UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Scuola Dottorale Internazionale in Diritto e Economia "Tullio Ascarelli" in Giurisprudenza

TESI DI DOTTORATO IN

DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

Il divieto del *ne bis in idem* nello Statuto della Corte Penale Internazionale

Relatore:
Chiar.mo Prof.re Mario Trapani

Candidato:
Jakub Michał Baranowski

Anno Accademico 2015- 2016

Sommario

INTRODUZIONE 7
CAPITOLO I 11
Diritto penale o diritto internazionale? 11
1. La fondazione della Corte Penale Internazionale. 13
1.1. I cenni storici. 13
1.2. I principi di Norimberga come base delle regole principali di diritto penale internazionale. 17
1.3. Le fonti di diritto. 19
2. Crimini internazionali e fori competenti. 23
2.1. Principio di universalità. 25
2.2. Il problema della molteplicità dei fori competenti. Il conflitto di giurisdizione. 27
2.2.1. Aut dedere aut iudicare. 27
2.2.2. Il principio di complementarietà nella CPI. 29
2.3. il genocidio. 34
2.4. i crimini contro l'umanità. 35
2.5. i crimini di guerra. 37
2.6. il crimine di aggressione. 39
CAPITOLO II 42
I fondamenti del *ne bis in idem* 42
1. Il significato della nozione. 42
2. Lo sviluppo storico della regola del ne bis in idem. 44
2.1. L'approccio nel sistema continentale e il riconoscimento dell'effetto di res iudicata nei rapporti reciproci. 46
2.2. L'approccio garantista nel sistema di common law. 48
2.3. Dual sovereignty. 52
3. Il ne bis in idem internazionale ed il suo mancato riconoscimento. 53
3.1. Il ne bis in idem nei documenti internazionali. 58
3.2. Il ne bis in idem come uno dei diritti umani. 61
3.3. Il ne bis in idem nell'Unione Europea e nella zona Schengen. 64
CAPITOLO III 72
Il *ne bis in idem* nello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale 72

1. La codificazione dell'articolo 20 sul ne bis in idem. 72
1.1. Dibattito nella commissione codificatrice e le conseguenze della storia comune con il principio di complementarietà sul ruolo del ne bis in idem. 73
1.2. La Commssione ad hoc e il post 1994. 75
1.3. La versione finale dell'articolo 20 dello Statuto di Roma – osservazioni generali. 77
2. I requisiti del ne bis in idem nell'articolo 20. 79
2.1. Il comma 1 - il previo giudizio della CPI e la concezione orizzontale. 79
2.2. Il comma 2 - la concezione discendente. 85
2.2.1. La portata applicativa della nozione <another court>. 86
2.2.2. L'elemento bis. 89
2.2.3. L'elemento idem e la formulazione <for a crime reffered to in article>. 93
2.2.4. Il paradosso della complementarietà. 100
2.3. Il comma 3 – la concezione ascendente. 101
2.3.1. <who has been tried by another court> e lo chapeau più ampio ma meno chiaro. 104
2.3.2. la formulazione in concreto <“with respect to the same conduct also proscribed under article...”>. 106
2.3.4. le deroghe del principio nel comma 3 lettere a) e b). 111
2.3.4.1. Il criterio di ordinary crimes – davvero omesso? 112
2.3.4.2. Mirare a sottrarre la persona interessata dalla responsabilità penale internazionale. 115
2.3.4.3. Il processo non indipendente e imparziale, non conforme alle garanzie previste dal diritto internazionale. 121
2.4. il problema della mancata implementazione dei reati internazionali. 132
CAPITOLO IV 135
Il *ne bis in idem* sostanziale nello Statuto di Roma 135
1. La sovrapposizione degli elementi di reato internazionale. 138
2. La gerarchia dei crimini internazionali nella giurisprudenza e dottrina. 143
3. La giurisprudenza rilevante dei tribunali per il Rwanda e la ex Yugoslavia. 147
3.1. L'approccio delle Corti ad hoc al concorso di reati. 148
3.1.1. Kupreskic. 149

3.1.2. Akayesu. 153
3.1.3. Kayishema and Ruzindana. 155
3.1.4. Celebici. 157
3.2. Il concorso tra le singole ipotesi criminose. 160
4. Concorso di reati nella fase di charge-conviction-sentencing. 161
5. La corrente prassi dell'ICC. 167
6. Una via di mezzo per salvaguardare l'accusato. 173
7. Il mancato principio del ne bis poena in idem? 176
Conclusioni. 183
BIBLIOGRAFIA 186

A tutti coloro che hanno avuto impatto sulle mie scelte di vita

Indice delle abbreviazioni

CAAS – Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen

CEDU/ Convenzione EDU – Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali

Corte EDU – Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Corte *ad hoc* – Tribunale Penale Internazionale per la Rwanda e/o l'ex Yugoslavia

CPI – Corte Penale Internazionale

ECHR – European Court of Human Rights

FNI – The Nationalist and Integrationist Front

FRPI – Front for Patriotic Resistance of Ituri

IACHR – Corte Interamericana dei Diritti Umani

ICC – Corte Penale Internazionale

ICTR – International Criminal Tribunal for Rwanda

ICTSL – International Criminal Tribunal for Sierra Leone

ICTY – International Criminal Tribunal for ex Yugoslavia

ILC – International Law Commmission

IMT/NMT – International Military Tribunal / Nurmberg Military Tribunal

PM – Procuratore

RPE – Rules of Procedure and Evidence (Regole di Procedura e Prova)

ONU/UN – Organizzazione delle Nazioni Unite

UE/EU – Unione Europea

St.ICTY – Statuto del Tribunale Penale Internazionale per l'ex Yugoslavia

St.ICTR - Statuto del Tribunale Penale Internazionale per la Rwanda

INTRODUZIONE

Quest'anno cadono i 70 anni dal momento in cui furono condannati i gerarchi nazisti ritenuti responsabili dei più gravi crimini contro l'intera umanità, commessi durante il conflitto armato che coinvolse quasi tutto il mondo: - la Seconda Guerra Mondiale.

Il tragico conflitto, che ebbe inizio con l'attacco alla terra polacca, coinvolse alcuni milioni di vittime e provocò un ridimensionamento del sistema politico globale. L'atto finale, dopo la sconfitta dell'Asse, portò sul palcoscenico giuridico ciò che non si era pressoché mai visto prima. A Norimberga, una delle città rimaste tra le macerie, a cavallo tra gli anni 1945 e 1946 ebbe luogo il controverso processo in cui quattro paesi rappresentanti della parte vincente della guerra, processarono una ventina di capi nazisti responsabili per la commissione di crimini contro la pace, crimini di guerra e crimini contro l'umanità. Al di là dell'esito del processo, esso, per come si svolse, ebbe una incommensurabile influenza sullo sviluppo di una nuova branca di diritto, il cd. diritto penale internazionale.

Come dichiarò il Procuratore americano Robert Jackons durante il suo discorso di apertura del processo a Norimberga : *The law had not been codified, no procedures had been established, no tribunal was in existence, no usable courthouse stood here, none of the hundreds of tons of official German documents had been examined, no prosecuting staff had been assembled, nearly all of the present defendants were at large, and the four prosecuting powers had not yet joined in common cause to try them. I should be the last to deny that the case may well suffer from incomplete researches and quite likely will not be the example of professional work which any of the prosecuting nations would normally wish to sponsor. It is,*

however, a completely adequate case to the judgment we shall ask you to render, and its full development we shall be obliged to leave to historians[1].

In queste parole, parzialmente si rispecchia ciò che poi per anni fu una delle accuse più grosse nei confronti della giustizia dei vincitori, come fu definito il processo di Norimberga. Il processo che, come dichiarato dallo stesso Robert Jackson, non ebbe i solidi fondamenti giuridici intesi come il codice di procedura, la legge penale materiale e che si svolse praticamente da un giorno all'altro, sebbene ci fossero "le tonnellate" del materiale probatorio. Dunque, il processo fu esplicitamente contrario ai principi fondamentali di ciò che era il diritto penale statuale e, in particolare, ad uno dei suoi principi base, il *nullum crimen sine lege.* Contrario a ciò che già nel '800 indicò Cesare Beccaria nel suo perenne trattato: - "*la prima conseguenza di questi principii* (diritto di punire) *è che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest'autorità non può risedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unità per un contratto sociale; nessun magistrato (che è parte della società) può con giustizia infligger le pene contro ad un altro membro della società medesima*"[2]. Contrariamente a quella regola, il processo di Norimberga invece fu basato sulle leggi convenzionali o addirittura sulle norme consuetudinarie e condotto da chi fu il vincitore del conflitto mondiale.

Ciò nonostante, il processo di Norimberga rappresenta la pietra angolare della giustizia internazionale, quale oggi si è trasformata in ciò che va nominato diritto internazionale penale[3] o diritto penale internazionale. Ebbene, nonostante vi siano

---

[1] Robert Jackson opening statement before the International Military Tribunal, "Second Day, Wednesday, 11/21/1945, Part 04", in Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Volume II. Proceedings: 11/14/1945-11/30/1945. [Official text in the English language.] Nuremberg: IMT, 1947. pp. 98-102.

[2] Beccaria C., *Dei delitti e delle pene con prefazione di Stefano Rodotà,* Feltrinelli, 2010, p. 39.

[3] Così per esempio Mantovani F., *Diritto Penale,* Cedam 2011, p. 944, mentre ad esempio D. Amati usa l'espressione Diritto Penale Internazionale*, Introduzione al diritto penale internazionale,* Giuffré Editore, 2010.

tante controversie e accuse nei confronti di quella, ancora giovane, branca del diritto, non può più negarsi la sua esistenza. E, dal momento in cui furono condannati gli autori di reati commessi, nacque anche il diritto penale internazionale che, al giorno d'oggi, ha raggiunto un livello maggiore di maturità, mettendo alla luce il suo figlio più voluto, la Corte Penale Internazionale avente la sede all'Aia.

Ciò che non è chiaro, per coloro che mantengono una posizione critica nei confronti del diritto penale internazionale, è se quel complesso di norme che sanciscono la responsabilità penale degli individui per i fatti che turbano l'ordine pubblico internazionale o costituiscono crimini contro il diritto delle genti, costituisca un vero diritto penale o semplicemente sia sempre ancora una manifestazione del diritto internazionale. Chi è invece più favorevole nei confronti di ciò che ebbe inizio a Norimberga riconosce nel diritto penale internazionale già una branca autonoma del diritto.

Indubbiamente, senza rispondere ad una domanda retorica, occorre tenere conto di tutto quanto proviene da una critica costruttiva, e individuare ciò che ancora deve maturare per poter fare un altro passo in avanti nel riconoscimento dell'esistenza di un diritto penale internazionale. Lo scopo di questo lavoro, è quello di evidenziare una delle lacune più importanti nel sistema penale internazionale. Il riferimento è al principio del *ne bis in idem* che, come si cercherà di dimostrare, rappresenta il vero Tallone di Achille del diritto penale internazionale in quanto sta in una posizione mediana tra ciò che è, da un lato, l'interesse statale di punire[4] (l'originario diritto di punire per difendere deposito alla salute pubblica dalle usurpazioni particolari[5]) e, dall'altro, il fondamentale diritto dell'individuo di non

[4]Nonostante la sua devoluzione ad un giudice sovranazionale e convenzionale, quale la Corte Penale Internazionale.
[5]Beccaria C., *Dei delitti*..., *op. cit.,* p. 38.

essere vittima del potere giudiziario e di non soffrire più di una volta la responsabilità per lo stesso fatto. Ma è proprio questo il problema cruciale di tutto il diritto penale internazionale, che da un lato è ancora lontano dal rispettare i principi e i fondamenti di ciò che si è raggiunto nel diritto penale statale moderno; dall'altro lato, non può svilupparsi liberamente in quanto rimane pur sempre parte del diritto internazionale, e quindi è soggetto alle pressioni politiche e agli interessi dei moderni "sovrani", gli Stati, che giocano una perenne partita di scacchi, dove il bordo della scacchiera è costituito da tutto il Pianeta.

Come verrà dimostrato nelle pagine successive, c'è ancora una lunga strada da percorrere per poter dire che si è realizzato ciò che disse l'ex Segretario generale delle Nazioni Unite nel 1997 di fronte all'*International Bar Association* pressoché alla vigilia della fondazione della Corte Penale Internazionale: *We ask you, as lawyers and tribunes of justice to do your utmost in our struggle to ensure that no ruler, no state, no junta, and no army anywhere can abuse human rights with impunity. Only then will the innocents of distant wars and conflicts know that they, too, may sleep under the cover of justice; that they, too, have rights and that those who violate those rights will be punished"*[6].

[6]Annan K., *Advocating for an International Criminal Court,* Fordham International Law Journal, Vol 21, Iss. 2, 1997, p. 366.

CAPITOLO I
Diritto penale o diritto internazionale?

Sommario: 1. La fondazione della Corte Penale Internazionale. *Segue* – I cenni storici. *Segue* – I principi di Norimberga come base delle regole principali di diritto penale internazionale. *Segue* – Le fonti di diritto. – 2. Crimini internazionali e fori competenti. *Segue.* Principio di universalità. *Segue*. Il problema della molteplicità dei fori competenti. Il conflitto di giurisdizione. *Segue.* Aut dedere aut iudicare. *Segue.* Il principio di complementarietà nella CPI. *Segue.* Il genocidio. *Segue.* I crimini contro l'umanità. *Segue.* I crimini di guerra. *Segue*. Il crimine di aggressione.

La domanda posta nel titolo di questo capitolo, come è stato già accennato, non ha una risposta chiara. Ciò che convenzionalmente chiamiamo diritto penale internazionale è un ordinamento unico e di carattere mondiale, con le sue peculiarità, organizzazione, compiti che non possono essere paragonati con quelli degli altri sistemi penali[7]. Si tratta di un nucleo di norme che sanciscono la responsabilità penale degli individui per i fatti che attaccano l'ordine pubblico non di uno Stato, ma quello internazionale. Dunque, si tratta della materia che prevede e punisce i cosiddetti crimini *iuris gentium* che colpiscono l'intera comunità internazionale[8].

L'argomento principale contro il riconoscimento del diritto penale internazionale come una branca del diritto penale, oltre alle problematiche menzionate sopra, è la mancanza delle tradizionali categorie penalistiche di imputazione del fatto illecito. Questo argomento, che è stato portato avanti dal 1998 in poi, *ergo* dalla fondazione della Corte Penale Internazionale (di seguito chiamata anche sotto l'acronimo inglese: *ICC)*, almeno in linea teorica, sta però gradatamente perdendo la sua attualità, dato che anche le suddette mancanze sono state

[7]Amati E e altri, *Introduzione al diritto penale internazionale,* Giuffré Editore, 2010, p. XIV.
[8]Mantovani F., *Diritto penale parte generale,* 7° Edizione, Cedam 2011, p. 945-946.

parzialmente soddisfatte. Lo Statuto della Corte Penale Internazionale che ha la sua sede a L'Aia ha assunto il ruolo di disciplinare ciò che mancava. Lo Statuto di Roma ha infatti cercato di creare una sorta di "parte generale" del diritto penale internazionale, introducendo i principi fondamentali di qualunque ordinamento penale moderno quali il principio di legalità, il principio di irretroattività, i criteri di imputazione soggettiva del fatto di reato, la cause di giustificazione ed esclusione di colpevolezza e così via[9]. Lo Statuto ha stabilito anche una "parte speciale", in quanto negli articoli da 5 a 8[1] elenca le condotte tipiche dei crimini internazionali, in particolare i fatti che possono costituire il crimine di genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra ed il crimine di aggressione. Lo Statuto è accompagnato anche da due documenti procedurali collaterali quali le *Rules of Procedure and Evidence* e gli *Elements of Crimes*, nonché un documento chiamato *Regulations of the Court*, che rappresenta il frutto del lavoro della commissione dei giudici creato appositamente per "*its routine functioning"*[10]. *Rules of procedure and Evidence* e *Elements of Crimes* rappresentano due documenti che approfondiscono, specificandolo, l'oggetto di disciplina dello Statuto di Roma in merito alla procedura e alla tipizzazione delle condotte illecite, che, in quanto tali, mancano spesso di una descrizione tassativa e quindi precisa[11].

[9]Catenacci M., [in:] Mezzetti E., *Diritto penale internazionale II Studi*, Seconda edizione, 2010, parte introduttiva.

[10]Article 52 Regulations of the Court 1. The judges shall, in accordance with this Statute and the Rules of Procedure and Evidence, adopt, by an absolute majority, the Regulations of the Court necessary for its routine functioning.

[11] Płachta M., *Kodeks postępowania MTK,* Studia Europejskie 4/1999, p. 86.

1. *La fondazione della Corte Penale Internazionale.*

La Corte Penale Internazionale dell'Aia è funzionante dal 1 luglio del 2002, ed è il frutto di un lungo dibattito tenutosi a Roma nel 1998 presso la sede *Food and Agriculture Organization* situata nel cuore di Roma (per cui il testo normativo che ne è derivato è chiamato anche Statuto di Roma). L'apertura alle firme in calce allo Statuto elaborato durante il dibattito fu inaugurata in Campidoglio. L'entrata in vigore dello Statuto, secondo l'articolo 126 dello Statuto stesso, sarebbe dovuta avvenire nel primo giorno del mese successivo alla sessantesima firma *(instrument of ratification, acceptance, approval, or accession*), il che accadde, come indicato sopra, il 1° Luglio del 2002. La Corte, in particolare, possiede la personalità giuridica internazionale[12].

1.1. I cenni storici.

La storia dell'ICC risale alla prima metà degli anni 50, quando alcuni degli Stati appartenenti all'ONU chiesero al *International Law Committee* di intraprendere i lavori finalizzati alla previsione e introduzione di una corte penale internazionale di natura permanente. I primi lavori durarono alcuni anni, fino al 1954, ma alla fine furono sospesi a causa del crescente rischio di un conflitto causato dalla cd. "Guerra fredda"[13]. La Commissione elaborò comunque il cd. *Draft Code of Crimes Against*

[12] Lüder S. R., *The legal nature of the International Criminal Court and the emergence of supranational elements in international criminal justice,* IRRC, Vol. 74, No 845, p. 80.
[13] Matyasik M., Domagała P., *Międzynarodowe Trybunały Karne oraz inne instrumenty sprawiedliwości tranzytywnej,* Difin, 2012, p. 139-140.

the Peace and Security of Mankind, documento sostanzialmente fondato sui principi affermati dal Tribunale di Norimberga. I lavori furono ripresi dopo un intervallo lungo quasi 30 anni. La Commissione intensificò l'elaborazione di un *Draft Code*, pervenendo alla stesura delle bozze dello Statuto della Corte Penale Internazione del 1994 e 1996, che in seguito furono la base per la elaborazione finale dello Statuto di Roma. Il *draft* del 1996 codificava cinque crimini internazionali, quali il genocidio, l'aggressione, i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità ed i crimini contro le Nazioni Unite ed il personale associato dell'ONU [14]. Non può tuttavia non menzionarsi anche la contemporanea istituzione tramite una risoluzione dell'ONU, di cd. Tribunali *ad hoc* la cui competenza territoriale e temporale fu limitata. Il primo, il Tribunale Internazionale per l'ex Yugoslavia (di seguito anche: ICTY), fu istituito per esaminare e perseguire i fatti commessi sul territorio dell'ex Yugoslavia durante la guerra civile nel periodo 1991-1995. Il secondo, il Tribunale Internazionale per il Rwanda (di seguito anche: ICTR), fu istituito per esaminare e perseguire i fatti commessi durante il cd. genocidio in Rwanda. Entrambi i Tribunali *ad hoc* hanno fornito le prove di un possibile "successo" di una giurisdizione penale internazionale. Vale a dire che entrambe le Corti *ad hoc* e la loro giurisprudenza continuano ad influenzare l'attività dell'ICC di oggi in quanto le loro precedenti decisioni funzionano spesso come base interpretativa delle norme dello Statuto di Roma (giurisprudenza che verrà tra l'altro utilizzata spesso nelle seguenti parti del lavoro)[15].

Di seguito, l'Assemblea Generale dell'ONU nominò una Commissione Preparatoria per la Istituzione della Corte Penale Internazionale la quale in sei

[14]Broomhall B., *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law,* Oxford, 2003, p. 39-40.

[15] Stahn C., Sluiter, G., The Emerging Practice of the International Criminal Court, Leiden-Boston, 2009, p. 307; Matyasik M., Domagała P., *Międzynarodowe Trybunały Karne...*, *op. cit.,* p. 140-141.

sessioni, fino al 1998, presentò il progetto dello Statuto. Detto Progetto fu oggetto di dibattito alla conferenza diplomatica a Roma che ebbe luogo dal 15 giugno al 17 luglio 1998. Al suo apice, il numero delle rappresentanze internazionali raggiungeva le 160 [16]. Contemporaneamente, si svolsero alcuni incontri informali, cd. i*ntersessional meetings*, di cui il più importante a Zupthen nei Paesi Bassi, dove si riuscì a consolidare il lavoro svolto fino ad allora. Proprio lo *Zupthen draft* dopo alcune revisioni fu il progetto sottoposto al dibattito alla Commissione diplomatica di Roma. Ciò che è rilevante è che molte tra le disposizioni dello *Zupthen draft* furono accompagnate dalle opzioni "in alternativa", qualora non si fosse accettata la formulazione inserita in qualcuna delle norme[17].

La Conferenza Diplomatica a Roma si caratterizzò per un serrato dibattito, a volte non unicamente giuridico, ma influenzato anche dalle pressioni della politica internazionale. Il numero delle rappresentanze garantiva una commistione delle idee provenienti da diversi ordinamenti fondati su diversa cultura giuridica, il che, a sua volta, non poco ha influito sul linguaggio usato nella scrittura delle disposizioni normative. Di conseguenza, il testo dello Statuto è spesso molto vago e poco incisivo in modo da lasciare spazio a molti dubbi interpretativi sulla effettiva portata applicativa di alcune disposizioni.

Gli Stati partecipanti si unirono in vari gruppi di cui quello più consistente era il gruppo *like minded States,* cioè quello degli Stati più propensi alla fondazione della CPI. Il gruppo *like minded* sosteneva la giurisdizione della istituenda ICC sui quattro crimini chiave (*core crimes*) ed era contrario a qualsiasi forma di interazione con l'Assemblea Generale dell'ONU nel futuro esercizio delle sue competenze da

[16]*Ibidem,* p. 141-142.
[17]Schabas W., *An introduction to the Criminal Court,* Cambridge 2001, p. 15.

parte della Corte. Inoltre, la Commissione si divise in *working groups,* ciascuno focalizzato su un singolo settore da codificare nello Statuto. Inoltre, la discussione principale fu guidata dal cd. *Bureau*. Con il passare del tempo, nonostante il tanto lavoro fatto, c'erano ancora tante questioni chiave da risolvere, tra cui anche la stessa ammissibilità della giurisdizione e di conseguenza la norma sul *ne bis in idem*[18].

L'approvazione della versione finale dello Statuto fu addirittura raggiunta quasi allo scadere del tempo previsto per lo svolgimento della Conferenza. All'improvviso, gli Stati Uniti – lo Stato che fu l'iniziatore e l'autore di gran parte delle questioni prospettate in tutta la storia della fondazione della Corte Penale Internazionale – riuscì a creare un clima contrario all'adozione dello Statuto. In pratica, si creò un gruppo composto da Stati Uniti, Israele e Cina, e quindi di Stati di non poca rilevanza a livello internazionale. Le conseguenze dell'azione intrapresa dagli Stati Uniti, nonostante la paura di un insuccesso, non ci furono[19]. La prima ratifica arrivò già il 2 febbraio 1999 da parte del Senegal[20].

Quindi, dopo la sessantesima firma, si attivò finalmente una Corte innovativa e diversa da ciò che era mai stato istituito nella storia del diritto internazionale. Come sostenne l'ICTY in uno dei suoi giudicati: *Depending on the matter at issue, the Rome Statute may be taken to restate, reflect or clarify customary rules or crystallise them, whereas in some areas it creates new law or modifies existing law. At any event, the Rome Statute by and large may be taken as constituting an authoritative expression of the legal views of a great number of States*[21].

---

[18]*Ibidem,* p. 16-17.
[19]*Ibidem*, p. 17-18.
[20]Matyasik M., Domagała P., *Międzynarodowe Trybunały Karne...*, *op. cit.,* p . 142.
[21]La sentenza dell'ICTY nel caso *Prosecutor v. Furundzija* del 10 dicembre 1998, IT-95-17/1-T, p. 227.

1.2. I principi di Norimberga come base delle regole principali di diritto penale internazionale.

La creazione dell'ICC ha, come affermato nella sopracitata sentenza dell'ICTY, influenzato le basi sulle quali è fondato il diritto penale internazionale. Lo Statuto di Roma ha codificato cd. regole generali di diritto penale internazionale le quali comunque sono state poste già nei tempi del processo di Norimberga. Non a caso vengono chiamate "*the Nuremberg principles*"[22].

Il punto di partenza per lo sviluppo dei principi generali di diritto penale internazionale sono, appunto, gli anni 40 e 50. Dalla fine della Seconda Guerra Mondiale innanzitutto è cambiato l'approccio di fronte a ciò che era la *relationship* tra l'individuo e lo Stato e la Comunità internazionale, nonché si è accresciuta la consapevolezza di una interdipendenza tra le nazioni ~~e~~ mentre, a sua volta, la sempre maggiore industrializzazione degli eserciti ha posto nuove esigenze per mantenere la pace e stabilità internazionale. Ciò che quindi deve essere sottolineato è che la responsabilità prevista dalle norme internazionali non può più essere limitata agli Stati: sono gli individui responsabili per la commissione dei crimini *iuris gentium* in quanto il diritto penale internazionale impone la responsabilità per le condotte illecite[23]; e le condotte illecite possono essere poste in essere solo da persone fisiche. Tale concezione scaturisce simbolicamente dalla seguente frase espressa nel giudizio di Norimberga: *Crimes against international law are committed by men, not by*

---

[22]Mantovani F., *The general principle of International Criminal Law: The viewpoint of national criminal lawyer,* Journal of International Criminal Justice, 1 (2003), p. 27.
[23]Broomhall B., *International justice …, op. cit.,* p. 20.

abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced[24].

Lo Statuto di Roma, a differenza degli Statuti precedenti, contiene una più ampia indicazione dei principi generali che costituiscono il fondamento dell'operare della Corte. Grazie alla fondazione dell'ICC, il diritto penale internazionale ha riconfermato ciò che si definisce "*General principles of criminal law recognized by the community of nations"*[25]. È opportuno menzionarne alcuni. In primo luogo, gli articoli 22 e 23 hanno codificato il principio di legalità, *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Benché, potrebbe sembrare scontata l'esistenza di quel fondamento dei diritti penali interni nel mondo moderno, la non-codificazione delle fattispecie criminose fu la critica più grave nei confronti del processo di Norimberga. Ciò che merita attenzione è che il diritto penale internazionale, nonostante abbia codificato la regola *nulla poena sine lege*, non richiede limiti edittali non eccessivamente divaricati[26].

All'articolo 24 si è inserito il principio di non retroattività. Nel caso in cui il diritto applicabile sia modificato prima della sentenza definitiva, alla persona che è oggetto d'inchiesta, di un procedimento giudiziario o di una condanna sarà applicato il diritto più favorevole. Altri articoli dello Statuto prevedono le cause di esclusione di responsabilità, le disposizioni sull'errore di fatto e di diritto. Inoltre, lo Statuto di Roma enuncia alcuni principi processuali quale, all'articolo 61, il principio di presunzione d'innocenza fino a quando la colpevolezza dell'imputato non sia dimostrata dinanzi alla Corte, in conformità con la legge applicabile. Inoltre, nello stesso articolo è affermata la regola secondo la quale, per condannare l'imputato, la Corte deve

[24]*Ibidem,* p. 20 e ss.
[25]Cassese A., *International Criminal Law,* Oxford 2003*,* p. 31.
[26]Werle G., *Diritto dei crimini internazionali,* Bononia University Press, p. 45-46.

accertarne la colpevolezza e quindi la responsabilità al di là di ogni ragionevole dubbio[27].

1.3. Le fonti di diritto.

La seguente analisi deve partire dalla lettura della disposizione sul diritto applicabile, inserita nell'articolo 21 dello Statuto di Roma. La fonte primaria è, chiaramente, lo Statuto stesso, nonché i documenti collaterali quali le *Rules of Evidence and Procedure* e gli *Elements of Crimes.* In secondo luogo (lettera b), ove occorra, si applicano i trattati, nonché i principi e le regole di diritto internazionale, ivi compresi i principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati. In fine (lettera c), in mancanza, i principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine, purché tali principi non siano in contrasto con lo Statuto, con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti[28].

Come indica la prima lettera dell'articolo 21, le Regole di procedura e prova, nonché gli Elementi dei Crimini sono uno strumento di supporto nella relativa interpretazione ed applicazione delle disposizioni dello Statuto e sono vincolanti per

[27]Per un approfondimento si veda: Ambos K., *Remarks on the General Part of International Criminal Law,* Journal of International Criminal Justice, 4 (2006), p. 660-673.

[28]Articolo 21, traduzione non ufficiale. Nella versione inglese la disposizione segue: The Court shall apply:(a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence;(b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict; (c) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards.

l'ICC e per gli Stati parte. Nel caso di conflitto, prevale la norma statutaria[29]. Oltre alla disposizione in oggetto, l'articolo 10 dello Statuto indica che nessuna disposizione del capitolo II può essere interpretata nel senso di limitare o pregiudicare in qualsiasi modo, per effetti diversi da quelli dello Statuto, le norme del diritto internazionale esistenti o in formazione[30].

Particolarmente interessante è la disposizione che permette all'ICC, in mancanza di norme proprie, di ricavare i principi generali di diritto dalla normativa interna, anche da quegli Stati che avrebbero avuto la giurisdizione sul caso. Questa disposizione ha codificato una prassi consolidata presso i giudici delle Corti *ad hoc*[31]. Interessante è la precisa indicazione degli ordinamenti degli Stati che avrebbero avuto la giurisdizione sul crimine. Pare che questa sia dovuta al fatto che i diversi sistemi i cui principi potrebbero applicarsi variano uno dall'altro[32]. Non è chiaro però se la Corte debba applicare per esempio i principi più favorevoli all'autore (cosa che potrebbe intendersi proprio grazie a questa disposizione)[33]. Inoltre, come si vedrà nell'ultimo capitolo di questo lavoro, specie quando si tratta di *ne bis in idem* sostanziale, occorre spesso riferirsi alle regole ricavate dagli ordinamenti interni, in quanto lo Statuto rimane muto riguardo a tali questioni.

---

[29]Werle G., *Diritto dei crimini, op. cit.*, p. 66.

[30]Art. 10 nella versione ufficiale segue: Nothing in this Part shall be interpreted as limiting or prejudicing in any way existing or developing rules of international law for purposes other than this Statute.

[31] Ackerman J.E, O'Sullivan, E, *Practice and Procedure of the International Criminal Court for the Former Yugoslavia with selected materials from the ICTR*, Kluwer Law International, 2000, p. 517.

[32]Raimondo O. F., *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals,* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008, p. 151-152; Schabas W., *An introduction…*, *op. cit.*, p. 72-73.

[33]In questo luogo occore menzionare l'opinione del giudice Antonio Cassese che si espresse nel caso Erdemovic nella maniera seguente: (Judgment (IT-96^21), Appeals Chamber, 7 October 1997, x 4) albeit in a different context, he stated that 'it would be inappropriate mechanically to incorporate into international criminal proceedings ideas, legal constructs, concepts or terms of art which only belong, and are unique to a specific group of national legal systems, say, common-law or civil-law systems. Reliance upon one particular system may be admissible only where indisputably imposed by the very terms on an international norm, or where no autonomous notion can be inferred from the whole context and spirit of international norms'. 19 See Judgment, Musema (ICTR-96-13-T).

La Corte, secondo il comma 2 dell'articolo 21, può applicare i principi di diritto e le norme giuridiche quali risultano dall'interpretazione fornita nelle proprie precedenti decisioni. In più, questa disposizione va arricchita dalla giurisprudenza stessa dell'ICC che, nel caso *Katanga*, ha indicato che: "*Although the decisions of other international courts and tribunals are not part of the directly applicable law under Article 21 of the Statute, the ad hoc tribunals are in a comparable position to the Court in the context of sentencing*[34]". È infatti proprio la giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* a prevalere, come fonte di interpretazione di diritto, in questi primi anni di funzionamento dell'ICC. Dunque, è una disposizione che si accosta al sistema dei precedenti diffuso negli Stati Uniti, dunque al sistema di *common-law.* La Corte quindi può, ma non deve, tenere conto delle precedenti decisioni emanate dagli stessi giudici dell'ICC.

Infine, come verrà specificato in seguito, secondo l'ultimo comma dell'articolo 21 l'applicazione e l'interpretazione del diritto ai sensi del medesimo articolo devono essere compatibili con i diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti. Va comunque sottolineato che il diritto penale internazionale, il diritto internazionale pubblico ed i diritti umani sono complementari uno all'altro e qualsiasi sviluppo in una di quelle tre branche influisce sulle altre due[35].

La dottrina ritiene che lo Statuto di Roma dovrebbe riconoscere anche la consuetudine come una fonte di diritto. Ciò discende dal fatto che il summenzionato articolo 21 sulle fonti di diritto è pressappoco uguale alla formulazione dell'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia. Di conseguenza, anche se non vi è un esplicito riferimento al diritto consuetudinario internazionale, esso

[34]La sentenza dell'ICC nel caso *Prosecutor v. Katanga* del 10 luglio 2012, ICC-01/04-01/06, p. 12.
[35]Kittichaisaree K., *International Criminal Law,* Oxford 2001, p. 56.

rientrerebbe nello *chapeau* dell'articolo 21. Pertanto, come ad esempio ritiene l'onorevole W. Schabas, la nozione ricomprende anche le convenzioni internazionali concernenti i fondamentali diritti dell'uomo, come per esempio la Convenzione Europea di Roma, sviluppatisi di seguito alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani[36].

Ciò che è però importante, per la analisi che seguirà, è che lo Statuto stesso, essendo una fonte convenzionale, è a sua volta sottoposto alle norme sull'interpretazione inserite nella Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 1969. Lo ha ribadito la Corte stessa: *in one of its major rulings, the Appeal Chamber indicated that in the interpretation of the Rome Statute it would be guided by the Vienna Convention, and especially by Articles 31 and 32*[37]. Quest'ultima Convenzione, agli articoli 31 e 32 stabilisce che: il trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo. Inoltre, secondo il § 2, ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, il preambolo e gli allegati ivi compresi[38]. L'articolo 32 stabilisce a sua volta che si può fare ricorso ai mezzi complementari di interpretazione, e in particolare ai lavori preparatori. Ciò può applicarsi ovviamente qualora la disposizione stessa sia poco chiara o letta letteralmente porti ad una conclusione assurda[39].

---

[36] Schabas W., *The introduction...*, *op. cit.,* p. 73-74, Si veda anche: Schlesinger R. B., *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilised Nations,* American Journal of Criminal Law, Vol. 51, No. 4, 1957, p. 734-753.

[37]La decisione dell'ICC in *Situation in Democratic Republic of Congo*, Judgment on the Procesutor's Application of Extraordinary Review of the Pre-Trial Chamber I's 31 march 2006 Decision Denying Leave to Appeal, No. ICC-01/04-168, p. 6

[38]La Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 1969, adottata a Vienna 23 maggio 1969.

[39]Schabas W., *An introduction…*, *op. cit.*, p. 74-75.

2. Crimini internazionali e fori competenti.

La giurisdizione della Corte Penale Internazionale si limita soltanto ad una particolare categoria di crimini, i cosiddetti quattro crimini internazionali, di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimine d'aggressione. La nozione di "crimine internazionale" comprende una categoria delle fattispecie criminose rilevanti per il diritto internazionale, cioè quelle storicamente previste nelle convenzioni internazionali. Tradizionalmente, si tratta di crimini particolarmente gravi, di carattere massivo e che coinvolgono una pluralità di vittime e di agenti e in quanto tali violano gli interessi di tutta la comunità internazionale[40]. Nel preambolo dello Statuto di Roma si riconosce che crimini di tale gravità minacciano la pace, la sicurezza ed il benessere del mondo[41] quale nucleo dei beni giuridici protetti attraverso la previsione dei crimini *iuris gentium.* Le fattispecie criminose possono dividersi nelle seguenti categorie: aggressione (minaccia di aggressione), genocidio, intervento, dominazione coloniale, *apartheid*, violazioni sistematiche di massa dei diritti umani, crimini di guerra, reclutamento, finanziamento e addestramento di mercenari, terrorismo internazionale, traffico illecito di sostanze stupefacenti, danneggiamento volontario dell'ambiente[42]. Il Prof. Bassiouni riconosce ancora la tortura e il trattamento degradante di altre popolazioni, il possesso illecito di armi di massa (nucleari), la sperimentazione illecita sugli esseri umani[43]. I summenzionati crimini internazionali si riconducono, appunto, sotto la

---

[40]Amati E e altri, *Introduzione…, op. cit.*, p. 1.

[41]Il preambolo dello Statuto di Roma che nella versione ufficiale inglese segue: Recognizing that such grave crimes threaten the peace, security and well-being of the world.

[42]De Stefani P., *Profili di diritto penale internazionale nella prospettiva dei diritti umani,* Quaderni, 2000, n. 1, p. 9.

[43]Cfr Bassiouni M.C.*, Introduction to international criminal law, Second revised edition,* Leiden-Boston 2014.

nozione "*treaty crimes"* dato che, a partire dalle "Convenzioni di Ginevra", passando per la Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio del 1948, per finire alle varie convenzioni sul cd. narcotraffico, vengono individuati proprio in base agli accordi internazionali.

Diversa è la situazione dei quattro crimini su cui ha giurisdizione la Corte Penale Internazionale. In genere, i tribunali internazionali, a partire da quelli *ad hoc*, hanno limitato la propria giurisdizione proprio ai cd. "*core crimes*", dunque i quattro crimini che rappresentano il cd. "nucleo" dei crimini di rilevanza internazionale. Al di là delle piccole modifiche nomenclaturali, il riferimento è ai suddetti crimini: genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimine d'aggressione.

I crimini internazionali hanno una struttura assai complessa in quanto non si limitano a sanzionare una singola condotta illecita, bensì individuano, come requisito del tipo criminoso, una pluralità di condotte che devono realizzarsi in un particolare contesto, descritto nell'ipotesi di reato [44]. Il problema che scaturisce da tale regolamentazione, è una possibile sovrapposizione di elementi dei crimini di competenza della Corte che può, di conseguenza, dar luogo ad una moltiplicazione di qualificazioni giuridiche di una medesima condotta.

La natura di crimini internazionali, quindi lesivi degli interessi di tutta la comunità internazionale, pone in dubbio a chi appartiene lo *ius puniendi*. Quest'ultimo, storicamente è il potere del sovrano, che in questo caso non è più un singolo Stato, bensì tutta la comunità internazionale. Storicamente, nella dottrina internazionalistica si distinguevano tre criteri di radicamento della giurisdizione quali il *locus comissi delicti,* la nazionalità passiva e la nazionalità attiva. Dunque, il primo

[44]Amati E., *Introduzione …*, p. 2.

criterio è quello che fa riferimento al luogo dove è stato commesso il crimine. Come sottolineato dalla Corte di Giustizia Internazionale nel caso *Lotus* del 1927 "in tutti gli ordinamenti giuridici il principio di territorialità è fondamentale per il diritto penale"[45]. Già nell'ottocento Beccaria scriveva che "*il luogo della pena è il luogo del delitto, perché ivi solamente e non altrove gli uomini sono sforzati di offendere un privato per prevenire l'offesa pubblica*"[46]. Si sottolinea però, quale argomento contro l'applicazione di questo principio, come spesso, nel caso di commissione dei crimini internazionali, le autorità dello Stato siano in qualche modo complici nella commissione del reato. Altro problema, molto attuale ad esempio nel caso del conflitto israelo-palestinese, , è la definizione precisa del territorio, cosa si ricomprende precisamente nel concetto di territorio di uno Stato e come si deve risolvere questione del delitto commesso in uno Stato ma che produce effetti nel territorio di altro Stato[47].

Il secondo e terzo criterio si basano invece sulla nazionalità dell'autore a seconda se il crimine è stato commesso fuori dal territorio dello Stato (nazionalità attiva) o nei confronti di un individuo appartenente allo Stato (nazionalità passiva) che avrebbe la giurisdizione sul crimine.

2.1. Principio di universalità.

Un po' per le mancanze nei suddetti principi, un po' per la tendenza ad

[45]Cassese A., *International Criminal…*, *op. cit.*, p. 277.
[46]Beccaria C., *Dei delitti…, op. cit.,* p. 87-88.
[47]Cassese A., *International Criminal…*, *op. cit.,* p. 279.

attribuire alla società internazionale la possibilità di giudicare certi crimini, in dottrina si è elaborato il cd. principio di universalità. Secondo quest'ultimo, la comunità internazionale sarebbe legittimata a perseguire e punire i crimini internazionali, indipendentemente dal *locus comissi delitti* o dalla persona contro cui è stato commesso il crimine[48]. Sebbene il concetto fosse ancora in fase di evoluzione, già ai tempi di Beccaria quest'autore notò che "*alcuni credono parimente che un'azione crudele fatta, per esempio a Constantinopoli, possa essere punita a Parigi, per l'astratta ragione che chi offende l'umanità merita di avere tutta l'umanità inimica e l'esecrazione universale*"[49]. Ebbene, nonostante questa fosse una critica, è notevole che già all'epoca si parlava di una possibile giurisdizione ultrastatuale. L'esempio cruciale dell'applicazione del principio di universalità fu il caso di *Augusto Pinochet*[50]. Il 25 novembre 1998 la Camera dei Lord in Inghilterra, con una maggioranza di tre a due, ha rifiutato di proseguire con l'estradizione verso la Spagna, ritenendo il non godimento dell'immunità in quanto, secondo i giudici, "l'immunità spetta solo ai capi di Stato per atti ufficiali compiuti nell'esercizio delle loro funzioni", e dunque gli atti di tortura, sequestri di persone, omicidi e genocidi non possano rientrare nell'esercizio delle funzioni statali. A prescindere dal discorso sull'applicabilità temporale delle norme convenzionali sulla tortura, la Corte inglese, pronunciandosi sul caso di *Pinochet* in merito ai fatti commessi in Cile, ha affermato l'esistenza di una giurisdizione universale per i crimini di tortura, qual è giustificata dalla lesione dell'interesse della comunità internazionale e l'attacco all'ordine legale internazionale. Ciò che va ricavato dalla decisione dei giudici della Camera dei Lord

[48]Si veda: Perkins R. M., *The Territorial Principle in Criminal Law,* The Hastings Law Journal, Vol. 27, 1970-1971, p. 1156; Werle G., *Diritto*…, *op. cit.,* p. 78-79.
[49]Beccaria C., *Dei delitti*…, *op. cit.,* p. 87-88.
[50]Montgomery C., *Criminal responsibility in the UK for International Crimes Beyond Pinochet* [in:] Lattimer M., Sands P., *Justice for Crimes Against Humanity,* Hart Publishing 2006, p. 272 e ss.

è che la giurisdizione universale sarebbe ammissibile per tutti i crimini di *ius cogens* che creano un vincolo tra le diverse nazioni *(the offenders are common enemies of mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and prosecution*)[51]. Così, dalla metà degli anni 90 in Belgio, dopo la ratifica di alcune convenzioni internazionali, si sono svolti vari processi *in absentia* contro capi di Stato come *Filed Castro* o *Ariel Scharon*[52].

2.2. Il problema della molteplicità dei fori competenti. Il conflitto di giurisdizione.

La specificità dei crimini internazionali comporta il problema di risolvere: la questione del conflitto di giurisdizioni. Tenendo conto di ciò che è stato detto prima, sulla giurisdizione universale ed i criteri di affermazione della giurisdizione in diritto internazionale, prima di passare ad esaminare la relativa norma dello Statuto di Roma, occorre considerare la regola *aut dedere aut iudicare*.

2.2.1. Aut dedere aut iudicare.

La frase latina risale ai tempi di *Hugo Grotius*, detto anche il padre del diritto internazionale, secondo cui l'interesse comune di tutti gli Stati era la soppressione della criminalità, con conseguente obbligo degli Stati di collaborare nel raggiungimento di quel fine. Il significato di essa sarebbe *"either extradite or*

[51]Pasculli M. A., *Studio sulla giurisdizione universale, Seconda edizione*, Cedam 2013, p. 154-156.
[52]Baker R., *Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates, European Journal of International Law,* Vol. 21, 2010, p. 199; De la Cuesta J., *Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle "Ne bis in idem"*, International Review of Penal Law (Vol. 73), p. 727; si veda anche Weill S., *The Targeted Killing of Salah Shehadeh From Gaza to Madrid*, Journal of International Criminal Justice 7 (2009), p. 617-631.

prosecute"[53]. In altre parole, "gli Stati, che hanno in custodia un individuo, sono obbligati o a estradare il soggetto in questione nel paese titolare della giurisdizione del caso, oppure a promuovere il processo relativo *in loco*[54]. Attualmente, l'obbligo di estradare o perseguire è un'obbligazione imposta agli Stati tramite varie convenzioni multilaterali[55].

La domanda è, se nell'epoca in cui vige il principio di universalità della giurisdizione sui crimini internazionali, gli Stati debbano per forza giudicare ogni soggetto a cui si attribuisce una presunta commissione del crimine internazionale. La risposta che si deve dare è che la giurisdizione universale, a differenza della clausola *aut dedere aut iudicare*, si applica, appunto, quando non vi sia alcun nesso tra il soggetto sospetto autore del crimine e lo Stato in cui esso si trova. Invece, alla stregua della regola *aud dedere aut iudicare*, lo Stato in cui si trova il presunto autore del crimine internazionale, nel caso non volesse giudicarlo, deve estradarlo verso un altro Stato che ha interesse a giudicarlo (ovvero che abbia col caso un nesso più stretto). In questo modo, gli Stati che fanno parte della *Civitas Maxima* adempiono al loro obbligo morale e legale alla persecuzione dei crimini *iuris gentium*[56]. Ciò però porta ad una evidente sovrapposizione tra i due concetti. La risoluzione di un possibile conflitto, fu proposta tra l'altro nella Convenzione sulla prevenzione della tortura. Da un lato, la Convenzione del 1984 prevede la giurisdizione universale sui crimini di tortura, in quanto questi rappresentano crimini *iuris gentium*; dall'altro, prevede che, nel caso in cui il soggetto sospetto si trova sul territorio dello Stato, esso è obbligato

---

[53] Polit-Langierowicz, K., *Wzajemne uznawanie orzeczeń karnych między państwami Unii Europejskiej,* Prokuratura i Prawo, vol. 3, 2008, p. 83

[54]Pasculli M. A., *Studio sulla…*, *op. cit.,* p. 122.

[55]The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare) Final Report of the International Law Commission 2014. Disponibile a: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf.

[56]Bassiouni M.C., *The "Indirect Enforcement System": Modalities of International Cooperation in Penal Matters*, Nouvelles études pénales, 19, 2004, p. 412-415.

a prendere le misure adeguate a giudicarlo oppure estradarlo nello Stato rispetto al quale sussista uno dei classici criteri di affermazione della giurisdizione[57].

Tutto ciò si complica ulteriormente a seguito della fondazione della Corte Penale Internazionale. Dunque, gli Stati ora hanno non solo la possibilità di estradare un individuo in un altro Stato che ha l'interesse nel perseguirlo, ma anche all'ICC che potrebbe essere competente nel giudicare il caso di specie. Tale opzione è stata inserita all'articolo 11 della Convenzione Internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata del 2006[58]. In questo quadro normativo, la fondazione dell'ICC ha introdotto un modo di risoluzione del problema parzialmente contrario alla clausola *aut dedere aut iudicare*.

2.2.2. *Il principio di complementarietà nella CPI.*

La fondazione della Corte Penale Internazionale, come ente sovranazionale per la persecuzione di crimini *iuris gentium*, ha minato la, di per sé non tanto solida, base di accertamento della giurisdizione sui crimini internazionali.

