGER, *op. cit.*, p. 357.

⁶⁰ Camera di prima istanza TPIR caso *Bisengimana*, 13 giugno 2006; in questo senso anche TPIJ Camera d'appello nel caso *Kunarac*, 12 giugno 2002.

mechanically or blindly. The ICTY Appeals Chamber has urged that this test be applied carefully to avoid prejudice to the accused”.

È bene rilevare che la giurisprudenza internazionale non ha manifestato all’inizio una unanimità di vedute sul *test Čelebići*.

Nel caso *Akayesu*, che ha rappresentato il primo processo per genocidio celebrato dinnanzi a un tribunale penale internazionale, il TPIR ha sviluppato una serie di principi applicabili in caso di concorso tra crimini contro l’umanità, crimini di guerra e genocidio. Si è proceduto allora a formulare la seguente *ratio decidendi*: “*when more than one offence contained in the Articles of the Statute applies to a single set of facts, each offence may be separately charged: (1) where the offences have different elements; or (2) where the provisions creating the offences protect different interests; or (3) where it is necessary to record a conviction for both offences in order fully to describe what the accused did”.*

Come si può notare, tale principio è molto diverso dal *test*, anche se porta a legittimare il concorso di reati in presenza di fattispecie poste a tutela di interessi diversi.

Prima di pervenire alla formalizzazione di *Čelebići*, la giurisprudenza, soprattutto del TPIJ, ha elaborato nuovi criteri di risoluzione dei casi di concorso di reati. Nel caso *Blaškić*⁶¹, fu affermato che sussisteva il concorso quando la condotta era “*committed in a given geographic region during a relatively extended time span, the very length of which served to ground their characterisation as a crime against humanity, without its being possible to distinguish criminal intent from motive”*; tale indirizzo sarebbe poi stato confermato nel caso *Jelisić*⁶².

Queste posizioni, frutto dei notevoli sforzi di trovare un criterio che permettesse alla giurisprudenza di orientarsi in una materia tanto scivolosa, hanno costituito le premesse sulle quali il TPIJ ha elaborato il *test Čelebići*.

4.3. Il criterio integrativo della consumzione.

Al di là dei criteri che spingono verso valutazioni logico-formali, va posta l’attenzione anche su altri criteri, cd. integrativi o sostanziali, segnatamente su quello di consumzione, che riveste tuttora un ruolo centrale all’interno delle discussioni di dottrina e giurisprudenza che guardano al sistema del diritto penale internazionale⁶³.

È stato già osservato che il criterio di consumzione non ha ancora trovato spazio nella prassi dei tribunali penali internazionali, nonostante le indicazioni provenienti dalla dottrina più attenta⁶⁴. In effetti, con il criterio di consumzione trova applicazione

⁶¹ Camera di prima istanza TPIJ caso *Blaškić*, 3 marzo 2000.

⁶² Camera d’appello TPIJ caso *Jelisić*, 5 luglio 2001, in A. SCHABAS, *The Jelisić case and the mens rea of the crime of genocide*, in *Leiden Journal of international law* 14, 2001, pp. 129 ss., secondo cui il concorso di reati ricorre solo se il fatto è commesso “*over a brief time span which does not allow for distinction between their respective criminal intention and motives”*.

⁶³ F.M. PALOMBINO, *The Overlapping*, cit.; F.M. PALOMBINO, *Should genocide*, cit.; G. WERLE – F. JEBBERGER, *op. cit.*; C.F. STUCKENBERG, *Multiplicity of offences*, cit.; C.F. STUCKENBERG, *A cure*, cit.; I. HÜNERBEIN, *op. cit.*, cit.; N. VALABHIJ, *op. cit.*; I. ERDEL, *op. cit.*

⁶⁴ Non manca chi ritiene che tali criteri integrativi debbano continuare ad applicarsi in via residuale; in tal

esclusivamente la norma più grave, quando cioè il disvalore penale del fatto risulti assorbito per intero da quest'ultima e la violazione delle altre disposizioni sia priva di significato autonomo, perché, appunto, 'consumato' dalla prima.

