

ALBERTO DI MARTINO

IL CRIMINE OTTATIVO

PER UN'ESEGESI PENALISTICA DEL CRIMINE INTERNAZIONALE DI AGGRESSIONE^(*)

SOMMARIO: 1. Considerazione preliminare: di quando la fattispecie penale internazionale sarà effettivamente applicabile. – 2. Elementi del crimine. - 2.1. Premessa: il doppio livello, statale e individuale. - 2.2. Soggetti attivi. - 2.2.1. Reato proprio. - 2.2.2. Impossibilità giuridica della partecipazione di estranei come limite esegetico. 'Coautoria eventualmente necessaria'. Partecipazione in organi collegiali o 'gruppi decisionali'. Concorso della leadership di Stati non aggressori? - 2.2.3. Esclusione della responsabilità di soggetti diversi dagli Stati. - 2.3. Il livello statale: l'atto di aggressione. Il ruolo delle determinazioni del Consiglio di Sicurezza ONU. - 2.3.1.1. L'atto di aggressione, in quanto tale. - 2.3.1.2. (*Segue*): Il rapporto con la Risoluzione ONU n. 3314/1974. - 2.3.2. Il ruolo del Consiglio di Sicurezza nella struttura della fattispecie. - 2.4. Verificazione effettiva dell'aggressione e questione della punibilità del tentativo. - 2.5. Il livello individuale: le condotte della persona fisica. L'elemento soggettivo. - 2.5.1. Condotte. - 2.5.2. Elemento soggettivo. Errore. – 3. Il "dilemma del coccodrillo": questioni di giurisdizione *ratione loci ac personæ*. – 4. Giurisdizione domestica? – 5. Condizioni di procedibilità. – 6. Considerazioni finali.

1. *Considerazione preliminare: di quando la fattispecie penale internazionale sarà effettivamente applicabile*

Lo studioso di diritto penale ha familiarità, quando si occupa del "formante legislativo" e l'oggetto del suo studio non sia rappresentato dal diritto vigente ma dal diritto che potrà o potrebbe venire ad essere, solo con il *ius condendum*: prevalentemente, anche se non esclusivamente, schemi e proposte di leggi, decreti, codici e simili, che talvolta vengono ad esistenza (e pressoché mai nella forma con la quale esistevano in potenza), spesso invece non arrivano a veder la luce, giacendo nel migliore dei casi in cassetti ministeriali in attesa di tempi migliori. A volte, invero piuttosto di rado, ci si trova di fronte a testi normativi in vigore ma non operativi per difetto degli ulteriori provvedimenti normativi che ne costituiscono il presupposto di efficacia¹.

(*) Testo riveduto, ampliato e integrato dalle note, della relazione svolta al Convegno organizzato dall'Università di Verona «*La criminalizzazione dell'aggressione armata dopo la Conferenza di revisione di Kampala: progressi, questioni irrisolte e prospettive*» (16 dicembre 2011). Ringrazio Salvatore Zappalà per l'amichevole lettura e commento critico. Il contributo è destinato agli Studi in onore di Alfonso Stile.

¹ Cfr. in materia di "doping" il problema della configurabilità del reato nel periodo successivo all'entrata in vigore della l. n. 376/2000 e precedente l'emanazione del decreto ministeriale attuativo: in tema si veda la complessa argomentazione di Cass. SU, 29.11.2005, in *CED Cass.*, rv. 232557, ad es. anche in *Cass. pen.*, 2006, p. 1730 ss. (nota G. ARIOLLI): configurabilità del reato, ma sulla base del presupposto che al d.m. sarebbe delegato «non l'individuazione dei farmaci, ... bensì soltanto l'approvazione delle classi» in cui questi devono essere ripartiti [motivazione, § 4.2. *sub cc*) e dd]).

Si trova dunque a vivere un'esperienza singolare colui che, da penalista "di diritto interno", assunta ad oggetto delle proprie riflessioni la fattispecie del crimine di aggressione devoluta alla giurisdizione della Corte Criminale Internazionale, come definita e costruita nei suoi presupposti applicativi nel corso della prima Conferenza di Revisione dello Statuto della Corte (=St-ICC), tenutasi a Kampala nel giugno 2010: come si vedrà, sono ancora incerte nell'*an* e nel *quando*, confuse nel *quomodo*, le stesse condizioni per l'entrata in vigore degli emendamenti contenenti la definizione del crimine, così come le condizioni per l'esercizio della giurisdizione².

Si tratta, d'altronde, di un crimine che, come appena accennato, era già stato affidato come guscio vuoto³ alla giurisdizione della Corte sin dalla sua istituzione, al pari degli altri crimini ma – com'è agevole immaginare – del tutto *sui generis*, sia perché ontologicamente diverso da essi sia perché connotato da subito da un'esistenza umbratile, forse spettrale per la carica simbolica che lo accompagna e che determina, negli studi e nella pratica delle relazioni internazionali, atteggiamenti chiaramente apotropaici.

Del resto, un poco apotropaica appare la stessa Risoluzione di Kampala. La ferale decisione di adottare la definizione del crimine e le norme procedurali relative è infine adottata e persino per *consensus*; tuttavia, secondo l'articolato meccanismo elaborato all'esito delle negoziazioni – discusso fino all'ultimo istante –⁴, nell'atto stesso in cui la si proclama, quella decisione è procrastinata variamente, nel se e nel quando. Ci si dovrà occupare dell'effettiva applicazione della disciplina, infatti, quando si saranno realizzate le seguenti intricate condizioni-rompicapo, ben note agli specialisti⁵:

² Il testo della risoluzione RC/Res. 6, adottata l'11 giugno 2010, è reperibile in: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/ReviewConference/Crime+of+Aggression.htm>. Al tema, dopo la Conferenza di Kampala, è dedicato come *special issue* l'intero primo fascicolo dell'annata 2012 del *Journal of International Criminal Justice*, con presentazione di C. KRESS, P. WEBB, *Introduction*, in *Journ. Int'l Crim. J.*, 2012, 10, 3 ss.

³ Gustosa l'immagine della «sheep in the box» evocata, richiamando le pagine d'esordio del «Petit Prince», da D. JACOBS, *The Sheep in the Box: The Definition of the Crime of Aggression at the International Criminal Court*, in C. Burchard, O. Triffterer, J. Vogel (Eds.), *The Review Conference and the Future of the International Criminal Law*, Neuwied, 2009, 131 s.. L'art. 5(2) stabiliva infatti che «The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression once a provision is adopted in accordance with articles 121 and 123 defining the crime and setting out the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction with respect to this crime. Such a provision shall be consistent with the relevant provisions of the Charter of the United Nations».

⁴ Cfr. in lingua italiana G. DELLA MORTE, *La Conferenza di revisione dello Statuto della Corte penale Internazionale ed il crimine di aggressione*, in *Riv. dir. int.*, 2010, 697 ss. (partic. 736 ss.: 738).

⁵ Sulle questioni in materia di giurisdizione cfr., prima della Risoluzione del 2010: M. M. GOMAA, *The Definition of the Crime of Aggression and the ICC Jurisdiction over that Crime*, in M. Politi, G. Nesi (eds.), pp. 55-77 (76). Sui negoziati di Kampala cfr. soprattutto J. TRAHAN, *The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference*, in *Int'l. Crim. Law Rev.* 11 (2011), 49 ss.; B. VAN SCHAAK, *Negotiating at the Interface of Power and Law: The Crime of Aggression*, in *49 Colum. J. Transnat'l L.* 505 (2011), in partic. §§ I.C. (515 ss.), II.B.1 (526 ss.), III.C.1-2 (586 ss.); K. AMBOS, *The Crime of Aggression After Kampala*, in *German Yearb. Int'l L.*, 2010, 478 e sopratt. 501 ss., 504 e nt. 211); R. CLARK, *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*, in *Goettingen J. Int'l L.*, 2, 2010, 689 ss. Cfr. anche i lavori cit. *infra*, nt. 72. Si veda inoltre, per valutazioni generali, S. BARRIGA, L. GROVER, *A Historic Breakthrough on the Crime of Aggression*, in *105 Am. J. Int'l L.* 517 (2011). Critici, fra altri,

- che gli emendamenti siano entrati in vigore perché accettati o ratificati dagli Stati-parte *ex art.* 121(5)⁶;
- che sia decorso un lustro più o meno da quest'oggi: la Corte potrà esercitare la propria giurisdizione sul crimine soltanto dopo il 1° gennaio 2017;
- che dopo tale data, *ex art.* 15-*bis* (3) St-ICC, ora introdotto, sia intervenuta una previa (ulteriore) decisione adottata dagli Stati-Parte con la stessa maggioranza richiesta per l'adozione di un emendamento allo Statuto [due terzi: art. 121(3)];
- che in ogni caso sia intervenuta la ratifica o accettazione degli emendamenti da parte di trenta Stati, e sia decorso un anno dalla trentesima ratifica o accettazione;
- che non siano depositate dichiarazioni di rifiuto della giurisdizione; infatti, oltre alla previsione generale sull'entrata in vigore degli emendamenti (peraltro discutibile e d'interpretazione non pacifica), soggetti a ratifica o accettazione degli Stati-Parte⁷ ogni Stato-Parte può comunque depositare una specifica dichiarazione di non accettare la giurisdizione in materia d'aggressione (c.d. *opt-out clause*)⁸.

M.J. GLENNON, *The Blank-Prose Crime of Aggression*, in 35 *Yale J. Int'l L.* 71-114 (2010); R. HEINSCH, *The Crime of Aggression After Kampala: Success or Burden for the Future?*, in *Goettingen J. Int'l L.*, 2, 2010, 713-743; con particolare attenzione al problema dell'indipendenza della Corte cfr. L. VON BRAUN - A. MICUS, *Judicial Independence at Risk: Critical Issues Regarding the Crime of Aggression Raised by Selected Human Rights Organizations*, in *Journ. Int'l Crim. J.*, 10, 2012, 111 ss. Sull'applicabilità della fattispecie a fatti commessi con mezzi informatici cfr., oltre all'accenno di K. AMBOS, *The Crime*, cit., 489, specificamente C. CAMMACK, *The Stuxnet Worm and Potential Prosecution by the International Criminal Court Under the Newly Defined Crime of Aggression*, in 20 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 303 (2011). Con particolare attenzione alla posizione degli USA v. M.A. FAIRLIE, *The United States and the International Criminal Court Post-Bush: A Beautiful Courtship but an Unlikely Marriage*, in 29 *Berkeley J. Int'l L.* 528 (2011), spec. 556 s. È interessante la lettura dell'analisi, compiuta da un punto di vista sociologico, di N. WEISBORD, *Conceptualizing Aggression*, in 20 *Duke J. Comp. Int'l L.* 1 (2009). Per una bibliografia esaustiva cfr. per tutti G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, Tübingen, 2012³, 609 ss. (pre-Kampala); 631 s. (post-Kampala); cfr. inoltre la trattazione monografica di G. KEMP, *Individual Criminal Liability for the International Crime of Aggression*, Antwerp et al., 2010 (e più di recente anche il breve contributo con lo stesso titolo apparso in *Journ. Int'l Crim. J.*, 2012, 10, 712). Fondamentale in tema è sempre Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge, 2011⁵.

⁶ A questa disposizione fa riferimento la parte operativa della Risoluzione: Resolution RC/Res. 6 «The crime of aggression», nr. 1: «the amendments to the Statute contained in Annex I [quelli sull'definizione del crimine e sulle condizioni di esercizio della giurisdizione, *ndr*] shall enter into force in accordance with article 121, paragraph 5».

⁷ Su questo aspetto cfr. B. VAN SCHAAK, *op. cit.*, 505 ss., al richiamo della nt. 194, nonché al richiamo della nt. 306. Il coordinamento delle previsioni degli artt. 121(5) e 15bis (4) non è chiaro. Secondo un orientamento, la Corte può esercitare la propria giurisdizione sugli Stati-Parte che non abbiano depositato la dichiarazione, anche se non hanno accettato o ratificato gli emendamenti. Pretendere un espresso rifiuto della giurisdizione è inteso come «additional obstacle to those State Parties that might want to avoid the aggression provisions. It ... offers a toehold from which elements of International and domestic civil society can mount a political shame campaign to encourage states to decline the opt-out option» (B. VAN SCHAAK, *op. cit.*, nel testo al richiamo della nt. 309). Ma si tratta di un'interpretazione controversa: cfr. *infra* nel testo, §§ 3 e 5.

⁸ Su questa base, la disposizione relativa all'entrata in vigore delle modifiche *ex art.* 121 (5) St-ICC è stata ritenuta una vacua dichiarazione che mischia le carte: l'entrata in vigore senza possibilità di esercitare la giurisdizione sarebbe insensata. Da questa lettura deriva che la vera norma sull'entrata in vigore sarebbe proprio l'art. 15-*bis* (3).

A queste condizioni, si aggiungono – come si dirà (§§ 3 e 5) – ulteriori condizioni per l'esercizio della giurisdizione, derogatorie *ratione loci* e *ratione personæ* rispetto alla disciplina generale, nonché condizioni di procedibilità particolarmente consistenti⁹, anche se sottratte in parte a quella discrezionalità politica (del Consiglio di Sicurezza ONU; di séguito anche CdS) che un orientamento sostenuto soprattutto dagli Stati Uniti d'America (e dagli altri membri permanenti del CdS) avrebbe voluto assoluta, e che ha costituito uno dei temi più controversi ancora all'apertura della Conferenza di revisione.

Tale complesso di presupposti, cautele, rimandi, sospensioni che accompagnano la formale definizione del «crime suprême»/«crime of crimes» ne fa un'enunciazione pronunciata piuttosto per scongiurare che le parole divengano realtà¹⁰. Se anche così non fosse, ritorna alla mente in ogni caso l'uso antico del modo verbale ottativo: il modo “ottativo”, secondo la grammatica del greco antico, è infatti espressivo di un desiderio o di una possibilità, la potenzialità di realizzazione del cui oggetto è tuttavia dubbiosamente percepita come inferiore a quella espressa dal congiuntivo, tipicamente espressivo della possibilità. L'aggressione è disegnata come un crimine ottativo.

Scopo del presente lavoro è quello di offrire un primo approccio esegetico alla fattispecie incriminatrice ed alle relative regole di giurisdizione, dal punto di vista del diritto penale.