Sin dall'inizio dei lavori preparatori della commissione codificatrice riunitasi a Roma nel 1998, i criteri di ammissibilità (nonché quello sul *ne bis in idem*), si sono rivelati il cd. "pomo della discordia". Molti dei rappresentanti di Paesi partecipanti si sono mostrati riluttanti all'idea di fondare un tribunale che, in linea di principio, potrebbe incidere sulla giurisdizione degli organi statali nel condurre un processo riguardante fatti commessi nel territorio di ciascuno degli Stati o nei confronti di loro

[57]Pasculli M.A., *Studio sulla giurisdizione*…, *op. cit.,* p. 125.
[58]Il testo tradotto in italiano disponibile in: http://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Convenzione-internazionale-per-la-protezione-di-tutte-le-persone-dalla-sparizione-forzata-2006/191.

cittadini. Dall'altro lato, alcuni rappresentanti degli Stati più propensi all'idea del Tribunale sovrastatale facevano pressione per il riconoscimento di un ruolo più rilevante dell'ICC[59]. Sia i primi che i secondi si sono comunque rivelati "*determinati a porre termine all'impunità degli autori di tali crimini contribuendo in tal modo alla prevenzione di nuovi crimini*" (come si legge nel preambolo dello Statuto)[60]. Di conseguenza, gli Stati, ricchi di esperienze raccolte durante il funzionamento delle Corti *ad hoc*, hanno deciso di non attribuire all'ICC la giurisdizione assoluta, primaria – come viceversa era avvenuto nei casi dell'ICTY e l'ICTR – consentendole di intervenire solo in alcune circostanze legate al mancato esercizio della giurisdizione da parte dello Stato nazionale competente sul caso[61]. Tutto ciò, ha fatto emergere l'idea di una via intermedia, *ergo* un tribunale che co-implementerebbe la giurisdizione di uno Stato parte nel momento in cui gli organi giudiziari di questo dovessero mostrarsi *unable* (incapaci) o *unwilling* (privi di volontà) per procedere nei confronti del reo. Tale soluzione ha fortemente influenzato, come si vedrà in seguito, la formulazione dell'articolo 20 dello Statuto di Roma concernente il principio del *ne bis in idem*[62].

Come sostenuto da Antonio Cassese, dal punto di vista pratico, la Corte deve

---

[59]Holmes J. T. , *The Principle of Complementarity*, [in:] R. S. Lee (ed.), *The ICC The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International 1999, p. 41-43.

[60]Interessante l'osservazione di Fletcher che attribuisce alla communità internazionale una mentalità retributista, come reminiscenza della filosofia Kantiana (The retributivist mentality underlying the ICC Statute is reminiscent of Immanuel Kant's famous hypothetical of an island society disbanding and puzzled about what it should do with its jailed murderers awaiting execution. Kant insists that they must all be punished so that no blood guilt remains on the community. Similarly, one has the sense in reading the ICC Statute that tolerating the impunity of mass offenders leaves a stain like blood guilt on the conscience of the world: [in:] Fletcher G. P., *Parochial versus Universal Criminal Law,* Journal of International Justice, 3 (2005), 25.

[61]J. Kleffner, l'autore, nel suo lavoro sul principio di complementarietà, scrisse che complementiarietà "assumed a vital role in making the Statute widely acceptable for the States", [in:] *Complementarity in the Rome Statute and National Jurisdictions,* Oxford 2008, p. 96; si veda anche Volker R., *The Procedure of the ICC: Status and Function of the Prosecutor,* Max Planck Yearbook of United Nationas Law, Volume 7, 2003, p. 525.

[62]Ambos K., *The International Court and the Traditional Principles of International Cooperation in Criminal Matters,* The Finnish Yearbook of International Law, Vol. IX, 1998, p. 419-420.

assumere un ruolo *complementare* rispetto alle giurisdizioni statali, proprio perché non dispone di risorse e tempo per poter giudicare tutti crimini di sua competenza[63]. Dal punto di vista teleologico, la complementarietà assume anche il ruolo di garantire che gli autori dei crimini internazionali non vadano impuniti, poiché la Corte interviene solo qualora lo Stato nazionale non eserciti la sua giurisdizione sul fatto illecito[64]. La complementarietà ha anche l'effetto di incentivare gli Stati a migliorare i loro ordinamenti penali in modo da "*put an end to impunity*"[65]. La complementarietà ha influito molto anche sulla formulazione della norma sul *ne bis in idem,* in quanto, come si vedrà, entrambi i principi sono strettamente correlati e la formulazione di quest'ultimo deve molto al dibattito svoltosi al fine di formulare il primo.

La giurisdizione della Corte si estende ai cittadini di ciascuno Stato aderente allo Statuto di Roma e a chi abbia commesso uno dei quattro *core crimes* sul territorio di uno Stato aderente allo Statuto, anche se egli stesso non appartiene allo Stato parte dello Statuto (art. 12). Inoltre, la giurisdizione può essere deferita alla Corte tramite il Consiglio di Sicurezza dell'ONU anche riguardo ai casi non rientranti nella norma dell'articolo 12[66].

In base all'articolo 17, che stabilisce il principio di complementarietà, la Corte può dichiarare improcedibile il caso se:

a) sullo stesso sono in corso di svolgimento indagini o provvedimenti penali condotti da uno Stato che ha su di esso giurisdizione, a meno che tale Stato

---

[63]Cassese A., *International Criminal…*, *op. cit.,* p. 351.

[64]Campanella S., *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale,* [in:] Cassese A., Chiavario M., De Francesco G., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale,* Giappichelli Editore, Torino, 2005, p. 263.

[65]Benvenuti P., *Complementarity of the ICC*, [in:] M. Ellis, R. Goldstone (ed.), *The International Criminal Court: challenges to achieving justice and accountability in the 21st Century*, Idebate Press 2008, p. 63-64.

[66]Pasculli M..A., *Studio sulla giurisdizione…*, *op. cit.,* p. 173.

non intenda iniziare le indagini ovvero non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento;

b) lo stesso è stato oggetto di indagini condotte da uno Stato che ha su di esso giurisdizione e tale Stato ha deciso di non procedere nei confronti della persona interessata, a meno che la decisione non costituisca il risultato del rifiuto o dell'incapacità dello Stato di procedere correttamente;

c) la persona interessata è già stata giudicata per la condotta oggetto della denunzia e non può essere giudicata dalla Corte a norma dell'articolo 20, paragrafo 3 (*ne bis in idem*);

d) il fatto non è di gravità sufficiente da giustificare ulteriori azioni da parte della Corte[67].

Senza addentrarsi troppo nell'analisi della norma sulla complementarietà, occorre indicare alcuni spunti interessanti. Dunque, in base all'articolo 17 la Corte può, *a contrario,* ritenere il caso ammissibile qualora venga soddisfatto un duplice requisito. In primo luogo, deve esaminare se il caso segnalato al Procuratore sia già oggetto dell'indagine statale e, qualora la riposta sia negativa, se il caso raggiunge la soglia della gravità di casi che possono essere esaminati dalla Corte[68]. Per poter rispondere al primo quesito, occorre verificare se le indagini in corso coinvolgono gli stessi soggetti e la stessa condotta dell'agente. Dunque, se non si tratti dell'ipotetico *bis in idem* inteso come litispendenza[69]. Una volta esaminati i presupposti del possibile *ne bis in idem*, la Corte deve valutare se lo Stato nazionale

[67] Traduzione non ufficiale dell'articolo 17 dello Statuto di Roma.

[68] La decisione dell'ICC nel caso *Prosecutor v. Lubanga* del 24 febbraio 2006, ICC 01/04-01/06, p. 29, Decision concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo.

[69] Klamberg M., *ICL Datebase and Commentary, §150*, available at: http://www.iclklamberg.com/Statute.htm#_ftn301.

sia *willing and able to genuinly conduct the trial*[70]. Sotto questa peculiare terminologia si ricomprende una sorta di elemento soggettivo dello Stato, nel senso che la valutazione concerne l'intenzione e/o capacità dello Stato a proseguire con le indagini o il processo. Entrambi i termini, in quanto vaghi, sono stati accompagnati dalla definizione legale all'articolo 17 (2) e (3) comma. Entrambi i termini, furono oggetto di un lungo e animato dibattito che ha inoltre coinvolto anche la discussione sull'elemento specializzante quale la parola *genuinely* che li accompagna. Ciò che rileva è che la stessa terminologia è stata ripetuta nell'articolo 20 dello Statuto di Roma, che introduce la norma sul *ne bis in idem*[71]. Pertanto, un ulteriore approfondimento sulla giurisprudenza rilevante verrà fatto nel capitolo III.

In questa sede, bisogna accennare che il secondo dei criteri di ammissibilità del caso comporta una valutazione qualitativa sulla gravità del fatto. La giurisprudenza dell'ICC ha ritenuto che, sulla base del principio di complementarietà, la giurisdizione della Corte è ammissibile solo ai casi che coinvolgono "*the most senior leaders suspected for being most responsible for the serious crimes allegedly commited"*[72].

Occorre ora considerare le quattro fattispecie criminose codificate nello Statuto di Roma dell'ICC sulle quali la giurisdizione spetta (non solo) alla Corte.

---

[70] Ambos K., *The Legal Framework of Transitional Justice,* Study prepared for the International Conference 'Building a Future on Peace and Justice', Nuremberg, 25 - 27 June 2007, p. 56 e ss.

[71] Baranowski J., *Re-examining the relationship between ne bis in idem and complementarity under the statue of the International Criminal Court*, Review of Comparative Law, Vol. XIX, 2014, p. 20.

[72] La situazione nella Repubblica della Costa d'Avorio nel caso *Prosecutor v. Charles Ble* Goude, Defence application pursuant to Articles 19(4) and (17)(1)(d) of the Rome Statute del 20 ottobre 2014 ICC-02/11-02/11 1/19, p. 17.

2.3. il genocidio.

Il genocidio è definito anche *the crime of crimes*[73]. Il termine genocidio è attribuito al giurista di origini polacche Raphael Lemkin, che lo introdusse nella sua pubblicazione *Axis Rule in Occupied Europe*[74]. Winston Churchill invece, qualche anno prima, chiamò il genocidio il crimine senza nome[75]. Un esempio più significativo della commissione di genocidio è rappresentato dallo sterminio degli ebrei durante la seconda guerra mondiale[76]. E difatti la prima codificazione del crimine di genocidio ebbe luogo poco dopo, il 9 dicembre 1948 nella Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio (in vigore dal 12 gennaio 1951). La convenzione tipicizzava le condotte rientranti nel termine genocidio, nonché le forme di partecipazione e le diverse fasi di commissione. Dunque, la Convenzione menzionava il tentativo, l'incitamento a commettere il genocidio, la complicità. In più, la Convenzione ha sancito quello che può definirsi "principio di Norimberga", cioè la responsabilità non solo di chi ha materialmente commesso il crimine, bensì anche di chi ne ha ordinato la commissione[77].

Il genocidio può essere commesso da chiunque, sia in tempo di guerra (guerra di natura internazionale o civile) che in tempo di pace. L'elemento soggettivo deve rappresentarsi come intenzione di uccisione degli appartenenti ad un gruppo, in tutto o in parte. Il soggetto passivo è rappresentato da un gruppo, quale potrebbe essere un gruppo etnico, religioso, razziale ecc. L'archetipo del genocidio consisteva

---

[73] *Cfr* la Sentenza dell'ICTR de 27 gennaio 2000, *Prosecutor v. Alfred Musema,* ICTR-96-13-A, p. 981, così anche nella dottrina internazionalistica, ad esempio W. Schabas.
[74] Marek A., *Prawo Karne,* Ch. Beck, Wyd. 9, 2009, p. 404.
[75] Schabas W., *Genocide in international law, the crimes of crime*s, Cambridge 2000, p. 14.
[76] Per un approfodimento sui casi di genocidio commessi dopo la Seconda Guerra Mondiale: Ball H., *Prosecuting War Crimes and Genocide,* Kansas, 1999, p. 218.
[77] Amati E., *Introduzione…*, *op. cit.,* p. 380-381.

nell'uccisione (o altra forma di eliminazione) di più rappresentanti del gruppo protetto. Le singole vittime spesso erano sconosciute all'autore ed andavano eliminate proprio per il fatto di fare parte del gruppo[78]. Oggi, si discute se, in base alla struttura del dolo specifico, l'uccisione di un solo membro possa integrare la fattispecie di genocidio[79]. Dunque, la fattispecie di genocidio, attraverso la commissione di una o più delle singole azioni che *di per sé* sarebbero punibili, protegge da un lato l'esistenza fisica e sociale di un gruppo, dall'altro la dignità umana delle singole vittime[80].

2.4. i crimini contro l'umanità.

Il secondo crimine, in ordine sistematico, elenca una serie di singole condotte criminose, che devono essere commesse in un contesto di massa contro la popolazione civile. A differenza del genocidio, i crimini contro l'umanità, devono rivolgersi contro una popolazione civile, tuttavia non particolarmente protetta, e non richiedono il dolo specifico di distruggere quel gruppo in tutto o in parte. Nonostante ciò, prima dell'adozione del termine genocidio, durante il processo di Norimberga l'olocausto nazista fu qualificato proprio come un crimine contro l'umanità[81]. I crimini contro l'umanità, a differenza degli altri crimini di competenza della Corte, si sono evoluti sostanzialmente in diritto consuetudinario pur non essendo mai previsti in convenzioni. Da ciò scaturisce che nelle codificazioni degli Statuti *ad hoc* e in quelle dei Tribunali specializzati, sussistono alcune diversità nella descrizione

[78]Brown B.S, *Research handbooks on international criminal law,* Edward Elgar 2011, p. 38-39.
[79]*Cfr* Schabas W., *Genocide*…, *op. cit.*, p. 158.
[80]Werle G., *Diritto*…, *op. cit.,* p. 264.
[81]*Ibidem,* p. 304.

dell'ipotesi di "crimine contro l'umanità"[82]. In una delle cruciali sentenze per lo sviluppo della giurisprudenza penale internazionale, quella del caso *Tadic,* l'ICTY ha sottolineato che i crimini contro l'umanità sono della natura più seria, e concretano un disvalore maggiore rispetto ai crimini di guerra. La Corte ha sottolineato, inoltre, che i crimini contro l'umanità devono essere commessi come parte di un attacco sistematico e esteso contro una popolazione civile[83]. Il paragone con i crimini di guerra non è del tutto infondato, in quanto, prima del processo di Norimberga, i crimini contro l'umanità erano in genere considerati unicamente come una forma speciale di un crimine commesso durante il conflitto armato[84]. Comunque, come ha sottolineato l'ICTY, la condotta di crimine contro l'umanità deve essere commessa nel contesto di un attacco esteso e sistematico contro una popolazione civile. Quest'ultimo va inteso come elemento di una "politica", che si differenzia da una condotta spontanea. Ebbene, la commissione di crimini contro l'umanità non prevede una particolare forma dell'elemento soggettivo: l'articolo 30 dello Statuto di Roma, prevede che l'autore deve essere "consapevole" di agire in tale contesto. Ciò significa che l'autore deve essere cosciente dell'esistenza di una determinata circostanza o che una conseguenza avverrà nel corso normale degli eventi[85].

I crimini contro l'umanità tutelano quindi l'umanità di per sé, creando così uno *standard* minimo di coesistenza tra gli uomini. La singola condotta criminosa minaccia dunque la pace, la sicurezza e il benessere dell'umanità. Inoltre, la fattispecie tutela anche l'interesse individuale quale quello della vita, dell'incolumità,

---

[82]Brown B.S., *Research handbooks…*, *op. cit.*, p. 62.
[83]La sentenza dell'ICTY nel caso *Prosecutor v. Tadic* del 11 novembre 1999, IT-94-1-Tbis-R117, p. 28.
[84]Szpak A., *Zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkosci w orzecznictwie miedzynarodowych trybunalow karnych ad hoc (kryteria roznicowania),* Panstwo i Prawo, 1/2012, p. 81.
[85]Amati E., *Introduzione …*, *op. cit.,* p. 419.

libertà e dignità umana di ciascuna persona fisica[86]. Come nel caso precedente, le singole condotte elencate dall'ICC come le singole ipotesi di crimini contro l'umanità spesso si sovrappongono con le altre, specie quelle del genocidio e dei crimini di guerra.

2.5. i crimini di guerra.

La terza tipologia di delitti rientranti nel nucleo dei crimini internazionali è rappresentata dai crimini di guerra. Storicamente si tratta di una nozione legata molto al cosiddetto *ius in bello*, ovvero le regole che vigono in caso di un conflitto armato e che regolano i limiti di violenza nei confronti del nemico e del vinto (civile)[87]. Il diritto di guerra era per molto tempo basato sulle norme consuetudinarie, fino alle prime codificazioni a livello delle convenzioni, quelle dell'Aia e di Ginevra della prima metà del ventesimo secolo[88]. Oggi, innanzitutto occorre notare che il crimine di guerra non può essere inteso come tale solo se commesso nell'ambito di un conflitto internazionale, bensì la sua portata si applica anche alle cd. guerre civili[89]. Comunque, è previsto che si tratti di crimini di guerra "*in particolare quando commessi come parte di un piano o di un disegno politico, o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala*[90]".

---

[86]Werle G., *Diritto*…, *op. cit.*, p. 309-310.

[87] Si veda ad esempio Kelsen H., *Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals*, Cal. Law Review, 530 (1943), p. 547; Jochnick C. A., Normand R., *The legitimation of violence: A critical history of the laws of war*, Harvard International Law Journal, Vol. 35, No. 1, 1994.

[88]Wiliński P., Izydorczyk J., Międzynarodowy Trybunał Karny, Zakamycze 2004, p. 56.

[89]Werle G., *Diritto*…, *op. cit.*, p. 372.

[90]Art. 8 (1) dello Statuto di Roma che nella versione ufficiale in inglese segue: The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.

Va notato che la norma indica che le condotte debbano essere commesse *in particolare* nel suddetto contesto. Pertanto si può ipotizzare che le condotte poste in essere poco prima o dopo il conflitto armato potrebbero costituire crimine di guerra. Come ha stabilito più volte la giurisprudenza, per aversi il nesso causale tra la condotta e il conflitto armato o il piano politico richiesto nella suddetta norma, non è necessario che il comportamento si verifichi durante il conflitto armato o che sia approvato dal piano politico. L'accertamento, come indicato nella sentenza *Tadic*, va condotto in base al fatto concreto, valorizzando la correlazione fra le condotte e il conflitto nella sua totalità (*closely related to the conflict as a whole*)[91]. Quindi, a seconda delle circostanze, potrebbe escludersi il caso in cui, anche se la condotta sia stata commessa durante il conflitto armato, l'autore abbia agito per motivi personali.

Quanto all'elemento soggettivo, analogamente si applica l'articolo 30 che stabilisce, oltre al dolo (ad esempio *wilfull killing* che potrebbe rappresentarsi anche in forma di dolo eventuale), che l'autore deve essere consapevole dell'elemento contestuale[92]. Le condotte singole elencate nell'articolo 8 si riferiscono alle gravi infrazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949, nonché alle altre violazioni di leggi e delle consuetudini di guerra. Inoltre vengono elencate le condotte analoghe al primo caso, però commesse nell'ambito di un confitto interno, o altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale[93].

L'ultimo comma dell'articolo 8 dello Statuto di Roma prevede una clausola secondo la quale le azioni, intraprese dal Governo al fine di mantenere o ristabilire

---

[91]La sentenza dell'ICTY nel caso *Prosecutor v. Tadic* del 7 maggio 1997, IT-91-1-T, p. 573.

[92] Dörman K., *War Crimes under the Rome Statute, with a special focus on negiotiation of the Elements of Crimes,* Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 7, 2003, p. 354; Amati E., *Introduzione…*, *op. cit.*, p. 456.

[93]Articolo 8 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale.

l'ordine pubblico, ovvero difendere l'integrità territoriale dello Stato, non integrano la fattispecie del crimine di guerra. Tale clausola riguarda i mezzi legittimi per lo Stato, nell'agire al suddetto fine[94].

I crimini di guerra, visto l'elenco delle condotte singole che rientrano nell'ipotesi del reato, spesso si sovrappongono con quelle relative ai crimini contro l'umanità. Una parte della dottrina e giurisprudenza ha tentato di inserirli "al terzo posto" nella gerarchia dei quattro crimini previsti nello Statuto di Roma, in modo da potersi applicare una delle clausole interpretative nel caso di concorso apparente di norme. Tale questione comunque verrà analizzata nell'ultima parte di questo lavoro.

2.6. il crimine di aggressione.

L'ultimo, dal punto di vista sistematico, e più controverso dei quattro crimini di competenza dell'ICC, è il crimine di aggressione. L'aggressione è *di per sé* un po' diversa dai crimini precedentemente descritti, in quanto è molto più correlata con l'azione dello Stato, e quindi influisce molto di più sulla sua sovranità. Proprio per questo, durante la Conferenza Diplomatica di Roma non si riuscì ad ottenere l'accordo sulla definizione dell'ipotesi di reato di aggressione e la questione fu rimandata al futuro[95]. Ciò significa allora che il Tribunale di Norimberga ha condannato i gerarchi nazisti per la commissione del crimine di aggressione pur non disponendo di una chiara – e soprattutto preventiva – definizione dello stesso[96].

L'elaborazione della definizione del crimine di aggressione, come fu deciso, doveva

---

[94]Amati E., *Introduzione…*, *op. cit.*, p. 463.
[95]Werle G., *Diritto …*, *op. cit.*, p. 519-520.
[96]Grzebyk P., *Definicja Zbrodni Agresji (po konferencji przeglądowej MTK),* Państwo i Prawo, 1/2011, p. 45-46.

tener conto delle corrispondenti disposizioni della Carta dell'ONU. Alla fine, il 10 giugno 2010, a Kampala in Uganda, si tenne la conferenza dove si decise sulla definizione di detto crimine. E così l'aggressione consiste nell'uso delle forze armate dello Stato che infrange la sovranità, l'integrità del territorio, nonché l'indipendenza politica di un altro Stato oppure contrasta con la Carta delle Nazioni Unite. Inoltre, il crimine di aggressione "*means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations*[97]. Si stabilì altresì che l'applicazione temporale del crimine di aggressione sarebbe potuta avvenire solo dopo un anno dalla ratifica dell'emendamento ad opera di almeno 30 Stati parte dello Statuto. In più, gli Stati ottennero la possibilità di richiedere la riserva di non applicazione del crimine per un altro tempo. L'emendamento ha comunque precisato, che l'entrata in vigore non può avvenire prima del 1 gennaio 2017, previa decisione dell'Assemblea degli Stati Parte sostenuta da almeno due terzi.[98]. La decisione più importante era quella di adottare il crimine di aggressione come cd. *leadership crime*, dunque quello che può essere commesso dai singoli che effettivamente decidono o almeno influiscono sulle decisioni di politica militare, cioè *by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State*. La formulazione adottata dai rappresentanti degli Stati non è però del tutto chiara e potrebbe non bastare per superare le divergenze interpretative che si sono riscontrate nel passato in merito alla portata applicativa del crimine di aggressione[99].

---

[97] Resolution RC/Res.6, adopted at the 13th plenary meeting, on June 11 2010 by consensus. Disponibile a: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf.
[98] Grzebyk P., *Definicja Zbrodni…, op. cit.*, p. 47.
[99] *Cfr* Politi M.. *The ICC and the Crime of Aggression a dream that came through and the reality ahead*,

La responsabilità dell'individuo per il crimine di aggressione può dunque sussistere solo se l'aggressione si può attribuire prima allo Stato, come azione intrapresa dallo Stato contraria alle norme di diritto internazionale. La condotta del singolo deve quindi far parte dell'aggressione dello Stato, quindi di un nucleo di condotte correlate tra di loro. Nella definizione del crimine di aggressione si è omesso il riferimento all'elemento soggettivo, il che di conseguenza coinvolge l'applicazione diretta dell'articolo 30 dello Statuto[100]. Giustamente, l'autore del fatto non deve essere consapevole delle norme della Carta dell'ONU (elemento dell'ipotesi di reato) che vanno violate nel caso di specie, bensì dei fatti, che oggettivamente non permettono l'aggressione dello Stato ad un altro Stato[101].

Dunque, il crimine di aggressione è leggermente diverso rispetto ai tre crimini precedenti, perciò di conseguenza non rientra, almeno a prima vista, nel discorso relativo al problema del concorso di reati con il genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. Indubbiamente, la formulazione del crimine di aggressione è solo a metà strada. Da apprezzare è il fatto di aver raggiunto un primo accordo. Solo nel futuro si potrà valutare se e quanto la norma deve essere ancora precisata.

Journal of International Criminal Justice, 10, 2012, p. 285.

[100]Werle G., Jessberger F., *'Unless otherwise provided', Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crime under International Criminal Law,* Journal of International Criminal Justice, 3, 2005, p. 37.

[101]Grzebyk P., *Zbrodnia agresji…, op. cit.*, p. 55 e ss.

CAPITOLO II
I fondamenti del *ne bis in idem*

Sommario: 1. I fondamenti del *ne bis in idem.* 2. Il significato della nozione. *Segue.* Lo sviluppo storico della regola del *ne bis in idem. Segue.* L'approccio nel sistema continentale e il riconoscimento dell'effetto di res iudicata nei rapporti reciproci. *Segue.* L'approccio garantista nel sistema di common law. *Segue.* Dual sovereignty. 3. Il *ne bis in idem* internazionale ed il suo mancato riconoscimento. *Segue.* Il *ne bis in idem* nei documenti internazionali. *Segue.* Il *ne bis in idem* come uno dei diritti umani. *Segue.* Il *ne bis in idem* nell'Unione Europea e nella Zona Schengen.

1. Il significato della nozione.

Il principio del *ne bis in idem* sancisce il divieto di intervenire due volte nei confronti della stessa persona per gli stessi fatti. *Ne bis in idem* significa letteralmente non due volte lo stesso, *not again about the same*[102]. Esso, come principio fondamentale di diritto penale sostanziale e processuale, rappresenta una barriera per le autorità statali, impedendo loro di abusare dei loro poteri punitivi esercitandoli nei confronti dello stesso individuo più volte per lo stesso fatto illecito. Pertanto il termine "*idem*" riflette diversi significati, quali il divieto di attribuire due volte una qualificazione penale per la stessa condotta dell'agente, il divieto di processare due volte lo stesso accusato per gli stessi fatti, ed infine il divieto di punire lo stesso condannato per le stesse condotte. Il *ne bis in idem* assume anche un ruolo importante nell'ammettere o meno l'esercizio dell'attività giurisdizionale degli Stati nei reciproci rapporti. Sono queste le maggiori accezioni che si nascondono dietro la locuzione latina *ne bis in idem*.

[102]Surlan T., *Ne bis in Idem in Conjunction with the Principle of Complementarity in the Rome Statute*, "Nauka, bezbednost, policija" 2004, vol. 1, p. 1.

Ciò che merita attenzione è la varietà dei modi in cui i diversi ordinamenti definiscono il *ne bis in idem.* Quella classica locuzione latina, che alcuni autori scambiano con il *non bis in idem*[103], è riconosciuta innanzitutto nella dottrina continentale. La regola viene espressa anche tramite le locuzioni *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* oppure *nemo debet bis puniri pro uno delicto.* Entrambe queste locuzioni si usano in base alla distinzione tra la concezione processuale e sostanziale e vanno intrinsecamente collegate con l'effetto di *res iudicata*[104]. Lo stesso principio viene individuato nella dottrina anglosassone con il termine di divieto di *double jeopardy*, tradotto in italiano come preclusione del doppio rischio o del doppio pericolo. Talvolta ricorrono anche espressioni del tipo *prohibition of double joepady, negative authority of res iudicata*. Nella dottrina tedesca, il *ne bis in idem* viene ricondotto anche sotto le locuzioni *Erledigungsprinzip* o *Anrechnungsprinzip, Verbrauch der Strafklage*[105]. Nel diritto inglese di tanto in tanto si fa riferimento a *autrefois acquit* o *autrefois convict* (termini comunque di stampo francese)[106]. Nonostante quelle ambiguità terminologiche è fuori da ogni dubbio che il principio come tale, è riconosciuto nella maggior parte dei paesi del mondo. Ad esempio è incluso nei corrispettivi codici penali del Brasile, Indonesia, Paesi Bassi, Russia, Slovenia, nei codici di procedura penale dell'Algeria, Austria, Belgio, Francia, Germania, Grecia, Guinea, Ungheria, Indonesia, Italia, China,

---

[103]Così per esempio A. Klip, H. Van der Wilt, *AIDP – Non bis in idem, Report for the Netherlands*, Kai Ambos però sottolinea l'errore grammaticale nell'uso della parola *non* in linea con le regole di frase negativa in latino, C*fr* Ambos K., Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part, Oxford 2013, p. 396.

[104]Sakowicz A., *Zasada ne bis in idem w prawie karnym w ujęciu paneuropejskim*, Białystok 2011, p. 36.

[105]*Ibidem,* p. 30-31.

[106]Vivekanandan V., *The Conceptual Analysis of the Principle of Double Jeopardy and the Protection of Human Rights in Criminal Law Justice Administration,* Dehradoun Law Review, Vol. 4, p. Iss. 1, November, disponibile a: http://www.lawcollegedehradun.com/lawreview/vol4_issue1_nov12/article6.htmlhttp://www.lawcollegedehradun.com/lawreview/vol4_issue1_nov12/article6.html.

Polonia, Romania, Spagna, Turchia; nelle altri leggi in Brasile, Guinea e Spagna. In alcuni paesi invece è espresso nella costituzione come in Giappone, Germania, Russia. Ancora la Corte Suprema spagnola l'ha ricavato dal principio costituzionale di legalità[107].

2. Lo sviluppo storico della regola del ne bis in idem.

Il *ne bis in idem* è la storia del processo penale, come disse uno studioso canadese nella sua opera dedicata a *double jeopardy*[108]. Infatti, la sua storia risale ai tempi del diritto romano, ove nei *Digesta Iustiniani* si disse che *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*, nonché alla cultura legale della Grecia antica e alle fonti Bibliche [109]. Uno degli esempi del diritto romano riguarda la *Lex Acilia Repetundarum* del 123-122 a.C. in cui si stabilì che "*De eadem re ne bis agatur".* Anche Cicerone e Gaio sostenevano che gli stessi fatti non possono essere presentati in tribunale per la seconda volta[110]. Successivamente, esso trovò spazio ad esempio nell'ordinamento britannico, quando nel 1660 la Corte del Re (*Court of King's Bench*) decise di non processare l'accusato in Inghilterra per via di un altro giudizio nella stessa causa pronunziato in un'altra giurisdizione [111]. Giustamente, il diritto continentale europeo apprese il principio anche grazie al diritto canonico, il quale a sua volta si sviluppò sui fondamenti del diritto romano. Inoltre, il *ne bis in idem* si

---

[107]*Cfr*, De la Cuesta, *Concurrent and international jurisdiction,* International Review of Penal Law (Vol. 73), p. 710. Inoltre come indica De La Cuesta, il principio va conosciuto come *ne bis in idem* in Austria, Beglio, Brasile, Indonesia, Paesi Bassi Polonia, Russia Spania; come *Double Jeopardy* in Austria, Giappone; come *Prohibition of double punishment* in Austria, come *negative authority of res iudicata* in Algeria, Finlandia, Francia, Grecia, Guinea, Italia, Polonia, Romania.

[108]Friedland M., *Double jeopardy,* Oxford, 1969, p. 3.

[109]Sigler Jay A., *A history of double jeopardy,* The American Journal of Legal History, Vol 7., 1963, p. 283; Conway G., *Ne bis in idem in International Law,* International Criminal Law Review 3, 2003, p. 222.

[110]Sakowicz A., *Zasada…*, *op. cit.*, p. 74-75.

[111]Friedland M., *Double…*, *op. cit.*, p. 12.

può ricavare nelle leggi spagnole del tredicesimo secolo "*Las siete partidas*" in cui si stabilì che una volta assolti non si può più essere riprocessati. E appunto, inizialmente fu riconosciuto l'effetto di *res iudicata* innanzitutto delle sentenze di assoluzione, che si espresse nella frase: *de his criminibus, de quibis absolutus est accusatus, non potest accuastion replicari*[112]. La regola fu omessa nei tempi del processo inquisitorio per poi essere "sostituita" dai giuristi milanesi dall'istituto della *absolutio ab instantia*, secondo la quale il processo sospeso per mancanza di prove non poteva essere ripreso[113]. Nei tempi più moderni occorre notare che il principio del *ne bis in idem* viene spesso sottolineato dalle Corti nazionali, che lo ritengono una delle regole principali del diritto penale. Così disse ad esempio la Corte tedesca agli inizi del ventesimo secolo quando affermò che non si tratta solo di una regola processuale, bensì di un fondamento del diritto penale materiale, che come tale, "cancella" la colpa del condannato tramite un giudizio finale che impedisce altri procedimenti nei confronti dello stesso individuo[114]. Come scrisse il giudice Rand della Corte Suprema Canadese "*at the foundation of criminal law lies the cardinal principle that no man shall be placed in jeopardy twice in the same matter...*"[115]. Lord Loreburn disse invece al Parlamento Brittanico nel 1907 che processare un uomo due volte per lo stesso fatto illecito è pressoché come la tortura[116]. Il principio ha trovato il suo posto anche nella quinta modifica (*the Fifth amendment*) alla più antica costituzione nel mondo, cioè quella americana che stabilisce "*no one shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*"[117].

---

[112]Sakowicz A., *Zasada…., op. cit.*, p. 76.
[113]Rogalski M., *Powaga rzeczy osądzonej w procesie karnym,* Zakamycze, 2005, p. 33.
[114]La sentenza del Reichsgericht del 30 settembre 1902, [in:] Sakowicz A., *Zasada …*, *op. cit.*, p. 32.
[115]*Cullen v. The King, SCR, 1949* [in:] Friedland M., *Double jeopardy*, p. 3.
[116]Loreburn, L.C, "*H.L.Deb.*", Vol. 179, 1997, [in:] Rogers D., *Double Jeopardy: Resolving the Conflict between Competing Rights and Interests,* disponibile a http://www.robertsonogorman.com.au/media/2131/Double-Jeopardy-Resolving-the-Conflict-between-Competing-Rights-and-Interests.pdf.
[117] Amar R. A., *Double Jeopardy Law Made Simple,* Y. L S. Faculty Scholarship, 1997, p. 1807.

Al di là di ogni dubbio il *ne bis in idem* è presente nella cultura legale da millenni. L'analisi più profonda, che poi permette di intendere meglio le sfumature del principio nello Statuto di Roma, deve però passare per le diversità negli approcci al principio sviluppatisi negli ordinamenti del mondo, in particolare tra i sistemi continentale e di *common law*.

2.1. L'approccio nel sistema continentale e il riconoscimento dell'effetto di res iudicata nei rapporti reciproci.

Nei paesi del vecchio continente il principio del *ne bis in idem* si annovera fra i canoni che regolano il processo penale. Spesso, il *ne bis in idem* si trova anche nei rispettivi codici penali, come il criterio di riconoscimento dell'effetto di *res iudicata.* Ciò che distingue gli approcci nei Paesi continentali è la portata territoriale di questo effetto. Alcuni Paesi riconoscono l'effetto di *res iudicata* solo ai giudicati emanati nel proprio ordinamento, altri anche alle sentenze straniere. E così occorre considerare innanzitutto i paesi come l'Olanda e la Spagna dove di base la portata del principio è più ampia [118]. Secondo l'articolo 68 del codice penale olandese, il nuovo procedimento dinanzi alle autorità olandesi è vietato nel caso di un altro giudizio finale di assoluzione o nel caso di *dismissal of charges,* nonché nel caso di condanna qualora la pena sia stata inflitta e scontata (graziata o prescritta)[119]. Da questo punto di vista, la legge olandese mette l'accento sull'aspetto penalistico, sottolineando il *ne bis poena in idem* detto anche in dottrina tedesca *Erledigungsprinzip* o *Anrechnungsprinzip.* Disposizioni simili si trovano nelle leggi della Norvegia, Svezia,

[118] Nita B., *Zasada ne bis in idem w międzynarodowym obrocie prawnym,* Państwo i Prawo, Rok LX, Marzec 2005, p. 20.

[119] Klip A., Wilt van der H., *AIDP – non bis in idem Report for the Netherlands*, 73 Revue Internationale de Droit Pénal 2002, p. 1100.

Danimarca, Finlandia, Estonia[120].

In Belgio invece, si ha un approccio moderato, che riconosce il pieno effetto di *res iudicata* delle sentenze finali proprie e degli ordinamenti stranieri dello Schengen (riguardo agli stessi fatti, anche se commessi sul territorio Belga) mentre quanto agli Stati fuori dallo Schengen il riconoscimento è limitato solo riguardo agli stessi crimini (e solo se commessi fuori dal territorio Belga)[121].

In Italia, secondo l'articolo 11 del codice penale nel caso indicato nell'articolo 6 (chiunque commette un reato nel territorio dello Stato), il cittadino o lo straniero è giudicato nello Stato, anche se sia stato giudicato all'estero[122]. Lo ha confermato la Corte di Cassazione ad esempio nella sentenza n. 3362/1998 secondo cui *Il processo celebrato all'estero nei confronti del cittadino italiano non preclude la rinnovazione del giudizio in Italia per lo stesso fatto, in quanto nell'ordinamento giuridico italiano non vige il principio del ne bis in idem internazionale*[123].

In Polonia, il codice di procedura penale prevede all'articolo 17 § 1 (7) che il procedimento non può iniziare e quello iniziato continuare, nel caso in cui vi sia una sentenza definitiva nei confronti dello stesso individuo per gli stessi fatti. La regola vale però solo per i giudicati interni, in quanto l'articolo 114 del codice penale stabilisce che una sentenza straniera non preclude il processo davanti alle autorità polacche, salvo il caso in cui si tratti di sentenze emanate dagli organi convenzionati con la Polonia (a partire dal 2004 anche la Corte Penale Internazionale). Inoltre, il Tribunale polacco deve dedurre dalla pena imposta dal giudice straniero il tempo di

[120]Sakowicz A., *Zasada ...*, *op. cit.*, p. 118.
[121]Beken Van der T., Vermuelen G., Ongena T., *Belgium, Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the principle 'ne bis in idem',* 73 Revue Internationale de Droit Pénal 2002, p. 818-819.
[122]Codice penale (Gazzetta Ufficiale 26 ottobre 1930, n. 251 con le successive modifiche).
[123]Cass. n. 3362/1998, disponibile a: www.brocardi.it.

reclusione[124]. Regole particolari riguardano invece l'effetto del giudicato formatosi in altro Paese dell'Unione Europea. Da notare è la *ratio* affermata dalla Corte Suprema polacca nella sentenza del 12 febbraio 2014: *Res iudicata* scaturisce dalla necessità di fornire la certezza del diritto e dei giudicati penali e come tale rappresenta una conseguenza del *ne bis in idem*, quale garanzia processuale secondo cui nessuno può essere chiamato a rispondere penalmente più di una volta per lo stesso fatto illecito, vietato dalla legge penale[125].

Senza addentrarsi troppo nelle normative statali, comunque, è possibile notare che i Paesi del vecchio continente riconoscono innanzitutto la concezione *res iudicata pro veritate habetur* come il presupposto negativo per l'avvio di un altro processo, che potrebbe portare ad un altro giudizio contrastante. Il *ne bis in idem* si afferma dunque un principio processuale che garantisce la sicurezza e prevedibilità dell'ordinamento[126].

2.2. L'approccio garantista nel sistema di common law.

Il sistema di *common law*, cioè il sistema anglosassone conosce innanzitutto il principio di *double jeopardy*. L'etimologia del termine probabilmente sta nella parola francese *jeu-perde,* che significa il gioco in cui si può perdere. Nell'inglese antico esiste il termine *iuparti* il cui significato è pressoché simile, il gioco insicuro[127].

---

[124]Dz.U.1997, nr 89 poz 556 ze zm., Art. 17 § 1 pkt. 7 kodeksu postepowania karnego; Dz. U. 1997, nr 88, 553 ze zm, Art. 114 kodeksu karnego.

[125]La sentenza della Corte Suprema Polacca, Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2014 r. V KK 407/13.

[126]Wygnaert Van Den C., Stessens G., *The International Non Bis In Idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions*, International and Comparative Law Quarterly, Volume 48, Issue 04, Ottobre 1999, p. 781.

[127]La nozione jeopardy significherebbe "putting yourself in danger, at risk, or facing some kind of peril", Bellanto A. Q. C., *Developments in Double Jeopardy & The Application of the Statutory Non-Parole Period*, Lexis Nexis Criminal Law Conference Parkroyal, Darling Harbour 30 November 2011, p. 5; Rogalski M., *Res iudicata..., op. cit.*, p. 38.

Come è stato detto sopra, *double jeopardy* si collega spesso con *autrefois acquit* e *autrefois convict,* nonché *abuse of process*. Di base, essi significano che la persona già condannata per un reato, può sollevare l'istanza di non poter rispondere nuovamente per lo stesso reato (*autrefois*). Non sarebbe precluso però il nuovo processo per gli stessi fatti (naturalistici) ma qualificati sotto un diverso *nomen iuris*. Qualora non spettasse all'accusato l'istanza di *autrefois*, potrebbe sempre considerarsi *abuse of process,* che tende a garantire la giustizia per l'accusato[128]. Già da questo approccio si nota che la *ratio* del principio di *double jeopardy* è rinvenibile nei fondamentali diritti dell'accusato, che non dovrebbe essere esposto al rischio di dover fronteggiare due volte l'accusa in base agli stessi fatti (indipendentemente se si tratti dei fatti storici o normativi). Lo si nota in particolare in una sentenza della Corte Suprema americana nel caso *Green v. United States* in cui il Giudice Stevens così si espresse:

> *The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State with all its resource and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal, and compelling him to live in a continuing sense of anxiety and insecurity, as well as enhancing the possibility that even though innocent he may be found guilty*[129].

Dunque, si sottolinea che l'abuso da parte delle autorità statali può capovolgersi nel rischio di poter condannare un individuo innocente in quanto la ripetizione del processo sottopone l'individuo a imbarazzo, ansia e insicurezza,

[128]Rogalski M., *Res iudicata..., op. cit.*, p. 42-43.
[129]La Corte Suprema Americana nel caso *Green v. United States* del 24 giugno 1957, 355 U.S. 184, 187-88.

nonché implica alti costi e spese.

Similmente, nella dottrina australiana si enfatizza anche il rischio di una *wrongful conviction* che potrebbe scaturire per analoghi motivi[130]. Da questo punto di vista, ci si avvicina un po' all'approccio finalistico-continentale, in quanto si teme di cadere nella trappola della perdita di fiducia nel sistema penale e giudiziario. In questo senso, *double jeopardy prohibition* obbliga anche gli organi investigativi ad agire in maniera diligente ed attenta, in modo da non "perdere" l'unica occasione di assicurare la condanna[131].

In questa sede, occorre sottolineare che nel sistema americano, contrariamente alle regole nelle procedure penali continentali, *double joepardy* proibisce anche l'appello del procuratore nel caso di sentenza di assoluzione in primo grado[132]. Infatti, nel caso *Martin Linen Supply Co* la Corte americana stabilì che:

> *Perhaps the most fundamental rule in the history of double jeopardy jurisprudence has been that '[a] verdict of acquittal...could not be reviewed, on error or otherwise, without putting [a defendant] twice in jeopardy, and thereby violating the Constitution*".[133].

Un elenco rilevante dei motivi di esistenza del principio *de quo* fu espresso nella sentenza della Corte Suprema americana nel caso *Crist v. Bretz* in cui la Corte identificò quattro *policy factors for the existence of the rule* :

1. *respect for the finality and conclusiveness of judgments,*

---

[130]*Cfr* Rogers D., *Double Jeopardy: Resolving the Conflict...*, *op. cit.*, p. 5.
[131]Finlay, M., *Does article 20 protect from double jeopardy: An analysis of Article 20 of the Rome Statute,* University of California, Davis, Vol. 15, 2009, p. 224.
[132]Baum M.L., *Pursuing Justice in a Climat of Moral Outrage: An Evaluation of the Rights of the Accused: An Evaluaton of the Rights of the Accused in the Rome Statute of the ICC,* Wisconsin International Law Journal, 197, 2000-2001, p. 219.
[133]United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564 571 (1977) [in:] Morosin M. N., *Double Jeopardy and International Law: Obstacles to Formulating a General Principle,* Nordic Journal of International Law, 64, 1995, p. 268.

2. avoidance of continuing embarrassment and stress to the accused through the application against him or her of the far greater resources and might of the state,

3. avoidance of the increased possibility that the accused will be found guilty, though he or she is actually innocent, and

4. the valued right of the accused to complete the trial with the jury originally chosen.

Da un lato quindi, si hanno quei particolari diritti dell'accusato che debbono essere protetti dagli abusi da parte delle autorità statali. Dall'altra però, bisogna mantenere un certo equilibrio tra il non condannare un innocente ed esercitare il fondamentale *ius puniendi* che richiede la condanna e punizione per chi è colpevole di un illecito penale. Pertanto, si corre il rischio di trovarsi in una situazione di stallo, ove salvando in maniera precauzionale alcuni dei diritti dell'individuo si rischia di ostacolare la giustizia[134]. Di qui alcune delle critiche mosse al principio di *double jeopardy* secondo cui lo stesso protegge piuttosto l'attore del fatto illecito che la vittima[135].

La dottrina anglosassone sottolinea che *double jeopardy* deve essere considerata a tre livelli, quali: la protezione dalla doppia punibilità all'interno dello stesso stato, la protezione dalla doppia punibilità in base alle norme statali e federali ed infine, la protezione dalla doppia punibilità tra la legislazione statale/federale ed esterna, cioè dall'altro paese[136]. Esiste però, come si è accennato, un'eccezione al *double jeopardy,* sviluppatasi maggiormente nella realtà americana, quale la regola *dual sovreignty.*

---

[134]Finlay M., *Does...*, *op. cit.*, p. 224.
[135]Sakowicz A., *Zasada ...*, *op. cit.*, p. 109.
[136]*Ibidem,* p. 115.

2.3. Dual sovereignty.

Essa – sviluppatasi a partire dal caso *US v. Lanza* – attiene in particolare al sistema nordamericano che rappresenta un esempio di federalismo in cui ogni stato è un "sovrano", con poteri che prevalgono su alcune autorità federali. Pertanto, la federazione consiste in una serie di *separate sovereigns.* In questa realtà, la regola di *double jeopardy* rappresenta una garanzia assoluta solo all'interno di un *sovereign*, permettendo così agli altri Stati sovrani di giudicare un individuo il cui crimine trova un nesso con l'altro stato[137]. Lo stesso vale per la competenza del governo federale di giudicare un individuo nonostante esso sia già stato processato in uno Stato sovrano[138]. Dunque, non sarebbe precluso nemmeno un altro processo per gli stessi fatti dinanzi al tribunale federale e viceversa. In questa forma, *double jeopardy* ottiene una portata applicativa molto limitata. Pertanto, tale approccio è stato criticato e anche rigettato, ad esempio, dalla Corte Canadese, la quale nel caso *R. v. Van Rassel* concluse che il rischio di subire un doppio processo deve limitarsi almeno all'esercizio del processo per diversi reati consistenti negli stessi fatti[139]. Infatti, la domanda è, quale sarebbe la portata dell'elemento "*idem"* nel caso di eccezione di *dual sovereignty*. La *ratio* di *dual sovereignty* sta nel fatto, che la legislazione di uno stato e la legislazione federale rappresentano due diversi sovrani. Pertanto, un fatto storico che si rappresenta lesivo, non va qualificato sotto una norma penale, bensì due norme dei due diversi sistemi legali[140]. Tale approccio è stato criticato però in

---

[137]Boyle R. D., *Double Jeopardy and Dual Sovereignty: The Impact of Benton v. Maryland on Successive Prosecution for the Same Offense by State and Federal Governments*, Indiana Law Journal, Vol. 46, Iss. 3, 1971, p. 415-416.

[138]King J. E., *The Problem of Double Jeopardy in Successive Federal-State Prosecutions: A Fifth Amedment Solution*, Stanford Law Review, Vol. 31, No. 3. 1979. p. 486.

[139]Neagu N., *The Ne Bis in Idem Principle in the Interpretation of European Courts: Towards Uniform Interpretation,* Leiden Journal of International Law, Vol. 25, Issue 04, December 2012, p. 963.

[140]Stoner R. C., *Double jeopardy and dual sovereignty: A critical analysis,* Wm & Mary L. Review, 946, 1970, p. 946.

giurisprudenza della Corte suprema americana, ad esempio nel caso *State v. Fletcher* in cui la Corte ribadì che:

> *an individual is entitled to have his freedom protected by both the state in which he resides and the nation to which he pledges his allegiance, and in the understanding that when one sovereignty fails to provide him justice, he may look to the other for the relief which the constitution guarantees him*[141].

Questa sentenza, tra le altre, è alla base della critica al principio, basata sull'argomento che l'offesa dell'individuo non colpisce il sovrano stesso, ma la società, e di conseguenza la punizione dell'autore parte dal *government* come il protettore della società[142]. Dalla pronuncia della sentenza *State v. Fletcher* ad oggi, però, sono passati oltre 40 anni. Nonostante ciò la *dual sovereingty doctrine* è ancora valida come un'eccezione a *double jeopardy* e viene confermata dai vari tribunali statunitensi. Ciò che risolve il problema, a livello pratico, sono le disposizioni statali che attribuiscono l'effetto di *res iudicata* alle sentenze straniere[143].

