UN CONTRIBUTO ALLA RIFLESSIONE SUL CONCETTO DI VITTIMA

Associazione culturale non riconosciuta
Rivista a carattere giuridico-scientifico
Registrata Presso Tribunale Roma Decreto n. 228 del 9/10/2013
Anno 2014

Direttore responsabile: Michela Pecoraro (michela.pecoraro@nuovefrontierediritto.it)

Fondatore e Direttore scientifico: Federica Federici (federica.federici@nuovefrontierediritto.it)

Responsabile di redazione: Marianna Sabino (marianna.sabino@nuovefrontierediritto.it)

Comitato scientifico in materie giuridiche: Federica Federici, Marianna Sabino, Emanuela Loria, Barbara Carrara, Mario Tocci, Domenico Salvatore Alastra, Luigi Caffaro†, Filomena Agnese Chionna, Piero Algieri, Domenico Di Leo, Rosalia Manuela Longobardi, Massimo Marasca, Alberto Eramo, Alessia Canaccini, Carlo Pilia, Donatella Rocco, Giancarlo Trovato, Domenico Arcuri, Valentina d'Aprile, Martino Modica

Specialisti in materie scientifiche: Paolo Capri (psicologo giuridico e criminologo) - Sergio Nucci (medico chirurgo) - Lanfranco Belloni (fisico) - Fabio Delicato (criminologo)

Webmaster: Riccardo Scannapieco

Hanno collaborato alla rivista del mese: Domenica Clemensi – Danila D'alessandro – Claudia Zangheri Neviani – Domenico Di Leo – Federica Federici

***Nuove frontiere del diritto* è una rivista *on line* fruibile su** www.nuovefrontierediritto.it

ISSN 2240 - 726X

Nuove frontiere del diritto è rivista registrata con decreto n. 228 del 9/10/2013, presso il Tribunale di Roma. Proprietà: Associazione culturale Nuove Frontiere del Diritto. Direttore responsabile: Avv. Michela Pecoraro. Le singole posizioni dell'Associazione e della rivista (proprietario e gestori) sono precisate nel 'Chi siamo' del sito.

Copyright 2013 - Proprietà letteraria e tutti i diritti riservati

Nuove frontiere del diritto* ha un *Gruppo Facebook*, una pagina *Facebook ed **una pagina Twitter** (@RedazioneNfd)

La redazione: redazione@nuovefrontierediritto.it
Le *e-mails*: info@nuovefrontierediritto.it
friends@nuovefrontierediritto.it

Attenzione: La pirateria editoriale ed informatica sono reati. I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, riproduzione ed adattamento (totale o parziale), con qualunque mezzo, sono riservati per tutti i Paesi. Sono consentite la riproduzione, stampa e copia per uso personale. Tutte le altre forme di riproduzioni *on line* ed analogico-digitali potranno avvenire solo col consenso scritto della redazione (redazione@nuovefrontierediritto.it) e con obbligo di citazione della fonte. In caso contrario sono fatti salvi tutti i diritti, i quali si faranno valere sia in sede penale che in quella civile.

NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO

Mese di febbraio 2014

S O M M A R I O

- **I crimini contro l'umanità (Avv. Federica Federici)**
- **La vittima: una (fra tante possibili) introduzioni (Avv. Domenico Di Leo)**
- **Spunti di riflessione per una definizione di vittima (Dott.sa Claudia Zangheri Neviani)**
- **Vittima e sistema penale (Avv. Domenica Clemensi)**
- **Vittima e genere (Avv. Danila D'Alessandro)**

PREMESSA AL NUMERO

il perché di una scelta.

A chi è abituato a discutere con le categorie dogmatiche coinvolte nella riflessione giuridica espressa, nei suoi diversi aspetti, con i contributi che seguono, la scelta di affrontare un argomento difficile e fuori dalla portata dei più non appare poi così bizzarra.

La riflessione criminologica si sofferma sulla vittima solo dagli anni '50 del secolo scorso: se a questo aggiungiamo che la nascita della criminologia è recente rispetto alla riflessione sul diritto penale da cui essa trae spunto, allora è facile comprendere perchè la vittima solo di recente è oggetto di studio e di analisi. Tuttavia, la riflessione vittimologica ha apportato da subito spunti di riflessione che hanno indotto un approfondimento della diade reo – vittima, agganciando finalmente (da Mendelsohn a seguire) due termini che, fino a quel momento, erano rimasti slegati.

Senza l'adeguata analisi della vittima, lo studio del reo e del reato risultano deficitari: il diritto penale classico si presenta incentrato sullo studio del reo e della sua personalità (art. 133 c.p.), con il divieto della perizia criminologica, quando sia disposta indipendentemente dalla sussistenza di cause patologiche, affermato dall'art. 220 c.p.p. e con l'eccezione dell'art. 9 d.p.r. 448/88, che consente al p.m. e al giudice di sentire il parere degli esperti al fine di condurre accertamenti sulla personalità del minore e dell'art. 80 l. 354/75 che consente l'utilizzo di esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica per lo svolgimento di attività di osservazione e trattamento.

E la vittima? In sede penale, può esperire le sue difese e chiedere la condanna dell'imputato attraverso la costituzione di parte civile, in base alle norme degli artt. 74 – 82 c.p.p., *sub conditione ex* art. 185 c. p.

Se la vittima – o chi per essa – decide di non prendere parte al processo, essa è di fatto esclusa da ogni tipo di tutela: aldilà dell'intervento statale attuato attraverso il processo penale – se e nei limiti in cui l'azione penale esercitata dall'ufficio del Pubblico Ministero giunge a sentenza – per ripristinare la legge violata con la commissione del reato, la vittima resta sguarnita non solo di

un'adeguata assistenza giuridica e giudiziaria ma subisce la beffa di non poter contare su un adeguato servizio pubblico di assistenza, specialmente psicologica, la cui importanza è trascurabile nei reati appropriativi da strada ma è massima nei reati di violenza sessuale e nei reati afferenti ai maltrattamenti in famiglia nei quali, prima ancora dell'affermazione del primato della giustizia e dello Stato, occorre preservare dalla vittimizzazione secondaria chi ha subito un'ignobile violenza, non soltanto fisica ma soprattutto psicologica. E da questo punto di vista, c'è ancora molto da lavorare.

Buona lettura!

Avv. Domenico Di Leo

I CRIMINI CONTRO L'UMANITA'

a cura dell'Avv. Federica Federici

SOMMARIO: 1. I crimini contro l'umanità: peculiarità della fattispecie e relative sanzioni. – 2. In particolare: il genocidio. – 3. Elementi costitutivi del crimine contro l'umanità: elemento soggettivo e oggettivo del reato. – 4. Imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità.

1. I crimini contro l'umanità: peculiarità della fattispecie e relative sanzioni.

I crimini che hanno caratterizzato la storia di un'Europa devastata da regimi feroci, nazionalisti e totalitari, rimangono indelebili nella memoria di intere generazioni, che hanno dovuto conoscere l'oscurità dei campi di sterminio di Auschwitz e Buchenwald, il desolante arcipelago dei gulag siberiani, la devastazione di Sebrenica e Sarajevo [1].

La riflessione sulla degenerazione delle ideologie politiche e del fondamentalismo religioso prosegue vivacemente in questo nuovo millennio, sollecitata dall'attualità della violenza terroristica, che appare implacabile e capace di attingere ovunque nel mondo, a New York, come a Bali, a Casablanca come a Instanbul, a Madrid come a Roma.

Con l'avvento del Novecento la necessità di garantire una sistematica tutela giuridica contro le più gravi violazioni dei diritti fondamentali dell'individuo fu finalmente percepita in maniera diffusa all'interno della

[1] Cfr. G. Marotta, *Temi di criminologia*, Milano, 2004

comunità internazionale. Un passo decisivo in questo senso venne compiuto con l'approvazione del documento conclusivo della conferenza dell'Aja del 1907, con cui furono definite le norme che disciplinano i conflitti armati.

In tale convenzione internazionale, in cui furono significativamente recepiti alcuni assunti propri della concezione giusnaturalistica dei diritti umani, è stato espressamente statuito che"nei casi non compresi nelle disposizioni regolamentari adottate, le popolazioni e i belligeranti restano sotto la salvaguardia e l'imperio dei principi del diritto delle genti, quali risultano dagli usi stabiliti fra nazioni civili, dalle leggi dell'umanità e dalle esigenze della coscienza pubblica [2] (VI Convenzione dell'Aja del 1907, Introduzione, paragrafo 8).

Possiamo intendere come crimini contro l'umanità una serie di atti commessi come parte di un più generale e sistematico attacco diretto contro le popolazioni civili, quali l'assassinio, lo sterminio, il soggiogamento in condizioni di schiavitù, la deportazione, l'imprigionamento o altre misure costrittive della libertà fisica in violazione delle regole fondamentali delle leggi internazionali, la tortura, la violenza sessuale, la schiavitù a fini sessuali, la prostituzione forzata, la gravidanza forzata, la sterilizzazione forzata, o qualsiasi altra forma di violenza di natura sessuale di gravità confrontabile.

[2] Vedi VI Convenzione dell'Aja del 1907, Introduzione, paragrafo 8

Accanto alle fattispecie di cui sopra abbiamo i crimini di guerra, che, secondo la Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 sono da individuare nell'omicidio premeditato, nella tortura o in trattamenti inumani, inclusi esperimenti biomedici, le azioni volontariamente finalizzate a recare grandi sofferenze, o gravi lesioni al corpo e alla salute; le distruzioni e appropriazioni di proprietà non giustificate da fini militari, il costringere un prigioniero di guerra a militare per la forza avversa, il privare volontariamente un prigioniero di guerra del diritto a un processo equo e regolare, la deportazione o confinamento illegale, la presa di ostaggi.

Tra i crimini contro l'umanità abbiamo il genocidio, che si realizza con uno qualunque dei seguenti atti, commessi con l'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo razziale, etnico, religioso o nazionale: uccidere membri di questi gruppi, provocare gravi lesioni fisiche o psichiche ai membri di questi gruppi, infliggere deliberatamente a questi gruppi condizioni di vita finalizzate alla distruzione fisica totale o parziale dei gruppi stessi, imporre misure intese a prevenire le nascite all'interno di questi gruppi, trasferire con la forza bambini da un gruppo a un altro.

A riguardo l'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945 istitutivo del Tribunale di Norimberga ha distinto tre categorie di crimini e tale partizione è ormai unanimemente accolta nella prassi internazionale e in

dottrina, pur se i contenuti delle categorie si sono col tempo sensibilmente evoluti.

Successivi atti internazionali hanno arricchito il quadro delle norme sui crimini: la Convenzione del 1948 sul genocidio, le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 sul diritto dei conflitti armati e i due Protocolli addizionali del 1977, le Convenzioni del 1968 e del 1973 sull'*apartheid*, la Convenzione dell'ONU sull'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità (1968) e la Convenzione europea sull'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra (1974), la Convenzione del 1984 sulla tortura, il Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità della Commissione del diritto internazionale del 1996 (d'ora in poi, Progetto CDI), gli Statuti dei Tribunali penali *ad hoc* (ex-Jugoslavia, 1993, e Ruanda, 1994), lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale (1998)[3].

Ulteriori indicazioni sono desumibili dalle sentenze dei giudici statali e dei due Tribunali *ad hoc*.

L'indagine sui crimini internazionali mira a enucleare una serie di crimini che sono ormai ritenuti tali non solo da specifici trattati

[3] Cfr. Si indicano i seguenti siti Internet, utilizzati per la consultazione di testi e materiali:
www.un.org/icc : Corte permanente internazionale.
www.amnesty.org : Amnesty International.
www.un.org/icty : Tribunale per la Ex Jugoslavia.
www.un.org/ictr : Tribunale per il Ruanda.
www.icrc.org : Comitato internazionale della Croce Rossa.
www.onuitalia.it : Nazioni Unite.

internazionali, che vincolano solo gli Stati che li hanno accettati, bensì dal diritto internazionale generale, cioè da norme che si impongono a tutti gli Stati. L'immediata conseguenza della qualificazione di una condotta come crimine internazionale è l'irrilevanza dell'immunità funzionale.

Una volta individuati i crimini, occorre capire quali regole, relative alla loro repressione, si siano formate sul piano generale e siano valide pertanto per l'intera comunità internazionale. Gli atti internazionali sopra richiamati offrono pertanto un valido orientamento per questa ricerca, ma non sono l'unico dato decisivo, dovendosi altresì apprezzare ulteriori elementi, quali la giurisprudenza, la prassi diplomatica degli Stati, le indicazioni emerse dai lavori di alcune organizzazioni internazionali o conferenze internazionali.

La giurisprudenza definisce crimine contro l'umanità le azioni criminali che riguardano violenze ed abusi contro popoli o parte di popoli, o che comunque siano percepite, per la loro capacità di suscitare generale riprovazione, come perpetrate in danno dell'intera umanità.

In particolare i crimini contro l'umanità sono in genere distinti dai crimini di guerra e talvolta anche dal genocidio. Non tutti gli ordinamenti giuridici prevedono direttamente figure di crimini contro l'umanità, mentre alcuni le prevedono indirettamente, in forma recettizia di trattati internazionali.

La fattispecie dei crimini contro l'umanità fu concepita in dottrina dopo la seconda guerra mondiale, con la diffusione delle tematiche relative ai diritti umani in genere, insieme alla formazione di una comune coscienza internazionale circa una comunanza "naturale", congenere, di concezioni circa un comune diritto spettante e virtualmente applicabile a tutti i componenti di tutti i raggruppamenti sociali. Si sostenne, in pratica, l'esistenza di un diritto "congenito", scolasticamente da intendersi come insieme di regole cogenti, statuenti facoltà e limitazioni del personale arbitrio, comune per sua natura a tutti gli uomini, indipendentemente dalle varietà socio-culturali localmente di riferimento. Taluni crimini, rappresentando una fonte di riprovazione "istintiva" presso tutte le latitudini, sono dunque stati considerati come accorpabili in una nuova categoria di fattispecie, delle quali si presume che qualunque stato o raggruppamento sociale, di qualunque continente o impronta etica o religione o cultura, richiederebbe la sanzione.

Si è dibattuto in dottrina [4] in merito al fattore di criminalità di certi atti e si è rilevato che la ragione specifica della loro punibilità secondo un'apposita previsione di specie, dovesse primariamente essere la generale

---

[4] Cfr. R. MUHM, *Germania: La rinascita del diritto naturale e i crimini contro l´umanità, Deutschland: Die Renaissance des Naturrechts und die Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Germany: The renaissance of natural law and crimes against humanit,* Vecchiarelli Editore Manziana (Roma) 2004 ISBN: 88-8247-153-2; R. MUHM, *La natura giuridica dei crimini contro l'umanità e le attuali critiche in Germania,* in *Rivista di Diritto e Procedura Penale,*1/1997.Milano ,Roma

ripulsa morale suscitata nella società ovvero la portata specifica degli atti, ad esempio, il genocidio, che secondo alcuni, ma non tutti, fa parte di questa categoria, è stato da taluni considerato - a questi fini - alla stregua di un delitto di strage aggravato da premeditazione, continuazione e reiterazione, oltre che da motivi abbietti, quindi una sorta di super-fattispecie, di gravità esulante dalle ordinarie previsioni codicistiche per le dimensioni e le proporzioni del nocumento arrecato.

E' difficile individuare per l'umanità e per l'intero genere umano un ruolo diretto di soggetto passivo del reato. Allo stesso modo non è agevole qualificare i delitti contro l'umanità distinti dai delitti contro la persona e da quelli contro il patrimonio.

In realtà si deve rilevare che tutte le valutazioni sulla materia, in assenza di una normativa internazionale effettivamente vigente, di universale accettazione, sono pressoché inevitabilmente soggette al filtro soggettivo dell'interpretazione politica e della componente etica, sulla quale si vorrebbe incidere.

Fino ad oggi, nella pratica, pratica i crimini contro l'umanità sono per ora stati ascritti in termini di responsabilità legale e morale prevalentemente a capi di stato o dittatori o comunque gruppi di potere, detentori di supremazia politica anche solo fattuale.

Nel corso della storia numerose sono state le persone accusate, giuridicamente o solo politicamente, di questi reati, ritenuti dei più gravi ed orrendi perpetrabili dall'uomo. In tempi recenti questa accusa è stata mossa contro i gerarchi del nazismo, l'ex presidente jugoslavo Slobodan Milosevic, il deposto *raìs* iracheno Saddam Hussein ed altri capi di stato, spesso a capo di una dittatura. Mancando, come detto, un diritto internazionale di universale e pregressa applicazione, gli interessati hanno spesso opposto un vizio di competenza dei tribunali che li hanno giudicati.

L'accusa di crimine contro l'umanità include fra i casi perseguiti il genocidio, la cosiddetta pulizia etnica, lo sterminio di massa, la deportazione.

I crimini contro l'umanità sono uno degli oggetti di giudizio della Corte Penale Internazionale, che ha sede a l'Aia e che opera nei termini previsti dallo Statuto di Roma; tale corte non sostituisce, per limite statutario, la giurisdizione ordinaria, solo affiancandosi ad essa, pertanto da taluni osservatori è stato eccepito il rischio di pregiudizio ad una garanzia procedurale corrente presso la maggioranza degli ordinamenti e per la quale il reo non può essere giudicato due volte per lo stesso delitto.

2. In particolare: il genocidio.

Il termine genocidio, derivante dal greco *ghénos*, che vuol dire razza, stirpe, e dal latino *caedo*, che vuol dire uccidere, indica l'eliminazione fisica, spesso attuata con metodi brutali, di un determinato gruppo di persone,

siano esse una popolazione nazionale, una razza, un gruppo etnico o una comunità religiosa.. Anche la sottomissione intenzionale di un gruppo a condizioni di esistenza che ne comportino la scomparsa sia fisica sia culturale totale o parziale è di solito inserita sotto la definizione di genocidio.

Il termine *genocidio* si può ritenere entrato nell'uso comune a seguito del massacro degli Armeni, noto come genocidio armeno, consumato dall'Impero Ottomano nel 1915 – 1916, per descrivere una situazione che appariva del tutto nuova, e scioccante, all'opinione pubblica. Tuttavia fu solo dopo i genocidi commessi dai nazisti nel corso della seconda guerra mondiale, con il noto Olocausto, che il genocidio iniziò ad essere considerato come un crimine specifico, recepito nel diritto internazionale e nel diritto interno di molti paesi.

E' difficile definire il genocidio. A parere di alcuni si tratta di un sinonimo di pulizia etnica e di etnocidio, mentre secondo altri si tratta di un fenomeno diverso, almeno per gradazione. Un fattore di solito considerato importante e peculiare ai fini dell'individuazione del reato è l'intenzione genocida, ovvero l'esplicito desiderio di distruggere la popolazione vittima *in quanto tale*, spesso assieme alla sua memoria culturale. Non soltanto quindi l'intenzione di assicurarsi il controllo di un territorio eliminandone gli abitanti potenzialmente ostili, o di sbarazzarsi di una ideologia rivale. Molti

stermini di massa attuati nella storia recente, malgrado la loro efferatezza, non ricadrebbero sotto queste definizioni, più ristrette, di genocidio[5].

Considerata l'estrema gravità e l'alta valenza simbolica e giuridica del termine, in molti casi esiste una discussione ideologica sulla legittimità del termine. Generalmente, la Shoah e lo sterminio degli Zingari compiuti dai nazisti, e lo sterminio dei Tutsi in Rwanda compiuto dagli Interahamwe, sono considerati genocidi anche secondo le definizioni più restrittive ad eccezione dell'opinione degli storici.

La distruzione delle classi sociali di cui ai regimi comunisti staliniano e maoista e il massacro della propria popolazione nella Cambogia da parte degli Khmer Rossi si sono svolti assumendo le dimensioni e secondo le modalità proprie dei grandi genocidi ma, in senso stretto, non lo sono stati, in quanto non colpivano una popolazione ma, appunto, una identità socio-economica. Il caso cambogiano è particolarmente significativo in quanto mostra chiaramente i limiti a cui definizioni particolarmente restrittive di "genocidio" possono andare incontro; non c'è dubbio infatti che i crimini degli Khmer Rossi siano stati tra i più gravi della storia recente.

[5] Cfr. A cura di GUTMAN R., RIEFF D., Crimini di guerra. Roma, Contrasto - Internazionale 1999, 397; ABBATESCIANNI G., La prescrizione dei crimini nazisti e la Convenzione europea del 25 Gennaio 1964 (adesione dell'Italia alla Convenzione - art. 25 secondo comma della Costituzione - crimini imprescrittibili - crimini internazionali). Comunità internaz. 1980, 19; ANNIBALE S., I crimini internazionali di guerra e loro punizione. Riv. pen. 1997, 9; ARANGIO RUIZ G., L'individuo e il diritto internazionale (interessi o comportamenti di privati - individui ed enti morali - norme internazionali - pretesa personalità internazionale di privati - soggettività mediata - soggettività diretta da norme internazionali generali - il diritto consuetudinario - individui sovrani - delicta juris gentium - soggettività individuale da diritto convenzionale - dottrina - interessi o comportamenti di privati). Riv. internaz. 1971, 561; ASCOLI L., Israele ha un "diritto di rappresaglia" verso la Germania nazista. Democrazia dir. 1961, 441; BASSIOUNI M. C., Verso una corte penale internazionale. Dir. uomo 1997, fasc. 3, 5; BERNARDINI A., Il "Tribunale penale internazionale" per la ex Jugoslavia: considerazioni giuridiche. Dir. uomo 1995, 15.

Il genocidio è uno dei peggiori crimini che l'uomo possa commettere perché comporta la morte di migliaia, a volte milioni, di persone, e la perdita di patrimoni culturali immensi. È pertanto definito un crimine contro l'umanità dalla giurisprudenza.

I genocidi sono spesso attuati nell'ambito di politiche nazionali e sono stati anche definiti come una sorta di pulizia etnica[6].

In particolare esiste solo una Convenzione sul genocidio, adottata nel 1948[7] e altri strumenti ad esso relativi, che comprendono: lo Statuto del tribunale penale internazionale per la ex - Jugoslavia[8], lo Statuto del tribunale penale internazionale per il Rwanda[9], il Progetto del 1996 della commissione di diritto internazionale di codice dei crimini[10], e lo Statuto del 1998 della Corte penale internazionale[11].

