

VIVERE SCIENZE POLITICHE

Supporto appunti

Diritti umani e giustizia penale internazionale

Appunti di Alberto Presti



Vivere Scienze Politiche



viverescienzepolitiche.it

Indice

1. I diritti umani
2. Il diritto penale
3. I principi costituzionali penali
4. Il reato
5. I principi di carattere penale
6. La commisurazione della pena e il concorso di persone
7. Il processo penale e i gradi di giudizio
8. La Corte Europea dei diritti dell'uomo
9. Sistema penale e immigrazione
10. I crimini internazionali
11. La Corte Penale Internazionale
12. I crimini internazionali di competenza della CPI
13. La compartecipazione criminosa nei crimini internazionali



Gli appunti sono di proprietà di Vivere Scienze Politiche, si prega di rispettare la proprietà intellettuale. Il Supporto appunti è un servizio offerto dalla nostra associazione come supporto, è necessario sottolineare che gli appunti **non sempre sono sufficienti** per superare gli esami con profitto, quindi si consiglia agli studenti che usufruiscono di questo servizio di integrarli con i testi indicati nelle schede di trasparenza.



I diritti umani

I diritti umani appartengono all'uomo in quanto tale. Dal punto di vista storico-filosofico ci sono numerose controversie, secondo alcuni il fondamento lo troviamo nel giusnaturalismo, diritti che derivano da una fonte che non è nemmeno umana, ma che spettano a una dignità sovra umana, che pre-esistono all'ordinamento giuridico. L'ordinamento semplicemente lo riconosce: i diritti umani li ritroviamo del diritto naturale e non nel diritto positivo, ovvero quello espresso da una norma. Tra i diritti umani annoveriamo il diritto alla vita, il diritto all'integrità fisica, il diritto alla libertà di pensiero; ma in generale possiamo distinguere due grandi categorie, in base alla libertà che riconosciamo: fu Isaiah Berlin a creare questa distinzione tra **libertà positive** e **libertà negative**. Nel caso delle *libertà negative*, lo Stato deve limitarsi ad una non interferenza, per garantire queste libertà deve non interferire e non agire con esse nell'esercizio delle stesse; si parla di libertà di manifestazione del pensiero o diritto alla vita o ancora all'integrità fisica. Nel caso delle *libertà positive*, sono quelle libertà nelle cui attuazioni sono necessari degli interventi diretti dello Stato, agendo positivamente per garantire il diritto; si parla di diritto all'istruzione. Nella nostra costituzione all'**articolo 3 comma 2** si sancisce che *“è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”*.

Non sempre c'è un accordo dal punto di vista culturale su cosa deve essere considerato un diritto umano. Negli anni '70 secondo l'**ideologia marxista** i diritti umani negativi giustificavano le politiche imperialiste. Più recentemente il problema della tutela è stato contestato da molti Stati soprattutto nel continente asiatico, sostenendo che quelli riconosciuti sono espressamente di carattere occidentale; negli ambienti asiatici potremmo ritrovare dei diritti umani differenti. Esiste quindi questa controversia alimentata soprattutto dal pensiero marxista e rivendicata da altre filosofie di vita e culture. Secondo Norberto Bobbio si tratta di comprendere come dare attuazione ai diritti umani. Dal punto di vista storico, il riconoscimento dei diritti che preesistono all'ordinamento è da rintracciare già nel XIII secolo con la **Magna Charta**, un catalogo di diritti umani che non possono essere lesi e violati, si tratta di diritti che tutelavano solo una parte della popolazione, ovvero i nobili. Alcuni li identificano nelle **XXII tavole** romane, ma non le possiamo identificare come diritti umani. Altri ancora li identificano nell'**Habeas Corpus Act**, un atto normativo del 1679 emanato da Carlo II d'Inghilterra, in cui si stabiliva il diritto di chiedere a un giudice l'emissione di un provvedimento che motivasse le ragioni della detenzione di una determinata persona. Di riflesso è il primo atto che sul piano ordinamentale si sancisce il diritto del cittadino in quanto tale di ottenere un provvedimento giurisdizionale in cui sia privato della sua libertà. La lesione del corpo, ovvero la restrizione, non può avvenire mai senza un soggetto terzo che motivi l'azione della propria scelta. È uno dei principali elementi dello stato di diritto. È un documento fondamentale che riconosce la libertà negativa di non subire interferenze dal proprio ordinamento senza che queste non siano motivate. Altri documenti fondamentali nella tutela dei diritti umani secondo alcuni sono costituiti dalla **Costituzione Americana** del 1776 o dalla **Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino** del 1789 in Francia. Ma fino alla fine del 1800 la tutela dei diritti umani vale soltanto nei confronti delle autorità nazionali, sono diritti che sono violati dallo Stato a cui si appartiene. Possiamo dire che a partire dalla seconda metà dell'800 c'è un salto di qualità, in questa fase la tutela dei diritti può essere riconosciuta anche da entità e istituzioni esterne dalla quale appartiene il cittadino.

Abbiamo una tutela internazionale che comincia ad affacciarsi nel diritto internazionale, questo avviene subito dopo il secondo conflitto mondiale. Nasce quindi l'Onu: in questo contesto è

fondamentale la **Carta delle Nazioni Unite** del 1945 che all'**articolo 1** comma 3, seconda parte, tra gli obiettivi stabilisce quello di promuovere e incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali senza distinzione di sesso razza lingua o religione. Già nell'atto costitutivo troviamo un fine e un vincolo dell'organizzazione. Il documento fondamentale è la **Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo** del 1948 dove vengono riconosciuti di diritti politici, civili e sociali dell'uomo. Si tratta di un atto che non ha forza cogente, non è uno strumento imperativo, è una raccomandazione: ma tuttavia è diventato parte del diritto consuetudinario. A livello regionale, nel 1949 si forma la il **Consiglio d'Europa** con gli *Accordi di Londra*, che si dota di un testo fondamentale nel 1950, la **Convenzione europea dei diritti dell'uomo**. Questa carta deve essere attuata da tutti gli stati firmatari, che prevede un organo giurisdizionale la CEDU che ha funzioni consultive e giurisdizionali e che si occupa di dare attuazione ai principi elaborati dalla convenzione. Dal punto di vista del diritto internazionale la corte EDU è una grandissima novità, perché vi è la possibilità che il cittadino possa individualmente presentarsi davanti la corte previo esaurimento dei ricorsi interni.

In quel periodo il passaggio fondamentale è lo **statuto di Norimberga**. Con questo si stabilisce un principio fondamentale, che gli stati non sono liberi di violare i diritti umani dei propri cittadini, c'è una responsabilità, elaborando una categoria di crimini che superano alcune norme di diritto positivo, come i crimini contro l'umanità. Nella fase successiva sul piano Onu vengono emanate una serie di convenzioni: il **Patto sui diritti civili e politici del cittadino** del 1966, che viene firmato dalla stragrande maggioranza degli stati: poi abbiamo delle convenzioni specifiche che formano un corpus normativo di tutela dei diritti umani, che cominciano a succedersi nel tempo. La **Convenzione contro il genocidio** del 1948 dove gli stati firmatari si impegnano al divieto di genocidio; la **Convenzione contro l'apartheid** del 1973; la **Convenzione contro la tortura e i trattamenti disumani degradanti** del 1984. Altri fondamentali passaggi sono la **Convenzione dei diritti dei lavoratori migranti** del 1990, o la **Convenzione sulle sparizioni forzate** del 2006, ovvero il fenomeno durante gli anni 70-80 conosciuto come il caso dei *desaparecidos*. A queste convenzioni si aggiungono dei protocolli addizionali, che specifica in modo più analitico i diritti e le tutele che vanno garantiti. Per esempio il *protocollo sul trafficking*.

Nell'ambito dell'Onu, il primo organo deputato alla tutela è la **terza commissione dell'assemblea generale**, poi il Segretario Generale che si occupa di coordinare l'attività, e infine il Consiglio di Sicurezza che ha il compito di mantenere la pace e la sicurezza internazionale, ed è l'unico a poter imporre decisioni vincolanti nei confronti degli stati. Un altro organo è la CIG, che dirime le controversie tra gli Stati, non è direttamente responsabile della tutela dei diritti umani, ma lo è indirettamente nel momento in cui dirime le controversie tra gli stati. Un altro organo ancora è il **Consiglio dei diritti umani**, specificatamente indirizzato a tale fine, introdotto nel 2006, si occupa di elaborare dei rapporti periodici sul rispetto dei diritti umani da parte degli stati membri, si tratta di un controllo continuo nei confronti degli stati; è un organo molto importante perché raccoglie molte informazioni. I poteri che ha questo organo però sono sprovvisti di una forza cogente, alla fine la sua azione non si traduce nell'emanazione di un atto vincolante nei confronti degli Stati, è una forma di istruttoria, conoscenza e pressione politica, rimanendo nell'anima del **soft law**. Non è possibile una tutela dei diritti umani se manca un riconoscimento da parte delle autorità nazionali. Nel caso della regionalizzazione della tutela dei diritti umani troviamo strumenti più incisivi, l'Unione Europea è un altro ordinamento regionale che ha caratteristiche diverse che si fonda sul TFUE e sul TUE e prevede la Corte di Giustizia dell'UE; in questo caso abbiamo un catalogo di diritti come la **Carta di Nizza**. Anche nel continente americano abbiamo la **Corte interamericana dei diritti dell'uomo** del 1969 creata con la **Convenzione americana dei diritti dell'uomo**. In Africa è più recente il

fenomeno, abbiamo nel 1981 la **Carta africana dei diritti dell'uomo**, in una visione culturale leggermente diversa rispetto alla nostra, con una corte africana. Rimangono fuori i paesi del medio oriente dalla tutela regionale dei diritti umani.

Dal punto di vista internazionale possiamo distinguere diverse figure. Dobbiamo partire dal diritto di asilo, o **diritto dei rifugiati**, diritto umano fondamentale riconosciuto a livello internazionale: l'asilo politico lo può richiedere chi vive nel fondato timore di subire una persecuzione nel proprio paese qualora ne faccia ritorno. Il rifugiato o richiedente asilo è colui che può chiedere il diritto d'asilo. La **Convenzione di Ginevra** del 1951 identifica i presupposti per il riconoscimento dello status di rifugiato, questa nasce da un periodo post bellico. I profughi sono un'altra categoria giuridica, non si può dimostrare una persecuzione, il soggetto scappa per altri motivi. In questo caso entra a far parte il diritto umanitario sui profughi e gli sfollati. Esiste il principio di non respingimento o di espulsione collettiva, bisogna fare una valutazione individuale per identificare lo status, ma bisogna comunque riconoscere i diritti umani.

Il diritto penale

Il diritto penale è quel settore dell'ordinamento che regola l'esercizio di un potere coercitivo nei confronti del cittadino. Negli ordinamenti liberali è opportuno chiedersi quando è possibile esercitare questo potere, cosa possiamo punire con la sanzione penale. Dobbiamo capire cosa è un reato e quali sono i presupposti. La violazione di una norma non sempre è un reato; generalmente il reato riguarda gli illeciti più gravi. Reato è tutto ciò che la legge prevede tale: la legge prevede un comportamento come reato e stabilisce come reazione e sanzione, una sanzione penale, ovvero privazione della libertà o pena di morte, oppure una sanzione pecuniaria per i reati meno gravi. Il reato può essere di **tipo formale**, e lo identifichiamo come sanzione penale: la reclusione o la multa in Italia; mentre è più complesso stabilire la natura sostanziale del reato.

Quando il legislatore può stabilire che un comportamento può essere sanzionato con una sanzione penale?