3. Il ne bis in idem internazionale ed il suo mancato riconoscimento.

Sebbene il *ne bis in idem* interno, come si è visto nella parte precedente, è quasi univocamente riconosciuto nel mondo, salvo alcune diversità, esso non riesce a trovare pieno riconoscimento a livello internazionale[144].

---

[141]State v. Fletcher 1968, 240, N.E.2d.
[142]Stoner R. C., *Double jeopardy…*, *op. cit.*, p. 957.
[143]Newman L., *Double Jeopardy and Problem of Successive Prosecutions: A Suggested Solution,* California Law Review, Vol. 34, p. 265.
[144]Vervaele J. A. E., *The Transnational Ne Bis in Idem principle in the EU Mutual recognition and equivalent protection of human rights,* Utreht Law Review, Volume 1, Issue 2 (December) 2005, p. 102; Schomburg W., *Criminal matters: transitional ne bis in idem in Europe – conflict of jurisdictions – transfer of proceedings,* ERA Forum, Vol. 13, 2012, p. 313.

La funzione del *ne bis in idem* internazionale potrebbe suddividersi nella maniera seguente: il risultato del processo penale straniero nel caso di perseguimento del reato commesso nel territorio dello stato stesso; nel caso di perseguimento del reato commesso sul territorio di un altro stato ed in fine nel caso di cooperazione giudiziaria tra gli stati[145] (ad esempio l'estradizione)[146]. Nei primi due casi, si tratta delle situazioni in cui il riconoscimento della *res iudicata* potrà produrre un effetto preclusivo ad un altro processo oppure dovrà limitarsi soltanto al puro riconoscimento della sentenza imposta, e nella situazione *estrema* non avrà nessun effetto.

Similmente come nel caso della *dual sovreignty doctrine,* il problema del *ne bis in idem* internazionale riguarda i casi in cui due giurisdizioni, statali o sovranazionali, concorrono una e l'altra a giudicare lo stesso illecito criminoso. Dunque, si pone la delicata questione che riguarda da un lato l'esercizio di *ius puniendi* degli stati nazionali*,* ovvero le loro pretese punitive, e dall'altro la tutela dell'individuo che si possa trovare di fronte a più organi giudiziari di diversi stati capaci e pronti a giudicarlo. E quindi, visto da quest'ultima prospettiva il *ne bis in idem* svolgerebbe la sua solita funzione di garanzia, a livello internazionale, assicurando che l'individuo non resti "indefinitamente esposto alla pretesa punitiva statale, che con l'esaurimento del giudizio nei suoi confronti si *consuma*"[147].

Di conseguenza, la domanda che si pone spesso in dottrina e giurisprudenza solleva il dubbio se il *ne bis in idem* può essere riconosciuto appunto come diritto

---

[145]Wyngaer Van Der C., Stessens G., *The international…, op. cit.*, p. 782.

[146] Per un approfondimento si veda ad esempio: Mueller O.W., *International Judicial Assistance in Criminal Matters*, Villannova Law Reviev, No. 7, 1962, p. 221 e ss.

[147]Vigano F., *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali, Una replica a Gioacchino Romeo sulla vicenda dei "fratelli minori" di Scoppola all'esame delle Sezioni Unite della Cassazione,* Diritto Penale Contemporaneo, 2012, p. 5, disponibile online a: www.penalecontemporaneo.it.

fondamentale, principio processuale, regola generale oppure consuetudine del diritto internazionale. L'argomento principale contro l'affermazione dell'esistenza di un *ne bis in idem* internazionale si sofferma, appunto, sulla diversità degli approcci che precluderebbe l'individuazione dello stesso *in abstracto*[148].

Non vi è dubbio che il non riconoscimento dell'effetto di *res iudicata* delle sentenze straniere nasce spesso proprio dalla poca credibilità, ovvero poca fiducia nei confronti degli organi giudiziari di uno stato terzo, nonché dalla non omogeneità degli ordinamenti tra di loro[149]. Chiaramente quest'argomento vale solo per il *ne bis in idem* inter-statale e non potrebbe rappresentare un ostacolo per il riconoscimento del *ne bis in idem* almeno al livello convenzionale, in quanto le convenzioni sono l'effetto di un patto (accordo) raggiunto tra gli Stati.

Occorre quindi distinguere il rapporto internazionale tra gli Stati, dal rapporto fra gli Stati e le Corti internazionali, nonché fra le stesse Corti internazionali.

Un argomento a favore del *ne bis in idem* internazionale può ricavarsi dalla particolarità dei crimini di competenza internazionale, cioè *crimini iuris gentium* previsti in una norma sovranazionale, e dunque quelli che violano l'interesse della società internazionale, e non solo di quella statale[150]. Da questo punto di vista, non dovrebbe esservi solo l'argomento della pretesa statale a giudicare certi fatti, bensì un obbligo internazionale di giudicare i crimini che violano l'interesse comune tramite una cooperazione tra gli Stati. Tale argomento riprende parzialmente la concezione della *civitas maxima*, quindi una comunità mondiale vista come una

---

[148]G. Conway, *Ne bis in idem…*, *op. cit.*, p. 218, si veda anche: Pisani M, *Coperazione Internazionale in Materia Penale,* Riv. It. Dir. Pen., 2005, p. 495-508.

[149] Gardocki, L., *Zagadnienia internacjonalizacji odpowiedzialności karnej za przestępstwa popełnione za granicą*, Uniwersytet Warszawski, 1979, p. 70-81.

[150]Baratta R., *Ne bis in idem. Diritto internazionale e valori costituzionali*, Studi in onore di Francesco Capotorti, vol. 1, 1999, p. 10-11.

società degli stati, che almeno in linea teorica potrebbe creare un fondamento per la cooperazione penale tra gli stati in merito alla persecuzione dei crimini *iuris gentium*[151]. Non può non considerarsi anche l'argomento funzionale, quale la molto sviluppata cooperazione tra gli stati in merito all'estradizione e il principio di *doppia punibilità*[152], che comunque pare essere più univoca nel riconoscere il *ne bis in idem* come principio internazionale[153]. Ad esempio il trattato *UN Model Treaty on Extradition* stabilisce che l'estradizione non dovrebbe essere ammessa "*if there has been a final judgement rendered against a person in the requested State in respect of the same crime for which the extradition is requested"*[154].

Perciò, secondo alcuni autori come Antonio Cassese, il *ne bis in idem* internazionale costituisce anche una regola di diritto consuetudinario, o perlomeno è in fase di evoluzione come tale[155].

La suddetta tendenza si osserva nella fondazione dei Tribunali internazionali, come i cd. Tribunali *ad hoc* istituiti per i crimini commessi sui territori dell'ex Yugoslavia e Rwanda. Nonché nell'introduzione di una disposizione come l'art. 20 dello Statuto di Roma sul *ne bis in idem* che verrà analizzato nel capitolo successivo.

Lo sviluppo di sempre più efficaci strumenti volti alla repressione di crimini internazionali nel cd. ordinamento internazionale procede in parallelo con la crescente necessità di riconoscimento del *ne bis in idem*. Ci si trova in mezzo a un confronto tra le esigenze di giustizia e quelle di effettività del diritto internazionale

---

[151]Conway G., *Ne bis in idem…, op. cit.*, p. 224.

[152]Si veda Gardocki L., *Double Criminality in Extradition Law,* Israel Law Review, Vol. 27, 1993, p. 288-296; in merito a European Arrest Warrant: Konstadinides T., *The Perils of the 'Europeanisation' of Extradition Procedures in the EU Mutuality, Fundamental Rights and Constitutional Guarantees*, 14 Maastricht Journal of European and Comparative Law (2007).

[153]*Cfr* Bassiouni M.C., *International Extradition United States Law and Practice*, Sixth Edition, Oxford, 2014.

[154]UN Model Treaty on Extradition del 14 dicembre 1990, New York, ILM (1991).

[155]Cassese A., *International…*, *op. cit.*, p. 320.

con quelle dell'effetto preclusivo di una sentenza di un tribunale internazionale[156]. In più, l'accettazione di universalità della giurisdizione sui crimini *iuris gentium*, non può non proteggere l'individuo da *double jeopardy*, cioè dal doppio o addirittura multiplo rischio di persecuzione. Il *minimum minimorum* dovrebbe essere quello di non ammettere la doppia punibilità tramite un'introduzione del *ne bis poena in idem*, ovvero un principio di unicità della pena[157].

Gerard Conway nel suo lavoro in cui ha provato ad individuare i presupposto per un *ne bis in idem* internazionale ha specificato alcuni criteri comuni che si possono rinvenire al di là della suddetta diversità degli approcci nei sistemi nazionali, indicando a suo modo uno standard minimo del *bis in idem*. E così l'autore ha indicato "*a core of double jeopardy protection:*

1. an in abstracto application,

2. the assertion of the rule in the case of jurisdiction other than the territorial and protective principles of international criminal jurisdiction,

3. the non-exclusion of prosecution appeals of an acquittal,

4. the applicability of the rule only where there has been a trial on the merits,

5. the non-exclusion of a retrial following acquittal where decisive new evidence emerges"[158].

Non può passare inosservata la considerazione della Corte costituzionale italiana nella sentenza del 3 marzo 1997 in cui disse che: "principio *ne bis in idem,* che pur non essendo ancora assurto a regola di diritto internazionale generale (sentenze n. 48 del 1967 e n. 69 del 1976), né essendo accolto senza riserve nelle

[156]Baratta R., *Ne bis in idem…*, *op. cit.*, p. 17.
[157]*Ibidem*, p. 19.
[158]Conway G., *Ne bis in idem …, op. cit.,* p. 238.

convenzioni internazionali che ad esso si riferiscono (...) è tuttavia principio tendenziale cui si ispira oggi l'ordinamento internazionale, e risponde del resto a evidenti ragioni di garanzia del singolo di fronte alle concorrenti potestà punitive degli Stati"[159].

3.1. Il ne bis in idem nei documenti internazionali.

La ricerca di una risposta alla domanda circa l'esistenza del *ne bis in idem* internazionale, necessita appunto di uno sguardo alle norme convenzionali concernenti il principio, o perlomeno facenti riferimento ad esso. L'attenzione va rivolta alle convenzioni degli anni successivi alla Seconda guerra mondiale, che videro un particolare sviluppo della cooperazione internazionale.[160]

In primo luogo occorre considerare la disposizione dell'articolo 14 n. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, il quale stabilisce che: "*no one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country"*. Nonostante il suo ampio effetto vincolante, esso, contiene una vistosa lacuna, poiché è pressoché univocamente inteso che la disposizione dell'articolo 14 stabilisca solo il *ne bis in idem* nazionale in quanto usa la locuzione "*procedure of each country"*[161]. Ciò è stato confermato dalla decisione dello *Human Rights*

---

[159] La sentenza numero 58 della Corte Costituzionale del 3 marzo 1997, disponibile ahttp://www.giurcost.org/decisioni/1997/0058s-97.htm.

[160] Vervaele J. A. E., *Ne bis in idem Towards a Transnational and Constitutional Principle in the EU,* Utrecht Law Review, Vol. 9, Iss. 4, 2013, p. 213.

[161] *Cfr* Spinellis D., *Global report the ne bis in idem principle in global documents,* 73 Revue Internationale de Droit Pénal 2002, p. 1051, inoltre si veda: Colangelo A. J., *Double Jeopardy and Multiple Sovreigns: A Jurisdictional Theory,* Washington University Law Review, Vol. 86, Iss. 4, 2009, p. 806.

Committee nel caso *A.P. v. Italy* del 1987 in cui si disse che "*provision prohibits double jeopardy only with regard to an offence adjudicated in one state*"[162] La portata applicativa dell'articolo 14 (7) del Patto internazionale è stata riconfermata nel caso *Babkin* in cui lo *Human Rights Committee* si è pronunciato sul caso di un individuo condannato per contraffazione ed assolto per tre omicidi (la condanna per contraffazione è stata mantenuta dalla Corte d'Appello Russa mentre si è revocata la sentenza in merito all'assoluzione per gli omicidi) per poi essere riprocessato in base agli stessi fatti e condannato per due dei tre omicidi a 23 anni di reclusione. Lo *Human Rights Committee* sostenne che l'appello all'interno del sistema giudiziario di uno stato è in linea con la disposizione di cui all'articolo 14 (7) del Patto internazionale, mentre non può accettarsi una attribuzione dello stesso reato in base agli stessi fatti, come avvenuto con la sentenza d'appello[163].

Un altro documento che include una disposizione sul *ne bis in idem* è la Convenzione Americana dei Diritti Umani, detta anche il Patto di San José del 1968. La Convenzione introduce il *ne bis in idem* all'articolo 8(4) in cui stabilisce che "*an accused person aquitted by nonappealable judgment shall not be subjected to a new trial for the same cause"*[164]. La dispozione qui in oggetto, a differenza del Patto internazionale, non specifica di *per sé* quale potrebbe essere la portata applicativa del divieto di agire due volte per lo stesso fatto. Al riguardo, occorre notare la posizione assunta in merito alla disposizione sul *ne bis in idem* internazionale dal governo statunitense, espressa nella lettera del Presidente americano al Senato degli Stati

[162]Human Rights Committee in A.P. v. Italy: "provision prohibits double jeopardy only with regard to an offence adjudicated in a given state", Communication No.204/1986, CCPR/C/31/D/204/1986, p. 73.

[163]*Babkin v Russia*, Communication No. 1310/2004: Russia CCPR/C/92/D/1310/2004 del 24 Aprile 2004.

[164]Medina C., *The American Convention on Human Rights,* Cambridge Antwerp Portland, 2014, p. 223.

Uniti in cui si sostenne che:

> *The United States understands that the prohibition on double jeopardy contained in paragraph (4) is applicable only when the judgment of acquittal has been rendered by a court of the same governmental unit, whether the Federal Government or a constituent unit, which is seeking a new trial for the same cause*[165].

Tale interpretazione non può dirsi sorprendente considerando la summenzionata *dual sovreignty doctrine* che fin'ora rappresenta il *modus operandi* delle Corti statunitensi. Nella giurisprudenza della Corte inter-americana si è anzitutto chiarita la portata del termine "*same cause*" che, come affermato nel caso *Tamayo*, è alla base di una interpretazione ampia, avente ad oggetto la condotta nel senso naturalistico, non la qualificazione normativa del fatto[166]. Occorre notare che la disposizione dell'articolo 8(4) è applicabile solo nel caso di sentenza di assoluzione (*acquitted by nonappealable judgment*)[167].

Altri documenti recanti una disposizione relativa al *ne bis in idem* sono ad esempio lo storico e controverso Patto di Londra e Statuto del Tribunale internazionale militare di Norimberga. In più occorre sottolineare entrambi i Tribunali *ad hoc* fondati per perseguire i crimini commessi sui territori dell'ex-Yugoslavia e Rwanda[168]. In particolare questi ultimi sono stati importanti per la formulazione del *ne bis in idem* nello Statuto di Roma della Corte Penale

---

[165]Letter from Warren Christopher, Department of State, to the President, Dec. 17, 1977, submitting the American Convention for transmission to the Senate [in:] Cabra Monroy M.G., *Rights and Duties Established By The American Convention On Human Rights*, The American University Law Review, 1981, p. 37.

[166]*Ibidem,* p. 37; Montoya Ramos I., *El principio ne bis in idem a la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nacion y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Instituto de Investigaciones Juridicas, 2013, p. 2152.

[167]Bassiouni M.C., *Human Rights in the Context of Criminal Justice*, Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 3, 1993, p. 289.

[168]Spinellis G., *Report …*, *op. cit.*, p. 1154.

Internazionale.

3.2. Il ne bis in idem come uno dei diritti umani.

Una delle ragioni dell'esistenza del principio del *ne bis in idem,* importante in particolare nei sistemi di *common law* è la garanzia di un diritto essenziale dell'individuo. Non stupisce che anche nell'ambito dei diritti umani si riscontrino voci contrarie al riconoscimento del diritto di non essere sottoposti a processo o incriminazione più volte per gli stessi fatti. Nonostante ciò, evidentemente il *ne bis in idem* è presente nei principali documenti e convenzioni internazionali sui diritti umani e rappresenta una delle fondamentali garanzie aventi ad oggetto il mantenimento di un certo *minimum standard* di diritti che spettano all'imputato nel processo penale, ovvero il cd. *right of due process of law*[169].

Come si è detto, il *ne bis in idem* fu inserito nell'articolo 14 (7) del Patto Internazionale su diritti civili e politici, e nell'articolo 8(4) della Convenzione Interamericana dei diritti Umani. Infine, esso si trova nell'articolo 4 del settimo protocollo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo di Roma sottoscritto il 22 novembre 1984. Proprio quest'ultima disposizione merita un più approfondito esame ai fini del nostro discorso.

Similmente al caso del Patto internazionale, anche il settimo protocollo fu aggiunto solo in un momento successivo rispetto all'approvazione del testo della Convenzione che risale alla fine degli anni 40. Come si legge nell'*Explanatory report* l'idea dell'inserimento del protocollo scaturiva proprio dal fatto di aver aggiunto la

[169]*Cfr* Mc Namara L., *Human Right Controversies*, Routledge Cavendish, 2007, p. 37.

disposizione corrispettiva al Patto Internazionale. Si volevano così evitare discrepanze fra i due documenti, per mantenere la chiarezza nel sistema internazionale dei diritti umani[170].

Prima dell'adozione del settimo protocollo si cercava di dedurre il principio del *ne bis in idem* proprio dall'articolo 6 (1) che elenca i fondamentali diritti che spettano all'imputato nel processo penale, in particolare dal diritto di non autoincriminazione. Nonostante delle voci contrarie, alla fine si è arrivati alla conclusione che il *ne bis in idem* rappresenta non un diritto contenuto nei diritti dell'equo processo, bensì il distinto diritto di non essere processati un'altra volta[171].

L'articolo 4 del Protocollo n. 7 così dispone: *Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato*.

Dunque, ciò che deve essere immediatamente sottolineato è che, anche qui, il *ne bis in idem* si limita soltanto all'ordinamento giuridico di un Paese parte della Convenzione. Lo stabilisce espressamente l'articolo 4 indicando che si tratta di *giurisdizione dello stesso Stato*[172]. Inoltre, nell'*Explanatory report* si sostenne che l'applicazione del *ne bis in idem* interstatale è adeguatamente garantita dagli altri trattati quali *European Convention on Extradition* del 1957*, European Convention on the International Validity of Criminal Judgments* del 1970, *European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters* del 1972. In realtà, le summenzionate convenzioni si concentrano sull'aspetto procedurale, in particolare,

---

[170]Bockel V W. B., *The ne bis in idem principle in EU Law A conceptual and jurisprudential analysis,* 2009, p. 17.

[171] Trechsel S., *Human Rights in Criminal Proceedings,* Academy of European Law, European University Institute, Oxford, 2005, p. 385.

[172]*Ibidem*, p. 385, così anche Young D., Corker D., *Abuse of process in Cirminal Proceedings, Lexis Nexis,* 2003, p. 219.

di cooperazione inter-statale piuttosto che sul garantire il diritto di non essere processati due volte in due giurisdizioni diverse[173].

Si sostiene comunque, che il *ne bis in idem* di cui all'articolo 4, Prot. n. 7, è appunto limitato alla concezione processuale, piuttosto che sostanziale. In una sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani di Strasburgo, i giudici conclusero che nella situazione in cui una condotta può essere qualificata sotto più di una norma penale (concorso ideale) non vi è una violazione della norma convenzionale in quanto questa preclude il secondo processo per gli stessi fatti, e non la duplicazione della valutazione giuridica[174]. Nel caso di due procedimenti consecutivi, la Corte deve valutare se nel secondo processo, il crimine per il quale si procede ha degli elementi essenziali diversi rispetto al primo. Nel caso contrario ci sarebbe una violazione del principio del *ne bis in idem*[175]. Dunque, la Corte ha usato il criterio di specialità reciproca.

Secondo la disposizione sul *ne bis in idem* la sentenza è definitiva se ha acquisito l'effetto di *res iudicata,* dunque nei casi in cui la procedura vigente nello stato non prevede nessuna forma di impugnazione ordinaria, ovvero le parti hanno esaurito tali rimedi ordinari oppure è scaduto il termine per esperirli[176]. Questo esito ha comunque una rilevanza limitata in quanto, come detto sopra, l'articolo 4 si applica soltanto all'interno di una stessa giurisdizione e non tra i diversi Stati (sovrani).

---

[173]Coffey G., *The principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings,* Irish Criminal Law Journal, Vol. 18, 2008, p. 3-4.

[174]La sentenza della Corte EDU nel caso *Olivieira v. Svizzera* del 30 luglio 1998, 84/1997/868/1080, p. 22, nella verione ufficiale inglese segue: That is a typical example of a single act constituting various offences (concours idéal d'infractions). The characteristic feature of this notion is that a single criminal act is split up into two separate offences, in this case the failure to control the vehicle and the negligent causing of physical injury. In such cases, the greater penalty will usually absorb the lesser one. There is nothing in that situation which infringes Article 4 of Protocol No. 7 since that provision prohibits people being tried twice for the same offence whereas in cases concerning a single act constituting various offences (concours idéal d'infractions) one criminal act constitutes two separate offences.

[175]La sentenza della Corte EDU nel caso *Fisher v. Austria* del 29 maggio 2001, 37950/97, p. 35.

[176]*Explanatory Report,* Protocol no. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, p. 22.

Inoltre, l'articolo 4 non può essere in nessun modo derogato o soggetto a riserve[177]. Indubbiamente, tale scelta rafforza il suo valore e importanza dal punto di vista dei diritti dell'imputato.

Negli ultimi anni, la Corte EDU si è pronunciata varie volte sulle questioni relative alla violazione del principio del *ne bis in idem*: particolare importanza riveste la recente sentenza *Grande Stevens* del 4 marzo 2014 in cui l'Italia è stata condannata per la violazione del principio per la previsione di una doppia sanzione (penale e amministrativa) per lo stesso illecito finanziario[178]. Occorre notare che in generale, la giurisprudenza della Corte EDU in merito al principio del *ne bis in idem* è molto ampia e pertanto ad essa si farà più volte riferimento in seguito.

3.3. Il ne bis in idem nell'Unione Europea e nella zona Schengen.

Il *ne bis in idem* è invece riuscito ad instaurarsi in maniera più solida nell'Unione Europea, o per essere più precisi nella cd. Zona Schengen.

Nell'ambito europeo i primi tentativi di introduzione del principio in base al quale devono riconoscersi le decisioni, nonché i documenti ufficiali rilasciati negli altri Stati risalgono agli anni 80 del secolo passato[179]. Non può passare inosservata la Convenzione di Bruxelles del 25 maggio 1987 il cui articolo 1 stabiliva che: "*una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in uno Stato membro non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un altro Stato*

---

[177]Articolo 4(3) del protocollo segue: *No derogation from this article shall be made under article 15 of the Convention.*

[178]Per un approfondimento si veda Tripodi F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato,* 9 marzo 2014, Diritto Penale Contemporaneo. Disponibile a: http://www.penalecontemporaneo.it/, si veda anche Petronio F. e altri, *The „Ne Bis In Idem" Principle among International Treaties and Domestic Rules: The Recent Case Law of The European Court of Human Rights on Italy,* June 5th, 2014

[179]Sakowicz A., *Zasada …*, *op. cit.*, p. 293.

membro a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato di condanna non possa più essere eseguita"[180]. Quindi nel caso di una sentenza, di condanna o assoluzione, passata in giudicato in uno Stato membro, nell'altro Stato membro si ha l'effetto di *res iudicata*. In più, la convenzione usa il termine "medesimo fatto", che quindi deve essere inteso in senso storico-naturalistico.

L'effetto della *res iudicata* non era però assoluto, poiché la Convenzione prevedeva la possibilità per lo Stato di apporvi una riserva per i casi in cui il fatto illecito è stato commesso sul suo territorio, ovvero rappresenta un reato contro la sicurezza nazionale dello Stato oppure è stato commesso dai suoi funzionari. La riserva poteva essere revocata in qualsiasi momento. In più la Convenzione non precludeva allo Stato di introdurre una disposizione più ampia riguardo al divieto del *ne bis in idem* inter-europeo. Va comunque sottolineato che il *ne bis in idem* previsto dalla Convenzione aveva effetto *erga omnes* e non come spesso accade *inter partes*[181].

Nell'ambito dell'Unione Europea esistono ancora una serie di documenti che riguardano la materia del riconoscimento dell'effetto di *res iudicata* delle sentenze o decisioni straniere[182], ma indubbiamente quello che ha avuto l'impatto più importante è la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985[183].

Passando alla normativa vigente, innanzitutto occorre premettere che l'Accordo di Schengen, come uno degli elementi maggiori dell'integrazione europea ebbe come scopo il rafforzamento della cooperazione di polizia, l'introduzione di misure comuni nel combattere il terrorismo, nonché la criminalità organizzata e

---

[180]Baratta R., *Ne bis in idem …*, *op. cit.*, p. 4.
[181]Sakowicz A., *Zasada …*, *op. cit.*, p. 303-305.
[182]Si veda: Mitsilegas V, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU,* Common Market Law Review, Vol. 43, 2006, p. 1285.
[183]Galantini N., *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive,* Diritto Penale Contemporaneo, 2011 (disponibile online).

pericolosa. Così l'accordo di Schengen riguardava l'assistenza legale tra gli organi giudiziari degli Stati membri, l'estradizione, le consegne straordinarie, la sistematica abolizione delle frontiere, nonché la regola del *ne bis in idem*[184]. Fino ad oggi, (salvo eccezioni causate dalle problematiche legate al flusso migratorio) le frontiere dei paesi membri dell'UE, nonché della Norvegia e della Svizzera, sono prive dai controlli proprio grazie all'accordo di Schengen. Ciò, comporta molte problematiche legate alla libera circolazione delle persone, il quale può a sua volta comportare delle controversie processuali in materia penale tra gli Stati. È ovvio che in questa impostazione bisogna bilanciare la libertà della circolazione con l'aumento di sicurezza e cooperazione[185].

Di conseguenza, l'accordo di Schengen prevede, tra altri istituti, un ampio principio del *ne bis in ide*m che tenta di rimediare alla diversità degli ordinamenti tra gli Stati membri. L'articolo 54 della Convenzione di applicazione di Schengen prevede che: *Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita*[186].

Benché la disposizione di cui sopra rappresenti, almeno in confronto con ciò

---

[184]Kuczyńska H., *Zasada ne bis in idem jako fundament wzajemnego uznawania orzeczeń w sprawach karnych,* [in:] Czapliński W., Wróbel A., *Współpraca sądowa w sprawach karnych,* CH Beck, 2007, p. 245.

[185]Si veda Canestrini N., Il principio del ne bis in idem ambito interno e internazionale, Canestrini Lex, 1/2009, p. 9; così anche Nita B., *Rozstrzyganie problemów wiążących się z kolizją jurysdykcji pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej w oparciu o zasadę ne bis in idem,* Materiały Robocze 6 (10) Natolin, 2006, p. 11.

[186]Art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni disponibile a: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A42000A0922(02).

che si vedrà in seguito a proposito dello Statuto di Roma, una garanzia *lato sensu* dall'essere riprocessati in un'altra giurisdizione, occorre dire che anch'essa va incontro a delle problematiche interpretative. In via preliminare, occorre enfatizzare quanto detto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE: "Il *ne bis in idem (...)* implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse"[187].

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE si sono comunque rivelate problematiche, in primo luogo, le questioni legate all'interpretazione della portata applicativa dell'elemento "*bis*". In più, la Corte si è pronunziata su come interpretare l'elemento "*idem*" che può intendersi *in concreto* (medesima condotta) o *in abstracto* (medesima qualificazione giuridica). In fine, si è rivelata problematica la questione legata alla prescrizione della punibilità e l'impatto che tale situazione può avere sulla doppia punibilità del reato.

Esistono infatti delle discrepanze nell'interpretazione dell'espressione "la sentenza definitiva" (*finally disposed of*), cioè l'elemento *bis*[188]. Guardando solo alcuni esempi dagli ordinamenti dei Paesi membri, si notano differenze nominative e qualitative nell'intendere il termine "la decisione finale" che può essere emessa nel processo penale. Si pensi alle decisioni formali come *ordonnance de non-lieu motivéè en fait* del sistema francese oppure *Einstellung gegen auflagen* della procedura tedesca, nonché alle varie forme di patteggiamento nel sistema britannico

[187]Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 11 febbraio 2003 nel caso *Gözütok e Brügge*, ap. C-187/01 e C-385/01, p. 33; per un approfondimento si veda anche Fletcher M., *Some Developments to the ne bis in idem Principle in the European Union: Criminal Proceedings Against Hüseyn Gözütok and Klaus Brügge,* The Modern Law Review, Vol. 66, 2003, p. 772.

[188] Lelieur J., *'Transnationalising' Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Prin ciple of Personal Legal Certainty*, Volume 9, Issue 4 (September) 2013, p. 206.

quali ad esempio *plea bargain*[189]. Non essendoci equivalenza tra quei termini, non era chiaro a cosa dovesse riferirsi l'articolo 54 sul *ne bis in idem*.

A fronte di tale problematica, vista la mancanza di una definizione legale, la Corte di Giustizia dell'UE ha avuto modo di pronunciarsi sul punto in più di un'occasione. Viene in rilievo innanzitutto il caso *Gozutok vs. Brugge* in cui la Corte precisò che, ai sensi della disposizione dell'articolo 54: "*il principio del ne bis in idem, sancito dall'art. 54 della CAAS, si applica anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali, in forza delle quali il Pubblico ministero di uno Stato membro chiude, senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro, stabilita dal Pubblico ministero*"[190]. La stessa interpretazione non fu però riproposta dalla Corte nel caso *Miraglia* in cui la Corte affermò che qualora il processo fosse interrotto per via di un altro procedimento parallelo in un altro Stato membro non può applicarsi il criterio della "decisione finale"[191].

Dunque, la Corte nei due casi ha affrontato in due modi diversi la sottile problematica consistente nel valutare se il senso assiologico della disposizione di cui all'articolo 54 debba prevalere sulla necessità di giudicare l'accusato o meno. Pare che la tendenza intrapresa dalla Corte sia stata corroborata nel caso *Van Esbroeck* in cui la Corte ribadì che "*diritto alla libera circolazione è efficacemente tutelato soltanto qualora l'autore di un atto sappia che, una volta condannato e scontata la pena — o, se del caso, una volta definitivamente assolto in uno Stato membro —, può*

---

[189]Kuczyńska H., *Zasada ne bis in idem …*, *op. cit.*, p. 245-246; si veda anche Wyngaert Van den C., *The Transformation of international Criminal Law in Response to the Challenge of Organized Crime*, Reveu Internationale de Droit Pénal, 1999, p. 170.

[190]Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 11 febbraio 2003 nel caso Gözütok e Brügge, ap. C-187/01 e C-385/01, p. 48.

[191]Neagu N, *The ne bis in idem …*, *op. cit.*, p. 964.

circolare all'interno dello spazio Schengen senza dover temere di essere perseguito in un altro Stato membro nel cui ordinamento giuridico tale atto integri una distinta infrazione"[192].

Successivamente, nel caso *Gasperini* la Corte ritenne, avvicinandosi anche al problema della prescrizione di punibilità che: *il giudice penale di uno Stato contraente non può considerare una merce in libera pratica sul suo territorio per il solo fatto che il giudice penale di un altro Stato contraente ha accertato, a proposito di tale medesima merce, che il reato di contrabbando è prescritto*[193].

La Corte ribadì anche che il principio del *ne bis in idem* si applica ai casi di assoluzione per mancanza di prove in quanto si tratta di un accertamento di merito[194]. Indubbiamente, questa è un'interpretazione condivisibile, coerentemente con l'aspetto garantista dell'accordo di Schengen. Non potrebbe in nessun modo spiegarsi una situazione in cui, data la libera circolazione delle persone e la cooperazione giudiziaria molto sviluppata, un individuo assolto in uno Stato non potrebbe andare in un altro Stato membro per via del rischio di poter essere riprocessato dopo una sentenza di assoluzione[195].

Non pare esserci dubbio che nel caso di una sentenza di condanna condizionale con la messa alla prova si applica il *ne bis in idem*[196]. Tale conclusione è legata anche al fatto che il *ne bis in idem* previsto nella normativa europea, consiste anche di un criterio di calcolo della pena scontata, o in altre parole un *sui generis*

---

[192]Sentenza Della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Seconda Sezione) del 9 marzo 2006 nel caso *Van Esbroeck*, C-436/04, p. 34.

[193]Sentenza Della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Prima Sezione) del 28 settembre 2006 nel caso *Gasparini*, C-467/04, p. 52.

[194]Sentenza Della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 28 settembre 2006 nel caso *Van Straten,* C-150/05, p. 65.

[195]*Cfr* Fischera M., Janssens C., *Mutual Recognition of Judicial Decisions in Criminal Matters and the Role of National Judge,* ERA Forum, No. 8, 2007, p. 193-194; Sakowicz A., *Zasada…*, *op. cit.*, p. 367.

[196]Wyngaert Van der C., Stessens G., *The international …*, *op. cit.*, p. 799.

divieto di punire due volte per lo stesso fatto (*ne bis poena in idem*). Lo ha ribadito la Corte di Giustizia dell'UE nel caso *Kretzinger* in cui addirittura si sostenne che il *ne bis in idem* non si limita soltanto alla pena condizionale di reclusione, ma anche alle altre pene previste nelle rispettive leggi penali nazionali[197].

Senza addentrarsi troppo, non essendo questa la sede, occorre notare che la Corte si pronunciò anche sull'ultimo aspetto di cui all'articolo 54. Il riferimento è ai casi in cui la sentenza non può più essere eseguita. Nel caso *Bourqauin* la Corte sostenne che: "*il diritto alla libera circolazione è efficacemente tutelato, in un contesto come quello di cui al procedimento principale, soltanto qualora l'autore di un atto sappia che, una volta condannato e qualora la sanzione inflittagli non possa più essere eseguita secondo le leggi dello Stato contraente di condanna, egli potrà circolare all'interno dello spazio Schengen senza dover temere di essere perseguito in un altro Stato contraente in ragione del fatto che la sanzione non ha potuto essere eseguita direttamente a causa di particolarità procedurali del diritto nazionale del primo Stato contraente".*[198]

La Corte ha dovuto pronunciarsi anche in merito alla portata della locuzione usata per riferirsi all'elemento *idem*. Tale questione è interessante in vista della seguente analisi del principio del *ne bis in idem* nello Statuto di Roma, per il confronto con la terminologia usata in quest'ultimo.

La versione italiana dell'articolo 54, come riportato sopra, parla di "medesimi fatti" che, a primo avviso, pare indicare una concezione *in concreto* ovvero i fatti nel senso storico-naturalistico, come la condotta umana. Similmente nella versione inglese si parla di "*same acts*", in francese "*les mêmes faits*" e in tedesco "*einer Tat*".

---

[197]Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 18 luglio 2007 nel caso *Kretizinger*, C-288/05.

[198]Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Seconda Sezione) dell'11 dicembre 2008 nel caso *Klaus Bourquain*, p. 50.

L'interpretazione prevalente sarebbe quella espressa dalla Corte nel caso *Van Esbroeck* in cui si precisò che *"L'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione della nozione di «medesimi fatti» ai sensi dell'art. 54 della CAAS è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro*"[199]. La valutazione definitiva in proposito spetta, tuttavia, ai giudici nazionali competenti, che debbono accertare se i fatti materiali di cui trattasi costituiscano un insieme di fatti inscindibilmente collegati nel tempo, nello spazio nonché per oggetto[200]. Nel caso *Van Straaten* la Corte affermò che: "*per quanto riguarda i reati relativi agli stupefacenti, non viene richiesto che siano identici i quantitativi di droga di cui trattasi nei due Stati contraenti interessati né i soggetti che si presume abbiano partecipato alla fattispecie nei due Stati*"[201].

È dunque abbastanza univoco che la portata applicativa del *ne bis in idem* nella sua versione introdotta dall'articolo 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen rappresenta un esempio di efficacia e praticabilità. In più, sottolinea ciò che spesso difetta nel riconoscimento dell'effetto di *res iudicata* delle sentenze straniere – la fiducia reciproca degli ordinamenti.

---

[199] *Cfr* sentenza Van Esbroeck, *op cit.*, p. 36.
[200] *Ibidem*, p. 38.
[201] Sentenza Della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 28 settembre 2006 nel caso *Van Straten,* C-150/05, p. 53.

CAPITOLO III
Il *ne bis in idem* nello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale

Sommario: 1. La codificazione dell'articolo 20 sul *ne bis in idem. Segue.* Dibattito nella commissione codificatrice e le conseguenze della storia comune con il principio di complementarietà sul ruolo del *ne bis in idem. Segue.* La Commissione ad hoc e il post 1994. *Segue.* La versione finale dell'articolo 20 dello Statuto di Roma – osservazioni generali. 2. I requisiti del *ne bis in idem* nell'articolo 20. *Segue.* Il comma 1 – il previo giudizio nella CPI e la concezione orizzontale. *Segue.* Il comma 2 – la concezione discendente. *Segue.* La portata applicativa della nozione *<another court>*. *Segue.* L'elemento *bis. Segue.* L'elemento *idem* e la formulazione *<for a crime reffered to in article>*. *Segue.* Il paradosso della complementarietà. *Segue.* Il comma 3 – la concezione ascendente. *Segue. <who has been tried by another court>* e lo *chapeau* più ampio ma meno chiaro. *Segue.* La formulazione *in concreto <with respect to the same conduct also proscribed by article…>*. *Segue.* Le deroghe al principio nel comma 3 lettere a) e b). *Segue*. Il criterio di *ordinary crimes* – davvero omesso? *Segue.* Mirare a sottrarre la persona interessata alla responsabilità penale internazionale. *Segue.* Il processo non indipendente e imparziale, non conforme alle garanzie previste dal diritto internazionale. *Segue.* Il problema della mancata implementazione dei reati internazionali.

1. La codificazione dell'articolo 20 sul ne bis in idem.

L'analisi del testo della disposizione sul *ne bis in idem* deve partire da uno sguardo ai *travaux préparatoires,* nonché al dibattito nella Commissione Diplomatica di Roma. Questi pochi cenni storici sono utili a spiegare perché il testo dell'articolo 20 reitera parzialmente la terminologia usata nell'articolo 17 che disciplina le questioni relative alla procedibilità (complementarietà).

1.1. Dibattito nella commissione codificatrice e le conseguenze della storia comune con il principio di complementarietà sul ruolo del ne bis in idem.

La formulazione della disposizione sul *ne bis in idem* avvalora la tesi secondo cui, il principio codificato nello Statuto di Roma ha perso un po' il suo ruolo del garante dei diritti dell'imputato, per assumere il ruolo del corollario della norma sull'applicabilità di cui all'articolo 17. Infatti, lo Statuto di Roma stabilisce entrambi i principi nel secondo capitolo sulla "*giurisdizione, procedibilità e normativa applicabile*", rispettivamente negli articoli 17 e 20. Come invece emerge dai primi tentativi di dar vita ad un tribunale penale internazionale, l'approccio iniziale era completamente diverso.

Più di cinquant'anni fa, nel 1951 la Commissione del Diritto Internazionale aveva collocato la norma sul *ne bis in idem* (chiamata allora *subsequent trial*) nel capito intitolato "il processo" (*Trial*), mentre le norme sulla giurisdizione si trovavano in un altro capitolo concernente "le competenze della Corte" (*Competence of the Court*). All'epoca invece non si parlava ancora del concetto della complementarietà[202].

Qualche anno dopo, nella prima versione riveduta del suddetto *draft*, si introdusse per la prima volta nel sottotitolo dell'articolo 50, il termine *double jeopardy* (a differenza del precedente *subsequent trial*); la disposizione suddetta così recitava: "*no person who has been tried a acquitted or convicted before the Court shall be subsequently tried for the same offence in any court within the jurisdiction of any State which has conferred jurisdiction upon the Court with respect to such offence*"[203].

---

[202]Bassiouni M. C. , *The Statute of The ICC A Documentary History*, New York 1998, p. 741-748.
[203]*Ibidem*, p. 741-748.

Per quanto riguarda invece la complementarietà, occorre notare che in quegli anni per la prima volta si usò la nozione che, almeno in minima parte potrebbe rispecchiare la corrente formulazione della norma sull'ammissibilità - nel caso in cui lo Stato è privo di volontà o incapace a procedere. Si leggeva, nel testo dell'epoca infatti, che "*no case shall be brought before the Court when a domestic court of any one of the United Nations has jurisdiction and is in a position and willing to exercise such jurisdiction"*[204].

Ci sono voluti circa quarant'anni da quei primi, timidi tentativi di introduzione di un permanente tribunale penale internazionale per la ripresa dei lavoro. Come si rivelò solo allo scadere degli anni novanta, ciò portò a buon fine le idee della, oramai abbastanza ampia e forte, *lobby* dell'ICC.

Dopo la ripresa dei lavori, la Commissione di Diritto Internazionale, mise in luce innanzitutto il *draft statute* del 1994 che indubbiamente rappresenta la pietra miliare per la fondazione della Corte nella forma attuale. La formulazione del *draft* fu influenzata dagli Statuti dei Tribunali *ad hoc* per l'ex Yugoslavia e Rwanda, entrati in vigore pressoché contemporaneamente. Tale influenza si nota nell'articolo 42 in cui comparve il divieto del "*non bis in idem"*[205] molto più garantista rispetto alle versioni precedenti, collocato ancora nella parte concernente *"Trial",* ma in assoluta vicinanza all'articolo sul diritto all'equo processo. Particolarmente apprezzabile il terzo comma dell'articolo 42 che prevedeva il divieto del *ne bis poena in idem* indicando che "*in considering the penalty to be imposed on a person convicted under this Statute, the Court shall take into account the extent to which the penalty imposed*

[204]Stigen J,, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions*, Leiden-Boston 2008, p. 36.

[205] A prescindere dalla sua portata applicativa, utilizzò la formulazione ritenuta erronea da una parte della dottrina. Si veda: Kai Ambos e la dottrina ivi richiamata, che sostiene l'uso del *ne*, in esempio *ne dubitaveris* (do not hesitate), K. Ambos, *Treatise on International Law, Volume I: Foundations and General Part,* Oxford 2013, p. 396.

by another court on the same person for the same act has already been served".

Fino a quel punto, la norma sulla giurisdizione era ancora inserita nell'omonimo capitolo del *draft statute*. Il maggior avvicinamento all'attuale formulazione dello Statuto di Roma sta però nei criteri di ammissibilità di cui all'articolo 35 che grosso modo riflettevano quelli attualmente previsti[206]. Senza alcun dubbio, il lavoro presentato dalla Commissione alla sessantaquattresima sessione rappresentava la nuova epoca nei lavori sulla fondazione dell'ICC.

1.2. La Commssione ad hoc e il post 1994.

Durante i lavori della Commissione *ad hoc* per la fondazione dell'ICC svoltisi nel 1995, si presero le decisioni cruciali dal punto di vista della collocazione del principio di *ne bis in idem* come criterio aggiuntivo dell'ammissibilità. I rappresentanti presero atto dell'importanza della collocazione del *ne bis in idem* vicino ai criteri sull'ammissibilità. La Commissione, appunto, ritenne che "*the crucial importance of the non bis in idem principle in the interplay between national jurisdiction and the jurisdicition of the court was widely recognized. In this context one view was however expressed that article 42 in its current form came close to undermining the principle of <complementarity>. The appropriateness empowering the court to pass judgement on the impartiality or independence of national court was seriously questioned"*[207].

Inoltre, durante il dibattito, la Commissione sottolineò che rappresentanti di alcuni Paesi espressero i loro dubbi riguardo la costituzionalità del principio *ne bis in idem* nella versione dell'articolo 42. In particolare si parlò delle difficoltà

[206]Bassiouni M. C., *The Statute..., op. cit.*, p. 661-668.
[207]*Ibidem,* p. 642.

nell'introdurre il concetto del cd. “reato comune”[208] dunque la deroga al *ne bis in idem* ascendente nel momento in cui il tribunale statale avesse processato il reo per i fatti integranti il cd. “reato internazionale” sotto la qualificazione di un “reato comune”. In pratica, si parlò di un'eccezione introdotta già negli Statuti St.ICTY e St.ICTR.

Da un lato, si temeva che un tribunale statale potesse perseguire l'autore di un fatto qualificabile come genocidio sul piano internazionale, a titolo di semplice omicidio. In questo modo, infatti, il giudicato statale avrebbe avuto effetto preclusivo e l’individuo sarebbe sfuggito alla responsabilità per genocidio. Dall'altro lato, si sottolineava che il tribunale internazionale non poteva assumere il ruolo della corte d'appello, e pertanto non gli si poteva attribuire troppa discrezionalità nel verificare il giudicato statale. Al di là delle ambiguità terminologiche, i partecipanti ai lavori nella Commissione dettero peso alla necessità di mantenere uniti il principio del *ne bis in idem* con il principio di complementarietà[209].

Ed infatti, come si vede, sin dall'inizio entrambe le previsioni si incrociavano e scambiavano nelle varie proposte legislative di statuto della corte penale internazionale, rimanendo comunque sempre in una stretta correlazione.

Nonostante il rischio di un clamoroso fallimento all'ultimo istante, si riuscì a firmare lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale. Ciò che va sottolineato in questo luogo è che la Commissione ha mantenuto l'idea dell'ICC con un ruolo complementare rispetto alle giurisdizioni nazionali. Inoltre, la formulazione dell'articolo 20 sul *ne bis in idem* mantiene la stessa terminologia prevista nell'articolo 17 sui criteri di ammissibilità[210].

---

[208]Per approfondimento si veda il sottocapitolo 2.3.4.1
[209]Stigen J., *The Relationship…*, *op. cit.*, p. 76-77.
[210]Schabas W., *Introduction, op. cit.*, p. 18.

1.3. La versione finale dell'articolo 20 dello Statuto di Roma – osservazioni generali.

Ne bis in idem

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

2. Nessuno può essere giudicato da una diversa giurisdizione per un crimine indicato nell'articolo 5 per il quale è già stato condannato o assolto dalla Corte.

3. *Chiunque sia stato precedentemente giudicato da una diversa giurisdizione per condotte punibili anche ai sensi degli articoli 6,7,8 e 8[1], può essere giudicato dalla Corte solo se il procedimento di fronte all'altra giurisdizione:*

a) *mirava a sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale per crimini di competenza della Corte; o*

b) *in ogni caso non era stato condotto in modo indipendente ed imparziale, nel rispetto delle garanzie previste dal diritto internazionale, ma invece era stato condotto in modo da essere incompatibile, date le circostanze, con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia*[211].

L'articolo 20 sul *ne bis in idem* è stato collocato subito dopo le previsioni sull'ammissibilità della giurisdizione dell'ICC, precedendo la disciplina sulle fonti di diritto. Tale sistemazione può già indicare che la Commissione Preparatoria volesse dare peso alla natura formale del *ne bis in idem,* interpretandolo piuttosto nell'ottica di un sussidio processuale alla complementarietà, e non nell'ottica garantista di un *ne bis in idem* come un diritto fondamentale dell'imputato[212].

L'articolo 20 è diviso in tre commi: il primo che disciplina il divieto per la Corte stessa di giudicare due volte il medesimo crimine, il secondo che regola il

[211]La traduzione non ufficiale disponibile a http://www.unife.it.

[212]Bernard D., *Ne bis in idem – Protector of Defendants' Rights or Jurisdictional Pointsman?* Journal of International Criminal Justice 9 (2011), p. 871.

rapporto tra i giudici diversi nel momento in cui l'ICC giudichi un individuo per un crimine internazionale; il terzo che riguarda sempre il rapporto verticale, ma nella situazione in cui si tratti di un previo giudizio del tribunale statale.

Ciò che si nota ad una prima lettura, sono le diverse formulazioni utilizzate per disciplinare l'operatività del principio (l'elemento *idem*) rispetto alla Corte ed ai singoli Stati. Nel primo e terzo comma si è optato per una formula ampia (sostanziale) facente riferimento alla "*conduct which formed the basis of crimes"* ovvero "*also proscribed under article 6, 7 or 8".* Mentre, nel secondo caso si è applicato il criterio formale dell'individuazione delle condotte <*crime reffered to in art. 5*>[213].

La Commissione Preparatoria scelse dunque di rifiutare il linguaggio uniforme proposto nel *draft statute* del 1994 che, a sua volta, ripeteva le formule usate negli Statuti delle Corti *ad hoc*. Di conseguenza, l'articolo 20 non reitera la formulazione dell'elemento "*idem" <for acts constituting crimes>* sia riguardo al *ne bis in idem* ascendente che quello discendente[214].