Al "genocidio" è dedicata una singola convenzione specifica, che non è mai stata emendata o integrata, nonostante la necessità di farlo. I suoi punti deboli sono:

[6] Cfr. CASSESE A., Il Tribunale internazionale per l'ex Jugoslavia al passo decisivo. Dir. pen. proc. 1995, 12; CASSESE A., Il Tribunale penale internazionale dell'ONU per i crimini nel Ruanda. Dir. pen. proc. 1995, 294; CASSESE A., L'azione delle Nazioni Unite contro l'Apartheid (attività svolta dalle Nazioni Unite nella prima fase del suo intervento contro la segregazione razziale praticata nel Sudafrica - risultati conseguiti - prospettive). Comunità internaz. 1970, 619.
[7] Cfr. Nazioni Unite , Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio.
[8] Cfr. Nazioni Unite, Statuto del tribunale internazionale per la ex - Jugoslavia
[9] Cfr.Nazioni Unite, Statuto del tribunale internazionale per il Rwanda
[10] Cfr. Nazioni Unite, Progetto del 1996 della commissione di diritto internazionale
[11] Cfr. Statuto dela Corte penale internazionale

1) i gruppi protetti non comprendono quelli sociali o politici, in quanto nella convenzione sono menzionati solo gruppi etnici, religiosi e nazionali;
2) la nazionalità di un gruppo protetto non dovrebbe essere intesa come la totalità del gruppo, in senso universale, ma in un senso relativo contingente;
3) lo specifico requisito soggettivo è troppo rigoroso per talune categorie di autori.

Né il Progetto del 1996 della Commissione di diritto internazionale di Codice dei crimini, né lo Statuto della Corte penale internazionale del 1998, si sono occupati delle lacune della Convenzione sul genocidio del 1948.

A differenza di altre categorie di crimini, in cui un'evoluzione storica può essere attestata attraverso una successione di strumenti internazionali, che ampliano o precisano il contenuto di quelli precedenti, il "genocidio" resta un crimine disciplinato in un singolo strumento[12]. Considerando, tuttavia, che, dalla II guerra mondiale, si sono verificati vari eventi analoghi al genocidio, alcuni di proporzioni gigantesche, è sorprendente che non sia stata fornita alla comunità internazionale la risposta politica ai problemi delle lacune normative. Una spiegazione

[12] Cfr. BERNARDINI A., L'Italia e le convenzioni universali in materia di diritti dell'uomo. Riv. internaz. 1967, 107; BOTTIGLIERO I., Il rapporto della Commissione di Esperti sul Ruanda e l'istituzione di un Tribunale internazionale penale. Comunità internaz. 1994, 760; CANESTRARI S., Genocidio. Enc. giur., Roma 1985, 1.

potrebbe essere che la convenzione non ha provveduto a creare una struttura permanente, che varebbe potuto farsi interprete dell'interesse istituzionale ad ulteriori sviluppi normativi. Senza dubbio, le esperienze nelle categorie "schiavitù e fattispecie connesse" e "reati relativi agli stupefacenti", dimostrano che apparati burocratici permanenti tendono ad incentivare sviluppi normativi. Come dimostra lo statuto della Corte penale internazionale, però, i governi non sono disposti ad accettare le conseguenze giuridiche che deriverebbero da un testo che fosse più ampio della convenzione sul genocidio.

Si dovrebbe anche sottolineare che vi sono sovrapposizioni tra "genocidio", "crimini contro l'umanità" e "crimini di guerra", ma di esse non ci si è ancora occupati.

Il genocidio è considerato un crimine di "*ius cogens*".

In particolare il genocidio degli armeni dell'Impero ottomano si suole datare dal sabato 24 aprile del 1915, quando a Istanbul fu fatta una retata di settecento e più intellettuali armeni che risiedevano in quella città e che poi, deportati in Anatolia, vennero barbaramente trucidati a colpi di scure. Una data importante e sempre indicata come fondamentale, anche se il genocidio si protrasse per anni e anni, durante tutto il restante corso della prima guerra mondiale (ricordo il terribile ordine emanato dal ministro della Guerra Enver Pascià nel febbraio 1918), e poi sino al 1919 e oltre, sino al

1922[13]. Lo sterminio era stato preannunciato ufficialmente, proprio come sterminio di una «razza maledetta», dal ministro dell'Interno Talaat Pascià un mese e mezzo prima del 24 aprile, il 9 marzo 1915. Accade che, nel corso della propria vita, qualcuno si domandi quali erano i fatti salienti del mondo nel momento in cui ebbe a nascere. E cosi mi è capitato, nell'adolescenza e nella gioventù, di scoprire che il 25 aprile *1915,* il giorno in cui nascevo, era il giorno in cui l'Italia aveva comunicato a Francia e Inghilterra che avrebbe intrapreso le ostilità contro gli Imperi centrali, come poi avvenne e che, in un orizzonte più lontano, aveva avuto inizio il tentativo di annientamento del popolo armeno. La parola genocidio non era stata ancora coniata, ma sterminio e annientamento sono vocaboli che figurano più volte in quei testi impressionanti che rientrano nel quadro di una vasta documentazione, tratta da fonti originali (anche se qualcuno — i negazionisti sono sempre esistiti — si è affannato per decenni a contestarle o a ridurne significato e portata).

Del resto, le persecuzioni degli armeni nell'Impero ottomano, a tacer d'altri precedenti, erano cominciate (anche in occasione di sollevazioni dovute a tante promesse non mantenute, con il pretesto della preparazione d'una sedizione e affidando in quell'occasione la bisogna a battaglioni di curdi) sotto il regno di Abdul Hamid II e fu una carneficina di due o trecentomila vittime che durò almeno tre anni, dal 1894 al 1897, nella piena consapevolezza delle altre potenze. Poi, come è noto, venne il dominio dei

[13] Cfr. G. VASSALLI, *« I crimini contro l'umanità »*, in Pietro Kuciukian, Voci nel deserto, Giusti e testimoni per gli armeni, Guerrini e Associati, Milano 2000, pag. 243 e ss

cosiddetti «Giovani Turchi»; e fu nel 1912 che il «Congresso del comitato Unione e Progresso» (Ittihad ve Terraki) adottò una risoluzione per la turchificazione di tutti i residenti nell'Impero e segnatamente delle popolazioni cristiane ivi residenti. Turchificazione o ottomanizzazione, si aggiungeva, «che non potrà mai essere realizzata con mezzi persuasivi, ma solo con la forza delle armi»[14].

Tale storia singolare, di un popolo di antica e tormentata storia e di grandi tradizioni culturali, molto più numeroso di quello degli armeni che si trovano oggi nel mondo, divisi ormai da tempo in tre filoni fondamentali: quello della diaspora in tante regioni vicine o lontane, quello delle vittime dell'immane eccidio ottomano, e quello di quei sopravvissuti fortunati (così dobbiamo chiamarli in forza dei misteri della storia) dell'Armenia orientale che, essendosi trovati ad appartenere alla Persia in regioni da questa cedute alla Russia con i trattati del 1813 e del 1838, seguirono le sorti dell'Impero zarista e della rivoluzione sovietica e (dopo aver fatto per breve tempo parte di un piccolo Stato autonomo che seppe validamente organizzarsi a difesa della propria indipendenza e poi della Repubblica federativa socialista sovietica della Transcaucasia insieme a Azerbagian e a Georgia)

[14] Cfr. FAVA M., Verso l'istituzione di una Corte penale internazionale permanente. Dir. uomo 1997, fasc. 2, 28; FERRUCCI R., COMANDINI F., FENOALTEA G., NUVOLONE P., JEMOLO A. C., BRANCA G., GULLO F., LUZZATO L., Estinguibili per prescrizione i crimini di lesa umanità? (diritto internazionale - prescrizione - Conferenza Varsavia - diritti delle genti - estradizione - delitto di genocidio - super delitti - prescrittibilità delle azioni e delle pene). Democrazia dir. 1964, 383; FRANCIONI F., Crimini internazionali. Dig. Pubbl., IV, Torino 1989, 464; FUNARO G., Note sul tema Eichmann (cattura - Israele - Giurisdizione - giudice e parte - tribunali di Norimberga e di Tokio - criminali di guerra nazisti - legge israeliana del 9 agosto 1950 - legalità dei crimini - delitti commessi quando Israele non esisteva ancora - forum praeventionis). Giur. it. 1961, IV, 41.

conseguirono, come gli abitanti delle altre due repubbliche finitime, la loro autonomia nell'ambito dell'Unione sovietica, nel 1936. Fu così che sopravvisse o rivisse il nome di Armenia come comunità nazionale territorialmente e istituzionalmente identificabile, sia pure tanto più piccola dell'Armenia reale, fino a essere, dal 1991, una Repubblica del tutto indipendente, facente parte della Comunità degli Stati indipendenti, ma purtroppo in sotterraneo (e non sempre sotterraneo) contrasto con altra Repubblica confinante e appartenente a quella medesima Comunità.

Si tratta di temi terribili, che però l'odierna riflessione ripropone e sono di un forte interesse non solo storico e umano, ma anche giuridico. Infatti la letteratura giuridica su questi temi è stata vastissima, dal 1945 a oggi, più nei paesi anglosassoni e in Germania che in Italia. Tutto è stato detto ed è molto difficile aggiungere qualche cosa di interessante. Mi limiterò a una osservazione di fondo e ad alcune notizie sul concetto stesso di genocidio e sulla sua storia nell'ultimo cinquantennio.

Vediamo ora alcuni aspetti peculiari del genocidio e la sua storia nell'ultimo cinquantennio.

Passando attraverso il turbine della seconda guerra mondiale, ci si è potuti confrontare con una realtà devastante e inimmaginabile: i crimini contro l'umanità e la loro pianificazione.

Il secolo XX si era aperto con le Convenzioni dell'Aja per il rispetto dei prigionieri di guerra, dei feriti, dei naufraghi e dei civili. Si conosceva il

ricorso, durante la prima guerra mondiale, a mezzi di guerra inumani come gli aggressivi chimici o a pallottole dilaceranti, a mezzi bellici comunque dotati di una carica di aggressività destinata a rendere più terrificante e dunque, presumibilmente, più efficace l'avanzata di uno dei contendenti; ma si continuava a confidare che anche queste materie fossero destinate a cadere sotto le previsioni internazionali e sotto l'auspicabile effetto preventivo delle relative sanzioni. Di genocidio, non si parlava, anche perché un inspiegabile silenzio era sceso su quello degli armeni che vivevano in Turchia nel 1915, come se l'amnistia implicita nel Trattato di Losanna del 1923 avesse cancellato, con le conseguenze giuridiche, anche il ricordo di quei terribili eventi.

La seconda guerra mondiale pose, in Europa come in Asia, a contatto diretto con fatti di proporzioni e di atrocità inaudite[15].

Per quanto si fosse potuto immaginare, supporre o intuire, le scoperte agghiaccianti del 1945 superarono ogni immaginazione e dettero la riprova di quanto fosse stato preveggente l'atteggiamento delle parti (che poi uscirono vittoriose dall'immane conflitto) quando avevano sancito la necessità di punire gli autori di quei disumani massacri e avevano stipulato i necessari accordi in vista della realizzazione di quel fine».

[15] Cfr. CASSESE A., Violenza e diritto nell'era nucleare. Bari, Laterza 1986, XV-200.;CAVICCHIOLI L., Il costringimento psichico come causa di esclusione della colpevolezza nei crimini contro l'umanità: il caso Erdemovic. Riv. internaz. 1997, 373; CAVICCHIOLI L., Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità (progetto codice - elaborato Commissione diritto internazionale - fattispecie psicologicamente orientate e non orientate - esimente ordine gerarchico militare - error juris - elemento soggettivo funzionale - accertamento). Riv. internaz. 1993, 1047; CHIAVARIO M., Contro orrori di guerra e violenze sistematiche gli Stati creano una Corte penale permanente. Guida al diritto fasc. 30, 1998, 11

Per i giuristi in generale si ponevano inderogabilmente numerosi problemi giuridici legati a quelle minacce e a quegli accordi: da un lato la comune, e quasi universalmente sentita, esigenza della punizione, dall'altro la ricerca di un suo solido fondamento giuridico. Ricordo che questi problemi tormentavano tutti, in particolare i penalisti portati a riflettere sui problemi più reali e profondi del reato e della pena.

La prima esigenza, cioè la necessità di processare e di punire, nasceva da un interrogativo elementare: è possibile che si puniscano solo i delitti per dir così ordinari, secondo gli schemi ordinari e comunemente accettati e praticati, e restino invece impuniti i delitti più gravi, più massicci, più orribili, solo perché perpetrati per ordine di governanti o di comandanti, usando la guerra come pretesto e l'occupazione bellica come copertura? Che valore ha la giustizia ordinaria se si può orribilmente delinquere sperando, a seconda dei casi, nella vittoria o nell'amnistia? Il penalista sentiva di non potersi chiudere nel recinto della giustizia nazionale, sia pure allargata agli spazi a essa concessi dai codici penali militari per i delitti contro le leggi e gli usi della guerra o per i delitti di collaborazione col nemico. E cercava un'altra superiore e più generale giustizia.

Gravi erano però i problemi che il giovane penalista trovava per l'appagamento di quell'esigenza secondo convincenti canoni giuridici. Egli trovava anzitutto un diritto internazionale chiuso nella sua indiscutibile struttura e convinzione dogmatica: un diritto del quale sono soggetti soltanto gli Stati (ai quali soltanto si dirigono gli imperativi) e a cui è

ontologicamente estraneo ogni coinvolgimento diretto nella punizione degli individui[16].

Un diritto disposto a riconoscere la validità di accordi tra gli Stati per la punizione dei crimini di guerra, ma con la conseguenza ineluttabile che tale punizione sarà opera della giustizia militare degli occupanti (sia pure esercitata in comune fra una pluralità di occupanti) e che ai principi di diritto internazionale si potrà fare appello solo in modo vago e indiretto, come a una somma di principi ispiratori rivolti al rispetto delle leggi dell'umanità, ma non mai come a fonte dei precetti individuali e delle relative sanzioni.

Il penalista trovava come ostacoli i problemi dell'immunità dei governanti, salva sempre la possibilità di leggi retroattive interne aventi per ciò stesso carattere rivoluzionario e dunque giuridicamente dubbio. Trovava il principio, comune ai diritti penali nazionali, della insindacabilità dell'ordine del superiore.

Con la Convenzione di New York del 9 dicembre 1948 sulla prevenzione e punizione del crimine di genocidio, sottoscritta da un altissimo numero di Nazioni ed entrata in vigore per l'Italia sin dal 2

[16] Cfr. DI IASI C., Considerazioni e perplessità in ordine all'istituzione del Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia. Rass. giust. milit. 1994, 13; DIANA V., Il realismo di un'utopia (international criminal code - diritto penale sostanziale - special part - enforcment part - cooperazione giudiziaria interstatuale - crimini internazionali - immunità - pene - esonero da responsabilità). Rass. giust. milit. 1982, 113; GALASSI B., La giurisdizione penale internazionale e i crimini internazionali dell'individuo alla luce dei lavori della Commissione del diritto internazionale. Comunità internaz. 1995, 307; GALLO D., Azione nazionale ed internazionale per la repressione dei crimini di guerra commessi nel territorio della ex Jugoslavia (diritto bellico - principi umanitari - Convenzioni di guerra del 12 Agosto 1949 - ordinamento interno - Convenzione contro la tortura - crimini di diritto internazionale - cooperazione Italia - Tribunale internazionale). Documenti giust. 1994, 1279.

settembre 1952, all'art. 4 di tale convenzione è detto testualmente che «le persone che abbiano commesso genocidio in una qualunque delle forme indicate nell'art. III (dunque anche solo accordo per commetterle, istigazione, tentativo, ogni tipo di concorso) vanno punite sia che si tratti di individui privati, di dirigenti costituzionalmente responsabili o di pubblici ufficiali».

Anche nello Statuto di Roma del 1998 si ribadisce che «le disposizioni dello Statuto che riguardano genocidio, altri crimini contro l'umanità e crimini di guerra, si applicano a tutti allo stesso modo, senza alcuna discriminazione fondata su qualifiche ufficiali».

In particolare, vi si aggiunge, «la qualifica ufficiale di una persona quale Capo di Stato e di Governo, membro del Governo o del Parlamento, rappresentante elettivo o funzionario dello Stato, non esonera in alcun caso dalla responsabilità penale prevista nel presente Statuto, né costituisce, di per sé, circostanza attenuante». E come se non bastasse, si precisa ulteriormente che «immunità o procedure speciali correlate alle qualifiche ufficiali in virtù del diritto interno o del diritto internazionale non impediscono alla Corte di giudicare la persona». Il successivo art. 28 è dedicato a delineare con minuziosa precisione le responsabilità dei comandanti militari anche per i delitti commessi da persone a loro sottoposte. Ma la Corte ancora non esiste e lo Statuto non è ancora entrato in vigore. Viceversa è in vigore da quasi cinquant'anni la ricordata Convenzione sul genocidio, e così lo è la fondamentale Convenzione internazionale del 26 novembre 1968, che esclude l'applicabilità di ogni

«Statutory Limitation» ai delitti di guerra e ai delitti contro l'umanità, sottoscritta anch'essa da un alto numero di Stati (purtroppo non ancora dall'Italia)[17].

Egualmente è caduta la barriera già costituita dall'ordine insindacabile superiore quando questo sia manifestamente illegittimo. Tale principio, che per il diritto interno era già riconosciuto dal codice penale militare italiano del 1941, viene espressamente richiamato in una serie di atti internazionalmente vincolanti con esplicito riferimento al carattere illegittimo degli ordini di commettere genocidio o crimini contro l'umanità.

Infine, tra i tabù caduti, non si può dimenticare il principio di non retroattività della legge punitiva. Qui la situazione giuridica si atteggia in modo particolare. Per esempio, nel già citato Statuto di Roma la non retroattività viene mantenuta nel modo più rigoroso: quando un giorno la auspicata Corte permanente dovesse entrare in funzione, la Sua giurisdizione si estenderà soltanto ai fatti successivi. I delitti di violazione

[17] Cfr. CIAMPI A., Priorità "relativa" della giurisprudenza del Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia? (violazioni diritto umanitario internazionale - territorio della ex Jugoslavia). Riv. internaz. 1994, 140; CONFORTI B., Diritto internazionale, Napoli, Editoriale scientifica 1997, VI-446; DE SENA P., Ordini superiori, immunità funzionale e gravi violazioni dei diritti dell'uomo dinanzi ai giudici interni. Riv. internaz. 1994, 947; DECLEVA M., Discriminazione razziale ed obblighi degli Stati membri dell'OIL (politica di Apartheid - separazione delle razze - Governo dell'Unione Sudafricana - organizzazione internazionale del lavoro). Dir. internaz. 1965, I, 160; GIGLIO V., Terrorismo e crimini internazionali (crimini internazionali - crimini di Stato - responsabilità individuali - dottrina). Indice pen. 1993, 480; GLASSER S., Osservazioni sul progetto di codificazione dei delitti internazionali (responsabilità penale collettiva - atti d'aggressione o crimini di guerra - tentativo - incitamento diretto in un genere determinato di reato - atto di Stato - violenza morale - errore di diritto - codificazione parziale). Scuola pos. 1970, 9GRASSO G., Genocidio. Digesto pen., Torino 1991, 399; GUCCIARDI G., In margine al processo Eichmann. Riv. pen. 1962, I, 76; HERZOG J. B., La giustizia penale internazionale a venti anni da Norimberga (diritto internazionale penale - nozione di giustizia internazionale - incriminazione penale della guerra di aggressione - soggezione dell'individuo al diritto internazionale - definizione del delitto contro l'umanità - responsabilità collettiva delle organizzazioni naziste - portata del precedente di Norimberga - ostacoli al diritto internazionale -convenzioni internazionali - sanzioni del diritto interno). Democrazia dir. 1967, 5

delle Convenzioni di Ginevra del 1949, però, i crimini di guerra, il genocidio e i crimini contro l'umanità commessi nei territori della ex-Jugoslavia e punibili dal Tribunale internazionale dell'Aja si estendono sino all'inizio del 1991, ancorché le risoluzioni n. 808 e n. 827 del Consiglio di Sicurezza dell'ONU siano del 1993. Più interessanti al riguardo sono gli articoli n. 7 della Convenzione europea di Roma del 1950 e n. 15 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966). Entrambi questi articoli vincolano i paesi firmatari all'osservanza del principio «*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*», ivi incluso il divieto di retroattività delle leggi punitive. Tuttavia in un capoverso, entrambi gli articoli aggiungono che quanto ivi sancito «non ostacolerà il rinvio a giudizio e la condanna di una persona colpevole di un'azione o di una omissione che, al momento in cui fu commessa, era criminale secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili» (il Patto del 1966 preferisce la formula «dalla comunità delle nazioni»).

Sulla base del mutamento radicale dei canoni di diritto internazionale negli ultimi sessant'anni, passiamo a qualche sintetica considerazione sul delitto di genocidio.

La parola, coniata dal giurista polacco Raphael Lemkin sin dal 1944, quando si ebbero le prime certezze sul carattere immane del massacro e sulle sue chiarissime finalità distruttive, dette luogo a qualche critica per la singolare composizione di un etimo greco con uno latino. Si sarebbe dovuto dire, caso mai, «genicidio», ma la parola prescelta era senza dubbio più

efficace e fu generalmente accolta. Non figurò con questo nome tra i capi di imputazione di Norimberga e di Tokyo che furono, come è noto, fondati sui crimini di guerra, i crimini contro l'umanità (anche fuori di un contesto bellico) e i crimini contro la pace; ma già figurava nella ricordata recezione dei Principi di Norimberga (11 dicembre 1946, Assemblea delle Nazioni Unite), dove occupava anzi il primo posto, all'interno degli stessi crimini contro l'umanità (categoria più vasta, anche se la distinzione non è sempre facile e piana). Si tratta indubbiamente del peggiore dei crimini contro l'umanità, e forse proprio a questa sua gravità incontestabile si deve la sorte che ha collocato il genocidio come primo oggetto di una convenzione internazionale in queste materie sin dal 1948, e che ne ha reso accoglibile l'incriminazione dalle legislazioni di un così grande numero di Stati.

Tale Convenzione (che è del 9 dicembre, e cioè del giorno antecedente a quello della Dichiarazione dei Diritti dell'uomo), convenzione preparata dal Consiglio economico e sociale dell'ONU, va al di là del significato lessicale perché include tutta una serie di atti, non importa se commessi in tempo di guerra o in tempo di pace, che siano compiuti con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, «un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso», e che vanno al di là dell'uccisione o dell'annientamento.

Con carattere tassativo, infatti, l'art. 2 elenca:

a) l'uccisione di membri del gruppo (dunque anche di un solo membro), purché alla base vi sia l'intenzione distruttiva del gruppo;

b) la causazione di gravi lesioni all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo;

c) l'assoggettamento intenzionale del gruppo a condizioni di vita tali da provocarne la distruzione fisica totale e parziale: ed è qui chiaro il riferimento sia ai campi d'internamento, che facilmente diventano di sterminio o d'annientamento, sia alle deportazioni distruttive come quelle (famose per stare al tempo del genocidio armeno) nel deserto mesopotamico di Deir-es-Zor, in Siria;

d) l'adozione di misure intese a prevenire le nascite all'interno del gruppo (dunque sterilizzazioni forzate e aborti obbligatori);

e) il trasferimento forzato di bambini da un gruppo a un altro.

L'art. 3 ha cura di precisare che questi delitti sussistono anche nei casi di semplice accordo per commetterli, di ogni forma di concorso, dell'istigazione o del tentativo; mentre l'art. 4 ribadisce il principio (oramai acquisito sin dall'adozione dei Principi di Norimberga) della punibilità anche dei governanti e dei funzionari.