2. *Elementi del crimine*

La fattispecie, contenuta nel nuovo art. 8 *bis* St-ICC, è così formulata:

1. For the purpose of this Statute, “crime of aggression” 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.

2. For the purpose of paragraph 1, “act of aggression” means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression:

(a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof;

⁹ «Circuitous and cumbersome jurisdictional regime»: B. VAN SCHAAK, *op. cit.*, II E, in fine.

¹⁰ Analogamente già R.-J. DUPUY, *L'illusion juridique – réflexions sur le mythe de la paix par le droit*, in *Mélanges offerts à Guy Ladreit de Lacharrière*, Paris, 1989, cit. in G. DELLA MORTE, *op. cit.*, 751 nt. 221.

- (b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;
- (c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;
- (d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;
- (e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;
- (f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;
- (g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.

2.1. *Premessa: il doppio livello, statale e individuale*

È considerazione pacifica che gli elementi costitutivi e i presupposti per la punibilità del crimine di aggressione siano aggregati su due livelli: quello della condotta individuale e quello della condotta statale integrante l'«atto di aggressione»¹¹. La condotta individuale ha ad oggetto, infatti, un «atto di aggressione» statale qualificato in base al meccanismo, ben noto ai penalisti, dell'elemento normativo.

La condotta dello Stato costituisce, dal punto di vista del diritto penale sostanziale, l'oggetto materiale o, più propriamente, il termine di riferimento oggettivo della condotta individuale. In questo senso, l'atto statale di aggressione non è propriamente un «presupposto della condotta» nel senso della teoria generale del reato costruita in relazione alle fattispecie di diritto interno¹², ma è pur sempre un presupposto del *crimine* individuale di aggressione: non c'è condotta (individuale) di aggressione rilevante a titolo di crimine internazionale *ex art. 8 bis* se non è stato accertato un atto statale di aggressione (nei termini che si chiariranno *infra*, § 2.3).

Nella presente esposizione, l'analisi del requisito dell'atto statale precederà quella della condotta individuale, in quanto è impossibile decifrare la fisionomia di questa senza aver chiarito in che cosa consista la condotta statale 'prodotta' da quella individuale.

¹¹ Sul rapporto tra crimini di stato e crimini individuali v. E. WILMSHURST, *Definition of the Crime of Aggression: State Responsibility or individual Criminal Responsibility?*, in M. Politi, G. Nesi (eds.), cit., 93-96; in generale FOIS, *Sul rapporto tra crimini internazionali dello Stato e crimini internazionali dell'individuo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, 946-947.

¹² Per un teoria del reato costruita in relazione ai crimini internazionali v. ad es. la recente elaborazione di H. VEST, *Völkerrechtsverbrechen verfolgen. Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft*, Baden-Baden, 2011 (dello stesso già: *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, 2002).

2.2. Soggetti attivi

2.2.1. Reato proprio

In ragione del collegamento necessario tra fatto individuale ed azione statale, il reato può essere commesso soltanto da soggetti di vertice: si tratta di un «leadership crime»; tecnicamente, dunque, è un reato proprio. Se su tale qualifica dogmatica in astratto si deve senz'altro concordare, in concreto il contenuto della posizione di vertice può non essere di semplice accertamento.

Si deve stabilire con precisione, innanzi tutto, che cosa si intenda per capacità di dirigere la (o esercitare in modo effettivo il controllo sulla) azione politica o militare di uno Stato. Questo criterio concernente la speciale qualifica soggettiva dell'agente presuppone il riferimento all'assetto istituzionale dello Stato aggressore, alle specifiche linee di comando, sia in ambito politico sia in ambito militare. Soprattutto nel primo caso (direzione e controllo di tipo politico) i problemi potrebbero essere molto complicati, sia – verso l'alto – nell'identificazione del vertice effettivo, sia – verso il basso – nella definizione della linea inferiore della responsabilità penale, al disotto della quale un soggetto non può essere considerato «leader» e dunque non è soggetto attivo del reato (né, come si vedrà, concorrente: § 2.2.2)¹³.

Ma non si tratta soltanto di questo. La norma postula la possibilità di imputare l'atto ad uno Stato, presupponendo un'entità non soltanto chiaramente identificabile in sé e per sé, ma all'interno della quale siano anche distinti i processi di determinazione della volontà imputabile allo Stato in quanto tale. Senonché, in concreto, soprattutto anche se non esclusivamente in aree di crisi (ad es., per la presenza di fasi di transizione dopo una guerra civile; nel caso di Stati «falliti» o «collassati»)¹⁴ potrebbe essere oltremodo difficile verificare la *leadership* effettiva del Paese, anche per la commistione, spesso attestata da indagini di sociologia empirica e tematizzata da un filone teorico della disciplina delle Relazioni Internazionali, fra entità politiche e criminalità organizzata¹⁵. L'importanza di queste difficoltà non può essere tuttavia sopravvalutata, anche perché difficilmente uno Stato che si trovi nelle condizioni poc'anzi accennate potrebbe rendersi aggressore ai sensi dell'art. 8-*bis*.

¹³ Sul carattere problematico dell'individuazione dei responsabili nei regimi democratici v. K. AMBOS, *op. cit.*, 490. Sull'esclusione dei «poteri forti» dall'ambito di applicazione della fattispecie, sulla base della difficile esperienza dei processi del dopoguerra ad esponenti del mondo economico, v. ad es. (già a proposito delle proposte dello SWGA) K.J. HELLER, *Retreat from Nuremberg: the Leadership Requirement of the Crime of Aggression*, in *EJIL*, 2007, 478 s.

¹⁴ Cfr. ad es. F. STRAZZARI, *Notte balcanica. Guerra, crimine, stati falliti alle soglie d'Europa*, Bologna, 2008, *passim* e partic. 39-44, 222, cui si rinvia per essenziali riferimenti bibliografici al tema degli stati falliti o collassati. Cfr. comunque anche A. ANDERSON, *Organized Crime, Mafia, and Governments*, in G. Fiorentini, S. Peltzman (Eds.), *The Economics of Organized Crime*, Cambridge, 1997.

¹⁵ Riferimenti essenziali in F. STRAZZARI, *op. loc. cit.* Auspicano una più stretta relazione fra discipline penalistiche e studi (filosofico-)politici di Relazioni Internazionali P. ANDREAS - E. NADELMANN, *Policing the Globe. Criminalization and Crime Control in International Relations*, Oxford, 2006 (i quali peraltro programmaticamente non si occupano dei crimini devoluti alla Corte, perché coinvolgono l'applicazione del diritto internazionale e non di quello interno, che è l'oggetto dello studio comparativo; peraltro è un po' frettolosa la premessa che quell'«enforcement» abbia come «target» atti degli Stati piuttosto che di «non-State actors»).

Sul punto del rapporto tra pluralità di partecipanti e responsabilità è appena opportuno precisare, salvo quanto si osserverà a breve (cfr. il paragrafo che segue), che la questione della responsabilità individuale è aspetto diverso dalla struttura per così dire ontologica del crimine, il quale non può che essere commesso da una pluralità di persone (ad. es., appartenenti alle forze armate), la cui esistenza è però di per sé irrilevante alla stregua della fattispecie tipica, e ciò appunto perché la responsabilità penale si concentra esclusivamente sui vertici¹⁶.

2.2.2. *Impossibilità giuridica della partecipazione di estranei come limite esegetico. 'Coautoria eventualmente necessaria'. Partecipazione in organi collegiali o 'gruppi decisionali'. Concorso della leadership di Stati non aggressori?*

I. Che soggetti “estranei”, cioè che non si trovano nelle posizioni e nelle condizioni di dirigere sostanzialmente l'attività di uno Stato, possano essere considerati concorrenti è senz'altro da escludere, non foss'altro per via dell'introduzione di una previsione espressa [art. 25 (3 bis) St-ICC]:

«In respect of the crime of aggression, the provisions of this article shall apply only to persons in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State».

Quanto alla natura giuridica di tale esclusione, essa potrebbe essere considerata, a prima vista, come una vera e propria deroga al regime generale della *individual criminal responsibility* di cui all'art. 25 St-ICC¹⁷. Così ritenendo, tuttavia, il regime di responsabilità individuale per il crimine di aggressione sarebbe configurato come eccezione ad una regola generale; ma questa prospettiva di regola/eccezione non rende ragione del carattere specifico di tale crimine, rispetto al quale la limitazione della responsabilità ai soli soggetti di vertice appare invece come un dato, per così dire, naturale e consustanziale al tipo di fatto oggetto d'incriminazione, che non può essere commesso da chi sia privo delle caratteristiche normativamente individuate. In tal senso, la limitazione avrebbe dovuto essere affermata anche in assenza di una specifica disposizione in materia, dunque per ragioni, diciamo così, legate alla *Natur der Sache*. La logica che sottende l'esclusione del concorso di soggetti non qualificati è dunque quella che una risalente dottrina italiana indicava come «limite esegetico»¹⁸. Si tratta, cioè, di un limite interno al precetto base, in questo caso quello in tema di compartecipazione criminosa.

¹⁶ Su questo aspetto cfr. soprattutto Y. DINSTEIN, *op. cit.*, nr. 380 (p. 142).

¹⁷ K. AMBOS, *op. cit.*, 491 s., osserva che l'esclusione del concorso di *extranei* dal novero dei possibili concorrenti nel reato riduce la disposizione dello stesso art. 25 (3 bis) ad una prescrizione vuota («to virtually *nil*»); un effetto considerato altamente discutibile.

¹⁸ P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, 46 s. Su questo tema cfr., di recente, M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, II. *Teoria della pena – Teoria del reato*, Milano, 2006, 1721; nonché ID., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1269 ss.

II. Se si considera l'ipotesi della partecipazione di più soggetti, che si trovino tutti e ciascuno nella posizione di vertice richiesta dalla norma incriminatrice, la disposizione dell'art. 25 (3bis) St-ICC si rivela del tutto superflua. In tal caso, infatti, essi risponderanno come coautori, ma non in base allo stesso art. 25 (3bis) bensì per la conformazione strutturale dell'art. 8 bis (1), e dunque ai sensi dell'art. 25 (3) (a): ciascuno di coloro che sono in grado di dirigere l'azione dello Stato si trova nella condizione di rispondere del reato come autore; in tal senso, si tratta di un reato che, se non è realizzato in forma monosoggettiva (il che sarebbe possibile, anche se improbabile ed anzi piuttosto irrealistico), può soltanto essere realizzato da più soggetti che agiscono in veste di (co)autori: si tratta, in tal senso, di una fattispecie che potremmo definire "a coautoría eventualmente necessaria"¹⁹.

III. Si potrebbe ritenere che le regole ordinarie sul concorso di persone valgano tuttavia, per l'espressa previsione normativa del già ricordato art. 25 (3bis), in caso di soggetti, anch'essi di vertice, che non realizzino le condotte indicate dalla fattispecie dell'art. 8 bis ma le condotte di partecipazione ex Art. 25.

Ma il reale contenuto dell'art. 25 (3bis) è solo apparentemente chiaro. Come si è appena detto (II), nel caso di soggetto di vertice che partecipi alla pianificazione ecc., egli risponderà come autore e non già come concorrente. Quest'ultima qualifica dunque può essere riservata soltanto a coloro che, pur di vertice, non abbiano realizzato le condotte tipiche (*planning/preparation/initiation/execution*) ma compiuto atti oggettivamente funzionali all'aggressione e soggettivamente sorretti dalla consapevolezza di questa loro destinazione oggettiva. Anche in tal caso, tuttavia, non tutte le forme di partecipazione sembrano compatibili con il tipo di crimine; non lo è, in particolare, quella di chi ordina la commissione: costui sarebbe, piuttosto, il vero *dominus* dell'aggressione e dunque, per così dire, il *primum movens*, il primo autore. Inoltre, forti dubbi possono sussistere anche per chi stimola o istiga («solicits or induces»).

Resterebbe un margine, dunque, solo per attività di concorso materiale (*aiding, abetting, assisting*), commesse con lo scopo di facilitare la realizzazione del crimine; ma anche in tal caso si ha la sensazione di un'ontologica incompatibilità con l'aggressione di forme di responsabilità pensate e costruite in relazione a crimini tutt'affatto diversi.

Non è agevole immaginare, d'altronde, quali condotte possano integrare la fattispecie: si tratta di una previsione che rischia o di risultare asfittica, oppure – esattamente all'opposto – potenzialmente capace di dilatare enormemente il novero delle responsabilità, senza che al giudice siano offerti reali parametri decisionali, se si tiene presente che le condotte concorsuali sono menzionate ma non descritte, e contengono di per sé un ampio margine di elasticità.

I confini tra diritto e politica qui si avvicinano fino a confondersi pericolosamente. Per quanto l'affermazione che segue possa risentire di qualche esagerazione, proprio la disposizione dell'art. 25 (3 bis), con le sue ampie virtualità applicative – piuttosto che la stessa nozione del crimine di aggressione – costituisce un momento di sensibile e non agevolmente controllabile di esercizio della discrezionalità giudiziale nella determinazio-

¹⁹ Nel senso che, ammessa la realizzazione anche monosoggettiva, in caso di più soggetti che soddisfino i requisiti dell'art. 8 bis, costoro potrebbero essere soltanto coautori ai sensi dell'art. 25 (3) (a) St-ICC.

ne delle responsabilità penale per “atti politici”²⁰.

IV. C'è da chiedersi se una responsabilità concorsuale ordinaria ai sensi dell'art. 25 possa residuare nel caso in cui un soggetto, individualmente considerato, *non* rivesta le qualifiche o *non* si trovi nelle condizioni di dirigere o controllare l'azione di uno Stato, e tuttavia possa in effetti contribuire a tale indirizzo o controllo in qualità di membro di organi collegiali, ai quali invece possa essere riconosciuta quella posizione.