Stessa diversificazione fu introdotta nell'art. 20 dello Statuto anche a riguardo dell'elemento *bis*. Nei primi due commi, è precluso il processo della persona interessata nel caso di un previo giudizio di condanna o assoluzione, espresso come <*who has been convicted or acquitted*>. Diversamente però, il terzo comma, preclude il processo dinanzi alla ICC nei confronti di un individuo <*who has been tried by another court*>. Dunque, il legislatore internazionale al terzo comma, non menziona una sentenza di condanna o assoluzione (*convicted or acquitted*), bensì fa riferimento

[213] Piva D., *Divieto di doppio giudizio e struttura "complessa" dei crimini internazionali*, [in:] Mezzetti E., (ed.), *Diritto Penale Internazionale,* Vol. II Studi, Giappichelli, Torino 2010, p. 246; nella versione italiana si legge: "per atti costitutivi di crimini"; "condotte punibili anche ai sensi degli articoli 6,7, e 8"; "per un crimine indicato nell'articolo 5".

[214] Tallgren I., Coracini A. R. , *Article 20*, [in:] O. Trifterrer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck-Hart-Nomos 2008, p. 682.

al processo, lasciando così spazio diverse possibili interpretazioni[215].

Inoltre, ciò che maggiormente suscita interesse in dottrina, sono le assai ambigue deroghe al divieto previste nel terzo comma, lett. a) e b) dell'articolo 20 che fanno riferimento ai criteri dell'equo processo (condotto in modo non indipendente o non imparziale, senza rispetto delle garanzie previste dal diritto internazionale aventi il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia) oppure ad un processo che mirava a sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale internazionale.

2. I requisiti del ne bis in idem nell'articolo 20.

L'analisi dell'articolo 20 proposta in questa sede riprende la sistematica dei commentari. Pertanto è stata divisa in tre parti, di cui ciascuna è dedicata ad un comma della disposizione sul *ne bis in idem*. Inoltre, ai fini di interpretare il testo delle seguenti disposizioni, spesso si fa il riferimento alla giurisprudenza internazionale, nonché quella delle corti dei diritti umani.

2.1. Il comma 1 - il previo giudizio della CPI e la concezione orizzontale.

L'articolo 20 comma 1) preclude il secondo giudizio dell'ICC nella situazione in cui il reo sia già stato precedentemente condannato o assolto dalla Corte stessa.

Pertanto, è una disposizione funzionante al livello orizzontale, che si applica solo nei casi in cui si corra il rischio di doppio processo per gli stessi fatti dinanzi all'ICC. In altri termini, si tratta di una disposizione simile a quella conosciuta sia

[215] *Ibidem.* p. 682.

dagli ordinamenti interni che dalla maggioranza delle convenzioni internazionali, nonché dai documenti relativi ai fondamentali diritti umani. Vale a dire, una disposizione simile al *ne bis in idem* formale previsto per esempio all'articolo 649 del codice di procedura penale italiano oppure all'articolo 17 § 1 pkt 7 del codice di procedura penale polacco[216].

Questa la versione ufficiale inglese del primo comma: <*Except as provided in this Statute, no person shall be tried before the Court with respect to conduct which formed the basis of crimes for which the person has been convicted or acquitted by the Court*>.

Il primo comma dell'articolo 20 dunque prevede, almeno in teoria, la situazione "meno complicata" in quanto regola i rapporti tra i giudici della Corte stessa. Il testo del primo comma *ab initio* implica comunque che si tratti di un'eccezione (*Except as provided in this Statute*). Infatti, inizialmente il *ne bis in idem* orizzontale interno, non era neanche previsto. Non se ne parlava né nel *draft statute* del 1994, né nelle prime versioni della disposizione in parola durante i lavori della Commissione Preparatoria. Ciò scaturisce dal fatto che alcuni Paesi ritenevano il *ne bis in idem* orizzontale addirittura talmente scontato da renderne inutile una espressa previsione. Comunque, alla fine si decise di introdurlo, spiegando che la disposizione non avrebbe fatto "danni". La versione adottata mescola la formula proposta dalla delegazione Portoghese e quella Statunitense[217].

[216]Anche se in realtà l'articolo 17 § 1 pkt 7 del cpp polacco si riferisce piuttosto al criterio negativo processuale di *res iudicata* in quanto prevede che non si avvia un nuovo processo e si archivia quello già inviato nel caso in cui il processo penale per lo stesso fatto storico della stessa persona sia già passato in giudicato oppure stia ancora correndo.

[217]Tallgren I., Coracini A. R. , *Article 20…*, *op. cit.*, p. 682.

Dunque, si è detto che il *ne bis in idem* orizzontale si applica <se non diversamente preveduto>. Pressoché tutti i commentatori ritengono che tale formulazione in primo luogo riguarda l'appello contro la sentenza di primo grado. Ciò che potrebbe sembrare scontato per un giurista continentale, non è del tutto ovvio per un giurista del sistema di *common law*, laddove l'appello del procuratore è spesso contrario al divieto del *ne bis in idem*. In questa sede va richiamata la sentenza *United States v. Martin Linen Supply Co*. in cui la Corte Suprema Americana ha sottolineato che la sentenza di proscioglimento non potrebbe essere rivista in quanto compromette il divieto di correre il pericolo del processo due volte per lo stesso fatto (*double jeopardy*)[218]. Nello statuto di Roma, si decise che, in base alla norma di cui all'articolo 81 il diritto di proporre l'appello contro la sentenza del primo grado in base a vizio di procedura, errore di fatto, errore di diritto spetta sia al procuratore che all'imputato[219].

Un'altra eccezione al *ne bis in idem* orizzontale si trova nella norma di cui all'articolo 84 dello Statuto di Roma che regola la revisione di una sentenza di condanna. La revisione, è ammissibile qualora emergano nuovi fatti sconosciuti al momento del processo, che constatati durante il processo avrebbero probabilmente comportato un verdetto diverso; qualora l'elemento probatorio decisivo per stabilire la colpevolezza fosse falso, contraffatto o falsificato; qualora il giudice abbia commesso un atto costituente un grave errore o inadempimento al suo dovere. Dunque, anche in tal caso, la revisione del verdetto costituirebbe un'eccezione al

[218]Sentenza della Corte Suprema Americana del 23 febbraio 1977 nel caso *United States v. Martin Linen Supply Co*., 430 U.S. 564, disponibile a: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/430/564/; l'ultima visita il 7.12.2015.

[219]Così per esempio: I. Tallgren, A. R. Coracini, *Article 20..., op. cit.*; Cassese A., Gaeta P., Jones J., *The Rome Statute of the International Criminal Court ,* Vol. 1, Oxford, 2002*;* K. Ambos, *Treatise on international criminal law..., op. cit.*.

divieto del *ne bis in idem* di cui alla norma dell'articolo 20 primo comma[220]. Anche in questo caso, la disposizione può essere attribuita alle classiche norme di connotazione continentale. In vari Paesi europei la revisione di una sentenza in base ai nuovi elementi probatori emersi dopo che la sentenza sia passata in giudicato è prevista nei rispettivi codici delle procedure penali. Per esempio, la normativa polacca sancisce all'articolo 540 che il processo può essere riaperto qualora emergano nuovi fatti o elementi probatori tali da indicare la non colpevolezza del reo.

In più la riapertura del processo nei suddetti casi mantiene la conformità dello Statuto con i fondamentali diritti umani, ad esempio con la disposizione dell'articolo 4 comma 2 del Protocollo n. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che prevede: "Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta"[221]. La revisione del processo è ammissibile unicamente a favore del condannato, benché durante la sessione preparatoria emersero voci propense anche alla disposizione inversa[222].

L'articolo 20 primo comma, in quanto all'elemento "*idem"* si riferisce a "*conduct which formed the basis of crimes*". Come già è stato anticipato sopra, il rapporto di medesimezza nell'articolo 20 è disciplinato in due maniere diverse, che usano la formula "*conduct*" nel primo e terzo comma, e *"crimes reffered to in article 5*" nel secondo comma. Dunque, in generale il riferimento è alla condotta nel senso

[220]Cassese A., Gaeta P., Jones J., *The Rome Statute…, op. cit.*, p. 722.
[221]Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali di Roma del 4.11.1950, nella versione italiana disponibile a: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf. (ultima visita il 12.12.2015).
[222]Tallgren I., Coracini A. R., *Article 20..., op. cit.*, p. 683.

storico-naturalistico, al di là della sua qualificazione giuridica oppure alla qualificazione del fatto ovvero il titolo di responsabilità [223] – *ergo* il reato previsto nella parte sostanziale del rispettivo codice penale statale o come nel caso dello statuto di Roma, l'articolo 5 sui reati di competenza della Corte. In questo luogo occorre notare, che la formula ampia, detta anche *in concreto,* sarebbe in linea anche con il minimo garantista richiesto per la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'imputato. Tale minimo, fu espresso dalla Corte EDU nella sentenza *Zolotukhin* in cui la Corte ha ribadito che l'elemento *idem* è efficace e praticabile solo se inteso nel senso storico-naturalistico e solo in questo modo assicura la prevedibilità e certezza dei diritti fondamentali dell'imputato[224].

Di conseguenza, la distinzione delle due interpretazioni diverse dell'elemento *idem* sotto la disciplina dell'articolo 20 implica che il legislatore internazionale abbia voluto introdurre al primo comma la versione più ampia dell'elemento *idem.* Tale soluzione, a sua volta, implica che nel caso del *ne bis in idem* orizzontale l'ICC non potrebbe perseguire per gli stessi fatti sia pur attraverso la diversa qualificazione. In altri termini, in linea con l'interpretazione *in concreto* un imputato assolto dall'ICC per crimini contro l'umanità non potrebbe essere giudicato di nuovo sotto l'accusa di genocidio se si trattasse della stessa condotta.

È indiscusso che l'elemento *idem* si riferisce solo alle condotte che possono essere qualificate come genocidio, crimine contro umanità, crimine di guerra e aggressione di cui all'articolo 5 dello Statuto, dato che la competenza della Corte è limitata solo a tali crimini. Ciò però non deve illudere, perché la vera rilevanza di un'interpretazione ampia dell'elemento *idem* nella concezione orizzontale prende

[223]Piva D., *Divieto di doppio…, op. cit.*, p. 246.
[224] La sentenza della Corte EDU nel caso *Sergey Zolotukhin v. Russia* del 10 febbraio 2009, ECHR (Grand Chamber), No. 14939/03, para 78.

spazio se si tiene conto della struttura complessa dei reati di competenza dell'ICC. Per fare un esempio, un omicidio può essere commesso sia con "intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso (art. 6 dello Statuto) sia nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell'attacco. In altri termini, l'uccisione di una persona, che generalmente già rappresenta un'azione illecita, può rappresentarsi qualificata diversamente nell'ottica della struttura del reato di competenza dell'ICC se commessa nel contesto di un attacco esteso o sistematico, oppure commessa con l'elemento finalistico di distruggere il gruppo etnico. È proprio qui, che il divieto del *ne bis in idem* sostanziale, accompagnato dalla disciplina del concorso di reati, preclude la reiterazione della valutazione penalistica dello stesso fatto. Tale problematica verrà affrontata in maniera più approfondita nell'ultimo capitolo di questo lavoro.

Infine, bisogna notare, che l'articolo 20 primo comma, in quanto all'elemento *bis,* fa riferimento alla sentenza di assoluzione o condanna. Dal tenore letterale della norma, ragionando in termini *a contrario* (confrontata la formulazione con quella rispettiva del terzo comma dell'articolo 20, che usa la formula <*who has been tried*>) il *ne bis in idem* non scatterebbe nel momento in cui nei confronti di una persona sia già avviato il processo dinanzi all'ICC non conclusosi ancora con una sentenza definitiva (per esempio nella fase di *non-confirmation of charges*, *withdrawal, ruling on admissibility ecc*)[225]. Sebbene, in pratica, tale conclusione pare improbabile, non sarebbe esclusa in assoluto se si tiene contro della disposizione dall'articolo 17 concernente i criteri di ammissibilità.

La concezione dominante nella dottrina continentale, riproposta anche dalla

[225]Tallgren I., Coracini A.R., *Commentary...*, *op. cit.*, p. 684.

CEDU, ritiene che il giudicato è considerato *final* (pertanto comporta l'effetto di *res iudicata*) nel momento in cui è irrevocabile. Vale a dire, non ci sono più i *further ordinary remedies,* le parti hanno già esaurito i rimedi previsti dalla legge oppure sia scaduto il termine per proporli[226].

A margine, occorre notare, che gli Statuti delle Corti *ad hoc* non prevedevano la disciplina analoga di *ne bis in idem* orizzontale. Dunque, il suo inserimento deve essere apprezzato, dal punto di vista del pieno adempimento ai requisiti del *ne bis in idem* non solo sussidiario ai criteri di ammissibilità, ma vera garanzia per l'imputato.

2.2. Il comma 2 - la concezione discendente.

Il secondo comma dell'articolo 20 dello Statuto di Roma statuisce il divieto del secondo processo in uno Stato parte dello Statuto nella situazione in cui l'ICC ha già pronunciato la sentenza di condanna o di assoluzione in merito ad un crimine di sua competenza. In altre parole, si tratta del *ne bis in idem* discendente, che regola il rapporto tra due corti diverse, l'ICC e la corte di uno Stato interessato a perseguire un reato di rilevanza internazionale. Il che potrebbe accadere, dato il fatto che sia le giurisdizioni nazionali sia quelle internazionali sono legittimate a punire i crimini internazionali. La concorrenza nel senso discendente, potrebbe riscontrarsi anche come conseguenza di un tardo adempimento al dovere statale di perseguire il reato, quale potrebbe risultare, nel frattempo, in una valutazione di mancata voglia o incapacità dello Stato di perseguire il caso. Tale situazione, come specificato prima, potrebbe rappresentare il presupposto di applicazione della complementarietà rispetto ad una giurisdizione nazionale, che non voglia avvalersi del suo diritto di

[226]La sentenza della Corte EDU nel caso *Nikitin v. Russia* del 20 Luglio 2004, para. 37; così anche nel caso *Horciag v. Romania*, decisione del 15 marzo 2005.

"precedenza" [227] nell'esercitare il suo *ius puniendi* e perseguire un crimine internazionale. Pertanto, è fuori da ogni discussione l'importanza della disposizione di cui all'articolo 20 secondo comma. D'altronde, non è escluso anche il più semplice caso, in cui uno Stato possa presentarsi *willing* a giudicare un suo cittadino, solo dopo che esso sia stato giudicato dall'ICC.

Questa è la versione ufficiale inglese del secondo comma: "*No person shall be tried by another court for a crime referred to in article 5 for which that person has already been convicted or acquitted by the Court*".

2.2.1. La portata applicativa della nozione <another court>.

La portata applicativa della norma in questione va limitata dalla nozione *another court*. *In primis*, ragionando in termini di interpretazione sistematica, si tratterebbe dei tribunali statali la cui giurisdizione sui crimini internazionali concorre con quella dell'ICC[228]. Non sembra esserci alcun problema finché si tratti di un tribunale dello Stato firmatario dello Statuto di Roma, in quanto è uno Stato parte. Ugualmente, il giudicato dell'ICC dovrebbe precludere un secondo processo in uno Stato terzo "accettante" - tramite una dichiarazione depositata in Cancelleria di cui all'art. 12 comma 3 dello Statuto. Il problema vero si pone nel momento in cui, un tribunale di uno Stato terzo (non firmatario dello Statuto di Roma) voglia giudicare la persona assolta dall'ICC. Lo Statuto di Roma, essendo un patto internazionale, va interpretato in linea con i principi espressi dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati il cui art. 34 dispone che un trattato internazionale non può produrre né

[227]Si veda anche: Brown B.S, *Research handbooks…, op. cit.*, p. 16.
[228]Cassese A., Gaeta P., Jones J., *The Rome Statute...., op. cit.,* p. 723.

diritti né obblighi per gli Stati terzi (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*). Inoltre, come è stato già anticipato, il *ne bis in idem* (ovvero il riconoscimento dell'effetto di *res iudicata* delle sentenze straniere) non è inequivocabilmente riconosciuto come principio del diritto internazionale. Pertanto, il *ne bis in idem* discendente non può produrre nessun effetto per uno Stato terzo. In effetti, in tal caso, potrebbero essere solo le norme interne dello Stato terzo a precludere o meno il secondo giudizio dopo che il reo sia già stato giudicato dall'ICC. Sebbene questo rappresenti una lacuna dal punto di vista di diritti fondamentali, non pare vi fossero alternative per la Commissione Preparatoria. Per completezza, va detto che ai tempi del *draft statute* del 1994 si parlava di una norma (all'articolo 96) sull'obbligo di riconoscere il giudizio della Corte (<State parties [shall] [undertake and recognize] [and to] enforce directly on their territory [give effect to] the judgments of the Court>)[229]. Essa, nonostante fosse rivolta solo agli Stati parte, alla fine non fu introdotta allo Statuto di Roma.

Un altro problema si pone nel momento in cui si tratta di una relazione orizzontale sopra-nazionale, cioè tra l'ICC e gli altri tribunali internazionali. In dottrina, la maggioranza dei commentatori ritiene che la sentenza finale dell'ICC produce l'effetto di *res iudicata* anche nei confronti dei tribunali internazionali. Pertanto, si ritiene che lo *chapeau* della norma, che usa la formulazione *<another court>* comprende anche i tribunali internazionali[230]. Tale interpretazione ha senso, in quanto comunque si tratta di una relazione tra l'ICC, quale il tribunale legato strettamente al Consiglio di Sicurezza dell'ONU (*vide* la competenza di sospendere l'investigazione o il processo tramite una risoluzione del Consiglio di Sicurezza in

[229]Palmisano, G., *ICC and third states,* [in:] Lattanzi F., Schabas W., *Esssays on the Rome Statute of the International Criminal Court,* Il Sirente, 1999, p. 414-416.
[230]Così Tallgren I., Coracini A.R. *Commentary..., op. cit.,;* Cassese A., Gaeta P., Jones J., *The Rome Statute..., op. cit.*

base al Capitolo VII della Carta dell'ONU di cui all'articolo 16 dello Statuto[231]) e uno dei tribunali internazionali - come per esempio ICTY o ICTR - che furono fondati sempre dall'ONU.

Ragionando in termini di interpretazione sistematica e sulla base del tenore letterale dell'articolo 20 secondo comma dello Statuto, si nota inoltre, che nel capitolo sull'ammissibilità spesso si fa riferimento allo "Stato". Così per esempio all'articolo 17 primo comma, che segue "la Corte dichiara improcedibile il caso se: (...) sullo stesso sono in corso di svolgimento indagini o provvedimenti penali condotti da uno Stato". Tale formulazione non è stata usata dall'articolo 20 secondo comma, che si riferisce invece a <*another court*> e nella versione francese <*a autre juridiction*>[232]. Pertanto, sembra opportuno condividere l'interpretazione proposta dalla dottrina, che accetta anche l'applicazione del principio agli altri Tribunali sovranazionali, anche dal punto di vista finalistico. Vale a dire, che comunque un'ipotetica concorrenza di giurisdizione dell'ICC con uno dei tribunali *ad hoc* o cd. tribunali internazionalizzati sembra ipotizzabile soltanto in via teorica, vista la molto limitata competenza *ratione terporis* e *ratione loci* di questi ultimi. *De lege ferenda*, come sottolineano Tallgren e Coracini nel loro commentario, qualora dovessero essere fondate altre Corti *ad hoc* o Corti ibride, occorrerà comunque inserire un riferimento all'effetto di *res iudicata* del giudizio dell'ICC[233].

---

[231]Art. 16 dello Statuto di Roma nella versione ufficiale segue: No investigation or prosecution may be commenced or proceeded with under this Statute for a period of 12 months after the Security Council, in a resolution adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations, has requested the Court to that effect; that request may be renewed by the Council under the same conditions.

[232]Klip. A, Wilt van der H., *AIDP – Non bis in idem…, op. cit.*, p. 1024.

[233]Tallgren, I., Coracini, A.R., *Commentary..., op. cit.*, p. 696.

2.2.2. L'elemento bis.

Analizzato lo *chapeau* soggettivo della disposizione in questione, bisogna verificare ciò che ricomprende l'elemento *bis* nella sua concezione discendente riportata all'articolo 20 secondo comma dello Statuto di Roma.

Innanzitutto si nota che così come nel comma precedente, si è scelta la locuzione <*convicted or acquitted*>. Ciò significa che si è optato pe una formulazione diversa da quella usata nel terzo comma che fa riferimento a <*has already been tried*>, nonché da quella prevista già nel *draft statute* del 1994[234]. Anche gli statuti dei tribunali *ad hoc* utilizzavano la formula, apparentemente, più ampia che faceva riferimento al giudicato (processato) in termine generico, anziché alla sentenza definitiva di assoluzione o condanna[235]. Da notare è però la seconda proposta dell'articolo sul *non bis in idem* inserita nel *Report* della International Law Commission del 1996 in cui si scisse: <*once convicted or acquitted by a final judgement of the Court, a person may no longer be accussed on the basis of the same evindence, either by the ograns of the Court or by the judicial authorities of the State parties*>[236].

Di conseguenza, si nota che il valore che si voleva attribuire al giudicato, dal punto di vista della *res iudicata* dell'ICC non era del tutto chiaro. Analogamente ad

---

[234]Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, *Volume II (Compilation of Proposals) G.A., 51 st. sess., supp., no. 22, A/50/22, 1996,* [in:] Bassiouni M. C, *The Statute…, op. cit.*, p. 547-548.

[235]Nella versione ufficiale dello Statuto dell'ICTY: "No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present Statute, for which he or she has already been tried by the International Tribunal". Disponibile a http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf (l'ultima visita il 17.12.2015).

[236]Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, *Volume II (Compilation of Proposals) G.A., 51 st. sess., supp., no. 22, A/50/22, 1996,* [in:] Bassiouni M. C., *The Statute...*, *op. cit.*, p. 485.

altre disposizioni, le proposte consegnate variavano e differivano una dall'altra.

Indubbiamente, il preciso riferimento alla sentenza di assoluzione o condanna, a primo avviso, crea molte meno ambiguità che un vago termine <*tried*>. Non è però del tutto chiaro se l'uso di quel termine non diminuisca le garanzie dell'imputato il quale potrebbe ritrovarsi in una situazione di dover subire due processi contemporaneamente (qualora lo permettesse il diritto dello Stato in cui potrebbe essere processato).

<*Convicted or acquitted*> vuol dire un giudicato definitivo di merito che decide la colpevolezza del reo. Un giudicato pronunziato dopo che si sia svolto il processo[237]. Prima di tale sentenza il *ne bis in idem* non scatta. La delegazione americana alla Commissione Preparatoria suggerì che l'idea era quella di non precludere il giudizio dinanzi al tribunale statale nel caso in cui il procuratore ritirasse il capo di accusa o il processo fosse pendente[238]. Bisogna sottolineare però che nella concezione americana si dà peso anche alla dottrina di <*dual sovereignty*> secondo la quale due Stati (*two sovereigns*) possono giudicare un individuo pur non violando il *double jeopardy* se la sua condotta illecita viola il diritto in ambo gli Stati[239]. Ad ogni modo, alla stregua della formulazione inserita nell'art. 20 secondo comma, una decisione preliminare ovvero una valutazione negativa da parte del Procuratore emanata in base all'articolo 15 dello Statuto non avrebbe l'effetto preclusivo su uno Stato parte.

Un caso rilevante per la questione dell'elemento *bis* discendente fu quello di *Ntuyahaga* – svoltosi dinanzi l'ICTR - uno dei sospetti nel caso dell'omicidio del Primo Ministro del Rwanda *Uwilingiyimana,* nonché dell'uccisione di 10 caschi blu

[237]Sakowicz A., *Zasada…*, *op. cit.*, p. 285.
[238]Tallgren I., Coracini, A.R., *Commentary...*, *op. cit.*, p. 687.
[239]Neagu N., *The ne bis in idem…*, *op. cit.*, p. 962-963.

dell'ONU (*Un-blue helmets*) che gli facevano da scorta. Egli inizialmente avrebbe dovuto essere accusato di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. Tuttavia l'ICTR decise di considerare solo il crimine di genocidio, rivolgendosi ai tribunali in Belgio e in Rwanda con la richiesta di perseguire *Ntuyahaga* per gli altri reati sospetti. Su richiesta di tribunale del Belgio, il Procuratore ritirò le accuse in modo che *Ntuyahaga* potesse essere trasferito in Belgio per il successivo processo. Di conseguenza, la *Chamber* confermò il ritiro dell'accusa, per poi dichiararsi incompetente in quanto al trasferimento di *Ntuyahaga* in Belgio. La difesa di *Ntuyahaga* si oppose alla decisione della Corte insistendo senza successo per il suo proscioglimento, che di conseguenza avrebbe precluso un secondo processo per gli stessi reati in Belgio proprio in base al *ne bis in idem*. L'ICTR rigettò la richiesta della difesa, in base alla Regola 98 argomentando che una sentenza di assoluzione può dirsi tale, soltanto dopo che il Procuratore abbia presentato il materiale probatorio ed esso non venga ritenuto sufficiente per sostenere l'istanza del PM[240].

Tale situazione ebbe luogo anche nei confronti di *Alphonse Higaniro* il cui caso fu inizialmente rinviato dagli organi giudiziari del Belgio all'ICTR. Quest'ultima, dopo aver esaminato le prove a disposizione rifiutò di procedere con il caso pur non confermando il capo di accusa. Conseguentemente la Corte Suprema in Belgio rinviò la causa di nuovo alla Corte d'Assise statale (ciò che era possibile in base all'articolo 8 del *Tribunals co-operation act*) che, a sua volta, condannò l'imputato. *Higaniro* reclamò la violazione del principio del *ne bis in idem.* L'istanza di violazione fu rigettata dalla Corte Suprema in base all'argomentazione secondo quale la decisione

[240]La decisione dell'ICTR del 18 marzo 1999, Trial Chamber, nel caso *Prosecutor v. Ntuyahaga*, Decision on the Prosecutor's Motion to withdraw the Indictment; riportata in: Vander Beken T., Vermuelen G., Ongena T., *Belgium concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle'ne bis in idem*, Revue International de Droit Penal, Vol 73, 2002/03, pp. 838-839.

di non confermare il capo di accusa dal Tribunale *ad hoc* non ha l'effetto *rei iudicatae* circa l'esistenza o non esistenza di fatti e la loro qualificazione[241].

Dato che lo Statuto reitera, riguardo la materia ad oggetto, anche il linguaggio usato nella art. 4 del 7 protocollo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, pare opportuno prendere in considerazione alcune decisioni della Corte di Strasburgo sul punto.

Nel caso *Nikitin* la CEDU ha affermato che una sentenza si può chiamare definitiva nel momento in cui non ci siano più le vie di impugnazione "ordinaria" ovvero le parti le hanno esaurite o non se ne sono avvalse in tempo[242].

In altre parole, come ritenuto nel caso *Zolotukhin* la sentenza contro la quale si è ancora in termine per presentare l'appello sarebbe esclusa dalla garanzia di cui all'articolo 4 del 7 protocollo della Convenzione EDU. D'altronde, un rimedio straordinario come la riapertura del processo non influisce sul considerare o meno una sentenza definitiva[243].

Diversamente però la Corte ha ritenuto nel caso *Franz Fischer* in cui ha ribadito che ai fini della garanzia di cui all'articolo 4 protocollo 7 l'interpretazione del linguaggio usato non si potrebbe limitare a precludere che un individuo sia punito due volte (*not to be punished twice*), ma anche che sia processato due volte (*non to be tried twice*)[244].

Invece la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso *Van Straaten* ha sottolineato che "l'avvio di un procedimento penale in un altro Stato contraente per i

---

[241]Vander Beken T., Vermuelen G., Ongena T., *Belgium concurrent…, op. cit.*, p. 832.

[242]La sentenza della Corte EDU nel caso *Nikitin v. Russia* del 20 luglio 2004, 50178/993, ECHR, 2004-VII, p. 37. Disponibile a http://sutyajnik.ru/rus/echr/judgments/nikitin_eng.html.

[243]La sentenza della Corte EDU nel caso *Zolotuhkin v. Russia* del 10 febbraio 2009, 14939/03, p. 108, disponibile a <http://hudoc.echr.coe.int>.

[244]La sentenza della Corte EDU nel caso *Franz Fischer v. Austria* del 29 agosto 2001, 37950/97, p. 29, disponibile a <http://hudoc.echr.coe.int>.

medesimi fatti comprometterebbe, nel caso di un'assoluzione definitiva per insufficienza di prove, i principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento. Infatti, l'imputato dovrebbe temere nuovi procedimenti penali in un altro Stato contraente, sebbene gli stessi fatti siano già stati definitivamente giudicati. (...) Il principio del ne bis in idem, sancito all'art. 54 della CAAS, trova applicazione ad una decisione dell'autorità giudiziaria di uno Stato contraente con cui un imputato è definitivamente assolto per insufficienza di prove"[245].

Sembra infatti, che il riferimento al *convicted or acquitted* introdotto dagli Stati parte dello Statuto, mantenga una certa chiarezza, se guardato nell'ottica di tutta la disposizione dell'articolo 20. Bisogna però sottolineare che lo Statuto dell'ICC non prevede tante delle decisioni "alternative" alla classica sentenza definitiva di merito, quali per esempio il patteggiamento, la sentenza di non luogo a procedere ovvero le sentenze procedurali previste nelle codificazioni interne. Come meglio si dirà in seguito, il linguaggio opposto, cioè quello che non specifica il tipo delle sentenze finali che rientrano nello *chapeau* della norma, bensì fa riferimento soltanto al processo stesso, può causare molte più ambiguità.

2.2.3 L'elemento idem e la formulazione <for a crime reffered to in article>.

Chiarita la questione di cosa si intende sotto l'elemento *bis* e qual è lo *chapeau* della locuzione *another court*, bisogna passare a ciò che rappresenta l'elemento più discusso del *ne bis in idem* discendente. Il riferimento è all'elemento *idem*.

La scelta tra la nozione *in concreto* e quella *in abstracto* rimase aperta

[245]La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Prima Sezione) del 28 settembre 2006, Van Straaten, C-150/05, par. 59-61.

letteralmente fino alla fine del dibattito nella Commissione Preparatoria. Come riporta *Chairman's Working Paper* addirittura all'ultima sessione si teneva in considerazione la locuzione *<for conduct constituting a crime referred to in article 5>* che sarebbe stata molto più simile alla disposizione del primo e terzo comma dell'articolo 20[246]. Mentre il *draft statute* del 1994 usava la locuzione *<for acts constituting a crime of the kind referred to in article...>*[247] la quale riprendeva pressappoco le rispettive disposizioni dello Statuto dell'ICTY e dell'ICTR. Come si legge nel *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of the International Criminal Court* (sessione Marzo-Aprile e Agosto del 1996) l'intenzione era quella di non formulare il *ne bis in idem* in maniera tale da lasciare agli autori dei crimini più gravi possibilità di "sfuggire" da qualsiasi responsabilità[248]. Chiaramente, l'intenzione tanto giusta, quanto controversa, ha fatto "sfuggire" agli autori dello Statuto altre interessanti proposte alternative. Ad esempio come quella inserita nel secondo volume del suddetto *Report* in cui si optava per la locuzione seguente: *<once convicted or acquitted by a final judgement of the Court, a person may no longer be accused on the basis of the same evidence, even for a different offence, either by the organs of the Court or by the judicial authorities of the State parties>*[249].

Al di là dei timidi tentativi di opposizione, già dagli anni '90 prevaleva l'idea di non limitare la potestà giurisdizionale degli Stati, lasciando aperta la possibilità di avviare il secondo processo. In altre parole, nel caso dell'interpretazione *in abstracto* allo Stato non sarebbe precluso di riformulare l'accusa derivante dalla stessa condotta dell'autore già giudicato dal tribunale internazionale sotto un diverso *nomen iuris* per

[246]Tallgren, I., Coracini, A.R., *Commentary..., op. cit.*, p. 696.
[247] Disponibile a <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1994.pdf>. L'ultima visita il 13.12.2015.
[248]Bassiouni, M.C., *The Statute...*, *op. cit.,* p. 411.
[249]*Ibidem,* p. 485.

poi giudicarlo per la seconda volta[250]. Per fare un esempio: se l'agente viene assolto per la mancanza dell'elemento finalistico del crimine di genocidio, può comunque rispondere penalmente per il reato di omicidio (o qualunque possa essere la qualificazione del fatto sotto la norma penale interna) per la stessa condotta, nel senso storico, per la quale è stato già assolto. Come accennato sopra, sino all'ultima sessione della Commissione Preparatoria, si discuteva se gli Stati dovessero mantenere la possibilità di procedere successivamente nei confronti dell'imputato giudicato dall'ICC o meno. Si sottolineava che molti degli ordinamenti interni non riconoscono l'effetto di *res iudicata* del giudicato straniero, e in caso di precedente sentenza straniera di condanna deducono la pena già scontata dalla pena imposta dal giudice interno – cioè cd. *principle of deduction*[251].

In genere, la distinzione tra l'interpretazione ampia e restrittiva potrebbe dirsi correlata con la differenziazione tra l'approccio continentale e quello anglosassone. Come già accennato nel secondo capitolo, nella maggior parte dei paesi europei vige la concezione ampia, cioè il riferimento alla condotta nel senso storico-naturalistico. D'altronde nei paesi rientranti nel cd. c*ommon law* si riprende piuttosto la concezione restrittiva, secondo la quale il divieto del *ne bis in idem* non scatta qualora si processi un individuo nuovamente per gli stessi fatti, ma sotto un diverso capo di accusa[252]. Come a riguardo di tutte le altre disposizioni trattate durante la Commissione Preparatoria, anche in questo caso il suddetto criterio di provenienza ha avuto impatto sulla formulazione finale.

---

[250]Manacorda S., Vanacore G., *The right not to be tried twice for international crimes. An overview of the ne bis in idem principle within the ICC and the ICTs Statutes*, Forthcoming in Triestino Mariniello (ed.) The First Ten Years of the International Criminal Court: Achievements and Challenges, Routledge 2014 (or 2015) p. 10-11, disponibile al SSRN http://ssrn.com/abstract=2464479.

[251]Tallgren, I., Coracini A.R., *Commentary...., op. cit.*, p. 686.

[252]Wyngaert Van Den C., Stessen, G., *The International...*, *op. cit.*, p. 790.

Alla fine, si scelse la formulazione <*for a crime reffered to in article 5*> che si oppone al linguaggio usato nei restanti commi dell'articolo 20. Quasi tutti gli autori concordano sul fatto che la Commissione Preparatoria ha agito al fine di evitare che una persona possa sottrarsi alle responsabilità penali interne per il solo fatto di essere stata giudicata per un crimine di competenza dell'ICC, oppure per precludere ai tribunali interni la possibilità di perseguire un reato "al sopraggiungere" delle nuove prove[253]. In altri termini, un compromesso che però mette in serio dubbio il *ne bis in idem* concepito come un diritto fondamentale dell'accusato.

Pertanto l'elemento *idem* riguarda il *nomen iuris.* In questo luogo, sembra opportuno fare un riferimento alla Sentenza della Corte Europea di Giustizia nel caso *Van Esbroeck* in cui la Corte si è pronunciata come segue:

> "Tuttavia, da un lato, dal testo dell'art. 54 della CAAS, che ricorre alla locuzione «i medesimi fatti», risulta che tale disposizione si riferisce all'aspetto materiale dei fatti in causa, restando esclusa la loro qualificazione giuridica. Occorre altresì constatare che i termini utilizzati nel detto articolo si distinguono da quelli rinvenibili in altri strumenti internazionali che accolgono il principio «ne bis in idem». Infatti, contrariamente all'art. 54 della CAAS, tanto l'art. 14, n. 7, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, quanto l'art. 4 del protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ricorrono alla nozione di «reato», risultando dunque pertinente il criterio della qualificazione giuridica dei fatti come presupposto per l'applicazione del principio «ne bis in idem» sancito da questi ultimi strumenti"[254].

---

[253]Piva D., *Divieto di doppio*…, *op. cit.*, p. 246.

[254]Sentenza della Corte Europea di Giustizia dell'Unione Europea nel caso *Van Esbroeck* del 9 marzo 2006, C-436/04, par. 27-28, versione italiana disponibile al http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-436/04.

Occorre richiamare anche la parte dell'*obiter dictum* della Sentenza *Zolotukhin* in cui la CEDU ha ribadito con riferimento al termine *idem* nel senso restrittivo che un altro:

> "(...) approccio pone l'accento sugli "elementi essenziali" dei due reati. In Franz Fischer c. Austria (n. 37950/97, 29 maggio 2001), la Corte ha confermato che l'articolo 4 del protocollo n. 7 consente l'esercizio dell'azione penale per vari reati derivanti da un unico atto criminale (Idéal concours d'infrazioni). Tuttavia, sarebbe incompatibile con questa disposizione se un soggetto venisse giudicato o punito di nuovo per i reati che sono stati semplicemente "nominalmente diversi". La Corte ha dichiarato di essere tenuta ad esaminare se tali reati hanno o meno i medesimi "elementi essenziali". Tale approccio è stato seguito nel caso di WF c. Austria (n. 38275/97, 30 maggio 2002) e Sailer c. Austria (n. 38237/97, il 6 giugno 2002), entrambi i quali sono stati basati su una serie di simili circostanze"[255].

Sebbene tale approccio sia stato conseguentemente rigettato dalla CEDU in quanto ogni concezione restrittiva dell'elemento *idem* sarebbe non in linea con l'efficacia e praticabilità del *ne bis in idem* quale garanzia dei diritti dell'imputato, esso trova comunque spazio nella norma dell'articolo 20 comma 2 dello Statuto di Roma e sembra richiamare il criterio degli elementi diversi a cui fece riferimento anche l'ICTY nella sentenza *Delalic*.

La questione si complica nel momento in cui si pensi al caso in cui un individuo venga condannato per i crimini contro l'umanità (per esempio per lo stupro

---

Sebbene, nel suddetto verdetto della Corte si tratti della locuzione "reato" (nella versione ufficiale "*offence*") il *chapeau* di quest'ultimo sembra stare in linea con il termine "crimine" utilizzato nello Statuto di Roma

[255]La sentenza della Corte EDU Zolotuhkin vs. Russia del 10 febbraio 2009, Decisione n. 14939/03, traduzione non ufficiale disponibile al: http://www.progettoinnocenti.it/dati/525CEDURUSSIA.pdf.

e per la tortura) e poi successivamente venga riprocessato dal tribunale statale in base alle stesse condotte per il crimine di genocidio. Ciò sembra possibile dato il tenore letterario della norma in questione[256]. Per ridurre il caso all'assurdo, il secondo processo per gli stessi fatti sarebbe in linea con il preambolo dello Statuto in cui si legge che gli Stati sono "*Determinati a porre termine all'impunità degli autori di tali crimini contribuendo in tal modo alla prevenzione di nuovi crimini*".

Tale interpretazione dell'elemento *idem* fu singolarmente smentita però, ragionando *a contrario* dalla decisione dell'ICTR del 17 marzo 1996 nel caso *Bagosora* in cui la corte ribadì in riferimento alla locuzione <acts constituting crimes ...> che l'agente non può essere nuovamente processato per gli stessi fatti costituenti crimini internazionali nel caso in cui sia già stato giudicato per crimini di guerra[257].

In fine, bisogna sottolineare che lo Statuto non prevede alcun tipo di conseguenze per lo Stato che elude il principio in questione. In pratica, l'unica disposizione che riguarda la violazione delle disposizioni dello Statuto è contenuta nell'articolo 87 (7) che segue: Se uno Stato Parte non aderisce ad una richiesta di cooperazione della Corte, diversamente da come previsto dal presente Statuto, impedendole in tal modo di esercitare le sue funzioni ed i suoi poteri in forza del presente Statuto, la Corte può prenderne atto ed investire del caso l'Assemblea degli Stati parti o il Consiglio di sicurezza se è stata adita da quest'ultimo[258].

In pratica però l'articolo 87(7) riguarda piuttosto la situazione in cui lo Stato rifiuta di cooperare con la Corte, dunque di intraprendere azioni richieste quali per

---

[256]Così anche Tallgren, I., Coracini A.R., *Commentary...*, *op. cit.*, p. 686.

[257]La sentenza dell'ICTR del 17 maggio del 1996 nel caso *Prosecutor v. Bagosora, Decision on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral,* quotata dal A. Klip and G. Sluiter (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. 2, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 847.

[258]De la Cuesta J., *Concurrent ... op. cit.*, p. 731.

esempio il *surrender* dell'accusato, le questioni di sicurezza o di raccolta delle prove. Ciò che è successo in merito al Malawy che ha rifiutato di cooperare nel caso *Presecutor v. Al Bashir*[259].

Dal tenore letterario della disposizione all'articolo 87(7) non sembra esserci la possibilità di iniziare qualsiasi azione davanti all'Assemblea degli Stati o il Consiglio di sicurezza qualora lo Stato abbia violato la norma del *ne bis in idem, i*n quanto non si tratterebbe di un rifiuto a cooperare in senso stretto. D'altronde lo Stato che ha aderito allo Statuto, ha di *per sé* accettato le sue disposizioni e dichiarato a voler istituire "una Corte penale internazionale permanente e indipendente, collegata con il sistema delle Nazioni Unite competente a giudicare sui crimini più gravi motivo di allarme per l'intera comunità internazionale"[260]. Pertanto, sembra che così lo Stato abbia accettato anche una richiesta generale di cooperare con la Corte. Come indicano Tallgren e Coracini questa dell'articolo 87 è l'unica disposizione che potrebbe comunque trovare applicazione nel caso della violazione del *ne bis in idem*[261].

Un esempio di buona fede da parte dello Stato nel riconoscere il giudizio finale dell'ICC è rappresentato dall'articolo 114 § 3 comma 2 del codice penale polacco, che fa eccezione al generale non riconoscimento delle sentenze straniere/esterne. La disposizione è stata inserita nel codice penale proprio assieme alla ratifica dello Statuto di Roma per consentire la realizzazione di un *ne bis in idem*

---

[259]La decisione dell'ICC, *Prosecutor v. Al Bashir,* del 12 dicembre 2011, IT-02/05-01/09-139, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Disponibile a:http://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/doc1287184_02.pdf.

[260] Preambolo dello Statuto che segue: Determinati ad istituire a tali fini e nell'interesse delle generazioni presenti e future, una Corte penale internazionale permanente e indipendente, collegata con il sistema delle Nazioni Unite competente a giudicare sui crimini più gravi motivo di allarme per l'intera comunità internazionale. Traduzione inufficiale.

[261]Tallgren I., Coracini A. R., *Commentary...*, *op. cit.*, p. 696.

internazionale[262].

2.2.4. Il paradosso della complementarietà.

Riproponendo con una piccola modifica l'esempio del precedente paragrafo, si può pensare alla situazione in cui un individuo sia assolto dall'ICC per i crimini di guerra (per esempio per mancanza dell'elemento del contesto) e venga successivamente riprocessato dinanzi al giudice statale per gli stessi fatti sotto un diverso capo di accusa, per esempio il crimine di genocidio. Tale situazione sarebbe riconducibile sotto alcune circostanze, poiché come si è già detto, il caso è ammissibile davanti all'ICC solo se lo Stato si presenta <*privo di volontà*> o <*incapace*> a perseguire il reato[263]. Pertanto, nel caso in parola, *in primis* il Procuratore verifica "la capacità del singolo Stato di effettuare in maniera adeguata e senza condizionamenti le dovute indagini o di celebrare processi"[264]. Qualora la valutazione sia negativa, dovuta appunto, per esempio all'incapacità dello Stato nazionale a giudicare quell'individuo, può avviarsi il processo dinanzi all'ICC. Di conseguenza, tale processo può finire con la sentenza di assoluzione per i crimini contro l'umanità. Questo però, alla stregua dell'interpretazione *in abstracto* del divieto del *ne bis in idem*, non preclude allo Stato precedentemente ritenuto dall'ICC *incapace* di avviare il secondo processo per gli stessi fatti davanti al giudice nazionale. Ovviamente, l'ICC avrebbe le mani legate in una situazione del genere, poiché essa stessa sarebbe bloccata dal divieto di *ne bis in idem*.

Tale situazione non costituisce una mera ipotesi di scuola. Nel caso

[262]Zawłocki R., *Kodeks Karny Komenetarz, art. 114,* T. II, 2015, par. 22.
[263]Werle G., *Diritto…, op cit.*, p. 98.
[264]Amati E et al. *Introduzione…, op. cit.*, p. 56.

Bagambiki, pressoché analogo, riguardante però la situazione in Rwanda, lo stesso Kevin Jon Heller ha ritenuto che un secondo processo, anche se non contrario al senso letterario della previsione sul *ne bis in idem*, sarebbe comunque contrario allo "spirito" della norma[265].

Tuttavia, nel caso dei Tribunali *ad hoc* il paradosso poteva sembrare meno evidente, vista la loro *primazia* giurisdizionale sui tribunali statali. All'opposto, l'ICC opera in modo complementare alle corti statali. Pertanto, la molto remota ma non esclusa, possibilità per i giudici statali, ritenuti previamente *incapaci,* di iniziare un nuovo processo, desta molta perplessità dal punto di vista dei diritti fondamentali dell'accusato.

2.3. Il comma 3 – la concezione ascendente.

Nella sua ultima concezione il principio del *ne bis in idem* riguarda la situazione in cui all'ICC sarebbe precluso procedere nei confronti dell'individuo precedentemente processato dal tribunale statale. Si tratta della situazione più riscontrabile a livello pratico e conseguentemente più delicata dal punto di vista della sovranità dello Stato parte, dei diritti fondamentali dell'imputato e del vero valore attribuito all'esercizio del tribunale internazionale. La rilevanza del principio in questa configurazione è corroborata anche dal fatto che il *ne bis in idem* ascendente funziona come la logica conseguenza ovvero l'incorporamento del principio di

---

[265]Heller K. J., *What happens to the acquitted?,* Leiden Journal of International Law, Vol. 21, Iss. 03, 2008, pp. 666-668;
Nel caso *Bagambiki, il* Tribunale *ad hoc* ha ritenuto Emmanuel Bagambiki incolpevole per la mancanza di prove e, inoltre, le questioni legate al modo di partecipazione nella commissione del reato. Non è stata provata la sua partecipazione nel massacro di Cyangugu (Prosecutor v. Ntagerura, Bagambiki & Imanishimwe, Judgement and Sentence, Case No. ICTR-99-46-A, 7 Luglio 2006, par. 307, 319) Ciò che non ha ostacolato al tribunale statale *Rusizi* ha condannare Bagambiki per gli stessi fatti (condotte). Disponibile anche al http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=10652.

complementarietà[266].

Indubbiamente, il divieto del *bis in idem* ascendente è oggetto di maggiori attenzioni in dottrina, dato il fatto che prevede alcune deroghe al principio. Si tratta delle situazioni in cui sussiste il rischio che l'imputato, giudicato dalle autorità stati, sia sottratto alla responsabilità penale per i crimini di spessore internazionale. In altre parole, secondo il terzo comma l'ICC ha la potestà di prevalere sul processo già conclusosi con una sentenza definitiva davanti al giudice statale e riprocessare l'individuo, senza violare il divieto di *double jeopardy,* nel momento in cui ritiene che il precedente processo sia stato *parziale* o *non indipendente* ovvero non sia stato in linea con i principi del giusto processo riconosciuto dal diritto internazionale.

Tuttavia, i criteri di valutazione a disposizione dell'ICC necessitano di un chiarimento profondo in quanto servono a giudicare la validità del processo in uno Stato parte con incidenza sul diritto fondamentale dell'imputato di non essere processato due volte per lo stesso fatto.

Inoltre, come si è sottolineato in dottrina, ciò che crea tensioni, è un'estesa discrezionalità dell'organo giudicante – l'ICC – nel sindacato sul diritto dello Stato e nel decidere se esercitare o meno l'azione penale a livello internazionale. È proprio la mancanza di chiari criteri di valutazione delle condizioni di procedibilità a causare gli ipotetici rischi. Giustamente, il problema è teorico finché tale sindacato dell'ICC assume una connotazione oggettiva, non addebitando così la credibilità della giurisdizione internazionale[267].

Il terzo comma dell'articolo 20 così dispone: <*No person who has been tried*

[266]Kleffner J., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions,* Oxford, 2008, p. 120.
[267]Amati E et al. *Introduzione…, op cit.*, p. 57-58.

by another court for conduct also proscribed under article 6, 7, 8 or 8 bis shall be tried by the Court with respect to the same conduct unless the proceedings in the other court:

(a) Were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court; or

(b) Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law and were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice>.