Il criterio in esame, a ben vedere, introduce un argomento di riflessione assente nella trattazione degli altri principi: la norma consumante è quella che comprende in sé il fatto previsto dalla norma consumata, e che perciò esaurisce l'intero disvalore dell'azione nella misura in cui la commissione di un reato comporta, secondo *l'id quod plerumque accidit*, anche la commissione dell'altro, che finisce con l'essere assorbito dal primo. A ciò si aggiunga che questo criterio può esprimere ancor di più la sua efficacia in un sistema, quale quello internazional-penalistico, ove nel confronto tra fattispecie difettano i requisiti strutturali che caratterizzano la relazione di specie a genere⁶⁵.

È bene illustrare, quindi, le caratteristiche essenziali del principio dell'assorbimento.

In primo luogo, esso si basa non già su una valutazione logico-formale tra le fattispecie ma su di un rapporto di valore, che impedisce la contemporanea applicazione delle sanzioni, e, dunque, una violazione del *ne bis in idem* sostanziale nella sua strumentalità a scopi di prevenzione-integrazione. Inoltre, quel principio si connette alla unitarietà normativo-sociale del fatto, non invece a quella naturalistica. In altre parole, il fatto è identico anche in presenza di azioni diverse sotto un profilo materiale/fenomenico, purchè siano esse espressive di un disvalore penale omogeneo.

Su queste basi, i parametri valoriali permettono di ricostruire i casi di conflitto apparente tra norme, non risolvibili alla stregua del principio di specialità, allorché la commissione del reato sia strettamente funzionale ad un'altra e più grave fattispecie in grado di assorbire l'intero disvalore della situazione di fatto realizzatasi⁶⁶.

L'impiego di questo criterio consente di qualificare in termini di concorso apparente molte vicende in apparenza riportabili allo schema del concorso di reati.

Quest'ultima affermazione, però, necessita di essere puntualizzata.

Il criterio di consunzione non è esente da riserve, in quanto rischia di ampliare i margini di valutazioni discrezionali del giudice. Sul punto è anche intervenuta una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana (sent. 47164/2005) secondo cui "i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale"⁶⁷.

sensu D. BRUNELLI, *op. cit.*, p. 245.

⁶⁵ È lo stesso tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia nel caso *Kupreškić* a dare una definizione del criterio in esame "*its ratio is that when all the 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*".

⁶⁶ D. BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Torino, 2004, pp. 188 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 433.

⁶⁷ In questo senso, pur con sfumature, autorevolmente F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 548-549. L'insigne Maestro ritiene che un impiego *tout court* dei giudizi di valore rischia di creare una certa tensione con il principio di stretta legalità, in particolare con i corollari della determinatezza e della tassatività, perché aprirebbe inevitabilmente ad applicazioni discrezionali.

Un adeguato antidoto può essere trovato nella connotazione politico-criminale del criterio applicabile, vale a dire nella sua strumentalità alle funzioni del sistema penale, ricostruite alla luce dei compiti di prevenzione positiva della pena e del principio di proporzione⁶⁸. Nei casi di consunzione, infatti, le ragioni della mancata applicazione della norma meno grave risiedono esclusivamente nella necessità di non pronunciare un rimprovero sproporzionato rispetto all'effettivo disvalore della condotta.

Volendo tornare per un momento al piano delle applicazioni giurisprudenziali, è stato sottolineato come il principio della specialità bilaterale abbia, finora, portato sempre al riconoscimento del concorso di reati tra genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. Nel già citato caso *Aleksovski* la camera di appello del TPIJ ha ritenuto 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 interests of justice"*⁶⁹. Con questa pronuncia il TPIJ attribuisce a sé la prerogativa di discostarsi dal criterio seguito in precedenza, a condizione che ricorrano ragionevoli esigenze di giustizia.

Al fine di mettere ordine nel complesso intreccio tra criteri logico-formali e criteri integrativi, sarebbe opportuno definire una topografia dei crimini internazionali secondo relazioni gerarchiche di gravità, purtroppo ancora assente⁷⁰. Infatti, non mancano pronunce che riconoscono che il crimine di genocidio e i crimini contro l'umanità *"are both crimes which both particularly shock the collective conscience"*⁷¹, risultando così difficile ricostruirli in base alla loro gravità. In realtà, ciò che qualifica il genocidio rispetto agli altri crimini internazionali è l'elemento del dolo specifico, cioè la volontà di compiere determinati atti al fine di distruggere un gruppo etnico, nazionale, razziale o religioso⁷².