Estremamente precise sono, al riguardo dei crimini di genocidio[18], le varie leggi nazionali successive alla Convenzione, tra cui quella italiana del 9

[18] Cfr. ILLUMINATI G. - STORTONI L. - VIRGILIO M. (a cura di), Crimini internazionali tra diritto e giustizia: dai Tribunali internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione. Torino, Giappichelli 2000, XVII – 277; KEITA F., La Corte internazionale di Giustizia e la situazione dell'Africa Sud Occidentale (sistema del Sudafrica - Unione Sudafricana rifiutatasi di osservare gli obblighi nascenti dal mandato - ricorsi dell'Etiopia e della Liberia - mancanza di interesse - Apartheid). Democrazia dir. 1966, 452; LATTANZI F., Alcune riflessioni su un Tribunale ad hoc per la ex Jugoslavia. Dir. uomo 1993, 32; LATTANZI F., La primazia del Tribunale penale internazionale per la ex- Iugoslavia sulle giurisdizioni interne.

ottobre 1967 che, pure avendo il torto di essere arrivata in ritardo, a quasi vent'anni dall'obbligo assunto con la Convenzione (adottata nel 1952), è stata messa a punto con indiscutibile attenzione. Quest'ultima, infatti, prevede, indicando con precisione le relative pene, tra gli «atti diretti a commettere genocidio» (art. 1) sia quelli diretti a cagionare lesioni personali sia gli atti diretti a cagionare la morte o lesioni personali gravissime sia il sottoporre le persone a condizioni di vita tali da determinare la distruzione fisica, totale o parziale, del gruppo perseguitato per finalità etniche, nazionali, razziali o religiose. Mentre nell'art. 2 prevede il delitto di deportazione a fine di genocidio. Nell'art. 4 gli atti diretti a commettere genocidio mediante limitazione delle nascite. Nell'art. 5 quelli diretti a commetterlo mediante sottrazione di minori. Nell'art. 6 il delitto di imposizione di marchi o segni distintivi. Molto opportunamente (oltre che per allinearsi alla concezione inglese e nordamericana della «conspiracy», consacrata nella Convenzione), la legge italiana prevede come delitto anche il semplice accordo per commettere genocidio pur non seguito da atti esecutivi, così come prevede la pubblica istigazione e apologia di genocidio (art. 8). In certe parti la legge italiana è più ampia e severa della Convenzione del 1948.

Riv. internaz. 1996, 597; LATTANZI F., Riflessioni sulla competenza di una Corte penale internazionale (delicta juris gentium - competenza ratione materiae). Riv. internaz. 1993, 661; LATTANZI F., SCISO E. (a cura di), Dai Tribunali internazionali ad hoc a una corte permanente. Napoli, Editoriale Scientifica 1996, 8 , pp. X-366; MANTOVANI F., Diritto penale, Padova, Cedam 1992, 998; MIGLIOLI C., Per una corte criminale internazionale. Giust. pen. 1951, I, 413; MOSCONI F., Crimini di guerra ed estradizione. Indice pen. 1990, 539; NUNZIATA M., Il Tribunale internazionale per i crimini nell'ex Jugoslavia. Un modello per una generale giurisdizione internazionale penale. Giust. pen. 1995, III, 232.

Può ben dirsi che il crimine di genocidio è tra quelli che hanno trovato maggiore ricezione tra i crimini internazionali di quel tipo sia per la molteplicità delle leggi nazionali, sia per l'obbligo internazionale di estradizione (per cui l'Italia credette di aver bisogno, nel 1967, di una legge costituzionale che escludeva il delitto di genocidio dai delitti politici), sia perché il genocidio è delitto espressamente previsto al primo posto negli Statuti istitutivi dei Tribunali internazionali dell'Aja e di Arusha.

In verità la Convenzione del 1948 prevedeva l'istituzione di una Corte speciale penale internazionale permanente per tutti i delitti di genocidio, ma la carenza di questa Corte si è determinata per la stasi dovuta alla guerra fredda e agli eventi connessi: tutte difficoltà che si spera di superare con lo Statuto di Roma, quando questo arriverà a esecuzione.

Dal punto di vista giuridico si potrebbero dire cose ben più analitiche sul crimine di genocidio.

Potremmo solo ricordare un particolare, che si collega agli armeni. Riguarda non il genocidio, il cui termine venne usato prima della Convenzione omonima, nei primi processi celebrati nel 1945-46 a carico di criminali nazisti (ricordo i processi a Greiser, all'austriaco Goeth, a Rudolf Franz Hoess comandante del campo di Auschwitz) nella Polonia liberata. Nelle relative sentenze ci si sofferma proprio sul significato di questo sostantivo, forse a causa del fatto che esso era stato inventato da uno studioso polacco. Ci si può riferire invece all'origine della denominazione di una categoria più vasta, quella dei crimini contro l'umanità (fondamento dei

processi di Norimberga e di Tokyo e degli Statuti di quelle Corti), che è diventata poi oggetto di tante altre risoluzioni, mozioni, convenzioni, leggi nazionali. Ebbene, essa è nata proprio in relazione ai massacri e alle deportazioni, equivalenti a condanne a morte, degli armeni nell'Impero ottomano. Nei Trattati di Versailles, di St. Germain-en-Laye, del Trianon, di Neuilly (rispettivamente, di pace con la Germania, con l'Austria, con l'Ungheria, con la Bulgaria) questa denominazione non figura. Nel Trattato di Versailles (art. 227), a proposito del processo progettato contro il Kaiser, si disse che «gli Stati alleati e associati pongono in stato d'accusa pubblica Guglielmo II di Hohenzollern, ex Imperatore di Germania, per offesa suprema contro la morale internazionale e la sacra autorità dei trattati» (evidentemente ci si riferiva al crimine di guerra di aggressione, che forse sarebbe stato addebitato anche all'Imperatore Francesco Giuseppe se questi non fosse già defunto). In fondo, in tutti quei trattati di pace, i crimini addebitati ai paesi vinti erano sempre, sostanzialmente, i crimini di guerra e i delitti a essi connessi. Fu solo in occasione del Trattato di Sévres con la Turchia che il problema si pose. Gli Alleati si ricordarono (soprattutto sotto l'influsso del presidente Wilson che aveva sposato la causa armena) che, con una dichiarazione del 28 maggio *1915,* i Governi di Francia, Gran Bretagna e Russia avevano espresso la condanna contro il massacro delle popolazioni armene da parte dei turchi, con le parole «crimini contro la civilizzazione e l'umanità», dei quali il Governo ottomano avrebbe dovuto rispondere. E nel Trattato di Sévres (1920) espressero proprio il proposito di punire quei

«crimini contro l'umanità». (Ricordo, per inciso, che davanti a Tribunali turchi di Costantinopoli e di Trebisonda, tra il 1919 il 1920, si svolsero alcuni processi, prevalentemente in contumacia, contro alcuni responsabili dei massacri.) Ma il Trattato di Sévres, diversamente da tutti gli altri, non ebbe mai esecuzione. I problemi del mondo sovietico dopo la Rivoluzione bolscevica si affacciavano ormai prepotentemente all'orizzonte e i turchi potevano essere un utile baluardo contro i relativi pericoli. Cosi, deposto Maometto vi nel 1922 e finito l'Impero, Mustafa Kemal si mise alacremente all'opera in nome della nuova Turchia Repubblicana e ottenne nel 1923 che il Trattato di Sévres fosse sostituito con quello di Losanna. In questo non si parlava né di nuovi Stati né di territori autonomi né, ancor meno, di crimini e di punizioni; ed era anzi annessa una Dichiarazione di amnistia per tutti i crimini commessi tra il 1914 e il 1922. Questa dichiarazione fu inclusa nell'Accordo globale di Losanna. «Realpolitik» e connessi oblii cominciavano a dare i loro frutti. Forse peccando di ottimismo Armin Wegner, il testimone tedesco del genocidio armeno, dirà, in una conferenza tenuta a Milano nel 1968, che «se i responsabili dei massacri degli armeni del 1915 fossero stati puniti, non vi sarebbe stato il genocidio degli ebrei».

Nel 1945 Robert Jackson, ispirato dal Dr. Jacob Robinson (uno degli esperti americani dell'epoca) si ricordò di quel precedente contenuto nel Trattato di Sévres e, nella qualità che allora rivestiva di Capo del Consiglio dei Pubblici Ministeri degli Stati Uniti al processo di Norimberga, propose in un rapporto del 6 giugno 1945 al presidente Truman, la formula «Crimini

contro l'umanità» che, pienamente approvata dallo stesso Truman, fu accolta negli Statuti di Norimberga e in quello di Tokyo. Di qui il legame veramente incontestabile tra i delitti contro l'umanità e il genocidio degli armeni.

Riguardo al tema del riconoscimento ufficiale del genocidio degli àrmeni di Anatolia, da parte dei Governi europei (oltre alle tante comunità minori che già vi hanno encomiabilmente provveduto) avvenuto più di ottant'anni or sono e perpetrato in forme così barbare che poco hanno da invidiare ai genocidi successivi. Con tale riconoscimento storico una condanna che sani il passato e valga per altri casi in avvenire.

Su questo tema possiamo osservare quanto segue. Prima di tutto sono evidenti le difficoltà in cui si trovano i Governi e i Parlamenti europei, e non solo europei. Sono difficoltà di ordine economico e di ordine politico, di fronte a quello che è tuttavia sempre un grande popolo, in continuo accrescimento demografico, come il popolo turco, a cui tutti sono legati da interessi economici e politici. Si tratta della solita «Realpolitik», in permanente o quasi permanente contrasto con i diritti fondamentali dell'uomo. Quella stessa «Realpolitik», d'altra parte, che per non essere stata integralmente osservata nella Germania vinta dopo la prima guerra mondiale, fu alla base dell'esito dei processi di Lipsia e del revanscismo tedesco, uno degli elementi alla radice della seconda guerra mondiale. Quella «Realpolitik» che nei quaranta e più anni di guerra fredda impedì la creazione di un codice vero e proprio dei delitti contro l'umanità e dei delitti

di guerra e l'istituzione di una Corte internazionale permanente chiamata a giudicare i crimini internazionali. Quella «Realpolitik» che ancor oggi contribuisce in modo pesante a far avanzare a passi di lumaca lo Statuto di Roma, dove invece sono contenuti codice e norme sulla Corte. Tuttavia bisognerà cercare di superarla. La Repubblica turca, solida e salda da settantasette anni, non è l'Impero ottomano, sotto cui quegli orrori furono progettati e perpetrati; e solo limitatamente ne è la continuatrice. Gli autori di quegli orrori non sono più in vita da tempo, anche se i nomi di alcuni di quei Pascià e di quei Bey vengono ancora iscritti nella storia della Turchia e celebrati con strade e monumenti. Anche la Germania era ed è un grande paese, eppure ha riconosciuto l'Olocausto e ne paga il risarcimento. E un capo di governo tedesco si è inginocchiato nel ghetto di Varsavia. La comunità armena rimasta in Turchia non arriva a 60.000 unità e la sua lingua è parlata da poco più di 30.000 persone. Il valore di quella comunità è forse soprattutto ecclesiastico, almeno in Cilicia e a Istanbul. Non vi dovrebbe essere ombra di timori di rivendicazioni, di sedizioni o di vendette. So tuttavia che la situazione è tutt'altro che semplice. Possa la ragione non contrastare ciò che è avvenuto senza grandi difficoltà altrove, per altri genocidi[19].

La seconda osservazione riguarda il valore, o il significato, di questi riconoscimenti chiesti ai vari parlamentari europei a distanza di tanto tempo

[19] Cfr. VIERUCCI L., Crimini contro l'umanità. La prima sentenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia. Dir. pen. proc. 1997, 969; ZAPPALA' S., Due anni di funzionamento del Tribunale internazionale per l'ex- Jugoslavia: tra bilanci e prospettive. Legisl. pen. 1996, 641.

dai fatti. Esso potrebbe sembrare una mera esercitazione teorica. Finora, a proposito di genocidi, non abbiamo parlato che in termini penalistici, mentre oggi per il genocidio armeno non vi sono più processi da fare né colpe individuali da espiare. Così pure, non ho sentito portare avanti idee di risarcimento o di riparazione, che mi sembrano molto difficili a tanta distanza di tempo, ben superiore da quello che ci separa dalla seconda guerra mondiale[20].

E' interessante sottolineare il valore della prevenzione. Si è sempre detto (basterebbe ricordare le famose frasi di Jackson nel corso della sua requisitoria a Norimberga) che la punizione (e forse anche la semplice solenne condanna) dovrebbe servire a evitare crimini simili per il futuro. Ma se si guarda agli effetti positivi di Norimberga e di Tokyo in questi cinquantacinque anni c'è da rimanere sgomenti. Sono state scatenate grandi guerre internazionali o parainternazionali (Corea, Vietnam, Afghanistan) con il loro carico di tormenti, di odi e di orrori e 250 conflitti non internazionali, con decine, centinaia di migliaia o milioni di morti ciascuna, per un totale di più di 170 milioni di vittime. Vi sono libri aggiornati che contengono questa

[20] Cfr. NUNZIATA M., L'eccidio delle "Fosse Ardeatine": l'imprescrittibilità del reato nella sentenza conclusiva del processo di primo grado a Priebke e Hass. Nuovo dir. 1998, 151; NUVOLONE P., Delitto politico e diritto d'asilo. Indice pen. 1970, 169; PISANI M., Il caso Barbie e la prescrizione dei crimini contro l'umanità. Indice pen. 1987, 731; PALCHETTI P., Il potere del Consiglio di sicurezza di istituire tribunali penali internazionali. Riv. internaz. 1996, 413; PAPISCA A., Giustizia penale internazionale: il contributo dell'Italia alla costruzione del Tribunale internazionale sui crimini di guerra e contro l'umanità nella ex Jugoslavia. Dir. Uomo popoli 1993, (2), 117; PASTORE B., Sui fondamenti etico-giuridici della Corte penale internazionale. Diritto e Società 2000, 83; PERETTI, GRIVA D. R., A proposito del processo di Norimberga. Foro pad. 1946, II, 183; PICONE P., Sul fondamento giuridico del Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia. Comunità internaz. 1996, 3; PISANI M., "La penetrazione" del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano (apologia del genocidio - pratiche analoghe alla schiavitù - repressione della tratta - lotta contro la droga - corrispondenza postale - telecomunicazioni - protezione fisica dei materiali nucleari). Indice pen. 1984, 433; PISANI M., Genocidio e diritti dell'uomo. Iustitia 1978, 273.

contabilità tragica. E un numero elevato di conflitti interni, come quelli dei paesi centro e sudamericani, con il loro carico di torture, di sparizioni e di altre barbarie; e infine i crimini di regimi tirannici in molti paesi del mondo durati per decenni. Negli ultimi anni qualche cosa si è mosso. Alcuni criminali jugoslavi hanno pagato e stanno pagando. Alcuni dittatori hanno motivo di tremare. Soprattutto si è acquisita la coscienza che l'«Act of State doctrine» (nei casi di gravi crimini) vale oramai ben poco e che le immunità dei capi di Stato o di Governo vacillano anche dal punto di vista strettamente giuridico. Dunque bisogna sperare che la memoria e le condanne (anche se senza effetto pratico immediato) aiutino, e che l'oblio vada combattuto come un male. Al genocidio degli armeni dell'Impero ottomano questa rivendicazione contro l'oblio si attaglia in un modo del tutto particolare.

Nel suo nido di Obersalzberg, il 22 agosto 1939, Hitler, il Führer del popolo tedesco, convocò per l'intera giornata gli ufficiali dello Stato Maggiore, a gruppi di trenta per volta. Era la vigilia della firma dell'accordo nazista-sovietico contro la Polonia e l'antivigilia dell'attacco a quell'infelice paese. Tra le altre indicazioni e raccomandazioni, il supercriminale del secolo si preoccupò di delineare il carattere terribile e distruttivo che avrebbe avuto l'invasione dei territori occidentali della Polonia e di rassicurare i comandanti circa l'impunità di cui avrebbero fruito nonostante le violazioni delle leggi e degli usi della guerra e dei diritti dell'umanità (lui non li chiamava certo così). Ricordò espressamene il massacro degli armeni

avvenuto meno di vent'anni prima e disse: «Chi si ricorda oggi del massacro degli armeni? » La ricostruzione dei colloqui del Führer del 22 agosto 1939 è stata ed è oggetto di minuziose ricostruzioni di storici di alto valore, soprattutto tedeschi. Perciò l'auspicata condanna del genocidio degli armeni sarebbe anche una rinnovata condanna del mostruoso e folle genio criminale di Hitler e dei massacri da lui provocati, istigati e comandati. Sarebbe la rivincita, senza vendetta, della memoria sull'oblio: un altro passo verso la faticosa presa di coscienza dei doveri elementari degli esseri umani verso altri esseri umani[21].

[21] Cfr. PISANI M., La penetrazione del diritto penale internazionale nel diritto penale italiano (diritto internazionale penale - diritto penale internazionale - genocidio - discriminazione razziale - riduzione in schiavitù - tratta degli esseri umani - sfruttamento della prostituzione - infractiones graves delle convenzioni umanitarie di Ginevra - dirottamenti aerei - illeciti contro la sicurezza dell'aviazione civile - pirateria - stupefacenti - pubblicazioni oscene - falso nummario - protezione penale dei cavi sottomarini - "diritto penale europeo"). Indice pen. 1979, 5; QUADRI R., Estradizione. Enc. dir., XVI, Milano 1967, 1; REALE E. P. (a cura di), Lo Statuto della Corte Penale Internazionale. Padova, Cedam 1999, VI-265; REIBALDI L., Incompetenza del Tribunale che ha giudicato Eichmann. Riv. pen. 1962, 90; RONZITTI N., Crimini internazionali. Enc. giur., X, Roma 1995, 1; RONZITTI N., Genocidio in Enc. dir., XVI, Milano 1967, 573; RONZITTI N., La Convenzione europea sull'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra. Riv. internaz. priv. proc. 1976, 71; SCISO E., Note in margine all'ordinanza della Corte internazionale di giustizia nell'affare dell'applicazione della Convenzione sul genocidio (ricorso Bosnia Erzegovina - misure cautelari - poteri del Consiglio di sicurezza - competenza). Comunità intern. 1993, 311; SOCINI R., Genocidio. Nss. D. I., VII, Torino 1961, 780; SPERDUTI G., Crimini internazionali. Enc. dir., XI, Milano 1962, 337; SPERDUTI G., La persona umana e il diritto internazionale (oggetto - soggetto - servizi pubblici d'unione - assistenza paesi sottosviluppati - dichiarazione universale - crimini internazionali - diritto criminale internazionale). Iustitia 1960, 3;TANZI A., Sul progetto ONU di codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità e sull'istituzione di un tribunale penale internazionale. Critica pen. 1993, (3/4), 3; VASSALLI G., Il Tribunale internazionale per i crimini commessi nei territori dell'ex Jugoslavia (composizione - compiti - giurisdizione - concorso giurisdizioni - regole procedura - prove). Legisl. pen. 1994, 335; VENTURINI G., Da Roma l'ok a una giustizia universale contro i delitti che offendono l'umanità. Guida al diritto fasc. 30, 1998, 12.

3. Elementi costitutivi del crimine contro l'umanità: elemento soggettivo e oggettivo del reato.

E' necessario osservare gli elementi costitutivi del crimine contro l'umanità: tali sono gli elementi soggettivi, quali la volontarietà dell'atto, che può essere realizzato con dolo diretto o con dolo eventuale e la consapevolezza dell'attacco nonché gli elementi oggettivi, da individuare nei comportamenti particolarmente offensivi della dignità umana, realizzati in maniera estesa o sistematica, nell'ambito di un attacco in tempo di guerra o di pace contro popolazioni civili.

Elemento costitutivo del crimine contro l'umanità è la consapevolezza dell'attacco nella realizzazione di un crimine contro l'umanità, che può essere un omicidio, uno sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione o il trasferimento forzato della popolazione, l'imprigionamento o altre gravi forme di privazione della libertà personale in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale, la tortura, lo stupro, la schiavitù sessuale, la prostituzione forzata, la gravidanza forzata, la sterilizzazione forzata e altre forme di violenza sessuale di analoga gravità, la persecuzione contro un gruppo o una collettività dotati di propria identità, inspirata da ragioni di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso, sparizione forzata delle persone, apartheid e altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale.

Vediamo ora le regole di procedura e di prova, nonché gli elementi costitutivi del reato in argomento.

Il 30 giugno 2000, la Commissione Preparatoria delle Nazioni Unite per la Corte Penale Internazionale ha adottato i testi relativi alle Regole di Procedura e Prova e agli Elementi Costitutivi dei Crimini, due strumenti necessari all'istituzione e al funzionamento operativo della Corte.

Le regole di procedura e prova riguardano l'interazione tra Stati membri e Stati non membri dello Statuto, l'organizzazione interna della Corte e l'esercizio della giurisdizione della Corte su singoli individui.

La Corte Penale Internazionale non ha il primato sulle giurisdizioni nazionali e non intende sostituirsi ad esse. Secondo il principio di complementarità esercita la propria giurisdizione su un caso solo quando lo Stato abbia manifestato un rifiuto o ne sia palese l'incapacità a procedere. Qualora un caso venga dichiarato ammissibile, gli Stati interessati avranno l'obbligo di collaborare pienamente con la Corte. Indispensabile è la cooperazione degli Stati, infatti, la Corte non ha, di per sè, poteri coercitivi, nè una propria forza di polizia, nè strutture carcerarie.

La Corte dovrà dipendere dagli Stati per la raccolta delle prove, per la consegna degli indagati e per l'esecuzione delle sentenze.

Il regime di complementarità e quello di cooperazione con la Corte sono stati ben bilanciati nello Statuto di Roma e tale equilibrio si riflette

anche nelle regole di procedura e prova, che prevedono i limiti temporali nei procedimenti, i contenuti e le modalità di comunicazione con gli Stati e con le vittime nella fase preliminare ai procedimenti.

Interessante è affrontare il problema della responsabilità dei Comandanti e l'Ordine Superiore.

Il problema della responsabilità dei comandanti è sempre stato l'aspetto cruciale della giurisdizione internazionale, laddove è evidente che nell'accertamento di crimini di guerra o contro l'umanità per forza di cose dovrà sempre assumere un particolare rilievo il ruolo svolto da chi ha la responsabilità diretta della condotta delle operazioni, nelle fasi di guerra o di conflitto armato, e dell'ordine e della sicurezza pubblica, nel caso di "crisi" interne.