Negli ordinamenti democratici è necessario legittimare il potere, serve la legittimazione del diritto penale. Si dividono due grandi filoni negli ordinamenti liberal-democratici: uno è il principio del cosiddetto **Harm Principle**, elaborato da John Stuart Mill alla fine dell'800, ovvero principio del danno. Dal punto di vista sostanziale un ordinamento può punire un comportamento con la privazione della libertà solo se risponde al principio del danno, ovvero ha causato un danno nei confronti di una persona o dello Stato. Questo è diretto alla tutela della vittima in carne ed ossa, il comportamento deve aver arrecato un danno ad un altro, senza questa prova del danno, quella decisione di punire il comportamento sarebbe illegittima. Non possiamo punire la morale: un altro criterio è il **Legal Moralism**, c'è chi sosteneva che lo strumento morale poteva essere utilizzato per promuovere una morale piuttosto che un'altra. Secondo Mill che scrive **On Liberty**, ciò che possiamo punire è l'arrecare un danno ad altri, anche chiamato **harm to others**. In realtà si contrapponevano questi due filoni, che sono ancora presenti: ma il principio del danno ha avuto la meglio nei nostri ordinamenti. Si pone però il problema di comprendere qual è il danno. Nella tradizione tedesca che è l'altro grande fondamento del diritto penale, si sviluppa la **teoria del Bene giuridico**: cioè possiamo incriminare un comportamento nel momento in cui tale comportamento leda un bene meritevole di protezione, il bene giuridico. I beni giuridici sono individuali o collettivi, *individuali* sono salute e vita e *collettivi* l'interesse dello Stato. Nell'una o nell'altra teoria comunque non si capisce bene cosa dovrebbe punire o meno il legislatore: hanno lo scopo di restringere il campo di azione di chi legifera sulla materia

penale. Il legislatore però ha dovuto utilizzare delle teorie più cogenti: la **Costituzione**. Questa prevede un catalogo di beni giuridici: infatti è impossibile oggi introdurre un reato che punisca un soggetto per le sue caratteristiche personali, perché questa norma violerebbe uno dei principi fondamentali della Costituzione. Ovviamente anche in questo caso non abbiamo dei principi che ci danno delle regole certe da seguire, spetterà alla Corte Costituzionale capire se un reato che è stato introdotto sarà costituzionalmente legittimo. Secondo quindi la teoria del **costituzionalismo penale**, la Costituzione fornisce dei principi, e da questa teoria si scaturiscono due filoni: la **teoria di Franco Bricola** sulla teoria dei beni costituzionali come unico oggetto di tutela penale, ovvero quando è violato uno dei beni o interessi presenti nella carta costituzionale. Questa teoria in realtà è contestata perché sembra eccessivamente ambiziosa e non fornisce dei requisiti certi. Secondo la **teoria di Giovanni Fiandaca**, oggi vigente, va ritrovato un fondamento nei beni costituzionali ma senza che sia possibile stabilire in maniera certa e precisa quali siano i limiti del legislatore. Quando si introduce un reato è necessario introdurre un bene giuridico ovvero perché puniamo: l'Italia è nel filone della teoria tedesca. Si punisce perché esiste un bene giuridico che merita la tutela, rispettando i principi della Costituzione. Bisogna giustificare il proprio potere penale, dopo che lo si giustifica, bisogna verificare se il bene giuridico è costituzionale o meno.

L'altra domanda fondamentale è perché puniamo?

Nel diritto premoderno la funzione della pena era quella vendicativa. La vendetta si esercitava con delle regole, era esercitata prima dai gruppi parentali nei confronti del soggetto o di altri gruppi parentali. Ad un certo punto si è ristretto il campo della vendetta al fine di governare la società ed evitare una vendetta senza fine. Nella funzione della pena ci sono due teorie: innanzitutto le **teorie retribuzioniste**, che sono fondate sulla morale e sono versioni evolute della concezione di vendetta, vuol dire che l'ordinamento reagisce con lo stesso comportamento (chiamato anche **retribuzionismo penale**). La pena retributiva è quella che trova fondamento nella reazione umana, che chiede un'altra sofferenza. Costituisce già una restrizione della vendetta perché questo potere viene trasferito allo Stato. Questa pena però ha una forma di garanzia per il reo, la funzione di garantire la proporzione: la pena è proporzionata al comportamento. Le altre teorie sono le **teorie consequenzialiste della pena** o anche **teorie preventive**: vi è la prevenzione di futuri crimini. Le conseguenze possono essere generali o speciali: la funzione della pena secondo le teorie consequenzialiste-preventive sono quelle di prevenzione generale e di prevenzione speciale: applichiamo la pena perché abbiamo questo obiettivo. La **prevenzione generale** può essere positiva o negativa ed è nei confronti della società: *negativa* vuol dire che mi aspetto che la pena eserciti una funzione di deterrenza, il soggetto cittadino ha timore di incorrere in una pena, e quindi è scoraggiato a compiere un reato; *positiva* invece, perché promuove un comportamento. La **prevenzione speciale** è rivolta non alla generalità ma all'individuo stesso, al reo, a colui che ha commesso il reato: la prevenzione speciale è una funzione della pena sia positiva che negativa: è *negativa* quando la pena è applicata in modo tale che si blocca l'attività criminale del soggetto, neutralizzando la condotta criminale. Ma in *positivo* la funzione preventiva speciale vuol dire che al soggetto criminale offro un programma rieducativo. L'**articolo 27** della Costituzione sancisce che la pena deve tendere alla rieducazione, ma non può obbligare. La Corte Costituzionale più volte ha precisato che la pena è polifunzionale, svolge più funzioni correlate tra di loro, tutte queste funzioni sono strettamente correlate.

I principi costituzionali penali

Più recentemente, la teoria classica della pena polifunzionale è stata accostata al concetto di **pena riparativa**, una nuova concezione della pena che serve a riparare le conseguenze del reato. Tale idea è ricollegabile ad una forma di giustizia nella quale l'autore del reato si preoccupa di riparare le conseguenze dell'offesa, di ciò che egli ha causato nei confronti della vittima o della collettività. Attraverso la mediazione di reato quindi, autore di reato e vittima si incontrano in presenza di un mediatore, per spiegare le ragioni del crimine e la conseguenza creata alla vittima. Tale accordo riparativo può avere differente valore giuridico in relazione alla gravità del reato e al momento del processo al quale facciamo riferimento: tra gli adulti ad esempio tale accordo è consentito soltanto nella fase penitenziaria in Italia, in seguito a ciò possono ottenere benefici o sconti di pena. Forme di giustizia riparativa sono state applicate su vasta scala nelle giustizie di transizione, cioè paesi in cui si passa da un regime dittatoriale ad uno democratico, come in Sud America. In questo caso sono state formate delle commissioni, davanti alle quali gli autori del reato incontravano i familiari e la vittima per un confronto e un accordo con conseguente amnistia. Questo elemento della riparazione viene utilizzato molto, questa pena riparativa ovviamente non deve andare ad escludere le altre funzioni tenendo conto sempre del principio della polifunzionalità.

I **principi costituzionali penali** sono principi di natura illuministica che affondano le loro radici su principi di garanzia, si elabora ad esempio il *principio della consacrazione dei poteri*, per evitare l'abuso di potere e che questo possa concentrarsi su un unico soggetto. In materia penale, un fondamentale principio è il cosiddetto **Principio di legalità**, in materia penale è uno dei principi base da seguire in materia di comportamento e trova il suo riconoscimento nell'**articolo 25** della Costituzione: "*Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge*". Tale principio viene chiamato **riserva di legge** ed è un sotto principio del principio di legalità e si accompagna al **Principio di irretroattività**, è necessario anche che questa norma rispetti il principio di *determinatezza* e *tassatività*: questi sono fondamentali poiché consentono l'attuazione insieme alla riserva di legge e al principio di irretroattività. Il **principio di determinatezza** fa riferimento al fatto che una legge deve essere determinata, non soggetta a diverse interpretazione, deve essere chiara. Il **principio di tassatività** fa riferimento al fatto che non è possibile estendere il significato della norma a casi analoghi, non posso estendere a casi analogici il potere incriminatorio della norma, tale principio di tassatività viene anche detto *divieto di analogia in malam partem*. Questi principi hanno natura costituzionale, dunque devono essere seguiti. L'analogia può essere applicata in casi di lacuna del diritto, tranne nel diritto penale. Approfondiamo i vari elementi:

Riserva di legge: cosa è la legge? Quella norma che viene creata alla fine dell'iter parlamentare, così da garantire un dibattito tra le varie forme politiche. Da qui faccio rimando al **Contratto sociale**: l'individuo acconsente alla limitazione delle sue libertà così da riconoscere dei poteri a entità superiori. Quando parliamo di legge intendiamo: legge parlamentare, decreto legislativo, decreto legge. La **riserva di legge** può essere assoluta o relativa: *assoluta* riguarda il parlamento, *relativa* quando le altre forze di legge possono prevalere. A livello sovranazionale c'è anche qualcosa da dire: mentre a livello civile tramite regolamenti e direttive riconosciamo la superiorità di determinate norme, a livello penale solitamente gli Stati si riservano la supremazia. È anche vero però che non possono essere introdotti reati europei nel nostro ordinamento, ma tramite emanazione di regolamenti e direttive queste possono influire. Nei regolamenti che hanno diretta applicabilità ad esempio si introducono dei principi che vanno a limitare la condotta degli individui all'interno del nostro ordinamento. Le direttive richiedono di conformare l'ordinamento interno a quello europeo, possono

introdurre obblighi di incriminazione. Una legge penale non può essere ovviamente nemmeno di natura regionale, anche se in Sicilia ad esempio abbiamo l'ARS.

Per analizzare il **principio di irretroattività** facciamo riferimento al primo comma dell'**articolo 2** del Codice Penale. È una riproduzione dell'**articolo 25** della Costituzione: *“Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato. Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali”*. La Corte EDU, all'articolo 7 prevede il principio di irretroattività, applicabili nei sistemi di Common Law ma che esiste anche nei sistemi di Civil Law. Esiste un reato chiamato “concorso esterno in associazione mafiosa” che nel nostro ordinamento non è presente ma si combina al **416bis** di associazione mafiosa e al **410** e viene applicato nel nostro ordinamento, come il Caso Contrada.

Il reato

Con reato ci riferiamo ad un fatto tipico (comportamento corrisponde alla norma incriminatrice) antigiusuridico (fatto tipico che va contro il diritto e non c'è una causa che giustifica il fatto) e colpevole (non ci devono essere scusanti ovvero un comportamento rimproverabile, quando un soggetto potrebbe aver agito altrimenti ma non l'ha fatto). Ci sono diverse tipologie di reato;

- Innanzitutto li possiamo distinguere in **reati di pura condotta** e **reati di evento**. Nei primi, per poter configurare il reato, è necessario che il soggetto agente abbia realizzato la condotta; un classico caso è l'evasione dal carcere o l'omissione di soccorso. La maggior parte dei reati invece sono reati di evento, si incrimina l'evento consequenziale alla condotta, è necessario trovare un nesso tra il comportamento e l'evento conseguente; l'omicidio è un classico esempio. È l'evento a caratterizzare il reato, se non provo il nesso di causalità, allora non potrò ritenere accertato il fatto tipico; mentre nei secondi non è necessario.
- Un'altra distinzione è tra **reati commissivi** e **reati omissivi**. La condotta tipica del soggetto agente può essere attiva quando si configura un'azione del soggetto agente e quindi parliamo di reato commissivo, se invece si tratta di una condotta passiva quindi di un'omissione o di un non comportamento, parliamo di reato omissivo. Gli ordinamenti democratici utilizzano obblighi negativi, ovvero si può agire come si vuole ma non per determinate fattispecie, come l'omicidio. Ci sono alcuni casi invece che si hanno obblighi positivi, ovvero agire con uno specifico comportamento, bisogna fare ciò che l'ordinamento dice di fare come l'**omissione di soccorso** disciplinata all'**articolo 593** del Codice Penale. Gli obblighi positivi generalmente sono eccezioni perché il nostro ordinamento ha obblighi negativi. I reati omissivi li possiamo distinguere in due grandi categorie: i **reati omissivi propri** (articolo 593) e i **reati omissivi impropri** (articolo 40 comma 2). Sono propri perché la legge incrimina direttamente una condotta omissiva; mentre quelli impropri sono disciplinati dall'**articolo 40 comma 2** del Codice Penale, il quale sancisce che *“non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”*. La legge non incrimina direttamente l'omissione, e questo reato fa riferimento solo ai reati di evento. L'articolo 40 introduce degli obblighi di garanzia, un soggetto chiamato garante è chiamato a intervenire per salvaguardare un altro soggetto che non è capace di provvedere a sé stesso. Questi obblighi di garanzia possono essere trasmessi anche tramite contratto (baby sitter).
- Ulteriore fondamentale distinzione è tra **reati dolosi** e **reati colposi**, disciplinati dall'**articolo 42** del Codice Penale. I reati dolosi sono commessi con coscienza e volontà e quindi l'evento è voluto

dal soggetto agente. I reati colposi detti anche contro volontà, sono chiamati così perché il soggetto agisce con colpa violando una regola cautelare; il reato è meno grave rispetto a quello doloso, si commette per negligenza.

- Importante distinzione è tra **delitti** e **contravvenzioni**. I reati di delitti sono più gravi, l'omicidio è un delitto; le contravvenzioni sono reati meno gravi, tipo le molestie. Attenzione a non confondere le contravvenzioni penali con quelle amministrative. Nel **libro terzo** ritroviamo le contravvenzioni. La distinzione la vediamo in base alla sanzione penale, i delitti possono essere puniti con tre sanzioni: ergastolo, reclusione, multe; mentre le contravvenzioni con l'arresto e l'ammenda. Per i delitti, si risponde soltanto per dolo se la legge non specifica altrimenti, si risponde anche per colpa solo quando la legge lo dice espressamente. Per le contravvenzioni è indifferente il dolo o la colpa.
- Un'aggiuntiva distinzione può essere tra **reati propri** e **reati comuni**. Generalmente i reati sono comuni perché la legge penale dice "chiunque", possono essere realizzati da qualsiasi soggetto. In altri casi invece i reati sono definiti propri, il soggetto agente deve avere determinate caratteristiche o qualifiche, tipo l'uxoricidio. La concussione è un atto di sopraffazione di un pubblico nei confronti dei privati, è un atto di coercizione, è un delitto proprio.
- A seconda del bene che vogliamo tutelare, i reati possono distinguersi in **reati a forma vincolata** e i **reati a forma libera**, sono reati di evento. Il reato a forma vincolata si basa sul **principio di frammentarietà**, vuol dire che il legislatore frammenta i reati punibili identificando alcuni comportamenti, facendo sì che non tutti gli eventi vengono puniti, ma solo quei comportamenti che creano lesione. L'**articolo 640** del Codice Penale è un classico esempio di reato a forma vincolata (**reato di truffa**): vengono puniti i comportamenti che si basano su artifici e raggiri in questo caso. Per i reati a forma libera, il bene è più importante e deve essere tutelato. All'**articolo 575** del Codice Penale si parla del reato di omicidio, non ci sono specifiche, tutti i modi e le condotte che cagionano la morte sono punite: non vale il principio di frammentarietà.