In primo luogo, il linguaggio dell'articolo in oggetto ripropone la formula negativa usata nei precedenti commi, contraria a quella usata nei rispettivi statuti delle Corti *ad hoc*. Già questo indica la vicinanza al principio di complementarietà, nonché l'intenzione di avvicinare la disposizione al linguaggio usato nelle convenzioni internazionali nelle corrispondenti disposizioni che prevedono il *ne bis in idem*[268]. Lo Statuto dell'ICTY prevedeva diversamente, in maniera positiva, che *<a person who has been tried by a national court>* può essere riprocessato solo in alcune circostanze. Ragionando *a contario* e in conformità con il principio di complementarietà lo Statuto dell'ICC così *afferma* che un individuo debba innanzitutto essere processato dalla corte statale. La competenza dell'ICC scatterà solo nei casi in cui verrà minata la finalità di porre fine all'impunità degli autori dei crimini internazionali. Come ribadiscono Tallgren e Coracini, la locuzione negativa all'articolo 20(3) afferma il *credo* della Commissione Preparatoria secondo cui: *<if*

[268]Baranowski J., *Re-examining the relationship…*, *op. cit.*, p. 25.

criminal justice is said to be done, it is to be done properly>[269]. Come ci si accinge a dimostrare, il termine *done properly* non pare però applicarsi pienamente al testo dell'articolo 20(3).

2.3.1. *<who has been tried by another court> e lo chapeau più ampio ma meno chiaro.*

A differenza della nozione usata nei due precedenti commi, la Commissione Preparatoria non si limitò soltanto a ridurre l'elemento *bis* ai giudizi finali (*convicted or acquitted*), bensì decise di introdurre una *catch-all provision*. Come indicato dall'ICC stessa nel caso *Jean Pierre Bemba Gombo* tale soluzione fu scelta ai fini di ampliare lo spettro di una possibile ingerenza dell'ICC nella valutazione del processo statale[270]. Sembra chiaro che tale riferimento scaturisce anche dal fatto, che nella sua totalità, il *ne bis in idem* ascendente si concentra sui criteri del giusto processo, essendo strettamente collegato con il principio di complementarietà, con cui *de facto* condivide la stessa formulazione[271]. Come suggerisce Tallgren, l'esercizio dell'azione legale da parte degli organi giudiziari statali in *buona fede* dovrebbe essere sufficiente a precludere ogni azione da parte dell'ICC[272]. Ciò viene corroborato anche dal fatto che, di solito, il processo dinanzi al giudice statale è molto più facilitato dal punto di vista tecnico – la polizia *in loco* raccoglie il materiale probatorio, gli organi giudiziari conoscono bene il contesto sociale ecc. Pertanto, il tribunale internazionale dovrebbe subentrare solo nel momento in cui la giurisdizione statale non è in grado di perseguire i reati[273]. Di conseguenza si è optato per l'uniformità delle disposizioni

---

[269]Tallgren I., Coracini, A.R., *Commentary....*, *op. cit.*, p. 687.
[270]La decisione dell'ICC nel caso *Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo* del 14 aprile 2010, ICC 01/05-01/08, para. 81.
[271]Palmisano, G., *The ICC ..., op. cit.*, p. 395.
[272]Tallgren I., Coracini A.R., *Commentary...*, *op. cit.*, p. 689.
[273]Kleffner, J., *Complementarity..., op. cit.*, p. 121-122; Schabas W., *Complementarity in practice*

di cui agli art. 17 e art. 20 (3), creando un'asimmetria nell'articolo 20 stesso.

La problematica in questione fu esaminata già dall'ICTY, il cui statuto analogamente usa la terminologia <*who has been tried*>, nella sentenza *Tadic*. L'imputato, accusato di aver commesso atti costituenti crimini di rilievo internazionale, tra cui l'istigazione al genocidio, fu inizialmente sottoposto a processo in Germania. Il PM tedesco presentò l'atto di accusa, dopodiché la Corte Internazionale per l'ex Yugoslavia esercitò il suo diritto di prevalenza chiedendo il rinvio della causa. Qualche mese dopo il Procuratore preparò il nuovo capo di accusa il quale riguardava parzialmente anche gli stessi fatti per i quali si era instaurato il processo statale in Germania. Di conseguenza la difesa presentò istanza sostenendo la violazione del *ne bis in idem*. Questa fu rigettata dal Tribunale, il quale precisò che l'accusato non era stato né condannato né assolto, e neanche processato in quanto il processo si era arrestato alla fase di indagine[274]. L'ICTY precisò che non si può avere una violazione del *ne bis in idem* finché <*accussed has already been tried. Since the accussed has not been yet the subject of a judgement on the merits of any of the charges for which he has been indicted , he has not been yet tried for those charges*>. Inoltre, il Tribunale sottolineò che l'imputato non avrebbe potuto in seguito essere riprocessato davanti agli organi giudiziari tedeschi per gli stessi fatti di cui al processo dinanzi all'ICTY[275].

L'articolo 20(3) fa riferimento a *another court*. Sebbene, *prima facie* si tratti della stessa locuzione usata nel secondo comma dell'articolo 20, dal punto di vista

---

Creative solutions or a Trap for the Court [in:] Politi M., Gioia F., *The International Criminal Court nad National Jurisdictions*, Ashgate, 2009, p. 25.

[274] Sedman D., *Article 20 ICCts and the principle ne bis in idem*, [in:] *The review conference and the future of the International Criminal Court,* Trifterrer O., Burchard, Ch., Wolters Kluwer, 2010, p. 283

[275]Decision on the defence motion on the principle of non bis in idem del 14 novembre 1995, The *Prosecutor v. Dusko Tadic* a/k/a "Dule", IT-94-1-T.

teleologico, pare che *another court* nella concezione ascendente comprenda anche gli Stati terzi. Tale interpretazione scaturirebbe proprio dal fatto che, contrariamente al caso discendente, il solo riconoscimento della sentenza definitiva emanata dallo Stato terzo e di conseguenza dell'effetto di *res iudicata* di quest'ultima non implica alcun obbligo sullo Stato giudicante, né su un altro Stato parte. Pertanto non si potrebbe parlare della violazione della regola *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*[276] applicabile ai casi contrari del *ne bis in idem* discendente.[277].

2.3.2. la formulazione in concreto <"with respect to the same conduct also proscribed under article...">.

L'articolo 20 terzo comma riproduce pressoché identica la formulazione del primo comma. Pertanto, si è in una situazione di *double joepardy* qualora l'ICC giudichi nuovamente una persona per condotte punibili anche ai sensi degli art. 6,7, 8 e 8 bis per le quali sia già stata giudicata in uno Stato parte. Quindi, il riferimento è alle *condotte punibili anche ai sensi degli* articoli dello Statuto. Il dibattito concernente la suddetta formulazione ha evidenziato il disaccordo tra le parti della conferenza. Inizialmente *Chairman's working Paper* prevedeva che si inserisse la locuzione *<for conduct consituting a crime reffered to in article 5>* reiterando così, almeno in parte, la terminologia usata nel comma precedente. I rappresentanti di alcuni Stati, tuttavia, misero in luce che la condotta può costituire un reato solo nel momento in cui ciò sia accertato dal tribunale in una sentenza di merito. Ciò che sarebbe illogico nel caso di assoluzione. Di conseguenza *Chairman* propose di

[276] Quale la regola generale della convenzione di Vienna sulla legge di trattati. Si veda 2.2.1.
[277] Ambos K., *Treatise...*, *op. cit.*, p. 405.

inserire il linguaggio usato nell'ICL *draft statute <acts constituting a crime of the kind reffered to in article...>*. Infine, si decise che <*conduct consituting a crime*> non rappresentasse un problema di logica, in quanto comunque inizialmente si tratta di una qualificazione *de facto*, che poi va determinata dal giudice della Corte *de iure*[278].

Da notare è che l'articolo 20 terzo coma è stato soggetto ad una modifica apportata dopo la conferenza di riforma dello Statuto di Roma tenutasi in Kampala (Uganda) a Maggio del 2010. La modifica ha aggiunto nella disposizione il riferimento al crimine di aggressione di cui all'articolo 8 *bis*[279]. Prima che ciò avvenisse, in dottrina si erano manifestate perplessità per quella che si riteneva una lacuna importante. Secondo autori come Finlay o Cassese, ciò significava che non si potesse mai riprocessare davanti all'ICC – dunque neanche se il processo fosse stato imparziale e non indipendente – per la condotta integrante il crimine di aggressione[280] in quanto il terzo comma non faceva riferimento all'articolo 5 (contenente l'elenco generale dei crimini di competenza della Corte) bensì agli articoli 6, 7 e 8 (che definiscono i singoli crimini). Mentre lo stesso non sarebbe escluso nel caso contrario (discendente), grazie alla formulazione usata nel secondo comma [281]. L'ipotesi prospettata in dottrina poteva ingenerare alcuni dubbi, ma è stata definitivamente superata nel momento in cui si è riformulato l'art 20 (3) alla conferenza in Kampala.

---

[278] Tallgren I., Coracini A.R., *Commentary..., op. cit.*, p. 692.

[279] Clark R.S., *Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the first Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010*, GoJIL 2 (2010) 2, p. 694.

[280] Per un'analisi più profonda sulla problematica legata al crimine di aggressione Van Schaack, *Par in parem Imperium non habet, Complementarity and the Crime of Aggression*, Journal of International Criminal Justice 10 (2012), 133-164 in cui l'autore si sofferma sul fatto che in genere gli stati non giudicano per i fatti che costituiscono il crimine di aggressione commesso dagli individui nella realizzazione della politica di un altro stato in quanto si tratterebbe di un giudizio tra "i pari". L'autore è in posizione che la giurisdizione sul crimine di aggressione spetta sempre agli organi sovrastatali in quanto apolitici a meno che non si tratti di un conflitto a livello domestico.

[281] Si veda per esempio Finlay, M., *Does article 20 protect from double joepardy: An analysis of Article 20 of the Rome Statute,* University of California, Davis, Vol. 15, 2009, p. 234; così anche Cassese A., Gaeta P., Jones J., *The Rome Statute....* p. *op. cit.*, p. 725.

Ora si può addirittura ipotizzare che la *novella* dell'art. 20(3) riconferma l'interpretazione ampia dell'elemento *idem* nella concezione ascendente.

La *ratio* dell'introduzione dell'elemento *idem* nella sua nozione ampia può individuarsi nel fatto che si tratta del rapporto ascendente dove il *nomen iuris* attribuito ad una condotta può mutare da uno Stato all'altro. Pertanto, l'uso della locuzione condotta punibile *"anche"* serve proprio a non limitare la portata applicabile in questo verso. Tale tesi sarebbe in linea con gli standard dei diritti umani, riconfermati anche nella sentenza *Van Esbroek* in cui la Corte di Giustizia ha ribadito "che l'eventualità di qualificazioni giuridiche divergenti dei medesimi fatti in due Stati contraenti diversi non può ostare all'applicazione" del principio del *ne bis in idem*[282].

Sempre nel caso *Van Esbroeck* la Corte di Giustizia ha ritenuto inoltre che "il criterio pertinente ai fini dell'applicazione del detto articolo è quello dell'identità dei fatti materiali, inteso come esistenza di un insieme di fatti inscindibilmente collegati tra loro, indipendentemente dalla qualificazione giuridica di tali fatti o dall'interesse giuridico tutelato"[283].

Pertanto, il *bis in idem* sarebbe precluso davanti all'ICC sia nel caso in cui il tribunale statale avesse giudicato il fatto materiale sotto l'accusa di omicidio plurimo che nel caso in cui avesse attribuito alla condotta la qualifica di genocidio. Così ha sottolineato anche l'ICTY nel caso *Hadzihasanovic* in cui ha ritenuto che lo Statuto dell'ICC, contrariamente alla pratica dei Tribunali *ad hoc* nel rapporto con le giurisdizioni nazionali preclude il secondo giudizio dell'ICC dopo che l'imputato sia stato processato per la stessa condotta che costituisce i reati di cui agli articoli 6, 7 e

[282]La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso *Van Esbroeck*, *op. cit.,* p. 31, versione italiana disponibile al: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-436/04.
[283]*Ibidem*, p. 49.

8. Così facendo, l'ICC lascia agli Stati parte la qualificazione delle condotte in senso normativo[284].

Va notata anche l'interpretazione opposta di El Zeidy secondo cui alla Corte sarebbe preclusa la possibilità di giudicare di nuovo per i fatti qualificati come *crimini comuni* dal giudice statale, poiché l'articolo 20(3) va letto insieme con l'art. 22. Secondo quest'ultimo, una persona è penalmente responsabile in forza dello Statuto solo se la sua condotta, nel momento in cui viene realizzata, costituisce un crimine di competenza della Corte. Da ciò, scaturisce, secondo l'autore, che il *ne bis in idem* può applicarsi solo con il riferimento ai crimini di cui all'articolo 5 poiché solo questi ultimi rientrano nella competenza dell'ICC – il che non è stato mai messo in discussione – e pertanto non si potrebbe considerare l'ipotesi opposta in cui l'ICC procede nuovamente per *crimini comuni*[285].

La tesi di El Zeidy non è del tutto convincente, e pertanto non sembra determinante nemmeno l'uso della congiunzione *"anche"* che rafforza l'interpretazione estensiva dell'elemento *idem* e indica la mancata elencazione dei crimini che potrebbero riconoscersi in una condotta. In altri termini, non si può riprocessare davanti all'ICC l'individuo per la condotta punibile *anche*, ma non esclusivamente, sotto la normativa dello Statuto di Roma, mentre coloro che sono stati giudicati dallo Stato nazionale per la condotta che sarebbe punibile *anche* dallo Statuto di Roma, non possono subire il rischio del secondo processo, salvo le eccezioni di cui alle lettere a) e b) dell'articolo ad oggetto[286].

Di recente, la Corte si è pronunciata in merito al *ne bis in idem* nel caso del

---

[284]La sentenza dell'ICTY nel caso *The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic Amir Kubura*, Judgement, del 15 marzo 2006, para. 257, disponibile a: http://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/tjug/en/had-judg060315e.pdf.

[285]El Zeidy M., 'The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law' (2002) 23 *Michigan Journal of International Law,* p. 933-935.

[286]*Cfr*. Piva D., *Divieto di doppio…*, *op.cit.*, p. 250-251.

generale *Ngudjolu Chui.* L'imputato dell'ICC fu catturato nel 2003 nell'ambito della *United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of Congo* in reazione ai fatti commessi durante l'attacco al vilaggio Bogoro il 24 febbraio 2003 dove furono uccisi più di 200 civili. L'attacco fu commesso nel contesto di un conflitto armato tra i gruppi FNI/FRPI da una parte e *l'Unione des Patriotes Congolais* (UPC) dall'altra. Successivamente *Ngudjolo* fu processato e assolto dal tribunale in Bunia per le condotte relative all'omicidio di un *Hema*.[287] *Ngudjolo* fu poi accusato per crimini di guerra, dopodiché sfuggì all'arresto il che non permise l'avvio del processo. Nel 2006 fu trasferito all'ICC per affrontare il processo e, alla prima apparizione, sostenne che si trattasse di violazione del divieto di *ne bis in idem* in quanto egli era stato già assolto per gli stessi fatti dal Tribunale in Bunia[288]. L'istanza sollevata dall'imputato fu rigettata in quanto si trattava dell'assoluzione per condotte diverse, non relative al massacro di Bogoro. L'ICC ribadì invece che il processo per i fatti commessi a Bogoro non aveva avuto inizio e pertanto non si poteva fare applicazione del divieto del *ne bis in idem*[289].

---

[287]International Criminal Court, *Combined Factsheet: Situation in Democratic Republic of Congo, Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui,* il 27 giugno 2008, disponibile a: http://www.amicc.org/docs/ICC-OTP-FS-20080207_ENG.pdf.

[288]La dichiarazione di Ngudjolo: I hereby state that the facts that have been brought against me as a commander of the FNI/FRPI, for these same facts I was arrested on 23 October 2003, and I was tried and judged for these same facts by the tribunal de grande instance of Bunia. The tribunal de grande instance of Bunia acquitted me of these facts. After my acquittal – despite my acquittal I was transferred to the detention facilities in Makala, and it was as a result of measures taken by my counsel at the Supreme Court of Justice that I was able to be released and that I was reintegrated into the FARDC with the rank of colonel with the following registration number: 507795/K. I do not understand why I am now being arrested again by the International Criminal Court for this same event, the same facts for which I have already been acquitted. Disponibile a Katy Glassborow & Marie Delbot, *Ngudjolo Trial Faces Double Jeopardy Claim*, *in* INSTITUTE FOR WAR AND PEACE REPORTING (Feb. 19, 2008), *available at* http://www.iwpr.net/?p=acr&s=f&o=342800&apc_state=henh.

[289]La sentenza dell'ICC, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, The Appeals Chamber il 25 settembre del 2009, ICC-01/04-01/07 OA 8, disponibile a: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc746819.pdf.

2.3.4. le deroghe del principio nel comma 3 lettere a) e b).

Il caso del generale *Ngudjolo* ha messo in luce anche un'altra problematica, verosimilmente quella più rilevante, che riguarda la prassi del *ne bis in idem* ascendente. Il riferimento è alle molto ambigue deroghe al principio di cui all'articolo 20 (3) a) e b). Secondo queste disposizioni, il *ne bis in idem* non scatta nel momento in cui: il procedimento di fronte all'altra giurisdizione :

a) mirava a sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale per crimini di competenza della Corte; o

b) in ogni caso non era stato condotto in modo indipendente ed imparziale, nel rispetto delle garanzie previste dal diritto internazionale, ma era stato condotto in modo da essere incompatibile, date le circostanze, con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia[290].

In altre parole, la Commissione Preparatoria ha deciso di lasciare all'ICC la possibilità di riaprire il procedimento statale qualora quest'ultimo fosse condizionato da un grave vizio procedurale che, nella valutazione della Corte, potrebbe privare l'imputato dei fondamentali diritti e garanzie dell'uomo riconosciuti dal diritto internazionale. Inoltre, l'ICC riprende il processo, nel caso in cui l'intento degli organi giudiziari statali fosse tale da sottrarre *the most serious perpetrator* dalla responsabilità penale internazionale[291]. Le eccezioni, nel modo in cui sono formulate

---

[290]La traduzione italiana (non ufficiale) e disponibile a: http://www.integrazionemigranti.gov.it/Normativa/documenti-ue/Documents/Statuto%20di%20Roma%20della%20Corte%20Penale%20Internazionale.pdf.

[291]Bernard D., *Ne bis in idem Protector of Defendants' Rights or Jurisdictional Pointsman?,* Journal of International Criminal Justice, 9 (2003), p. 878-879; Trujillo S.C.P., Posso J.C.S., *El non bis in idem y la cosa juzgada en el estatuto de Roma de la Corte Penal Interanacional*, Ibanez, 2007, p. 177.

richiamano le circostanze di *unwillligness e inability* dell'articolo 17. Giova rammentare che *unwillligness e inability* consentono all'ICC di agire qualora il procedimento in corso davanti al giudice statale si sia dimostrato inadempiente sotto il profilo della repressione o rispetto alle garanzie spettanti alla persona sottoposta al giudizio. Il meccanismo del *ne bis in idem* ascendente così costituisce lo strumento mediante il quale l'ICC può rimediare ai suddetti errori[292].

Sebbene in maniera leggermente diversa, le deroghe al principio erano già previste negli Statuti delle Corti *ad hoc*. Più precisamente, gli Statuti dei Tribunali per Rwanda ed ex-Yugoslavia facevano riferimento al vizio procedurale di non conformità alle regole del giusto processo. A differenza degli Statuti *ad hoc* nello Statuto di Roma si è invece omesso il riferimento all'eccezione del *reato comune*[293]. Gli statuti *ad hoc* prevedevano che nel caso in cui si è giudicato l'individuo per un *reato comune* il processo poteva essere riaperto, qualora la condotta fosse tale da costituire il reato di rilevanza internazionale[294].

2.3.4.1. Il criterio di ordinary crimes – davvero omesso?

Il criterio di *reati comuni* (*ordinary crimes*) si è in realtà rivelato il tema caldo per i rappresentanti alla Commissione Diplomatica. Come è stato già accennato sopra, gli Statuti dell'ICTY e ICTR introdussero la formulazione secondo cui il processo già

---

[292]Campanella S., *Il ne bis in idem nella giustizia penale internazionale,* [in:] Cassese A., Chiavario M., De Francesco G., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale,* Giappichelli Editore, Torino, 2005, p. 271

[293]Carter L. E., *The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem*, Santa Clara Journal of International Law, 2009, p. 12.

[294]Articolo 10 dello Statuto dell'ICTY segue: A person who has been tried by a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law may be subsequently tried by the International Tribunal only if: (a) the act for which he or she was tried was characterized as an ordinary crime; or (b) the national court proceedings were not impartial or independent, were designed to shield the accused from international criminal responsibility, or the case was not diligently prosecuted. Disponibile a: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf.

concluso con una sentenza definitiva nella quale una condotta che costituisce il reato di rilevanza internazionale è stata qualificata sotto il *nomen iuris* del reato comune – per esempio omicidio, stupro ecc. – può essere *ripreso* dinanzi al tribunale internazionale.

Tale criterio compariva anche nell'articolo 42 del *draft statute* dell'ICL. Gli Stati favorevoli a tale criterio, ne ritenevano necessaria l'introduzione anche nello Statuto di Roma. Dall'altro lato, l'opposizione sosteneva che il criterio era poco chiaro e determinava ambiguità interpretative[295]. I rappresentanti dei Paesi Bassi affermarono che "*Un tribunale statale può volere giudicare la condotta che costituisce l'omicidio a livello del diritto nazionale, però il genocidio al livello del diritto internazionale. Non può dirsi accettabile che un individuo sfugga dalla responsabilità per il genocidio purché adeguatamente giudicato per l'omicidio"*[296]. Si temeva che l'ICC potesse diventare una specie di corte d'appello con un eccessivo diritto di valutare il giudizio del tribunale dello Stato. Pertanto, si propose che l'eccezione al *ne bis in idem* fosse applicabile nel momento in cui il giudice statale avesse inflitto una pena evidentemente inadeguata[297]. Da notare è che si propose anche la soluzione per cui tale deroga al *ne bis in idem* fosse applicabile nel momento in cui lo Stato non considerasse la gravità del reato o durante il processo o nella fase di *sentencing*[298]. Tale argomentazione è stata poi ripresa dall'onorevole Prof. Schabas secondo cui il processo per i reati comuni, come ad esempio l'omicidio, tende a *banalizzare* la gravità della condotta che costituisce un reato internazionale.

---

[295]Si veda 1.2 di questo capitolo.

[296]La traduzione propria - il testo dello s*tatement* originale segue: A national court might wish to prosecute an act which would constitute murder at the national level, but genocide at the international level. Just because the person had been properly convicted of murder, he should not be allowed to escape prosecution for genocide, [in:] Stigen J., *The Relationship…*, *op. cit.*, p. 76-77.

[297]Stigen J., *The Relationship…, op. cit.*, p. 77.

[298]Bassiouni M.C., *The Statute...*, *op. cit.,* p. 139.

L'individuo che commette tale reato potrebbe ammettere di aver ucciso delle persone, ma negare di aver commesso un genocidio[299]. Pertanto, sarebbe opportuno poter valutare se la scelta di perseguire l'individuo per un reato comune era tale da sottrarlo alla responsabilità penale internazionale oppure scaturiva esclusivamente dalle esigenze processuali (ad esempio la mancanza del materiale probatorio necessario a provare l'intento nel reato di genocidio).

Tale concezione è stata parzialmente rigettata dall'ICC stessa nella *decision on admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi.* Secondo la Corte: i *travaux preparatoires* dimostrano che la decisione è il frutto di un lungo dibattito, partito dall'idea di introdurre la nozione di *ordinary crimes* seguendo così le disposizioni dell'ICTY e ICTR e poi finito con la decisione di ometterlo. Ciò significa che l'indagine o il processo statale per i reati comuni che riguardino la stessa condotta, dovrebbero essere ritenuti sufficienti. Secondo la *Chamber* nel caso di specie, il fatto che la legislazione libica non preveda la criminalizzazione dei reati contro l'umanità non rende di *per sé* il caso ammissibile dinanzi all'ICC[300].

In realtà però, non può dirsi escluso che il mancato inserimento del criterio dei reati comuni, non lascia all'ICC la possibilità di giudicare anche qualora la corte statale qualifichi la condotta del condannato come un reato comune. Ciò, potrebbe rientrare nello *chapeau* della nozione *sottrarre la persona interessata alla responsabilità penale per i crimini di competenza della Corte*. Dovesse "condividere" la Corte il ragionamento di Schabas - sulle conseguenze di aver processato e condannato l'individuo per un reato comune – tale comportamento potrebbe senz'altro mirare a sottrarlo alla responsabilità per i crimini di rilevanza

[299]Schabas, W., *An introduction…, op. cit.,* p. 70.
[300]La decisione dell'ICC del 31 maggio 2013, ICC'01/11-01/11, *The Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi*, par. 88.

internazionale[301]. Ebbene, può dirsi che soluzione di compromesso, scelta dalle delegazioni alla Conferenza Preparatoria, è servita ad accontentare ambo le parti del dibattito pur non cambiando in realtà lo *status quo* legislativo. Anzi, addirittura estendendolo come si vedrà nel prosieguo.

2.3.4.2. Mirare a sottrarre la persona interessata dalla responsabilità penale internazionale.

La prima tipologia di deroga al principio del *ne bis in idem* causa molte discrepanze interpretative nella dottrina di diritto penale internazionale. L'analisi dei *travaux preparatoires* indica che l'inserimento dell'eccezione nel caso di processi farsa <*sham trials*>, non è un'idea nuova, e risale fino al XIV Congresso Internazionale di Diritto Penale a Vienna del 1989[302]. Nel documento elaborato allora (*Draft Code of Crimes)* la Commissione di Diritto Internazionale stabiliva che "l'abuso di potere o l'impropria amministrazione di giustizia dalle autorità nazionali" rappresentano la causa dello *sham trial*. Nonostante ciò, la Commissione di allora indicava che però l'applicazione di tali deroghe dovrebbe limitarsi solo ai casi eccezionali[303].

Nel testo dello Statuto di oggi, la disposizione di cui all'articolo 20(3)(a) così recita: <*Were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court*> che può tradursi in "mirava a sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale per crimini di competenza della Corte".

---

[301]T. Surlan, *Ne bis in idem…, op. cit.*, p. 6.
[302]Tallgren I., Coracini A.R., *Commentary...*, *op. cit.*, p. 694.
[303]*Ibidem,* p. 694.

A differenza dell'eccezione basata sulla nozione *ordinary crimes*, questa volta si è posto l'accento sulle finalità del processo davanti agli organi giudiziari dello Stato, anziché sulla mera qualificazione del reato nell'ordinamento nazionale. Ciò può spiegarsi anche considerando che la fondazione della Corte è orientata, tra l'altro, verso la minimizzazione della criminalità internazionale. Pertanto, il processo svoltosi dinanzi alle autorità nazionali dello Stato parte, non può minare tale scopo, perseguito dall'accordo internazionale di quegli Stati. Di conseguenza, ragionando *a contrario*, il processo penale nazionale che mira a sottrarre la persona alla responsabilità, anche se accusata di aver commesso i crimini di competenza della Corte, non potrebbe, nel caso del nuovo processo davanti all'ICC, causare una violazione del principio del *ne bis in idem* (dello spirito del principio)[304].

Si sottolinea in dottrina che la disposizione, nonostante la sua poca precisione linguistica, riguarda i casi in cui il giudice statale condanna l'accusato per un crimine internazionale, infliggendogli una condanna sproporzionatamente bassa considerando la gravità del crimine. Tuttavia, bisogna tenere conto del fatto "*wheter the decision was made on the merits of the case or whether political aims to shield a person played a role"*[305]. Pertanto, l'intento di sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale per i crimini di competenza dell'ICC potrebbe radicarsi "nella decisione di non contestare nel giudizio gli elementi specializzanti del crimine, sia pur previsti nella corrispondente fattispecie nazionale"[306].

Come indica El Zeidy, in merito alla corrispondente locuzione dall'articlo 17 *<the more accurate and thorough the domestic proceedings are, the more difficult to find is proof of an "intent to shield a person from criminal responsibility" and vice*

[304]Finlay M., *Does article 20....*, *op. cit.*, p. 235.
[305]*Ibidem*, p. 236.
[306]Piva D., *Divieto di doppio…*, *op. cit.*, p. 245.

versa>[307].

D'altronde, sembra che non si potrebbe parlare dell'intento di sottrarre la persona alla responsabilità penale, nel momento in cui lo Stato avvii il processo, da un lato per non dare il via al processo davanti all'ICC, ma dall'altro lato contemporaneamente con l'intento di fare giustizia, processando l'autore con buona fede[308].

Infatti, la particolarità dell'eccezione sta nell'uso della nozione *purpose* (nel testo francese: *avait puor bout)* che grosso modo potrebbe indicare una specie di *dolus directus* dello Stato che mira, cioè ha intenzione di sottrarre l'individuo alla sua responsabilità penale. La domanda che si pone è come attribuire tale criterio soggettivo allo Stato. I commentatori ritengono debba guardarsi alle persone che agiscono a suo nome, responsabili degli organi investigativi, i giudici, nonché la *collective will of organs such a leglislative bodies*. In casi eccezionali, l'intento potrebbe emergere anche dalle dichiarazioni o azioni intraprese, ad esempio le amnistie fittizie. Non è del tutto chiaro, se si tratti però di una decisione causale emanata in una fase del processo ovvero se si debba tener conto del processo come una totalità per soddisfare il requisito del *purpose*[309].

Pertanto, occorre anche qui considerare la giurisprudenza della Corte EDU per trovare alcune *guidelines* interpretative. Nella sentenza *Nachova et al. v. Bulgaria* la Corte EDU ha sottolineato in merito alle investigazioni esercitate dagli organi giudiziari statali che "l'investigazione deve essere, *inter alia*, profonda, imparziale e precisa (vedi: McCann and Others, par. 161-163; Kaya v. Turkey, sentenza del 19 febbraio 1998, par. 105, Cakici v. Turkey [GC], no. 23657/94, par. 86, ECHD 1999-

[307]El Zeidy, *The principle of comlementarity*, Leiden-Boston, 2008, p. 175.
[308] Nouwen S. M.H., *Fine-tunning complementarity,* [in:] Brown B., *Research Handbook on International Criminal Law,* Edward Elgar 2011, p. 218.
[309]Kleffner J., *Complementarity...*, *op. cit.*, p. 136-139.

IV). (…) L'investigazione deve portare all'identificazione e alla punizione di tutti coloro che sono responsabili. Ciò che però non è un'obbligazione del risultato, bensì dei mezzi usati. Qualsiasi insufficienza investigativa che mina la sua capacità di accertare la causa della morte o l'identificazione della persona responsabile del reato rischia di infrangere il requisito di *effectiveness standard* (vedi: Anguelova v. Bulgaria, no. 38361/97, par. 139, ECHR 2002-IV). Inoltre, un'investigazione sulle presunte uccisioni da parte di agenti dello Stato per essere efficace, generalmente necessita che i responsabili delle investigazioni siano indipendenti e separati dalle persone implicate nei fatti esaminati" [310]. Pertanto, la Corte EDU indica, relativamente alle azioni ed omissioni da parte degli organi investigativi, quali possano essere i motivi per infrangere la *genuine* e *effective proceedings* e di conseguenza essere considerati tali da sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità[311].

In un'altra sentenza, la Corte EDU ha ritenuto che il mancato coinvolgimento dello specialista forense in un'autopsia medico-legale nel caso di morte innaturale rappresenta un esempio lucido dell'investigazione ineffettiva e di conseguenza può implicare il giudizio che lo Stato abbia agito con intento di sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale[312].

Altri esempi interessanti di possibili modi di esercizio del potere dello Stato non in linea con lo standard riconosciuto dal diritto internazionale che di conseguenza danno il via all'eccezione dell'articolo 20(3)(a) possono ricavarsi anche dalla

[310]La sentenza della Corte EDU *Nachova et al. v. Bulgaria* del 26 febbraio 2004, case no. 43577/98 e 43579/98, par. 116-118.

[311]El Zeidy, *The principle...*, *op. cit.*, p. 177.

[312]La sentenza della Corte EDU *Tepe v. Turchia* del 9 maggio 2003, no. 27244/95, par. 181-182. In lingua originale la Corte dichiarò: In the light of the foregoing, the Court considers that the national authorities failed to carry out an adequate and effective investigation into the circumstances surrounding the death of the applicant's son. It concludes therefore that there has been a violation of Article 2 of the Convention under its procedural limb.

giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani.

Nella sentenza *Godinez Cruz v. Honduras* la Corte Interamericana ha ribadito che "un'indagine deve avere un obiettivo e essere intrapresa dallo Stato come proprio dovere giuridico, non come un passo fatto da interessi privati che dipende da un'iniziativa della vittima o della sua famiglia o dalla loro offerta della prova, senza un'efficace ricerca della verità da parte del governo. Questo vale indipendentemente dal fatto se l'agente è alla fine trovato responsabile della violazione o meno. Laddove le condotte di soggetti privati che violano la Convenzione non sono seriamente indagate, essi vengono aiutati in un certo senso da parte del governo, rendendo così lo Stato complice al livello di diritto internazionale"[313].

Un ulteriore fattore di complicazione si ha quando lo Stato agisce con volontà di sottrarre la persona alla responsabilità con azioni intraprese dopo il processo penale. Il riferimento è al caso in cui il reo sia stato condannato propriamente dal giudice statale, per poi vedersi concessa la grazia dal competente organo dello Stato parte. È questo il caso di William Calley negli anni '70, il quale fu processato e condannato all'ergastolo per crimini di guerra (massacro a My Lay Village in Vietnam) e poi graziato dal presidente Richard Nixon[314].

Leggendo la disposizione di cui all'art. 20 (3)(a), secondo l'interpretazione letterale qui proposta il processo penale conclusosi con una sentenza di condanna non potrebbe rappresentare un presupposto per la deroga al *ne bis in idem*. L'articolo 20 (3) fa riferimento al processo (*proceedings, have been already tried*), pertanto si applica nel momento in cui si tratti di *procedimento*. Leggendo la disposizione in senso stretto il riferimento sarebbe chiaramente al processo penale in cui si esamina

[313] La sentenza della Corte Interamericana nel caso *Godinez Cruz v. Honduras* del 20 gennaio 1989, p. 188, traduzione propria.
[314] Schabas W., *An Introduction…*, *op. cit.*, p. 70.

la responsabilità dell'autore. Pertanto, la domanda è se la grazia offerta dopo che si sia concluso il processo è mirata a sottrarre la persona alla responsabilità.

Affrontando la questione a livello sistematico, la grazia indubbiamente rappresenta un istituto del processo penale e di solito è codificata nei codici di procedura penale, nonché è spesso prevista anche dalle Costituzioni. Ad esempio, secondo una sentenza della Corte Suprema polacca la grazia ha carattere processuale e il suo fine è l'esonero parziale o completo dalle conseguenze della sentenza definitiva di condanna. Sempre secondo la Corte, la grazia, essendo l'antitesi del procedimento esecutivo, è vincolata dalle decisioni prese negli stadi precedenti del processo, ma non rappresenta comunque una continuazione del processo penale[315]. Invece nella dottrina internazionale si è sostenuto che la grazia concessa *subito dopo* una sentenza di condanna potrebbe rappresentare la mancanza di buona fede da parte delle autorità statali[316]. Pertanto, anche se con delle perplessità, non sembra potersi escludere un'interpretazione secondo cui la grazia non rientrerebbe nello *chapeau* della prima deroga al *ne bis in idem*, come modo di sottrarre l'individuo alla sua responsabilità penale.

La stessa problematica si pone con riferimento ad amnistia e indulto. Né l'uno né l'altra sono menzionati nello Statuto di Roma nelle disposizioni concernenti i criteri di ammissibilità e il *ne bis in idem*. Nonostante ciò, come si sottolinea in dottrina, già la lettura dei lavori preparatori della Commissione indica che il *grant of amnesty* non precluderebbe all'ICC di procedere nuovamente per i reati internazionali[317]. L'amnistia non è stata prevista neanche come uno dei criteri di non

---

[315] La sentenza della Corte Suprema polacca del 20 luglio 1965, VI KZP 13/65, disponibile a *www.legalis.pl*.

[316] Carten S, *Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), p. 714.

[317] Seibert-Fohr A., *The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Am-*

ammissibilità del caso di cui all'articolo 17 dello Statuto. Pertanto, tale omissione potrebbe indicare il non riconoscimento dell'amnistia da parte dei redattori dello Statuto di Roma[318]. Nel caso di amnistia non si tratta di un procedimento, bensì di una decisione politica di non perseguire alcuni reati indirizzata ad un indeterminato gruppo di persone. In altre parole, l'individuo non si può dire *<to have been tried>* nel senso processuale[319].

La domanda che rimane aperta è fino a che punto si estenda la discrezionalità del sindacato dell'ICC. In pratica comunque, in primo luogo la decisione se aprire un'inchiesta o meno spetta al Procuratore che valuta le informazioni sottoposte alla sua conoscenza (art. 53 dello Statuto di Roma) al fine di soddisfare l'interesse di giustizia[320].

2.3.4.3. Il processo non indipendente e imparziale, non conforme alle garanzie previste dal diritto internazionale.

La seconda tipologia di deroghe riguarda la situazione in cui il processo statale in ogni caso non era stato condotto in modo indipendente ed imparziale, nel rispetto delle garanzie previste dal diritto internazionale, ma invece era stato condotto in modo da essere incompatibile, date le circostanze, con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia.

In primis, si nota immediatamente che il linguaggio usato nella lettera b) reitera la formulazione introdotta nei criteri di ammissibilità di cui all'articolo 17 (2)

---

nesties and Truth Commissions, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 7, 2003, p. 586.

[318] Stahn C., *Complementarity...*, *op. cit.*, p. 708.
[319] Finlay M., *Does article 20...*, *op. cit.*, p. 238.
[320] Cassese A., Gaeta P., Jones J., *The Rome Statute..., op. cit.*, p. 727.

(c) che segue: il procedimento non è stato, o non è condotto in modo indipendente o imparziale, ed è stato, o è condotto in modo tale da essere - date le circostanze- incompatibile con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia. In altre parole, l'art. 20(3) riproduce uno dei criteri indicativi dell'interpretazione dell'*unwillligness* di cui all'articolo 17[321]. Indubbiamente tale scelta, oltre alla volontà di rendere uniformi le disposizioni dello Statuto, ha semplificato anche la trattativa tra i rappresentanti degli Stati alla Conferenza Diplomatica. Una volta raggiunto il difficile accordo sul principio di complementarietà, si temeva che troppe divergenze tra le parti avrebbero potuto riaprire anche il dibattito sull'articolo 17[322].

L'unica differenza terminologica tra le due previsioni sta nel diretto riferimento al diritto internazionale e ai criteri di giusto processo (*due process*) aggiunti all'articolo 20. L'inserimento del riferimento al diritto internazionale è l'effetto della proposta del Messico approvata, in realtà, senza una particolare discussione in merito. Come si ritiene però, tale riferimento riflette l'intenzione di ancorare all'ICC il margine di applicazione degli standard dei diritti umani e la pratica degli organi di tutela di tali diritti. Chiaramente, l'aggiunta non può fare alcun danno. Pare in realtà che sia superflua, dato che in ogni modo, l'ICC avrebbe applicato comunque gli standard dei Tribunali per i Diritti Umani essendone vincolata in base alle altre norme dello Statuto, tra cui anche l'articolo 21[323].

L'eccezione di cui all'articolo 20(3)(b), in pratica, ha come fine permettere all'ICC di assicurare che gli individui che commettono crimini di rilevanza internazionale non vadano impuniti. L'ICC ha ottenuto il potere di sindacare se i processi di fronte al giudice statale siano conformi ai principi di diritto interazionale

[321] Ambos K., *Treatise ...*, *op. cit.*, p. 406.
[322] Holmes J., *The Principle...*, *op. cit.*, p. 59-60.
[323] Tallgren I., Coracini A.R., *Commentary...*, *op. cit.*, p. 695.

e in linea con le norme di *due process of law*. In dottrina ci si è chiesti se l'inserimento della locuzione "nel rispetto delle garanzie previste dal diritto internazionale", la quale non era prevista negli statuti delle Corti *ad hoc*, non avrebbe portato l'ICC ad assumere un'altra dimensione, molto più simile a quella della Corte di Strasburgo il cui scopo è la salvaguardia del rispetto dei diritti e garanzie fondamentali riconosciuti dal diritto internazionale [324]. Infatti, l'ICC ha così ottenuto un margine di discrezionalità talmente ampio che potrebbe influenzare la sovranità statale[325]. Perciò, vista la diversità degli ordinamenti degli Stati parte dello Statuto di Roma, c'è chi sottolinea la lacuna consistente nella mancata elencazione tassativa di tali garanzie previste dal diritto internazionale[326].

D'altronde il riferimento alle norme di *due process of law* all'articolo 20(3)(b) non è una rarità nello Statuto di Roma. Lo stesso articolo 17 (2) nella frase introduttiva dei criteri interpretativi della nozione di *unwilligness* indica che l'ICC deve tenere conto dei *principles of due process recognized by international law.* Inoltre, all'articolo 21(1)(b) si legge che al secondo posto, tra le fonti di diritto per l'ICC, dopo lo Statuto, *Elements of Crimes* e le *Rule of Procedure and Evidence* si applicano, ove opportuno, le regole ed i principi di diritto internazionale, ivi compresi i principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati, ancor prima dei principi generali di diritto ricavai dai sistemi nazionali[327].

---

[324] Ongena T., Vermeulen G., Vander Beken T., *Belgium, concurrent national and international crimina jurisdiction and the principle 'ne bis in idem',* Reveu international droit penal, 2002/3, vol. 73, p. 841.

[325] Finlay M., *Does the International..., op. cit.*, p. 235.

[326] Piva D., *Cumulo di pene e ne bis in idem,* [in:] Mezzetti E., *Diritto Penale Internazionale II Studi,* Torino, 2010, p. 242.

[327] Articolo 21 dello Statuto di Roma (traduzione non ufficiale): 1. La Corte applica: a) in primo luogo, il presente Statuto ed il Regolamento di procedura e di prova; b) in secondo luogo, ove occorra, i trattati applicabili cd i principi e le regole di diritto internazionale, ivi compresi i principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati; c) in mancanza, i principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine, purché tali principi non siano in contrasto con il presente Statuto, con il diritto internazionale e con le

Dunque, è chiaro che i principi e le regole di diritto internazionale rappresentano per l'ICC una delle importanti fonti di diritto applicabile durante l'esercizio delle sue funzioni. Oltre ad emergere dalle varie disposizioni dello Statuto, lo prevede *in primis,* appunto, l'art. 21 terzo comma che segue: *L'applicazione e l'interpretazione del diritto ai sensi del presente articolo devono essere compatibili con i diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti*. Il riferimento è però generico in quanto non fa distinzione tra i diritti sostanziali e processuali. Pertanto, si sostiene che la protezione dei diritti fondamentali da parte dell'ICC dovrebbe aver luogo qualora si possano infrangere i diritti del singolo o si debba assicurare che questo sia trattato con il <*minimum human rights standard*> anche se si considerino i diritti non esplicitamente previsti dallo Statuto[328].

Dunque, la locuzione dell'articolo 20(3)(b) deve essere interpretata in linea con l'articolo 21 dello Statuto, per cui di per sè stabilisce un criterio più ristretto, che riguarda le norme di *due process of law*, più conosciute in dottrina internazionale sotto la locuzione <*fair trial*>*,* giusto processo. Il giusto processo a sua volta, inserito nella maggioranza delle convenzioni internazionali (si veda per esempio l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti Umani) e oggetto di numerose interpretazioni da parte delle rispettive corti per i diritti umani, stabilisce di conseguenza il *minimum standard* che spetta all'accusato anche dal punto di vista dell'imparzialità e indipendenza del processo – il che rappresenta un importante punto di riferimento per il futuro funzionamento dell'ICC[329].

Può ritenersi che il problema sia piuttosto scolastico finché si tratti dei paesi

---

norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti. (…).

[328] Gallant S. K., *International Human Rights Standards in International Organizations: The Case of International Criminal Courts,* [in:] *International Criminal Law Quo Vadis?,* Association Internationale De Droit Penal, N. 19, 2004, p. 402.

[329] Kleffner J., *Complementarity...*, *op. cit.*, p. 128-129.

"sviluppati" a livello giuridico. L'analisi può essere ben diversa nel caso dei paesi del cd. terzo mondo i quali ai quali maggiormente si rivolge l'attenzione degli organi giudiziari dell'ICC. Come hanno indicato Piragoff e Clarke lo scopo dell'ICC è influenzare e introdurre i diritti umani nei paesi travolti da conflitti e guerre, la cui struttura legale, nonché gli organi giudiziari sono insufficienti, hanno difetti di volontà o abilità a perseguire i crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e di guerra. Così, probabilmente l'ICC potrebbe servire come garanzia del *minimum standard* del giusto processo[330].

E questo sembra suggerire proprio l'ICC stessa nel caso *Katanga e Ngudjolo Chui* in cui ha sottolineato che lo scopo del *ne bis in idem* è anche quello di proteggere i diritti dell'accusato, in contrasto con altre disposizioni sull'ammissibilità che rispecchiano piuttosto l'interesse e la sovranità dello Stato[331].

Tale problematica ha inciso sul processo davanti all'ICTY, il quale nella sentenza *Delalic* ha escluso dal materiale probatorio la dichiarazione dell'accusato resa ai vigili Austriaci, osservando che i diritti fondamentali dell'accusato in Austria sono manifestamente diversi da quelli di cui allo Statuto del Tribunale per l'ex Yugoslavia e pertanto la dichiarazione non poteva essere ammessa[332].

---

[330] Piragoff D. K., Clarke P., *The Emergence of Common Standards of "Due Process" in International and National Criminal Proceedings,* [in:] *International Criminal Law Quo Vadis?,* Association Internationale De Droit Penal, N. 19, 2004, p. 395.

[331] Il documento dell'ICC nel caso *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo ChuiReasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute)* del 16 giugno 2009, ICC-01/04-01/07, par. 48, disponibile a https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc711214.pdf.

[332] In lingua originale: "The Trial Chamber is satisfied that the Austrian rights of the suspect are so fundamentally different from the rights under the International Tribunal's Statute and Rules as to render the statement made under it inadmissible", la decisione dell'ICTY, *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Lando (Decision on Zdravko Mucic's Motion for the Exclusion of Evidence del 2 settembre 1997,* case no IT-96-21, para. 52, disponibile a: http://www.icty.org/x/cases/mucic/tdec/en/70902732.htm.; in merito alla problematica dell'uso di materiale probatorio e i rischi per il divieto del *bis in idem* si veda: La Rosa A. M., *A tremendous challenge for the International Criminal Tribunals: reconciling the requirements of international humanitarian law with those of fair trial,* International Review of the Red Cross, No. 321, 1997, p. 640.

Paradossalmente però, quando si parla del *ne bis in idem* inteso come diritto fondamentale, in diritto internazionale il riconoscimento della sua applicabilità fra gli Stati non è unanime. Lo standard delineato dalla Convenzione EDU o dal Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici è molto più limitato e non costituisce il divieto del *bis in idem* assoluto tra diversi sistemi legali dato che gli organi internazionali solitamente non agiscono come il *prosecutor* statale. Di conseguenza, il *ne bis in idem* previsto negli statuti delle Corti *ad hoc*, nonché nello Statuto di Roma è più completo in quanto vincola tutti gli Stati parte[333].

Da sottolineare è anche il fatto, che solitamente la violazione dei principi di *due process* nella giurisprudenza delle corti dei diritti umani riflette situazioni di mancato rispetto dei diritti dell'accusato, consistenti nell'inosservanza delle norme convenzionali e nella disapplicazione delle garanzie ivi previste, a svantaggio dell'individuo. Mentre la previsione dell'articolo 20(3)(b) chiaramente comprende anche la situazione contraria – qualora non vi sia la *willingness* di giudicare l'agente. In altre parole, si tratterebbe anche degli abusi a vantaggio dell'individuo, quali compresi nel mancato intento di assicurare la persona interessata alla giustizia[334].

Da questa divergenza dei approcci, si può arrivare alla conclusione che un elenco tassativo di diritti fondamentali riconosciuti in diritto internazionale all'articolo 20(3)(b) non solo sarebbe inutile, ma addirittura superfluo o limitante. L'elencazione potrebbe in linea di massima fare riferimento ai principi generali (*set of principles*) la cui specificazione spetta al giudice che esamina il caso di specie[335].

Si sostiene che le eccezioni di cui alla lettera b) del terzo comma dell'articolo

---

[333] Gallant S. K., *International Human Rights…, op. cit.,* p. 400.
[334] Benzing M., *The complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice Between State Sovreignty and the Fight Against Impunity,* Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 7, 2003, p. 598; Kleffner J., *Complementarity…*, *op. cit.,* p. 130.
[335] Gallant S. K., *International Human Rights..., op. cit.,* p. 402.