Il tema tuttavia è piuttosto discusso, specie con riferimento all'individuazione degli effettivi margini dell'azione di comando e controllo che può essere attribuita ad un capo militare. Il caso più emblematico che viene citato a proposito è il processo Yamashita [22]: la Commissione militare

[22] Cfr. (184) - Cfr.: P. VERRI, in *Dictionaire du droit international des conflits armès* ,CICR, 1988, alla voce *Responsabilité*: «…Le droit des conflits armés prévoit également une responsabilité pour les commandants militaires qui : a) donnent à leurs suboreonnés l'ordre de violer les règles de ce droit; b) n'empechent pas de telles violations;c) ne les répriment pas. Enfin, chaque militaire encourt une responsabilité directe pour les infractions qu'il a lui-meme commises. (cfr.H IV art.3, G I art.47, 49-51; G II art.48, 50-52; G III art.127.129-131; G IV art.144, 146-148; GP I art.83,85-87,91; GP II art.19)» p.. 108, Sul tema v.: N. RONZITTI, *Il Diritto Internazionale dei Conflitti Armati*, Giappichelli, 1998, p. 150 ss.; N. BAR-YAACOV, *Responsibility of Command in Gutman-Rieff, Crimes of War, WW Norton*, 1999 (trad. it. a cura di Contrasto-Internazionale, Roma, 1999); W. FENRICKY, *Art. 28 Responsibilty of commenders and other superior*, p. 515 ss., e O.TRIFFTERER, *Art.33 Superior orders and prescription of law*, p. 573 ss. in O. Triffterer, (ed.) Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Baden Baden Noomos Verlagsgesllschaft, 1999.; cfr.

americana in Manila (1945), nonostante un parere difforme della Corte Suprema degli Stati Uniti, condannò l'ammiraglio giapponese per non aver impedito che fossero commesse atrocità da parte dei suoi soldati. Il criterio che fu seguito da quel collegio giudicante è stato ritenuto, da un lato, "emblematico" per l'affermazione del principio della responsabilità del comandante per non aver esercitato il controllo sui subordinati, dall'altro "eccessivo" perché sotto il profilo giuridico andava posto un altro problema: in realtà il livello del comando dell'ammiraglio era particolarmente alto, pertanto non idoneo a poter esercitare un controllo concreto e, soprattutto, le circostanze erano ormai tali che l'alto ufficiale «aveva ormai perso quasi completamente il comando, il controllo e le comunicazioni con i soldati ai suoi ordini»[23].

In tale quadro, è opportuno premettere che nelle fonti convenzionali del Diritto Umanitario, di vera e propria responsabilità dei comandanti si parla nel I Protocollo Addizionale del 1977, che all'art. 87 detta precise disposizioni in materia di doveri dei comandanti. In base al Protocollo le Alte Parti contraenti e le Parti in conflitto «esigeranno» che i Comandanti militari adempiano ai seguenti obblighi: i comandanti devono conoscere e capire le obbligazioni che gli sono imposte dal Diritto Internazionale Umanitario (DIU); i comandanti devono assicurarsi che anche i loro subordinati conoscano e comprendano gli obblighi che sono imposti ai combattenti dal

Levie (ed.) Documents of Prisoners of War, 294 ss. Per le responsabilità penali in generale accertate dai processi dei Tribunali di Norimberga e Tokio si rinvia a quanto già detto in parte I.

[23] Cfr. BAR YAACOV, op.cit., p. 318

DIU; i comandanti devono condurre le operazioni in conformità con il DIU; i comandanti devono fare tutto ciò che è in loro potere per prevenire la commissione di violazioni del DIU da parte dei loro subordinati, e, in caso di violazioni, debbono promuovere contro gli autori le azioni disciplinari e penali del caso.

Altre importanti previsioni si rinvengono nelle formulazioni degli Statuti del Tribunale per la ex Jugoslavia (art.7) e del Ruanda (art.6)[24], che sono sostanzialmente identiche.

In base a tali disposizioni:« Art 7 (1) Chiunque ha pianificato, incitato a commettere, ordinato, commesso o in ogni altra maniera aiutato e incoraggiato a pianificare, preparare o porre in esecuzione un crimine previsto dall'art.2 all'art.5 del presente Statuto è individualmente responsabile di detto crimine;
Art.7 (3) Il fatto che taluno degli atti previsti dagli art.2-5 del presente Statuto sia stato commesso da un subordinato non esenta il suo superiore dalla propria responsabilità penale, se questi sapeva, o aveva motivo di sapere, che il subordinato si apprestava a commettere questo atto, oppure,

[24] Sul punto cfr. i riferimenti al dibattito sui fondamenti giuridici dei due Tribunali, che- ricordiamo- furono istituiti non a seguito di accordi e convenzioni, ma con Risoluzioni delle NU. Il caso Tadic, l'effettività dell'operato dei due Tribunali e i più autorevoli orientamenti dottrinali hanno comunque superato le iniziali riserve, per lo più strumentalmente adoperate dalle parti in causa.
Sul tema cfr.: A. CASSESE, *The International Crimibnal Tribunal for the Former Yugoslavia: Some general remarks in Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, vol. I, Bari, 1995; LATTANZI - SCISO (a cura di), *Dai Tribunali Penali internazionali ad hoc ad una Corte permanente*, Ed. Scientifica, 1996; R. SAPIENZA, *La crisi bosniaca e l'istituzione del Tribunale Internazionale delle Nazioni Unite per la ex Yugoslavia in Diritto Internazionale. Casi e materiali*, Giappichelli, 1999; G. VASSALLI, *La Giustizia Penale Internazionale*, Giuffrè, 1995; R. SAPIENZA, *La crisi bosniaca e l'istituzione del Tribunale Internazionale delle Nazioni Unite per la ex Yugoslavia in Diritto Internazionale. Casi e materiali*, Giappichelli, 1999.

se il subordinato l'aveva comunque compiuto, il superiore non aveva preso le misure necessarie e ragionevoli per impedire che l'atto stesso non venisse commesso o per punire i responsabili».

La norma è evidentemente, in prima facie, di non facile lettura. Tuttavia i suoi elementi costitutivi appaiono ben chiari; la responsabilità dei comandanti si configura: per aver "pianificato" una violazione; per avere "incitato" a commettere una violazione; per avere "ordinato" la commissione di una violazione; per avere "aiutato" o "incoraggiato" ad eseguire un crimine di guerra. Su quest'ultimo punto, può essere utile richiamare i principali orientamenti della giurisprudenza dei due Tribunali[25]: in primo luogo si è stabilito che aiutare o incoraggiare sono due forme distinte di complicità, ma l'una o l'altra sono singolarmente sufficienti per essere ritenuti colpevoli; un comandante sarà responsabile per aver aiutato o incoraggiato se la sua condotta ha contribuito direttamente alla commissione della violazione; l'"assistenza fisica" è evidentemente la forma di aiuto o di incoraggiamento più comune; ma non è necessario che l'aiuto o l'incoraggiamento debbano essere "tangibili", è sufficiente un sostegno "morale".

In sostanza, l'elemento chiave di questa fattispecie è tutta nella "influenza" del comandante sugli altri militari: anche un gesto "anodino", un

[25] Sul tema particolare rilievo è stato dato ai Cases Akayesu (n. ICTR-86-4-T, Judgement 2 sept. 1998) e Celibi (c/ Zelnl Delalic, Zdravo Music alias Pavo, Hazim Delic, e Esad Landzo alias Zenga, n. ICTY IT 96-21-T Judgment 16 nov. 1998).

mancato intervento, l'inerzia di un comandante può costituire un atto di tacito assenso, e, quindi, un "incoraggiamento"[26].

Sulla base di questi riferimenti, le previsioni dello Statuto della Corte hanno delineato un quadro più articolato della configurabilità penale della responsabilità dei comandanti, che pertanto è disciplinata: in primis, nella responsabilità penale individuale definita all'art.25; nella sostanza la norma sanziona una responsabilità "diretta" o "attiva[27], per un comportamento consistente in un agere o in un facere o in un eligere; inoltre, nella specifica responsabilità dei comandanti o di altri superiori gerarchici dell'art.28 dello Statuto, che disciplina in maniera molto articolata una responsbilità di tipo "negativo" od "omissivo"[28]; in questo caso ha rilievo anche la sola inerzia dei comandanti rispetto agli obblighi in vigilando, al potere-dovere di controllo che è insito nella funzione di comando della sovraordinazione gerarchica (si tratta quindi di comportamenti consistenti in un non agere o non facere o in un non eligere [29]; infine, nella normativa correlata all'elemento psicologico dell'art.30 dello Statuto, ai motivi di esclusione dalle responsabilità penali

[26] Su queste pronunce giurisprudenziali, invero, non si dispongono di sufficienti elementi valutativi sull'aspetto che verrebbe subito posto alla base dell' accertamento di un processo penale di "modello" italiano: la qualificazione dell'elemento soggettivo; il problema che si dovrà porre con maggiore chiarezza è sui casi di configurazione del dolo specifico (l'avere avuto comunque il proposito di incoraggiare perché specificamente fosse commesso il crimine), ovvero del solo dolo generico (che può concretizzarsi nella mera conoscenza da parte del comandante che la sua condotta avrebbe aiutato l'autore d'un crimine a commettere il misfatto) , con le conseguenti implicazioni sulla configurabilità del dolo eventuale e della colpa cosciente. Cfr.: F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, Parte Generale, cap. II, L'elemento oggettivo, pag.219, Giuffrè 1997, v.ultra. In ogni caso ci sembra di poter comunque evidenziare che la "conoscenza" da parte del comandante dovrà essere l'elemento su cui l'accusa dovrà raccogliere più elementi circostanziali.

[27] Per una teoria generale della condotta "attiva" v.: L'azione in F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, cap. II, L'elemento oggettivo, pag.219, Giuffrè 1997, v.ultra.

[28] Cfr. F. ANTOLISEI, op. cit. in nota precedente, v. L'omissione p.220, v. ultra

[29] I «comportamenti anodini» sono stati più volte riconosciuti elementi di colpevolezza nella giurisdizione dei Tribunali Internazionali dell'ex Jugoslavia e del Ruanda, v. ultra.

dell'art.31 e all'ordine superiore dell'art.33, che completano l'ambito complessivo della possibile punibilità del comportamento di un comandante.

All'art.25, la responsabilità "attiva" del comandante si connota come diretta responsabilità penale individuale atteso che essa si determina anche quando "la persona ordina[30], sollecita o incoraggia la perpetrazione del reato" oppure per "agevolare la perpetrazione di tale reato, (essa) fornisce il suo aiuto, la sua partecipazione o ogni altra forma di assistenza", o, ancora "contribuisce in ogni altra maniera alla perpetrazione o al tentativo di perpetrazione di tale reato da parte di un gruppo di persone o al tentativo di perpetrazione di tale reato da parte di un gruppo di persone che agiscono di comune accordo"[31].

Sulla responsabilità della condotta attiva, appare però opportuno soffermarci subito su quelli che sono definiti all'art. 30 gli "elementi psicologici" sulla cui base è possibile configurare la punibilità: l'"intenzione" e la "colpevolezza".

La norma precisa che vi è «intenzione» quando nelle seguenti ipotesi. Ad esempio quando si tratta di un «comportamento», una persona intende adottare tale comportamento; in alternativa quando si tratta di una «conseguenza», tale persona intende

[30] Sui contenuti generali dell'ordine come atto giuridico, v. ultra.

[31] Per un approfondimento analitico e strutturale dell'articolato cfr.: K. Ambos, Article 25 Individual criminal responsability p.475 in: O.Triffterrer (Ed.), Commentary on the International Criminal Court, Nomos Veragsgesellschaft, Baden Baden, 1999. Invevro, per un'analisi più approfondita, la norma andrebbe letta in combinato con l'Art.31 (Cause di esclusione della responsabilità), v. ultra, e con l'Art.32 (Errore di fatto o di diritto).

causare tale conseguenza o è consapevole che quest'ultima avverrà nel corso normale degli eventi.

Vi è «consapevolezza» quando la persona è "cosciente" dell'esistenza di una determinata circostanza o che una conseguenza avverrà nel corso normale degli eventi.

La norma può sembrare di facile e immediata lettura; ma in realtà potrà porre una serie di problemi in sede giurisprudenziale, tenendo conto che, come si vede, non si fa riferimento a quelle categorie giuridico-formali degli ordinamenti giuridici di Civil Law, come la "colpevolezza", la "coscienza e volontà", il dolo e la colpa, la responsabilità oggettiva e la preterintenzionalità[32].

Allo stato, l'analisi sul punto può essere soltanto largamente indicativa, atteso che gli elementi della intenzionalità e della consapevolezza dovranno ancora consolidarsi nella dottrina e nella giurisprudenza internazionale penale[33].

---

[32] Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, Cap. III L'elemento soggettivo, Giuffrè, 1997; v. in particolare Sez. VII Le cause soggettive di esclusione del reato (145. Mancanza del nesso psichico, 146.L'errore in generale, 147.L'ignoranza della legge penale, 148. L'errore sul fatto, 149. L'errore sulla legge extrapenale, 150. I casi di aberratio, 151. La c.d. inesigibilità pagg. 315-427. V. anche in Cap. II L'elemento oggettivo par. 93 Il pericolo , pag. 229; R. VENDITTI, *Il Diritto Penale Militare nel Sistema Penale Italiano*, v. Cap. III L'elemento soggettivo nella struttura del reato militare, Giuffrè, 1997, pagg. 128 e s.

[33] Cfr. Sul punto, per uno specifico approfondimento sugli attuali orientamenti in ambito internazionale, cfr.: D.K. PIRAGOFF, *Mental Element* in O. Triffterrer (Ed.) Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, cit., pag. 527 e s. In particolare, dell'A. ci sembra significativo il passaggio : »«...Under the unfluence of Canon Law and Roman Law a a requirement for some element of moral blameworthiness- a guilty mind - was imposed by the Court. This requirement has been expressed in the Latin maxim: actus non facit reum nisi mens sit rea.It is a basic requirement of modern legal system». V. anche ante a proposito della giurisprudenza del Tribunale per la ex Jugoslavia.

E' evidente che specie con riferimento al ricorrente richiamo ad una ragionevole "previsione" del corso normale degli eventi, in essi saranno compresi i comportamenti dolosi, inclusi quelli del c.d. dolo eventuale, infatti l'agente aveva previsto una possibilità che si verificasse una conseguenza negativa, e aveva proseguito comunque nell'azione; "aveva previsto e accettato il rischio", ma probabilmente anche quelli caratterizzati da colpa grave o colpa cosciente, vale a dire che l'agente, venendo meno ai propri obblighi di normale diligenza, non ha valutato il rischio del verificarsi di una conseguenza negativa, che, anche se non espressamente voluta, è comunque imputabile ad una sua condotta "colposa"[34]. Tali valutazioni si possono dedurre anche dalle modalità in cui sono sanzionati i comportamenti "omissivi".

L'art. 28 dello Statuto di Roma della corte Penale internazionale di cui sopra, riferito alla «Responsabilità dei Comandanti e di altri superiori gerarchici» è dedicato proprio ai fatti "omissivi", ed in particolare al mancato controllo[35].

Lo Statuto della Corte è pervenuto su questo tema ad un testo molto analitico, che è destinato a costituire un punto fermo della definizione

---

[34] Cfr. Ricordiamo sommariamente che nel concetto di "colpa" vanno ricomprese l'imprudenza, l'imperizia, la negligenza, l'inosservanza di norme e regolamenti, etc. Art. 43 del C.P. Cfr.: Antolisei, op. cit.

[35] Cfr. Sul tema di particolare rilievo i contributi di N. Ronzitti, La Corte Penale Internazionale, i crimini di guerra e le truppe italiane all'estero in missione di pace , ricerca CeMiSS 34/N 2000, v. Cap.V par. 21 La responsabilità dei comandanti , pag. 112 e s.; W.J. Fenrick, Responsability of commanders and other superiors , p. 515 e s. in O. Triffterer, op. cit

giuridica del problema e a rappresentare un orientamento decisivo per i comandanti militari.

Prima di passare ad una enunciazione interpretativa della norma è utile richiamarla espressamente nella sua formulazione letterale.

In particolare l'art. 28 dello satuto della Corte riguarda la responsabilità dei capi militari e di altri superiori gerarchici. Oltre agli altri motivi di responsabilità penale secondo il presente Statuto per reati di competenza della Corte, ad esempio la responsabilità "attiva" dell'art.25.

Un comandante militare o persona facente effettivamente funzione di comandante militare è penalmente responsabile dei crimini di competenza della Corte commessi da forze poste sotto il suo effettivo comando o controllo o sotto la sua effettiva autorità e controllo, a seconda dei casi, quando non abbia esercitato un opportuno controllo su queste forze nei seguenti casi: a) questo capo militare o persona sapeva o, date le circostanze, avrebbe dovuto sapere che le forze commettevano o stavano per commettere tali crimini; e b) questo capo militare o persona non ha preso tutte le misure necessarie e ragionevoli in suo potere per impedire o reprimere l'esecuzione o per sottoporre la questione alle autorità competenti a fini d'inchiesta e di azioni giudiziarie.

Per quanto concerne le relazioni fra superiore gerarchico e sottoposti, non descritte alla lettera a), il superiore gerarchico è penalmente

responsabile per i reati di competenza della Corte commessi da sottoposti sotto la sua effettiva autorità o controllo, qualora egli non abbia esercitato un opportuno controllo su tali sottoposti nelle seguenti circostanze: a)essendo a conoscenza, o trascurando deliberatamente di tenere conto di informazioni che indicavano chiaramente che tali subordinati commettevano o stavano per commettere tali crimini; b) i crimini erano inerenti ad attività sotto la sua effettiva autorità e responsabilità; c)non ha preso tutte le misure necessarie e ragionevoli in suo potere per impedirne o reprimerne l'esecuzione o per sottoporre le questioni alle autorità competenti ai fini di inchiesta e di esercizio dell'azione penale.

Osserviamo tale norma, enucleandone gli aspetti centrali.

Il paragrafo 1 disciplina la responsabilità dei comandanti militari e delle altre persone che agiscono come tali.

Il paragrafo 2 tratta delle relazioni gerarchiche tra superiori e subordinati.

In base al par.1, il comandante - o colui che agisce in tale veste - può essere responsabile penalmente solo se abbia "l'effettivo comando e controllo" o "l'effettiva autorità e controllo" delle forze[36]; soltanto previo accertamento di tale elemento egli potrà essere responsabile per aver omesso di esercitare i suoi poteri di controllo, qualora:

[36] Cfr. La previsione sembra recepire le riserve che erano state espresse per il caso Yamashita V supra pag. 28 nota 22.

a) sapeva o avrebbe dovuto sapere, tenendo conto delle circostanze del momento, che i suoi subordinati stavano commettendo un crimine; b) non abbia preso tutte le misure necessarie e ragionevoli per prevenire il crimine o per deferire il colpevole alle competenti autorità.

Nei rapporti fra superiore e subordinato vale lo stesso principio, tenendo conto, comunque, che il subordinato è punibile solo se il crimine è compreso nella sua sfera di responsabilità e di controllo.

Il superiore sarà invece responsabile, se egli abbia scientemente non tenuto conto delle informazioni chiaramente indicanti che il subordinato stava commettendo o che era sul punto di commettere un crimine.

Solo un'ultima considerazione può essere fatta a margine di tali previsioni che appaiono molto ponderate ed equilibrate.

A prima vista, la norma potrebbe sembrare eccessivamente "pervasiva" per l'estensione con cui si è configurata la responsabilità di un comandante.

In realtà, però, si deve rilevare come essa sia pienamente aderente non solo a quelli che sono i principi etici su cui ancora oggi si forma la figura del comandante, inteso soprattutto come il "responsabile dei suoi uomini", ma soprattutto a quei principi - si potrebbe dire, più "laici" o comunque lontani da ogni enfasi militare - della scienza dell'organizzazione in base ai quali ogni struttura gerarchica ha un'autorità sovraordinata che non può delegare

le responsabilità istituzionali che le sono conferite, e che deve vigilare sulla corretta esecuzione dei propri ordini e delle proprie direttive[37].

L'art.31 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale disciplina i motivi di esclusione dalle responsabilità penali e potrebbe essere definito una norma "di chiusura" con cui, per completezza, l'opera di codificazione traccia definitivamente il cerchio in cui si racchiude la punibilità del reo[38].

---

[37] Sul tema, con specifico riferimento all'evoluzione del modello gerarchico militare, C. MOSKOS, *Sociologia e soldati*, CeMiSS; P. ISERNIA, *Gestione delle crisi: metodologie e strumenti*, ed. Riv. Mil. 1994; C. Pelanda, Evoluzione della guerra, F. Angeli, 1996 v. in particolare Cap.III Il mutamento nei requisiti della guerra e nell'organizzazione delle Forze armate, p.49 e s.; N. RONZITTI (a cura di), *Comando e Controllo nelle Forze di Pace e nelle Coalizioni Militari*, IAI-F. Angeli, 1999. In un approccio interdisciplinare con la Scienza dell'Organizzazione, vanno ricordate le teorie "classiche" di F.TAYLOR (Scientific management), H. FAYOL (Direzione industriale e generale), M. WEBER, (essenzialmente orientato ad analizzare i rapporti buraocrazia-potere, v. Economia e Società, ed. Comunità, 1968), nonché quelle "innovative" degli anni '30-'60 della Scuola Comportamentistica di HAYGO; ARGYRIIS; MASLOW, e delle Management sciences di Bernard e Simon, sino ad arrivare all'idea, degli anni '60, di organizzazione come sistema aperto, fatto flessibile che si deve adattare ai cambiamenti, di Burns e Stulker (The management of innovation, 1961) e di lawrence e lorsch (Organization and Environment, 1967), nonché ai più recenti approcci "cibernetici" ed informatici di ASHBY e BEER (L'azienda come sistema cibernetico, ISEDI, 1973), ALVIN e TOFFLER, e alle "strutture reticolari" od "orizzontali" in cui assumeranno rilievo le "analisi per funzioni" e le "analisi per processi" nella configurazione delle moderne strutture organizzative. In ogni caso, nonostante tale evoluzione - qui appena accennata - per l'assunto in riferimento sono comunque consolidate le definizioni-chiave relative alla responsabilità: il concetto di organizzazione come struttura di ruoli è in stretta connessione con quello di gerarchia, intesa come il "mezzo" attraverso cui viene posto in atto il principio di responsabilità; la responsabilità è inoltre "la fonte dell'autorità", che a sua volta si esercita attraverso il comando (o la direzione), cfr. Teorie organizzative fasc. SSM-SO/11 Servizio di Stato Maggiore e Scienza dell'Organizzazione Scuola di Guerra di Civitavecchia. Per più ampi riferimenti cfr.: A. ETZIONI, *Sociologia dell'organizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1967; ISEO, Fondamenti di direzione e organizzazione aziendale, F. Angeli, Milano, 1981; S. ZAN, *Logiche d'azione organizzativa*, il Mulino, Bologna,1988; D.DE MASI - A.BONZARINI (a cura di), *Trattato di sociologia del lavoro e dell'organizzazione*, F. Angeli, Milano, 1988; M.S. HATCH, *Teoria dell'organizzazione*, il Mulino, Bologna, 1999; F. FERRAROTTI, *Manuale di Sociologia*, Laterza Roma-Bari, ed.2001; L. GALLINO, voce *Organizzazione in Dizionario di sociologia*, UTET, Torino, ed. 2001; M.V. SARAO - W. LEVATI, *La configurazione specifica delle competenze*, da Sviluppo e Organizzazione, n.168 Luglio/Agosto 1998.