La soluzione dipende dal modo d'intendere il concetto di «posizione» utilizzato dalla norma. Tale termine, innanzi tutto, non può essere inteso nel senso della titolarità di una qualifica formale, poiché si richiede una posizione di tipo effettuale (espressa dall'avverbio «effectively»). Ed allora non resta che dar spazio ad una visione funzionale, con virtualità espansive: i membri di organi collegiali o gruppi decisionali sarebbero responsabili non in virtù di una qualifica formale, bensì proprio per causa e nei limiti della funzione che essi espletano come membri del gruppo decisionale²¹. Su questa base, il concetto di «posizione» dovrebbe essere inteso con riferimento ad ogni “situazione” nella quale un soggetto si trovi a poter dirigere o controllare l'azione dello Stato; e poiché tale significato attiene al novero dei possibili significati letterali della parola (*position* = «the *situation* that somebody is in, especially when it affects what they can and cannot do» – oppure: «the *situation*, especially as it affects one's power to act»)²², non si potrebbe opporre la violazione del principio di stretta interpretazione di cui all'art. 22 (2) dello Statuto. La responsabilità dell'agente singolo, operante nell'organo collegiale, costituirebbe dunque mera compartecipazione e di conseguenza sarebbe valutabile meno gravemente, almeno se si ammette la correttezza dell'impostazione maggioritaria (anche se non incontrovertita)²³ secondo la quale i «modes of liability» previsti

²⁰ Per atti politici si intende quella categoria di atti in cui si estrinseca l'attività di direzione suprema della «cosa pubblica», di coordinamento e di controllo delle manifestazioni concrete in cui quella direzione si concretizza: es., atti e provvedimenti emanati dal governo nell'esercizio del potere politico.

²¹ Il tema ha punti di contatto con la questione, discussa un tempo nella dottrina italiana, del reato collegiale (Rende, Grisogni): sia sufficiente qui rinviare al resoconto ed alla critica di L. CONTI, *I soggetti. Sezione nona. Responsabilità civile e responsabilità penale. Il reato collegiale*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, dir. da A. Di Amato, vol. I. *I principi generali*, Padova, 1990, 250 ss. e 253-257 (ove i necessari riferimenti bibliografici). Si veda, comunque, quanto deciso a Norimberga in relazione alla *Reichsregierung* (Reich Cabinet) ed all'*Oberkommando della Wehrmacht* (General Staff ed High Command): «a number of the Cabinet members [dunque: non necessariamente tutti, ndr] were undoubtedly involved in the conspiracy to make aggressive war, but they were involved as *individuals*»; all'interno di un comando supremo, ovviamente, ci possono essere ufficiali che hanno solo ruolo di staff: «the prosecution does not indict the next level of the military hierarchy ... nor the level below, the divisional commanders or their equivalent ... And the staff officers of the four staff commands are not included, nor are the trained specialists who were customarily called general Staff Officers» (corsivi aggiunti). Cfr. IMT, Judgment, 30 settembre 1946, in *The Trial of German Major War Criminals*, vol. 22, London, 1950, 482-484. Il fatto che la posizione sia stata affermata solo per negare il carattere intrinsecamente criminale di quegli organi non è rilevante agli effetti di quanto discusso nel testo.

²² <http://oxforddictionaries.com>, entry: «Position».

²³ La bibliografia è vasta e sarebbe un fuor d'opera apporla in questa sede; ma può essere utile segnalare, anche per l'agilità della discussione ed i necessari riferimenti bibliografici, il sito <http://opiniojuris.org>, digitando come “query”: *modes of liability*.

dall'art. 25 dello Statuto sono costruiti secondo una scala di gravità discendente, dall'autorità alla mera partecipazione come forma di responsabilità cd. derivativa²⁴.

V. Ci si può domandare, inoltre, se le regole sul concorso possano coinvolgere la responsabilità di organi di vertice di Stati terzi che non abbiano compiuto direttamente nessun atto di aggressione, ma abbiano realizzato una condotta astrattamente concorsuale nei confronti dei vertici dello Stato effettivamente aggressore.

Sotto questo aspetto, ad esempio, la norma potrebbe essere applicata anche ad organi di vertice di Stati *diversi* da quello che aggredisce, se la condotta individuale può in concreto ritenersi agevolatrice dei piani di aggressione. Si aggiunga che il rischio di una mostruosa dilatazione applicativa appare ancora più minaccioso se si ammette anche la responsabilità per omissione, ciò che taluno ammette e che corrisponde all'esperienza applicativa dei Tribunali *ad hoc*²⁵.

Dal punto di vista oggettivo, ad es., potrebbe essere considerata agevolatrice dei piani di aggressione di Hitler, se non l'inerzia dei vertici britannici di fronte alla rioccupazione della zona smilitarizzata della Renania (7 marzo 1936), in difetto di un obbligo di agire²⁶, almeno la disponibilità di Neville Chamberlain a negoziare l'allargamento del Reich verso Est, tradottasi nella proposta di sistemazione in senso tedesco delle questioni austriaca, cecoslovacca, di Danzica (anche qualora si vogliano escludere condotte soltanto omissive)²⁷. La responsabilità concorsuale potrebbe essere esclusa soltanto dal punto di vista soggettivo. Peggio ancora per la responsabilità dei dirigenti sovietici (Stalin e Molotov) in relazione all'aggressione della Polonia, nel quale caso sarebbe arduo escludere anche il coefficiente soggettivo. Non a caso la condotta di Stalin è stata descritta da uno storico autorevole come «compartecipazione»: con il patto Molotov Ribbentrop (23.8.1939), come si sa, l'Urss dava carta bianca alla Germania per il «corridoio di Danzica», Polonia occidentale e Lituania (riservandosi di occupare a sua volta gli altri Stati baltici, Polonia orientale e Romania orientale, cd. Bessarabia)²⁸.

²⁴ Su questo concetto cfr. di recente, nella dottrina inglese, K. HALLEVY, *The Matrix of Derivative Criminal Liability*, Berlin e aa., 2011.

²⁵ Riferimenti essenziali in F. JESSBERGER, voce *Omission*, in *Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2009, 445-446.

²⁶ K. HILDEBRAND, *Il Terzo Reich*, trad. it., Roma-Bari, 1983, 36 (*Das Dritte Reich*, München-Wien, 1979): «la gran Bretagna dimostrò ... il suo disinteresse nei riguardi di un'iniziativa tedesca di cui condannò il metodo violento approvandone tuttavia gli scopi».

²⁷ Il riferimento è innanzi tutto alle proposte di Lord Halifax, emissario del gabinetto britannico (19.11.1937): K. HILDEBRAND, *op. cit.*, 42. A Monaco (29-30.9.1938) Regno Unito e Francia, oltre all'Italia, riconoscono unilateralmente (senza consultare il governo cecoslovacco) il diritto della Germania di annessi i Sudeti.

²⁸ K. HILDEBRAND, *op. cit.*, 57. Si devono ricordare le parole di H.-H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Bonn, 1952, 197 (pur se riferite al Tribunale di Norimberga ed alla sua contestata legittimazione quale tribunale dei vincitori fondato sul diritto di occupazione, *Besatzungsrecht*): quando uno stesso illecito («gleiches Unrecht») per il quale sono giudicati i vinti è stato commesso anche dai vincitori, si deve garantire ai primi, proprio in ragione dell'efficacia rieducativa della pena, almeno la possibilità di invocare una causa personale di non punibilità; e chiudeva consape-

L'interrogativo sulla responsabilità concorsuale di organi di Stati terzi evoca la questione di fondo del rapporto fra diritto e politica – fra responsabilità giuridica (e specificamente penale) e responsabilità storica – che il crimine di aggressione inevitabilmente pone sul tappeto²⁹. Ad esso sembra tuttavia che si debba dare risposta negativa: la norma dell'art. 8 *bis* mostra di presupporre una coincidenza indefettibile tra atto dello Stato qualificato come aggressione e responsabilità della *leadership* del (solo) Stato aggressore. Espressione di tale coincidenza è la stessa modalità descrittiva degli speciali requisiti soggettivi: in tanto si richiede che l'agente-persona fisica sia in grado di dirigere o controllare l'azione dello Stato, in quanto si postula che è proprio quell'azione – l'azione di *quello stesso* Stato in cui l'agente è in posizione di vertice – che si traduce in un atto di aggressione.

D'altra parte:

(a) rispetto alle condotte di inizio ed esecuzione dell'aggressione, non sarebbe possibile un concorso materiale, perché altrimenti vi sarebbe una diretta aggressione da parte di tutti gli Stati che in qualche misura materialmente partecipano all'atto ostile. Sarebbe dunque possibile solo un concorso morale, che sarebbe oggetto d'una *probatio diabolica*;

(b) rispetto alle condotte di pianificazione e preparazione, la partecipazione ad esse ma non al successivo atto di aggressione non potrebbe coinvolgere la responsabilità dello Stato non direttamente aggressore; in tal modo, verrebbe meno il presupposto imprescindibile per la responsabilità individuale a titolo di aggressione, rappresentato dalla necessità che sia accertata, da parte dello Stato, una condotta di aggressione (*supra*, § 2.1; *infra*, § 2.3). Né si potrebbe prescindere da questo requisito affermando appunto il mero concorso nel fatto altrui, perché, come si è detto poc'anzi, la norma presuppone una coincidenza indefettibile tra atto dello Stato, qualificato come aggressione, e responsabilità della *leadership* del (solo) Stato aggressore.

2.2.3. Esclusione della responsabilità di soggetti diversi dagli Stati

L'atto di aggressione presupposto dalla norma incriminatrice può provenire soltanto da un'entità di carattere statale. Questa scelta è stata contestata fra gli esperti, poiché nel mondo attuale delle relazioni internazionali atti di aggressione del tipo di quelli previsti dall'art. 8 *bis* possono ben provenire da entità diverse dagli Stati (ad es., ramificate organizzazioni

volmente e profeticamente, affermando che la pena nel diritto internazionale avrebbe potuto edificare una nuova coscienza giuridica solo mettendo un *Völkerstrafrecht* universale (valido per chiunque) nelle mani di un vero tribunale internazionale.

²⁹ Sono tuttora da menzionare, pur nel contesto particolarissimo in cui sono state scritte, le riflessioni di C. SCHMITT, *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz "Nullum crimen, nulla poena sine lege"* (25 agosto 1945), a cura di H. Quaritsch, Berlin, 1994, 81 s.: «a term such as "crime" belonging to criminal law evokes the use of other terms of criminal law such as principals and accessories, aids and ab[e]ts, complicity, concealment etc., terms that, applicated on actions of foreign policy – e.g. the partition of Poland September 1939 –, imply further questions of unheard consequences» (dalla «Nota» di pugno dell'Auore, in chiusura dello scritto). Sulla genesi di questo scritto, redatto in forma di «Parere pro-veritate» (probabilmente nell'interesse dell'industriale Friedrich Flick), cfr. diffusamente la Postfazione di Quaritsch, 125-133.

terroristiche; potenti gruppi armati di ribelli, eccetera)³⁰. Ma la limitazione sembra da apprezzare, fermo quanto si dirà in conclusione di questo lavoro a proposito dell'interesse tutelato dalla norma, non foss'altro per la difficoltà forse insormontabile di tipizzare adeguatamente i caratteri dell'entità che non si identifichi in una realtà statale riconosciuta³¹.

2.3. Il livello statale: l'atto di aggressione.

Il ruolo delle determinazioni del Consiglio di Sicurezza ONU

Quanto all'atto statale di aggressione, esso sarà qui considerato soltanto dal punto di vista del diritto penale, tralasciando – per quanto non siano direttamente rilevanti anche in questa prospettiva – le questioni più specificamente internazionalistiche³². Si pongono due questioni centrali: quella della struttura dell'atto di aggressione e quella del ruolo del Consiglio di Sicurezza rispetto alla sua punibilità.

2.3.1.1. *L'atto di aggressione, in quanto tale*

L'atto di aggressione non è un accadimento apprezzabile *in rerum natura*: non è dunque elemento naturalistico della fattispecie. Esso è invece costruito come elemento normativo giuridico della fattispecie, la cui normatività si esprime su un triplice livello:

(a) per un verso, esso è recepito dalla norma incriminatrice nel suo specifico significato internazionalistico, quale «atto dello Stato», ma in termini non limitati alla sola guerra: superando con ciò la limitazione della responsabilità *individuale* per il crimine alla sola guerra di aggressione – pur originariamente auspicata da ben due membri permanenti del Consiglio di Sicurezza ONU, Francia e Federazione Russa³³;

(b) per altro verso, è necessario che l'atto sia qualificabile come illecito in quanto incompatibile con la Carta delle Nazioni Unite, o perché

(i) diretto contro «sovranità, integrità territoriale, indipendenza politica» (concetti,

³⁰ K. AMBOS, *op. cit.*, 492 s.

³¹ Il concetto di gruppo organizzato transnazionale, ad es., è oggetto di tematizzazione da parte di chi si occupa di Relazioni Internazionali: utile, anche per i riferimenti bibliografici, Francesca LONGO, *Organised Crime: towards a two level analysis*, in http://www.psa.ac.uk/journals/pdf/5/2010/1521_1415.pdf, 8. Cfr. inoltre J.O. FINCKENAUER, *Problems of Definition: What is Organized Crime?*, in *Trends in Organized Crime*, 8, 2005, 63 ss., 68; P. LUPSHA, *Transnational Organized Crime versus the Nation-State*, in *Transnational Organized Crime*, 2, 1996, n. 1, pp. 21-48. L. PAOLI - C. FIJNAUT, (eds.), *Organised Crime in Europe. Concepts, Patterns, and Control Policies in the European Union and Beyond*, Dordrecht, 2004.

³² Ad es., l'individuazione dei casi di uso legittimo della forza; qui sia sufficiente rinviare a E. CREEGAN, *Justified Use of Force and the Crime of Aggression*, in *Journ. Int'l Crim. J.*, 10, 2012, 59 ss. (in partic. 69-72 sull'intervento umanitario; 72 s. sulla legittima difesa anticipata, oltre ad altri casi emersi nella prassi internazionale, quali l'inervento in prevenzione dell'escalation di conflitti, l'esercizio di poteri di polizia in funzione sostitutiva contro attori non statali: «substituted law enforcement», eccetera).