20 riguardano la situazione in cui le autorità statali esercitino pressioni sugli organi giudiziari o investigativi ovvero si svolga un processo il cui esito sia già prestabilito[336]. Chiaramente, condurre il processo "in modo da essere incompatibile, date le circostanze, con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia" come nozione non sembra molto distante dalla formulazione "sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale per i crimini di competenza della Corte". È comunque possibili immaginare uno svolgimento del processo conforme ai principi del *due process*, ma di per sé indirizzato a riconoscere l'imputato incolpevole. In altre parole, una situazione del genere non ricadrebbe sotto la previsione dell'articolo 20(3)(a), bensì rientrerebbe nello *chapeau* dell'eccezione analizzata ora[337].

Si osserva che anche la seconda eccezione introduce un criterio soggettivo. Si legge <*proceedings were (...) inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice*>. Ciò significa che anche qui si mette in luce la necessità di dimostrare "una specie" di mala fede ovvero l'elemento soggettivo di inadempienza nel soddisfare gli standard di giusto processo. In pratica potrebbe parlarsi del caso in cui le autorità giudiziarie determinino una pena sproporzionatamente inadeguata al caso di specie, in modo che il condannato non possa essere giudicato successivamente dal tribunale internazionale[338]. Tale ragionamento è corroborato anche dall'interpretazione storica, poiché inizialmente, la corrispettiva previsione dell'articolo 17 doveva essere inserita tra le condizioni di <*inability*>, il che poteva significare che si trattasse dell'inabilità del sistema giudiziario in senso oggettivo. Solo in un secondo momento, si mise l'accento anche sulla "malafede" degli organi giudiziari che potrebbero "nascondere" il vero intento del processo sotto la coperta

[336] Tallgren I., Coracini A.R., *Commentary..., op. cit.,* p. 965.
[337] El Zeidy M., *The complementarity…*, *op. cit.,* p. 196.
[338] Finlay M., *Does the International…, op. cit.,* p. 236.

di un fittizio giusto processo[339].

L'articolo 20(3)(b) riprende due nozioni quali: “indipendente” e “imparziale”. Come già indicato *supra*, nella dottrina internazionalistica, particolarmente in materia di diritti umani, entrambi i termini vengono spesso correlati con le situazioni in cui un tribunale abbia agito a svantaggio dell'individuo. Nel caso ad oggetto, parimenti si può ipotizzare anche la situazione inversa, della dipendenza o parzialità del processo a vantaggio dell'agente, intesa a minare la finalità di non lasciare impuniti i responsabili dei crimini di competenza della Corte. Indipendenza e imparzialità come concetti sono correlati, però vanno comunque distinti uno dall'altro. Il primo, si riferisce piuttosto al carattere organizzativo della giustizia, all'esistenza delle garanzie contro le pressioni, alla non interferenza del ramo esecutivo e del legislativo, nonché delle parti. Imparzialità invece, rimanda alla situazione in cui il giudice non può manifestare preconcetti o pregiudizi ovvero agire a netto vantaggio di una parte del processo, dovendo invece dimostrare oggettività[340].

Come ha sottolineato la CEDU nel caso *Campbell Fell v. Regno Unito* la valutazione se un tribunale è indipendente dovrebbe tener conto delle modalità di nomina dei suoi membri e della durata del loro mandato, nonché l'esistenza di garanzie contro le pressioni esterne[341]. Ciò che poi ha ribadito l'ICTY nel caso *Tadic* in cui è stato indicato che l'accertamento dell’imparzialità e indipendenza del tribunale nel caso specifico, consiste nel valutare *its consitution, its judges and the way they function*[342]. Nel caso *Piersack* la Corte EDU ha ritenuto invece che

---

[339] Williams A. S., Schabas W., *Article 17 issues of admissibility,* [in:] Triffterer O., *Commentary...* p. 623.
[340] Kleffner J., *Complementarity…*, *op. cit.,* p. 146.
[341] La sentenza della Corte EDU *Campbell and Dell v. Regno Unito* del 28 giugno 1984, no. 7819/77, 7878/77, p. 78, disponibile a: http://hudoc.echr.coe.int.
[342] La decisione dell'ICTY, *Decision on the defence motion on jurisdiction* nel caso *Procesutor v. Dusko Tadic* del 10 agosto 1995, */IT-94-1-T*., p. 32.

imparzialità normalmente si ha nella situazione in cui non si ravvisino pregiudizi e preconcetti. Così, in questo contesto può essere tracciata una distinzione, tra un approccio soggettivo, in cui si tenta di accertare la convinzione personale di un certo giudice in un certo caso, e un approccio obiettivo che richiede di verificare se egli abbia offerto garanzie sufficienti da escludere ogni legittimo dubbio in ordine alla sua imparzialità[343]. Inoltre, come precisa la CEDU nel caso *Steck-Risch e altri* in merito all'imparzialità soggettiva, il giudice si deve ritenere imparziale fino a prova contraria. Nell'accertamento dell'imparzialità oggettiva si tiene conto di fattori al di fuori dalla *condotta* del giudice, i quali comunque possono rendere dubbia la sua imparzialità[344]. E così la CEDU ha sottolineato, in un caso che ha coinvolto l'Italia, che il presidente del tribunale che usa in pubblico espressioni che rivelino il suo giudizio prima che inizi a procedere con il caso di specie, chiaramente pare incompatibile con qualsiasi forma di imparzialità[345].

Una vera *guideline* sulla valutazione del criterio di imparzialità è stata fornito dall'ICTY nella sentenza della *Appeal Chamber* nel caso *Furundzija* in cui il Tribunale, dopo aver esaminato la giurisprudenza internazionale e nazionale in merito, ha ritenuto che: *<following priniciple should direct it in interpreting and applying the impartiality requirement of the Statute*:

A. *a Judge is not impartial if it is shown that actual bias exists.*

---

[343] La sentenza della Corte EDU *Piersack v. Belgium* del 1mo ottobre 1982, no. 8692/79, p. 30, disponibile a http://hudoc.echr.coe.int., in versione ufficiale inglese la frase segue: Whilst impartiality normally denotes absence of prejudice or bias, its existence or otherwise can, notably under Article 6 § 1 (art. 6-1) of the Convention, be tested in various ways. A distinction can be drawn in this context between a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction of a given judge in a given case, and an objective approach, that is determining whether he offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect.

[344] La sentenza della Corte EDU nel caso *Steck-Reisch e altri v. Lichtenstein* del 19 maggio 2005, no. 63151/00, p. 40-41, disponibile a http://hudoc.echr.coe.int.

[345] La sentenza della Corte EDU nel caso *Buscemi v. Italia* del 16 settembre 1999, no 29569/95, p. 68, disponibile a http://hudoc.echr.coe.int.

B. There is an unacceptable appearance of bias if:

i) a Judge is a party to the case, or has a financial or proprietary interest in the outcome of a case, or if the Judge's decision will lead to the promotion of a cause in which he or she is involved, together with one of the parties. Under these circumstances, a Judge's disqualification from the case is automatic; or

ii) the circumstances would lead a reasonable observer, properly informed, to reasonably apprehend bias>[346].

Chiaramente bisogna distinguere la situazione in cui si parli del giudice imparziale, come nella giurisprudenza cui si è fatto riferimento, dalla questione di imparzialità del processo, quale criterio interpretativo dell'eccezione al *ne bis in idem* ascendente. Nonostante ciò, i suddetti criteri interpretativi, serviranno all'ICC nel momento in cui dovrà pronunciarsi sul caso in questione.

In fine, in dottrina si è posta la domanda se secondo l'articolo 20(3)(b) l'eccezione si applica solo se il processo era dipendente o parziale, ovvero se la mancata indipendenza o imparzialità deve essere completata dal mancato *intento* di assicurare la persona interessata alla giustizia. In altre parole, ci si chiede se la disposizione dell'articolo 20(3)(b) *in fine,* che riprende il criterio soggettivo di mala fede, rappresenta una completamente dei presupposti della norma ad oggetto, nel senso di elevare la soglia applicativa dell'eccezione, che non si applicherebbe a qualsiasi indipendenza o imparzialità bensì unicamente a quella che possa considerarsi intesa a non soddisfare la giustizia penale internazionale. Il dubbio acquista maggior consistenza considerando la traduzione francese ufficiale dello Statuto, che unisce la prima parte della frase dell'articolo 20(3)(b) mediante la

[346] La sentenza dell'ICTY, Appeal Chamber, nel caso *Procesutor v. Furundzija* del 21 luglio 2000, IT-95-17/1-A, p. 189.

congiunzione <*mais*>, anziché <*and*> della versione inglese[347].

La versione dello Statuto elaborata nello *draft statute* del 1994 era difatti diversa da quella adottata alla conferenza diplomatica di Roma nel 1998 e non faceva riferimento alle circostanze incompatibili con il fine di assicurare la persona alla giustizia[348]. Lo stesso discorso vale per gli statuti delle Corti *ad hoc*[349].

Pertanto, non sembra meramente casuale l'introduzione della congiunzione cumulativa "*and*" nella versione ufficiale inglese dello Statuto di Roma dell'ICC, che dovrebbe essere interpretata in maniera complessiva. In altre parole, l'ICC può riaprire il processo statale nel momento in cui ritiene che esso sia stato *imparziale* in maniera tale da rappresentare il *purpose* di minare l'interesse della giustizia internazionale[350]. Non si può almeno in linea teorica escludere il caso in cui il procedimento potrebbe essere considerato non indipendente per motivi piuttosto oggettivi, dovuti alla cattiva organizzazione della giustizia statale, ma al contempo non inteso a sottrarre la persona alla giustizia penale. Ciò risulta corroborato anche dalla interpretazione della disposizione gemella dell'articolo 17(2)(c) dello Statuto ove si propende per un'interpretazione cumulativa dei presupposti[351]. Come ha sottolineato l'ICC nella decisione sull'ammissibilità del caso *Abdullah Al-Senussi* <*As the two provisions contain such similar language it is reasonable to assume that*

---

[347] La versione francese segue: N'a pas été au demeurant menée de manière indépendante ou impartiale, dans le respect des garanties d'un procès équitable prévues par le droit international, mais d'une manière qui, dans les circonstances, était incompatible avec l'intention de traduire l'intéressé en justice. Disponibile a: http://legal.un.org/icc/statute/french/rome_statute(f).pdf.

[348] The proceedings in the other court were not impartial or independent or were designed to shield the accused from international criminal responsibility or the case was not diligently prosecuted Disponibile a: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1994.pdf.

[349] The national court proceedings were not impartial or independent, were designed to shield the accused from international criminal responsibility, or the case was not diligently prosecuted Disponibile a: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf.

[350] Vedi per esempio Tallgren I., Coracini A.R., Commentary..., *op. cit.*, p. 694, così anche Kleffner J., *Comlementarity...*, *op. cit.*, p. 149-150 e la letteratura ivi citata che sostiene l'interpretazione congiuntiva, ritenendo altrimenti l'introduzione della seconda parte della frase ridondante. D'altronde, l'interpretazione opposta è sostentuta da C. Cardenas.

[351] Così per esempio El Zeidy M., *The complementarity...., op. cit.*, p. 197.

they were intended to have the same meaning[352]>.

2.4. il problema della mancata implementazione dei reati internazionali.

Come è stato già sottolineato numerose volte, l'ICC svolge un ruolo complementare rispetto ai sistemi nazionali che mantengono comunque il primato nel giudicare i reati di competenza della Corte. Ciò significa che gli Stati dovrebbero adeguare la loro legislazione anche a tali reati, quali il crimine di genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e l'aggressione. In altri termini, il sistema interno dello Stato parte dello Statuto dovrebbe adattarsi ai requisiti di quest'ultimo, attraverso per esempio l'implementazione delle definizioni dei crimini di cui sopra.

Sebbene lo Statuto stesso non contenga un obbligo esplicito di adattamento del sistema interno, non pare esserci dubbio che crea una specie di onere sugli Stati che vi hanno aderito. Non essendoci una conseguenza diretta, lo Stato che non abbia adeguato il proprio sistema interno ai requisiti dello Statuto, rischierebbe di sottrarsi dalla sua competenza di giudicare le condotte che integrano uno dei crimini di competenza dell'ICC[353]. Come si è già osservato, non può escludersi una situazione in cui la mancata implementazione dei crimini di competenza della Corte potrebbe rilevare come uno dei criteri per la riapertura del processo in linea con il principio del *ne bis in idem*. È ancor più chiaro il riferimento ai criteri di ammissibilità di cui all'articolo 17(3) dello Statuto che permette all'ICC di iniziare l'indagine nel

---

[352] La sentenza sull' appello di *Mr Abdullah Al Senussi* contro la decisione della Pre Trial Chamber I del 11 ottobre 2013, *Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi,* ICC-01/11-01/11-565 del 24 luglio 2014, p. 222, disponibile a https://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/ICC-01_11-01_11-565_02.pdf.

[353] Cryer R., and others, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure,* Cambridge, 2008, p. 63; Yang L., *On the principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court,* Chinese Journal of International Law, Vol. 4, No. 1, 2005, p. 123.

momento in cui lo Stato mostri un difetto di abilità (incapacità) nel perseguire reato. Il concetto di *ability* nella prospettiva della complementarietà, significa anche l'obbligo dello Stato di assicurare che il contesto legislativo penalizzi i crimini quali genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra sia tramite un'implementazione *in extenso* delle disposizioni dello Statuto che tramite una riformulazione delle definizioni dei crimini medesimi[354]. Giustamente, in base a quanto detto nei capitoli precedenti, è discutibile se l'ICC possa intervenire solo nel momento in cui lo Stato giudica l'autore per un crimine ordinario. Lo precluderebbe inoltre l'estensiva interpretazione dell'elemento *bis* che comprende -la condotta nel senso storico-naturalistico, di cui all'articolo 20(3)[355]. Al contempo però non si potrebbe escludere la situazione in cui la legislazione dello Stato di base prevede la penalizzazione delle condotte che rientrano nella larga definizione dei crimini contro l'umanità, ma in maniera incompleta. Broomhall fa l'esempio delle specifiche condotte che integrano i reati sessuali, quali *rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other for of sexual violance of comparable gravity* oppure la situazione in cui il sistema interno prevede diverse norme generali sulla *command responsiblity*[356]. Tutto ciò riporta al discorso sull'elemento soggettivo di *purpose of shielding a person concerned from criminal responsibility* o *inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice*. Nonostante ciò, sembra che l'unico modo di poter *sottrarre* all'ICC la possibilità di sindacare ogni mossa intrapresa dallo Stato parte che persegue il reato internazionale,

---

[354] Kleffner J., *The impact of complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law,* Journal of International Criminal Justice 1, 2003, p. 95.

[355] Nouwen S. M.H., *Fine-tunning complementarity,* [in:] Brown B., *Research Handbook on International Criminal Law,* Edward Elgar, 2011, p. 216.

[356] Broomhall B., *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovreignty and the Rule of Law,* Oxford, 2003, p. 91-92.

sia quello di integrare il sistema interno con le disposizioni dallo Statuto di Roma[357]. Come è stato già rilevato sopra, non è da sottovalutare l'argomento che la punizione di un reato di rilevanza internazionale risponde anche alla necessità di proteggere l'interesse della comunità internazionale e l'umanità *as a whole*[358]. Come ha sottolineato l'ICTY nel caso *Erdemovic* in riferimento ai crimini contro l'umanità, è proprio il concetto dell'umanità come vittima stessa che fa trascendere l'individuo, pertanto quando si aggredisce un individuo, l'umanità viene negata e attaccata ugualmente[359].

D'altronde, il processo di adattamento si è già rivelato problematico in quei Paesi che hanno intrapreso iniziative in questa direzione. Per esempio, la Germania ha deciso di riformulare alcune disposizioni in ossequio al principio di stretta legalità e quello di determinatezza. Il riferimento è alle condotte singole di crimini contro l'umanità quali "gli altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale" di cui all'articolo 7(1)(k) dello Statuto[360].

Ciò che pare chiaro, è che l'ICC ha a sua disposizione molte vie per poter intervenire qualora fosse messo a rischio l'interesse comune alla persecuzione dei responsabili per i reati di rilevanza internazionale. È opportuno sperare che il Tribunale stesso saprà usare tali mezzi in maniera adeguata, senza rischiare di essere accusato di parzialità o dipendenza dalla politica internazionale.

---

[357]Ferdinandusse W., *The prosecution of Grave Breaches in National Courts*, Journal of International Criminal Justice 7 (2009), p. 741.

[358] Kleffner J., *The impact …*, *op. cit.*, p. 98.

[359] In lingua originale: But crimes against humanity also transcend the individual because when the individual is assaulted, humanity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterises crimes against humanity. *Prosecutor v. Erdemovic* del 29 novembre 1996, IT-96-22-T, par. 28.

[360]Langer M., *Universal Jurisdiction as Janus Faced The Dual Nature of The German Criminal Code,* Journal of International Criminal Justice 11 (2013); p. 752; si veda anche Ferdinandusse W. N., *Direct Application of International Criminal Law in National Court*, The Hague, 2006, p. 40.

CAPITOLO IV
Il *ne bis in idem* sostanziale nello Statuto di Roma

Sommario: 1. La sovrapposizione degli elementi di reato internazionale. *Segue.* La gerarchia dei crimini internazionali nella giurisprudenza e dottrina. 2. La giurisprudenza rilevante dei tribunali per il Rwanda e la ex Yugoslavia. *Segue.* L'approccio delle Corti *ad hoc* al concorso di reati. *Segue.* Kupreskic. *Segue.* Akayesu. *Segue.* Kayishema and Ruzindana. *Segue.* Celebici. *Segue.* Il concorso tra le singole ipotesi criminose. *Segue.* Concorso di reai nella fase di *charge-conviction-sentencing. Segue.* La corrente prassi dell'ICC. *Segue.* Una via di mezzo per salvaguardare l'accusato. *Segue.* Il mancato principio del *ne bis poena in idem?*.

Un altro aspetto del *ne bis in idem*, quello sostanziale, è apparentemente meno studiato da parte del diritto della dottrina penale internazionale. Sotto questa nozione, si intende innanzitutto il divieto di ripetizione del giudizio, ovvero il divieto di attribuire due volte ad un medesimo autore un accadimento unitariamente valutabile dal punto di vista normativo[361]. Dunque, il *ne bis in idem* sostanziale avrebbe la funzione di impedire "l'addebito all'autore di un fatto storico di <due titoli di reati, uno dei quali consti unicamente – cioè, senza aggiunta di un elemento particolare – di elementi che rientrano tutti, nessuno eccettuato, nello schema dell'altro>"[362].

In altre parole precluderebbe la possibilità di qualificare una condotta, intesa nel senso naturalistico, come due reati che difatti scaturiscono da una moltiplicazione della valutazione penale attribuita alla condotta. Il che sarebbe opposto ad una valutazione *in abstracto* secondo la quale ad un soggetto non può essere addebitato due volte lo stesso reato[363]. Entrambe le interpretazioni, come si è visto nel caso di *ne bis in idem procedatur*, si scontrerebbero nella valutazione della portata

[361] Musco E., Fiandaca G., *Diritto Penale parte generale,* quarta edizione, Zanichelli, 2004, p. 673.
[362] Lozzi G., *Profili di un'indagine sui rapporti tra <ne bis in idem> e concorso formale di reati*, Giuffré Milano, 1974, p. 68.
[363] Mantovani F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale,* Bologna, 1966*,* p. 421.

applicativa dell'elemento *idem* che, nel primo caso riguarderebbe una valutazione *in concreto*, intesa nel senso storico-naturalistico, e nel secondo invece una valutazione *in abstracto*, ovvero la qualificazione normativa. L'applicazione del *ne bis in idem* coinvolge così un'analisi che deve rispondere alla domanda se nel caso di specie tutti gli elementi e i requisiti della situazione storica vanno presi in considerazione da entrambi gli schemi legali[364]. Pertanto il *ne bis in idem* nella sua concezione sostanziale funziona anche come criterio di risoluzione della doppia valutazione dello stesso fatto nel caso di *concursus delictorum,* ovvero come criterio interpretativo nel caso di concorso apparente di norme[365].

Considerato da questo punto di vista funzionale, il *ne bis in idem* assumerebbe il ruolo di "garante", il cui fine sarebbe precludere che siano cumulate le sanzioni nel momento in cui una condotta unitaria venga diversamente qualificata dal punto di vista normativo per via della moltiplicazione di valutazioni[366].

Inoltre, in dottrina per *ne bis in idem* sostanziale si intende anche, sotto il profilo assiologico, il divieto di punire due volte per lo stesso illecito, espresso anche nella massima latina *ne bis poena in idem.* Dunque, tale concezione starebbe a garantire che vengano soddisfatte le esigenze di giustizia[367].

Come accennato sopra, la concezione del *ne bis in idem* sostanziale nella dottrina di diritto internazionale, compresa quella legata particolarmente all'ICC, è abbastanza ignorata. In generale, come accade spesso negli altri casi, i giudici che si trovano ad affrontare la questione *de qua*, ricavano le regole ed i principi mancanti

---

[364] Lozzi G., *Profili di un'indagine…*, *op. cit.,* p. 70.
[365] Musco F., *Diritto penale...*, *op. cit.*, p. 673.
[366] *Cfr* per esempio Bojarski T., Radecki W., *Kodeks wykroczen, Komentarz,* Art. 11, p. 2.
[367] *Cfr* Kardas P., *Konstrukcja idealnego zbiegu przestępstw a konstytucyjna i konwencyjna zasada ne bis in idem. Rozważania o konstytucyjnych i konwencyjnych granicach władzy ustawodawczej*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, XIV, 2010, zesz. 4, p. 28.

nelle normative convenzionali dai sistemi nazionali. L'importanza di una chiara concezione del *ne bis in idem* sostanziale ed il suo impatto alla materia del concorso di reati, si rende ancor più rilevante vista la natura dei crimini di competenza dell'ICC che si presentano particolarmente complessi dal punto di vista della struttura del reato. Si pensi ad un crimine contro l'umanità di tortura accompagnato dal trattamento inumano diretto a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale commesso nell'ambito di un attacco contro popolazioni civili (elemento contestuale dei crimini contro l'umanità, art. 7(2)(e)), nonché commesso come parte di un piano o di un disegno politico, o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala (elemento contestuale dei crimini di guerra, art. 8(2)(a)(ii) e 8(c)(ii)). In prima battuta si tratterebbe di un concorso ideale di reati (concorso inter-articoli), cioè i crimini contro l'umanità ed i crimini di guerra. C'è però da porsi la domanda, se la tortura non consumi la qualificazione del trattamento inumano, portando così ad un concorso apparente di norme, secondo la regola interpretativa dell'assorbimento, ovvero *lex consumens derogat legi consumptae*[368].

Purtroppo, il diritto penale internazionale scritto rimane muto a riguardo. Né lo Statuto di Roma, né gli Statuti delle corti *ad hoc*, prevedono un esplicito *ne bis in idem* sostanziale, cosi come non prevedono la disciplina del concorso di reati o concorso di norme[369]. Pertanto, tenendo conto di ciò che è stato scritto sopra in merito al *ne bis in idem* orizzontale di cui all'art. 20(1), occorre rivolgersi alla giurisprudenza, per evitare che ci si trovi in una situazione in cui l'autore di un reato potrebbe lamentarsi di dover scontare più pene inflittegli a seguito di una sola

[368] *Cfr* Ambos K., *Treatise…*, *op. cit.*, p. 246.
[369] Piva D., *Cumulo di pene…, op. cit.*, p. 238-239.

condotta.

1. La sovrapposizione degli elementi di reato internazionale.

Innanzitutto occorre premettere brevemente, che i crimini di competenza dell'ICC consistono di una serie di elementi che, possono essere classificati secondo gli schemi propri dei sistemi nazionali. Pertanto, si ha la fattispecie di genocidio qualora sussistano gli elementi essenziali che possono essere elencati come segue:

a) elemento oggettivo di commissione di uno degli atti elencati dalla lettera a) fino alla lettera e) dell'articolo 6;

b) elemento psicologico, consistente nell'intenzione di distruggere il gruppo in tutto o in parte;

c) elemento passivo, quale un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso[370].

La disposizione dell'articolo 6 fornisce un elenco delle condotte tipiche che rappresentano l'elemento oggettivo del crimine di genocidio, quali: uccisione, cagionare gravi lesioni all'integrità fisica o psichica, sottoporre deliberatamente a condizioni di vita tali da comportare la distruzione fisica, totale o parziale, imporre misure volte ad impedire le nascite in seno al gruppo, trasferire con forza i bambini[371].

Di conseguenza, ci si deve chiedere se in presenza di una pluralità di azioni, ciascuna di per sé sufficiente ad integrare i presupposti della punibilità, l'insieme di tali azioni possa essere considerato dal punto di vista giuridico, come una pluralità di

[370] Amati E. e altri, *Introduzione…*, *op. cit.*, p. 384.
[371] Articolo 6 dello Statuto di Roma.

autonomi fatti criminosi o come un unico reato di genocidio[372].

E così si osserva in dottrina che l'idea di poter considerare l'insieme degli atti in maniera unitaria deriva dal fatto che la fattispecie di genocidio tutela un bene *superindividuale,* qual è l'esistenza di un gruppo. Con la precisazione, tuttavia, che le condotte dirette alla distruzione, in tutto o in parte, di un gruppo tutelato, per essere comprese unitariamente, devono esser commesse nella stessa dimensione geografica e temporale. Ciò vale sia per condotte fra loro identiche, sia per condotte diverse una dall'altra[373]. Proprio in seno alla Commissione Preparatoria si è deliberato sul fatto che le condotte elencate sopra debbano essere considerate come condotte di un agire unitario, per cui potrà verificarsi l'ipotesi che sia commesso un solo atto, anche se verrà commesso insieme alle altre condotte qualificabili come genocidio, quindi un soggetto potrà essere ritenuto responsabile per uno degli atti di cui all'elenco dell'articolo 6 se sapeva o aveva ragione di sapere che quell'atto di cui è accusato avrebbe distrutto, in tutto o in parte, il gruppo tutelato, o che l'atto era parte di condotte seriali, o infine che la condotta fosse, singolarmente, idonea a provocare la distruzione del gruppo[374].

La situazione si complica però quando un atto illecito di omicidio si presenti anche nel contesto di un esteso attacco contro popolazioni civili, e di conseguenza si è in una situazione di concorso di reati, fra genocidio e crimine contro l'umanità, quindi un concorso inter-articoli.

Come stabilisce l'articolo 7, i crimini contro l'umanità consistono nei seguenti elementi:

---

[372] Werle G., *Diritto dei Crimini..., op. cit.*, p. 299.
[373] *Ibidem*, p. 299.
[374] Amati E., *Introduzione...*, *op. cit.*, p. 385.

a) elemento oggettivo, quale la condotta di omicidio; sterminio; riduzione in schiavitù; deportazione o trasferimento forzato della popolazione; incarcerazione o altre gravi forme di privazione della libertà personale; tortura; stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata e altre forme di violenza sessuale di analoga gravità; persecuzione contro un gruppo o una collettività dotati di propria identità, ispirata da ragioni di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso o di genere sessuale o da altre ragioni universalmente riconosciute (…), sparizione forzata delle persone; *apartheid*; altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale.

b) elemento psicologico del dolo del contesto, espresso come "agire con la consapevolezza dell'attacco contro la popolazione civile",

c) elemento contestuale della commissione nell'ambito di un esteso e sistematico attacco

d) soggetto passivo della popolazione civile[375].

Dal punto di vista formale, è evidente che la Commissione abbia creato un elenco delle singole condotte molto equivoco. Non è chiaro quale esattamente debba essere la condotta che costituisca gli altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale. E infatti, il termine *other inhumane acts* fu già oggetto di una pronuncia dell'ICTY che nel caso *Kupreskic* così si espresse:

> "*There is a concern that this category lacks precision and is too general to provide a safe yardstick for the work of the Tribunal and hence,*

[375] *Cfr* Amati E., *Introduzione*…, *op. cit.*, p. 412-432.

that it is contrary to the principle of the "specificity" of criminal law. (...) the expression at issue undoubtedly embraces the forcible transfer of groups of civilians (which is to some extent covered by Article 49 of the IVth Convention of 1949 and Article 17(1) of the Additional Protocol II of 1977), enforced prostitution (indisputably a serious attack on human dignity pursuant to most international instruments on human rights), as well as the enforced disappearance of persons (prohibited by General Assembly Resolution 47/133 of 18 December 1992 and the Inter-American Convention of 9 June 1994). Plainly, all these, and other similar acts, must be carried out in a systematic manner and on a large scale[376].

Nella stessa sentenza l'ICTY sottolineò che nonostante la disposizione sia molto equivoca, il mantenimento di tale ambiguità significativa non è inutile in quanto preclude la possibilità di aggirare lo spirito della norma penale[377].

Ciò che desta perplessità è che secondo tale interpretazione *other inhumane acts* reitererebbe alcune delle condotte esplicitamente indicate già nell'articolo 7. Per giunta, lo stesso, risulta dal testo di *Element of Crimes*, quale documento integrante lo Statuto di Roma, che stabilisce "*Such act was of a character similar to any other act referred to in article 7, paragraph 1, of the Statute*[378]". Pertanto, rimane del tutto aperta la possibilità di trovarsi di nuovo in una situazione di *concursus delictorum.*

La stessa problematica riguarda anche il terzo dei *vecchi* crimini di competenza dell'ICC, cioè il crimine di guerra e le condotte singole elencate

[376] La sentenza dell'ICTY nel caso *Prosecutor v. Kupreskic e altri* del 14 gennaio 2000, IT-95-16-T, p. 563-566.
[377] La sentenza dell'ICTY nel caso *Prosecutor v. Kupreskic e altri* del 14 gennaio 2000, IT-95-16-T, p. 563.
[378] Element of Crimes, Art. 7 (1)(k) p. 3., disponibile a https://www.icc-cpi.int.

nell'articolo avente ad oggetto questo crimine[379].

Insomma, ragionando in astratto, in base alle disposizioni dello Statuto di Roma, ci si può trovare nella situazione in cui l'imputato rischia di essere condannato per due crimini in base a tre approcci diversi:

1) condanna per due crimini diversi basati su una identica condotta, per esempio crimine contro l'umanità di tortura e crimine di guerra di tortura;

2) condanna per un crimine basata su due condotte diverse, per esempio crimini contro l'umanità di tortura e di stupro;

3) condanna per due crimini diversi basati su due condotte diverse, per esempio crimine di genocidio di omicidio e crimine contro l'umanità di tortura[380].

Dunque, vista la struttura dei crimini di competenza della Corte, la sovrapposizione degli elementi materiali non è una rarità. Tuttavia, la distinzione della qualificazione giuridica, tra due diversi crimini (inter-articoli) di solito è basata sull'elemento soggettivo (l'intento di distruggere un gruppo) o sulle circostanze del reato (l'attacco esteso e sistematico o un particolare soggetto passivo). Il concorso si fa più problematico, quando si tratta di due condotte singole di un crimine. Pertanto, bisogna individuare i criteri che possono servire al fine di stabilire se un'azione umana può essere valutata in maniera plurima, senza violare il principio del *ne bis in idem*.

---

[379] Come è stato indicato nel secondo capitolo, la definizione del crimine di aggressione è stata inizialmente ommessa dai partecipanti della Conferenza di Roma. Si decise di non rischiare il fallimento finale e di posporre il dibattito sulla definizione dell'esso nel futuro. Alla fine, il crimine di aggressione fu inserito alla normativa dello Statuto, all'articolo 8 *bis* come frutto della Conferenza tenutasi a Kampala nel 2010.

[380] *Cfr* Erdei I., *Cumulative convictions in international criminal law: reconsideration of a seemingly settled issue*, Suffolk Transnational Law Review, Volume 34, Book 2, 2011, p. 3.

2. La gerarchia dei crimini internazionali nella giurisprudenza e dottrina.

Nei sistemi nazionali la *relationship* tra i reati previsti nella legge penale spesso va valutata in base al cosiddetto "*ranking of crimes*". In altre parole i crimini possono presentarsi uno più grave dell'altro quanto al disvalore sociale di una fattispecie penale. Tale valutazione, espressa nella locuzione latina *lex consumens non derogat legi consumptae severior* può essere rappresentata dalla gravità della pena prevista per un particolare reato[381].

Nel diritto penale internazionale, il suddetto criterio non poteva trovare una diretta applicazione in quanto le convenzioni, storicamente, non prevedevano una sanzione poiché non esisteva una via diretta di applicazione delle pene, la cui determinazione ed esecuzione era solitamente lasciata all'ambito del diritto nazionale. Ciò è cambiato nel momento in cui furono fondati l'ICTY e l'ICTR i cui giudici direttamente applicavano le pene per le condotte integranti i crimini di competenza delle Corti. Nonostante ciò gli Statuti non hanno fornito un cd. *Ranking* dei crimini, né una norma sulla pena edittale da imporre[382].

Nella recente dottrina di diritto penale internazionale, una valutazione del disvalore compreso nei crimini internazionali, viene spesso effettuata sulla base dei criteri proposti da M.C. Bassiouni. L'illustre studioso ha individuato i cinque seguenti "*policy elements"* che servono a valutare la gravità dei crimini internazionali:

1) the prohibited conduct affects a significant international interest, in

---

[381] *Cfr* Królikowski M, Zawłocki R., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–31*, Tom I. Wyd. 3, Warszawa 2015, p. 61.

[382] Bogdan A., *Cumulative charges, convictions and sentencing at the ad hoc international tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda,* Melbourne Journal of International Law, Vol. 3, 2002, p. 5-6.

particular if it constitutes a threat to international peace and security;

2) the prohibited conduct constitutes an egregious conduct deemed offensive to the commonly shared values of the world community, including what has historically been referred to as conduct shocking to the conscience of humanity;

3) the prohibited conduct has transnational implications in that it involves or effects more than one state in its planning, preparation, or commission, either through the diversity of nationality of its perpetrators or victims, or because the means employed transcend national boundaries;

4) the conduct is harmful to an internationally protected person or interest;

5) the conduct violates an internationally protected interest but it does not rise to the level required by (1) or (2), however, because of its nature, it can best be prevented and suppressed by international criminalization. Each one of the crimes and their respective instruments reflects the existence of one or more of these elements[383].

Lo stesso Bassiouni però riconosce il peso maggiormente significativo che differenzia i tradizionali crimini internazionali dai cd. c*ore crimes* quali il genocidio, i crimini contro l'umanità ed i crimini di guerra (il crimine di aggressione viene spesso escluso dalla suddetta tripartizione, benché sia inserito nello Statuto dell'ICC)[384].

Come sottolinea l'autore, nei sistemi nazionali la gerarchia dei crimini si basa sulla seguente valutazione:

1) the social interest sought to be protected;

2) the harm sought to be averted;

---

[383]Bassiouni M.C., *Introduction to international criminal law, Second revised edition,* Leiden-Boston 2014, p. 147.
[384] *Ibidem.,* p. 147.

3) the intrinsic seriousness of the violation;

4) the dangerousness of the transgressor manifested by the commission of a given transgression;

5) the degree of general deterrence sought to be manifested;

6) the policy of criminalization; and

7) the policy choices reflected in the opportunity of criminal prosecution[385].

Nonostante ciò gli autori si dividono tra quanti tendono a riconoscere una gerarchia tra i crimini come Kai Ambos[386], e chi, come William Schabas, ritiene che lo Statuto di Roma conferma di non riconoscere alcuna gerarchia tra i crimini in esso previsti. Paradossalmente però, questo stesso autore osserva al contempo che lo Statuto di Roma mostra di considerare minore il disvalore dei crimini di guerra, rispetto al genocidio ed ai crimini contro l'umanità, perché ha lasciato a disposizione degli Stati la clausola di *opt-out* temporaneo solo riguardo ai primi quegli ultimi. Allo stesso modo, esistono diverse scriminanti applicabili solo ai crimini di guerra, e crimini contro l'umanità e non al genocidio[387].

Similmente, nella giurisprudenza dell'ICTY in merito, si nota una particolare equivocità. Nel caso *Erdemovic,* due giudici che hanno espresso una *dissenting opinion*, hanno esplicitamente riconosciuto la gerarchia dei crimini basandosi sul criterio del disvalore sociale, secondo la seguente *ratio*:

> "*crimes against humanity also transcend the individual because when the individual is assaulted, humanity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterises*

[385] *Ibidem,* p. 147.
[386] *Cfr* Ambos K., *Treatise …*, *op. cit.,* p.250 e ss.
[387] Schabas W., *An Introduction...*, *op. cit.,* p. 25.

crimes against humanity (...) The gravity of crimes against humanity when compared with that of war crimes is enhanced by these facets. They indicate that crimes against humanity are not isolated and random acts but acts which will, and which the perpetrator knows will, have far graver consequences because of their additional contribution to a broader scheme of violence against a particular systematically targeted civilian group"[388].

Un'opinione esattamente opposta è stata espressa dall'Appeal Chamber nel caso *Tadic* in cui l'ICTY ha affermato:

"*After full consideration, the Appeals Chamber takes the view that there is in law no distinction between the seriousness of a crime against humanity and that of a war crime. The Appeals Chamber finds no basis for such a distinction in the Statute or the Rules of the International Tribunal construed in accordance with customary international law; the authorized penalties are also the same, the level in any particular case being fixed by reference to the circumstances of the case. The position is similar under the Statute of the International Criminal Court, Article 8(1) of the Statute, in the opinion of the Appeals Chamber, not importing a difference*"[389].

In questa sentenza addirittura la Corte fece riferimento alla similarità dell'approccio nello Statuto dell'ICC.

D'altronde la Corte per il Rwanda ha mostrato una giurisprudenza piuttosto propensa alla differenziazione dei quattro crimini in base al loro disvalore. E così ha precisato nel caso *Musema* che "*The Chamber is thus of the opinion that genocide constitutes the "crime of crimes", and that this must be taken into account in deciding*

[388] La sentenza dell'ICTY nel caso *Procesutor v. Erdemovic,* del 7 ottobre 1997, *Joint seperate opinion of judge Mc Donald and Judge Vohrah*, IT-96-22-A, p. 23-25.

[389] La sentenza dell'ICTY nel caso *Prosecutor v. Tadic*, *Judgment in sentencing appeal,* The Appeals Chamber, del 26 gennaio 2000, IT-94-1-A and Abis, p. 69.

the sentence", facendo riferimento ai gravi danni all'umanità che aveva sempre inflitto il genocidio. La Corte, inoltre, indicò che il disvalore maggiore sta nell'elemento soggettivo quale il *dolus specialis* diretto a distruggere un gruppo protetto[390]. Lo stesso o simile parere venne espresso anche nel caso *Rutuganga*[391].

Si osserva quindi che, da un lato non vi è un univoco riconoscimento della gerarchia dei quattro crimini *de quibus,* dall'altro i giudici tendono a riconoscere il genocidio come il crimine più grave. Può avanzarsi la tesi secondo cui, pur non esplicitamente, questa sia l'opinione anche degli autori dello Statuto. La sistematica dei crimini nell'elenco degli Statuti delle Corti *ad hoc*, nonché quello di Roma dell'ICC riflette proprio la sequenza di gravità espressa in giurisprudenza e in dottrina nel senso discendente. Il crimine più grave sarebbe il genocidio, poi i crimini contro l'umanità ed i crimini di guerra[392].

3. La giurisprudenza rilevante dei tribunali per il Rwanda e la ex Yugoslavia.

Data la mancanza di precisi criteri interpretativi per evitare una possibile violazione del *ne bis in idem* sostanziale, quali, per esempio, quelli riconosciuti dalla dottrina continentale −specialità, sussidiarietà, consunzione −occorre analizzare la giurisprudenza internazionale in merito.

In primo luogo, è necessario ricordare, che la giurisprudenza dell'ICC è

---

[390] La sentenza dell'ICTR del 27 gennaio 2000, *Prosecutor v. Alfred Musema*, ICTR-96-13-A, p. 981, disponibile a: http://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/MUSEMA_ICTR-96-13/MUSEMA_ICTR-96-13-A.html.

[391] La sentenza dell'ICTR nel caso *Prosecutor v Rutaganda* (Judgment and Sentence) del 6 dicembre 1999, ICTR–96–3–T.

[392] Bogdan A., *Cumulative …*, *op. cit.*, p. 8-9.

ancora nella fase della "dentizione"[393]. Di conseguenza molte volte la Corte stessa nella sua giurisprudenza reitera le conclusioni già raggiunte dalle Corti *ad hoc*[394]. Ciò accade anche con riguardo alla disciplina del *concursus delictorum*. Occorre premettere però, che data l'influenza del sistema anglosassone, spesso le Corti usano termini legali sconosciuti nei sistemi continentali. Ad esempio nella giurisprudenza dell'ICC spesso si fa riferimento ad *actus reus*[395] e *mens rea*[396] che rappresentano gli elementi costitutivi di reato riconosciuti dalla dottrina di *common law*, dunque diversi da quelli riconosciuti nei paesi di stampo tripartito che distinguono come elementi costitutivi di reato il fatto tipico, l'antigiuridicità e la colpevolezza.

3.1. *L'approccio delle Corti* ad hoc *al concorso di reati.*

Esaminata la questione della relazione tra i crimini di competenza della Corte, occorre analizzare le tesi espresse in giurisprudenza nei casi in cui la condotta dell'agente aveva violato due norme penali in concorrenza, ovvero la situazione del cd. *Concursus delictorum.* La parte seguente è suddivisa in base ai casi giurisprudenziali ("precedenti") più rilevanti.

---

[393] Un'espressione usata dall'onorevole Antonio Cassese, tradotta letteralmente dall'inglese, proposta nel titolo di un articolo scientifico a firma di Cassese che fece riferimento a "*teething problems"*, vedi: Is the ICC still having teething problems?, Journal of International Justice, no. 4, 2006.

[394] Si veda nota 26, *Prosecutor v. Katanga* del 10 luglio 2012, ICC-01/04-01/06.

[395] „The act or omissions that comprise the physical elements of a crime as required by statute. See, e.g. Schad v. Arizona,501 U.S. 624 (1991)", *Legal information institute,* disponibile a: https://www.law.cornell.edu.

[396] „Mens Rea refers to criminal intent. Moreover, it is the state of mind indicating culpability which is required by statute as an element of a crime. See, e.g. Staples v. United States, 511 US 600 (1994), Establishing the mens rea of an offender is usually necessary to prove guilt in criminal trial. In doing so, the prosecution must prove beyond reasonable doubt that the defendant committed the offense with a culpable state of mind, Justice Holmes famously illustrated the concept of intent when he said "even a dog knows the difference between being stumbled over and being kicked." *Legal information institute,* disponibile a: https://www.law.cornell.edu.

3.1.1. Kupreskic.

Il caso più interessante, in quanto contiene un'ampia analisi della questione del concorso di reati è quello di *Kupreskic* dinanzia all'ICTY. La Corte stessa ha ribadito che la dottrina internazionale ha taciuto in merito alla questione in parola e, pertanto, è necessario dedurre dai sistemi nazionali alcuni principi da applicare al fine di risolvere la questione di concorso di reati.

Nella sua analisi, l'ICTY (come si è visto, influenzato dalla dottrina di *common law*) ha applicato il cd. *Blockburger test,* ovvero il test utilizzato dalle corti nei paesi anglosassoni (in particolare gli Stati Uniti) al fine di evitare la moltiplicazione della qualificazione giuridica della stessa condotta[397]. Il *blockburger test*, come applicato nel precedente *Blockburger vs. United States* da cui ha preso il nome, consiste in ciò:

> 1) *A single act may be an offence against two statutes: and if each statute requires proof of an additional fact which the other does not, an acquittal or*
>
> 2) *conviction under either statute does not exempt the defendant from prosecution and punishment under the other*[398].

L'essenza, sta nel valutare se ogni previsione richiede un elemento di fatto addizionale che l'altra non richiede. Nel caso la risposta sia positiva lo stesso atto può portare alla condanna per due reati. Nel caso contrario il secondo reato rientrerebbe pienamente nell'ambito del primo reato, come *lex specialis*. La Corte indica che quest'ultima relazione tra due reati rispecchia due cerchi di cui uno ha la portata più ampia rispetto all'altro, che viene pienamente compreso dalla portata del

---

[397] Si veda: So T. M. J., *Double Jeopardy Complex Crimes and Grady v. Corbin,* Fordham Law Review, Vol. 60, Iss. 2, 1991, p. 351-377.
[398] La sentenza dell'ICTY nel caso *Prosecutor v. Kupreskic* del 14 gennaio 2000, IT-95-16-T, p. 680.

primo[399].

Per trovare un qualcosa di analogo al *Blockburger* nella dottrina di *civil law* sul *concorso apparente di norme*, bisogna richiamare la concezione del rapporto di specialità e specialità reciproca tra le norme. Difatti, anche la stessa ICTY fa, nella sua analisi, riferimento agli articoli del codice penale olandese (art. 55) e del codice penale italiano (art. 15) che stabiliscono il principio *lex specialis derogat legi generali*[400].

Passando quindi, alla normativa italiana a riguardo, i due studiosi Fiandaca e Musco indicano che, *"*il rapporto di specialità tra fattispecie implica che tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie (generale) siano contenuti in un'altra fattispecie (speciale), la quale ne contiene a sua volta di ulteriori cosiddetti <specializzanti>. Di conseguenza la norma generale ha un'estensione più ampia rispetto alla norma speciale; ma il rapporto tra due norme è tale per cui, ove la seconda mancasse, i casi che vi rientrano sarebbero riconducibili alla prima", il che si ricava dall'articolo 15 del codice penale italiano[401].

Di conseguenza l'ICTY afferma che: *When each of the two provisions requires proof of a fact which the other one does not require, civil law courts tend to speak of "reciprocal speciality" and find that both provisions apply. In sum, the reciprocal speciality doctrine leads to the same result as the* Blockburger *test*[402].

L'ICTY, dunque, ha paragonato il *blockburger test* con il caso di cd. s*pecialità reciproca.* A questo punto, occorre precisare, che per esserci il rapporto di generalità-specialità le due disposizioni penali devono regolare la "stessa materia", il che è stato omesso dall'ICTY. Sotto il termine "stessa materia" si ritiene, da un lato che vi sia

[399] *Ibidem.*, p. 681.
[400] *Ibidem.*, p. 683.
[401] Musco E., Fiandaca G., *Diritto Penale...*, *op. cit.*, p. 631.
[402] *Ibidem*, p. 685.

un bene giuridico omogeneo protetto da entrambe le disposizioni in concorso. Dall'altro lato, si sostiene che il medesimo fatto *concreto* può ricondursi anche a due o più figure criminose tra le quali *in abstracto* non sussiste alcun rapporto di specialità-generalità (specialità *in concreto*). La specialità reciproca invece, starebbe a significare che "nessuna norma è speciale o generale, ma ciascuna è ad un tempo generale e speciale, perché entrambe presentano, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti dell'altra"[403].

L'ICTY prosegue analizzando i casi in cui si applica anche il criterio di assorbimento (consunzione) per evitare la moltiplicazione della valutazione giuridica[404].

In questo luogo occorre fare un riferimento alla dottrina nazionale, prendendo di nuovo come esempio quella italiana. Il principale criterio di valore (non logico) per risolvere i casi di conflitto apparente tra norme, sarebbe quello di consunzione, ovvero di assorbimento. Tale criterio sarebbe invocabile per escludere il concorso di reati in tutte le ipotesi nelle quali la realizzazione di un reato comporta la commissione di un altro reato (secondo l'*id quod prelumque accidit*) il quale finisce, ad una valutazione normativo-sociale, con l'apparire assorbito dal primo[405]. Pertanto, in base al criterio di assorbimento il fatto concreto, ma non identico nel senso

---

[403] Occorre precisare però che gli stessi Musco e Fiandaca optano per accettare soltanto la prima interpretazione della concezione di specialità, ovvero quella *stricto sensu*, in quanto tale è l'unica a mantenere il rapporto puramente logico tra le norme concorrenti, senza doversi spiegare con elementi aggiuntivi quali il riferimento alla valorizzazione (dunque il rapporto non logico) dei beni protetti o anche al trattamento sanzionatorio più severo, che secondo loro non avrebbe a che fare con il puro rapporto di specialità, *Cfr* Musco E., Fiandaca G., *Diritto Penale...*, *op. cit.*, p. 634, La stessa tesi è stata presentata da una parte della dottrina polacco, ad esempio Zawłocki e Królikowski, Zoll secondo cui il rapporto di specialità esiste solo *in abstracto*, e non sul piano di fatti *concreti*.