[38] Cfr. A. ESER, *Article 31 Grounds for excluding criminal responsability* , p.537 e s., in O. TRIFFTERER, op. cit.

Oltre ai rituali richiami dei casi di "malattia" e "deficit mentale" - che nel nostro ordinamento corrispondono alla c.d. "incapacità di intendere e di volere", invero alquanto discussa... - tra le cause di esclusione vengono sostanzialmente richiamate le esimenti della legittima difesa, dell' adempimento di un dovere, e dello stato di necessità, della forza maggiore, del costringimento fisico e psichico[39].

Va però precisato che le formulazioni dello Statuto, che, ricordiamolo, nasce da un compromesso tra Common Law e Civil Law, sono piuttosto differenti da quelle della legislazione penale nazionale, comune e militare. L'art.31 dello Satatuto esclude la responsabilità, se la "persona", ossia l'agente in generale, e quindi anche il comandante, ad esempio ha agito in modo ragionevole per difendere se stessa, per difendere un'altra persona, o, in caso di crimini di guerra, per difendere beni essenziali alla propria sopravvivenza o a quella di terzi, o essenziali per l'adempimento di una missione militare contro un ricorso imminente ed illecito alla forza, proporzionalmente all'ampiezza del pericolo da essa incorsa o dall'altra persona o dai beni protetti[40].

---

[39] Cfr. Anche in questo caso ci soccorrono gli elementi interpretativi elaborati sul piano della dottrina penalistica del diritto interno, che nella fattispecie si riferiscono alle cause "oggettive" di esclusione del reato, cfr.F. ANTOLISEI, op. cit. p.266 e s.

[40] Cfr. art. 31 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, pa. 1 lett e

Il fatto che la persona abbia partecipato ad un'operazione difensiva svolta da forze armate non costituisce di per sé motivo di esonero dalla responsabilità a titolo del presente capoverso.

Come si può facilmente evincere dal testo, compaiono qui tutti gli elementi significativi della legittima difesa così come risultano definiti da un quadro consolidato e convergente di contributi dati da dottrina, giurisprudenza e normativa, nazionali e internazionali: la proporzionalità, l'imminenza e l'illiceità dell'offesa.

Nel caso in cui[41] il comportamento qualificato come sottoposto alla giurisdizione della Corte è stato adottato sotto una coercizione risultante da una minaccia di morte imminente o da un grave pericolo continuo o imminente per l'integrità di tale persona o di un'altra persona e la persona ha agito spinta dal bisogno ed in modo ragionevole per allontanare tale minaccia, a patto che non abbia inteso causare un danno maggiore di quello che cercava di evitare. Tale minaccia può essere stata o esercitata da altre persone o costituita da altre circostanze indipendenti dalla sua volontà.

A questo punto, è lecito porsi un quesito: e la necessità militare potrà essere ancora considerata - pur nella eccezionalità dei casi consentiti dal diritto umanitario - motivo di esclusione della responsabilità penale? Nello

[41] Cfr. art. 31 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, pa.1 lett. D

Statuto non è espressamente disciplinata[42]. Tuttavia, essa va letta in quel richiamo all'adempimento della missione, della lett.e dell'art.31, ma soprattutto in una successiva previsione del par. 3 dell'art.31, che di fatto è una norma di raccordo con l'art. 21.

Il par.3 dell'art.31 prevede che la Corte può tenere conto di altri motivi di esclusione della responsabilità, se questi «discendono dal diritto applicabile enunciato all'art.21», e tra questo sono indicati «i trattati applicabili ed i principi e le regole di diritto internazionale, ivi compresi i principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati»[43], che - come è noto - in più parti richiamano la nozione di necessità militare, sebbene nei limiti della "proporzionalità" e della "inevitabilità" ampiamente tratteggiati dalla dottrina e dalla giurisprudenza internazionali.

Un'altra analisi più articolata va dedicata invece al tema dell'ordine superiore, che assume rilievo in riferimento alla sua non configurabilità di "esimente", salvo che per alcuni casi eccezionali.

L'art. 33 dello Statuto sancisce che «1. Il fatto che un reato passibile di giurisdizione della Corte sia stato commesso da una persona in esecuzione di un ordine di un governo o di un superiore militare o civile non esonera

---

[42] Cfr. Anche se, per essere più precisi, la nozione di necessità militare si può rinvenire incidentalmente in alcune previsioni dello Statuto: es. Art. 8 lett.b.IV, lett..b.XIII, lett.e.VIII. Sul tema, in generale, cfr.: G. Venturini, Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale, Giuffrè, Milano, 1988.

[43] Cfr. M. MC AULIFE DE GUZMAN, *Article 21 Appliable Law*, in O. Triffterer, op. cit., p. 435 e s.

tale persona dalla sua responsabilità, salvo che non sono ipotesi "alternative", ma "concorrenti":

a) la persona aveva l'obbligo legale di ubbidire agli ordini del governo o del superiore in questione;

b) la persona non sapeva che l'ordine era illegale;

c) l'ordine non era manifestamente illegale.

2. Ai fini del presente articolo, gli ordini di commettere un genocidio o crimini contro l'umanità sono manifestamente illegali».

E' evidente che la norma merita un esame approfondito[44] e forse per comprenderne la portata è opportuno fare alcuni riferimenti più ampi tanto all'esperienza "storica" che al vigente sistema di diritto positivo dell' ordinamento nazionale.

Già l'art.8 dell' Accordo di Londra istitutivo del Tribunale di Norimberga disponeva che l'ordine superiore poteva essere preso in considerazione solo come circostanza attenuante: «Il fatto che l'imputato abbia agito per eseguire un ordine del suo Governo o di un superiore gerarchico non lo esenterà dalla responsabilità, ma potrà essere preso in considerazione come circostanza idonea a giustificare una diminuzione della pena, se il tribunale decide che ciò è conforme alla giustizia».

[44] Sul tema cfr.: O. TRIFFTERER, *Article 33 Superior orders and prescription of law*, op. cit., p. 573 e ss.

La previsione è stata sostanzialmente recepita anche negli Statuti dei Tribunali per la ex Jugoslavia (art. 7 par. 4) e per il Ruanda (art. 6 par. 4)[45].

Per interpretare il disposto dell'art.33 dello Statuto, possiamo ampiamente riferirci al nostro "diritto di bandiera": il problema dell' ordine superiore costituisce un tema su cui la dottrina penalistica - e amministrativa - nazionale ha dato nel tempo un contributo essenziale, infatti l'ordinamento giuridico italiano è giudicato - proprio su questo punto - come uno dei più avanzati quanto alla definizione della norma di diritto positivo[46].

Dopo l'abrogazione dell'art. 40 CPMP, l'ordine superiore è rientrato nella disciplina dell'art.51 CP valutato come esercizio di un diritto e adempimento di un dovere, e dell'art. 4 della Legge 11 luglio 1978 n. 382 relativa a norme di principio sulla disciplina militare[47].

---

[45] Cfr. RONZITTI, *Lo Statuto della Corte penale internazionale…*, cit., 114 ss.

[46] Cfr. Nella dottrina penalistica, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 1997, v. Parte Generale p. 273 ss., si ricorderà che l'ordine superiore assume rilievo di causa di esclusione in riferimento all'elemento oggettivo del reato, come ipotesi dell'adempimento del dovere ex art.51 c.p. Cfr. anche: BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel Diritto Penale*, Milano, 1934; SANTORO, *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, 1957; MAGIORE, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere in Diritto Penale Militare*, App.III, 1982, 488 ss.; BRUNELLI - MAZZI, *Diritto Penale Militare*, Milano, 1994, pp-93 ss. Più ampiamente a proposito dell'ordine in generale come atto giuridico, di norma caratterizzante l'esplicazione di poteri ablativi nel diritto amministrativo v.: F.BASSI, *Ordine* (dir.amm.) in Enciclopedia del Diritto, Vol.XXX, p.995-1008; Giuffrè,1980; A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, 1984; e con specifico riferimento all'ordinamento miliare V. Bachelet, Disciplina Militare e Ordinamento Giuridico Statale, Giuffrè, 1962; A. INTELISANO, *Introduzione ai principi della disciplina miliare in Rassegna della Giustizia Militare*, 1987; S.RIONDATO, *Il nuovo ordinamento disciplinare delle Forze Armate*, CEDAM, 1987; E. BOURSIER NIUTTA - A.GENTILI, *Codice di disciplina militare*, Jasillo,1991; R.TALLARICO, *L'obbligo di motivazione con particolare riferimento agli ordini militari in Consiglio di Stato*, Rass. Italedi, n.3, marzo 1997.

[47] Cfr. Nuvolose, *Valori costituzionali della disciplina militare e sua tutela nel codice penale militare di pace e nelle nuove norme di principio in Rassegna Giustizia Militare*, 1979, 21 ss.

In base all'Art. 51 CP il reato va imputato tanto a chi ha dato l'ordine quanto a chi lo ha eseguito, tranne che la legge non consenta all'inferiore un sindacato sulla legittimità dell'ordine. Al riguardo, l'art.4 della L.382/78 - con l'art. 25 del DPR 18 luglio 1986 n.545 Regolamento di disciplina militare - obbliga il militare a non dare esecuzione ad un ordine che costituisca "manifestamente" reato.

Si tratta dunque di un vero e proprio dovere di disobbedienza che però deve ritenersi limitato e circoscritto ad una illegittimità dell'ordine che sia manifesta, cioè "chiara e palese a prima vista"[48].

In merito alla giurisprudenza, il tema dell'ordine superiore è stato oggetto principale del Processo Haas e Priebke per l'eccidio delle Fosse Ardeatine[49].

Il Tribunale Militare di Roma (sentenza del 13 settembre 1997), ancorché facesse riferimento all'abrogato art.40 cpmp, ha ritenuto che «l'ordine è manifestamente criminoso quando il tipo medio di persona è in grado di avvertirne il disvalore penale»; si tratta dunque di situazioni che

---

[48] Cfr. N. RONZITTI, *Diritto Internazionale dei Conflitti Armati*, cit., p. 150 ; VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1992, 184 ss. Per BRUNELLI - MAZZI, *Diritto Penale Militare*, cit., p.102 «...la violazione di un dovere di disobbedienza non può, di per se sola, valere come fondamento di una imputazione dolosa». Il tema è qui trattato con evidenti esigenze di sintesi, tenendo conto che l'analisi è stata sviluppata in dottrina secondo altri molteplici profili; si pensi alla problematica delle modalità di rilevabilità dell'ordine, che - in alcune circostanze e per alcune categorie, impiegati civili e forze di polizia ad ordinamento non militare - può essere ripetibile ed in forma scritta.

[49] Cfr. SACERDOTI, *A proposito del caso Priebke: la responsabilità per l'esecuzione di ordini illegittimi costituenti crimini di guerra* in Rivista Diritto Internazionale, 1997, 130 ss.

non necessitano di particolari verifiche da parte dei subordinati, perché manifestamente criminose. Il Tribunale ha precisato che tale criterio oggettivo va integrato con due considerazioni di ordine soggettivo:

a) si può prescindere «dalla valutazione oggettiva della criminosità dell'ordine quando essa, anche se non manifesta, sia tuttavia investita della consapevolezza dell'agente»;

b) occorre tener conto «della valutazione che ciascun militare, in relazione alle particolarità operative del proprio servizio, può compiere dei vari elementi di fatto da cui dipende la constatazione della criminosità dell'ordine», comunque siano formulate.

In tale quadro, può così delinearsi una più chiara chiave di lettura dell' art.33 dello Statuto della Corte Penale Internazionale.

La norma, nella sostanza, è incentrata sempre sul sindacato dell'ordine da parte dell'esecutore, riprendendo alcune riflessioni che erano state maturate dal Comitato Internazionale della Croce Rossa durante i lavori del I Protocollo Addizionale del 1977.

In primo luogo, l'art.33 stabilisce che in linea di principio l'ordine superiore non costituisce un esimente, tranne che l'esecutore materiale avesse l'obbligo giuridico di eseguire l'ordine, non sapesse che l'ordine era illegittimo o che l'ordine non fosse manifestamente illegittimo.

In ogni caso, per il genocidio e i crimini contro l'umanità lo Statuto introduce una «presunzione iuris et de iure di manifesta illegittimità dell'ordine»[50].

Per i crimini di guerra invece l'ordine superiore può assumere rilievo se il subordinato dimostrerà che non conosceva l'illegittimità dell'ordine, e che questo non era manifestamente illegittimo.

Sull'argomento il Ronzitti ha evidenziato: «...il tecnicismo giuridico impedisce talvolta di conoscere l'illegittimità dell'ordine. Il principio ignorantia legis neminem excusat è di difficile se non impossibile applicazione nel caso concreto. Si pensi ad esempio ad un ordine che può sembrare, prima facie, come illegittimo, ma che viene intimato come rappresaglia in kind. Come può il subordinato, specialmente se si tratta di un semplice soldato, ragionevolmente presumerne la illegalità?»[51], tanto più che sull'altro piatto della bilancia del proprio discernimento quel soldato avrebbe anche le conseguenze di un possibile processo per il reato di disobbedienza.

Al riguardo, deve però rilevarsi che l'art. 8 dello Statuto potrà consentire di attenuare l'indeterminatezza di questo tema ancora discusso del Diritto Umanitario; sul punto, come abbiamo visto, l'art. 8 è ampiamente esplicativo, atteso che contiene una lista molto dettagliata dei crimini di guerra, la cui ignorantia oggi potrà essere difficilmente invocata almeno in

[50] Cfr. N. RONZITTI, *La Corte penale internazionale…*, cit., p. 116
[51] Vedi ivi, p. 117

ordine alla imputazione dei fatti più gravi ed evidenti: se potrà essere oggetto di differente valutazione un bombardamento che ha prodotto "danni collaterali" sulla popolazione civile, dubbi non vi saranno invece, ad esempio, per la coercizione diretta, la tortura, i trattamenti disumani e degradanti, lo stupro e le altre forme di violenza indiscriminata rivolta in particolare ai non combattenti,

4. Imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità

E' necessario ora approfondire il problema dell' imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità.

In particolare è doveroso riflettere sul concetto di prescrizione dei crimini contro l'umanità.

La *ratio* dell'estinzione del reato per prescrizione è generalmente ravvisata nella necessità di sanare lo squilibrio determinatosi fra l'interesse punitivo dello Stato, che si ritiene affievolito in ragione della cessazione dell'allarme sociale provocato dal fatto criminoso e l'interesse del colpevole alla definizione della sua posizione giuridica, che si ritiene abbia acquistato consistenza, in relazione alla diminuzione dell'interesse pubblico contrapposto.

Invero, l'istituto della prescrizione del reato non è sempre applicato su scala generale, potendosi riscontrare in ogni tempo significative eccezioni,

evidentemente dettate dalla constatazione del fatto che esistono delitti atroci, dei quali lunga resta la memoria negli uomini[52].

Lo stesso legislatore italiano ha previsto l'inestinguibilità per prescrizione dei delitti più gravi, cioè quelli punibili con l'ergastolo (art. 157).

Non è difficile ravvisare la *ratio* di tali esclusioni nella necessità di garantire a determinati diritti fondamentali una protezione assoluta da parte dell'ordinamento penale; anche perché in tali casi l'interesse punitivo dello Stato appare dotato di una preminenza assoluta e permanente, tale da impedirne l'affievolimento con il decorrere del tempo.

Quanto sopra evidenziato è sicuramente valido per gli ordinamenti interni, e quello che ora ci si propone è di valutare se le stesse considerazioni possano trovare spazio anche nell'ambito del diritto internazionale penale.

La questione dell'imprescrittibilità dei crimini internazionali è stata sollevata in seno alla comunità internazionale intorno alla metà degli anni sessanta. In tale periodo, infatti, in buona parte degli ordinamenti interni che prevedevano l'istituto della prescrizione, stavano per giungere a scadenza i termini prescrizionali relativi ai crimini commessi durante la

[52] Cfr. Relazione al Re sull'adozione del codice penale Rocco, n. 79, Pubblicazioni Studi per la Pace

Seconda guerra mondiale, impedendo così la punizione di coloro che fino a quel momento erano riusciti a sottrarsi alla giustizia.

Il problema venne affrontato sul piano del diritto interno, con l'emanazione di apposite leggi attraverso le quali alcuni Stati avevano prolungato i termini di prescrizione ed altri, invece, non volendo adottare norme a carattere retroattivo, avevano predisposto meccanismi che avrebbero comunque consentito la punizione dei crimini nazisti[53].

Il motivo per cui a distanza di tanto tempo era ancora vivo l'interesse alla repressione dei crimini compiuti durante la Seconda guerra mondiale - tanto da cercare di impedire il decorso dei termini prescrizionali - va ricercato nel fatto che il turbamento sociale, causato dai delitti nazisti, non era certamente cessato, e pertanto permaneva l'interesse della società alla punizione del reo.

Ben presto però la comunità internazionale, acquisita consapevolezza che il problema dell'imprescrittibilità non poteva essere risolto autonomamente dai singoli Stati, ma avrebbe dovuto essere sancito tramite un principio di generale applicazione, intraprese in sede ONU i lavori per la redazione di una Convenzione *ad hoc*, che avrebbe colmato 2 E. quanto ha fatto la Repubblica federale tedesca, il cui codice penale prevede un termine di venti anni per la prescrizione dei reati. Per poter procedere alla punizione

[53] Cfr. N. RONZITTI, *La Convenzione europea sull.imprescrittibilità dei crimini contro l'.umanità e dei crimini di guerra,* Riv. dir. int. priv. proc. 1976, 72.

dei reati commessi durante il regime nazista, il 13 aprile 1965, la Repubblica federale tedesca ha adottato una legge in virtù della quale il decorso della prescrizione avrebbe dovuto essere considerato sospeso durante il periodo che andava dall'8 maggio 1945 al 31 dicembre 1949: ciò perché tra l'8 maggio 1945 (data di capitolazione del *Reich* tedesco) e il 1° gennaio 1950 (data di fondazione della Repubblica federale) l'apparato giudiziario tedesco non era stato in grado di funzionare, essendo il territorio tedesco soggetto all'occupazione delle Potenze Alleate.

I lavori sfociarono nell' approvazione da parte dell'Assmblea Generale, il 26 novembre 1968 e della Convenzione sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità., entrata in vigore l'11 novembre 1970.

La Convenzione delle Nazioni Unite non fu però accolta dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, che, pur concordando sulla necessità di sancire in uno strumento internazionale l'imprescrittibilità dei crimini internazionali, si astennero o votarono contro[54]. I motivi di questa opposizione sono per tanto da ricondurre alla formulazione tecnica della Convenzione, più che ad un'opposizione di tipo politico. In particolare la Convenzione avrebbe obbligato gli Stati parti a sancire l'imprescrittibilità

[54] Più precisamente, la Gran Bretagna votò contro, mentre tutti gli altri membri del Consiglio d.Europa si

astennero (da notare che non parteciparono ai lavori della convenzione due membri del Consiglio

d.Europa: la Repubblica federale tedesca, a quel tempo non ancora membro delle Nazioni Unite, e la

Svizzera). Cipro votò, invece, a favore.

anche per reati commessi prima dell'entrata in vigore della Convenzione, anche se i termini prescrizionali fossero già decorsi, naturalmente in deroga al principio di non retroattività della legge penale[55].4 In secondo luogo, la Convenzione elevava a crimini internazionali nuove categorie di atti, come ad esempio l'*apartheid,* e questo obbligava gli Stati che ratificavano la Convenzione a reprimere tale comportamento.

Infine essa regolava materie non attinenti con la prescrizione, come ad esempio l'estradizione, che secondo gli Stati europei avrebbero dovuto costituire oggetto di una Convenzione *ad hoc.*

Le motivazioni sopradescritte hanno indotto gli Stati membri del Consiglio d'Europa a redigere un apposito strumento che sancisse l'imprescrittibilità dei crimini internazionali.

Si arriva così all'approvazione, il 25 gennaio 1974, della .Convenzione europea sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e contro l'umanità., la quale tiene conto delle critiche mosse a quella precedente, redatta in sede ONU. Infatti, la nuova Convenzione ha per oggetto solo la materia dell'imprescrittibilità, non erige nuove fattispecie a crimine internazionale, e nel disporre l'imprescrittibilità prende in considerazione il criterio della gravità del crimine commesso.

---

[55] Cfr. l'art. 1 della Convenzione, ove viene disposto che l'imprescrittibilità viene sancita per crimini

elencati nell'art. 1 indipendentemente dalla data della loro commissione.

La Convenzione europea accoglie anche il principio della non retroattività della legge penale, almeno per quanto riguarda i crimini già estinti per decorso del termine al momento dell'entrata in vigore della Convenzione.

E' ora opportuno procedere ad un esame dei primi due articoli della Convenzione, poiché i rimanenti sei articoli contengono disposizioni tipo, comuni a tutte le Convenzioni del Consiglio d'Europa relative alla ratifica, l'entrata in vigore e la revisione dell'accordo.

Il primo articolo elenca quali crimini gli Stati si impegnano a rendere imprescrittibili, ovvero, per la materia che attiene al nostro studio, i crimini di genocidio, così come definito dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1948, qualora in base ad una valutazione degli elementi di fatto, delle intenzioni e delle dimensioni delle conseguenze prevedibili, siano considerati .particolarmente gravi.

Da un primo esame della norma, si nota subito che i redattori della Convenzione non hanno voluto definire i crimini contro l'umanità, ma si sono limitati a sancire l'imprescrittibilità per i crimini contemplati dalla Convenzione sul genocidio.

La Convenzione europea lascia dunque impregiudicata la questione circa la condanna da parte del diritto internazionale di crimini contro l'umanità diversi dal genocidio.

La questione ricade quindi nell'ambito di applicazione dell.art. 1 par. 3, che prevede un meccanismo di apertura della lista dei reati imprescrittibili, mediante il quale gli Stati membri possono, attraverso una dichiarazione, obbligarsi a rendere imprescrittibili altri reati, che violino il diritto o gli usi internazionali[56].

Si può inoltre osservare che la definizione dei reati imprescrittibili, se da un lato appare sufficientemente precisa, per il richiamo ad altre convenzioni internazionali, dall'altro risulta estremamente vaga in virtù della valutazione della particolare gravità del crimine.

La norma non può essere, quindi, considerata .*self executing*, ma sarà necessario, in caso di adesione dell'Italia, un intervento del legislatore tendente a determinare la minore o maggiore gravità dei reati, comminando pene più o meno severe. In ogni caso, essendo imprescrittibili già ai sensi dell.art. 157 c.p. i reati puniti con l'ergastolo, la questione ha un rilievo pratico in relazione a reati punibili con pene detentive temporanee[57].

[56] A riguardo è da osservare che la Convenzione ONU non contiene meccanismi analoghi a quelli predisposti dalla Convenzione europea. Il problema dell'estensione dell'imprescrittibilità a nuove figure di crimini internazionali è stato diluito in quello più generale del meccanismo di revisione della Convenzione. In proposito viene stabilito che dopo dieci anni dalla sua entrata in vigore, uno Stato parte può chiedere la revisione della Convenzione.