³³ Cfr. M. POLITI, *The Debate within the Preparatory Commission for the International Criminal Court*, in M. POLITI, G. NESI (Eds.), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Aldershot, 2004, 47. Sulla posizione degli USA in merito v. soprattutto J. TRAHAN, *op. cit.*, 73-75.

questi, tutti normativi: siano essi giuridici, o parzialmente giuridici, o totalmente extragiuridici e in particolare storico-politici); oppure perché

(ii) incompatibile con la Carta ONU per qualsiasi altra ragione («in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations»);

(c) infine, gli atti qualificati – da un punto di vista, per così dire, di mera obiettività tipologica – come di «aggressione» nell'art. 8-*bis* (2), primo periodo, devono essere ulteriormente valutati in armonia con («in accordance with») la Risoluzione 3314 (XXIX) dell'Assemblea Generale ONU³⁴. Sennonché, la Ris. 3314 era concepita non già nell'ottica di una responsabilità individuale, bensì della responsabilità internazionale degli Stati e come ausilio per indirizzare le deliberazioni del Consiglio di Sicurezza. Da qui l'elasticità delle relative previsioni³⁵, che soltanto in quell'ottica trova una sicura giustificazione. Ma proprio questa caratteristica si pone come il dato più immediatamente problematico allorché la Risoluzione sia richiamata a fini completamente differenti, in particolare quello di definire altrettanti elementi strutturali di un crimine individuale.

Si tratta di un rinvio obiettivamente infelice, appunto perché sembra richiamare *tutte* le rilevanti previsioni della Risoluzione, con esiti che la dottrina prevalente tuttavia rifiuta perché contrari al principio di legalità (su questo aspetto v. §§ 2.3.1.2 e 6 *sub* III).

D'altra parte, le singole ipotesi descritte non rilevano, per così dire, come tali, bensì sotto la presupposizione di un giudizio valutativo *ulteriore* che, per la Corte, si prospetta in termini di doverosità: esse sono cioè rilevanti solo previo ulteriore giudizio sull'avvenuto superamento di una «soglia di offensività»: il criterio della «manifesta» violazione della Carta ONU³⁶.

La discrezionalità della Corte rischia, su questa base, di dilatarsi a dismisura. Non a caso, gli Stati si sono preoccupati di indicarne le coordinate interpretative, imponendo negli *Understandings* annessi alla Risoluzione (Annex III, Nr. 7, ultimo periodo), una specifica interpretazione della «soglia»³⁷: non soltanto l'atto di aggressione deve costituire «by

³⁴ Per una riflessione sulla Ris. 3314 ed il suo rapporto con il crimine di aggressione, v. N. STRAPATSAS, *Rethinking General Assembly Resolution 3314 (1974) as a Basis for the Definition of Aggression under the Rome Statute of the ICC*, in O. Olusanya, *Rethinking International Criminal Law. The Substantive Part*, Groningen-Amsterdam, 2007, 155-190.

³⁵ Il riferimento è, come si dirà (nel testo, § 2.3.1.2), al potere del Consiglio di sicurezza (art. 4 Ris. 3314) di individuare ulteriori atti di aggressione rispetto a quelli espressamente indicati nella Ris. 3314 (e riprodotti, come si è visto, nell'art. 8 *bis* St-ICC), nonché a quello di escludere l'illiceità di un atto apparentemente conforme a quelli tipici (art. 2 Ris. 3314).

³⁶ Art. 8 *bis* (1) St-ICC: «...an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations».

³⁷ Sul procedimento che ha portato alla formulazione degli *Understandings* (con particolare attenzione alla posizione critica degli USA, intesa a garantire che la fattispecie non fosse applicabile agli interventi cd. umanitari) e la problematica valutazione dal punto di vista internazionalistico, cfr. ad es. J. TRAHAN, *op. cit.*, 73 ss.; nella manualistica G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, Tübingen, 2012³, nr. marg. 1454 in nota 118, ove ulteriori riferimenti, specificamente in tema, da ultimo, K.J. HELLER, *The Uncertain legal Status of the Aggression Understandings*, in *JICJ* 2012, 229 ss.. Cfr. comunque art. 31 (2) (a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

its character, gravity and scale» una manifesta violazione della Carta ONU, ma ciascuna di queste tre componenti – per l'appunto, carattere, gravità e scala – non può ritenersi condizione sufficiente a soddisfare carattere manifesto della violazione («No one component can be significant enough to satisfy the manifest standard by itself»)³⁸.

2.3.1.2. (Segue): *Il rapporto con la Risoluzione ONU n. 3314/1974*

Come si è accennato, il richiamo alla Ris. 3314 sembra apparentemente “consolidare” nella fattispecie di aggressione il contenuto della predetta Risoluzione, che entrerebbe nell'interpretazione del fatto tipico nella sua integralità, contribuendo a definirne (se così si può dire) contenuto e limiti. Ne deriverebbero due conseguenze.

Per un verso, il richiamo varrebbe ad incorporare la Risoluzione rendendo irrilevante il suo carattere di fonte internazionalisticamente (*völkerrechtlich*) non vincolante³⁹.

Per altro verso, se il richiamo generico dovesse essere inteso come richiamo *integrale*, esso ingloberebbe l'art. 2 e l'art. 4 della stessa, che conferiscono al Consiglio di Sicurezza di operare addirittura in due direzioni opposte.

Da un lato, in direzione costitutiva: l'elenco delle forme di aggressione (lett. a-g) dovrebbe considerarsi soltanto esemplificativo. In tal senso l'art. 4 Ris.: «the acts enumerated ... are not exhaustive and the Security Council may determine that other acts constitute aggression under the provision of the Charter».

Dall'altro lato, in termini specularmente negativi, il Consiglio potrebbe arrivare alla conclusione che un atto formalmente corrispondente a quelli tipizzati dall'art. 3 Ris. (corrispondenti a quelli riprodotti dall'art. 8 *bis* dello Statuto) in realtà non costituisce aggressione, talché una determinazione in tal senso da parte dello stesso Consiglio sarebbe ingiustificata (art. 2). L'art. 2 Ris. stabilisce, in tal senso, una regola di diritto sostanziale formulata con un linguaggio di tipo procedimentale: premesso che l'uso della forza costituisce (solo) un indizio («*prima facie* evidence») dell'esistenza di un atto di aggressione, il Consiglio può in ogni caso escluderne in concreto l'esistenza, tenuto conto delle circostanze del caso, compreso il difetto della sufficiente gravità delle conseguenze.

Tuttavia, la pressoché unanime dottrina ha escluso che gli artt. 2 e 4 Ris. possano essere richiamati dall'art. 8 *bis*:⁴⁰ per un verso, perché s'introdurrebbe un'applicazione analogica in contrasto con il principio del *nullum crimen*; per altro verso, perché il merito del compromesso raggiunto a Kampala sui poteri del Consiglio di Sicurezza e sui rapporti di questo con la Corte consisterebbe per l'appunto nell'aver escluso l'interferenza di valutazioni di tipo

³⁸ Alcuni commentatori si sono chiesti se siano sufficienti due soglie, arzigogolando sull'espressione «no one component»; ma, a parte la discutibile compatibilità grammaticale (v. *The New Oxford American Dictionary*, ad vocem «No one»: «not a single», dunque significato solo negativo: un singolo criterio non è sufficiente), il senso della disposizione è chiaramente quello di richiedere la verifica di *ciascun* criterio.

³⁹ Sul carattere non vincolante della Risoluzione cfr. G. DELLA MORTE, *op. cit.*, 720.

⁴⁰ K. AMBOS, *op. cit.*, 487; in senso diverso tuttavia G. WERLE, *op. cit.*, nr. marg. 1457 e nt. 124, che pur escludendo l'applicazione analogica da parte del Consiglio di Sicurezza ritiene criticamente che il tenore testuale dell'art. 8 *bis* non possa escludere l'applicazione analogica da parte della stessa Corte.

esclusivamente politico, di cui è portatore il CdS, garantendo la libertà di valutazione della Corte. In tal senso dev'essere intesa, si sottolinea, la gemellare previsione degli artt. 15 *bis* (9) e 15 *ter* (4), secondo la quale

«a determination of an act of aggression by an organ outside the Court shall be without prejudice to the Court's own findings under this Statute».

Tale opinione ha senz'altro il merito di prendere sul serio la portata del principio di legalità anche nel diritto penale internazionale, e di erigere uno sbarramento alla discrezionalità politica quando si tratti di identificare la materia del divieto penalmente sanzionato.

Tuttavia, essa non pare del tutto convincente.

Innanzi tutto, focalizzare l'attenzione sull'applicazione analogica che deriverebbe dall'includere l'art. 4 Ris. rischia di far passare in secondo piano il fatto che una clausola di apertura a casi non espressamente previsti è in realtà contenuta nello stesso art. 8 *bis* (2), nella parte in cui indica come materia del divieto l'uso della forza armata «in any other manner inconsistent with the Charter». Inoltre, una clausola di analogia espressa, limitatamente – questa volta – ad una ipotesi specifica, è contenuta nell'art. 8-*bis* (2) (g)⁴¹.

Non è dunque l'art. 4 della Ris. 3314 che dà ingresso ad un'applicazione ipoteticamente analogica, in quanto un rinvio “in bianco” è già operato dalla stessa fattispecie tipica; non si potrebbe negare, dunque, che lo stesso art. 8 *bis* autorizzi la Corte ad operare un procedimento analogico⁴².

Ci si può chiedere, allora, se l'incorporazione dell'art. 4 non determini invece un effetto – certamente dai *drafters* non voluto né previsto – diverso da quello apparente, ed anzi opposto: nel senso, cioè, di escludere, da un lato, il potere di applicazione analogica da parte della Corte, conferendolo in via esclusiva al Consiglio di Sicurezza, ma, dall'altro lato, recuperando l'autonomia della stessa Corte alla quale spetterebbe pur sempre il potere di paralizzare gli effetti delle determinazioni del CdS. Questa ricostruzione, del resto, non appare incoerente con la scelta finale, faticosamente conseguita a Kampala, circa i poteri del CdS rispetto a quelli della Corte *in subiecta materia*.

Se è vero che la storia dei negoziati è segnata dalle frontali divergenze su questo specifico aspetto, dai vari tentativi di mediazione, dalla rocambolesca composizione delle dispute alla luce dell'ultima luna in favore dell'autonomia del giudizio della Corte, tuttavia si può osservare come la funzione del richiamo dell'art. 8 *bis* St-ICC all'art. 4 Ris. 3314, nella nuova connessione sistematica fra le due disposizioni, al contrario di quanto possa apparire a prima vista, risulti ben diversa da quella originaria.

In effetti, nello stesso momento in cui l'art. 4 è richiamato dalla norma dell'art. 8 *bis*, la sua funzione – a ben vedere – non è più estensiva della portata applicativa della fattispecie, bensì *limitativa*. L'art. 4 identifica, in questa prospettiva, *l'unico organo cui compete identifi-*

⁴¹ «[A]cts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above» (corsivo aggiunto).

⁴² In tal senso anche G. WERLE, *loc. ult. cit.*

care atti diversi da quelli espressamente menzionati: non potrebbe farlo neppure la Corte, in quanto il suo giudizio deve avvenire «in accordance» con la detta Risoluzione. Anche se la disposizione dell'art. 8 *bis* (2) sembra autorizzare un'applicazione analogica, essa dovrebbe essere comunque vietata *alla Corte*.

Ma l'incorporazione dell'art. 4 avrebbe anche un altro effetto, di natura interpretativa (e con ciò torniamo al problema dell'analogia in quanto tale e della sua compatibilità con i principi). La tensione che in tal modo innegabilmente si determina con il principio di legalità potrebbe essere allentata mediante una lettura sistematica che saldi in una prospettiva unitaria i due periodi dell'art. 8 *bis* (2): nel senso, cioè, che ogni altro uso della forza armata incompatibile con la Carta ONU deve tradursi comunque in un atto equiparabile a quell'aggressione contro la sovranità, l'integrità territoriale o l'indipendenza politica che si realizza nelle forme tipiche espressamente elencate: la determinazione da parte del CdS avverrebbe dunque secondo la logica – tollerabile in questo ambito – dei cd. *Regelfälle*. In tal modo si riesce a fornire un ancoraggio testuale e sistematico alla tesi che ammette l'applicazione della fattispecie ai soli casi simili a quelli espressamente enumerati, senza che ciò si traduca di per sé in un'applicazione analogica vietata; su questo aspetto torneremo in sede di riflessioni conclusive [*infra*, § 6 III (b/2)]⁴³.

L'interpretazione qui fornita non conflige, a ben vedere, con l'autonomia della Corte tanto perseguita e faticosamente raggiunta a Kampala, né appare politicamente indesiderabile. Anzi, i poteri della Corte verrebbero ad essere salvaguardati, e nel migliore dei modi: felicemente privata del potere di applicazione analogica, essa si vedrebbe comunque garantito un potere di “interdizione”: a fronte di una determinazione positiva del CdS ai sensi dell'art. 4, essa può sempre pervenire in via autonoma ad una conclusione negativa, proprio avvalendosi della previsione degli artt. 15 *bis* (9) e 15 *ter* (4), sopra ricordata: in tal modo, la Corte potrebbe paralizzare non solo i casi più intollerabili di applicazioni analogiche in funzione politica, ma al limite *ogni caso* di applicazione analogica. Le preoccupazioni sul rispetto in astratto del principio di legalità/determinatezza verrebbero in tal modo stemperate, sia pure in una prospettiva più banalmente pragmatica.

Un esempio: lo «Stuxnet Worm» ... e seguenti

Quale esempio dei difficili confini tra testo e interpretazione in questa materia può valere quello dell'“attacco cibernetico”. Non espressamente menzionato nella fattispecie, si discute se esso possa cionondimeno acquisire rilevanza allorché, per il tipo di pregiudizio concretamente arrecato a programmi informatici necessari per il funzionamento di interi sistemi industriali, possa essere considerato altrettanto distruttivo di un attacco armato “tradizionale” e dunque assimilato a quest'ultimo.

L'interrogativo è sorto, in particolare, in occasione della vicenda del c.d. *Stuxnet Worm*⁴⁴.

⁴³ R.S. CLARK, *Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements, and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction*, in *Eur. J. Int'l L.*, 2009, 1105.