Quando parliamo di fatto tipico, è un fatto che corrisponde al contenuto della norma incriminatrice. Il primo elemento è la **condotta** e il secondo è l'**evento**. Tra la condotta e l'evento c'è un rapporto di causalità, bisogna dimostrare che quella condotta realizzata dall'agente è la causa dell'evento che la norma vuole impedire. Come facciamo a dimostrare questo rapporto?

La teoria fondamentale per legare questi due poli è la **Teoria della condicio sine qua non**: bisogna effettuare un procedimento di eliminazione mentale; dobbiamo mentalmente eliminare la condotta, se all'esito di questo procedimento l'evento permane, allora quella condotta non è la causa dell'evento, se invece l'evento non si verifica eliminando la condotta, allora vuol dire che quella condotta è la causa dell'evento: la condotta è quindi stata la condicio sine qua non (la condizione senza la quale). Questa teoria è stata anche criticata perché limitante, non spiega i fattori causali; si critica il regresso ad infinito. Questa teoria deve essere completata con la **sussunzione sotto leggi scientifiche**: non basta il procedimento di eliminazione mentale, ma questo rapporto di causalità va adeguato considerando la spiegazione di causa effetto, non sulla base di un procedimento intuitivo del giudice, ma va rintracciata una legge di copertura, generalizzante, che ci spieghi che al comportamento **A**, secondo una legge generale di copertura che abbia caratteristiche particolari, ovvero che sia scientifica, corrisponde l'evento **B**. Che tipo di leggi scientifiche?

Si distinguono in due categorie: le **leggi scientifiche in senso proprio**, sono le leggi fisiche che ad A corrisponde per forza B, sono leggi universali; nelle dinamiche umane quando bisogna spiegare fattori umani è molto raro utilizzare leggi universali, ecco perché sono utilizzate le **leggi probabilistiche**, per cui al fattore A corrisponde un'alta probabilità di casi un fattore B, una legge che sia verosimile;

purché il coefficiente di probabilità sia legato ad un'alta probabilità di casi assimilabile alla certezza. Più recentemente questa tesi dell'alta probabilità è stata ulteriormente adeguata da un'altra sentenza molto importante delle **Sezioni unite**, la **Sentenza Franzese: la tesi di causalità logica o razionale**. Accanto ad una probabilità di tipo statistico bisogna verificare che vi sia anche un rapporto di causalità logico-razionale; in quanto esiste un altro evento C che razionalmente escluda di giustificare logicamente che A ha provocato B: un fattore concorrente.

Il secondo elemento del reato è l'antigiuridicità: l'esigenza è che il comportamento sia *contra ius*. Esistono delle norme che invece facoltizzano questo comportamento, e prendono il nome di **cause di giustificazione**. Queste cause sono tutte quelle norme che autorizzano e rendono legittimo un comportamento altrimenti punibile: le ritroviamo all'**articolo 50 e ss** del Codice Penale. Tra le cause di giustificazioni ritroviamo il **consenso dell'avente diritto** all'**articolo 50**; l'**esercizio di un diritto** o l'**adempimento di un dovere** all'**articolo 51**; la **legittima difesa** all'**articolo 53**; l'**uso legittimo delle armi** all'**articolo 53**; lo **stato di necessità** all'**articolo 54**. Le cause di giustificazione fanno parte della macro-area delle **cause di esclusione della pena** insieme alle *scusanti* e alle *cause di non punibilità in senso stretto*. Nelle cause di giustificazione, l'ordinamento non punisce perché il comportamento è lecito. I principi che giustificano le cause di giustificazione sono il **principio di non contraddizione**: se io riconosco un diritto ad un cittadino, non possono punire il concreto esercizio del proprio diritto; altro principio è il **principio del bilanciamento degli interessi prevalenti**: c'è un interesse prevalente nel tutelare un bene rispetto ad un altro, si basa su un principio di autotutela che viene affermato in via derogatoria, il bene è prevalente e quindi non si può attendere la forza pubblica, nel caso del bene vita; in alcuni casi il principio di bilanciamento è più forte nel caso del consenso dell'avente diritto, perché c'è un interesse mancante dato dal consenso del soggetto, quindi non si punisce.

Ovviamente queste norme sono sottoposte a diversi limiti: non tutte le reazioni sono giustificate, per cui all'**articolo 52** la legittima difesa deve essere attuata solo se il pericolo è ingiusto, attuale e la difesa deve essere proporzionata: si intende proporzione tra beni in conflitto e modalità di reazione alla condotta, bisogna valutare ogni volta questi due elementi. Esiste la legittima difesa domiciliare al **comma 2** dell'**articolo 52**: sussiste un rapporto proporzionale se qualcuno entra nel tuo domicilio, è presuntivamente esistente; è stato introdotto nel 2006. Però sono posti dei limiti perché è presuntivamente esistente se esiste un'arma legittimamente detenuta, se l'azione è perpetrata al fine di difendersi la propria o altrui incolumità, beni propri o altrui quando vi è desistenza e pericolo di aggressione.

Un'altra difesa è all'**articolo 51** ovvero l'adempimento del dovere, ci deve essere l'ordine dell'autorità, il comportamento è scriminato quando l'ordine è legittimo, se l'ordine è illegittimo, a rispondere è il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine e colui che lo ha eseguito; ci sono due eccezioni, se vi è stato un errore di fatto, o quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine: la legge non consente al subordinato di sindacare, soprattutto negli assetti molto gerarchici come quelle militari. In questo caso il comportamento è scriminato perché anche un ordine illegittimo può essere scriminato in questi due casi. Questa regola è stata temperata però anche nell'ambito delle gerarchie militari, in un caso specifico, nel caso in cui l'ordine sia *manifestamente criminoso*: allora anche se la legge non consente al sottoposto di sindacare, questo ha l'obbligo di disobbedire. Se in guerra si ordina di sterminare o dare fuoco ad un villaggio di civili, questo è un ordine manifestamente criminoso.

Altra causa di giustificazione è quello dello stato di necessità all'**articolo 54** il quale sancisce che non è punibile chi ha commesso il fatto quando è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal

pericolo attuale di un danno grave ad una persona; pericolo da lui non volutamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Vi è quindi un pericolo attuale, il danno deve essere alla persona e proporzionato, e non altrimenti evitabile. Lo stato di necessità è una figura ibrida, si basa sul principio dell'interesse prevalente rispetto a quello sacrificato (si basa sia sulle cause di giustificazioni che sulle scusanti). Se gli interessi sono equivalenti in questa ipotesi il principio che governa è quello di inesigibilità, non si condanna il soggetto perché il soggetto non è in grado di agire altrimenti, e quindi il principio agisce come scusante non come legittimità del fatto. In questo caso è prevista un'indennità in favore della vittima perché il comportamento non è legittimo ma scusato.

All'**articolo 55** si parla di **eccesso colposo**, quando vi è una causa di giustificazione e si eccedono corposamente i limiti imposti dalla legge si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi. Più interessante è l'**articolo 59** che prevede le **circostanze non conosciute** o **erroneamente supposte**: il primo elemento è la **rilevanza oggettiva** e il secondo la **rilevanza putativa**. Il principio della rilevanza oggettiva significa che se si commette un reato e non si è a conoscenza che si sta agendo in presenza di una causa di giustificazione, o non si sa che quello è un diritto, allora comunque non sarà punito. Più frequente è il caso opposto, ovvero quello putativo, si pensa che esistano degli elementi della causa di giustificazione ma in realtà non è così: nemmeno in questo caso sarà punito.

Il terzo elemento del reato è la colpevolezza. La colpevolezza è la rimproverabilità, ovvero la possibilità di agire altrimenti. È necessaria la capacità di intendere e di volere, il dolo o la colpa, la conoscibilità della norma penale, e l'assenza di scusanti. Il dolo può essere **intenzionale**, nel caso in cui l'evento è esattamente l'esito della mia intenzione, ed è la forma più grave; il dolo può essere **indiretto**, o di secondo grado, il soggetto non vuole realizzare direttamente l'evento che la norma vuole impedire, ma la concepisce come conseguenza necessaria del suo comportamento; il terzo dolo è **eventuale**, il soggetto si rappresenta la possibilità che la propria condotta determini l'evento che la norma vuole impedire, non vuole quell'evento, si presenta la possibilità e agisce comunque. In alcuni casi la legge distingue i reati a seconda del grado del dolo.

I principi di carattere penale

L'**articolo 25** della Costituzione presuppone il *fatto*: si fa riferimento alla distinzione fra reato e peccato, nel diritto penale non contano le intenzioni. La secolarizzazione del diritto (divorzio fra diritto e la religione, foro interno e foro esterno) crea due campi separati, e dunque per avere un reato è necessario il fatto. Questo si basa su due principi, il **principio di materialità** dove la responsabilità penale presuppone un fatto, una condotta e una modifica della realtà esterna: *nullum crimen sine actione*; il **principio di offensività** dove vi deve essere un'offesa di un dovere meritevole di tutela e protezione: *nullum crimen sine iniura*. Il fatto deve violare, offendere un bene tutelato dall'ordinamento.

Per poter applicare il principio di offensività in concreto dobbiamo fare delle distinzioni fra diversi tipi di reato: **reato di danno** e nel caso in cui una condotta non causi il danno del bene, ma lo metta comunque in pericolo avremo il **reato di pericolo**, in astratto e in concreto. Vi sono reati di pericolo per i quali il giudice deve concretamente verificare se il bene è stato messo in pericolo (es. incendio di cosa altrui o caso di guida in stato di ebbrezza - quest'ultimo è un reato di pericolo astratto, condizione che non necessariamente indica che sto mettendo, in concreto, in pericolo l'incolumità altrui; in questi casi il legislatore definisce, astrattamente, per sua esperienza, un reato, che poi in

concreto potrebbe non avverarsi). Questi reati di pericolo (in particolare quelli astratti) possono creare problemi nel rispetto del principio di offensività, quando l'esperienza del legislatore e la definizione astratta della fattispecie non incontrano il fatto empirico. Il **fatto inoffensivo** è un fatto che corrisponde alla norma ma che effettivamente non offende il bene/l'interesse che l'ordinamento vuole tutelare (es. rubo un acino d'uva - detengo una piantina di Marijuana). Da qui l'**articolo 131bis**, che prevede l'irrelevanza penale per la particolare tenuità ed esiguità del reato e non è punibile (l'interpretazione della tenuità del fatto è lasciata al giudice).

Ulteriore principio è il **principio di colpevolezza** sancito dagli **articoli 25 e 27** della Costituzione: la responsabilità penale è personale (espressione del singolo individuo - vi è il divieto di responsabilità per fatto altrui), infatti *nullum crimen sine culpa*, cioè una persona non è considerata colpevole senza una sentenza definitiva (*responsabilità per fatto proprio colpevole*), dove per colpevole si intende **rimproverabile** (potevo agire altrimenti e non l'ho fatto). È possibile muovere un rimprovero di tipo personale al soggetto ma un reato non può essere riconosciuto o rimproverato ad un soggetto se questo non ha la possibilità di agire altrimenti, oppure non aveva ad esempio la capacità di intendere e di volere. Si tiene così conto del fattore psicologico degli individui e delle loro azioni (**giudizio di stigmatizzazione penale**).

La pena è applicabile solo a chi commette il reato; nel caso in cui il soggetto non abbia le capacità per aver riconosciuta alcuna responsabilità si può intervenire con misure di sicurezza (ad es. il ricovero coattivo in ospedale psichiatrico).

Oltre all'*elemento oggettivo* (il fatto, il comportamento) va, dunque, valutato l'*elemento soggettivo* (ossia la psiche dell'individuo) seguendo in **principio della rimproverabilità e dell'esigibilità** (ossia possibilità di agire altrimenti). Questi principi li rintracciamo nella stessa struttura del reato, necessaria per individuare il reato stesso. Il reato è, secondo la teoria maggioritaria, tripartito:

- La prima parte è caratterizzata dal **fatto tipico**: si verifica ciò che la norma voleva impedire; quel comportamento è conforme alla fattispecie di reato prevista dalla norma.
- La seconda parte è caratterizzata dall'**antigiuridicità**: non tutti i fatti conformi al tipo sono antigiuridici (es. omicidio per legittima difesa, militare che uccide adempiendo al suo dovere, quando vi è la causa di giustificazione), deve essere contrario al diritto, cioè deve essere assente una causa di giustificazione.
- La terza parte è caratterizzata dalla **colpevolezza**: il fatto deve essere rimproverabile (possibilità di agire in un modo alternativo) dal punto di vista personale, soggettivo. Non vi devono essere cause di esclusione della colpevolezza, le cosiddette scusanti. Per avere colpa il soggetto deve essere capace di intendere e di volere, deve agire con dolo (con l'intenzione di creare il danno) o colpa (violando una regola cautelare). La norma penale violata deve essere conosciuta o conoscibile (una norma che non è conoscibile non può determinare responsabilità penale).