L'analisi del criterio di consunzione, dunque, corrobora l'impostazione del rapporto tra concorso apparente e concorso di reati, che tende a riconoscere l'unitarietà del fenomeno.

Tutto viene ricondotto, dunque, ad una questione interpretativa, che, soprattutto in assenza di un criterio legalmente fissato, rimette la decisione al giudice, il quale, se avveduto, prima di propendere verso un criterio o un altro, effettuerà scelte bilanciate che terranno conto anche delle ricadute che esse avranno sulla tenuta complessiva del sistema penale. All'interno del diritto penale internazionale, caratterizzato ancora da un

⁶⁸ G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 692.

⁶⁹ Un commento approfondito della sentenza in F.M. PALOMBINO, *Should genocide*, cit., p. 786.

⁷⁰ Una sollecitazione in questa direzione proviene direttamente dalla camera di appello del TPIJ nel caso *Blaškić*, che riconosce l'assenza di una scala gerarchica dei crimini nel *case law* di quel tribunale.

⁷¹ Camera di prima istanza TPIR caso *Kambanda*, 19 ottobre 2000.

⁷² Sempre il TPIR nel caso *Kambanda* afferma che *"crime of genocide is unique because of its element of dolus specialis (...) and constitutes the crime of crimes"*; quest'ultima definizione di genocidio quale *Crime of crimes* è presente anche nel caso *Eichmann*, trattato innanzi alla corte distrettuale israeliana (e celebrato nel capolavoro della Harendt, *La banalità del male*, Milano, 2013); E. FRONZA, *op. cit.*, p. 338, S. MASSI, *op. cit.*, pp. 307 ss.



6/2018

esiguo numero di fattispecie delittuose, il criterio dell'assorbimento potrebbe operare nei soli casi non risolvibili alla luce della specialità unilaterale.

L'applicazione di quest'ultima, com'è noto, risulta complicata dal fatto che quel sistema non esprime un coerente ed unitario disegno di politica criminale.

4.4. *Segue: quello della sussidiarietà.*

La sussidiarietà si applica quando il rapporto tra le norme si caratterizza per la presenza di vari stadi o gradi diversi di offesa di un medesimo bene⁷³, con la conclusione che la norma superiore esaurisce l'intero disvalore del fatto e quindi sarà l'unica a trovare applicazione. Anche questo criterio si fonda su apprezzamenti di valore e spesso risulta difficile distinguerlo da quello della consunzione; si differenzia, invece, dal principio di specialità in quanto, diversamente da quest'ultimo che presuppone un rapporto logico di genere a specie tra i rispettivi elementi delle fattispecie astratte, determina l'assorbimento del fatto meno grave in altro più grave lesivo del medesimo bene, pur quando gli elementi della fattispecie risultino strutturalmente diversi – proprio come accade con il criterio di consunzione.

Il criterio, dunque, conduce ineluttabilmente al riconoscimento del concorso apparente in quanto la norma sussidiaria opera se l'altra non è realizzata.

In prospettiva, il rapporto di sussidiarietà potrà avere un ruolo significativo nella prassi della Corte Penale Internazionale se, come auspicato, si dovesse gerarchizzare la parte speciale dello Statuto di Roma, attraverso la predisposizione di clausole di riserva. In questo modo il controllo sui gradi diversi di offesa del medesimo bene verrebbe compiuto *a priori* e non sarebbe affidato alla valutazione del giudice. Considerata l'attuale struttura della parte speciale del diritto penale internazionale, sarebbe preferibile una clausola di riserva determinata, che individua in modo specifico la norma primaria con esplicito rinvio all'articolo che la contiene.