[404] In realtà sembra che l'ICTY abbia smistato due concezioni tra cui sia il criterio di assorbimento basato sulla valutazione non logica, ma di valore del bene protetto, che quello di sussidiarietà, qual è si applica ai casi di seguenti stadi o gradi del reato, *ergo* l'offesa maggiore assorbe l'offesa minore

[405] Musco E., Fiandaca G., *Diritto Penale...*, *op. cit.*, p. 636.

naturalistico, bensì unitario nel senso normativo-sociale, del "minore" valore negativo appare tutto già compreso nella norma che prevede il reato più grave[406]. Nel caso dei crimini di competenza della Corte si pensi alla tortura (art. 7(1)(f) cioè secondo gli *element of crimes*: la condotta che infligge *severe physical or mental pain or suffering upon one or more persons*) accompagnato da (art. 7(1)(k)) altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale.

Tutto ciò, non trova pieno accoglimento da parte dell'ICTY che sottolinea la particolarità dei crimini di competenza della Corte. La Corte ritiene che:

> *Unlike provisions of national criminal codes or, in common-law countries, rules of criminal law crystallised in the relevant case-law or found in statutory enactments, each Article of the Statute does not confine itself to indicating a single category of well defined acts such as murder, voluntary or involuntary manslaughter, theft, etc. Instead the Articles embrace broad clusters of offences sharing certain general legal ingredients. It follows that, for instance, a crime against humanity may consist of such diverse acts as the systematic extermination of civilians with poison gas or the widespread persecution of a group on racial grounds. Similarly, a war crime may for instance consist in the summary execution of a prisoner of war or the carpet bombing of a town.*

Ciò porta l'ICTY alla conclusione che il crimine contro l'umanità di omicidio richiede un elemento addizionale che il crimine di guerra di omicidio non richiede. Perciò la prima parte del test non è soddisfatta e di conseguenza entrambi i crimini rimangono in rapporto di specialità. In altre parole, tra le due condotte non sussiste

[406] *Ibidem.*, p. 637.

il rapporto di specialità bilaterale poiché il crimine di guerra di omicidio non richiede l'elemento addizionale la cui prova è necessaria nel caso di crimine contro l'umanità[407]. In più la Corte ha ritenuto che i due crimini proteggono beni diversi, quali: *discouraging attacks on the civilian population and the persecution of identifiable groups of civilians nel primo caso, e ensuring a minimum of humanitarian concern between belligerents as well as maintaining a distinction between combatants*[408].

Applicando le suddette osservazioni al leggermente diverso ambito dell'ICC, ove i crimini contro l'umanità possono essere commessi anche fuori dal conflitto armato (quindi hanno un elemento non reciprocato dai crimini di guerra), secondo questa *ratio* il crimine contro l'umanità non sarebbe più *speciale* rispetto al crimine di guerra.

3.1.2. Akayesu.

Un altro caso che merita una breve analisi è quello di *Akayesu*. Va detto subito che diversamente dalla Corte per l'ex Yugoslavia, l'ICTR si fece influenzare piuttosto dalla dottrina continentale. Ciò risulta anche dal fatto che i giudici dell'ICTR fecero spesso riferimento alla legge penale Rwandese, la quale, come conseguenza della colonizzazione, rispecchia molto la legge belga, che a sua volta presenta molte analogie con quella francese[409].

E così l'ICTR riportando due articoli dalla legge penale Rwandese sul

---

[407] Da notare però è il fatto che lo Statuto dell'ICTY nell'articolo 5, a differenza dello Statuto di Roma, stabilisce che i crimini contro l'umanità possono essere commessi solo nell'ambito del conflitto armato. Perciò non possono essere distinti dai crimini di guerra basandosi solo su quest'aspetto. Ciò che non è stato inserito come uno degli elementi contestuali nel caso di crimini contro l'umanità nello Statuto di Roma dell'ICC.

[408] L'ICTY nel caso *Prosecutor v. Kupreskic* del 14 gennaio 2000, IT-95-16-T, p. 702.

[409] Bogdan A., *Cumulative..., op. cit.*, p. 15.

concours idéal d'infractions sottolinea che*:*

> *On the basis of national and international law and jurisprudence, the Chamber concludes that it is acceptable to convict the accused of two offences in relation to the same set of facts in the following circumstances: (1) where the offences have different elements; or (2) where the provisions creating the offences protect different interests; or (3) where it is necessary to record a conviction for both offences in order fully to describe what the accused did. However, the Chamber finds that it is not justifiable to convict an accused of two offences in relation to the same set of facts where (a) one offence is a lesser included offence of the other, for example, murder and grievous bodily harm, robbery and theft, or rape and indecent assault; or (b) where one offence charges accomplice liability and the other offence charges liability as a principal, e.g. genocide and complicity in genocide*[410].

Di conseguenza, la nozione fatta propria dall'ICTR è leggermente diversa da quella riproposta successivamente dai giudici dell'ICTY. Come si vede, i primi due test vengono proposti come alternativi, e non più ausiliari nel *Kupreskic*, al che va aggiunto anche il terzo test alternativo. In più l'ICTR nega la possibilità di giudicare due volte per lo stesso fatto nel momento in cui *one offence is a lesser included of the other* or *where one offence charges accomplice liability and the other offence charges liability as a principal* (che si può avvicinare al criterio di sussidiarietà). La Corte sostiene che i crimini di sua competenza proteggono beni giuridici diversi e che non sono mai confinanti, pertanto non si potrebbe precludere la qualificazione per ogni crimine in base agli stessi atti (*set of facts*)[411]. La Corte ammette che il genocidio è più grave degli altri crimini, ma comunque che non vi sia ragione per

[410] La sentenza dell'ICTR nel caso *Prosecutor v. Akayesu* del 2 settembre 1998, ITCR-96-4-T, p. 468.
[411] *Ibidem*., p. 469.

considerare uno dei reati *lesser grave than the other*[412]. Benché la Corte manchi di precisione nella sua analisi, ritiene ammissibile il concorso ideale di reati in quanto potrebbe meglio rispecchiare la condotta dell'autore.

Da notare è l'opinione separata dei giudici Hunt e Bennouna nella sentenza d'appello nel caso *Celebici* in cui i giudici hanno criticato il suddetto test tripartito, osservando che, in realtà, varie disposizioni penali possono difendere un bene giuridico o un interesse sociale diverso. Nonostante ciò, la considerazione del bene giuridico o dell'interesse sociale è *both the rationale for, and inherent in, different acts being labelled different crimes, and it will therefore generally be given effect by the application of the "different elements" test* [413].

3.1.3. Kayishema and Ruzindana.

Diversamente, nel caso *Kayishema and Ruzindana* l'ICTR ha applicato solo i primi due criteri del test del caso *Akayesu,* pur usando una terminologia leggermente diversa. La leggera differenza terminologica sta nel secondo criterio, che *supra* faceva riferimento al *different interest* o *values,* e in questo caso fa riferimento a *protected social internest*[414].

L'ICTR svolge un'analisi interessante, basata sulle particolarità del contesto di guerra in Rwanda. La Corte ritiene che nel contesto di guerra civile che ebbe luogo in Rwanda il gruppo colpito dai crimini fu in pratica rappresentato unicamente dai *Tutsi*. Di conseguenza l'ICTR osserva che l'elemento discriminatorio da provare, sia

---

[412] *Ibidem*., p. 470.
[413] L'ICTY nel caso *Celebici,* Separate and Dissenting opinion of Judge David Hunt and Judge Mohamed Bennouna, IT-96-21-A, par. 17.
[414] La sentenza dell'ICTR nel caso *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindama* del 21 maggio 1999, ICTR-95-1-T, p. 627.

riguardo al genocidio che ai crimini contro l'umanità, è il medesimo – un gruppo etnico. Pertanto, *the same evidence established that the acts of the accused were intended to destroy the Tutsi group, under genocide, and were equally part of a widespread or systematic attack against civilians on the grounds that they were Tutsis, under extermination and murder*[415].

Conseguentemente, la Corte ritiene che per via degli stessi elementi riguardanti entrambi i crimini (*set of crimes*) - una volta stabilito che si tratti del crimine di genocidio - il genocidio di omicidio ha completamente assorbito il genocidio di sterminio e perciò non può esserci una doppia qualificazione normativa per gli stessi atti dell'autore. Questa la motivazione della Corte: *This would be improper as it would amount to convicting the accused person twice for the same offence. This, the Trial Chamber deem to be highly prejudicial and untenable in law in circumstances of this case*[416]. La maggioranza nel caso *Kayishema* ha rifiutato il terzo test usato nel caso *Akayesu* ritenendolo contrario al principio di legalità. Solo nell'opinione separata il giudice *Khan* ha affermato di non condividere la via intrapresa dalla maggioranza, in quanto così *[it] does not fully address the accused's criminal responsiblity under charges of murder and extermination*. Il giudice Khan si è riferita alla dottrina della *multiple conviction* secondo cui la moltiplicazione delle qualificazioni giuridiche della stessa condotta comporta l'applicazione della pena più grave prevista dai crimini in concorso. *Indeed, it is unfair that an accused is punished more than once for one culpable conduct where the facts and victims are the same. However, any real prejudice in the instant case would arise from the sentence imposed rather than the pronouncement of conviction* [417].

---

[415] *Ibidem*., p. 642.

[416] La sentenza dell'ICTR nel caso *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindama* del 21 maggio 1999, ICTR-95-1-T, p. 649.

[417]Dissenting opinion of the Judge Khan, L'ICTR nel caso *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindama*

3.1.4. Celebici.

L'*Appeal Chamber* nel cd. caso *Celebici* fece un'interessante analisi degli elementi materiali delle norme penali con riferimento al concorso di reati. Occorre premettere che tale analisi fu intrapresa già nella fase di *conviction*, dopo che gli accusati erano già stati condannati in prima istanza. Due degli imputati erano accusati di numerosi crimini che possono essere raggruppati nella seguente maniera:

Article 2 (Grave Breaches of Geneva Convention No. IV)	Article 3 (Violations of the Laws or Customs of War—Common Article 3)
1. Wilfull killings 2. Wilfully causing great suffering or serious injury to body or health 3. Torture 4. Inhumane treatment	1. Murders, 2. Cruel treatment 3. Torture 4. Cruel treatment[418]

La Corte ha quindi individuato che nella prima "coppia" dei crimini si richiedono i seguenti elementi: *Wilfull killing* di cui all'articolo 2 della Convenzione di Ginevra consiste

1) nell'uccisione delle vittime a seguito degli atti del soggetto,

2) che agiva con l'intento di uccidere o provocare danni all'integrità fisica che, al di là di ogni ragionevole dubbio, avrebbero provocato la morte

3) e l'atto era commesso contro la *protected person.*

Invece il crimine di omicidio di cui all'articolo 3 della Convenzione di Ginevra (crimine di guerra) consiste :

1) nell'uccisione delle vittime a seguito degli atti dell'attore;

---

del 21 maggio 1999, ICTR-95-1-T, p. 11-34.

[418] La sentenza dell'ICTY, The Appeal Chamber, "*Celebici case"* del 20 febbraio 2001, IT–96–21–A, p. 414.

2) che agiva con l'intento di uccidere;

3) e l'atto era commesso contro una persona che non prendeva parte alle ostilità.

Così la Corte è arrivata alla conclusione che il primo nella coppia di crimini, *wilfull killing*, richiede un elemento più specifico e addizionale rispetto all'altro. Di conseguenza, sostenne la *conviction* per il primo crimine, e rigettò la *conviction* per il secondo[419]. Seguendo questo ragionamento, la Corte sostenne tutte le *convictions* qualificate dall'articolo 2, e rigettò quelle dell'articolo 3. Facendo leva sull'esigenza di salvaguardia dei diritti dell'accusato, la Corte ritenne che:

> "*reasons of fairness to the accused and the consideration that only distinct crimes may justify multiple conviction lead to the conclusion that multiple criminal convictions entered under different statutory provisions but based on the same conduct are permissible only if each statutory provision involved has a materially distinct element not contained in the other. An element is materially distinct from another if it requires proof of a fact not required by the other*"[420].

La posizione presa dalla maggioranza è stata criticata nell'opinione separata dei giudici Hunt e Bennouna che, utilizzando la stessa *ratio* dell'ICTR fecero il seguente esempio riguardante il crimine di stupro:

> *Article 2: (i) the requirement that the victim be a protected person; (ii) there must be an international armed conflict; (iii) the act must have a close nexus with the armed conflict.*
>
> *Article 3 (common article 3): (i) the victim must be a person taking no active part in hostilities; (ii) there must be an armed conflict; (iii) the act must have*

[419] *Ibidem.*, p. 423.

[420] La sentenza dell'ICTY, The Appeal Chamber, "*Celebici case"* del 20 febbraio 2001, IT–96–21–A, par. 412.

a close nexus with the internal or international armed conflict.

Article 5: (i) there must be an armed conflict; (ii) there must be a widespread or systematic attack on the civilian population; (iii) the act must form part of the widespread or systematic attack[421].

Dal lato opposto si presenta invece l'opinione separata del giudice Dolenc nel caso *Senzanza*. Questi, si oppose al test sviluppato nella giurisprudenza precedente, in particolare nel citato caso *Celebici* e *Musema* ritenendolo troppo formalistico. Egli ritenne che l'analisi dei *material distinct elements* non deve sottovalutare, specie con riferimento alla situazione in Rwanda, gli elementi contestuali di ogni crimine. Dunque, secondo il giudice Dolenc bisogna considerare anche il fatto che l'elemento soggettivo del genocidio è di gravità più elevata (*more important, stigmatizing, and far-reaching)* rispetto agli elementi contestuali dei crimini contro l'umanità e di guerra e pertanto consuma questi ultimi in caso di concorso. Di conseguenza, il giudice rigettò nella sua opinione separata la condanna per alcuni crimini ritenendo applicabile il concorso apparente di norme[422] In conclusione il giudice stabilì che *for the foregoing reasons, I would not enter a conviction for Counts 5, 7, or 13. Since the totality of the Accused's criminal conduct is already reflected in the remaining convictions, this acquittal would not affect the Accused's sentence*[423].

Lo stesso argomento è stato sottolineato da parte della dottrina che ha criticato i troppi automatismi nell'analisi della Corte, la quale a sua volta aveva provato a "fotocopiare" il *Blockburger* test. Si è in particolare evidenziato che il *Blockburger* è stato elaborato in una fattispecie diversa, cioè in merito alla doppia penalizzazione

[421] La sentenza dell'ICTR nel caso *Celebici,* Separate and Dissenting opionion of Judge David Hunt and Judge Mohamed Bennouna, IT-96-21-A, par. 30.
[422] La sentenza dell'ICTR nel caso *Prosecutor v. Semanza,* Dissenting opinion of jugde Pavel Dolenc del 15 maggio 2003, ICTR-97-20-T, p. 27-30.
[423] *Ibidem.*, p. 35.

della condotta di spaccio di droga e pertanto non è automaticamente trasferibile all'ambito dei crimini internazionali[424].

Da ciò emerge che non solo la dottrina internazionalistica, ma neppure gli stessi giudici delle Corti sono concordi nel modo di affrontare il concorso di reati, in particolare per quanto riguarda la possibile violazione del *ne bis in idem*. La soluzione può ricavarsi almeno parzialmente dall'opinione separata del giudice Khan come si avrà modo di vedere.

3.2. Il concorso tra le singole ipotesi criminose.

Leggermente diverso è il discorso quando si tratta di concorso tra due singole ipotesi criminose rientranti nella stessa disposizione penale. Per esempio tra il reato di genocidio di omicidio e di sterminio. Occorre ricordare l'opinione di cui si è dato conto in precedenza, secondo la quale le singole condotte, quando commesse con l'intento di distruggere in tutto o in parte un gruppo protetto, vanno considerate unitariamente, se commesse nel medesimo contesto spaziale e temporale[425]. Nonostante ciò, in pratica, le Corti si sono soffermate alcune volte su un possibile concorso tra le condotte di una medesima fattispecie di crimine internazionale.

Nel caso *Kupreskic* l'ICTY si espresse in merito ai crimini contro l'umanità di omicidio e di persecuzione, sostenendo che tra di essi sussiste un rapporto specialità reciproca, sicché entrambi comprendono elementi non contenuti nell'altra disposizione. La Corte, analizzando entrambi i crimini *in abstracto*, indicò che la condotta di persecuzione richiede l'elemento discriminatorio quale non è contenuto

[424] Erdei I., *Cumulative Convicitons…, op. cit.,* p. 11.
[425]Werle G., *Diritto …, op. cit.*, p. 299.

nella disposizione di omicidio. L'ICTY quindi specificò che, se nel caso di specie, l'imputato va condannato per la persecuzione, *inter alia*, anche per gli atti di uccisione, non dovrebbe pertanto subire la doppia criminalizzazione della stessa condotta. Ciò perché in questa relazione, il crimine di persecuzione rappresenta *lex specialis* rispetto all'omicidio, che a sua volta diventa *lesser included offence* (sussidiarietà). L'ICTY, tuttavia, ritenne che nel momento in cui la persona venga accusata di presunti crimini contro l'umanità di omicidio e persecuzione (anche per gli atti di uccisione), i due crimini si troverebbero comunque in una relazione di specialità reciproca permettendo così la *cumulative conviction*[426]. Inoltre, tra i due crimini, secondo la Corte, sussisterebbe anche la diversità dei beni giuridici protetti, in quanto la persecuzione mirerebbe a salvaguardare la popolazione civile dalle diverse forme di discriminazione. Tale constatazione ha corroborato la *ratio* adottata nel test sviluppato dalla Corte nel caso *Kupreskic*[427].

4. Concorso di reati nella fase di charge-conviction-sentencing.

Il caso da ultimo citato fornisce un'importante indicazione. La giurisprudenza delle Corti internazionali distingue l'approccio all'ipotetica possibilità di moltiplicazione delle qualificazioni giuridiche a seconda della fase in cui sia il

[426] Things however are different when a person is charged both with murder as a crime against humanity and with persecution (including murder) as a crime against humanity. In this case the same acts of murder may be material to both crimes. This is so if it is proved that (i) murder as a form of persecution meets both the requirement of discriminatory intent and that of the widespread or systematic practice of persecution, and (ii) murder as a crime against humanity fulfils the requirement for the wilful taking of life of innocent civilians and that of a widespread or systematic practice of murder of civilians. If these requirements are met, we are clearly faced with a case of reciprocal speciality or in other words the requirements of the Blockburger test are fulfilled. Consequently, murder will constitute an offence under both provisions of the Statute (Article 5(h) and (a)), la sentenza dell'ICTY nel caso *Prosecutor v. Kupreskic* del 14 gennaio 2000, IT-95-16-T, p. 708.

[427] *Ibidem,* p. 709.

processo dinanzi al tribunale internazionale. Occorre precisare che nella prassi delle corti internazionali, si distinguono tre fasi: *charging, conviction* e *sentencing.* In ordine cronologico, la fase iniziale, *charging* è quella in cui il procuratore presenta il capo di accusa. Dopo che si sia svolto il processo si può distinguere la fase di *conviction*, ovvero la decisione in merito alla colpevolezza dell'accusato. Infine si distingue la fase di *sentencing*, in cui viene fissata la pena per i crimini di cui l'imputato è stato riconosciuto colpevole.

Nelle tre fasi l'approccio al problema del concorso si presenta leggermente diverso. E così nel caso *Celebici* l'atto di accusa presentato dal procuratore conteneva 49 imputazioni riferite agli articoli 2 e 3 dello Statuto dell'ICTY per via degli eventi del 1992, quando l'esercito Bosniaco prese il controllo su alcuni villaggi dei Serbi bosniaci nei pressi di Konjic. Nel capo d'accusa erano indicati i crimini di tortura, violenza sessuale, percosse e altri atti inumani di analogo carattere, per i quali gli accusati Mucic, Delic and Landžo furono dichiarati colpevoli[428]. Quel che occorre rilevare è che la Corte ribadì, rigettando un'istanza della difesa di *Delanic* riguardante gli abusi nella fase di *charging*, che *This decision considered, inter alia, the issue of whether it is permitted to charge an accused under several legal qualifications for the same act, that is, the issue of whether cumulative charging is permitted*[429]. La Corte ha ripreso così anche la *ratio* indicata nel caso *Tadic,* tra l'altro citata anche nel caso dell'ICTR *Akayesu* in cui si affermò che:

> "*In any event, since this is a matter that will only be relevant insofar as it might affect penalty, it can best be dealt with if and when matters of penalty fall for consideration. What can, however, be said with certainty is that*

[428] Bogdan A., *Cumulative...*, *op. cit.*, p. 21.
[429] La sentenza dell'ICTY nel caso *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic, Landzo* del 16 novembre 1998, IT-96-21-T, p. 1286.

penalty cannot be made to depend upon whether offences arising from the same conduct are alleged cumulatively or in the alternative. What is to be punished by penalty is proven criminal conduct and that will not depend upon technicalities of pleading"[430].

La Corte nel caso *Celebici* si soffermò sul fatto che, al momento dell'accusa, un cumulo dei reati è addirittura comprensibile perché in questa fase del processo non si può prevedere la commissione di quali crimini verrà provata al di là di ogni ragionevole dubbio. In più la Corte ritenne che la *cumulative charging* fosse una pratica dei tribunali *ad hoc*[431].

Ai fini del nostro discorso, ciò che maggiormente interessa è il ragionamento proposto dalla Corte nel caso *Celebici* in merito all'ultima fase del processo, ovvero quella di *sentencing.* L'ICTY osservò che in precedenza le sentenze di condanna pronunciate sia da quel Tribunale che dall'ICTR determinavano le pene da scontare in concorso. Nonostante ciò rientra nella discrezionalità del Tribunale scegliere tra una pena globale, concorrente o consecutiva, o addirittura tra un misto di esse. Ebbene, la pena inflitta deve rispecchiare la *totality of the culpable conduct (the totality principle)*, o in generale riflettere la gravità dei crimini e la colpevolezza dell'autore in modo che siano giuste e appropriate[432]. Invece due giudici, nella loro *dissenting opinion*, ritennero che, seguendo i criteri dell'ICTR, ci si troverebbe in una situazione non di concorso tra l'art. 2 e l'art. 3 (che non si reciprocano) ma di concorso di reati tra entrambi gli articoli (di cui uno debba essere eliminato come speciale) e l'articolo 5. I giudici proposero di modificare il test dei *different elements* in modo da

[430] La sentenza dell'ICTY, Decision on the defence motion on form of indictment, nel caso *Prosecutor v. Tadic* del 14 novembre 1995, IT-94-1-T-T-Ch-II, p. 10.
[431] La sentenza dell'ICTY, The Appeal Chamber, "*Celebici case"* del 20 febbraio 2001, IT–96–21–A, par. 400.
[432] *Ibidem.*, par. 429.

fare riferimento solo agli elementi dell'*actus reus* e della *mens rea*, lasciando da parte l'elemento contestuale. Ragionando in questi termini, si arriverebbe alla conclusione che lo stupro nel primo e nel secondo caso consiste negli stessi elementi, mentre nel terzo caso va aggiunto anche l'elemento soggettivo, quale *knowledge that the rape occurs in the context of an attack against a civilian population*[433]. I giudici proseguirono, presentando così piuttosto l'approccio propositivo al concorso ideale di reati, che *it is, we believe, highly artificial to characterise one act of rape committed by a single accused against one victim as constituting two distinct crimes. The most rational and fair outcome is to impose one conviction which receives a sentence which recognises the grave seriousness of that crime*[434]. In più i giudici criticarono la scelta della maggioranza di giudicare in base all'articolo 2, nel caso di specie, perché tale norma è più specifica rispetto al crimine previsto nell'articolo 3. Secondo i giudici invece, scegliendo la norma da applicare nel caso di specie, occorre innanzitutto individuare quali delle norme concorrenti rispecchiano (descrivono più precisamente) la condotta dell'autore. Individuazione che, spesso, dovrà basarsi sull'elemento soggettivo (*For example, the deliberate infliction of pain or suffering, with the intention to do this for the purpose of obtaining information, or punishing, intimidating or discriminating against the victim, constitutes the offence of wilfully causing great suffering or serious injury and the offence of torture*)[435]. La condotta illecita, secondo i due giudici, sarebbe quella che, in tutti i sistemi interni, è vietata e punita dalla norma penale.

Detto ciò, si osserva che il rilievo della problematica del concorso di reati, va spostato all'ultima fase del processo internazionale, cioè quella di *sentencing*. Pare

[433] La sentenza dell'ICTY, The Appeal Chamber, "*Celebici case"* Separate and dissenting opinion of judge Hund and Bennouna, del 20 febbraio 2001, IT–96–21–A, par. 33.
[434] *Ibidem*, p. 33.
[435] *Ibidem*, p. 38.

chiaro che nei sistemi interni, a seconda della scelta del legislatore si utilizzano varie soluzioni per evitare che vi sia una violazione del principio del *ne bis in idem*. Ad esempio, nel sistema penale polacco, di base, una sola condotta può portare alla condanna per un reato, in base a tutte le norme che concorrono (salvo le regole interpretative sul concorso apparente di norme) con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, nonché le pene aggiuntive previste dalle norme penali concorrenti. In altre parole si applica la regola del cumulo giuridico di norme che formano un solo reato punito con una pena principale (art. 11 del codice penale polacco). In Germania si applica la regola del concorso ideale che risulta in una per il reato più grave (§ 52 (2) del codice penale tedesco). In Italia invece la pena da infliggere è aumentata fino al triplo (art. 81 del codice penale italiano). Contrariamente nel sistema anglo-americano non esiste una dottrina del concorso, bensì le questioni problematiche si risolvono a livello procedurale oppure nel momento del *sentencing.* La discrezione in quanto all'applicazione della pena spetta al giudice che sceglie tra le pene concorrenti o consecutive in linea con i principi specificati dalla *US Sentencing Commision*[436].

Anche la normativa internazionale detta disposizioni concernenti la determinazione della pena. Nel caso dei Tribunali internazionali *ad hoc* la disposizione comune (modificata nel 2000) di cui all'articolo 87(c) delle Regole di Procedura e Prove permette al tribunale di applicare pene consecutive o concorrenti, a meno che la *Trial Chamber* non decida di infliggere una pena singola che rispecchia la totalità della condotta illecita dell'accusato[437]. È proprio la giurisprudenza a

[436] Ambos K., *Treatise*..., *op. cit.*, p. 260-261.

[437] Rule 87 (c) of Rules of Procedure and Evidence: If the Trial Chamber finds the accused guilty on one or more of the charges contained in the indictment, it shall impose a sentence in respect of each finding of guilt and indicate whether such sentences shall be served consecutively or concurrently, unless it decides to exercise its power to impose a single sentence reflecting the totality of the criminal conduct of the accused. (Amended 10 July 1998, amended 1 Dec 2000,

specificare che si tratti di *totality principle*, che deve riflettere o la totalità della condotta criminosa dell'accusato, o generalmente la gravità dei crimini e della *culpability* dell'agente in modo che sia giusto e appropriato[438]. Da notare è che prima della novella della disposizione *de qua*, la *Trial Chamber* non era obbligata a specificare la pena singola rientrante nella pena "totale" applicata per la violazione di più norme penale[439]. Solo dopo la modifica apportata al testo delle RPE è stata aggiunta la parte che segue: *If the Trial Chamber finds the accused guilty on one or more of the charges contained in the indictment, it shall impose a sentence in respect of each finding of guilt*. Come si sottolinea però, una pena costituita dalle pene concorrenti in realtà è a favore del condannato che non subisce l'effetto della pena aggravata[440].

Guardando la prassi dei Tribunali *ad hoc,* nella maggior parte dei casi inizialmente si optò per una pena singola, consistente delle pene specifiche che venivano scontate contemporaneamente[441]. E così l'ICTY nel caso *Kupreskic* si pose il dubbio se una sola condotta che porta alla *double conviction* non fosse contraria ai diritti dell'accusato che non doveva essere sottoposto ad una doppia pena da scontare in maniera consecutiva. Viste le discrepanze nelle normative interne (nei paesi dell'ex Yugoslavia quale era la competenza territoriale dell'ICTY) la giusta soluzione doveva trovarsi in base alle disposizioni dello Statuto e a "*the general principles of justice applied by jurist and practised by military courts*" *reffered to by the International Military Court at Nuremberg*. Così i giudici arrivarono alla conclusione che nel caso

amended 13 Dec 2000).

[438] La sentenza dell'ICTY, Appeal Chamber nel caso *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic, Landzo* del 20 febbraio 2001, p. 429.

[439] D'Ascoli S., *Sentencing in Criminal Law, The Un and* ad hoc *Tribunals and Future Perspectives for the ICC,* Oxford and Portland, Oregon, 2011, p. 129-130

[440] Ambos K., *Treatise...*, *op. cit.*, p. 265.

[441] Cassese A., Gaeta P., Jones R.W.D, *The Rome Statute...*, *op. cit.*, p. 439.

in cui la Corte dovesse condannare per più reati in concorso, le pene applicate dovrebbero venire scontate contemporaneamente[442]. In più la Corte aggiunse un altro criterio (che manca di chiarezza) secondo il quale, la Corte potrebbe aggravare la pena per il crimine più grave qualora ritenesse che la pena prevista per il crimine meno grave, commesso attraverso la stessa condotta, alzi il livello di atrocità del crimine prevalente[443].

Diverso approccio è stato adottato nel caso *Tadic* ove l'ICTY impose 6 pene e indicò che *Each of the sentences is to be served concurrently, both inter se and in relation to each of the sentences imposed in the Sentencing Judgment of 14 July 1997*[444]. Tale scelta significa in pratica che la pena principale da scontare sarebbe quella di 20 anni, essendo quella più lunga. In più nel caso *Furundzija* la Corte indicò che la pena singola può essere aggravata, però non oltre la somma di tutte le pene applicate[445].

5. La corrente prassi dell'ICC.

In mancanza di precise indicazioni, da parte delle disposizioni statutarie, su come affrontare la questione del concorso di reati, l'ICC si è dovuta rifare alla giurisprudenza delle Corti *ad hoc*, di cui si è parlato sopra.

La prima distinzione da evidenziare, però, scaturisce dal fatto, che lo Statuto

---

[442] La sentenza dell'ICTY, nel caso *Kupreskic* del 14 gennaio 2000, IT-95-16-T, p. 713-718.

[443] In lingua originale: Trial Chamber may aggravate the sentence for the more serious offence if it considers that the less serious offence committed by the same conduct significantly adds to the heinous nature of the prevailing offence, for instance because the less serious offence is characterised by distinct, highly reprehensible elements of its own (e.g. the use of poisonous weapons in conjunction with the more serious crime of genocide), l'ICTY, nel caso *Kupreskic* del 14 gennaio 2000, IT-95-16-T, par. 718.

[444] La sentenza dell'ICTY nel caso *Prosecutor v. Tadic* del 11 novembre 1999, IT-94-Tbis-R117, p. 32.

[445] La sentenza dell'ICTY nel caso *Prosecutor v. Furundzjia* del 10 dicembre 1998, IT-95-17/1, par. 293.

di Roma, all'articolo 74, precisato dalla *Regulation* 55 delle "*Regulations of the Court"* stabilisce che: "*In its decision under article 74, the Chamber may change the legal characterisation of facts to accord with the crimes under articles 6, 7 or 8, or to accord with the form of participation of the accused under articles 25 and 28, without exceeding the facts and circumstances described in the charges and any amendments to the charges*"[446].

Di conseguenza, nel momento in cui il Procuratore presenta l'atto di accusa, la *Trial Chamber* deve riunirsi per una specie di udienza preliminare al fine di accertare la sussistenza degli elementi per procedere (le prove) e confermare l'accusa del Procuratore. Invece, la summenzionata norma della *Regulation 55* permette all'ICC di modificare la qualificazione normativa della condotta, *without exceeding the facts and circumstances*.

Premesso ciò, devono affrontarsi due casi nei quali l'ICC si è occupata del *cumulative charging*, giungendo a conclusioni fra loro opposte.

Nel caso *Jean-Pierre Bemba Gombo,* il vice-presidente della Repubblica Democratica del Congo fu accusato dal Procuratore di presunti crimini contro l'umanità di stupro contro la popolazione civile, donne e fanciulli di cui all'articolo 7(1)(g) dello Statuto, di tortura attraverso la provocazione di dolore fisico e mentale o sofferenze attraverso gli atti di stupro o altre forme di violenza sessuale quindi violazione dell'articolo 7(1)(f), nonché di crimini di guerra attraverso gli atti di stupro contro la gente civile donne e fanciulli di cui all'articolo 8(2)(e)(vi) e crimini di guerra

[446] In base all'articolo 52 i giudici debbano adottare il documento procedurale, necessario per l'esercizio del Tribunale. L'articolo 52 segue: The judges shall, in accordance with this Statute and the Rules of Procedure and Evidence, adopt, by an absolute majority, the Regulations of the Court necessary for its routine functioning. Di conseguenza, il 26 maggio 2004 si adottò: *Regulations of the Court, adopted by the Judges of the Court on 26 May 2004, Fifth Plenary Session The Hague, 17-28 May 2004*, Official documents of the International Criminal Court ICC-BD/01-01-04, Regulation 55, disponibile a: https://www.icc-cpi.int.

di umiliazione, degradazione e altre violazioni della dignità umana di civili, donne e fanciulli[447].

Come detto prima, la *Pre-Trial Chamber*, in base all'articolo 61 deve riunirsi in una specie di Udienza Preliminare per stabilire se esistono prove sufficienti che forniscono validi motivi per ritenere che la persona abbia commesso ciascuno dei reati di cui è accusata e, in caso di valutazione positiva, rinvia la causa al giudizio. Nel caso *Bemba*, sei mesi dopo la presentazione dell'atto di accusa, l'ICC ha ritenuto che ci fossero *sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that acts of murder and rape constituting the crimes against humanity ... were committed as part of a widespread attack directed against a civilian population*. Tuttavia la Corte rigettò l'ipotesi di presunta commissione di crimini contro l'umanità di tortura, rifiutando così di seguire l'approccio del Procuratore basato su *cumulative charge*, e non confermando i crimini contro l'umanità di tortura[448]. La Corte affermò che *as a matter of fairness and expeditiousness of the proceedings, only distinct crimes may justify a cumulative charging approach and, ultimately, be confirmed as charges* il che è possibile solo se ogni disposizione dello Statuto violata da un'unica condotta richiede perlomeno un elemento materiale addizionale, non contenuto nell'altra. Così la *Pre-Trial Chamber* osservò che nel caso di specie, gli elementi materiali dell'atto di tortura, in altre parole, *severe pain and suffering and control by the perpretrator over the person,* sono anche gli elementi specifici ed intrinseci del crimine di stupro. Comunque, il crimine di stupro, richiede un- elemento materiale addizionale, quale la penetrazione, e così la *Chamber* ritenne che *the rape was the most appropriate*

[447] La decisione dell'ICC nel caso *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* del 15 giugno 2009, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the chagres of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, p. 16.

[448] La Corte Speciale per Sierra Leone, Appeal Chamber, 11 Febbraio 2011, *The Practice of cumulative charging in international criminal bodies,* filed by Amicus Curiae, STL-11-01/1, p. 11.

legal characterisation in this particular case[449]. Pertanto, in questo caso, l'ICC, contrariamente alla prevalente giurisprudenza ha rigettato la prassi che permetteva *multiple charging* nella fase di accusa, mostrandosi contraria alla moltiplicazione della qualificazione giuridica della stessa condotta nel senso naturalistico. La *Pre Trial Chamber* sostenne inoltre che la pratica di *cumulative charging* è contraria ai diritti dell'imputato in quanto pone un onere eccessivo sulla difesa. Pertanto, per le necessità di equità e speditezza del processo, *only distinct crimes* possono giustificare l'approccio del *cumulative charging* e la seguente convalidazione di tutte le accuse, il che risulta soddisfatto nel momento in cui ogni previsione statutaria della cui violazione si è accusati, consta di un elemento materiale addizionale, non contenuto nell'altra[450]. E così l'ICC ritenne che altri atti di tortura, non erano sufficientemente provati per fornire motivi validi per ritenere che *Bemba* avesse commesso tali crimini[451]. Inoltre, la Camera precisò che:

> *the Prosecutor neither detailed the material facts of torture other than acts of rape nor the method of commission of the alleged acts of torture. As a consequence, Mr Jean-Pierre Bemba was not in a position to properly identify the facts underpinning the act of torture and adequately prepare his defence. Therefore, the Chamber declines to confirm count 3 of torture as a crime against humanity through other acts of torture, other than acts of rape*[452].

Quest'approccio è stato però criticato in dottrina, sottolineandosi l'equivoco da parte dell'ICC nella sua applicazione nel suddetto caso. Si è rilevato che nel determinare se ogni crimine consiste in un elemento *materially distinct*, l'ICC non ha

---

[449] *Ibidem,* p. 14.
[450] La decisione dell'ICC, Pre Trial Chamber II, *Prosecutor v. Bemba Gombo* del 15 giugno 2009, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, p. 202.
[451] *Ibidem,* p. 207.
[452] *Ibidem,* p. 209.

considerato che la prova della commissione del crimine di tortura non richiede l'invasione fisica di natura sessuale, così come lo stupro non richiede un certo livello di sofferenza o dolore. Ugualmente l'umiliazione o la degradazione della vittima non è un elemento intrinseco dello stupro così come l'invasione sessuale non è un elemento statuariamente previsto di lesione della dignità umana, fermo restando che lo stupro è indubbiamente doloroso e umiliante[453].

Contrariamente, nel caso del presidente Sudanese *Bashir*, la *Pre-Trial Chamber II* emise due *arrest warants* concernenti sia la presunta commissione dei crimini di guerra e contro l'umanità, che quelli di genocidio (nel secondo *arrest warrant*). Ebbene, riguardo ai crimini contro l'umanità si trattava di un'unica condotta qualificata dal *Prosecutor* come crimine contro l'umanità di omicidio e di sterminio, dunque di crimini entrambi basati sugli stessi elementi che si sovrappongono[454]. Così la *Pre Trial Chamber* ha adottato un approccio esattamente opposto a quello visto *supra* nel caso *Bemba*. Occorre osservare però che, analogamente, l'ICTR nel caso *Semanza* decise di non accettare il concorso ideale tra i crimini contro l'umanità di omicidio e di sterminio a fronte di una sola condotta perché:

> *The crimes against humanity of murder and extermination constitute the same core offence and that murder is best understood to be an included offence in the crime of extermination committed by killing. Two convictions on the basis of ideal concurrence of crimes are not justified in these circumstances. The Chamber will, therefore, not enter a conviction for murder as a crime against*

[453]Nella lingua originale "*physical invasion of sexual nature is not required to prove torture, nor is a certain level of pain and suffering required to prove rape (...) humiliation or degradation is not a required element of rape, while a sexual invasion is not an element of outrages upon personal dignity.185 Although it is true that an act of rape may be both painful and humiliating* ", Mokhtarzadeh L., *Ending War Rape: A Matter of Cumulative Convictions*, Fordham international law journal, Vol. 36, 2013, p. 1052.

[454]La decisione dell'ICC, Pre Trial Chamber, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* del 4 marzo 2009, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-0l/09, p. 95-96.

humanity charged in Count 4[455].

L'analisi del caso *Semanza* si fa ancor più interessante in confronto con la giurisprudenza dell'ICC allorché si guardi la decisione di non ammettere il cumulo di accuse per i crimini contro l'umanità di stupro e tortura. L'ICTR, analizzando la materia analoga, comunque indicò che i due crimini, si presentano distinti in quanto consistono di elementi materiali diversi, quali la *penetration, while torture requires that harm be inflicted for a prohibited purpose* e pertanto permettono l'applicazione del concorso ideale di reati[456].

In un altro caso, che coinvolse il presidente del Keyna *William Ruto* la *Chamber* dell'ICC si oppose in maniera esplicita all'interpretazione proposta nel caso *Bemba*, indicando che la definizione del reato di persecuzione contiene *material distinct elements* non presenti nella definizione dell'omicidio, quale la necessità di provare che il particolare gruppo era preso di mira sulla base della discriminazione di cui all'articolo 7(1)(h) dello Statuto. L'omicidio, invece, richiede la prova che l'individuo ha causato la morte, al di là dell'elemento discriminatorio. In più la Corte dichiarò che lo stesso vale per la persecuzione e la deportazione o il trasferimento forzato, richiedendo il primo l'elemento materiale discriminatorio, non richiesto dal secondo. Di seguito, la Corte ribadì che la pratica di *cumulative or multiple charging* in base alla stessa condotta e riguardo ai summenzionati crimini è permessa[457].

---

[455] La sentenza dell'ICTR Judgement nel caso *Prosecutor v. Semanza* del 15 maggio 2003, ICTR-97-20-T, par. 505.

[456] La sentenza dell'ICTR nel caso *Prosecutor v. Semanza* del 15 maggio 2003, ICTR-97-20-T, p. 506-507.

[457] La decisione dell'ICC Pre-Trial Chamber, nel caso *Prosecutor v. Ruto, Kogsey, Sang* del 23 Gennaio 2012, Decision on the confirmation of Charges persuant to Article 67(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-01/11, p.280-281.

6. Una via di mezzo per salvaguardare l'accusato.

È dunque abbastanza chiaro, che la giurisprudenza delle Corti *ad hoc,* nonché quella più recente dell'ICC accettano la pratica di *cumulative conviction*, molto controversa dal punto di vista del divieto di *ne bis in idem*. Nonostante le possibilità normative, visto l'inserimento della citata regola 55, e la presumibile volontà (*vide: Bemba case*), la giurisprudenza dell'ICC stenta dal cambiare orientamento.

In dottrina, si sono riscontrate molte voci critiche a riguardo, che sottolineano come ciò si traduca nella inosservanza del divieto del *ne bis in idem* sostanziale. Spesso, quelle critiche si basano sull'argomento secondo cui sussistono troppi automatismi nell'applicazione del *reciprocical speciality test* elaborato nel caso *Celebici.* senza tener conto della specificità dei crimini internazionali - il che non produce l'effetto desiderato ammettendo quasi sempre il cumulo di qualificazioni penali[458]. Indubbiamente, non convince neanche la continua equivocità tra i giudici stessi delle Corti *ad hoc*, compresi quelli dell'ICC. Una delle cause di questo problema, sta anche nell'eccesso di casistica che connota le previsioni dello Statuto di Roma, con conseguente eccessiva moltiplicazione di reati – singoli condotte. Come osservato da Fiandaca e Musco, la sovrapposizione di figure di reato, prive di autonoma funzione repressiva e obbedienti sopratutto a finalità "simbolico-respressive" aggrava il rischio che uno stesso fatto delittuoso subisca più di una qualificazione penale[459].

In dottrina, si sono proposte diverse possibili soluzioni a questa problematica.

---

[458]Si veda Palombino F. M., *Should genocide subsume Crimes against humanity? Some remarks in the light of the Krstic Appeal Judgment,* Journal of International Criminal Justice, 3, 2005; Edrei I., *Cumulative convictions in international criminal law: reconsideration of a seemingly settled issue*, Suffolk Transnational Law Revie, Vol. 34, Book 2.

[459]Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale ..., op. cit.*, p. 638.

Da un lato, si propende per un approccio più sostanziale al *materially distinct elements* test, in modo da tenere conto piuttosto degli elementi sostanziali del reato, al di là dell'elemento di contesto. Dall'altro, si puntualizza che, per essere plausibile, il test di specialità reciproca dovrebbe essere accompagnato dalla successiva valutazione in base ai criteri di sussidiarietà e consunzione[460] tenendo conto così anche della gravità del reato[461]. Ciò analogamente a quanto sostenuto dal giudice Dolenc nella sua opinione separata nel caso *Semanza* in cui disse:

> *the contextual elements should be considered as part of this analysis. However, I believe that this comparison must include a substantive assessment of whether the contextual elements of each article are of such significance that they considerably change the nature or gravity of the crimes in question and therefore justify cumulative convictions for the ideal concurrence of crimes under several articles*[462].

Si è proposto anche un approccio misto, che prende le mosse dall'art. 30 dello Statuto di Roma che così prevede: Salvo diversa disposizione, una persona è penalmente responsabile e può essere punita per un crimine di competenza della Corte solo se l'elemento materiale è accompagnato da intenzione e consapevolezza. Ai sensi del presente articolo, vi è intenzione quando: a) trattandosi di un comportamento, una persona intende adottare tale comportamento; b) trattandosi di una conseguenza, una persona intende causare tale conseguenza o è consapevole che quest'ultima avverrà nel corso normale degli eventi. Vi è consapevolezza ai sensi del presente articolo quando una persona è cosciente dell'esistenza di una determinata

---

[460]Herik Van Den J., *The contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, Nijhoff, 2005, p. 253.
[461]Palombino F. M., *Should genocide…, op. cit.*, p. 787.
[462]La sentenza dell'ICTR nel caso *Prosecutor v. Semanza,* Dissenting opinion of jugde Pavel Dolenc del 15 maggio 2003, ICTR-97-20-T, p. 23.

circostanza o che una conseguenza avverrà nel corso normale degli eventi. «Intenzionalmente» e «con cognizione di causa» vanno interpretati nella stessa maniera.

Secondo questo articolo, l'individuo, per essere responsabile del crimine di competenza della Corte, oltre ai classici elementi oggettivi e soggettivi di reato deve essere "consapevole" dell'esistenza di una determinata circostanza o conseguenza (elemento di contesto)[463].

Dunque, nell'ottica della disposizione dall'art. 30, il test di *materially distinct elements* dovrebbe considerare gli elementi dell'ipotesi di reato, ma al di là dell'elemento contestuale (*context-neutral distinct element*), basarsi sugli elementi sostanziali della condotta, nonché sull'elemento soggettivo[464]. Questo è dovuto al fatto che l'elemento contestuale non attiene alla condotta dell'autore, ovvero l'autore non può causare l'elemento contestuale (prerequisito), bensì deve essere solo consapevole di agire all'interno dello stesso. Al riguardo così si espressero i giudici Hunt e Bennouna nella loro opinione separata:

> *For that reason, we believe that it is not meaningful to consider for this purpose legal prerequisites or contextual elements which do not have a bearing on the accused's conduct, and that the focus of the test should therefore be on the substantive elements which relate to the accused's conduct including his mental state (...) We believe that taking into account such abstract elements creates the danger that the accused will also be convicted.*[465].

[463]Edrei I., *Cumulative convictions…*, *op. cit.*, p. 25-27.
[464]Palombino F. M., *Should genocide…, op. cit.*, p. 787.
[465]L'ICTY nel caso *Delalić* (*Čelebići*), Separate and Dissenting Opinion of Judge David Hunt and Judge Mohamed Bennouna, Case No. IT-96-21-A, p. 26-27.

Questa dunque una possibile soluzione: nel caso in cui manchino *context neutral material elements* si qualificherà la condotta come un solo reato, applicando quello più grave (in base alla gerarchia di reati) nel caso di concorso inter-articoli. Nel caso di sussitenza di *context- neutral materially distinct elements,* occorrerà verificare se almeno uno degli elementi diverso dall'altro richiede la prova di un fatto diverso che l'altro non richiede. Nel caso di risposta positiva, tale crimine sarebbe *lex specialis*. Nel momento in cui entrambi i reati consistono di elementi che richiedono la prova di fatti diversi, l'ICC potrebbe applicare la *cumulative conviction*[466].

In altre parole, in base ai suddetti criteri che rafforzano il senso del *Celebici* test, qualora dopo l'applicazione del *materially distinct elements* sussistesse un rapporto di concorrenza inter-articoli, bisognerebbe aggiungere la valutazione di gravità in base alla gerarchia dei reati per evitare il concorso. Così, almeno in teoria, come indica il giudice Dolenc, la pratica di *cumulative conviction* nella relazione *inter-articles* non sarebbe più una regola, bensì un'eccezione[467].

7. Il mancato principio del ne bis poena in idem?

Pare che un'altra soluzione possa trovarsi nell'applicazione del principio *ne bis poena in idem* che costituisce l'ultimo, cronologicamente, elemento del funzionamento di principio del *ne bis in idem* sostanziale. Come menzionato *supra*, la locuzione latina stabilisce il divieto di punire due volte lo stesso fatto, nel senso

[466] Edrei I., *Cumulative convictions …*, *op. cit.*, p. 27.
[467] La sentenza delò'ICTR nel caso *Prosecutor v. Semanza,* Dissenting opinion of jugde Pavel Dolenc del 15 maggio 2003, ICTR-97-20-T, p. 27-30.

giuridico o naturalistico.

Il divieto di penalizzare più volte lo stesso fatto, è prescritto anche nella maggior parte delle convenzioni internazionali sui diritti umani, tra cui anche la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo di Roma che stabilisce nell'articolo 4(1) del settimo protocollo che:

No one shall be liable liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same state for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that state[468]. Come si nota immediatamente, ricorre la distinzione tra *tried* e *punished again* che è stata poi corroborata anche dalla Corte EDU nella sentenza *Zolotuhkin*[469].