Se non vi sono questi elementi, non siamo in presenza di un reato.

La commisurazione della pena e il concorso di persone

La colpevolezza rileva sia una *fase fondante* costitutiva dell'illecito penale del reato ma rileva anche una *fase graduante*, nella fase cioè della commisurazione della pena. Quest'ultima ha una certa rilevanza perché si occupa di esaminare concretamente il quantum della pena, la pena che va comminata al soggetto riconosciuto responsabile del reato. È una norma molto importante l'**articolo 133** del Codice Penale che individua i **criteri di commisurazione della pena**: le pene non sono fisse nel nostro ordinamento, sono inserite dentro una *cornice edittale*, ovvero viene dettato un minimo e

un massimo (da 2 a 6 anni per esempio per la falsa testimonianza). Non si introducono pene fisse perché ci sono delle situazioni particolari per ogni reato, e si lascia al giudice la pena definitiva. Il giudice è il soggetto al quale viene demandato il compito di commisurare la pena in base all'**articolo 133**: ci sono però altri fattori stabiliti dalla legge per identificare il quantum della pena, che vengono definiti come *attenuanti* e *aggravanti*. È certo il giudice a comprendere se ci sono attenuanti o aggravanti, ma è la legge a stabilire le situazioni predefinendoli. In primo luogo il giudice verifica se ci sono le attenuanti o aggravanti a norma dell'**articolo 61** per le aggravanti e **62** per le attenuanti: queste vengono definite *comuni*, perché si applicano a tutti i reati e prevedono un aumento o una diminuzione della pena fino ad un terzo. Esistono poi quelle *specifiche* per singoli reati che vengono chiamate *attenuanti* o *aggravanti speciali* e sono individuate non in questi articoli ma nella legislazione complementare, ovvero tutte quelle leggi che introducono reati. Si definiscono *ad effetto speciale* se prevedono un aumento o una diminuzione superiore o inferiore ad un terzo. La legge impone al giudice di verificare se ci sono attenuanti o aggravanti sia comuni che speciali. Poi gradua la responsabilità applicando l'**articolo 133**. Per quanto riguarda le *attenuanti comuni* possiamo analizzare ad esempio se nel caso di danni patrimoniali questo danno sia di speciale tenuità. Per quanto riguarda le *aggravanti comuni* ritroviamo per esempio la *premeditazione*. L'**articolo 133** prevede due grandi differenze, ovvero presentando *elementi oggettivi* (gravità del danno, mezzi utilizzati) e *sogettivi* (intensità del dolo e della colpa).

Il reato oltre ad identificare la pena, può avere delle conseguenze civili. Secondo l'**articolo 185** del Codice Penale, ogni reato obbliga alle restituzioni e obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che a norma delle leggi civili rispondono per il fatto di lui. La persona che subisce un danno può chiedere il risarcimento costituendosi parte civile, ovvero chiedere il risarcimento dei danni in sede penale. Il responsabile civile è colui che risponde civilmente del reato commesso.

Molto spesso il reato viene commesso da una pluralità di soggetti che concorrono e cooperano nella commissione del reato: sorge la necessità di punire tutti i concorrenti. La legge deve precisamente specificare i presupposti di chi risponde, come e perché risponde delle proprie azioni: dove nel codice penale troviamo la possibilità di estendere la responsabilità del reato? Nell'**articolo 110** del Codice Penale si parla di *concorso di persone*: “Quando più persone concorrono nel medesimo reato ciascuna di esse soggiace alla pena per essa stabilita, salvo le disposizioni degli articoli seguenti”. Qui viene preso in considerazione il *combinato disposto*, ovvero si combina l'**articolo 110** con l'articolo a cui si riferisce un determinato reato: si combina una norma della parte generale, e una della parte speciale, la norma incriminatrice speciale. Il concorso di persone si suddivide in necessario ed eventuale. Un *concorso eventuale* si ha quando un reato è di suo carattere monosoggettivo, eventualmente può diventare in concorso con altri soggetti, ma generalmente la norma è monosoggettiva: la stragrande maggioranza dei reati sono monosoggettivi. Il *concorso necessario* è il caso in cui la legge direttamente incrimina il contributo di più soggetti, per esempio l'associazione a delinquere, prevede già nel reato la presenza di più soggetti. In questi casi è a concorso necessario perché necessariamente sono presenti più soggetti. L'**articolo 110** prevede il *modello unitario*: perché tutti i concorrenti soggiacciono alla stessa pena prevista per il reato monosoggettivo. Si contrappone al modello differenziato presente del codice Zanardelli, ma attualmente utilizzato in Germania; si tratta di una differenziazione della responsabilità di coloro che concorrono nel reato direttamente dalla legge: la legge identifica la pena per ciascuno dei concorrenti. Il modello unitario è più autoritario, ma ciò non vuol dire che il giudice non potrà distinguere la pena a seconda del contributo, infatti le norme seguenti all'**articolo 110** prevedono una valutazione del ruolo dei singoli.

I requisiti del concorso di persone sono: la pluralità di concorrenti; un fatto di reato che sia la conseguenza delle azioni dei concorrenti; il fatto di reato che deve essere causalmente riconducibile

all'evento, vi deve essere il contributo rilevante di ciascun concorrente; la volontà di cooperazione con altri. Il primo elemento è abbastanza chiaro, ci possono essere casi in cui alcuni di questi soggetti non siano punibili se infraquattordicenni ad esempio; vi possono essere anche casi in cui il concorso di persone sia realizzato attraverso la minaccia per realizzare il fatto, si parla di autore mediato, perché si commette il reato servendosi di un soggetto come mezzo. Il punto più importante è il contributo rilevante, sotto questo profilo distinguiamo l'*autore*, che realizza il fatto tipico; il *co-autore* o *correo* cioè la condotta diventa tipica perché unicamente commessa con l'autore; il *complice*. Può esservi una difficoltà ad accertare il nesso di causalità nel concorso di persone perché l'azione del complice non sempre è direttamente rilevante ai fini della realizzazione dell'evento. Si parla quindi di *causalità agevolatrice o di rinforzo*, è necessario provare che il complice abbia agevolato o semplicemente rafforzato il lavoro dell'autore. Il soggetto potrà rispondere di concorso morale: il concorso può essere quindi di due tipi, materiale o morale. Nel caso materiale, abbiamo autore, coautore e complice, si commette un contributo materiale. Nel caso morale, si determina un'agevolazione o un rafforzamento dell'azione dell'autore.

Generalmente in un concorso di reato, se viene fatto un accordo al fine di commettere un reato, ma poi non viene commesso, questo non è punibile, come sancito dall'**articolo 115** del Codice Penale. In alcuni casi potrà applicarsi una misura di sicurezza se si verifica una situazione effettiva di pericolo. Ci sono dei casi di concorso necessario, come l'*associazione a delinquere*, dove anche l'accordo è punito, anticipando la tutela, perché costituisce reato l'accordo tra due o più soggetti qualora si costituisca perlomeno una struttura organizzativa e associativa: in questi casi già il costituirsi in funzione associativa strutturata anche in forma minimale, desta allarme per la società e giustifica l'incriminazione dei soggetti, benché non sia stato realizzato il reato fine. Questo aspetto è importante perché accentua la differenza tra concorso eventuale e concorso necessario.

Il *concorso di reati* invece presuppone più reati: può essere *materiale* ovvero tutte le pene previste per i reati si sommano, *tot crimen tot pena*; questi vengono fatti in momenti diversi. Una particolare forma è il reato continuato, avendo un medesimo disegno criminoso; secondo la dottrina e il legislatore giustifica la pena più alta aumentata di un triplo, evitando la somma dei reati. Nel caso di *reati formali*, i reati sono commessi in un unico contesto temporale, si prende la pena più alta e la si aumenta di un triplo. Esiste il concorso apparente quando si commette ad esempio la lesione, però la persona muore, il concorso è apparente non materiale, è speciale perché l'omicidio in sé presenta la lesione.

Il processo penale e i gradi di giudizio

I reati possono distinguersi in due grandi teorie: i reati *procedibili d'ufficio* oppure *procedibili a querela*: per quest'ultimo si deve necessariamente presentare una querela così da rendere conoscibile il reato; sono reati meno gravi o comunque è necessario rispettare la volontà del danneggiato se procedere o meno. La vittima ha a disposizione 3 mesi da quando viene a conoscenza del fatto per presentare la querela, se non la presenta entro il termine, l'offensore non può essere punito; in alcuni casi il termine è prolungato a 6 mesi per esempio per lo stalking. Per i reati procedibili d'ufficio ciò significa che a prescindere dalla volontà del soggetto passivo del reato, che subisce le conseguenze, il reato sarà comunque perseguibile d'ufficio, la polizia giudiziaria si attiverà autonomamente per reprimere quel fatto di reato: questo è il regime di procedibilità. Il processo penale a questo punto si attiva, ed esso consta di due fasi.

- La prima fase riguarda le *investigazioni*, fase delle indagini preliminari. Queste, sono preliminari al processo, che vengono realizzate dalla polizia coordinata dal *pubblico ministero*, il dominus di questa fase: è un magistrato con funzioni inquirenti, è l'accusa, ha la funzione di filtrare e di coordinare le attività realizzate dalle forze di polizia. Viene inviato l'*avviso di garanzia*, ovvero si informa un soggetto del fatto di essere formalmente sottoposto alle indagini preliminari. In questa fase si ricercano gli elementi del reato, ma non si formano le prove.
- La seconda fase è quindi il *processo*, e in questa si costituiscono le prove. In particolare la fase più importante del processo è il *dibattimento*, vuol dire che si dibatte nel contraddittorio tra accusa e difesa e in questo momento si forma la *prova*: è il *principio del contraddittorio nella formulazione della prova* (**articolo 111** della Costituzione). Nella fase delle indagini preliminari il PM (pubblico ministero) decide se sostenere l'accusa in giudizio o meno, se gli elementi non ci sono si chiede l'archiviazione del caso; al contrario se ci sono degli elementi da approfondire si chiede il *rinvio a giudizio*, ovvero gli elementi raccolti sono da analizzare al processo. Il pubblico ministero elenca le circostanze essenziali e chiede al GUP (giudice dell'udienza preliminare) di aprire il processo. Questa udienza è preliminare al processo, ed è appunto chiamata *udienza preliminare*; il GUP valuta gli elementi e fa una prima opera di controllo su questi elementi, se sono rilevanti emette un decreto che dispone il giudizio, vuol dire che si apre la fase del dibattimento. In questa fase c'è il giudice del dibattimento; se gli elementi non sono sufficienti, non si emette il decreto e vi è il proscioglimento. Il principio del contraddittorio trova codificazione anche nella **Convezione Europea dei diritti umani sul giusto processo all'articolo 6**. La prova si forma per esempio con la testimonianza, i cui testimoni sono sottoposti al fuoco incrociato dell'accusa e della difesa. Nelle indagini preliminari vi è una fase istruttoria, con le sommarie informazioni testimoniali, ma sono solo elementi che non hanno valore di prova. Queste dichiarazioni devono essere confermate durante il processo tramite il botta e risposta. Ci sono dei casi in cui la formazione della prova è anticipata non alla fase del dibattimento, ma alle indagini preliminari: questo è l'*incidente probatorio*, è una deroga della regola principale. Vuol dire che non possiamo attendere la fase dibattimentale, perché la prova è soggetta a dispersione oppure c'è un rischio di comprovata condotta illecita nei confronti del testimone stesso: classico caso omicidio, dove avviene l'autopsia sul corpo, viene fatta una perizia e questa deve essere fatta necessariamente nelle indagini preliminari, per ragioni biologiche; la prova quindi si forma, ma si deve però sempre rispettare il contraddittorio, in questo caso è possibile che la difesa chiami un proprio perito. In questi casi vi è il GIP (giudice delle indagini preliminari), un giudice che durante questa fase ha la funzione di organo terzo e imparziale, il PM rappresenta invece lo Stato che accusa un soggetto che ha commesso il reato; il GIP c'è solo se le prove si costituiscono durante le indagini preliminari. La persona offesa può costituirsi (o i suoi familiari) parte civile nel processo penale e affiancare, tramite l'avvocato, il pubblico ministero.