5. L'auspicabile introduzione di una disposizione di parte generale e la riorganizzazione della parte speciale.

Il concorso di reati, pur riconducibile nel fondamento al principio di stretta legalità e alle funzioni del sistema penale, interseca la elaborazione delle specifiche previsioni di parte speciale: la tecnica di redazione, la contrazione delle ipotesi criminose, l'eventuale loro proliferazione, costituiscono aspetti che incidono direttamente sull'ambito operativo della disciplina in argomento. Queste peculiarità rendono l'istituto del cumulo di fattispecie centrale nello studio del diritto penale, in quanto indicano il punto di tangenza tra le macro-categorie di parte generale, la forza

⁷³ G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 673; T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 444; U. KINDHÄUSER, *op. cit.*, p. 367; K. KUHL, *op. cit.*, p. 787; F.M. PALOMBINO, *The Overlapping*, cit., p. 131.

espressa dalle disposizioni di parte speciale, la vitalità delle proposte avanzate dalla dottrina e i limiti dell'attività ermeneutica del giudice. E simili aspetti non possono non essere considerati.

È stato correttamente osservato che il problema delle definizioni giuridiche di parte speciale, oltre ad avere una dimensione tecnica, possiede una pregnante dimensione istituzionale, in grado di illuminare il profilo dei rapporti tra i poteri dello Stato in generale, ma anche dei poteri tra Stati⁷⁴.

Per tali ragioni, soprattutto nel campo dell'ancora giovane diritto penale internazionale, appaiono auspicabili interventi che vadano in determinate direzioni⁷⁵.

Abbiamo già evidenziato che i rapporti tra concorso formale e materiale e concorso apparente sono rapporti da leggere in chiave diacronica: il concorso formale sussiste solo se l'applicazione dei criteri analizzati nega l'esistenza di un concorso apparente. Tuttavia, affinché questo principio si affermi, e non subisca violazioni, è necessario recuperare alla politica criminale la funzione di orientamento nelle scelte di penalizzazione, con la conseguenza che essa potrà rilevare anche sul piano ermeneutico nella individuazione dei criteri normativi di imputazione della responsabilità penale, in un'ottica di riduzione delle antinomie, strutturali, funzionali e di scopo. Solo seguendo queste premesse sarà possibile trasferire a livello internazionale un diritto penale che riesca a mettere al centro del proprio progetto l'implementazione delle funzioni di prevenzione integratrice. A tal riguardo non è fuori luogo considerare che, in presenza di un fatto caratterizzato da un unitario disvalore, l'applicazione della rigorosa disciplina punitiva del concorso di reati in luogo di quella più leggera del concorso apparente, può essere di ostacolo agli scopi di prevenzione generale positiva.

Su queste basi, non possono che essere le funzioni della pena a guidare l'elaborazione e l'applicazione delle regole sul concorso apparente; risulta indispensabile una ri-codificazione razionale della parte speciale⁷⁶. Questa *re-characterization de iure condendo* va sicuramente avviata attraverso una ristrutturazione delle disposizioni incriminatrici, grazie ad un accorpamento di alcune condotte; va ristrutturato il sistema delle incriminazioni secondo criteri di proporzione, con una selezione dei beni giuridici e delle forme di offesa che eviti, nei limiti del possibile, situazioni di sovrapposizione.

Un sistema così riformato, richiederebbe interventi anche di parte generale, quali l'introduzione del criterio di specialità unilaterale, a disciplina dei rapporti strutturali tra fattispecie, nonché di una clausola di riserva determinata, volta a sancire la soccombenza di una disposizione in concorso con altre poste a disciplina della stessa materia, intesa come stesso fatto.

⁷⁴ G. FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 39 ss.

⁷⁵ C.F. STUCKENBERG, *A cure*, cit., p. 366 afferma che "It is unquestionable correct that national criminal law concepts must not be imposed on international crimes without translation. Nonetheless, international criminal law is a species of criminal law and thus shares the structural features and problems that are the subject of criminal law theory everywhere".

⁷⁶ C.F. STUCKENBERG, *op. cit.*, pp. 365-366, reinterpretando la posizione di O. OLUSANYA, *op. cit.*



6/2018

L'obiettivo di edificazione di una giustizia penale internazionale che metta al centro la tutela dei diritti fondamentali, si realizza attraverso la costruzione di un catalogo di principi e regole di giudizio che rendono più omogeneo e determinato il sistema delle pene.

Solo così ci si potrà allontanare da un modello di pena che assecondi mere funzioni simbolico/espressive, anziché indirizzarsi verso compiti di integrazione positiva affidati ad un trattamento coercitivo equilibrato, proporzionato e ragionevole.