[57] Cfr. in questo senso G. ABBATESCIANNI, *La prescrizione dei crimini nazisti e la Convenzione europea del 25 gennaio 1964,* Comunità internazionale 1980, 23.

Dopo aver elencato i crimini in ordine ai quali la Convenzione commina l'imprescrittibilità, è utile precisare gli obblighi che vengono ad assumere gli Stati contraenti.

Di per sé la Convenzione non obbliga gli Stati a reprimere i crimini di genocidio, ma si limita a sancirne l'imprescrittibilità. Per questo motivo è stato stabilito che uno Stato è obbligato a comminare l'imprescrittibilità solo se questi crimini sono configurati come reati nella propria legislazione (art. 1)[58].

Nei limiti ora accennati gli Stati sono obbligati a prendere tutte le misure adeguate affinché nei propri ordinamenti venga disposta l'imprescrittibilità sia dell'esercizio dell'azione penale che dell'esecuzione della condanna (art. 2). Tale precisazione si è resa necessaria in quanto in alcuni ordinamenti, come quelli italiano e tedesco, il decorso del tempo può operare come causa estintiva tanto del reato quanto della pena[59].

L.art. 2 della Convenzione disciplina il regime dell'imprescrittibilità, prevedendo come regola generale quella dell'applicazione ai soli reati commessi dopo l'entrata in vigore della Convenzione stessa.

---

[58] Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, si può osservare che le norme interne sulla repressione dei

crimini internazionali configurano come reati tutti i crimini elencati nei parr. 1 e 2 dell.art. 1 della

Convenzione, con la conseguenza che quando l'Italia ratificherà la Convenzione, sarà obbligata a sancirne

L'imprescrittibilità.

[59] Anche la Convenzione ONU distingue tra prescrizione del reato e prescrizione della pena (art. 4).

Il principio dell'irretroattività non è però espresso in termini assoluti. L'art. 2 par. 2 prevede, infatti, che gli Stati si impegnino a sancire l'imprescrittibilità dei crimini commessi dopo l'entrata in vigore della Convenzione, qualora a tale data la prescrizione del reato o della pena sia ancora in corso[60].

Questo articolo ha sollevato qualche critica in sede di redazione della Convenzione, poiché contiene un obbligo incompatibile con il principio di non retroattività della legge penale. Per questo era stato proposto di inserire una disposizione *ad hoc,* affinché gli Stati, il cui ordinamento interno è incompatibile con l'obbligo prescritto dal citato articolo 2, 2° comma, potessero effettuare una riserva, volta ad escludere l'applicazione della Convenzione ai crimini commessi prima della sua entrata in vigore, ma non ancora estinti per decorso del termine prescrizionale. Tale proposta non è stata però accolta.

L'Italia, in particolare non ha ancora ratificato la Convenzione, ma sembra comunque opportuno valutare se essa imponga obblighi la cui esecuzione sia contraria alla nostra Costituzione.

In particolare il problema si riduce ad un raffronto fra l'art. 2 par. 2 della Convenzione, che secondo quanto si è messo in luce comporta una

[60] La convenzione dell'ONU prevedeva, invece, l'imprescrittibilità per i crimini internazionali indipendentemente dal momento in cui erano stati commessi.

deroga al principio di retroattività e l'art. 25, comma 2, della Costituzione, che prescrive l'irretroattività delle leggi penali incriminatrici.

Per affrontare correttamente il tema della costituzionalità delle norme della Convenzione, è necessario premettere alcune osservazioni di carattere generale sulla natura giuridica dell'istituto della prescrizione. Infatti, collocando la prescrizione all'interno delle norme di diritto processuale penale, ne consegue l'inapplicabilità del principio dell'irretroattività della legge penale. Se si intendesse la prescrizione come istituto meramente processuale, essa opererebbe solo come impedimento all'esercizio dell'azione penale e di conseguenza sarebbe sottoposta alle norme sulla successione delle leggi nel tempo, senza alcun riguardo al divieto di retroattività[61].

In altre parole, se la prescrizione esaurisse la sua sfera di efficacia nell'ambito processuale, ponendo solo un divieto all'esercizio dell'azione penale, nulla vieterebbe di emanare leggi che eliminino il divieto anche per reati commessi prima dell'entrata in vigore della legge e, quindi, la Convenzione europea non sarebbe incostituzionale.

In realtà, però, la dottrina prevalente in Italia e la giurisprudenza sono orientate nel senso di riconoscere alla prescrizione un'efficacia sostanziale oltre che processuale: effetto della prescrizione non è solo il paralizzare l'azione penale, ma anche quello di estinguere la punibilità del reato.

[61] CARNELUTTI, Mutamento della legge in tema di prescrizione, in Riv. dir. proc. 1952, 1 ss.

La tutela costituzionale dell'irretroattività della legge penale si manifesterebbe, in questo caso, anche rispetto alla prescrizione. Pertanto, una nuova legge potrebbe modificare i termini della prescrizione solo per i reati commessi dopo la sua entrata in vigore e non anche per quelli commessi prima. Di conseguenza, l'art. 2 par. 2 della Convenzione è in contrasto con l'art. 25 della Costituzione e per l'adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale è necessaria una legge di revisione costituzionale, non una semplice legge ordinaria.

Inoltre, recenti indagini sul contenuto dell'art. 25 comma 2 della Costituzione dimostrato come essa non abbia per oggetto solo una determinata categoria di norme, cioè quella delle norme incriminatrici speciali, ma tutte le norme penali, quali le modificative, preclusive, estintive della responsabilità penale, la cui applicazione si risolva in uno svantaggio per l'imputato. Quindi l'art.25, comma 2° ha per oggetto anche le norme che regolano le cause estintive dei reati ed in particolare quelle relative alla prescrizione, essendo ovvio che l'adozione di norme che dispongano retroattivamente l'imprescrittibilità del reato, si risolve in uno svantaggio per l'imputato[62].

A diversa conclusione si può arrivare facendo riferimento ad un'altra norma di diritto internazionale. Esiste, infatti, una norma convenzionale,

[62] In questo senso N. RONZITTI, *La Convenzione europea sull'imprescrittibilità dei crimini contro '.umanità e dei crimini di guerra,* Riv. dir. int. priv. proc., 1976, 80.

precisamente l'art. 7 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, che impone agli Stati parti di non applicare pene a comportamenti che, al momento in cui vengono posti in atto, non costituiscono reato. Questa norma, ripresa dalla Dichiarazione dei diritti umani del 1948, prevede però un'eccezione: possono essere puniti con norme ad efficacia retroattiva coloro che commettono azioni, irrilevanti per il diritto interno, ma considerate criminali in base ai principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni. (art.7, comma 2°).

La Convenzione europea ha quindi previsto una deroga al principio dell'irretroattività penale rispetto ai soli crimini internazionali, non producendo quindi una rottura nel sistema generale della stessa, posto a tutela del fondamentale principio di legalità.

Gli Stati firmatari hanno voluto esclusivamente prendere in considerazione l'ipotesi di uno Stato che emani norme retroattive in relazione alle .modalità di repressione. di crimini che, al momento in cui sono commessi, sono già considerati reato dalla coscienza

internazionale.

Secondo questa tesi, quindi, la Convenzione europea sull'imprescrittibilità richiamerebbe implicitamente questa disposizione, e, dato che la prescrizione deve essere considerata una modalità di repressione, è possibile modificarla o eliminarla con efficacia retroattiva.

La ratifica e l'esecuzione di questa non richiede, dunque, una legge di revisione costituzionale poiché nell'ordinamento interno esistono già le norme di adattamento prodotte dall'ordine di esecuzione della Convenzione europea sui diritti umani, norme che consentono di emanare disposizioni retroattive per la punizione dei crimini internazionali.

La vittima: una (fra tante possibili) introduzioni

a cura dell'Avv. Domenico Di Leo

Lo studio della vittima costituisce un ambito di ricerca relativamente nuovo se si pensa che l'interesse per la materia nasce negli USA attorno agli anni '30 del 1900, mentre i primi studi sistematici si collocano addirittura all'incirca negli anni '50. A coniare il termine vittimologia fu B.Mendelsohn il quale, nel 1937, raccogliendo informazioni sulle vittime per il suo studio legale, parlò di una nuova scienza che proponeva come oggetto di studio la vittima di un reato. Tuttavia la nascita della vittimologia, come scienza empirica, si fa coincidere con il 1948 quando A. Von Hentig pubblicò *The criminal and his victim*, considerata la prima importante opera in ambito vittimologico, i cui concetti principali furono ripresi ed ampliati successivamente da E. Ellenberger. Senza qui entrare nello specifico, dato che si tratta di un'introduzione al Numero dedicato alla vittima, si può affermare che a quest'autore si deve l'elaborazione di tre nuclei concettuali, per alcuni versi ancora attuali, con cui si sottolinea l'importanza del ruolo della vittima nella genesi e nella dinamica del reato.

Ellenberger considerò, quindi, il criminale-vittima, con riferimento alle situazioni – tutt'altro che ipotetiche – in cui il criminale diviene successivamente vittima o viceversa (per esempio, è il caso del maltrattante che ,alla fine, è vittima delle sue vittime); la vittima latente, ritenendo che alcune persone eserciterebbero un'attrazione particolare per il loro aggressore in quanto possessori di alcune qualità (il commerciante di preziosi, il portavalori, il minore per il pedofilo) anche se ciò è vero solo in prima approssimazione; la relazione specifica criminale-vittima, in cui generalmente la vittima funge da elemento scatenante l'evento.

La novità di questi studi consiste nel cambio di prospettiva dell'analisi del reato, non più basata solo sull'autore del fatto ma sull'interazione criminale-vittima. Il fatto di reato dovrà, così, abbandonare la dimensione statica per muoversi in un ambito più dinamico, secondo un approccio bi- o multi-fattoriale, proprio per tener adeguatamente conto delle due componenti (criminale e vittima) e delle loro interazioni.

Contemporaneamente agli studi di Von Hentig, Mendelsohn elaborò una classificazione delle vittime secondo il loro grado di colpevolezza in un fatto di reato. Ne derivò che alcune vittime potevano considerarsi "completamente innocenti" (i

bambini nei casi di abuso), altre erano ‘‘meno colpevoli’’ del criminale (come nel caso in cui la vittima ha facilitato l’atto criminoso con un proprio atteggiamento imprudente o negligente: il caso dell’automobile lasciata in moto incustodita); in altri casi, la vittima era colpevole ‘‘tanto quanto’’ il criminale (è il caso del giocatore d’azzardo) mentre altre vittime apparivano “più colpevoli” del criminale (colui che istiga e spinge all’atto criminoso la vittima iniziale) e, infine, le vittime ‘‘più colpevoli in assoluto’’ (è il caso dell’aggressore che diventa successivamente vittima dell’autodifesa, ad esempio, della propria vittima), secondo un crescendo di responsabilità.

Nel 1958 Wolfgang espose il concetto di “*victim precipitation*” indicando, con questo termine, tutti quei casi in cui sarebbe la vittima ad essere implicata direttamente ed attivamente nella genesi, nella dinamica e nell’esito finale dell’azione criminale, avendo determinato il proprio rischio di vittimizzazione e facendo “precipitare” il reato. In realtà, questo concetto suscitò diverse critiche in relazione al fatto che il ruolo del criminale poteva risultare del tutto passivo, visto come soggetto che entra in azione attraverso le sollecitazioni della vittima. E’ per questi motivi che diversi autori preferiscono sostituire l’espressione “*victim precipitation*” con “*victim partecipation*”, sottolineando da una parte la partecipazione e la facilitazione fornita dalla vittima, dall’altra l’interazione con un soggetto comunque attivo[63]. Lo stesso concetto di partecipazione della vittima nella dinamica del reato è ravvisabile negli studi di Avison che, interessandosi ai casi di omicidio avvenuti tra il 1950 e il 1968, sostenne che nella quasi totalità dei delitti considerati era stata la futura vittima ad incoraggiare un comportamento violento da parte dell’aggressore.

Uno studio più organico relativo alle qualità della vittima e al suo rischio di vittimizzazione è quello fornito da Sparks[64]. L’autore sostenne che sono 6 le caratteristiche più importanti:

• la vulnerabilità, tipica di quei soggetti che, per il loro comportamento, stile di vita, status sociale, risulta ad alto rischio di vittimizzazione;

---

[63] Bisi R., Vittime, vittimologia e società , in Bisi R., Faccioli P. (a cura di), Con gli occhi della vittima. Approccio interdisciplinare alla vittimologia , Franco Angeli, Milano, 1996.

[64] Di Vito G., Viotto S., Vittimologia , in Serra C. (a cura di), Proposte di criminologia applicata 2002 , Giuffrè, Milano,
2002.

• l'opportunità, ossia la disponibilità di un bene;
• l'attrazione, relativa alla tentazione che un bene della vittima ha sul criminale;
• la facilitazione, come situazione rischiosa in cui la vittima si trova per imprudenza o negligenza;
• la precipitazione, indicante comportamenti della vittima che incoraggiano reazioni violente
del criminale;
• l'impunità, ossia l'improbabilità che la vittima denunci a breve il reato per cui l'autore può agire senza timore.

Anche se a seguito di questi interventi si è portati a pensare che chiunque potrebbe divenire potenzialmente vittima, in realtà è stato dimostrato che il rischio di vittimizzazione non è ugualmente distribuito fra tutti gli individui, ma certe persone sono maggiormente "predisposte" a subire un reato. Si tratta delle c.d. predisposizioni vittimogene, fattori di agevolazione al delitto, di incentivazione alla scelta della vittima, come causa scatenante del crimine, classificabili in base a diversi criteri[65]. Una prima classificazione differenzia le caratteristiche innate, quali il sesso, l'età, condizioni patologiche presenti dalla nascita, da quelle acquisite successivamente, come i tratti psico-sociali, le infermità (è possibile anche parlare, quindi, di predisposizioni permanenti o temporanee). Un altro criterio, ipotizzato da Fattah, riunisce le predisposizioni biofisiologiche (età,sesso, razza, stato fisico), quelle sociali (status economico-finanziario, stile di vita) e quelle psicologiche (tratti del carattere, deviazioni sessuali, stati psicopatici). Tuttavia, le critiche che furono mosse a Fattah indissero l'A. a rivedere le proprie conclusioni, e a rendere una 'seconda versione' delle predisposizioni vittimogene specifiche, che, a ben vedere, coincidevano, in gran pare con l'evoluzione scientifica avvenuta sulla tassonomia di Von Hentig.

I contributi cui si è fatto rapidissimo cenno hanno fatto comprendere, da una parte, la dinamica del rapporto criminale-vittima, e, dall'altra, hanno chiarito quali siano le caratteristiche della potenziale vittima. Gli studi più recenti, pur continuando a porre attenzione alla diade autore-vittima, hanno smesso di indagare il ruolo causale della vittima nella genesi e nella dinamica del fatto per

[65] Tranchino G., La vittima del reato nel sistema penale italiano , in Gulotta G., Dalla parte della vittima , Giuffrè, Milano, 1980.

concentrarsi, invece, sugli atteggiamenti dell'uno verso l'altro e sulla percezione reciproca.

Per spiegare il crimine ci si dovrà sempre più allontanare da modelli di interpretazione causale o lineare della realtà e avvicinarsi a modelli sistemici, di interpretazione complessiva e multifattoriale della realtà in cui il "sistema criminale-vittima" non deve essere scisso se si vuole avere una visione ed una comprensione globale dell'evento criminoso.

Come scrive Balloni, infatti, «la vittimologia è quella branca della criminologia che si interessa della vittima di un crimine e di tutto ciò che a questa si riallaccia, come la sua personalità, cioè i suoi tratti biologici, psicologici e morali, le sue caratteristiche socio-culturali, le sue relazioni con l'autore del reato ed infine il suo ruolo e l'eventuale influenza nella genesi e nella dinamica del delitto[66]». Inoltre scopo della vittimologia è, mediante lo studio della vittima, contribuire allo sviluppo della criminologia, fornendo una serie di elementi utili alla «comprensione della criminogenesi e della criminodinamica»[67], in cui autore di reato e vittima, protagonisti dell'evento criminoso, dovranno essere esaminati insieme.

Oltre che alla ricostruzione del fatto e all'individuazione dei responsabili, la vittimologia sembra oggi essere sempre più indirizzata alla prevenzione del crimine e alla progettazione di terapie e programmi di reinserimento psico-sociale per le vittime. Conoscere la vittima di un reato permette di strutturare una serie di interventi di "lotta" al crimine, azioni che in qualche modo possano incidere positivamente sul tasso di criminalità e di vittimizzazione. Banalmente, per esempio, in ambito urbano, è indubbio il fatto che abitazioni isolate favoriscano il furto, rispetto ad altre costruite contiguamente. Risulta molto più facile, infatti, intervenire e modificare il comportamento o gli stili di vita della vittima, piuttosto che agire sulla condotta criminale. A fini preventivi, un'opera di responsabilizzazione delle vittime fa si che, per quanto possibile, possa essere ridotta l'esposizione a fattori di rischio. Un'attività informativa e divulgativa di quali siano i rischi di vittimizzazione e i comportamenti idonei da tenere potrebbe risultare utile sottoforma di opuscoli, articoli di giornale, pubblicità, (si ricorderanno, per esempio, le pubblicità trasmesse sulle reti nazionali per

[66] Balloni A., Vittime, crimine, difesa sociale , Clueb, Bologna, 1989, p.1.
[67] ibidem , p.1.

sensibilizzare i giovani relativamente alle stragi del sabato sera o ai rischi connessi all'uso di sostanze stupefacenti). Ovviamente si tratta di interventi da strutturarsi per categorie potenziali di vittime, da plasmare secondo le caratteristiche dei soggetti interessati. Inoltre, conoscere a fondo la vittima di un reato permette anche di elaborare svariate attività di sostegno e tutela dei soggetti colpiti, attraverso programmi di reinserimento della vittima nel contesto sociale, terapie socio-psicologiche rivolte alle vittime e ai familiari.

In molti paesi extra-europei sono stati creati diversi programmi di aiuto e assistenza per le vittime finalizzati ad affrontare la crisi della vittima subito dopo aver subito il reato (sono i centri qualificati di accoglienza, di pronto intervento), ad assisterla nel circuito di giustizia penale, a risarcirla economicamente[68]. Ci si riferisce ai c.d. centri di *victim support* , diffusi nella realtà anglosassone. Si tratta di organizzazioni indipendenti, non appartenenti né ai Corpi di Polizia, né ai circuiti di giustizia, anche se con questi in stretto contatto, in cui lavorano volontari adeguatamente formati sui contenuti delle vittime. I *victim support* costituiscono uno dei programmi operativi diretti alle vittime, nati in relazione alla crescente diffusione del modello della *restorative justice*. Tali centri si propongono di fornire un aiuto concreto alle vittime per affrontare il crimine e le conseguenze negative cui è connesso. Un aiuto che si realizza con l'ascolto, con l'informazione circa il funzionamento del sistema giudiziario e i trattamenti risarcitori, attraverso la collaborazione con altri istituti per il riconoscimento e la reintegrazione sociale, con programmi "educativi" volti ad evitare il rischio di vittimizzazione secondaria. Data l'importante valenza, anche sociale, di questi progetti, i. centri di *victim support* organizzano eventi e manifestazioni per promuovere una maggiore consapevolezza del crimine presso i consociati, fornendo notizie e sostenendo pubblicazioni sul tema.

Per quanto riguarda l'Italia, vanno ricordate le numerose campagne promosse dai movimenti femministi volte ad ottenere modifiche alla normativa in tema di violenza sessuale, finalizzate alla difesa dei diritti della donna e al potenziamento dei servizi di sostegno, come la consulenza gratuita o l'alloggio. Degne di nota sono le linee telefoniche di pronto aiuto, istituitesi negli anni, a sostegno delle donne e dei bambini.

[68] Bandini T., Gatti U., Marugo M.I., Verde A., Criminologia , Giuffrè, Milano, 1991.

SPUNTI DI RIFLESSIONE PER UNA DEFINIZIONE DI VITTIMA

A cura della dr.ssa Claudia Zangheri Neviani

All'interno del nostro ordinamento, ma anche a livello comunitario e internazionale, la vittima non ha avuto molto spazio nella normativa penale, incentrata, invece, a reprimere il crimine, e punire il colpevole. Detta mancanza è stata la diretta conseguenza della pubblicizzazione del diritto e della procedura penale, iniziata nel quattordicesimo secolo, che, con la nascita dello Stato, sottrasse il potere di accusa, in capo alla vittima, e lo consegnò nelle mani del pubblico ministero, quale organismo dello stato. PISANI affermava che "la parte più difettosa delle legislazioni moderne è la riparazione a coloro che soffrirono per un delitto o per un errore giudiziario".

Si desume quindi come la figura della vittima non rientri nel congegno penale. Le leggi penali nello specifico prevedono a favore della vittima solo dei rimedi intesi come l'unica strada possibile per risolvere la disputa tra la vittima da una parte e il reo dall'altra, al fine di prevenire vendette personali.

La stessa nozione di vittima, è un concetto amplio che non riguarda soltanto la prospettiva giuridica, ma che può essere affrontato secondo diverse prospettive, quella antropologica- culturale, quella sociologica, quella psicologica, e psicanalitica.

La concezione vera e propria di vittima nasce solo a seguito della prima e della seconda guerra mondiale: eventi devastanti per l'umanità che hanno comportato reati gravissimi nei confronti di una moltitudine di persone, senza fare distinzione tra donne, bambini, anziani. Si è trattato di genocidi, di crimini contro l'umanità, di torture, guerre che sconvolsero la coscienza popolare e portarono a prendere in considerazione la categoria "vittima" come la persona che ha sofferto le conseguenze di atti criminali, dovuti anche alla criminalità organizzata, di terrorismo, o più "banalmente" derivanti da aggressioni familiari, dalla lesione di diritti.

Prima delle due guerre mondiale era prerogativa dei singoli stati tutelare i propri cittadini nella maniera che ritenevano più idonea, a seguito invece di

vicende così brutali a livello internazionale nasce l'esigenza di estendere a tutti gli individui gli stessi diritti, gli stessi doveri, chiedendo ai singoli stati di proteggere tali diritti.

Infatti, la dottrina dello stato responsabile s'imperniava sulla concezione che è lo stato che deve perseguire i rei non riconoscendo i reclami individuali nei confronti di un altro stato; nel senso che se un cittadino italiano subisce un reato in Francia, per tale dottrina solo lo stato italiano può chiedere un ristoro allo stato francese, ma non il singolo cittadino, individualmente ed autonomamente.

Successivamente i singoli stati hanno sentito sempre maggiore il dovere di poter rimediare anche a torti subiti a livello internazionale, tale evoluzione si è avuta mediante l'emanazione con la "hauge convention" del 1899 e del 1907 ; si tratta del primo strumento codificato a livello internazionale sui conflitti armati.