Questo è il cosiddetto giudizio ordinario. Ci sono delle ipotesi in cui non si possono aspettare queste fasi, per esempio se si coglie qualcuno in flagranza di reato, con il *giudizio in direttissimo*; il soggetto viene trattenuto in carcere e si va direttamente alla fase finale. Come altre tipologie di giudizio speciale ritroviamo il *giudizio abbreviato*, che viene fatto durante l'udienza preliminare; è abbreviato perché non si passa al dibattimento (l'indagato è colui che è sottoposto alle indagini preliminari; l'imputato è colui che è stato rinviato a giudizio), l'imputato in questo caso rinuncia ad una garanzia, il vantaggio è che la pena può essere ridotta fino ad un terzo: si utilizza per esempio se si è convinti della propria innocenza. Per quanto riguarda il *giudizio immediato*, questo invece salta l'udienza preliminare, andando direttamente al dibattimento. Il *patteggiamento* è un rito semplificato, ma in

realtà è una richiesta di pena concordata, accusa e difesa accordano sull'entità della pena e il giudice convalida la pena: si salta il processo e c'è la riduzione della pena fino ad un terzo; non è per tutti i reati, infatti è escluso per i reati più gravi.

Per quanto riguarda i gradi di giudizio, in Italia abbiamo due gradi e la Cassazione. In primo grado sono presenti i *giudici di competenza*: i GDP (giudici di pace penale) hanno competenza sui reati di ingiuria e diffamazione; non è un giudice togato, non ha vinto il concorso, è una carica onoraria, viene nominato dal distretto sulla base di alcune competenze, non è indeterminata. L'organo giurisdizionale che ha più competenze è il *tribunale penale*, che può essere monocratico o collegiale. Poi vi è la *Corte d'Assise*, che ha competenze per i reati particolarmente gravi, come la strage; composta da giudici togati e da giudici popolari, estratti a sorte a comporre l'ordine giudicante.

Il secondo grado prevede, per il giudice di pace, il *tribunale* come organo d'appello. Per il tribunale invece ritroviamo al secondo grado la *Corte d'Appello*. Infine per la Corte d'Assise troviamo la *Corte d'Assise d'Appello*. La Corte di Cassazione ha solo competenze di legittimità, ovvero verificare se il diritto è stato applicato bene: non entra in merito delle vicende. Se si valuta una carenza di motivazione, si considera solo il fatto che il giudice non abbia motivato il merito.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo

La Corte EDU è un organo giurisdizionale del Consiglio d'Europa, che si occupa dei diritti umani derivanti dalla convenzione del 1950, che è il trattato fondamentale del consiglio d'Europa. La corte EDU ha sede a Strasburgo. Le funzioni sono quelle previste dall'**articolo 19** della CEDU, chiaramente quella principale è di assicurare il rispetto da parte degli stati membri dagli obblighi scaturenti dalla CEDU nonché dai protocolli addizionali alla CEDU, che hanno lo stesso valore: questi integrano il contenuto e gli stati membri sono obbligati a rispettarli. È competente per assicurare l'interpretazione e l'applicazione della CEDU e dei suoi protocolli: non ha giurisdizione sulle convenzioni del consiglio d'Europa, atti internazionali che vincolano gli stati membri a ratificarle. Per quanto riguarda la struttura, è divisa in sezioni a seconda delle materie, possiamo avere un giudice unico monocratico, oppure un comitato di tre giudici oppure una camera composta da 7 giudici. Viene fatto un primo controllo di ricevibilità del ricorso che è la funzione di filtro e per alcune questioni più rilevanti è competente la *Camera*. I ricorsi possono essere di due tipi, *interstatale* dove è sempre competente la Camera, se invece è *individuale* allora gli organi giurisdizionali competenti possono essere differenti. Se il ricorso non è ricevibile vi è la cancellazione del *ruolo*, il ruolo è un fascicolo. Molto importante è la circostanza che in casi di particolare complessità vi è la *Grande Camera*, composta da 17 giudici, è organo di seconda istanza, decide sulle sentenze della Camera qualora una delle parti lo richieda, e un collegio di 5 giudici della Grande Camera verificano se la questione è complessa e controllare se è opportuna una rivalutazione.

La legittimazione attiva a ricorrere alla CEDU è attribuita anche al cittadino: in generale si ha quando viene violato un diritto. Ma vi sono delle condizioni di ricevibilità del ricorso alle corti EDU, alcune sono previste per tutte e due tipologie di ricorso: devono essere esaurite le vie interne; altro elemento è il termine, è necessario che il ricorso venga presentato entro 6 mesi a partire dalla decisione interna definitiva. Le altre condizioni di ricevibilità riguardano il ricorso individuale: non devono essere manifestamente infondati, sulla base di un apprezzamento preliminare da parte degli organi; non devono essere abusivi, nel senso non devono contenere ingiurie o accuse infamanti; e devono essere rilevanti rispetto ai diritti convenzionalmente conosciuti, e il soggetto deve avere offeso i suoi diritti. La vittima può essere oltre che diretta o indiretta anche potenziale e futura, si può ricorrere alle corti

EDU per evitare pregiudizi che possano derivare al cittadino in seguito dell'esercizio del potere statale: il cittadino non ha ancora subito un pregiudizio, ma questo può ancora accadere.

Ogni volta che viene presentato un ricorso alla corte EDU allora si apre il processo. Generalmente la sentenza della EDU ha il potere di condannare lo stato a riparare le conseguenze della violazione di diritti convenzionali. Questo potere viene chiamato *restitutio ad integrum*, e garantire alla parte lesa un'equa soddisfazione di carattere pecuniario: **articolo 41** della CEDU. Più di recente, a partire dal famoso caso del 2004 **Broniowski c. Polonia**, la EDU ha anche assunto la prassi di ingiungere allo stato membro resistente di adottare misure normative generali capaci di eliminare la violazione. Mentre le due prime riguardano il ricorrente, quest'ultima è una modifica del sistema.

Il primo elemento da valutare è il rango della CEDU e dei protocolli addizionali. La seconda questione è la forza delle sentenze della corte EDU nell'ordinamento italiano; terza questione è la ripartizione di competenze tra il giudice ordinario e il giudice costituzionale nel dare attuazione agli obblighi che discendono dalla CEDU e dai protocolli. Quarta questione è il rapporto tra la CEDU e carta dei diritti fondamentali dell'unione europea.

1. Il rango della CEDU è stato molto discusso: la convenzione è stata introdotta tramite legge ordinaria, ne consegue che dovrebbe avere lo stesso rango delle leggi ordinarie: negli anni 70 però si è cominciato a discutere se il rango dovesse essere superiore così come suggerito dagli **articoli 2 e 10** della Costituzione. Il più importante intervento è quello delle **sentenze gemelle del 2007** della Corte Costituzionale, le quali ci dicono che tutte le norme internazionali che discendono da organi internazionali non hanno valore costituzionale e sono inferiori alle norme dell'unione europea: hanno quindi un carattere subordinato, tuttavia queste norme entrano come parametro interposto tramite l'**articolo 117** della Costituzione: rispetto alle norme ordinarie hanno un rango superiore. Una norma ordinaria può essere incostituzionale qualora essa confligga con i diritti convenzionali. Non trattandosi di norme UE il giudice comune non può disapplicare la norma incompatibile, deve aspettare la pronuncia del giudice costituzionale.
2. La seconda questione è strettamente correlata alla prima: dobbiamo guardare innanzitutto l'**articolo 32** della CEDU che fa obbligo gli stati parte di adeguare la propria legislazione alle norme della convenzione nel significato a queste attribuite da parte della corte EDU. Però dobbiamo distinguere due diversi gradi di efficacia delle sentenze della corte, cioè la forza vincolante della sentenza nel caso concreto oggetto di giudizio; e gli effetti generali dei principi di diritto espressi dalla corte. Riguardo il primo grado di efficacia, l'articolo fondamentale è il **46** della CEDU che prevede l'obbligo per gli Stati di adempiere le sentenze della corte EDU. Il problema che si è posto riguarda come dare esecuzione alla sentenza, tradizionalmente nel nostro ordinamento esiste il principio di intangibilità del giudicato; revisione del processo può avvenire se esistono fatti nuovi che non sono stati analizzati nella fase del processo e che emergono dopo il processo (**articolo 630** del Codice di Procedura Penale): sono dei fatti che devono rivedere il giudicato, si è quindi introdotto anche il fatto se non è stato rispettato il principio del giusto processo e quindi in questo caso si può procedere alla revisione del processo. Una violazione riconosciuta dalla corte EDU prevede la possibilità di rivedere il processo. Originariamente non era possibile travolgere il giudicato per il principio di intangibilità del giudicato, piano piano si è superato questo principio facendo sì che tramite l'istituto della revisione del processo penale, si possa riaprire il processo anche se non esistano fatti storici nuovi non valutati, ma per il semplice fatto che la corte EDU abbia rilevato delle anomalie nell'esecuzione del processo, questo anche grazie alla **sentenza Dorigo**. Il **caso Scoppola** invece: questo tramite rito abbreviato viene

condannato all'ergastolo nel 2000; all'inizio del 2000 in Italia viene inserita una norma che prevedeva il fatto che per chi utilizzava il rito abbreviato l'ergastolo poteva essere convertito in pena di reclusione di 30 anni: alla fine del 2000 questa norma viene eliminata. Scoppola si rivolge alla corte EDU chiedendo che si applichi la pena di 30 anni e non l'ergastolo. La corte EDU dà ragione travolgendo il giudicato e commutando la pena. Per quanto riguarda gli effetti generali dei principi di diritto: si analizzano i casi analoghi e non il caso concreto, che sono pendenti in un ordinamento. È una questione molto controversa perché c'è chi ritiene che la forza vincolante sia espressamente stabilita per il caso concreto non avendo forza generale, ma un'altra dottrina, come quella di Viganò, sostiene che le sentenze si estendano anche ai casi analoghi. Tecnicamente dobbiamo distinguere la sentenza pilota ovvero codificate dall'**articolo 61** del regolamento della corte EDU, vengono adottate allorché vi siano più ricorsi, che lamentano la stessa violazione, la corte decide un solo ricorso in questi casi, indicando contestualmente le misure generali che lo stato è tenuto ad adottare entro un dato termine, in pendenza di tale termine la corte sospende la trattazione degli altri ricorsi e si riserva di verificare l'adempimento dello stato; se i problemi strutturali sono poi risolti, se ne tiene conto nei giudizi pendenti, procedendo alla cancellazione se ve ne sono i presupposti. In questo caso abbiamo uno strumento per regolare i casi analoghi. Se invece in quel momento non sono stati depositati alla corte ricorsi analoghi che giustificano una sentenza pilota, ma si tratta di situazioni analoghe che non sono state riportate alla corte, si pone il problema se la sentenza EDU si può estendere agli altri casi.

3. Il terzo elemento riguarda il ruolo dei giudici: il giudice comune ha l'obbligo dell'interpretazione conforme alla convenzione secondo l'interpretazione che ne viene data dalla corte EDU. Questo obbligo vuol dire che il giudice ha il potere e il dovere di superare le eventuali antinomie tra norme interne e norme convenzionali, quindi non c'è un potere di disapplicare, ma di interpretare la norma interna secondo i principi della CEDU. Questo strumento può essere complesso perché c'è un confine tra l'interpretazione e la disapplicazione che può essere molto labile: se un'interpretazione di una norma interna in rispetto dei principi della CEDU è molto lontana dalla norma stessa, equivale a disapplicarla. Se l'interpretazione è *contra legem* si supera l'interpretazione e si arriva alla disapplicazione, è vietata dalla legge e non si può fare per la CEDU; qualora un giudice comune abbia invece attuato una interpretazione conforme alla norma, e alla luce di questa non è possibile conformare questa norma a quella CEDU allora si dovrà investire il giudizio di costituzionalità alla corte costituzionale. La corte costituzionale si riferma un potere di bilanciamento, ci possono essere dei casi molto residuali, in cui la norma interna violi la CEDU sulla base del rispetto di altri diritti individuali fondamentali previsti dalla costituzione, e quindi non viene applicata la norma della corte EDU.
4. L'ultimo elemento: la carta di Nizza ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Nel trattato sull'Unione Europea all'**articolo 52** stabilisce che i diritti contemplati dalla carta di Nizza siano corrispondenti a quelli della CEDU ammettendosi che la carta di Nizza possa prevedere diritti più estesi rispetto a quelli convenzionali, dovrebbero essere riconosciuti anche questi diritti. La consuetudine della corte di Strasburgo va anche ad interpretare i diritti della carta di Nizza, possiamo dire che siano complementari. Ne desumiamo che secondo una parte della dottrina addirittura indirettamente il diritto convenzionale verrebbe ad entrare nel diritto europeo, dotato quindi di maggiore forza vincolante. Attualmente secondo la prevalente giurisprudenza dobbiamo tenere presente la differenza tra il diritto europeo e le sentenze della corte EDU come stabilito nei primi 3 punti.