⁴⁴ Altri tre virus sembrano essere stati “sponsorizzati” a livello statale (il quarto, nell'agosto 2012: accertato, parrebbe, dalla nota ditta antivirus Kaspersky); riferimenti ai seguenti links: per l'ultimo caso, <http://bits.blogs.nytimes.com/2012/08/09/researchers-find-possible-state-sponsored-virus-in-mideast/?nl>

Si tratta di un c.d. *malware* estremamente complesso, presumibilmente programmato nel torno di un rilevante periodo di tempo da un team di specialisti appositamente dedicati, al fine di danneggiare uno specifico tipo di programmi informatici (PLC: «Programmable Logic Controller») concepito per operare a sua volta in sinergia con un sistema di controllo di processi automatizzati (SCADA: «Supervisory Control And Data Acquisition») operanti ad es. nell'industria delle telecomunicazioni, dell'energia, delle forniture di petrolio e gas, e – soprattutto – utilizzati anche in un centro dedicato al programma di armamento nucleare iraniano. «Attaccati» dal *worm*, i sistemi informatici del centro iraniano hanno in effetti subito danni tali da ritardare sensibilmente la realizzazione dei programmi nucleari⁴⁵. Posto che, per varie ragioni sulle quali non ci si può soffermare in dettaglio, si ritiene ragionevole ipotizzare il coinvolgimento della direzione militare statunitense e/o israeliana, il tema interpretativo principale consiste nel determinare se un attacco informatico possa concretare il concetto di «uso» di «armi di qualsiasi tipo» («any weapons») contro un territorio straniero, integrando in tal modo la sottofattispecie dell'art. 8 *bis* (2)(b).

In dottrina è stata data risposta positiva, ammettendo una lettura «lata» di quest'ultima previsione, originariamente pensata in relazione alla materiale azione armata commessa mediante l'uso di armi tradizionali come missili, bombe, dispiegamento di truppe. Si afferma che le armi rilevanti alla stregua dell'art. 8 (2)(b) sarebbero identificate per la loro relazione diretta con il territorio di un altro Stato; oltre al fatto che il danno arrecato alla centrale nucleare sarebbe di tale gravità (distruzione delle centrifughe del reattore) da essere assimilabile a quello di un bombardamento⁴⁶. Tale conclusione può risultare convincente, se si considera che in realtà la fattispecie appare ammettere esplicitamente una sensibile elasticità interpretativa proprio mediante il riferimento testuale ad «any weapons»⁴⁷. Tuttavia, al fine di determinare il concetto di «armi» sarebbe necessario fare riferimento allo stato del diritto internazionale in materia; sul punto è opportuno menzionare l'autorevole posizione di chi sottolinea come il concetto di armi debba essere inteso non in relazione alla natura dello strumento, ma alla sua capacità distruttiva⁴⁸. Trattandosi di indagine prettamente internazionalistica, sia qui sufficiente definire i termini della questione, senza pretendere di fornire un'argomentata risposta nel merito.

=*todayshadlines&emc=edit_ae_20120809*; per il virus «Flame», successivo a Stuxnet, cfr. ad es. http://www.foreignpolicy.com/articles/2012/05/29/flame_thrower?page=full. In generale, per un'analisi strategica sul «cyber-space», v. <http://www.scribd.com/doc/90993780/The-Strategic-Uses-of-Ambiguity-in-Cyberspace-Libicki> (ringrazio il dott. Fabrizio Cotichia per queste segnalazioni bibliografiche (e altre, di cui qui non viene dato conto), così come per l'indicazione di cui in nt. 47).

⁴⁵ Dettagli in C. CAMMACK, *op. cit.*, 322 s.

⁴⁶ In tal senso C. CAMMACK, *op. cit.*, 322 ss.

⁴⁷ Sulle armi cibernetiche e alcuni miti diffusi sulla loro natura e potenzialità offensiva v., in generale, le riflessioni critiche di v. T. RID - P. MCBURNEY, *Cyber-Weapons*, in *The RUSI Journal*, vol. 157(1), 2012, 6-13.

⁴⁸ Y. DINSTEN, *op. cit.*, § 559 (p. 212): «un attacco armato può essere condotto con mezzi convenzionali, non convenzionali, primitivi o sofisticati. Agli albori del terzo millennio ciò che si affaccia all'orizzonte è l'attacco elettronico; ciò di cui tener conto in via principale in tale attacco consiste negli effetti che ne conseguono. Se l'attacco ciberneticò finisse con il cagionare gravi danni materiali od addirittura perdite umane, ... si qualificherebbe come attacco armato» (trad. nostra).

2.3.2. *Il ruolo del Consiglio di Sicurezza nella struttura della fattispecie*

A questo punto v'è da chiedersi, come si diceva, quale sia il ruolo del provvedimento del CdS nella struttura della fattispecie⁴⁹.

A) Nessun particolare problema – in termini di esegesi strutturale – sembra porsi nel caso dell'identificazione di un atto non previsto all'interno della lista; è chiaro che la determinazione del CdS, in tal caso, definisce un elemento costitutivo del reato, e precisamente l'atto aggressivo dello Stato quale illecito internazionale costituente obiettivo teleologico della condotta individuale e presupposto della punibilità del reato. Allo stesso tempo, tale determinazione è soggetta al vincolo della similitudine con gli atti espressamente indicati. Poiché peraltro tale qualificazione è oggetto di autonomo giudizio da parte della Corte, non vi sono motivi per paventare intollerabili violazioni del principio di legalità.

B) In presenza di un atto formalmente («prima facie») corrispondente alla descrizione tipica, ma rispetto al quale la determinazione che si tratti di un atto di aggressione non sarebbe giustificata «in the light of other relevant circumstances, including the fact that that the acts concerned or their consequences are not of sufficient gravity» (art. 2 Ris.), è necessario distinguere a seconda delle ragioni poste a base della decisione, e coordinare detta previsione con il meccanismo previsto dall'art. 15 *bis* dello Statuto per l'esercizio in concreto della giurisdizione da parte della Corte, che prevede l'interpello del CdS da parte del Procuratore e regola il procedimento a seconda degli esiti di quello (art. 15 *bis*, par. 6-8).

Nel sistema dello Statuto è condizione di procedibilità, sia pure *sui generis*, la deliberazione *positiva*, cioè nel senso che un atto di aggressione è *stato* compiuto [art. 15 *bis* (6-7)]; condizione *sui generis* o, se così si può dire, «condizione modale di procedibilità» perché, come si dirà, essa *consente* al procuratore di procedere senza ulteriori limitazioni, ma la sua mancanza – perché il CdS non si è pronunciato – *non gli impedisce* in assoluto di procedere. Semplicemente, se tale determinazione non vi sia stata, è necessario il filtro della Pre-Trial Division. Invece, non gioca esplicitamente nessun ruolo la determinazione *negativa*, cioè che un atto di aggressione *non vi è stato*: per quest'ipotesi l'art. 15 (bis) è silente. Autorevole dottrina ne ha dedotto l'applicazione del procedimento previsto per il caso di assenza di determinazione⁵⁰: il procuratore può ugualmente procedere, previa autorizzazione della Pre-trial Division (sei giudici che siedono *en banc*). La valutazione della Corte sarebbe di fatto condizionata dalla presa di posizione del CdS, tuttavia i giudici non sono obbligati a decidere in senso conforme a quella determinazione.

In un caso siffatto, tuttavia, il conflitto tra CdS (che esclude l'esistenza di un atto di aggressione) e Corte (che ne afferma invece la realizzazione) verrebbe ad essere frontale; e

⁴⁹ Si noti che la questione ora posta diverge da quella del ruolo del Consiglio di sicurezza nel meccanismo di attivazione della giurisdizione: *infra*, § 5.

⁵⁰ K. AMBOS, *op. cit.*, p. 500-501 (l'A. riconosce che gli artt. 15 *bis* e *ter* fanno riferimento ad una determinazione positiva).

non è una situazione francamente auspicabile. Sembra preferibile allora distinguere, come si è poc' anzi accennato, a seconda dei motivi che sottendono la decisione del CdS.

(I.) Se la deliberazione negativa è adottata perché gli atti o le loro conseguenze non sono di sufficiente gravità, essa non sarebbe mai vincolante per la Corte, perché quella stessa valutazione le è espressamente devoluta dall'art. 8 *bis* (1). Affermare la vincolatività della decisione del CdS significherebbe di fatto sottrarre il crimine alla giurisdizione, togliendo con la mano sinistra quel che si è attribuito con la destra. In questo caso, dunque, senz'altro la decisione negativa può essere equiparata alla assenza di deliberazione.

(II.) Se la determinazione del Consiglio di Sicurezza *ex art.* 2 Ris. 3314 è adottata per ragioni non correlate alla gravità dei fatti, essa potrebbe essere motivata in ragione del ritenuto carattere non antigiusdicativo dell'azione statutale; ad esempio, perché l'atto statutale si radica nel diritto di autodifesa *ex art.* 51 Carta ONU⁵¹. In tal caso, la determinazione negativa dovrebbe esser ritenuta vincolante: essa rappresenta formalmente un *Verfahrenshindernis*, costruito come accertamento extragiudiziale di una situazione che però, dal punto di vista del suo fondamento sostanziale, si esprime come causa di giustificazione di diritto internazionale.

Tale soluzione non suscita peraltro quelle perplessità che potrebbe generare una generale vincolatività della determinazione negativa.

Come si è già accennato nel paragrafo precedente (*retro*, § 2.3.1.), il ruolo del Consiglio di Sicurezza nell'identificazione di un atto di aggressione può suscitare consistenti perplessità dal punto di vista del diritto penale. Si tratterebbe di un intervento politico, assolutamente discrezionale e fonte possibile di disparità di trattamento inspiegabili ed ingiustificabili in termini di eguaglianza giuridica, che dunque si rivelerebbe incompatibile con il principio di legalità riconosciuto dallo stesso Statuto di Roma: un "atto politico" come fonte di elementi costitutivi di un crimine che comporta responsabilità individuale sarebbe incompatibile con gli stessi principi generali della responsabilità penale proclamati dallo Statuto.

Tuttavia, nel caso in cui la ragione della determinazione negativa risieda nel bilanciamento di interessi tipico di una causa di giustificazione, una simile conclusione non riesce del tutto convincente. Il ruolo del Consiglio di Sicurezza, per quanto – o meglio, proprio in quanto – organo "politico", solleva in tal caso la Corte da un tipo di valutazione che, essa sì, finirebbe con lo snaturare i suoi compiti, devolvendole un bilanciamento di interessi estremamente complesso, in sede di determinazione della sussistenza di una scriminante nei rapporti internazionali (es., art. 51 carta ONU).

Ovviamente, si potrà discutere se non sarebbe stato meglio devolvere queste stesse valutazioni ad un organo diverso – di tipo giurisdizionale (la Corte Internazionale di

⁵¹ Specificamente sull'art. 51 della Carta ONU cfr. T. RUYTS, *'Armed Attack' and Article 51 of the Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge, 2010, passim e partic. 126-139 (sul rapporto con l'aggressione).

Giustizia)⁵² o meno (es., l'Assemblea Generale dell'ONU) – al fine di evitare condizionamenti politici pregiudizievoli per il principio di uguaglianza. Si tratta di un tema che fuoriesce dai limiti del presente lavoro; si può soltanto aggiungere che, com'è noto, fra diritto e diplomazia solo i giuristi si stupiscono della prevalenza delle ragioni della seconda.

2.4. Verificazione effettiva dell'aggressione e questione della punibilità del tentativo

L'atto di aggressione deve essersi in concreto verificato⁵³. Non si tratta dunque di un reato "a consumazione anticipata", ma di evento. Tuttavia, in linea di massima, non sembra ammissibile il tentativo, nonostante l'equivoco rinvio operato dall'art. 25 (3 bis), che dichiara applicabile anche la precedente disposizione dell'art. 25 (3) (f) in tema, per l'appunto, di tentativo. Ma punire il tentativo di una preparazione, o di una pianificazione, determinerebbe una retrocessione della tutela che, prima ancora che un problema di legittimità dal punto di vista dei principi del diritto penale (in primo luogo lo «harm principle», principio di offensività, *Rechtsgutsprinzip*)⁵⁴, finirebbe con il rendere praticamente impossibile identificare le condotte rilevanti, e porre un limite alla retrocessione, configurando al limite un caso di scuola⁵⁵.

La conclusione potrebbe essere diversa per le condotte di inizio ed esecuzione; ma anche per queste ultime il tentativo dev'essere escluso. È proprio rispetto all'evento, la cui verifica è esplicitamente richiesta dall'art. 8 bis, che si deve stabilire la soglia di gravità idonea a dislocare il fatto, oltre che sul piano dell'illecito internazionale statuato, nell'ambito della responsabilità internazionale penale (cioè individuale). Sarebbe francamente impossibile stabilire se un fatto tentato avrebbe potuto – in una valutazione prognostica priva di qualunque serio parametro di valutazione – determinare il pericolo di un evento di tale intensità, gravità, scala, da costituire manifesta violazione della Carta ONU, o addirittura costituire pericolo di un guerra di vasta dimensione. A meno che, ovviamente, il fatto in sé non abbia già quelle caratteristiche; ma allora si tratterebbe di un'aggressione consumata, e non di un mero tentativo.

Non si può neppure dar spazio all'anticipazione della tutela incriminando l'atto di aggressione che consista non già nell'uso ma nella minaccia dell'uso della forza che equivalga ad una vera e propria aggressione perché la rende superflua⁵⁶, come nel caso di sovranchianze preponderanza militare dello Stato minacciate: tale condotta è infatti internazional-

⁵² Sui casi nei quali la ICJ ha avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità dell'uso della forza v. in Italia E. KILDANI, *Il crimine internazionale di aggressione. L'aggressione come illecito internazionale e come fonte di responsabilità penale personale: un rapporto problematico*, in *L'Indice penale*, 2010, 273 (286-290).

⁵³ Cfr. esplicitamente gli *Elements of Crimes*, Article 8 bis, Elements, nr. 3: «the act of aggression ... was committed».

⁵⁴ Cfr. i rilievi critici di principio di K. AMBOS, *op. cit.*, 495 s., che ammette la configurabilità logica del tentativo denunciando peraltro l'effetto di «overcriminalization».

⁵⁵ Molto chiaro il requisito della verifica dell'atto, rispetto alla punizione delle condotte di planning, preparing (e ordering), nella proposta tedesca del 30.7.1999, di cui riferisce H.-P. KAUL, *The Crime of Aggression: Definitional Options for the Way Forward*, in M. Politi, G. Nesi (Eds.), *op. cit.*, 107.

⁵⁶ Di per sé la minaccia non è compresa nell'art. 8 bis: v. Y. DINSTEIN, *op. cit.*, nr. 360-362 e partic. nr. 368 sub (ii).

mente illecita ai sensi dell'art. 2 (4) della Carta ONU, ma non è contemplata dall'art. 8 *bis*. Se lo fosse stato⁵⁷, sarebbe stato possibile punire – ma a titolo di reato consumato – fatti soltanto pericolosi per il mantenimento della pace.