Si cerca così di assicurare ad ognuno all'interno della propria giurisdizione, attraverso i tribunali o le istituzioni statali preposte, l'effettiva protezione da ogni discriminazione dei propri diritti e delle libertà fondamentali violate, nonché si cerca di garantire l'adeguata riparazione per ogni danno sofferto.

Con l'emanazione della Inter-America Court of human rights (IACtHR) i legislatori internazionali hanno cercato di assicurare effettivamente i diritti umani, richiedendo che le indagini sui crimini fossero poste in essere seriamente, sostenendo che se uno stato non riesce a punire un comportamento violento, esso ha fallito il compito di assicurare il pieno e libero esercizio dei diritti umani alle persone sottoposte alla sua giurisdizione (par. 176).

Uno dei più importanti riconoscimenti della vittima come soggetto delle leggi internazionali, proviene dallo statuto della International Criminal Court (ICC). Questo statuto prevede alcuni principi riguardanti la vittima, nello specifico: la vittima può partecipare al processo; ad essa deve essere garantita la protezione durante lo svolgimento del processo; ed ha il diritto ad ottenere la giusta riparazione o compensazione.

Anche la Permanent Court of International Justice (PCIJ) sostiene il principio che la legge internazionale deve consistere nell'equa riparazione del danno subito dalla vittima. La riparazione è, infatti, l'elemento indispensabile per la corretta applicazione della convenzione.

Ma ancora nessuna normativa, né nazionale né internazionale ha dato una definizione di vittima.

Nel nostro codice penale e di procedura penale non ve n'è alcuna.

Gli stessi maggiori studiosi della vittimologia hanno dato definizioni di vittima differenti. VON HENIG sosteneva che la vittima fosse il soggetto titolare del bene giuridico leso dal reato e protetto dalla norma giuridica; FATTAH per identificare la vittima partiva dalla considerazione delle conseguenze del reato per cui: è vittima chi subisce conseguenze che siano negative, che siano danni, che siano lesioni materiali, fisiche o psicologiche.

VIANO sosteneva, invece, che la vittima possa essere qualsiasi soggetto danneggiato, che abbia subito un torto o un reato, che si percepisce esso stesso come vittima.

Non c'è nel nostro ordinamento una nozione unitaria di vittima, nonostante essa sia la stessa in tutti i reati. Anzi, nei nostri codici non compare mai la parola vittima, ma vari sinonimi come:

- "soggetto passivo del reato" con il quale si intende la persona titolare del bene giuridico tutelato dalla norma;
- "persona offesa" che è il titolare dell'interesse o del bene giuridico protetto, si tratta del vero e proprio soggetto passivo nell'ambito processuale, è una nozione più ampia di quella precedente, in quanto in quest'ultima vi si ricomprende non solo la vera e propria vittima, ma anche gli enti esponenziali, come le associazioni ad es., che possono esercitare in ogni stato e grado del giudizio i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa dal reato (art. 91 c.p.p.)
- Infine, compare il termine "danneggiato dal reato" cioè colui che subisce un danno in conseguenza del reato. Anche in questo caso tale persona può non coincidere con la vittima del reato stesso, l'esempio classico è quello

dell'omicidio per cui, la vittima non può essere presente in quanto deceduta, e per danneggiato dal reato si intendono i familiari.

Occorre sottolineare che, non solo nel nostro sistema deficita di una definizione di vittima, ma addirittura non le riconosce neppure il ruolo di parte processuale, attribuendole solo alcuni poteri; più specificatamente il ruolo di parte le viene attribuito solo nel caso in cui si costituisca come parte civile all'interno del processo penale, ma comunque, in questo modo l'offeso diventa protagonista solo dal punto di vista civilistico e non da quello penale, che rimane nelle mani dello stato e nello specifico del pubblico ministero. Si evince che all'interno della normativa italiana, la vittima viene intesa, seguendo lo stereotipo che la contrappone al reo, solo come parte passiva del reato, quindi come persona inerme che subisce passivamente il reato. Ciò risulta essere la realtà nella stragrande maggioranza delle ipotesi; ma non si può escludere che vi siano un novero di situazioni in cui la vittima non si comporta come semplice soggetto passivo, ma acquisisce un ruolo all'interno della dinamica stessa del reato. Il diritto penale deve dunque confrontarsi non solo con il reo, ma anche con la vittima, deve perciò procedere all'esame anche del suo comportamento in quanto essa rappresenta l'altra faccia della medaglia del binomio vittima/reo.

A livello europeo la prima codificazione in materia si ha con la decisione quadro adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 15 marzo 2001, 2001/220 GAI. Essa definisce la vittima come "la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno stato membro" Questa decisione quadro, va però oltre alla semplice definizione di vittima, in quanto la sua ratio è quella di "salvaguardare gli interessi della vittima nel procedimento penale in senso stretto", nonché di adottare "qualche misura di assistenza alla vittima, prima durante e dopo il processo". Per la prima volta a livello europeo si codificano i diritti della vittima, che da spettatrice diventa protagonista del procedimento penale. Successivamente nel 2008 il

Consiglio d'Europa afferma che "vittima è la persona fisica che ha sofferto un danno, sia fisico sia morale, comprensivo del danno economico causato da atti od omissioni in violazione della legge penale; l'espressione comprende anche i diretti familiari della vittima medesima", ma rimane comunque una definizione limitata alle persone singole, non prendendo in considerazione, invece, i soggetti collettivi che possono essere danneggiati dal reato, né gli enti esponenziali. Nozione che viene ampliata grazie alla normativa internazionale.

Anche a livello internazionale la prima definizione di vittima si ha con la dichiarazione sui principi fondamentali di giustizia relativi alle vittime della criminalità e alle vittime di abuso di potere, adottata dall'assemblea delle nazioni unite il 28 novembre 1985 n. 40/34. Si tratta di un'introduzione importante in quanto la definizione di vittima è di portata generale ed autonoma rispetto alle singole definizioni nazionali.

La vittima sarebbe "il soggetto debole portatore di istanze autonome a cui l'ordinamento deve dare spazio, riconoscimento e soddisfazione." Intendendo come vittima "le persone che individualmente o collettivamente hanno sofferto una lesione, incluso un danno fisico o mentale, una sofferenza emotiva, una perdita economica, od una sostanziale compressione o lesione dei loro diritti fondamentali attraverso atti od omissioni che siano in violazione delle leggi penali operanti all'interno degli stati membri, incluse le leggi che proibiscono l'abuso del potere criminale."

Tale nozione è da considerarsi più amplia di quella prevista dal CoE, in quanto prevede tra i reati anche l'aggressione grave ai diritti fondamentali delle persone, anche in una dimensione collettiva. Tale amplia e autonoma nozione permette, inoltre, alla vittima di accedere non solo alla restituzione e all'indennizzo o al risarcimento patrimoniale, ma anche ai servizi di aiuto e di assistenza, e agli altri strumenti di garanzia posti a tutela dai singoli stati e dal diritto internazionale.

Anche nello statuto della CPI (Corte Penale Internazionale) la vittima viene definita come la persona che ha sofferto un danno come risultato della

commissione di un crimine. Lo statuto della corte nello specifico concede importanza alla vittima, riconoscendo lo stesso status di vittima; e non solo, ma riconoscendolo anche ai soggetti direttamente lesi da crimini contro l'umanità, concependo così i reati in oggetto come violazioni erga omnes. La vittima diventa così una delle ragioni fondanti il sistema e partecipa al processo in quanto è la prima destinataria dell'illecito stesso.

Altra norma importante contenuta nello statuto della CPI prevede un principio fondamentale per la vittima: il principio di complementarietà: la competenza della corte penale internazionale entra in vigore tutte le volte in cui un singolo ordinamento non può, o non riesce a giudicare un fatto che è potenzialmente criminale. La permeabilizzazione delle norme dello statuto della CPI, all'interno dei singoli stati, permetterebbe a questi di impostare e fare scelte coordinate di politica criminale.

Per quanto concerne la giurisprudenza le prime corti ad ammettere la figura della vittima furono il Tribunale per l'ex-Jugoslavia e il tribunale per il Ruanda, oltre alla corte penale internazionale, sono tra i pochi a definire specificatamente il diritto della vittima ad intervenire nel procedimento, in cui si contrappongono da un lato la comunità e le vittime e dall'altro la persona che ha commesso il reato.

Le norme internazionali vanno comunque oltre alla semplice definizione di vittima, codificando diversi diritti spettanti alla medesima. Diritti che spesso non sono riconosciuti dai singoli ordinamenti.

La risoluzione 60/147 sui Principi fondamentali e linee guida sul diritto al rimedio ed alla riparazione delle vittime di violazioni di diritti umanitari internazionali e diritto umanitario, disciplina tre diverse forme di pretese da parte della vittima: 1) l'accesso alla giustizia deve essere uguale ed effettivo per tutte le vittime; 2) ci deve essere una adeguata riparazione del danno sofferto ; 3) infine alla vittima deve essere concesso l'accesso alle informazioni rilevanti riguardanti le violazioni e i meccanismi di riparazione.

Il problema di riuscire a dare una definizione omogenea a livello nazionale, europeo e internazionale di vittima, non è un problema a sé stante, ma da

esso deriva la possibilità di giungere ad un trattamento che sia omogeno per tutti coloro che hanno subito un reato; nonché di poter partecipare al processo e quindi di poter accedere alla giustizia. Non tutti i sistemi, infatti, considerano la vittima come parte del procedimento.

È dunque da apprezzare il processo di osmosi tra i diritti internazionali e quelli nazionali diretto a standardizzare lo schema di protezione che deve essere dato alla vittima del reato, che deve essere tutelata, non solo da un punto di vista economico mediante il risarcimento, ma anche da un punto di vista morale, la condanna del reo appagherebbe la voglia di vendetta.

In questo processo di osmosi vi rientrano anche le definizioni elaborate dalle giurisprudenze a livello non solo comunitario ma anche internazionale sono suscettibili di accoglimento nelle singole giurisdizioni interne dei singoli paesi. Ciò premetterebbe di avere una definizione unitaria di vittima, ma non solo, permette anche la codificazione di uno statuto della vittima, uguale a livello internazionale, consentendo così a tutti i soggetti passivi di reato di avere le stesse garanzie processuali, sia come intervento nel processo, che come risarcimento e tutela.

Partendo, dunque, dalla definizione di vittima intesa a livello internazionale come la persona che individualmente, o collettivamente, ha sofferto un danno, incluso un danno psicologico o mentale, o ha sofferto emotivamente, e ha conseguito un danno economico a seguito della lesione dei suoi diritti fondamentali, da parte di colui che ha commesso il reato violando le leggi sui diritti internazionali dell'uomo, si dovrebbe giungere allo sviluppo all'interno dei singoli stati di adeguate procedure che consentano non solo alla vittima, intesa come singola persona, ma anche alla vittima intesa come gruppo di persone, (vittime del medesimo reato da parte del medesimo autore), di proporre giudizi unitari per ottenere la giusta ed equa riparazione, non solo personale, ma di gruppo.

Come afferma MANTOVANI "una politica criminale coerente deve tendere alla costante sintesi delle posizioni della vittima e del reo: alla costante ricerca del punto di equilibrio tra libertà individuale e difesa sociale". Se questo

equilibrio venisse riconosciuto a livello internazionale, esso sarebbe funzionale anche per la libera circolazione delle persone, (caposaldo dei principi del primo pilastro dell'unione europea), che così sarebbero incentivae allo spostamento all'interno degli altri paesi, con la relativa conseguenza che detto spostamento non riguarderebbe solo le persone, ma anche le merci e i capitali, in quanto sarebbe assicurato che ognuno può muoversi in Europa con le stesse ed identiche garanzie di sicurezza.

BIBLIOGRAFIA

"Ruolo e tutela della vittima in diritto penale" a cura di Emma Venafro e Carmela Piemontese Giapichelli Editore – Torino

"Processo Penale e Vittima di reato prospettive internazionali europee e nazionali" in i Quaderni Europei dicembre 2010 nr. 6

"Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'unione europea" a cura di Francesco Francioni- Marco Gesteri – Natalino Ronzitti – Tullio Scovazzi Giuffrè Editore 2008

F. Mantovani "Dritto Penale" pt. Gen. 4 ediz., Padova, 2001

VITTIMA E SISTEMA PENALE

A cura dell'Avv. Domenica Clemensi

Il diritto penale tutela beni giuridici e tutela inevitabilmente pure i suoi titolari[69], cioè le vittime dei fatti penalmente rilevanti.

Nel "fotogramma del reato"[70] perciò, oltre al soggetto attivo, ossia chi realizza il fatto descritto dalla fattispecie incriminatrice, occorre individuare anche chi subisce il reato, la vittima, il soggetto passivo che può essere sia persona fisica che giuridica o anche la collettività di individui.

Per secoli la vittima del reato è stata praticamente estranea allo svolgimento del processo penale, incentrato sui ruolo dell'accusa e difesa dell'imputato e, a lungo, essa è stata presa in considerazione unicamente in un'ottica risarcitoria. L'acquisizione della coscienza del suo ruolo infatti, è stata graduale e ha fatto emergere la necessità di "guardare alla vittima" tant'è che, a metà del 1900, è nata una scienza nuova e autonoma all'interno della più ampia disciplina della criminologia che prende il nome di "vittimologia".

Tale singolare settore della scienza criminologica ha per oggetto lo "*studio della vittima di un crimine, delle sue caratteristiche biologiche, psicologiche, morali, sociali e culturali, delle sue relazioni con il criminale e del ruolo che ha assunto nella genesi del crimine*"[71], e consente di soddisfare anche la necessità di stimare gli effetti ulteriori del crimine, allo scopo di individuare gli elementi indispensabili da tenere in considerazione nelle scelte politico-criminali che devono sempre ispirarsi al criterio di salvaguardia delle vittime.

Spesso si parla anche di *seconda vittimizzazione* qualora il fatto criminoso sia portato all'attenzione del sistema penale e l'offeso può essere leso anche dall'interazione con gli operatori, la cui l'attività deve essere durevolmente

[69] A. PAGLIARO, *La rilevana della vittima nel diritto penale sostanziale*
[70] Carnelutti, Lezioni di diritto penale
[71] GULOTTA, La vittima, Milano, 1976

ragguagliata al criterio del rispetto della persona, della sua dignità e della sua sofferenza.

Vi è poi una diversificazione tra vittima attiva e vittima passiva, in base al fatto se il reato sia esclusiva conseguenza dell'attività del reo, o se vi sia un qualche atteggiamento psicologico o comportamento della vittima che abbia contribuito alla sua origine. In particolare, rientrano in tale ultima specie *le c.d. "Vittime accidentali",* ossia quelle che diventano tali per puro caso, e *le c.d. "Vittime simboliche"* allorquando attraverso la vittima si ha un ulteriore obiettivo rappresentato da un'ideologia o da un gruppo sociale.

In ambito internazionale, la Dichiarazione A/RES/40/34 del 1985, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU sui principi fondamentali di giustizia relativi alle vittime della criminalità e alle vittime di abuso di potere, parla di vittime con riferimento a *"persone che, individualmente o in forma collettiva hanno subito un danno, soprattutto un'offesa alla loro integrità fisica o mentale, una sofferenza morale, una perdita materiale o una violazione grave dei loro diritti fondamentali, per effetto di azioni od omissioni che violano le leggi penali in vigore in uno Stato membro, ivi comprese quelle che vietano penalmente gli abusi di potere"*.

La necessità di migliorare l'accesso alla giustizia delle persone offese dai reati commessi nel territorio dell'Unione Europea e di proteggerne i loro diritti ha portato, nel maggio del 1999, alla redazione di un documento intitolato "Vittime della criminalità nell'Unione Europea – Riflessioni sulle norme e misure da prendere" che si è occupato di temi vari, tutti funzionali alla tutela, quali la prevenzione dei delitti, l'assistenza alle vittime, il diritto all'informazione, il loro status nel corso del procedimento penale, le questioni relative al risarcimento del danno.

Si è assistito poi, ad un'evoluzione dello stesso concetto di vittima: per la Decisione quadro del 15 marzo 2001 vittima è *"la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti od omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro".*

Dunque, c'è una sempre maggiore sensibilizzazione verso le vittime dei reati attraverso il riconoscimento di ampie prerogative sia all'interno del procedimento penale, che per quel riguarda il risarcimento dei danni subiti. La prima tappa è stata segnata, nel 1989, dalla *"Risoluzione sulle vittime di violenza criminale"* fino ad arrivare alla direttiva 2004/80/CE del 29 aprile 2004 che, nel caso in cui "le vittime di reato, non possono ottenere un risarcimento dall'autore del reato, in quanto questi può non possedere le risorse necessarie per ottemperare a una condanna al risarcimento dei danni, oppure può non essere identificato o perseguito" impone agli Stati membri dell'Unione Europea, a far data dal 1° luglio 2005, di predisporre una adeguata tutela risarcitoria. Più precisamente, la predetta direttiva, all'art. 12, paragrafo E, statuisce per tutti gli Stati UE l'obbligo di occuparsi *"a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime*" . Ad oggi tuttavia, l'Italia non ha ancora dato applicazione alla direttiva 2004/80/CE e la Commissione europea ha avviato nel 2012 un procedimento di infrazione nei confronti del nostro paese.

Vi è di più, nel 2009 è stato diffuso il c.d. "Progetto di conclusioni della Presidenza relative alla conferenza sulla protezione delle vittime vulnerabili e sulla loro posizione nei procedimenti penali" che contiene un invito formale affinché gli Stati membri promuovano una efficace applicazione delle legislazioni interne in questa materia, con particolare attenzione alla formazione degli operatori della giustizia.

Ancora, nel 2012, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato direttiva 2012/29/UE recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. La direttiva sancisce anzitutto il diritto della vittima a ricevere informazioni in modo facilmente comprensibile, di chiedere il riesame delle decisioni di non luogo a procedere e il diritto all'assenza di contatti con l'autore del reato. Tali diritti andranno assicurati *indipendentemente dal fatto che l'autore del reato sia identificato, catturato,*

perseguito o condannato e indipendentemente dalla relazione familiare tra quest'ultimo e la vittima, precisando che a tal fine potrà intendersi per "autore del reato" anche l'indagato o l'imputato, salva la presunzione d'innocenza.

La tutela della vittima nel processo penale è stata oggetto inoltre di numerose decisioni: nella storica "sentenza Pupino", del 16 giugno 2005, la Corte, in riferimento al caso posto alla sua attenzione, ha affermato che "*gli artt. 2, 3 e 8, n. 4, della decisione quadro devono essere interpretati nel senso che il giudice nazionale deve avere la possibilità di autorizzare bambini in età infantile che (...) sostengano di essere stati vittime di maltrattamenti a rendere la loro deposizione secondo modalità che permettano di garantire (...) un livello di tutela adeguato".*

La successiva sentenza Katz, del 9 ottobre 2008, ha stabilito che *"gli artt. 2 e 3 della decisione quadro (...),relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, devono essere interpretati nel senso che non obbligano un giudice nazionale ad ammettere l'audizione della vittima di un reato come testimone nell'ambito di un procedimento di accusa privata sussidiaria (...). Ove priva di tale possibilità, la vittima deve però poter essere ammessa a rendere una deposizione che possa essere presa in considerazione come elemento di prova»* **.** Infine, con al sentenza Eredics, del 21 ottobre 2010, la Corte si è occupata dell'applicabilità della disciplina della mediazione ad una persona giuridica vittima di un reato statuendo che *"ai fini della promozione della mediazione nei procedimenti penali prevista al citato art. 10, n. 1, la nozione di "vittima" non include le persone giuridiche".*

Venendo al nostro Paese, nonostante la Carta Costituzionale non faccia riferimento, in maniera esplicita, alle vittime dei reati non può dirsi che la legislazione italiana, sia stata insensibile sull'argomento poiché, a partire dagli anni '50, sono state create ed intensificate delle misure concrete di tutela e, da mero "oggetto" su cui ricadeva l'azione delittuosa, l'offeso si è visto riconoscere un ruolo sempre più importante nel sistema dei delitti e delle pene. Basta ricordare l'istituzione dei vari fondi di solidarietà quali, ad

esempio, quello a favore delle vittime della circolazione stradale (l. n. 990/1969) o delle vittime dei reati di estorsione o di usura (l. n. 172/1992), e, ancora, le norme in favore delle vittime del terrorismo e delle stragi, compiute sul territorio nazionale o extranazionale, nonché dei loro familiari superstiti e da ultimo la Legge 206/2004.

Anche alla legislazione penalistica italiana è sconosciuto il termine "vittima", malgrado ciò essa è identificata con il soggetto passivo del reato, titolare dell'interesse principale tutelato dalla norma penale, che quindi patisce l'offesa *essenziale* all'esistenza, mentre coloro i quali hanno subito altri concomitanti pregiudizi dal reato, patrimoniali o non, vanno ritenuti danneggiati.

Spesso le due figure coincidono tuttavia vi sono dei casi ove il danneggiato si differenzia nettamente dalla persona offesa: classico esempio è quello del delitto di omicidio nel quale la persona uccisa è la persona direttamente offesa dal reato, mentre danneggiati dal delitto sono gli eredi della vittima ai quali è riconosciuto il diritto al risarcimento.

Nel codice penale, il soggetto passivo del reato rileva sotto vari profili per le sue caratteristiche personali o i suoi rapporti con l'agente, ovvero per il suo comportamento. Ad esempio la vittima rileva per la sua età o per la condizione psicofisica nei reati di abbandono di minori o di circonvenzione di incapaci. Ancora, le qualità dell'offeso o i suoi rapporti con il reo rilevano per l'applicazione di circostanze aggravanti quale quella di cui all'art. 609 *ter* c.p. (violenza sessuale commessa a danno di infraquattordicenne) o di cui all'art. 525, comma 2, c.p. (introdotta con la legge n.94/2009) che prevede un aumento di pena per il delitto di atti osceni se il fatto è commesso all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva il pericolo che vi assistano.

I diritti e le facoltà della persona offesa sono indicati invece, all'art. 90 del c.p.p. ai sensi del quale la stessa può, oltre che esercitare i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge, presentare memorie in ogni stato e grado del

procedimento e, fatta eccezione per il giudizio di cassazione, indicare i mezzi di prova.

A norma del comma 3 dello stesso articolo, se la persona offesa sia deceduta in conseguenza del reato, le facoltà e i diritti previsti dalla legge sono esercitati dai prossimi congiunti di essa.

La persona offesa del reato che ha subito un danno suscettibile di riparazione economica può costituirsi parte civile durante il processo, personalmente o a mezzo di un procuratore speciale (artt. 76 e ss. c.p.p.). Anzi, nel corso della fase del dibattimento, la persona offesa godrà di poteri, diritti e facoltà esclusivamente se si costituisca parte civile nel processo penale come soggetto danneggiato. In tal caso, qualora venga sentita come teste, il giudice dovrà vagliare l'attendibilità delle sue dichiarazioni in maniera particolarmente rigorosa. Sul punto la giurisprudenza è pacifica nel sostenere che *"La deposizione della persona offesa può essere assunta, anche da sola, come prova della responsabilità dell'imputato, purché sia sottoposta a vaglio positivo circa la sua attendibilità e senza la necessità di applicare le regole probatorie di cui all'art. 192, commi 3 e 4, c.p.p., che richiedono la presenza di riscontri esterni; tuttavia, qualora la persona offesa si sia anche costituita parte civile e sia, perciò, portatrice di pretese economiche, il controllo di attendibilità deve essere più rigoroso rispetto a quello generico cui si sottopongono le dichiarazioni di qualsiasi testimone e può rendere opportuno procedere al riscontro di tali dichiarazioni con altri elementi"*[72].