Sistema penale e immigrazione

Sul piano internazionale è riconosciuto il diritto a migrare, ma esistono alcuni ordinamenti che non riconoscono questo diritto (come Cuba fino a qualche tempo fa). A questo diritto però non corrisponde sempre ad un diritto ad immigrare, ma questa materia è sottoposta a delle regole e ogni ordinamento può porre dei limiti. Ci sono limiti che gli ordinamenti possono e non possono imporre: vi è il visto, il titolo di soggiorno, il permesso di soggiorno per lavoro subordinato (a seguito del decreto flussi emesso dal governo sulla base delle richieste provenienti dal datore di lavoro, tutti coloro che rientrano in tale domanda sono immigrati regolari). Vi sono casi in cui anche quando il soggetto entra illegalmente in un paese un ordinamento non può respingerlo per vari motivi e avremo dunque: il diritto d'asilo, etc. Tale diritto a porre dei limiti non è quindi di carattere assoluto, l'ordinamento può farlo purché rispetti le tutele internazionali di alcuni soggetti che migrano. Questi limiti possono essere dei limiti amministrativi (espulsione, alla quale si può fare ricorso per via amministrativa) o limiti penalistici (pene detentive, pecuniarie, espulsione di solito ordinata in aggiunta ad una sanzione penale). Nel nostro ordinamento è stato previsto, per il *Testo unico sull'immigrazione*, l'**articolo 10bis** che si occupa del reato di ingresso e permanenza irregolare. Si è scelta in Italia la forma penale, ciò è simbolico (anche molto contestato), poiché si vuole stigmatizzare un comportamento al verificarsi del quale si instaurerà un procedimento penale (è scarsamente utilizzato). Molto criticata perché in Italia non ci si può esimere dal punire se la legge prevede l'incriminazione di un dato comportamento (l'obbligatorietà dell'azione penale è un principio costituzionale), non vi è dunque discrezionalità, anche perché molti non individuano il bene giuridico leso nell'ingresso e nella permanenza irregolare; la Corte Costituzionale ha però sancito la regolarità del reato in virtù del bene giuridico *ordine pubblico*.

Il primo caso di risposta penale all'immigrazione è dunque quella prevista per l'ingresso e per la permanenza irregolare, questa norma punisce con la sanzione pecuniaria e con l'espulsione. Ci sono poi altre risposte nel nostro ordinamento all'immigrazione irregolare, anche più gravi (che riguardano la violazione di uno specifico provvedimento amministrativo), una era quella della *violazione del provvedimento del questore di espulsione* (in questo caso sono previsti 4 anni di reclusione). Questo reato però entrava in contrasto con la direttiva europea rimpatrio (il rimpatrio non deve essere ostacolato da decisioni interne, cioè deve essere volontario), perché la pena detentiva ostacolava il rimpatrio. La Corte di giustizia dell'UE ha dichiarato dunque la normativa interna incompatibile con la direttiva europea, permettendo al giudice interno di disapplicare la norma nazionale, la *sentenza El Dridi* che è manifesto di questa incompatibilità.

Il governo in questo caso non eliminò il reato ma modificò la pena che divenne pecuniaria, con la *sentenza Sagor* si stabilì che la pena pecuniaria non può convertirsi in pena detentiva (com'è solito nel diritto penale).

Un'altra forma di reato, nel caso vi sia un secondo ingresso irregolare a seguito di un allontanamento volontario, si esplica sotto forma di sanzione detentiva. Un altro caso riguarda il *favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, si punisce il soggetto terzo che agevola l'immigrazione clandestina (ad es. scafista). È un reato più grave, perché è un reato del terzo contro lo Stato come stabilito all'**articolo 12bis** del Testo unico sull'immigrazione (TUI). Questo reato è aggravato dallo scopo di lucro e da altri elementi. Generalmente il favoreggiamento avviene con il consenso dell'immigrato, perché il soggetto terzo praticamente offre il servizio che viene effettuato violando le regole dell'ordinamento. Ci sono altre condizioni invece in cui il trasporto avviene al fine dello sfruttamento della persona una volta sbarcata (reato di traffico di persona). Questi soggetti terzi sono solitamente organizzazioni criminali.

Nell'ambito della CEDU troviamo il divieto di schiavitù e lavoro forzato (**articolo 4**) e il dovere di

contrastare tutte quelle condotte finalizzate a favorire quanto prima. Il traffico di persone è stato vietato nella Convenzione di Palermo ONU che prevede due protocolli addizionali (uno contro lo smugling e uno sul traffico di persone). Anche nell'ambito del Consiglio d'Europa sono state emanate delle convenzioni e la stessa Corte EDU ha plasmato la propria giurisprudenza sull'**articolo 4** CEDU, includendovi quindi anche il contrasto al traffico di persone. A livello internazionale dunque il traffico di persone si compone di 3 elementi: il reclutamento del soggetto, i mezzi attraverso cui il reclutamento ha luogo (la coercizione, l'abuso di autorità o la frode e l'inganno, abuso di una posizione di vulnerabilità del soggetto), lo sfruttamento (ossia soggiogamento della persona, mediante la prostituzione, traffico di organi, sfruttamento minorile). Il consenso non esclude il reato se vi sono questi elementi. A livello europeo sono stati emanati altri atti normativi che specificano il contrasto a queste forme di reato: l'Italia nel 2014 ha recepito la *direttiva Anti-trafficking* (2011), mentre il Consiglio d'Europa ha sviluppato la cd direttiva Varsavia del 2005. La **strategia multilivello delle 4 P** - *prosecution, prevention, protection, partnership* - è stata usata anche dalla Corte EDU nell'interpretazione dell'**articolo 4** CEDU. Gli stati membri per rispettare tale articolo devono adottare una strategia multilivello, un approccio complessivo, globale, devono adottare tutte le misure necessarie ad affrontare la problematica; la Francia ad esempio è stata punita perché puniva in maniera troppo blanda fenomeni di questa tipologia.

I crimini internazionali

La giustizia penale internazionale si occupa principalmente dei crimini internazionali; questi sono i *crimini di guerra, crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di aggressione*. Sono violazioni particolarmente gravi del diritto internazionale, diversi dai crimini transnazionali ovvero crimini che sono rilevanti a livello internazionale ma non ricadono nella giurisdizione di giudici internazionali, come ad esempio il terrorismo internazionale o la criminalità organizzata: in questi casi abbiamo una condotta realizzata in più Stati. Invece, il crimine internazionale, è una grave violazione del diritto internazionale, ed è una fattispecie complessa. Il crimine internazionale si compone di due elementi fondamentali: sono innanzitutto dei crimini comuni, cioè esiste una *fattispecie base* (reato comune) ma è fondamentale che sia presente l'*elemento di contesto*, senza l'elemento contestuale non avremmo un crimine internazionale ma un crimine comune. L'elemento di contesto varia a seconda del tipo di crimine; per esempio nei crimini di guerra è necessario l'elemento seriale, cioè che vi sia un attacco multiplo. È una violazione grave del diritto internazionale che giustifica una disciplina particolare di questi crimini, come l'*imprescrittibilità* di questi; sono sottoposti ad una giurisdizione universale nel senso che qualsiasi giudice possa perseguire questi crimini. È però molto complesso applicare una giurisdizione universale per via dei conflitti tra i vari paesi.

Il nucleo originale dei crimini internazionali sono i crimini di guerra, la prima categoria che viene posta all'attenzione internazionale, che si fonda sul principio secondo cui gli esseri umani anche durante la guerra devono rispettare delle regole minime perché non smettono di essere umani: le *convenzioni dell'Aja* di fine '800 identificano determinate tipologie di armi da utilizzare in guerra. L'altro nucleo riguarda le persone protette della *Convenzione di Ginevra*: esistono delle persone come i prigionieri o i civili che devono essere protette, e la violazione di queste convenzioni comporta un crimine internazionale. L'estensione dei crimini internazionali con i crimini contro l'umanità avviene con il Tribunale di Norimberga; questi crimini si fondano su un principio giusnaturalistico, la persona umana deve essere tutelata a prescindere dalla sua cittadinanza. È considerato un tribunale *ex post facto* (come quello di Tokyo, Jugoslavia e Ruanda) perché fu creato dopo la commissione del fatto.

Si pone il problema dell'**irretroattività** perché il crimine non esisteva al tempo della commissione del reato, e quindi questo principio fu derogato. Nel periodo della Guerra Fredda il diritto internazionale consuetudinario si estende con nuove convenzioni sui diritti umani che vanno ad ampliare i crimini contro l'umanità. Dopo la caduta del muro di Berlino, tra il 1993 e il 1994 si creano i Tribunali ad hoc di Ruanda ed ex Jugoslavia (tribunali ONU), che si occuparono di giudicare crimini commessi in un determinato lasso di tempo e in un determinato luogo. Dal punto di vista giuridico è il **capitolo 7** della carta ONU che affida alle Nazioni Unite, con strumenti anche non coercitivi, di risolvere le controversie internazionali e la lesione dei diritti umani. Si tratta sempre di tribunali ex post facto ma non c'è il problema di irretroattività perché i crimini internazionali erano già consolidati. C'è un'imparzialità dato dalla nomina dei giudici da parte dell'ONU. Il tribunale per la Jugoslavia ha terminato e si è dissolto nel dicembre 2017. Il tribunale non ha finito del tutto il proprio lavoro, nel senso che non possono essere analizzati nuovi casi, ma possono continuare i processi già pendenti.

La Corte Penale Internazionale

L'esigenza di individuare una corte di tipo permanente che non sia ex post facto ma preconstituita era sempre stata avvertita già dal dopoguerra, ma dal punto di vista politico si riuscì a parlarne solo dopo la fine della Guerra Fredda. La creazione della *Corte Penale Internazionale* avvenne con lo *Statuto di Roma* sottoscritto da 134 stati nel 1998 ed entrato in vigore nel 2002. L'aspetto fondamentale è che non si tratta di un tribunale ONU né di un suo organo. La CPI è basata su un accordo internazionale ratificato, dove gli Stati hanno deciso di sottomettersi ad un organismo sovranazionale. Il carattere fondamentale è il fatto che sia un organismo permanente con giurisdizione sui crimini internazionali, e che abbia una giurisdizione che non si caratterizza per una supremazia assoluta rispetto alle giurisdizioni interne, come invece avvenne per i tribunali di Norimberga, Tokyo, Ruanda ed ex Jugoslavia: qui la giurisdizione si sostituisce a quella interna. In questo caso invece vale il *principio di complementarietà* della giurisdizione internazionale, non si sostituisce ma si aggiunge a quella nazionale. L'altra caratteristica è che abbiamo uno statuto che disciplina non soltanto la giurisdizione e le modalità in cui opera la corte, ma anche i reati nelle loro regole fondamentali e nella loro applicazione. Esiste un regolamento sulla procedura, ovvero su come si espleta il procedimento penale, è una giurisdizione che tende ad essere completa anche per quanto riguarda le vittime, che non possono costituirsi parte civile ma possono partecipare al processo, e vi sono degli istituti cautelari, come dei *fondi di garanzia*, che a seconda del reato si possono utilizzare per l'elaborazione di progetti in favore di questi reati.

Il principio di complementarietà riguarda la competenza della CPI. Si seguono tre criteri: il criterio della *ratione materiae*, ovvero la CPI ha competenza sui crimini internazionali individuati nello statuto; il criterio della *ratione personae*, ovvero la CPI ha competenza nel caso in cui il crimine sia stato commesso da un cittadino di uno dei paesi firmatari dello statuto; e infine il criterio della *ratione loci* (non è cumulativo) ovvero la CPI ha competenza anche se il crimine è commesso nel territorio dei paesi firmatari. Sono criteri che permettono la giurisdizione anche nei confronti di cittadini di paesi non firmatari. Le modalità con cui si attiva la CPI sono tre e le desumiamo dall'**articolo 13** dello Statuto di Roma che detta le condizioni di procedibilità:

1. La prima condizione si desume dalla **lettera a**: lo Stato segnala al procuratore della CPI una situazione a rischio. Il procuratore della CPI è la ghanese Fatou Bensouda: ha degli uffici che si occupano di indagare aprendo una fase investigativa, poi si apre l'indagine vera e propria dei

presunti responsabili. Accanto a questa figura vi è il commissario che collabora con le forze di polizia dei paesi coinvolti.

2. La seconda condizione si desume dalla **lettera b**: è una condizione più politica perché in questo caso il Consiglio di Sicurezza dell'ONU – benché siano organismi distinti - segnala al procuratore l'eventuale situazione a rischio (Libia e Darfur).
3. La terza condizione è la più imparziale e conduce l'organo sulla giurisdizione classica, è un'iniziativa *proprio motu*, con il procuratore che apre l'indagine, sulla base di organismi che denunciano dei fatti (ad esempio ONG). Per aprire questo procedimento si seguono delle regole fondamentali che rispondono al principio di complementarità. Il procuratore deve verificare che, tramite **articolo 17**, sullo stesso caso siano in corso di svolgimento indagini o provvedimenti penali condotti da Stati; cioè significa che in questa situazione un determinato caso è improcedibile. Se esiste questa condizione di fatto, allora bisognerebbe che la CPI possa astenersi dall'intervenire: ma ci sono due condizioni in cui la CPI è costretta ad intervenire, ovvero quando lo Stato nazionale in realtà cominci delle indagini ma in modo strumentale, non volendo punire veramente, creando un processo farsa, in questo caso la CPI si sostituisce; oppure nel caso in cui lo Stato non potesse agire anche per determinate ragioni giuridiche, la CPI si attiva per sostituirsi. La CPI deve notificare allo stato presso il quale territorio è stato commesso il crimine, la volontà di procedere.