2.5. Il livello individuale: le condotte della persona fisica. L'elemento soggettivo

2.5.1. Condotte

I. Le condotte di cui risponde la persona fisica sono quattro: pianificazione, preparazione, inizio e conduzione di un atto di aggressione. Prima di dedicarvi singolarmente brevi cenni, si impone in via preliminare una considerazione di carattere generale. La tipizzazione di tali condotte può apparire singolare ad un penalista “di diritto interno”. In effetti, di regola, in presenza di un evento sul quale s'impenna il disvalore oggettivo della fattispecie, l'autore risponde per la condotta che lo ha cagionato⁵⁸, che assorbe – per così dire – gli stadi antecedenti dell'*iter criminis*, la cui fisionomia concreta (ad es., una lunga, ponderata preparazione) può eventualmente rilevare ad altri fini: ad es., per la commisurazione della pena. Nel crimine individuale di aggressione, invece, (anche) le condotte preparatorie sono tipizzate proprio in ragione della loro relazione con l'evento finale: assumono rilevanza proprio per la loro connessione obiettiva e la direzione finalistica all'atto di aggressione, e solo in quanto questo si sia effettivamente verificato.

D'altra parte, anche il diritto interno conosce situazioni nelle quali il giudizio su condotte prodromiche rispetto all'offesa si consolida e si concretizza solo al prodursi di un'evenienza successiva nel tempo, che ne rivela integralmente la carica offensiva, la quale altrimenti resterebbe, per dir così, soltanto in potenza: si tratta della disciplina penale del fallimento. L'incriminazione per bancarotta, come si sa, presuppone che, una volta intervenuto l'irreparabile – nel diritto italiano, la dichiarazione di fallimento – possano acquistare nuova luce condotte realizzate durante la gestione dell'impresa e considerate pericolose *ex ante*, anche se punite *ex post*: spese eccessive, irregolare gestione contabile, ecc.

Il paragone può sembrare iperbolico, ma proprio per questo non ci sembra privo di una qualche carica evocativa: insomma, l'aggressione è come la bancarotta dei rapporti internazionali.

Sulla base di queste considerazioni, si può confermare che la realizzazione dell'evento, lungi dal “consumare” la rilevanza delle condotte preparatorie, confluite in quella esecutiva, ne esalta il carattere criminale e ne fonda per ciò stesso la punibilità: possono acquistare rilevanza, in questa prospettiva, anche condotte relativamente molto lontane nel tempo (come nel caso del *Mein Kampf* di Hitler, di una quindicina di anni preceden-

⁵⁷ In effetti, lo SWGA propendeva fino ad un certo momento (2006) per ammetterne la configurabilità (riferimenti in K. AMBOS, *op. cit.*, 495 in nt. 147; inoltre R. CLARK, *Negotiating*, cit., 1109); ma l'intera questione fu successivamente abbandonata.

⁵⁸ Sia essa a forma libera, sia essa a forma vincolata: ai fini delle considerazioni che qui si svolgono questo non è rilevante.

te l'effettivo inizio della/e guerra/e di aggressione)⁵⁹.

In questa prospettiva, i rapporti fra diritto e storia possono divenire complessi nelle loro reciproche implicazioni. In effetti, i criteri dell'imputazione non possono fare a meno della ricostruzione storica degli eventi, anche se i fatti "narrati" a fini dell'imputazione giuridica non si identificano con i fatti che supportano la "narrazione" storica: così, alla «preparazione della guerra»⁶⁰ la storiografia può ascrivere condotte che non possono essere considerate preparatorie in senso tecnico-penale (v. *infra*, II), così come – in termini specularmente simmetrici – può escludere condotte che sono invece rilevanti per l'incriminazione a titolo di «planning» (è appunto il caso del *Mein Kampf*).

II. Pianificazione e preparazione dell'aggressione costituiscono un crimine solo se seguite dalla commissione dell'atto di aggressione (*supra*, § 2.4).

La pianificazione corrisponde sostanzialmente alla fase ideativa e di risoluzione criminosa, con la quale il processo di motivazione interno matura in una decisione che supera altri, contrari impulsi⁶¹. Non è però semplice distinguere la condotta come tale dalle prove della sua esistenza.

La preparazione può essere definita come l'approntamento ed organizzazione dei mezzi materiali, dei mezzi logistici ecc., per la concreta esecuzione del crimine. Anche in questo caso può essere difficile identificare la condotta, sia in sé, sia differenziandola dai fatti che ne costituiscono la prova. Così, è noto che Hjalmar SCHACHT, Presidente della Reichsbank dal 17.9.1933 e dal 30.7.1934 ministro dell'economia nazionale (e prussiana), fu assolto dall'imputazione di partecipazione alla guerra di aggressione per il ruolo svolto nel riarmo della Germania (si tenga presente, del resto, che Schacht fu allontanato dal Ministero dell'economia alla fine del 1937)⁶². Su questo punto, comunque, va ricordato il giudizio di Hildebrand⁶³:

«Solo più tardi, troppo tardi, egli riconobbe che le sue idee in materia di riarmo, e le sue concezioni economiche e politiche divergevano radicalmente da quelle di Hitler, il quale non pensava affatto di bloccare il riarmo quando l'economia si fosse sollevata e la società pacificata. Il suo [di Hitler] problema era piuttosto quello di continuare ad

⁵⁹ Così, lo IMT di Norimberga considerò come preparatorie le idee espresse nel *Mein Kampf* di Hitler (1925-26; ed anzi la Corte risale al discorso di Monaco del 24 febbraio 1920). Cfr. IMT, Judgment, 30 settembre 1946, in *The Trial of German Major War Criminals*, vol. 22, London, 1950, 415, 422 s. (le tesi espresse nel *M.K.* come «preparation for aggression»).

⁶⁰ È il titolo del cap. II del lavoro di Klaus HILDEBRAND, *op. cit.*.

⁶¹ Si può utilizzare la nozione elaborata dai Tribunali ad hoc, con l'avvertenza che non si tratta in tal caso di una fattispecie accessoria: «The accused designed criminal conduct with the intent that a crime be committed»: così la riformulazione di G. BOAS - J.L. BISCHOFF - N.L. REID, *International Criminal Law Practitioner Library*, vol. I: *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge, 2007 (3d reprint, 2011), 354.

⁶² Sul punto si deve registrare la *dissenting opinion* del giudice russo, Gen. Nikitchenko: *The Trial of German Major War Criminals*, cit., 531-536.

⁶³ *Op. cit.*, Cap. I pag. 15 della traduzione italiana.

armarsi per poter fare la guerra, coprirne i relativi oneri ricorrendo all'atavica risorsa del bottino di guerra e infine, in prospettiva, distruggere l'ordine sociale esistente sul piano nazionale e internazionale. Né Schacht si era accorto di fare il gioco di Hitler».

In termini giuridici, questa “narrazione” – diciamo narrazione, perché la ricostruzione dei fatti non è effettuata nell'ottica della descrizione di un “contributo” in senso tecnico-penalistico – potrebbe significare soltanto che, impregiudicato l'effetto materiale del riarmo (il carattere obiettivo di condizione necessaria dell'aggressione) e dunque la sua indiscutibile natura di condotta preparatoria, la condotta di Schacht non era supportata dal necessario coefficiente soggettivo.

III. Quanto all'«inizio» ed alla «conduzione», si tratta di condotte idonee a dare ingresso alla responsabilità di quanti non abbiano partecipato alle precedenti fasi di elaborazione e preparazione.

Si potrebbe obiettare – e lo si è obiettato, ad es., per la posizione dell'Ammiraglio Dönitz⁶⁴ – che colui il quale interviene dopo lo scatenamento dell'aggressione non avrebbe nessuna possibilità di fermarla. Ma colui che partecipa con ruolo di vertice potrebbe pur sempre rifiutare il suo apporto. Le ragioni della carriera, il senso del dovere nei confronti del “popolo” o della “patria”⁶⁵, l'ostinata percezione della responsabilità per la propria “posizione”, non meritano considerazione, anzi tanto più fondano fondano il disvalore nella loro cocciuta sordità. Del resto, anche davanti ai piani di guerra di Hitler vi fu chi, pur in alte funzioni di comando, si dimise⁶⁶.

L'obiezione appena riferita, d'altronde, non avrebbe più ragion d'essere rispetto all'art. 8 *bis* St-ICC, che incrimina ora espressamente la conduzione di atti di aggressione indipendentemente dalla partecipazione allo scatenamento («initiating») di essa.

Una riflessione riepilogativa sull'argomento. Nell'esperienza della giustizia penale internazionale è risultato storicamente discutibile quali condotte fossero idonee a profilarsi come

⁶⁴ H.-H. JESCHECK, *op. cit.*, 354-355.

⁶⁵ Sul senso prussiano di responsabilità e di obbedienza e sul ruolo da esso svolto nel contesto dell'acquiescenza alla politica hitleriana sono tragicamente espressive e rivelatrici le dichiarazioni, ad es., del generale Jodl, o di von Papen, l'uno condannato a morte, l'altro assolto dal Tribunale di Norimberga («die Pflicht gegen Volk und Vaterland steht über jeder anderen»: Jodl; «weil ich es für meine Pflicht hielt»: von Papen): cfr. *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof*, Nürnberg, 1948, vol. 22, 454-455; nonché il quadro culturale descritto da S. HAFFNER, *Geschichte eines Deutschen. Die Erinnerungen 1914-1933*, Stuttgart-München, 2000 [2003¹⁴], es. 98 s. (sul «puritanesimo prussiano» – rigidità, dignità, sobrietà, irrepreensibilità, adempimento del dovere fino alla autonegazione, al disprezzo del mondo, alla cupezza – «secolarizzato»: serve non a sacrificare a Jehovah, ma al Re di Prussia...).

⁶⁶ Si tratta del Capo di Stato maggiore della Wehrmacht Ludwig Beck, che si dimise il 18 agosto 1938 (e fu poi cervello della fallita congiura contro Hitler del 20.7.1944): v. K. HILDEBRAND, *op. cit.*, p. 70 della traduzione italiana: «soprattutto per protestare moralmente contro l'indirizzo di guerra di Hitler».

lato sensu preparatorie o esecutive di un'aggressione. Sul punto, ad esempio, le conclusioni del Tribunale di Norimberga circa l'irrelevanza specificamente penale delle condotte di invasione dell'Austria e della Cecoslovacchia possono suscitare forti perplessità, ed in effetti in altre pronunce di tribunali di occupazione esse sono state interpretate come crimini contro la pace (così lo *US-Military Tribunal* di Norimberga, 11.4.1949, nel caso *von Weizsäcker et al.* – cd. *Wilhelmstraßen-Prozeß*)⁶⁷. Il problema dell'identificazione delle condotte, oggi, dovrebbe tuttavia risultare stemperato in ragione del “doppio livello” di valutazione della condotta, eventualmente con l'intervento del Consiglio di Sicurezza. Residui dubbi si avranno laddove una decisione in un senso o nell'altro non sia intervenuta, e il procuratore decida comunque di procedere, rimettendo così la valutazione in tutta la sua complessità alla Corte. V'è da sperare che nessun procuratore possa prendere una simile decisione a cuor leggero – anche se una certa insostenibile leggerezza dei cuori è lungi dal costituire evenienza di scuola, vista l'esperienza pregressa dell'ufficio della *Prosecution*⁶⁸.

2.5.2. Elemento soggettivo. Errore

I. La questione di maggior rilievo, per la sua problematicità, è se sia necessario uno specifico *animus aggressionis* oltre alla normale coscienza e volontà dell'intento aggressivo dell'azione aggressiva, secondo quanto ritenuto ad esempio da Gerhard Werle⁶⁹. Si è osservato, cioè, che lo specifico intento di chi attacca un altro stato è (deve essere) quello di soggiogarlo ed usarne le risorse a beneficio dello stato che aggredisce, sarebbe dunque necessario, già dal punto di vista della fattispecie oggettiva, un «additional aggressive element» per distinguere una guerra di aggressione da altri atti di uso della forza contrari al diritto internazionale (non è tuttavia necessario che l'autore personalmente elabori, possieda e contribuisca a formare gli scopi aggressivi, ma è sufficiente che ne sia a conoscenza). Qui la storia della Germania nel periodo 1937-1939 è probabilmente un implicito *Vorverständnis*, un condizionamento inespresso della tesi⁷⁰.

Tuttavia, dopo la definizione di Kampala questa tesi non può essere sostenuta negli stessi termini assoluti con cui è stata enunciata.

Essa può tuttora convincere con riferimento alla guerra di aggressione come crimine

⁶⁷ Riferimenti in G. WERLE, *op. cit.*, 1449 nt. 102.

⁶⁸ Per critiche alla gestione del Procuratore Ocampo cfr., nella discussione pubblica, A. CASSESE, *Flawed International Justice for Sudan* (15.7.2008), in www.project-syndicate.org (Cassese vi ha insistito anche in ID., *Il sogno dei diritti umani*, a cura di P. Gaeta, Milano, 2008, 162-166); R. MURPHY, *A milestone for international court as notorious warlord is brought to justice* (28.3.2012), in www.irishtimes.com; utile per ulteriori riferimenti J. FLINT - A. DE WAAL, *Case Closed: A Prosecutor Without Borders* (s.d.), in www.worldaffairsjournal.org, K.J. HELLER, *ICC Pre-Trial Chamber Criticizes Prosecutor* (15.2.2011), in <http://opiniojuris.org> (per tutti i siti ora cit., ult. accesso 24.8.2012).

⁶⁹ G. WERLE, *Principles of International Criminal Law*, The Hague, 2009², nr. marg. 1331 1342 (è l'edizione più recente prima della conferenza di Kampala, condotta sulla seconda edizione tedesca del *Völkerstrafrecht*, Tübingen, 2007).