Da qualche anno a questa parte di parla anche del c.d. femmincidio, riferendosi, in via generale, ad ogni pratica sociale violenta fisicamente o psicologicamente, che attenta all'integrità, allo sviluppo psicofisico, alla salute, alla libertà o alla vita della donna, col fine di annientarne l'identità

[72] Cassazione penale sez. I 24 giugno 2010 n. 29372

attraverso l'assoggettamento fisico o psicologico, fino alla sottomissione o alla morte della vittima nei casi peggiori[73].

Un primo passo per tutelare le vittime di questi reati odiosi era stato fatto con il Decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 ("Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori"), convertito nella legge 23 aprile 2009, n. 38, che, oltre ad introdurre nel codice penale, all'art. 612 bis, il delitto di atti persecutori, il c.d. stalking, ha previsto obbligatorietà della custodia cautelare in carcere per i delitti su minori (prostituzione, pornografia, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, violenza sessuale, atti sessuali con minorenni, violenza sessuale di gruppo) e arresto obbligatorio in fragranza per violenza sessuale e per violenza sessuale di gruppo, con conseguente possibilità di procedere con rito direttissimo.

Dopo della ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa, redatta ad Istanbul l'11 maggio 2011, dedicata alla prevenzione e alla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e contro la violenza domestica, l'Italia ha predisposto nuove norme a tutela delle donne. Con il Decreto Legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito in Legge 15 ottobre 2013, n. 119, sono state inasprite le pene per i delitti di maltrattamenti in famiglia perpetrati in presenza di minore degli anni diciotto; per violenze sessuali ai danni di donne in stato di gravidanza, nonché ai danni del coniuge, anche divorziato o separato, o dal partner.

Inoltre, è stato ampliato l'ambito di applicazione delle circostanze del delitto di stalking anche ai fatti commessi dal coniuge pure in costanza del vincolo matrimoniale, nonché a quelli perpetrati da chiunque con strumenti informatici o telematici, ed è stata prevista l'irrevocabilità della querela per il delitto di atti persecutori nei casi di gravi minacce ripetute.

Ogni giorno, infatti, in Italia, centinaia di donne sono esposte alle varie forme di violenza di genere, includendo in questo concetto la violenza fisica,

[73] B. SPINELLI, *Femminicidio: dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, Milano, 2008

verbale e psicologica. Il rapporto Eures 2013 sugli omicidi è davvero allarmante sulla violenza di genere: nei primi sei mesi del 2013 sono state uccise 81 donne, di cui il 75% nel contesto familiare o affettivo. Ancora, e purtroppo, secondo i dati di una ricerca condotta dall'Osservatorio Nazionale sullo Stalking, un italiano su cinque, principalmente la donna, è vittima di molestie insistenti.

Un ruolo particolare poi, è riconosciuto al soggetto minorenne che, comunque, può considerarsi sempre vittima del reato quand'anche ne sia l'autore. A tal proposito di recente, il Parlamento Europeo e il Consiglio si sono occupati della lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile attraverso la direttiva del 4.11.2011. Al punto 6 si dichiara che: *"Reati gravi quali lo sfruttamento sessuale dei minori e la pronografia minorile richiedono un approccio globale che comprenda l'azione penale contro gli autori del reato, la protezione delle vittime minorenni e la prevenzione del fenomeno".* Ciò si pone sullo stesso solco di tutela tracciato dalla Convenzione sui diritti dei bambini, firmata a New York nel novembre del 1989 che, all'art. 34, sottolineava come i bambini abbiano diritto ad essere tutelati da tutte le forme di sfruttamento e di abuso sessuale.

Nel nostro ordinamento, l'esigenze di tutela del soggetto debole minorenne emerge in relazione ad una serie di fattispecie di reato, a partire dai reati sessuali prostituzione minorile, pedopornografia ma anche violazione degli obblighi di assistenza familiare, abuso di mezzi di correzione, maltrattamenti in famiglia. Il c.d. "pacchetto Sicurezza" (L. 94 /2009) inoltre, al fine di rendere la tutela dei minori ancora più intensa, ha introdotto le fattispecie di cui all' art. 574 bis c.p. "sottrazione e trattenimento di minori all'estero" e all' art. 600 octies "impiego di minori nell'accattonaggio". E lo stesso processo minorile riconosce un ampio spazio alla vittima del reato partendo dalla figura del colpevole-vittima tenendo presente, come finalità primaria, quella educativa: il giudice ha il compito di valutare la personalità dell'imputato, sia per come si presenta al momento del giudizio, che nella

sua possibile evoluzione. Speciali cautele, non solo in ambito penale ma anche amministrativo e civile, vengono adottate anche quando si debba assumere la deposizione di un minore. L'assunzione avviene infatti, per il tramite di un'audizione c.d. protetta ed è un'attività particolarmente delicata e importante principalmente quando si sospetta un abuso, poiché in questi casi il minore, oltre che vittima, è spesso l'unico testimone oculare disponibile.

LA TUTELA DELLA VITTIMA DELLA VIOLENZA DI GENERE

A cura dell'Avv. Danila D'Alessandro

Sommario: 1) Introduzione; 2) Decreto legge n. 93/2013; 3) Novità introdotte d.l. n. 93/2013;4) Conclusioni; Bibliografia

1) Introduzione

Tutelare adeguatamente le vittime della violenza è un'attività complessa che richiede competenza ed impegno, nonché la disponibilità ad uscire dai consueti schemi. In particolare, destano maggiore preoccupazione quelle tipologie di vittime che, per definizione assumono il nome di cd. "**vittime vulnerabili",** cioè coloro che, com'è noto, per le caratteristiche legate al soggetto (donna, minore o infermo di mente) o al tipo di violenza, che determina un trauma in conseguenza del reato e rischia di indurre alla cd. **"vittimizzazione secondaria",** ovvero al patimento di un nuovo trauma determinato dal processo e connesso alla riedizione del ricordo. In effetti, il fenomeno della vittimizzazione secondaria si può realizzare anche a causa di fattori esterni, come ad esempio il trauma subito dalla vittima a seguito dei processi mediatici, che s'instaurano dopo la commissione dei crimini più efferati. Pertanto, è necessario, che l'approccio alla violenza di genere sia effettuato attraverso una metodologia condivisa e multidisciplinare tra tutte le aree d'intervento, al fine di offrire alla vittima-donna l'assistenza più adeguata.

Inoltre, in tempi recenti, si aperto un vivace dibattito sia a livello nazionale sia sovranazionale sulle misure da adottare nel contrasto dei delitti su vittime vulnerabili e in particolare, di quelli caratterizzati da violenza di genere. In effetti, un primo fondamentale intervento è dettato dalla **Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea n. 2001/220/GAI** la quale, relativamente alla posizione della vittima nel procedimento penale, la definisce come "**la *persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche***

***fisico o morale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono violazione del diritto penale di uno Stato membro*".**

La medesima decisione quadro fissa, inoltre, un vero e proprio statuto dei diritti delle vittime del reato, stabilendo **all'art. 2** che "***Ciascuno Stato membro prevede nel proprio sistema giudiziario penale un ruolo effettivo ed appropriato delle vittime. Ciascuno Stato membro si adopererà affinché alla vittima sia garantito un trattamento debitamente rispettoso della sua dignità personale durante i procedimento*".**

In questo senso, è intervenuto anche il **Trattato di Lisbona** nell'ottica di uniformare le legislazioni degli Stati membri con l'introduzione di norme minime comuni a tutela di tali diritti. Perciò, questi atti rappresentano il comune denominatore dal quale partire quando si parla di tutela della vittima di reato, e nello specifico, delle vittime di violenza.

Non da ultimo in questo senso occorre evidenziare come l'Italia ha ratificato la **Convenzione di Istanbul,** Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. Appare fondamentale, in tale ambito, l'art. 3 della Convenzione, dal quale si enuclea il concetto di violenza nei confronti delle donne considerandola una delle più grandi violazioni dei diritti umani. Infatti, nell'art. 3 della Convenzione distinguiamo dei concetti fondamentali come:

a) ***"violenza nei confronti delle donne "*** *con tale termine s'intende designare una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata;*

b) *l'espressione **"violenza domestica"** designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima;*

c) *con il termine **"genere**" ci si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini;*

d) *l'espressione "**violenza contro le donne basata sul genere**" designa qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato;*

e) *per **"vittima**" si intende qualsiasi persona fisica che subisce gli atti o i comportamenti di cui ai precedenti commi a e b;*

f) *con il termine "donne" sono da intendersi anche le ragazze di meno di 18 anni.*

E da non da ultimo sulla scia dell'intervento del legislatore europeo, è stato introdotto in Italia, anche il cd. decreto sul "femminicidio" decreto legge n. 93/2013 che ha sollevato più di una perplessità se non fosse altro per il valore di emergenzialità che viene dato al fenomeno della violenza.

2) Decreto legge n. 93/2013

Il **decreto legge n. 93 del 14 agosto 2013** costituisce una tappa fondamentale nel dibattito concernente le misure da adottare nel contrasto dei delitti su vittime vulnerabili e, in particolare, di quelli caratterizzati da violenza di genere.

Negli ultimi tempi si è sviluppato un aperto confronto su quest'argomento, che è stato generato dal susseguirsi nel nostro Paese di numerose notizie di cronaca riguardanti episodi di violenza anche mortale nei confronti di donne, assai spesso per mano dei loro mariti o *partner*.

Si è accertato, difatti, un incremento delle notizie di omicidi commessi nell'ambito di esperienze di coppia o, ancora più spesso, in seguito alla cessazione di relazioni affettive, non accettata dal *partner* maschile. Tale fenomeno è stato osservato da molti esperti, che hanno evidenziato che in molti casi gli omicidi sono preceduti da situazioni di abuso, di sopraffazione o di vessazione; oppure da circostanze nelle quali la decisione della donna di porre fine alla relazione di coppia è all'origine di reazioni inconsulte da parte dell'uomo, il quale, non accettando tale decisione e i suoi riflessi, decide di porre in essere atti persecutori ai danni dell'*ex* moglie, o convivente, o fidanzata, talvolta con un'*escalation* di violenze o minacce che si rivela prodromica ad un esito tragico.

In effetti, per tali delitti è stato coniato il termine **" femmincidio**", nato in occasione della strage delle donne di Ciudad Juárez, indica la violenza fisica, psicologica, economica, istituzionale rivolta contro la donna in quanto donna.

La percezione del rischio di un'evoluzione drammatica in alcuni comportamenti, ha indotto da tempo gli osservatori più attenti della realtà sociale e anche giudiziaria a porsi il problema della ricerca di possibili soluzioni, in una combinazione tra l'approccio preventivo e quello repressivo. Infatti, il susseguirsi di eventi di gravissima efferatezza in danno di donne e il conseguente allarme sociale che hanno reso necessari interventi urgenti volti a inasprire, per finalità dissuasive, il trattamento punitivo degli autori di tali fatti, introducendo, in determinati casi, misure di prevenzione finalizzate alla anticipata tutela delle donne e di ogni vittima di violenza domestica

Così, l'attenzione sull'argomento si è tradotta in una serie d'importanti novità legislative nell'ambito del nostro ordinamento interno come l'introduzione del delitto di atti persecutori con d.l. n. 11/2009, convertito con modifiche nella legge n. 38/2009; o, in tempi ancor più recenti, le novità recate dalla legge n. 172/2012. In tale contesto, il Governo italiano ha emanato il decreto legge n. 93/2013, in vigore dal 17 agosto scorso.

Una prima osservazione di sistema riguarda proprio il ricorso alla decretazione d'urgenza. Al riguardo, sebbene vi siano molte le voci critiche che da tempo si levano sull'impiego del decreto legge come sistematico strumento di governo, indicato come una forma di *bypass* della dialettica parlamentare, la valutazione circa la sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza è stata oggetto di aspro dibattito. Esaminando la premessa al decreto, infatti, emerge che il requisito della necessità e urgenza riguarda più l'allarme sociale destato dal fenomeno della violenza "di genere", che non dalla reale necessità e urgenza delle misure prescelte.

3) Novità introdotte dal d.l. n. 93/2013

Dall'art. 1 del decreto in esame, recante "*norme in materia di maltrattamenti, violenza sessuale e atti persecutori"*, emerge l'individuazione di tre categorie di reati caratteristici del contesto nel quale maturano le violenze "di genere":

a. **i maltrattamenti (art. 572 c.p.),** un'ipotesi di reato che, in molti casi, si verifica nel chiuso delle mura domestiche, ed è caratterizzato da sopraffazione e vessazione di un soggetto nei confronti di altri legati da vincoli familiari o comunque in regime di convivenza con il soggetto attivo;
b. **la violenza sessuale**,che rappresenta, in molti casi, il paradigma e talora lo scopo dell'aggressività maschile in danno di persone di sesso femminile;
c. **gli atti persecutori**, reato, di recente conio, e che sempre più si viene delineando come descrittivo di vicende spesso prodromiche a una degenerazione in senso violento dei rapporti fra persone precedentemente legate da un rapporto affettivo, tanto da costituire spesso, secondo molti osservatori, una sorta di fattore propedeutico rispetto a episodi omicidiari a carico di donne per mano del loro precedente *partner*.

Inoltre, va premesso che sia il reato di **maltrattamenti** che quello di **atti persecutori** si può verificare in situazioni assai variegate, che si generano non solo all'interno di rapporti di tipo sentimentale, ma si possono realizzare in tutt'altro tipo di relazioni.

Però, l'intervento legislativo in esame è finalizzato soprattutto al contenimento e alla prevenzione delle violenze di genere.

Ciò posto, esaminiamo le novità introdotte dal d.l. 93/13. Innanzitutto, il reato di maltrattamenti, è integrato non solo da specifici fatti commissivi direttamente opprimenti la persona fisica, si da imporle un inaccettabile e penoso sistema di vita, ma altresì da fatti omissivi di deliberata indifferenza verso gli elementari bisogni della persona. Tale reato che, era stato già di modifiche sostanziali in virtù della recente legge n. 172/2012, di ratifica della Convenzione di Lanzarote. Con il nuovo d.l. è stato introdotto un cambiamento riguardante l'aggravante comune di cui al 2° co. dell'art. 572 c.p.: essa, in origine prevista per il caso che il fatto sia commesso in danno di persona minore degli anni quattordici, si estende oggi al caso in cui il fatto sia previsto "in presenza di minore degli anni diciotto". L'aggravante richiama espressamente gli interventi prospettati dalla Convenzione di Istanbul, i quali (art. 46 lett. D) si esortano gli Stati firmatari a prevedere, come aggravante dei reati "stabiliti conformemente alla presente Convenzione", la commissione del fatto su un bambino o in presenza di un bambino. Il legislatore nazionale ha inteso estendere la nozione al minore infradiciottenne, ma ha rapportato l'aggravante al solo delitto di maltrattamenti non prendendola in esame per il delitto di atti persecutori**.** Invece, nei reati di violenza sessuale, la circostanza della presenza di minori è in parte assorbita nell'ipotesi di reato di cui all'art. 609 *quinquies* c.p., anche se riferita, da un lato, al generico compimento di atti sessuali e, dall'altro, limitata all'ipotesi in cui vi assista persona minore degli anni quattordici, e sussista nell'agente il dolo specifico del proposito di far assistere il minore agli atti sessuali.

Nel delitto di **violenza sessuale**, sono poi previste due ulteriori aggravanti in aggiunta a quelle di cui all'art. 609 *ter, 1°* co. c.p.:

a. la prima riguarda l'ipotesi in cui il reato sia commesso nei confronti di donna in stato di gravidanza;
b. la seconda riguarda il caso in cui la violenza sessuale sia commessa nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza.

Il legislatore italiano ha individuato delle ipotesi particolari in cui la vittima si trovi "**in circostanze di particolare vulnerabilità**" (art. 46 lett. C della Convenzione di Istanbul), riferendola alla donna in stato di gravidanza. Però potrebbero emergere problemi nel caso in cui lo stato di gravidanza non sia facilmente conoscibile dal soggetto attivo (ad es. perché la gestazione è cominciata da poche settimane o mesi), con ciò che ne conseguirà in termini di configurabilità dell'elemento soggettivo relativo alla circostanza, avuto riguardo al disposto dell'art. 59 c. 2 c.p.17.

Tale l'aggravante riguarda anche il caso in cui l'autore della violenza sia o sia stato in rapporto di coniugio o di tipo affettivo (anche senza convivenza) con la vittima. E', questo, un primo e più deciso intervento mirato verso un accresciuto disvalore delle ipotesi di violenza di genere, che accadono frequentemente all'interno di un rapporto affettivo esistente o concluso. Inoltre, la formulazione della norma, che a ben vedere non opera distinzioni di genere, consente di ritenere l'aggravante applicabile anche nei rapporti di tipo omosessuale. Viene dunque ribadito, con questa aggravante, il principio già delineato dalla giurisprudenza circa la configurabilità del reato di violenza sessuale all'interno del rapporto matrimoniale.

Altre variazioni apportate dall'art. 1 del decreto riguardano il delitto di atti persecutori (c.d. *stalking*), il reato che, costituisce il sintomo dell'allarmante fenomeno del c.d. *femminicidio*. Per tale reato, è stata aumentata la pena edittale massima dell'ipotesi base, che è stata portata da 4 a 5 anni di

reclusione (d.l. n. 78/2013, convertito con modifiche con legge 9 agosto 2013, n. 94).

Le ipotesi aggravate di cui al comma 2 dell'art. 612 *bis* c.p. vengono ampliate, dal decreto legge. In effetti, l'aggravante è applicabile anche per fatti commessi attraverso strumenti informatici o telematici, prendendo in esame il fenomeno del ***cyberstalking*.** Negli ultimi tempi, sempre più frequentemente le molestie reiterate avvengono non solo attraverso gli ordinari strumenti di comunicazione a distanza, ma anche attraverso l'uso dei *computer*, come nel caso dei c.d. *social network* (Facebook, Twitter ecc.). Inoltre, la formulazione della norma, che non opera distinzioni di genere, consente di ritenere l'aggravante applicabile ad anche ai rapporti di tipo omosessuale.

Tuttavia, la modifica legislativa più evidente sul piano sostanziale è costituita dalla previsione dell'irretrattabilità della querela in caso di *stalking.* Ciò in analogia a quanto già previsto per i reati di violenza sessuale (art. 609 *septies* c. 3 c.p.) e nell'evidente intento di prevenire e vanificare eventuali tentativi di pressione del soggetto attivo sulla vittima, affinché rimetta la querela.

Infatti, emerge l'intenzione del decreto di impedire coartazioni strumentali in danno della persona offesa che può essere esposta a situazioni di *vittimizzazione secondaria.*

3) Conclusioni

L'intento del legislatore nazionale è proteso verso la maggiore tutela delle fasce deboli e soprattutto delle donne vittime di reato, ma alcune delle modifiche inserite nel testo si sono rese necessarie per l'adeguamento del nostro ordinamento alle prescrizioni contenute nella normativa internazionale e comunitaria.

Con l'applicazione del decreto si potrà verificare sul campo l'incisività dello stesso, poiché deve divenire lo strumento fondamentale per affrontare la violenza di genere. Infatti, il problema della violenza di genere, negli ultimi tempi ha fatto sorgere la necessità di adottare misure multidisciplinari, soprattutto sul piano della prevenzione del fenomeno, dell'organizzazione dei servizi preposti a fronteggiarlo, della formazione del personale interessato e del raggiungimento delle finalità educative, attraverso lo stanziamento di adeguate risorse finanziarie. L'attuazione delle disposizioni penali e processuali, contenute nel decreto, però, si scontrano anche con i problemi che riguardano lo stato della giustizia penale in Italia, a cominciare dalla lentezza dei processi e dalla scarsa effettività delle sanzioni che ne conseguono.

Bibliografia

- C. PUZZO, *I reati sessuali,* Maggioli Editore 2010;
- B. SPINELLI, *Femminicidio. Dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, Franco Angeli, IV^ ristampa 2013; della stessa autrice di rilievo il saggio *Il riconoscimento giuridico dei concetti di femmicidio e femminicidio,* pubblicato in AA.VV., *Femmicidio: dati e riflessioni intorno ai delitti per violenza di genere* Regione Emilia Romagna – Assessorato Promozione Politiche Sociali, A cura di C. KARADOLE E A. PRAMSTRAHLER, 2011, pp.125-142.
- G. PAVICH, *Il delitto di maltrattamenti,* Giuffrè 2012;
- G. BELCASTRO, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Diritto Penale della Famiglia,* a cura di F.G. CATULLO, Cedam 2012, pp. 327 ss.;
- G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale – Parte Speciale,* vol. II, Tomo primo, Zanichelli 2011, pp. 377 ss.;
- G. PAVICH, *Il "nuovo" delitto di maltrattamenti dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote,* in *Rivista Neldiritto,* 4/2013, pp. 657 ss.;

id., *Luci e ombre nel "nuovo volto" del delitto di maltrattamenti,* in *questa Rivista*, 9 novembre 2012.

- A. COSTANZO, *I reati contro la libertà sessuale,* WKI, 2008;
- B. ROMANO, *I delitti contro la sfera sessuale della persona,* Milano 2007;
- A. CADOPPI (a cura di) *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia,* UTET 2006;
- F. COPPI, *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Giappichelli 2007
- M.S. LEMBO-G. CIANCIOLA, *I reati contro donne e minori*, Giuffrè 2012; si ricordano poi, sempre in epoca recente,
- A. SPENA, *I reati contro la famiglia,* in *Trattato di diritto penale* a cura di C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, vol. XIII, Giuffrè 2012;
- F. SARNO, *Il nuovo reato di atti persecutori (art. 612*-bis*)*, Giuffrè 2010;
- F. BARTOLINI, *Lo* stalking *e gli atti persecutori nel diritto penale e civile,* La Tribuna 2009;
- A.M. MAUGERI, *La* stalking *tra necessità politico-criminale e promozione mediatica,* Giappichelli, 2010.
- S. TOVANI-A. TRINCI (a cura di), *Lo* stalking, Dike, 2009, p. 10; a proposito
- C. MINNELLA, Stalking *condominiale: riconoscimento giuridico e tutela cautelare in ambito amministrativo e penale,* in *Riv. Pen.*, 7-8/2013, p. 749. 4
- Cass. Pen., 28 febbraio 2013 n. 9724.

2014 - ***Nuove frontiere del diritto***

Rivista telematica mensile gratuita di diritto

Codice ISSN 2240-726X

Registrata presso Tribunale di Roma con decreto n. 228 del 9.10.2013