Esistono due fasi d'indagine, la prima è la *situazione di crisi*: ovvero dopo l'esame preliminare, se dovessero esserci degli elementi sufficienti per portare avanti l'indagine si apre la situazione di crisi. Il procuratore apre formalmente un procedimento dove afferma che in quel territorio ci sono elementi sufficienti per identificare i crimini internazionali. La seconda fase è il *caso*, quando vi è l'individualizzazione del presunto autore dei crimini. Qui viene inviato un mandato d'arresto, tutti gli stati firmatari devono collaborare per garantire l'arresto; se lo Stato non lo consegna commette un illecito internazionale. Un caso eclatante è quello di Omar Al Bashir – presidente del Sudan - che si trovava in Sudafrica per una collaborazione politica quando fu emesso il mandato d'arresto; il Sudafrica si è rifiutato di consegnare alla CPI Al Bashir aprendo una pratica di violazione dello statuto di Roma; in seguito il Sudafrica ha notificato l'uscita dalla Corte Penale Internazionale. Una volta aperto il caso si passa dalla fase dell'indagine al *giudizio*. Il giudizio si apre con le dichiarazioni dei soggetti ritenuti responsabili, si presentano i capi di imputazione e la difesa ha l'obbligo di preparare l'arringa di difesa. Il processo segue le regole generali stabilite. All'esito del processo è possibile emettere una sentenza di reclusione fino a 30 anni oppure l'ergastolo. La caratteristica della CPI è che è previsto solo la condanna alla reclusione o all'ergastolo. Si apre una fase di riparazione successiva alla condanna. È possibile l'appello.

C'è un particolare caso previsto dall'**articolo 16** in cui è possibile decretare la sospensione delle indagini o dell'esercizio dell'azione penale. I procedimenti penali non possono essere iniziati o proseguiti per il periodo di dodici mesi successivo alla data in cui il Consiglio di Sicurezza ne abbia fatto richiesta alla Corte. La modalità più imparziale che più si avvicina ad una vera corte è quella delle indagini *proprio motu*, dove il procuratore è libero di aprire o meno una indagine a seconda delle denunce che vengono presentate. Nel caso in cui sia il Consiglio di Sicurezza a investire la questione al procuratore vi è una decisione di tipi più politico, perché rappresenta la comunità internazionale attraverso alcuni Stati. La Corte Penale Internazionale pur se ambiziosa nel suo progetto di realizzazione subisce in alcuni casi un ritorno ad una influenza politica: l'**articolo 16** consente la sospensione delle indagini attraverso una risoluzione del Consiglio di Sicurezza. È vero però che questo potere è mal visto a livello internazionale, perché la CPI nasce come organo

imparziale. È un potere eccezionale che è stato usato due volte, una in Afghanistan con un forte impulso degli USA. Da molto tempo questo potere non è esercitato, se né discusso molto perché riduce il potere della CPI; c'è chi propone di eliminarlo, ma attualmente è ancora in vigore.

Un aspetto importante della CPI riguarda le fonti, cioè la normativa applicabile. È un argomento stabilito all'**articolo 21** dello statuto: in primo luogo si applica lo Statuto e il regolamento di procedura e di prova, che sono le norme primarie; la seconda fonte subordinata sono i trattati applicabili secondo i principi e le regole di diritto internazionale, compresi i principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati; la terza fonte è il diritto interpretato dalle corti precedenti come quello prodotto dal tribunale per la Jugoslavia, che può essere applicato purché non contrasti con lo statuto, questo principio si chiama *court fertilization*.

I crimini internazionali di competenza della CPI

I crimini internazionali vengono descritti all'interno dello Statuto della Corte Penale Internazionale. All'**articolo 8** vengono analizzati i **crimini di guerra**, questi vengono considerati come delle violazioni gravi del diritto internazionale umanitario, del diritto dei conflitti armati. Si parla di violazione del cosiddetto *ius in bello* ovvero il diritto che disciplina il conflitto e non dello *ius ad bellum*, ovvero il diritto di fare guerra. I principi di fondo che emergono dalle convenzioni dell'Aja e di Ginevra sul diritto umanitario sono diversi; innanzitutto soltanto le forze armate riconosciute sono legittimate ad intraprendere le attività belliche, e se lo fanno attenendosi alle regole del diritto internazionale umanitario non andranno contro le regole del diritto internazionale; viene stabilito il *principio di distinzione* che prevede che soltanto altri combattenti e obiettivi militari possono essere oggetto d'attacco e non invece la popolazione civile e coloro che hanno cessato le ostilità; viene introdotto il *principio di proporzione* nell'attaccare gli obiettivi militari, i combattenti devono adottare misure atte a minimizzare le conseguenze accidentali nei confronti delle persone protette e devono astenersi dall'attacco se questo appare destinato a provocare conseguenze accidentali sproporzionate rispetto agli obiettivi militari; viene fatto divieto di utilizzare armi o metodi bellici in grado di cagionare sofferenze non necessarie o che sortiscono effetti dannosi indiscriminati. La violazione del diritto internazionale umanitario provoca una responsabilità per gli Stati, mentre le serie violazioni del diritto internazionale umanitario oggi stabilite dallo statuto della CPI prevedono anche una responsabilità a carico dell'individuo, ma solo quelle considerate gravi. Questi sono i principi generali che si sono creati con la stratificazione delle convenzioni.

Il diritto dell'Aja è una serie di trattati internazionali (15) che mirano alla individuazione dei sistemi bellici legittimi, al divieto di condotte vietate, in particolare si fa riferimento all'attacco o al bombardamento di città o villaggi che non siano difesi, all'attacco agli ospedali o ai luoghi di culto a meno che non siano utilizzati come basi militari; viene soprattutto vietato l'uso di armi chimiche.

Il diritto di Ginevra fa riferimento a 4 convenzioni, che vengono emanate nel 1949 e che saranno poi implementate da protocolli addizionali. La prima convenzione mira al miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle Forze armate in campagna; la seconda mira il miglioramento delle condizioni dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle Forze armate sul mare; la terza disciplina il trattamento dei prigionieri di guerra; e la quarta disciplina la protezione delle persone civili in tempo di guerra. In quest'ultima convenzione vanno ricondotti anche quei militari che non hanno uno status formale di militari, ma che sono illegittimi. Nell'ambito delle convenzioni di Ginevra vi è una particolarità all'**articolo 3** che prevede una serie di diritti nei casi di conflitti interni: questo articolo è presente nelle quattro convenzioni.

Per i conflitti internazionali si è sempre ritenuto che una violazione grave del diritto internazionale umanitario comportasse l'obbligo da parte di tutti gli Stati di reprimere questo comportamento a livello internazionale; così non era per i conflitti interni, non si esplicitava la possibilità di individuare il crimine di guerra in caso di conflitto interno. Questo soprattutto perché i conflitti della seconda metà dello scorso secolo erano di natura internazionale. La possibilità di estendere la nozione di crimine di guerra anche a queste tipologie di conflitti, la si è avuta grazie alla famosa **sentenza Tadic** del 1995 pronunciata dal tribunale dell'ex Jugoslavia, dove il tribunale estese la nozione di crimini di guerra anche nel conflitto interno.

Come già detto prima, i crimini di guerra sono disciplinati dall'**articolo 8** dello Statuto della CPI. Ricordiamo che i crimini internazionali si caratterizzano dalla presenza di un elemento comune ed un elemento di contesto, e in questo caso il reato base lo troviamo al **comma 2 dell'articolo 8**. Il vantaggio dell'**articolo 8** è che oggi troviamo in un unico articolo le varie condotte delittuose che possono rientrare nel crimine di guerra. Anche oggi vi è una distinzione tra conflitto interno e internazionale all'interno dell'**articolo 8**; continua a distinguere questi due tipi di conflitto perché vi sono alcune tipologie di comportamenti che sono vietate solo a livello internazionale e non a livello interno: per esempio la *deportazione* è uno dei reati previsti solo per i conflitti internazionali perché individuabili soprattutto in quelli internazionali, anche se è criticabile ancora la distinzione tra questi due conflitti. Il principio generale è che se lo Stato esterno che interviene in un conflitto ha il consenso dello stato territoriale è considerato un conflitto interno, se invece non c'è questo consenso si tratta di un conflitto internazionale. Nel caso dei crimini di guerra, l'elemento di contesto è il conflitto, nel senso che questi reati devono essere commessi durante un conflitto sia interno che internazionale. È molto importante il cappello introduttivo dell'**articolo 8** il quale sancisce che: *“La Corte ha competenza a giudicare sui crimini di guerra, in particolare quando commessi come parte di un piano o di un disegno politico, o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala”*. Questo vuol dire che la competenza della corte si attiva quando c'è un disegno politico o questi crimini sono commessi su larga scala: questo limita la competenza della corte. C'è stato un dibattito per cui secondo alcuni questo è da considerare come un elemento di contesto, secondo altri invece si tratta non di un elemento di contesto ma di una questione di giurisdizione della corte, ciò vuol dire che quel comportamento è sempre considerato un crimine di guerra però la giurisdizione della CPI si può attivare solo nelle forme più gravi.

La categoria dei **crimini contro l'umanità** è di più recente acquisizione, sono quei crimini che ledono la dignità di tutti gli esseri umani e sono crimini che sono stati riconosciuti con la seconda guerra mondiale. Il primo tribunale internazionale che si occupa della repressione dei crimini contro l'umanità è quello di Norimberga. Nel 1889 con la *clausola Martens* inserita nella convenzione dell'Aja si fa riferimento a quelle ipotesi non disciplinate che violavano le leggi dell'umanità, dal punto di vista giuridico si inseriva una idea di una legge sull'umanità che superasse il diritto positivo; ma solo con Norimberga si parla di incriminazione di atti inumani perpetrati contro una popolazione civile commessi prima o durante la guerra per motivi di persecuzione politica, razziale o religiosa. Lo statuto però prevedeva che i reati venissero commessi prima o durante la guerra e che queste condotte fossero state realizzate in esecuzione o connessione con altri crimini di competenza del tribunale, quindi non tutti i crimini commessi furono perseguiti da Norimberga. All'**articolo 7** dello statuto della CPI troviamo l'elenco dei crimini contro l'umanità; anche qui troviamo l'elemento base e quello di contesto, l'elemento base è il fatto che il crimine contro l'umanità è un atto commesso (omicidio, tortura, sterminio, riduzione in schiavitù) e l'elemento di contesto è che questo atto sia commesso

nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili e con la consapevolezza dell'attacco.

Il **crimine di genocidio** oggi è disciplinato dall'**articolo 6** dello statuto della CPI. Il genocidio in realtà è un crimine molto antico, che nella storia ha sempre avuto degli esempi e trovato diffusione in molti conflitti. La nozione di genocidio in quanto tale possiamo trovarla dal Secondo dopo guerra attraverso il tribunale di Norimberga, che recuperarono la prima definizione proposta da un giurista chiamato Lenkin, e viene definito come lo scopo di distruggere in tutto o in parte un gruppo etnico, religioso o razziale. Soprattutto grazie alla convenzione ONU sul genocidio del 1948 che si delinea più concretamente questa tipologia di crimine; nel senso che si pone a livello internazionale la necessità di porre una tutela generale e assoluta verso le vittime di questo crimine. Attraverso la convenzione si stabilisce, riprendendo la definizione precedente, che gli Stati hanno l'obbligo di adottare misure legislative severe contro crimini di questo tipo, e si individua anche un organo giurisdizionale per le eventuali controversie interpretative sull'esistenza o meno di un fenomeno di genocidio; questo organo è la Corte Internazionale di Giustizia. A dire il vero la Corte non è intervenuta molte volte sulla nozione di genocidio, ma una famosa sentenza della CIG del 2007 è stata pronunciata in merito alla questione del massacro di Srebreniza (ex Jugoslavia); la CIG ha affermato che i fatti avvenuti sono categorizzabili come genocidio e che la responsabilità internazionale di questi fatti sia da attribuire alla Serbia; è stata però una sentenza però di compromesso, perché la Serbia non è stata riconosciuta colpevole in via diretta, ovvero con un comportamento degli organi di governo, ma con un comportamento di tipo omissivo, cioè la Serbia avrebbe violato il diritto internazionale attraverso i suoi rappresentanti politici, non prevenendo i fatti di genocidio e astenendosi dal punire i responsabili di quei fatti, i quali non obbedivano agli ordini del governo serbo. La CIG si è occupata di condannare gli Stati mentre il tribunale per l'ex Jugoslavia ha condannato i soggetti che perpetrano i crimini.