⁷⁰ V. peraltro anche K. AMBOS, *op. cit.*, 485, secondo il quale la richiesta di uno specifico atteggiamento soggettivo avrebbe consentito di escludere con sicurezza gli interventi umanitari dall'ambito di applicazione della fattispecie.

di diritto consuetudinario. Con riferimento agli atti di aggressione che non si risolvono in una guerra, invece, v'è da dubitare della necessità di tale elemento ulteriore, sembrando sufficiente la consapevolezza dell'illegalità alla stregua dei parametri di qualificazione della Carta ONU o delle decisioni del CdS (che, ovviamente, dovranno essere conosciute). Tale sufficienza può essere assunta per due ragioni:

(i) lo specifico «aim» non è richiesto espressamente dalla definizione delle condotte di cui all'art. 8 bis, e dunque non sembra lecito inserirlo come se si trattasse di elemento soggettivo del fatto tipico;

(ii) soprattutto, la previsione espressa della rilevanza penale di quelle sole aggressioni connotate dalle peculiari dimensioni dell'attacco (per carattere, gravità e scala) e, conseguentemente, dal suo carattere di manifesta violazione della Carta ONU, equivale a richiedere un elemento soggettivo particolarmente pregnante, che rende superfluo l'ulteriore requisito in funzione selettiva. Si può dubitare, del resto, che la previsione di uno specifico intento aggressivo varrebbe effettivamente (come tale, od anche solo in ultima istanza) a selezionare i casi dubbi di intervento umanitario o, ad es., di *peace enforcement*.

II. Anche in tema di esclusione dell'elemento soggettivo del reato, ferma l'applicabilità delle regole generali (art. 30), ci si limiterà a ricordare che, in base a quanto stabilito dagli EC, il dolo non deve comprendere né l'incompatibilità fra l'atto di aggressione e la Carta ONU, né il carattere manifesto della violazione [*Elements of Crimes*, art. 8 bis, «Introduction» – rispettivam. (2) e (4)].

Tale previsione deve tuttavia essere esplicitata, perché essa non comporta l'irrelevanza di qualunque tipo di errore, ma semplicemente dell'errore sul precetto. Invece, se l'agente versa in errore sulle circostanze di fatto che comportano l'illiceità dell'aggressione ai sensi della Carta, o sulle circostanze di fatto che rendono manifesta quella incompatibilità, allora il dolo sarà escluso [art. 8 bis, «Elements» - rispettivam. (4) e (6)].

3. Il “dilemma del coccodrillo”: *questioni di giurisdizione razione loci ac personæ*

Come accennato, in questa sede non saranno presi in considerazione gli aspetti internazionalistici della scelta relativa alle modalità d'intervento del Consiglio di Sicurezza, e della complessiva vicenda che a tale scelta ha condotto⁷¹: la letteratura in tema è già cospicua, ed anche in lingua italiana si può fare riferimento ad una dettagliata esposizione “testimoniale” sui giorni che hanno portato alla Risoluzione di Kampala⁷².

Si tratta piuttosto di evidenziare, in questa sede, due aspetti fondamentali. Da un lato, il fatto che il complesso delle disposizioni in tema di esercizio della giurisdizione ha generato un groviglio interpretativo pressoché inestricabile, oggetto di discussioni persistenti, anche

⁷¹ Ad es., B. VAN SCHAACK, *op. cit.*, 512 ss.

⁷² G. DELLA MORTE, *op. cit.*, 697 ss.

se si ammetta che sia stato dipanato, per espressa volontà degli Stati Parte (discutibile negli esiti), il nodo relativo alle stesse modalità di entrata in vigore degli emendamenti, che pur aveva costituito oggetto, per lungo tempo, di una estenuante diatriba (I). Dall'altro lato, si tratta di chiarire in quali termini le nuove previsioni introdotte nello Statuto siano derogatorie rispetto alle ordinarie regole di applicazione *ratione loci* e *ratione personæ* (II).

I. Come si è detto, la Risoluzione di Kampala – all'esito di una lunga disputa sull'applicabilità dell'art. 121(4)⁷³ o dell'art. 121(5) dello Statuto –⁷⁴ dichiara espressamente applicabile l'art. 121 (5). Con ciò tuttavia non tutti i problemi sono risolti, innanzi tutto perché non è affatto chiaro il coordinamento di questa disposizione con quelle previste, a proposito dell'esercizio della giurisdizione, dagli art. 15 *bis* (2)-(4) e 15 *ter* (2) e (3) (in allegato), che prevedono ulteriori condizioni per l'esercizio della giurisdizione (es., approvazione da parte di trenta Stati; previsione, per il caso dello *State referral* o dell'indagine d'ufficio, della c.d. *opt-out clause*),⁷⁵ apparentemente derogatorie o comunque modificative dello stesso art. 121(5) che pure è espressamente richiamato come tale⁷⁶.

Tralasciando di esporre, in questa sede, le varie opinioni dottrinali che sono state avanzate per sciogliere i nodi interpretativi posti dal coordinamento sistematico delle previsioni (e soprattutto dai conseguenti assetti pratici), sembra opportuno un prelimi-

⁷³ «Except as provided in paragraph 5, an amendment shall enter into force for all States Parties one year after instruments of ratification or acceptance have been deposited with the Secretary general of the United Nations by seven-eighths of them».

⁷⁴ «Any amendment to articles 5, 6, 7 and 8 of this Statute shall enter into force for those States Parties which have accepted the amendment one year after the deposit of their instruments of ratification or acceptance. In respect of a State Party which has not accepted the amendment, the Court shall not exercise its jurisdiction regarding a crime covered by the amendment when committed by that State Party's nationals or on its territory». In tema, da ultimo, A. ZIMMERMANN, *Amending the Amendment Provisions of the Rome Statute*, in *JICJ*, 2012, vol. 10, 209 ss. L'Autore nota che l'applicazione dell'art. 121(5), oltre che dall'espressa dichiarazione finale contenuta nella Risoluzione, deriverebbe dal fatto che in effetti è stato abrogato l'art. 5(2) dello Statuto (*ibidem*, § 3C e relative note 36-41). Ma non è tesi condivisibile in una logica di diritto penale: un emendamento che abbia ad oggetto una specifica fattispecie incriminatrice è tale in quanto il crimine sia definito (in quanto la relativa fattispecie esista). Se non lo è – come non lo era l'aggressione – si potrà parlare di introduzione d'una nuova fattispecie, ma non certo di una mera modifica. Del resto, l'A. riconosce che il coordinamento con l'art. 15*bis* St-ICC finisce con l'imporre la conclusione che non sia stato rispettato né il regime del 121(4) né quello del 121(5), ma sia stata seguita una procedura *sui generis*, con violazione delle regole dello stesso Statuto. Mi pare che la tesi sostenuta qui, nel testo, consenta di evitare questo tipo di *impasse*.

⁷⁵ Cioè la dichiarazione che lo Stato Parte dello Statuto non intende accettare la giurisdizione della Corte sul crimine di aggressione: art. 15 *bis* (4).

⁷⁶ Approfonditamente sulle questioni di giurisdizione, di recente, M. POLITI, *The ICC and the Crime of Aggression. A Dream that Came Through and the Reality Ahead*, in *J. Int'l Crim. Justice*, 10, 2012, 267 ss.. La bibliografia sul tema è comunque vasta: cfr. oltre agli autori citati in nt. 6, v. A. REISINGER CORACINI, *The International Criminal Court's Exercise of jurisdiction over the Crime of Aggression – at Least ... in Reach ... Over Some*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2 (2010), 745-789; R.L. MANSON, *Identifying the Rough Edges of the Kampala Compromise*, in *Crim. L. F.*, 2010, 417 ss.; K. SMALENBACH, *Das Verbrechen der Aggression vor dem Internationalen Strafgerichtshof: Ein politischer Erfolg mit rechtlichen Untiefen*, in *JZ*, 2010, 745 (748 ss.).

nare chiarimento concettuale. È necessario distinguere, da un lato, le regole sull'*entrata in vigore* degli emendamenti; dall'altro, quelle sull'*esercizio in concreto della giurisdizione*. Le prime attengono al tema delle fonti; le seconde alle modalità di esercizio della giurisdizione⁷⁷.

Già nello Statuto e negli emendamenti questi aspetti vengono sovente giustapposti e confusi. Esempio di questa confusione è del resto lo stesso art. 121(5): la prima parte concerne le condizioni per l'entrata in vigore degli emendamenti agli artt. 5-8; la seconda parte fa riferimento invece all'esercizio in concreto della giurisdizione. Proprio perché si tratta di (modifiche ad un) trattato multilaterale, del resto, è necessario disciplinare i casi nei quali le parti coinvolte sono legate da due regimi diversi: la Corte non potrà esercitare la giurisdizione nei confronti dello Stato rispetto al quale l'emendamento non è in vigore, e dunque la sua posizione sarà regolata esattamente nei termini di quella di uno stato non-Parte – non a caso, il testo della seconda parte del 121(5) corrisponde esattamente all'art. 15 bis (5) che esclude la giurisdizione della Corte nei confronti degli stati non-Parte⁷⁸.

Ciò precisato, si può provare a decifrare il complesso della disciplina in discorso, con l'avvertenza che nessuna soluzione è immune da obiezioni⁷⁹.

Gli emendamenti entrano in vigore per i soli Stati che li hanno accettati (testo letterale dell'art. 121(5), primo periodo); l'entrata in vigore è comunque differita di un anno decorrente dalla data del deposito dello strumento di ratifica o accettazione.

Quanto all'esercizio della giurisdizione, esso non è automaticamente attivabile nel momento in cui gli emendamenti entrano in vigore. Infatti, gli articoli 15 *bis* e 15 *ter* – entrambi ai commi 2 e 3 – prescrivono, per poter esercitare in concreto la giurisdizione, ulteriori condizioni – che però, lo si ribadisce, non attengono all'entrata in vigore degli emendamenti, ma solo alla possibilità per la Corte di “agire”. Innanzi tutto, è necessario che gli emendamenti siano in vigore per trenta Stati⁸⁰. Inoltre, è necessaria una decisione presa dopo il 1° gennaio 2017 dai due terzi degli stati-Parte (da calcolare comprendendo quelli che non abbiano accettato gli emendamenti)⁸¹.

Ciò non equivale ad osservare, peraltro, che la vera regola sull'entrata in vigore sarebbe quella espressa negli artt. 15 *bis* (2-3) e 15 *ter* (2-3), operanti in funzione modificativa dell'art. 121 (5): il rapporto fra quest'ultimo ed i primi può essere decifrato in un'altra prospettiva.

⁷⁷ In tal senso, molto chiaramente, R.L. MANSON, *op. cit.*, 424.

⁷⁸ Cfr. *infra*, § 5

⁷⁹ Secondo M. POLITI, *op. cit.*, 282 s., si tratta, per un verso, di nodi interpretativi che spetterà alla Corte dipanare, nessuna delle soluzioni finora prospettate risultando in definitiva esente da incongruità; per altro, verso, si auspica un accordo fra gli Stati-Parte che intervenendo *medio tempore* superi almeno parzialmente gli interrogativi più spinosi.

⁸⁰ Non si tratta, pertanto, di una *lex specialis posterior* rispetto al 121(5) quanto al numero di ratifiche necessario per l'entrata in vigore: in tal senso, invece, K. AMBOS, *op. cit.*, 507; R. HEINSCH, *op. cit.*, 737. Del resto, questa tesi porterebbe a ritenere almeno parzialmente incongruente il richiamo all'art. 121(5) contenuto nella parte operativa della Risoluzione. Se poi si aggiunge che Ambos ritiene che l'entrata in vigore sia per tutti gli stati, una volta che siano raggiunte le trenta ratifiche, allora quel richiamo sarebbe del tutto fuorviante.

⁸¹ Il che è davvero poco comprensibile.

Dal punto di vista del diritto penale sostanziale, in effetti, il richiamo all'art. 121 (5) potrebbe apparire tutt'altro che superfluo, ed anzi fondamentale in una prospettiva specificamente penalistica, concernente *il rispetto del divieto di retroattività delle norme incriminatrici*. Infatti, pur essendo necessaria dopo il 2017 una specifica decisione degli Stati Parte, una volta ch'essa sia presa *risulterebbero perseguibili anche i crimini commessi precedentemente* – cioè, nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore e la ratifica, fino alla data della decisione predetta – *senza che ciò possa suscitare obiezioni dal punto di vista del divieto di retroattività ex art. 24 St-ICC*.

Infine, anche nel caso in cui le predette condizioni siano soddisfatte, uno Stato-parte che pure abbia accettato gli emendamenti⁸² può ancora sottrarsi all'esercizio della giurisdizione nei suoi confronti dichiarando previamente che non ne accetta la giurisdizione in materia di aggressione – la fantasia diplomatica degli stati è inesauribile, dunque una tale situazione può apparire bizzarra ma non certo implausibile⁸³. Fra l'altro, la parte operativa della Risoluzione prevede che tale dichiarazione di *opt-out* possa essere resa prima della ratifica o accettazione: disposizione oltremodo problematica⁸⁴, ma che – se letta “cinematograficamente” nel senso di un *flash back*, cioè di uno Stato che sia in procinto di depositare e poi depositerà la ratifica – consente ad uno Stato di concorrere a formare il numero di ratifiche necessario per l'esercizio della giurisdizione, sottraendo al contempo se stesso a tale esercizio.

II. A questo punto si tratta di valutare l'impatto che sulle regole generali dispiega il complesso di disciplina così ricostruito.

In primo luogo, poiché la facoltà di rifiutare la giurisdizione della Corte è riconosciuta in generale, si tratta non solo e non tanto di un'eccezione all'applicabilità dello Statuto *ratione personæ*, quanto di un'eccezione alla disposizione generale sull'ambito della giurisdizione (art. 5 St-ICC) – o, meglio, di un limite interno, o limite esegetico della stessa disposizione. La dichiarazione dello Stato costituisce dunque una condizione di giurisdizione; coerentemente con la natura procedimentale di tale condizione, essa viene meno quando la dichiarazione sia revocata, come la stessa norma prevede (ultima parte).

Resta da considerare il problema, discusso dai commentatori, della compatibilità fra l'art. 121 (5), secondo periodo, e la previsione della *opt-out clause*, art. 15 *bis* (4). Quest'ultima disposizione sembra dichiarare applicabile l'art. 12, presupponendo dunque in apparenza un automatico esercizio della giurisdizione da parte della Corte nei confronti di un qualunque Stato-Parte aggressore (anche quello che non abbia ratificato), alla sola

⁸² Si discute se anche lo Stato che non ha accettato gli emendamenti possa rendere questa dichiarazione (in senso affermativo ad es. R.S. CLARK, *Amendments*, cit., 704). Da ultimo sul punto M. POLITI, *op. cit.*, 278-283 e partic. 281 (dove si evoca lo scenario in cui, per massima prudenza, uno Stato che non abbia ratificato né accettato gli emendamenti effettui comunque la dichiarazione di *opt-out*). Per l'auspicio di un chiarimento fra gli Stati, nel tempo intercorrente fino al 2017, ed alcune proposte, v. p. 282 s.