Può dirsi che il divieto del *bis poena in idem* nell'ottica internazionale "pesa" di meno sulla sovranità dello Stato che, pur avendo sempre la competenza di giudicare il fatto, deve considerare il divieto di duplicazione solo nel momento dell'applicazione della pena[470]. Alcuni autori osservano che il principio del *ne bis poena in idem* colma la lacuna che scaturisce dal mancato riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale[471]. Gerard Conway, ad esempio, ritiene che il *ne bis poena in idem* sia un corollario del principio del *ne bis in idem* che può mitigare le conseguenze del mancato riconoscimento del *ne bis in idem*[472].

E così nella fase di *sentencing* si distingue un duplice approccio, basato sulla valutazione se il previo giudicato è stato seguito da *penalty enforcement,* cioè

---

[468] Art. 4 (1) del 7 protocollo della Convenzione Europea di Diritti dell'Uomo del 1949 firmata a Roma.
[469] La sentenza della Corte EDU nella Sentenza *Zoluthkin v. Russia,* N. 14939/03.
[470] *Cfr* Conway G., *Ne bis in idem…*, *op. cit.*, p. 226.
[471] Vedi per esempio Friedland M, *Double Joeopardy…, op. cit.*, p. 380.
[472] Conway G., *Ne bis in idem and the international criminal tribunals,* Criminal Law Forum, 14, 2003, p. 357.

dall'applicazione della pena stabilita nel giudicato. Nel primo approccio, chiamato in dottrina tedesca *Erledigungsprinzip,* la pena applicata al condannato (*enforced penalty*) impedisce il secondo giudicato. Il secondo approccio, cui ci si riferisce con il termine *Anrechnungsprinzip*, riguarda la situazione in cui la previa *enforced penalty* si traduce in una deduzione dalla pena del secondo giudicato[473].

In base all'art. 78 dello Statuto di Roma, la Corte nel determinare la pena deve considerare, secondo le Regole Procedurali e di ammissibilità delle Prove, elementi quali la gravità del reato e la situazione personale del condannato. In più, la Corte, nel pronunziare la pena di reclusione deve detrarre il tempo trascorso in detenzione su ordine della Corte stesa. La Corte può inoltre detrarre ogni altro periodo trascorso in detenzione per le condotte collegate al crimine[474]. Infine, l'articolo 78 (3) chiarisce qual è la modalità di quantificazione della pena nel caso di condanna per più reati, nel seguente modo: se una persona è riconosciuta colpevole di più reati la Corte quantifica sia la pena per ciascun reato che quella cumulativa, specificando la durata totale dell'imprigionamento. Tale durata non può essere inferiore a quella della pena più alta applicata per un singolo crimine e non può superare i 30 anni di reclusione o l'ergastolo previsto all'articolo 77, paragrafo 1, capoverso b).

Ciò che interessa in questa sede sono le disposizioni del secondo e terzo comma dell'articolo 78. In primo luogo, si nota che la Corte ha l'obbligo, nel pronunciare una pena di reclusione, di tener conto del periodo di detenzione trascorso su suo ordine, detraendolo dalla pena medesima. Si tratta di una disposizione

[473] Neagu N., *The ne bis in idem…, op. cit.*, p. 971.
[474] La versione ufficiale inglese dell'articolo 78 (2) segue: In imposing a sentence of imprisonment, the Court shall deduct the time, if any, previously spent in detention in accordance with an order of the Court. The Court may deduct any time otherwise spent in detention in connection with conduct underlying the crime.

conosciuta nella maggioranza dei moderni sistemi penali. Ciò che desta perplessità è la seconda parte dell'art. 78(2) che rimette alla discrezione della Corte la valutazione se dedurre anche il tempo trascorso in detenzione per via degli stessi fatti illeciti dal condannato o meno. In più, l'articolo non stabilisce neanche un criterio preciso della possibile valutazione del tempo trascorso in detenzione[475]. Il termine introdotto alla Commissione Preparatoria è "*may*", anziché "*shall*" come nel caso del primo comma, il quale non obbliga, bensì offre alla Corte la sola possibilità di dedurre il tempo trascorso in detenzione.

Tale lacuna, può facilmente riscontrarsi nel caso in cui il condannato, che è stato processato dinanzi alle autorità statali e su loro ordine messo in custodia cautelare, si trova a processo dinanzi all'ICC (che ha deciso di intervenire in base all'articolo 17 e riprendere il processo), che lo condanna alla reclusione. In tale situazione la Corte può, ma non deve tenere conto della previa privazione della libertà sofferta dal condannato. Rimane fuori da ogni dubbio che qualora dovesse verificarsi una situazione del genere, ci si troverebbe di fronte ad una palese violazione del principio di *ne bis poena in idem*. Tale formulazione, è tanto più sorprendente se si tiene conto delle corrispondenti disposizioni degli Statuti delle Corti *ad hoc*. Quanto all'ICTY, nell'articolo 10, sul *ne bis in idem si* stabiliva che *<In considering the penalty to be imposed on a person convicted of a crime under the present Statute, the International Tribunal shall take into account the extent to which any penalty imposed by a national court on the same person for the same act has already been served>*[476]. Una disposizione simile si trovava nella normativa sull'ICTR.

Non è chiaro perché la stessa norma non sia stata riprodotta nello Statuto di

[475] Jennings M., *Article 78*, *Determination of Sentence,* [in:] Triffterer O., *Commentary of the Rome Statute of the ICC,* CH Beck Hart Nomos, 2008 p. 1435.
[476] Article 10 of the ICTY Statute.

Roma. È indubbio che, almeno in linea teorica, tale soluzione potrà infrangere il divieto di punire due volte per lo stesso fatto.

La suddetta norma, almeno parzialmente ha risposto alle problematiche riscontrate nella pratica delle Corti *ad hoc* dimostrate sopra. Nella sentenza di condanna nel caso di *Germain Katanga*, la maggioranza dei giudici dell'ICC ha ritenuto di non dover dedurre il tempo trascorso dal condannato in detenzione nazionale poiché il procedimento iniziato dalle autorità congolesi aveva ad oggetto diversi *crimini* da quelli per i quali lo ha condannato l'ICC. L'ICC ha dunque calcolato solo il tempo trascorso in detenzione dal momento dell'emissione dell'*arrest warrant.* Bisogna notare però che uno dei giudici, Cristine van der Wyngaert ha espresso la sua opinione separata in cui si è opposta alla mancata deduzione del periodo trascorso in detenzione dal condannato per via delle misure cautelari impostegli prima che avesse inizio il processo dinanzi alla Corte Internazionale. Ciò che si è reso problematico, ed è stato il motivo di opposizione del giudice Wyngaert, era la portata applicativa della locuzione *conduct underlying the crime*. La maggioranza nella sentenza *Katanga* ha dichiarato che la detenzione cautelare era collegata a fatti che alla fine non sono stati il motivo della condanna[477]. Il giudice Wyngaert però, ha rimarcato l'impossibilità di distinguere, da una punto di vista pratico, i fatti oggetto dell'investigazione Congolese (molto limitata a livello organizzativo), la quale aveva riguardato fatti commessi in un'intera regione (*Ituri*), in un periodo di tempo superiore a diversi mesi, che costituirono poi la base del processo dinanzi alle autorità nazionali per il cosiddetto massacro di *Bogoro*, per il quale *Katanga* venne condannato. In più il giudice ha osservato che ragionando in questo modo, la Corte potrebbe non dedurre il periodo trascorso in detenzione nel

[477] La sentenza dell'ICC nel caso *Katanga* del 23 maggio 2014, ICC-01/04-01/07, p. 159-168.

momento in cui l'ICC emette un *Arrest Warrant* nei confronti di un-individuo in base alla *situazione* segnalata al Procuratore (art. 13(a) dello Statuto di Roma), e quindi nel momento in cui non è specificata ancora una condotta che rappresenta un particolare crimine. Così il giudice Wyngaert è arrivata alla conclusione che segue: *Therefore, as long as the "conduct underlying the crime", in the sense of article 78(2) in fine, is in principle covered by the national investigation which justifies the detention, I believe this suffices for exercising the Chamber's discretion to deduct the time spent from the sentence imposed* [478].

E quindi, non è del tutto chiaro quali saranno i risultati della suddetta, molto vaga e limitata previsione del *ne bis poena in idem*. La formulazione, senza dubbi poteva essere molto più elaborata. Basti guardare, ad esempio il cd. *Siracusa draft* dello Statuto della Corte penale internazionale in cui si inserì la seguente disposizione: *In considering the penalty to be imposed on a person convicted under this Statute, The Court [Tribunal] shall take into account any deprivation of liberty or penal sanction pronounced by another court and suffered by the same person for the same act. However, the credit shall be given for remand in custody*[479].

Invece, la disposizione dell'articolo 78 (3), benché specifichi il caso in cui l'individuo sia colpevole di più reati, rimane muta sulla questione della distinzione tra la violazione di più norme tramite una sola condotta, cioè il concorso formale, e il concorso materiale di reati. Nonostante ciò, a differenza dei Tribunali *ad hoc* finalmente, stabilisce un minimo di regole sulla determinazione della pena. In base all'articolo 78(3) nel caso di condanna per più reati si applica una *joint sentence*, ovvero una pena totale che consiste di pene singole per ogni crimine ed una pena

[478]La sentenza dell'ICC nel caso *Katanga* del 23 maggio 2014, Dissenting opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/04-01/07, p. 5.
[479] ILC Draft Statute, cd. Sicarusa Draft, prepared by a Committee of Experts, art. 42(3), p. 87.

totale, cumulativa. Quest'ultima non deve essere minore rispetto alla pena più alta dei crimini che concorrono, e non deve superare la soglia di 30 anni di detenzione[480]. Tale impostazione assomiglia un po' la disciplina del concorso ideale di reati nella codificazione tedesca. Inoltre, riflette anche i presupposti di regola conosciuta negli ordinamenti anglosassoni, detta anche *totality principle*, in base alla quale il tribunale non deve applicare una somma aritmetica delle pene per ciascun crimine, bensì rispettare in maniera adeguata il disvalore globale della condotta criminosa del condannato, ed infliggergli una pena singola[481]. In base a queste considerazioni viene in rilievo anche un altro caso, quello di *Lubanga,* in cui la Corte emise una sentenza cumulativa (*joint*) in base a tre sentenze per il crimine di reclutamento, arruolamento ed uso di fanciulli nelle forze armate (rispettivamente 13, 12 e 14 anni di reclusione) per un totale di 14 anni. Come accade spesso nella pratica delle Corti internazionali, anche in questo caso ci fu un'opinione separata del giudice *Elizabeth Odio Bonito* che si disse contraria alla valutazione di ciascuna delle condotte costituenti i suddetti crimini. Secondo il giudice *Bonito* il disvalore va ravvisato nello stesso piano intrapreso dall'autore e dovrebbe risultare nella determinazione della pena di 15 anni per ciascun crimine, applicando però una pena totale (joint sentence) di 15 anni[482].

Indubbiamente, anche in questo caso la soluzione introdotta dalla Commissione Preparatoria non chiarisce i dubbi e quindi rappresenta solamente un mezzo passo in avanti.

---

[480] Ambos K., *Treatise…*, *op. cit.*, p. 265.
[481] D'Ascoli S., *Sentencing…, op. cit.,* p. 267.
[482] La sentenza dell'ICC nel caso *Lubanga* del 10 luglio 2012, Dissenting opinion of Judge Odio Bonito, ICC -01/04-01/06-2901, p. 24 e sucessivi.

Conclusioni.

Negli ultimi giorni due tribunali internazionali hanno emesso altri due verdetti. L'ICC ha pronunciato la terza sentenza della sua breve storia. Jean Pierre Bemba Gombo, il presidente del *Mouvement de libération du Congo* è stato condannato per uccisione e stupro (crimini contro l'umanità) e uccisione, stupro e saccheggio (crimini di guerra) commessi dalle forze MLC sotto commando di Bemba Gombo tra 26 Ottobre 2002 e 15 Marzo 2003[483]. Invece, l'ICTY, dopo alcuni anni di processo ha condannato Radovan Karadžić a 40 anni di reclusione per il crimine di genocidio, crimini contro l'umanità di persecuzione, sterminio e uccisione e inoltre altri crimini di violazione delle leggi di guerra[484].

Entrambe le sentenze hanno indubbiamente un valore simbolico per le vittime e i loro familiari. Specialmente quest'ultima poiché ha sullo sfondo anche il cd. massacro di Srebrenica. Per quanto riguarda la tematica esaminata in questa sede, entrambe le sentenze grosso modo confermano lo *status quo*. In ambo i casi la maggior parte delle accuse sono state rilevate in rapporto di specialità reciproca tra di loro, quindi le Corti hanno ammesso la *multiple conviction*. L'eccezione nella sentenza *Karadzic* è al rapporto tra uccisione e sterminio quali, secondo la Corte, rimangono in concorso apparente di norme. L'ICTY ha affermato che:

> *the crime of murder does not require any material elements to be proven over and above those required for extermination; therefore, where the elements of murder under Article 5(a) of the Statute and extermination under Article 5(b)*

[483] Disponibile a: https://www.icc-cpi.int

[484] La sentenza dell'ICTY nel caso *Radovan Karadzic* del 24 marzo 2016, (IT-95-5/18), judgement summary disponibile a: http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement_summary.pdf

of the Statute are established on the basis of the same underlying facts, extermination is the more specific crime, and cumulative convictions under Articles 5(a) and 5(b) are impermissible[485].

Tuttavia, tutto ciò conferma l'attualità di quel che si è provato a dimostrare in questa sede. Il principio del *ne bis in idem* è un osso duro del diritto penale internazionale. Quest'ultimo a sua volta è un osso duro dei penalisti, in particolare della scuola garantista. Però la particolarità del *ne bis in idem* nello Statuto di Roma è che quello agisce in un quadro particolare in cui *the most senior perpetrators* sono accusati di aver commesso i crimini di rilievo internazionale. Da un lato quindi, l'interesse punitivo (piuttosto quello simbolico) di tutta la comunità internazionale sarebbe quello di condannarli, a prescindere da che tribunale e di che Stato. Dall'altro lato la stessa comunità internazionale afferma che ogni uomo è *di per sé* soggetto ai fondamentali diritti umani, tra cui indubbiamente anche il diritto di non essere processato e punito più volte per lo stesso fatto.

In questa ottica bisogna affermare che lo Statuto di Roma rappresenta un avanzamento considerevole nella direzione di un "salto di qualità" per un ulteriore sviluppo del *ne bis in idem* nel diritto penale internazionale e come principio di diritto penale internazionale. Senza ripetere ciò che si è dimostrato *supra,* non vi è dubbio, che la corrente stesura delle norme sul *ne bis in idem* non è priva di lacune che di conseguenza possono causare diverse problematiche. D'altronde lo Statuto di Roma è una fonte molto moderna e di portata globale che lascia spazio per un ulteriore dialogo sullo sviluppo del diritto penale internazionale. Va detto però che qualsiasi dialogo non potrà mai prendere velocità, finché non cambierà l'atteggiamento di

[485] La sentenza dell'ICTY nel caso *Radovan Karadzic* del 24 marzo 2016, (IT-95-5/18) p. 6020.

alcuni suoi partecipanti. Chiaramente il riferimento è *in primis* ad uno dei "sovrani" iniziatori del cammino del diritto penale internazionale, ora opponente della giurisdizione sopranazionale, quale gli Stati Uniti. Senza ricordare altre problematiche di cui si è parlato sopra, vale a dire che il dado è tratto e ora bisogna augurarsi che il diritto penale internazionale, attraverso lo Statuto di Roma e le garanzie ivi incluse, sia destinato ad evolversi verso un più soddisfacente equilibrio e garantismo.

BIBLIOGRAFIA

Giurisprudenza:

***La Corte di Giustizia dell'Unione Europea*:**

– Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 11 febbraio 2003 nel caso Gözütok e Brügge, ap. C-187/01 e C-385/01;

– Sentenza Della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Seconda Sezione) del 9 marzo 2006 nel caso Van Esbroeck, C-436/04;

– Sentenza Della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Prima Sezione) del 28 settembre 2006 nel caso Gasparini, C-467/04.

– Sentenza Della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 28 settembre 2006 nel caso Van Straaten, C-150/05;

– Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 18 luglio 2007 nel caso Kretiznger, C-288/05;

– Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Seconda Sezione) dell'11 dicembre 2008 nel caso Klaus Bourquain, C-297/07.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo:

– La sentenza della Corte EDU, Piersack v. Belgium del 1 ottobre 1982, no. no.8692/79;

– La sentenza della CEDU, Campbell and Dell v. Regno Unito del 28 giugno 1984, no. 7819/77, 7878/77;

– La sentenza della Corte EDU nel caso *Olivieira v. Svizzera* del 30 luglio 1998, 84/1997/868/108;

– La sentenza della Corte EDU Buscemi v. Italia del 16 settembre 1999, no 29569/95;

– La sentenza della Corte EDU, Franz Fischer v. Austria, del 29 agosto 2001, 37950/97;

– La sentenza della Corte EDU, Tepe v. Turchia del 9 maggio 2003, no. 27244/95;

– La sentenza della Corte EDU, Nachova et al. v. Bulgaria del 26 febbraio 2004, case no. 43577/98 e 43579/98;
– La sentenza della Corte EDU, Nikitin v. Russia del 20 Luglio 2004;
– La sentenza della Corte EDU, Horciag v. Romania, decisione del 15 marzo 2005;
– La sentenza della Corte EDU Steck-Reisch e altri v. Lichtenstein del 19 maggio 2005, no. 63151/00;
– La sentenza della Corte EDU, Sergey Zolotukhin v. Russia del 10 febbraio 2009, ECHR (Grand Chamber), No. 14939/03.

***International Criminal Tribunal for Rwanda*:**

– La decisione dell'ICTR del 17 maggio del 1996 nel caso Prosecutor v. Bagosora, Decision on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral;
– La sentenza dell'ICTR nel caso Prosecutor v. Akayesu del 2 settembre 1998, ITCR-96-4-T;
– La decisione dell'ICTR del 18 marzo 1999, Trial Chamber, nel caso Prosecutor v. Ntuyahaga;
– La sentenza dell'ICTR nel caso Prosecutor v. Kayishema and Ruzindama del 21 maggio 1999, ICTR-95-1-T;
– Dissenting opinion of the Judge Khan, L'ICTR nel caso Prosecutor v. Kayishema and Ruzindama del 21 maggio 1999, ICTR-95-1-T
– La sentenza dell'ICTR nel caso *Prosecutor v Rutaganda* (Judgment and Sentence) del 6 dicembre 1999, ICTR–96–3–T;
– La sentenza dell'ICTR del 27 gennaio 2000, Prosecutor v. Alfred Musema, ICTR-96-13-A;
– La sentenza dell'ICTR Judgment nel caso Prosecutor v. Semanza del 15 maggio 2003, ICTR-97-20-T;
– La sentenza dell'ICTR nel caso Prosecutor v. Semanza, Dissenting opinion of jugde Pavel Dolenc del 15 maggio 2003, ICTR-97-20-T.

International Criminal Court:

– La decisione dell’ICC del 20 October 2014 La situazione nella Repubblica della Costa d'Avorio nel caso Prosecutor v. Charles Ble Goude, Defence application pursuant to Articles 19(4) and (17)(1)(d) of the Rome Statute, ICC-02/11-02/11 1/19;

– La decisione dell'ICC in *Situation in Democratic Republic of Congo*, Judgment on the Procesutor's Application of Extraordinary Review of the Pre-Trial Chamber I's 31 march 2006 Decision Denying Leave to Appeal, No. ICC-01/04-168;

– La decisione dell'ICC nel caso Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo del 15 giugno 2009, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the chagres of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424;

– La decisione dell'ICC, Pre Trial Chamber, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir del 4 marzo 2009, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-0l/09;

– Il documento dell'ICC nel caso Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo ChuiReasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute) del 16 giugno 2009, ICC-01/04-01/07;

– La sentenza dell’ICC, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, The Appeals Cham-ber il 25 settembre del 2009;

– La decisione dell’ICC nel caso Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo del 14 aprile 2010, ICC 01/05-01/08;

– La decisione dell'ICC nel caso Prosecutor v. Al Bashir, del 12 dicembre 2011, ICC-02/05-01/09;

– La decisione dell'ICC Pre-Trial Chamber, nel caso Prosecutor v. Ruto, Kogsey, Sang del 23 gennaio 2012, Decision on the confirmation of Charges pursuant to Article 67(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-01/11;

– La sentenza dell’ICC nel caso Prosecutor v. Katanga del 10 luglio 2012, ICC-01/04-01/06;

– La sentenza dell'ICC nel caso Lubanga del 10 luglio 2012, Dissenting opinion of Judge Odio Bonito, ICC -01/04-01/06-2901;

– La decisione dell'ICC del 31 maggio 2013, ICC'01/11-01/11, The Decision

on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi,

– La sentenza sull' appello di Mr Abdullah Al Senussi contro la decisione della Pre Trial Chamber I del 11 ottobre 2013, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11-565 del 24 luglio 2014

– La sentenza dell'ICC nel caso Katanga del 23 maggio 2014, ICC-01/04-01/07;

– La sentenza dell'ICC nel caso Katanga del 23 maggio 2014, Dissenting opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/04-01/07.

International Criminal Tribunal for ex-Yugoslavia:

– La decisione dell'ICTY, Decision on the defence motion on jurisdiction nel caso Procesutor v. Dusko Tadic del 10 agosto 1995, /IT-94-1-T;

– La sentenza dell'ICTY, Decision on the defence motion on form of indictment, nel caso Prosecutor v. Tadic del 14 novembre 1995, IT-94-1-T-T-Ch-II

– Decision on the defence motion on the principle of non bis in idem del 14 novembre 1995, The Procutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, IT-94-1-T;

– La sentenza dell’ICTY nel caso Prosecutor v. Erdemovic del 29 novembre 1996, IT-96-22-T;

– La decisione dell'ICTY, Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Lando (Decision on Zdravko Mucic's Motion for the Exclusion of Evidence del 2 settembre 1997, case no IT-96-21;

– La sentenza dell’ICTY nel caso Procesutor v. Erdemovic, del 7 ottobre 1997, Joint seperate opinion of judge Mc Donald and Judge Vohrah, IT-96-22-A;

– La sentenza dell'ICTY nel caso Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic, Landzo del 16 novembre 1998, IT-96-21-T;

– La sentenza dell'ICTY nel caso Prosecutor v. Furundzjia del 10 dicembre 1998, IT-95-17/1;

– La sentenza dell'ICTY nel caso Prosecutor v. Tadic del 11 novembre 1999, IT-94-Tbis-R117;

– La sentenza dell'ICTY nel caso Prosecutor v. Kupreskic del 14 gennaio 2000, IT-95-16-T;

– La sentenza dell’ICTY nel caso Prosecutor v. Tadic, Judgment in sentencing appeal, The Appeals Chamber, del 26 gennaio 2000, IT-94-1-A and Abis;

– La sentenza dell'ICTY, Appeal Chamber, nel caso Procesutor v. Furundzija del 21 luglio 2000, IT-95-17/1-A;
– La sentenza dell'ICTY, The Appeal Chamber, “Celebici case” del 20 febbraio 2001, IT–96–21–A;
– L'ICTY nel caso Celebici, Separate and Dissenting opinion of Judge David Hunt and Judge Mohamed Bennouna del 20 febbraio 2001, IT-96-21-A;
– La sentenza dell’ICTY nel caso The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic Amir Kubura, Judgement, del 15 marzo 2006;
– La sentenza dell’ICTY nel caso Radovan Karadzic del 24 marzo 2016, (IT-95-5/18).

Le corti nazionali:

– La Corte di Cassazione Italiana Cass. n. 3362/1998;
– La sentenza numero 58 della Corte Costituzionale del 3 marzo 1997
– La sentenza della Corte Suprema Polacca, Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2014 r. V KK 407/13;
– La Corte Suprema Americana nel caso Green v. United States del 24 giugno 1957, 355 U.S. 184;
– United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564 571 (1977);
– State v. Fletcher 1968, 240, N.E.2d;
– La sentenza del Reichsgericht del 30 settembre 1902;
– *Cullen v. The King, SCR, 1949.*

Elenco delle pubblicazioni:

– Ackerman J.E, O'Sullivan, E, *Practice and Procedure of the International Criminal Court for the Former Yugoslavia with selected materials from the ICTR*, Kluwer Law International, 2000.
– Amar R. A., *Double Jeopardy Law Made Simple,* Yale Law School Faculty Scholarship, 1997.
– Amati E., and others, *Introduzione al diritto penale internazionale,* Giuffre

Editore, 2010.

– Ambos K., *Remarks on the General Part of International Criminal Law,* Journal of International Criminal Justice, 4 (2006).

– Ambos K., *The International Court and the Traditional Principles of International Cooperation in Criminal Matters,* The Finnish Yearbook of International Law, Vol. IX, 1998.

– Ambos K., *The Legal Framework of Transitional Justice,* Study prepared for the International Conference 'Building a Future on Peace and Justice', Nuremberg, 25 - 27 June 2007.

– Ambos K., *Treasise on International Criminal Law Volume I Foundations and General Part,* Oxford, 2013.

– Annan K., *Advocating for International Criminal Court,* Fordham International Journal, Vol. 21, p. 363-366.

– Atti della conferenza – *International Criminal Law Quo Vadis?,* Association Internationale De Droit Penal, N. 19, 2004.

– Ball, H., *Prosecuting War Crimes and Genocide,* Kansas, 1999.

– Baker R., *Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates, European Journal of International Law,* Vol. 21, 2010.

– Baratta R., *Ne bis in idem. Diritto internazionale e valori costituzionali*, Studi in onore di Francesco Capotorti, vol. 1, 1999

– Baranowski J., *Re-examining the relationship between ne bis in idem and complementarity under the statue of the International Criminal Court*, Review of Comparative Law, Vol. XIX, 2014

– Bassiouni C. M., *Introduction to International Criminal Law Second Revised Edition,* Leiden-Boston, 2014.

– Bassiouni M. C., *Human Rights in the Context of Criminal Justice Indetifying International Procedural Protections and Equivalent Protection in National Constitutions*, Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 3, 1993. Bassiouni M.C., *The "Indirect Enforcement System": Modalities of International Cooperation in Penal Matters*, Nouvelles études pénales, 19, 2004

– Bassiouni M.C., *The Legislative History of the International Criminal Court,*

Introduction Analisys, and Integrated Text, New York, 2005.

– Bassiouni M.C., *The Statute of the International Criminal Court A Documentary History,* New York, 1998.

– Baum M.L., *Pursuing Justice in a Climat of Moral Outrage: An Evaluation of the Rights of the Accused: An Evaluaton of the Rights of the Accused in the Rome Statute of the ICC,* Wisconsin International Law Journal, 197, 2000-2001.

– Beccaria C., *Dei delitti e delle pene con prefazione di Stefano Rodotà,* Feltrinelli, 2010.

– Bellanto A. Q. C., *Developments in Double Jeopardy & The Application of the Statutory Non-Parole Period*, Lexis Nexis Criminal Law Conference Parkroyal, Darling Harbour 30 November 2011.

– Benvenuti P., *Complementarity of the ICC*, [in:] M. Ellis, R. Goldstone (ed.), *The International Criminal Court: challenges to achieving justice and accountability in the 21st Century*, Idebate Press 2008.

– Benzing M., *The complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice Between State Sovreignty and the Fight Against Impunity,* Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 7, 2003.

– Bernard D., *Ne bis in idem – Protector of Defendants' Rights or Jurisdictional Pointsman?* Journal of International Criminal Justice 9 (2011).

– Bogdan A., *Cumulative charges, convictions and sentencing at the ad hoc international tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda,* Melbourne Journal of International Law, Vol. 3, 2002

– Bojarski T., Radecki W., *Kodeks wykroczen, Komentarz*, 2015.

– Boyle R. D., *Double Jeopardy and Dual Sovereignty: The Impact of Benton v. Maryland on Successive Prosecution for the Same Offense by State and Federal Governments*, Indiana Law Journal, Vol. 46, Iss. 3, 1971.

– Broomhall B., *International Justice and the International Criminal Court, Between Sovereignty and the Rule of Law,* Oxford, 2003 Oxford, 2003.

– Brown, B. S., *Research Handbook on International Criminal Law,* 2011.

– Brownlie I., Principles of Public International Law, Clarendon 2003.

– Cabra Monroy M.G., *Rights and Duties Established By The American*

Convention On Human Rights, The American University Law Review, 1981.

– Canestrini N., *Il principio del ne bis in idem ambito interno e internazionale,* Canestrini Lex, 1/2009.

– Carter L. E., *The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem*, Santa Clara Journal of International Law, 2009.

– Carten S, *Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005).

– Cassese A., Chiavario M., De Francesco G., *Problemi attualli della giustizia penale internazionale,* Giappichelli Editore, Torino, 2005.

– Cassese A., Gaeta P., Jones J., *The Rome Statute of the International Criminal Court,* Vol. 1, Oxford, 2002, Chapters 1, 18, 19 (nullum crimen sine lege).

– Cassese A., International Criminal Law, Oxford, 2003,

– Cassese A., *International Law*, Second Editionm Oxford, 2005.

– Cassese A., *Is the ICC still having teething problems?, Journal of International Justice*, no. 4, 2006

– Clark R.S., *Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the first Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010*, GoJIL 2 (2010) 2.

– Coffey G., *The principle of ne bis in idem in criminal proceedings*, Irish Journal of Criminal Law, Vol. 18, No. 1, 2008.

– Colangelo A. J., *Double Jeopardy and Multiple Sovreigns: A Jurisdictional Theory,* Washington University Law Review, Vol. 86, Iss. 4, 2009.

– Conway G., *Ne bis in idem in International Criminal Tribunals,* Criminal Law Forum, 14.

– Conway G., *Ne bis in idem in International Law*, International Criminal Law Review, 3, 2003.

– Cryer R., and others, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure,* Cambridge, 2008.

– Czapliński W., Wróbel A., *Współpraca sądowa w sprawach cywilnych i*

karnych, C.H. Beck, Warszawa, 2007.

– D'Ascoli Silvia, *Sentencing in International Criminal Law, The Un and* ad hoc *Tribunals and Future Perspectives for the ICC,* Oxford and Portland, Oregon 2011.

– De la Cuesta J. L., *Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle „Ne bis in idem",* Revue internationale de droit Pénal, 2002/03, Vol. 73.

– De Stefani P., *Profili di diritto penale internazionale nella prospettiva dei diritti umani,* Quaderni, 2000, n. 1.

– Domagała P., Matyjasik, M., *Międzynarodowe Trybunały Karne i inne instrumenty sprawiedliwości tranzytywnej*, Difin, 2012.

– Dörman K., *War Crimes under the Rome Statute, with a special focus on negiotiation of the Elements of Crimes,* Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 7, 2003.

– Draft Review, *Concurent National and International Criminal Jurisdiction and the principle 'ne bis in idem',* Revue Internationale Droit Penal, Vol. 72, 3/2001, p. 1179-1184.

– El Zeidy, The principle of comlementarity, Leiden-Boston, 2008.

– El Zeidy M., 'The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law' (2002) 23 *Michigan Journal of International Law*.

– Erdei I., *Cumulative convictions in international criminal law: reconsideration of a seemingly settled issue*, Suffolk Transnational Law Review, Volume 34, Book 2, 2011

– Ferdinandusse W. N., *Direct Application of International Criminal Law in National Court,* The Hague, 2006.

– Ferdinandusse W. N., *The Prosecution of Grave Breaches in National Courts,* Journal of International Criminal Justice 7 (2009).

– Finlay L, *Does the International Criminal Court Protect Against Double Joepardy: Analysis of Article 20 of the Rome Statute,* University of California, Davis, Vol. 15, 2009.

– Fischera M., Janssens C., *Mutual Recognition of Judicial Decisions in Criminal Matters and the Role of National Judge,* ERA Forum, No. 8, 2007.

– Fletcher G. P., *Parochial versus Universal Criminal Law,* Journal of International Justice, 3 (2005).

– Fletcher M., *Some Developments to the ne bis in idem Principle in the European Union: Criminal Proceedings Against Hüseyn Gözütok and Klaus Brügge,* The Modern Law Review, Vol. 66, 2003.

– Friedland L.M., *Double Joepardy,* Clarendon Press-Oxford, 1969.

– Galantini N., *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive,* Diritto Penale Contemporaneo, 2011.

– Gallant S. K., *International Human Rights Standards in International Organizations: The Case of International Criminal Courts,* [in:] *International Criminal Law Quo Vadis?,* Association Internationale De Droit Penal, N. 19, 2004

– Gardocki L., *Double Criminality in Extradition Law,* Israel Law Review, Vol. 27, 1993.

– Gardocki, L., *Zagadnienia internacjonalizacji odpowiedzialności karnej za przestępstwa popełnione za granicą*, Uniwersytet Warszawski, 1979

– Goldstone J.R., Ellis M.S., The International Criminal Court: Challenges to achieving jusditce and accountability in the 21st Century, Indebate Press, 2008.

– Grzebyk P., *Definicja Zbrodni Agresji (po konferencji przeglądowej MTK),* Państwo i Prawo, 1/2011.

– Heller K. J., *A sentenced based theory of complementarity,* Harvard International Law Journal, Vol. 53, Number 1, 2012.

– Heller K. J., *What happens to acquitted?* Leiden Journal of International Law, 21 (2008).

– Holmes J. T. , *The Principle of Complementarity*, [in:] R. S. Lee (ed.), *The ICC The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International 1999

– Herik Van Den J., *The contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, Nijhoff, 2005.

– Izydorczyk J., Wiliński P., *Międzynarodowy Trybunał Karny,* Zakamycze, 2004.

– Jennings M., *Article 78*, *Determination of Sentence,* [in:] Triffterer O. *Commentary of the Rome Statute of the ICC,* CH Beck Hart Nomos, 2008,

– Jochnick C. A., Normand R., *The legitimation of violence: A critical history of the laws of war*, Harvard International Law Journal, Vol. 35, No. 1, 1994.

– Kardas P., *Konstrukcja idealnego zbiegu przestępstw a konstytucyjna i konwencyjna zasada ne bis in idem. Rozważania o konstytucyjnych i konwencyjnych granicach władzy ustawodawczej*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, XIV, 2010.

– Kelsen H., *Collective and Individual Responsiblity in International Law with Particular Regarded to the Punishment of War Criminals,* California Law Review, 530, 1943.

– King J. E., *The Problem of Double Jeopardy in Successive Federal-State Prosecutions: A Fifth Amedment Solution*, Stanford Law Review, Vol. 31, No. 3. 1979.

– Kittichaisaree K., *International Criminal Law,* Oxford, 2001.

– Klamberg M., ICL Datebase and Commentary, online version available at:

– http://www.iclklamberg.com/Statute.htm#_ftn301.

– Kleffner J., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions,* Oxford, 2008.

– Kleffner K.J., *The impact of complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law*, Journal of International Criminal Justice, 1, 2003.

– Klip A., Swart B., *International Criminal Law in the Netherlands*, Freiburg im Breisgau, 1997, p. 75 Ne bis in idem – online version.

– Klip A., Wild van der H., AIDP – non bis in idem, *Revenue International de Droit Penal, 2002*.

– Konstadinides T., *The Perils of the 'Europeanisation' of Extradition Procedures in the EU Mutuality, Fundamental Rights and Constitutional Guarantees*, 14 Maastricht Journal of European and Comparative Law (2007).

– Królikowski M, Zawłocki R., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–31*, Tom I. Wyd. 3, Warszawa 2015.

– Kuczyńska H, *Model oskarżenia przed MTK,* CH Beck, 2014, dwa pliki

– Kuczyńska H., *Ne bis in idem,* Prokuratura i Prawo, 2006, nr 3.

– La Rosa A. M., *A tremendous challenge for the International Criminal Tribunals: reconciling the requirements of international humanitarian law with those of fair trial,* International Review of the Red Cross, No. 321, 1997.

– Langer M., *Universal Jurisdiction as Janus Faced The Dual Nature of The German Criminal Code,* Journal of International Criminal Justice 11 (2013).

– Lattanzi, Schabas, *Esssays on the Rome Statute of the International Criminal Court,* Il Sirente, 1999.

– Lattimer M., Sand. P., *Justice for Crimes Against Humanity,* Oxford and Portland, Oregon, 2003 (Montgomery C., *Criminal Responsibility in the UK for International Crimes Beyond Pinochet)*.

– Lee R, *The International Criminal Court The Making of the Rome Statute,* Kluwer Law International, 1999.

– Lelieur J., *'Transnationalising' Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty*, Volume 9, Issue 4 (September) 2013.

– Lozzi G., *Profili di un'indagine sui rapporti tra <ne bis in idem> e concorso formale di reati*, Giuffré Milano, 1974

– Lüder S. R., *The legal nature of the International Criminal Court and the emergence of supranational elements in international criminal justice,* IRRC, Vol. 74, No 845.

– Manacorda S., Vanacore G., *The right not to be tried twice for international crimes*, *The* First Ten Years of the International Criminal Court: Achievements and Challenges, Routledge 2014 (or 2015).

– Mantovani F., *Diritto Penale,* Cedam 2011.

– Mantovani F., *The general principle of International Criminal Law: The viewpoint of national criminal lawyer,* Journal of International Criminal Justice, 1 (2003).

– Mantovani F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale,* Bologna, 1966.

– Marek A., *Prawo Karne,* Ch. Beck, Wyd. 9., 2009.

– Matyasik M., Domagała P., *Międzynarodowe Trybunały Karne oraz inne*

instrumenty sprawiedliwości tranzytywnej, Difin, 2012

– McNamara, *Human Right Controversies The Impact of Legal Form,* Cavendish, 2007.

– Medina C., *The American Convention on Human Rights,* Cambridge, 2013.

– Mezzetti E., (ed.), *Diritto Penale Internazionale,* Vol. II Studi, Giappichelli, Torino, 2010.

– Mitsilegas V, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU,* Common Market Law Review, Vol. 43, 2006.

– Mokhtarzadeh L., *Ending War Rape: A Matter of Cumulative Convictions*, Fordham international law journal, Vol. 36, 2013.

– Montoya Ramos, I., *El principio ne bis in idem a la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nacion y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Instituto de Investigaciones Juridicas, 2013.

– Morosin M., *Double Jeopardy and International Law: Obstacles to Formulating a General Principle,* Nordic Journal of International Law, 64, 1995.

– Mueller G. O. W., *International Judicial Assistance in Criminal Matters,* Villannova Law Reviev, No. 7, 1962,

– Musco E., Fiandaca G., *Diritto Penale parte generale,* quarta edizione, Zanichelli, 2004.

– Neagu N., *The Ne Bis in Idem Principle in the Interpretation of European Courts: Towards Uniform Interpretation,* Leiden Journal of International Law, 25, 2012.

– Newman L., *Double Jeopardy and Problem of Successive Prosecutions: A Suggested Solution,* California Law Review, Vol. 34.

– Nita B., *Rozstrzyganie problemów wiążących się z kolizją jurysdykcji pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej w oparciu o zasadę ne bis in idem,* Materiały Robocze 6 (10) Natolin, 2006.

– Nita B., *Zasada ne bis in idem w międzynarodowym obrocie karnym,* Państwo i Prawo, vol. 3, 2005.

– Nouwen S. M.H., *Fine-tunning complementarity,* [in:] Brown B., *Research Handbook on International Criminal Law,* Edward Elgar 2011.

– Oellers Frahm K., *Multiplication of International Courts and Tribunal and Conflicts Jurisdiction – Problems and Possible Solutions,* Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 5, 2001.

– Ongena T., Vermeulen G., Vander Beken T., *Belgium, concurrent national and international crimina jurisdiction and the principle 'ne bis in idem',* Reveu international droit penal, 2002/3, vol. 73.

– Palombino M. F., *Should Genocide subsume Crimes Against Humanity? Some remarks in the light of the Kristic Appeal Judgment,* Journal of International Criminal Justice 3 (2005).

– Pasculli M. A., *Studio sulla giurisdizione universale, Seconda edizione*, Cedam 2013.

– Perkins R. M., *The Territorial Principle in Criminal Law,* The Hastings Law Journal, Vol. 27, 1970-1971.

– Petronio F. e altri, *The „Ne Bis In Idem" Principle among International Treaties and Domestic Rules: The Recent Case Law of The European Court of Human Rights on Italy,* June 5th, 2014, available at: http://www.paulhastings.com/publications-items/details/?id=1943e169-2334-6428-811c-ff00004cbded.

– Piragoff D. K., Clarke P., *The Emergence of Common Standards of "Due Process" in International and National Criminal Proceedings,* [in:] *International Criminal Law Quo Vadis?,* Association Internationale De Droit Penal, N. 19, 2004.

– Pisani M, *Coperazione Internazionale in Materia Penale,* Riv. It. Dir. Pen., 2005.

– Płachta M., *Kodeks postępowania MTK,* Studia Europejskie 4/1999.

– Polit-Langierowicz, K., *Wzajemne uznawanie orzeczeń karnych między państwami Unii Europejskiej,* Prokuratura i Prawo, vol. 3, 2008.

– Politi M., Gioia F., *The International Criminal Court nad National Jurisdictions*, Ashgate, 2009.

– Politi M.. *The ICC and the Crime of Aggression a dream that came through and the reality ahead*, Journal of International Criminal Justice, 10, 2012.

– Raimondo O. F., *General Principles of Law in the Decisions of International*

Criminal Courts and Tribunals, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008.

– Rogalski M., *Przesłanka powagi rzeczy osądzonej w procesie karnym,* Zakamycze 2005.

– Rogers D., *Double Jeopardy: Resolving the Conflict between Competing Rights and Interests,* versione online disponibile a: http://www.robertsonogorman.com.au/media/2131/Double-Jeopardy-Resolving-the-Conflict-between-Competing-Rights-and-Interests.pdf.

– Sakowicz A., *Zasada ne bisi n idem w prawie karnym,* Białystok, 2011.

– Schabas W., Complementarity in practice Creative solutions or a Trap for the Court [in:] Politi M., Gioia F., The International Criminal Court nad National Jurisdictions, Ashgate, 2009

– Schabas W., *Introduction to Criminal Court*, 2001, Oxford.

– Schack B. V., *Par in Parem imperium non habet: complementarity and the crime of aggression,* Journal of International Justice, 10 (2012).

– Schlesinger R. B., *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilised Nations,* American Journal of Criminal Law, Vol. 51, No. 4, 1957.

– Schneirder G. S., Chin G. J., *Double Jeopardy: Double Jeopardy's Dual Sovreignty Exception and State Immigration Statutes,* Arizona Journal of International & Comparative Law, Vol. 28, No. 2, 2011.

– Schomburg W., *Criminal matters: transitional ne bis in idem in Europe – conflict of jurisdictions – transfer of proceedings,* ERA Forum, Vol. 13, 2012, p. 311-324.

– Sedman D., *Article 20 ICCts and the principle ne bis in idem*, [in:] *The review conference and the future of the International Criminal Court,* Trifterrer O., Burchard, Ch., Wolters Kluwer, 2010.

– Seibert-Fohr A., *The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions,* Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 7, 2003.

– Sigler Jay A., *A history of double jeopardy,* The American Journal of Legal History, Vol 7., 1963.

– Sluiter G., and others, *International Criminal Procedure Principles and Rules,*

Oxford, 2013.

– So T. M. J., *Double Jeopardy Complex Crimes and Grady v. Corbin,* Fordham Law Review, Vol. 60, Iss. 2, 1991.

– Spinellis D., *Global Report the Ne Bis In Idem in Global Instruments,* Revue internationale de droit Pénal, 2002/03, Vol. 73.

– Stahn C., *Complementarity Amnesties and Alternative Forms of Justice: Guidelines for the International Criminal Court,* Journal of International Criminal Justice 3 (2005).

– Stahn C., Sluiter, G., *The Emerging Practice of the International Criminal Court,* Leiden-Boston, 2009.

– Stigen J., *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions The Principle of Complementarity,* Leiden-Boston, 2008.

– Stoner R. C., *Double Jeopardy and Dual Sovreignty: A Critical Analysis,* William and Mary Law Review, Vol. 11, Iss. 4, 1970.

– Surlan T., *Ne bis in idem in Conjunction with the princple of comlementarity in the Rome Statute*, The European Society of International Law, 2005. available at: www.esil-sedi.eu/sites/default/files/**Surlan**_0.PDF

– Szpak A., *Zbrodnie wojenne a zbrodnie przeciwko ludzkości w orzecznictwie trynułałów karnych ad hoc (kryteria zróżnicowania),* Państwo i Prawo, 1/2012.

– Trechsel S., *Human Rights in Criminal Proceedings,* Oxford, 2005.

– Trifterrer O., *Commentary of the Rome Statute of the ICC,* CH Beck Hart Nomos, 2008.

– Tripodi F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato,* 9 marzo 2014, Diritto Penale Contemporaneo.

– Trujillo S.C.P., Posso J.C.S., *El non bis in idem y la cosa juzgada en el estatuto de Roma de la Corte Penal Interanacional*, Ibanez, 2007.

– Van Bockel Willem Bastian, *The ne bis in idem principle in EU law A conceptual and jurisprudencial analysis,* 2009, Leiden.

– Van Schaack, *Par in parem Imperium non habet, Complementarity and the Crime of Aggression*, Journal of International Criminal Justice 10 (2012).

– Vervaele J. A. E., *Ne bis in idem Towards a Transnational and Constitutional Principle in the EU?,* Utrecht Law Review, Vol. 9, Iss. 4, 2013.

– Vervaele J. A.E., *The Transnational Ne Bis in Idem principle in the EU Mutual recognition and equivalent protection of human rights,* Utreht Law Review, Volume 1, Issue 2 (December) 2005.

– Vigano F., Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali, Una replica a Gioacchino Romeo sulla vicenda dei "fratelli minori" di Scoppola all'esame delle Sezioni Unite della Cassazione, Diritto Penale Contemporaneo, 2012

– Vivekanandan V., *The Conceptual Analysis of the Principle of Double Jeopardy and the Protection of Human Rights in Criminal Law Justice Administration,* Dehradoun Law Review, Vol. 4, Iss. 1, November.

– Völker R., *The Procedure of the ICC: Status and Function of the Prosecutor,* Max Planck Yearbook of United Nationas Law, Volume 7, 2003.

– Weill S., *The Targeted Killing of Salah Shehadeh From Gaza to Madrid*, Journal of International Criminal Justice 7 (2009).

– Werle G., Jessberger F., *'Unless otherwise provided', Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crime under International Criminal Law,* Journal of International Criminal Justice, 3, 2005.

– Werle G., *Diritto dei crimini internazionali, Bolonia University Press.*

– Williams A. S., Schabas W., *Article 17 issues of admissibility,* [in:] Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute, ICC,* CH Beck Hart Nomos, 2008,

– Wynagert Van Den C., Stessen, G., *The International non bis in idem* Princple: Resolving some unanswered questions?, 48 ICLQ, 1999.

– Wyngaert Van den C., *The Transformation of international Criminal Law in Response to the Challenge of Organized Crime*, Reveu Internationale de Droit Pénal, 1999.

– Yang L., *On the principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court,* Chinese Journal of International Law, Vol. 4, No. 1, 2005.

– Young D., Corker D., *Abuse of process in Cirminal Proceedings, Lexis Nexis,* 2003.

– Zajadło J., *Uniwersalna jurysdykcja – kilka uwag filozoficznoprawnych,* Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny, rok LXVII, vol. 3, 2005.

– Zawłocki R., *Kodeks Karny Komenetarz, art. 114,* T. II, 2015.

Documenti:

– Robert Jackson opening statement before the International Military, "Second Day, Wednesday, 11/21/1945, Part 04,

– The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare) Final Report of the International Law Commission 2014,

– Resolution RC/Res.6, adopted at the 13th plenary meeting, on June 11 2010 by consensus. Disponibile a: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf,

– UN Model Treaty on Extradition del 14 dicembre 1990, New York, ILM (1991),

– Human Rights Committee in A.P. v. Italy: "provision prohibits double jeopardy only with regard to an offence adjudicated in a given state", Communication No.204/1986, CCPR/C/31/D/204/1986,

– *Explanatory Report,* Protocol no. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,

– Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, *Volume II (Compilation of Proposals) G.A., 51 st. sess., supp., no. 22, A/50/22, 1996,*

– International Criminal Court, *Combined Factsheet: Situation in Democratic Republic of Congo, Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui,* il 27 giugno 2008, disponibile a: http://www.amicc.org/docs/ICC-OTP-FS-20080207_ENG.pdf,

– *Ngudjolo Trial Faces Double Jeopardy Claim*, *in* INSTITUTE FOR WAR AND PEACE REPORTING (Feb. 19, 2008), *available at* http://www.iwpr.net/?p=acr&s=f&o=342800&apc_state=henh,

– Regulations of the Court, adopted by the Judges of the Court on 26 May *2004, Fifth Plenary Session The Hague, 17-28 May 2004*, Official documents of the International Criminal Court ICC-BD/01-01-04, Regulation 55,

– Communication No. 1310/2004: *Babkin v Russia*, Russia

CCPR/C/92/D/1310/2004 del 24 Aprile 2004.