Un caso importante del Tribunale per il Ruanda riguarda il caso Akayesu: è il caso dello stupro forzato perpetrato dal capo politico del gruppo Hutu; Jean-Paul Akayesu ordinò lo stupro di massa delle donne appartenenti all'altro gruppo etnico, i Tuzzi. In questo caso bisogna distinguere tra crimine di genocidio e crimine contro l'umanità, perché in realtà lo stupro sarebbe da considerare un crimine contro l'umanità, ma diviene genocidio quando l'intento del soggetto è quello di determinare la distruzione del gruppo rivale, contaminando la purezza dell'altra etnia: si è riconosciuto in questo caso un crimine di genocidio. Il crimine di genocidio si compone di tre elementi: l'*elemento oggettivo*, ovvero la commissione di uno dei reati presenti nel catalogo dell'**articolo 6** (uccidere membri del gruppo, cagionare gravi lesioni all'integrità fisica o psichica di persone appartenenti al gruppo); l'*elemento soggettivo*, ovvero l'intenzione di distruggere in tutto o in parte il gruppo; e l'*elemento del soggetto passivo*, ovvero la vittima, perché in questo caso è un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso. Nel caso dei crimini di genocidio l'elemento di contesto è strettamente soggettivo cioè ciò che qualifica il genocidio è la finalità del soggetto agente, ovvero l'intento di distruggere un gruppo. Questo intento è chiamato **dolo specifico**, se non fosse presente allora non avremo il crimine di genocidio. Il dolo specifico è una finalità che il soggetto agente deve possedere affinché il reato si configuri, ma non è necessario che quella finalità si realizzi. Il crimine di genocidio è il più grave tra tutti i crimini internazionali, per questo è previsto la condanna per il mero incitamento, infatti incitare qualcuno a commettere un genocidio è già di per sé reato (cosa che fu riconosciuto con il Tribunale per il Ruanda), e disciplinato all'**articolo 25 comma 3, lettera a** dello Statuto.

Il **crimine d'aggressione** potrebbe essere considerato come il crimine per eccellenza perché viola la pace internazionale, per questo è anche chiamato crimine contro la pace; più degli altri ha stentato a trovare riconoscimento perché è un crimine fortemente caratterizzato in senso politico, perché bisogna individuare quando vi è un'aggressione giuridicamente rilevante, quando un atto ostile nei confronti di un'altra nazione sia identificabile come aggressione. Oggi il crimine di aggressione è di competenza della CPI, però prevede delle peculiarità, al **comma 2 dell'articolo 5** c'è una specifica disciplina: lo statuto di Roma del 1998 sancisce che è un crimine di competenza della Corte Penale Internazionale però per esercitare la competenza è necessario aspettare un successivo emendamento allo statuto che definirà il crimine e che stabilirà le condizioni per far sì che la corte si attivi. È una resistenza politica alla incriminazione di questo tipo di comportamento; sono sempre esistite su questo reato perché è fortemente politico. In realtà soltanto nel 1974 con una risoluzione ONU si definisce l'atto di aggressione come l'uso della forza armata da parte di uno stato contro la sovranità, l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di un altro stato oppure in un altro modo incompatibile con la Carta delle Nazioni Unite. Dal punto di vista della giurisprudenza questo crimine non trovò attuazione nemmeno dopo la risoluzione, rimase giacente; il problema si pose quando nacque la CPI. Con gli **emendamenti di Kampala** del 2010 si arrivò a questo protocollo che integrò lo statuto di Roma; si introducono 3 articoli, introducendo la definizione del crimine e la competenza della corte penale. Si prevede all'**articolo 8 bis primo comma** la definizione del crimine di aggressione: *“per crimine di aggressione s'intende la pianificazione, la preparazione, l'inizio o l'esecuzione, da parte di una persona in grado di esercitare effettivamente il controllo o di dirigere l'azione politica o militare di uno Stato, di un atto di aggressione che per carattere, gravità e portata costituisce una manifesta violazione della Carta delle Nazioni Unite”*. Qui si configura il responsabile dei crimini di aggressione, è una persona in grado di esercitare effettivamente il controllo o la direzione dell'azione politica. Al **secondo comma** si stabilisce l'atto di aggressione, riprendendo la definizione della risoluzione ONU del 1974: *“Ai fini del paragrafo 1, «per atto di aggressione» s'intende l'uso della forza armata da parte di uno Stato contro la sovranità, l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di un altro Stato, o in qualunque altro modo contrario alla Carta delle Nazioni Unite”*. Si parla di manifesta violazione della carta ONU, quindi se non è manifesta non viene considerata di competenza della CPI. Ancora più importante in questa soluzione di compromesso tra ragioni politiche e tutela dei diritti è la procedura, ovvero come si attiva la corte penale, stabilita agli **articoli 15 bis e ter** degli emendamenti di Kampala. Distinguiamo due ipotesi, all'**articolo 15 bis** si fa riferimento alla segnalazione da parte di uno Stato e quella da parte del procuratore in *proprio motu*; mentre il **ter** fa riferimento alla segnalazione tramite consiglio di sicurezza ONU. Nell'**articolo 15 bis**, la Corte esercita la competenza su crimini commessi dopo un anno dalla ratifica o l'accettazione degli emendamenti da almeno 30 stati. Gli emendamenti presentano forti limitazioni perché intanto si prevede che non basta avere introdotto l'emendamento, ma è necessaria la ratifica dagli Stati (l'Italia non ha ratificato); si rinvia poi dopo il 1° gennaio 2017 a dare attuazione a questi emendamenti, che sono entrati effettivamente in vigore nel dicembre 2017. Si prevede poi un meccanismo di non sottoscrivere comunque la giurisdizione della corte su questo tema, tramite un'apposita dichiarazione presso il cancelliere. Sostanzialmente il crimine di aggressione potrà attivarsi soltanto per gli Stati che hanno esplicitamente ratificato l'emendamento, solamente 35, e se il crimine sia stato perpetrato da uno dei 35 stati firmatari. Nell'**articolo 15 ter** non vengono pongono posti limiti, l'unico limite era quello di attendere il 1° gennaio 2017 e questo è avvenuto con la *risoluzione di New York* del dicembre 2017.

Esiste un ulteriore reato che non è un crimine internazionale ma che è comunque di competenza della CPI, previsto all'**articolo 70** dello statuto: i *reati contro l'amministrazione della giustizia*, cioè contro il funzionamento della corte, ovvero i reati di falsa testimonianza o di subornazione; è di competenza della Corte se sono commessi durante un suo procedimento.

La compartecipazione criminosa nei crimini internazionali

La compartecipazione criminosa è la realizzazione di fattispecie di reato in concorso; i crimini internazionali sono reati che prevalentemente prevedono una pluralità di persone nella loro realizzazione, ed è molto difficile che sia un soggetto singolo a realizzare un crimine internazionale. Sono reati a concorso tendenzialmente necessario, nel senso che in realtà il reato è monosoggettivo ma nella stragrande maggioranza delle ipotesi viene realizzato in concorso, e questo lo desumiamo dall'elemento contestuale. È molto importante soffermarsi sulle forme di partecipazione criminosa dei crimini internazionali. Nell'ambito dello statuto della CPI si è accolto il *modello differenziato* di compartecipazione criminosa, lo statuto differenzia esplicitamente il ruolo di ciascun concorrente. L'**articolo 25** dello Statuto disciplina la responsabilità penale individuale: al **terzo comma lettera a** viene stabilito che: *“una persona è penalmente responsabile e può essere punita per un reato di competenza della Corte (a) quando commette tale reato a titolo individuale o insieme ad un'altra persona o tramite un'altra persona, a prescindere se quest'ultima è o meno penalmente responsabile”*, quindi si disciplina l'autore e il correo; alle **lettere b e c** si fa riferimento al complice. Per quanto riguarda l'*autoria*, ovvero l'autore del reato, questo può essere sia singolo che autore mediato, ovvero colui che realizza il reato tramite la condotta di un'altra persona: alla **lettera a** si stabilisce che il soggetto è responsabile a prescindere dal fatto che quest'ultimo sia penalmente responsabile: perché ad esempio, nel caso di bambini soldato, che fungono da autore mediato, non rispondono del reato.

Una forma di coautoria elaborata a livello internazionale è la **Joint Criminal Enterprise**: questa fa sì che rispondano del reato quei soggetti che non hanno realizzato materialmente i crimini, ma ne condividessero il piano esecutivo; in questo caso il soggetto non viene considerato complice ma coautore. La teoria è stata applicata nel tribunale della ex Jugoslavia, anche se è di matrice anglosassone; i presupposti per poter applicare questa teoria sono criteri di tipo *soggettivo* e di tipo *oggettivo*. Per far sì che venga applicata secondo il criterio oggettivo, è necessario che ci sia una pluralità di soggetti che possiamo definire come componenti di questo piano criminale comune; è richiesto che i soggetti operino all'unisono. Sempre sul punto di vista oggettivo è necessario che il soggetto apporti un contributo causale. È però fortemente caratterizzata dal contributo soggettivo, e infatti possiamo distinguere tre tipologie di Joint Criminal Enterprise sotto il piano soggettivo: la prima è la *forma base*, il soggetto per propria volontà condivide il piano criminale comune, ad esempio un caso noto è il *caso Vasilievich* dell'ex Jugoslavia: Vasilievich, membro di un gruppo paramilitare serbo, prese parte ad una operazione in cui vennero uccisi dei bosniaci, egli non uccide nessuno ma è presente: viene processato e viene condannato per crimine internazionale perché pur non avendo realizzato l'atto ha comunque preso parte al piano criminale comune, è coautore perché ha puntato l'arma e ha condiviso il piano criminale. Una *seconda forma base* si riferisce ai casi dei campi di concentramento (che ci furono nel conflitto dell'ex Jugoslavia), in questi campi non è necessario che il soggetto abbia effettivamente realizzato un crimine internazionale con attività di segregazione ma basta provare il coinvolgimento nel funzionamento del campo, non nei delitti di omicidi o maltrattamenti direttamente realizzati da qualcuno, ma è sufficiente che abbia percepito nella vittima segni di violenza per considerare consapevole il soggetto del piano criminale comune e

quindi accertare l'elemento soggettivo. Infine una terza ipotesi un po' più controversa è quella della realizzazione di un reato diverso rispetto a quello voluto, in questa ipotesi una sentenza importante è la *sentenza Tadic*, dove viene espressa un'altra novità, ovvero l'accertamento di un'attività criminosa diversa da quella voluta: Tadic partecipò ad una operazione mirata a rimuovere gli uomini di etnia non serba da un villaggio in Bosnia, morirono molti soggetti civili, ma non si provò che Tadic avesse materialmente ucciso questi; il reato voluto era la deportazione ma si è riconosciuto anche un reato diverso da quello voluto rispetto al piano criminale. Questo reato non voluto è comunque imputabile al soggetto solo se il reato diverso era comunque prevedibile: si introduce il *principio di prevedibilità* delle conseguenze delle proprie azioni. La CPI ha accolto questa teoria della Joint Criminal Enterprise e talvolta in alcune sentenze ha declinato questa teoria in senso oggettivo anziché soggettivo, richiedendo che il soggetto apporti un contributo oggettivamente significativo al fatto di reato, e ciò anche in assenza di una condivisione dei fini. Questa teoria viene definita anche **Joint Criminal over the crime**, ma sostanzialmente è la stessa.

Una particolare forma di compartecipazione è quella della *responsabilità del superiore per reato commesso da un sottoposto*: l'**articolo 28** dello Statuto prevede questa figura della cosiddetta responsabilità dei capi militari e degli altri superiori gerarchici. Viene prevista la teoria secondo la quale vi è la possibilità di imputare la responsabilità ai vertici militari in alcune situazioni: innanzitutto il primo presupposto è che ci sia l'effettivo controllo del contingente sottoposto, al soggetto si imputa il fatto di non aver esercitato il controllo sui suoi sottoposti; altro presupposto è che il capo militare debba essere consapevole del fatto che i suoi sottoposti stiano per realizzare un crimine internazionale; altro presupposto è il fatto che non abbia preso misure necessarie ad impedire l'esecuzione. In questi casi il capo militare risponde dei crimini perpetrati dai sottoposti. Il principio è che in questo modo si può evitare il perpetrare altri crimini internazionale.

La *mens rea* (elemento psicologico) viene citata all'**articolo 30**: nei crimini internazionali non si risponde per colpa ma per dolo, solo se l'elemento materiale è accompagnato da intenzione e consapevolezza. L'ignoranza della legge penale può essere invocata solo per i crimini di guerra e non per gli altri crimini internazionali. È ammissibile perché non è detto che il singolo militare conosca il tipo di arma vietata dal diritto internazionale (anche se non è stata mai applicata). Nell'esecuzione dell'ordine, il soggetto non ha il potere di sindacare la legittimità dell'ordine, a meno che non sia manifestamente criminoso; in questo caso il soggetto non risponde del reato, se è manifestamente criminoso invece risponde. L'altra categoria di giustificanti o scusanti è quello dello stato di necessità, il sottoposto agisce per il pericolo di salvare sé o altri da un danno grave alla persona. È stato escluso per i crimini nazisti sulla base del principio che l'adesione al partito nazista comportasse la condivisione dei fini dell'organizzazione. È stato utilizzato in vario modo a livello penale internazionale, nell'ex Jugoslavia si è invocato come scusante solo nel caso in cui i beni in questione fossero stati di differente valore, non può essere invocato nel caso di omicidio; perché nel common law viene utilizzata come attenuante non come scusante. Oggi la CPI lo prevede come scusante, potenzialmente anche vita contro vita può comportare l'applicazione della scusante a colui che agisce nel salvare sé stesso, ma la ritorsione deve essere imminente e non successiva.