⁸³ R.S. CLARK, *Amendments*, cit., 704 s.

⁸⁴ R.L. MANSON, *op. cit.*, 427.

condizione che – entrati in vigore gli emendamenti a sensi del primo periodo dell'art. 121 (5) – quegli non abbia depositata la dichiarazione di *opt-out*. Se così interpretato, l'art. 15 *bis* sarebbe in contrasto frontale con l'art. 121(5) seconda parte. In dottrina l'unica vi d'uscita è apparsa quella di distinguere a seconda della 'posizione' dello Stato aggredito. Se questo ha ratificato gli emendamenti, allora la giurisdizione della Corte si attiva; conclusione opposta nel caso di Stato-Parte non ratificante o Stato non-Parte⁸⁵.

Una diversa lettura, secondo la quale soltanto gli Stati che abbiano ratificato gli emendamenti possano poi svincolarsi mediante la dichiarazione di *opt-out*, oltre ad avere una sua intrinseca plausibilità logica (può uscire solo chi è entrato...), non è affatto incompatibile con il richiamo all'art. 12. Tale richiamo dev'essere inteso infatti non come richiamo integrale, ma semplicemente nei limiti della compatibilità fra le due disposizioni: la locuzione «in accordance with» significherebbe allora semplicemente «in quanto compatibile». Del resto, quello stesso richiamo non è affatto privo di contenuto: esso vale a richiamare soprattutto, in questo contesto, la disposizione dell'art. 12 (3), secondo la quale anche uno Stato non-parte dello Statuto può accettarne caso per caso la giurisdizione⁸⁶.

Deroga vistosa e distorsiva appare quella, duplice, secondo la quale [art. 15 bis (5)]⁸⁷:

(a) la Corte non ha giurisdizione rispetto a (soggetti di vertice di) uno Stato che non è Parte dello Statuto, anche se hanno commesso aggressione contro uno Stato che è parte dello Statuto;

(b) la Corte non ha giurisdizione rispetto a (soggetti di vertice di) uno Stato che è Parte dello Statuto, se hanno commesso aggressione contro uno Stato che non ne è parte.

(*sub a*): La prima eccezione sembra inevitabile, determinandosi in quei casi un cortocircuito insolubile nei presupposti di esercizio della giurisdizione. La situazione ricorda infatti il dilemma del cocodrillo di cui narra la filosofia greca⁸⁸: se la corte esercitasse la

⁸⁵ C. KRESS, L. VON HOLTZENDORFF, *The Kampala Compromise on the Crime of Aggression*, in *Journ. Int'l Crim. J.*, 8, 2010, 1194 ss., 1204 ss.

⁸⁶ *Contra*, fra altri, K. AMBOS, *op. cit.*, 505, che riprende le obiezioni secondo le quali: *a*) la tesi preferita nel testo creerebbe un duplice regime di giurisdizione per l'aggressione e per altri crimini (ma si tratta di crimini qualitativamente diversi, sicché la diversità di trattamento non sarebbe ingiustificabile); *b*) discriminerebbe gli Stati non-parte, che non avrebbero la possibilità di *opt-out* (nella manualistica, sull'esistenza di tale insensata discriminazione cfr. anche G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., nr. marg. 1469). Ma lo stesso Ambos ricorda l'art. 15 bis (5), che esclude in assoluto la giurisdizione nei confronti di Stati non-parte, sicché sembra che l'obiezione venga meno *per tabulas*.

⁸⁷ Si tratta dei casi nei quali il procedimento non sia attivato per *referral* del CdS; in quest'ultimo caso, infatti, tornerebbero ad applicarsi le regole generali. l'art. 15(ter), a questo punto, prima ancora che norma sulla giurisdizione dovrebbe essere intesa come regola sull'entrata in vigore degli emendamenti.

⁸⁸ «Any amendment to articles 5, 6, 7 and 8 of this Statute shall enter into force for those States Parties which have accepted the amendment one year after the deposit of their instruments of ratification or acceptance. In respect of a State Party which has not accepted the amendment, the Court shall not exercise its jurisdiction regarding a crime covered by the amendment when committed by that State Party's nationals or on its territory».

giurisdizione, violerebbe Statuto [art. 15 bis (5)] e diritto dei trattati (non c'è giurisdizione su Stati non Parte); se la Corte non esercita la giurisdizione, violerebbe pur sempre lo Statuto: il fatto è commesso in danno di uno Stato-Parte (o che abbia accettato la giurisdizione): art. 12 (2)(a).

Si potrebbe obiettare che in realtà, nel caso degli altri crimini devoluti alla giurisdizione della Corte, essa esercita sempre la propria giurisdizione su cittadini di uno Stato non parte, allorché abbiano realizzato il reato sul territorio di uno Stato-Parte, senza che questo significhi violazione di alcunché.

Ma non sarebbe un'obiezione insormontabile: nel caso qui in esame, in effetti, è soltanto la condotta statale (dello Stato non-Parte) che coinvolge sempre lo Stato-Parte, piuttosto che la condotta individuale dell'agente. Quest'ultima può in concreto avere un *link* con il territorio dello Stato aggredito, soprattutto quando si tratti di inizio e conduzione della condotta di aggressione; ma questo contatto non è affatto necessario. Verrebbe allora meno, in tutti i casi nei quali in concreto la condotta individuale non abbia nessun legame 'spaziale' con lo Stato aggredito, il presupposto della territorialità rispetto all'azione individuale, con la conseguenza che l'art. 12 (2) (a) non sarebbe applicabile e – come abbiamo per l'appunto sostenuto – la giurisdizione della ICC sarebbe comunque fuori gioco.

Si potrebbe ulteriormente replicare che la territorialità si determina non solo in relazione al luogo di commissione della condotta, ma anche a quello di produzione degli effetti. Ma anche questa replica non sarebbe insormontabile. Per un verso, il criterio dell' "ubiquità" è cosa diversa dal principio di territorialità; per altro verso, resta il fatto che gli effetti sono piuttosto prodotti, sullo Stato-vittima, piuttosto dall'aggressione quale atto statale che non dalle condotte individuali in quanto tali.

Questo aspetto e la correlativa dimensione del dilemma della giurisdizione sono trascurati dalla tesi secondo la quale la norma dell'art. 15 bis (5) costituisce una intollerabile violazione, dal punto di vista del diritto internazionale, del principio di territorialità, principio di diritto consuetudinario⁸⁹: esso si riferisce alle condotte individuali, non a quelle statuali.

(*sub b*): Quanto all'eccezione al principio della personalità attiva, essa appare piuttosto balorda. La ragione di essa non può essere rintracciata nella necessità di rispettare la sovranità dello Stato non Parte, perché questo è la 'vittima' dell'aggressione e non è chiaro quale pregiudizio ad esso deriverebbe da una *res inter alios acta*. Sembra che prevalga la cautela apotropaica di cui si diceva all'inizio: meglio non attivare la giurisdizione della Corte quando siano coinvolti Stati che non l'hanno accettata.

Infine si può notare che la giurisdizione della Corte può essere esercitata nel caso di aggressione operata da Stato-Parte che abbia accettato la giurisdizione nei confronti di altro Stato-parte che, pur dopo averla accettata, abbia poi effettuato l'*opt out*⁹⁰. Tale conclusione

⁸⁹ Nella dottrina italiana v. in partic. G. DELLA MORTE, *op. cit.*, 746.

⁹⁰ Conforme, R.L. MANSON, *op. cit.*, 431.

risulta essenzialmente dal tenore letterale dell'art. 15 (4), che autorizza la Corte ad esercitare la giurisdizione su un crimine occasionato da un atto di aggressione commesso da uno Stato-Parte (a meno che *questo* – non la vittima – abbia depositato la dichiarazione di rifiuto)⁹¹.

4. *Giurisdizione domestica?*

Sull'aggressione come definita dallo Statuto può giudicare solo la Corte (Understandings, Nr. 5);⁹² ma questo non pregiudica la possibilità che la norma consuetudinaria che vieta la «guerra» di aggressione sia applicata eventualmente da una giurisdizione nazionale, in particolare dalla giurisdizione dello Stato aggredito (al di là di ogni ragione di opportunità che qui non può essere discussa ed è piuttosto materia per internazionalisti e cultori della disciplina delle Relazioni Internazionali)⁹³.

Gli *Understandings* approvati come Annex III alla Risoluzione di Kampala (4, 5) stabiliscono, per un verso, che la definizione statutaria dell'aggressione vale solo, per l'appunto, agli effetti statutarî. Pertanto, essa non può limitare o pregiudicare le regole di diritto internazionale consuetudinario esistenti o in formazione («existing or developing»).

5. *Condizioni di procedibilità*

I. Nel caso di segnalazione da parte di uno Stato o di iniziativa *motu proprio*, il Procuratore dovrà verificare preliminarmente se il CdS abbia determinato l'esistenza di un atto di aggressione commesso dallo Stato. L'esistenza di un illecito statale determinato come tale con decisione del CdS è dunque condizione di procedibilità dell'azione [art. 15 *bis* (6)].

⁹¹ Una situazione particolare è considerata da K. SCHMALENBACH, *op. cit.*, 750 col. sx, (secondo la quale, peraltro, anche uno Stato non-Parte può depositare la dichiarazione): uno Stato-Parte che abbia depositato l'*opt out* prima di accettare gli emendamenti (facoltà riconosciuta dalla parte operativa della Risoluzione, nr. 1, ultimo periodo) avrebbe tutto l'interesse a depositare invece la ratifica: e questo perché la Corte avrebbe comunque giurisdizione, *ex art. 12*, sugli attacchi rivolti contro altro Stato-Parte. Ma questa conseguenza non sembra condivisibile, come si precisa nel testo.

⁹² «It is understood that the amendments shall not be interpreted as creating the right or obligation to exercise domestic jurisdiction with respect to an act of aggression committed by another State». Su casi di esercizio della giurisdizione nazionale, in occasione del quale si è dibattuta la questione della (guerra di) aggressione – casi non direttamente rilevanti, dunque, se non ai fini della determinazione di una *opinio iuris* in tema d'illegittimità di condotte di aggressione e precisamente per discutere il carattere consuetudinario di detto crimine (caso dell'invasione dell'Iraq da parte di forze coalizzate guidate da USA e UK, 2003) – cfr. G. KEMP, *op. cit.*, 127 ss. ma partic. 157 ss. (*R. v. Jones et al.*, 29.3.2006, in 45 *I.L.M.* 992 (2006), relativamente alla «causa di giustificazione» allegata da imputati di attentati contro basi militari in territorio britannico, nel senso di reagire al crimine di aggressione contro l'Iraq). In tema cfr. di recente le osservazioni critiche di B. VAN SCHAACK, *Par in parem imperium non habet*, in *Journ. Int'l Crim. J.*, 2012, 133 ss.

⁹³ Per tutti Y. DINSTEIN, *op. cit.*, nr. 418-420. Vi sono vari ordinamenti nazionali che puniscono fatti di aggressione nei confronti dello Stato: riferimenti in G. WERLE, *op. ult. cit.*, p. 630 in nt. 109.

Se il CdS decide che un atto di aggressione ha avuto luogo, allora il procuratore può procedere con le investigazioni [art. 15 *bis* (7)].

Se il CdS non decide nel torno di 6 mesi, il procuratore può comunque procedere alle investigazioni, ma previa autorizzazione della *Pre-trial Division* della ICC [art. 15 *bis* (8)]. In tal caso, peraltro, il Consiglio di Sicurezza può agire ex art. 16: può cioè sospendere il procedimento per 12 mesi (rinnovabili) ai sensi del Cap. VII della Carta ONU.

Nessuna specifica previsione, come si è già visto (retro, § 2.3.2), è dettata per il caso in cui la determinazione del CdS vi sia, ma negativa, nel senso cioè che si debba escludere che un atto di aggressione vi sia stato. Verosimilmente, e forse auspicabilmente, il Procuratore finirà col concludere che non c'è nessuna «reasonable basis to proceed» (art. 53 St-ICC; Rule 48 RPE).

II. Nel caso di deferimento (deferral) da parte del CdS non vi sono particolari problemi: in tal caso, il procuratore inizierà le investigazioni ex art. 13 (b) St-ICC.

6. Considerazioni finali

I. Le considerazioni che precedono hanno un carattere essenzialmente esegetico. Esse hanno sino ad ora aggirato lo scoglio principale che minaccia ogni rotta possibile in direzione dell'applicazione del crimine da parte della ICC: la plausibilità politico-criminale (tema che qui non possiamo affrontare) e, trattandosi di crimine individuale, la tenuta dei principi del diritto penale.

II. Quanto alla tenuta dei principi – di legalità (nel senso della necessaria determinazione legale del tipo criminoso: *nullum crimen sine lege*), di determinatezza/tassatività,⁹⁴ di uguaglianza – le obiezioni principali sono essenzialmente le seguenti:

- non è dato riscontrare in astratto e chiaramente quali siano le ipotesi di uso legittimo della forza: non esiste, in altri termini, una definizione di quali situazioni siano suscettibili di essere qualificate come violazione dello stato di pace o atto di aggressione ex art. 2(4) Carta ONU;
- il richiamo alle definizioni della Ris. 3314, pensato per l'illecito internazionale solo statutale, deve ritenersi inidoneo a sostenere il test di legalità, perché conferisce poteri al CdS, organo politico, e comunque la casistica non è formulata in modo inequivocabilmente vincolante né tassativo per la stessa Corte;
- il rischio è quello, per un verso, di una sistematica violazione del principio di uguaglianza e, per altro verso, di sostanziale disapplicazione dell'incriminazione.

⁹⁴ Art. 22(2) St-ICC: «The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy».

Così prospettate, si tratta di difficoltà che appaiono strutturali e come tali non rimediabili. Al fine di arginarne gli effetti di delegittimazione radicale del crimine di aggressione, si è proposto con intelligenza di collegare la responsabilità per tale crimine con la realizzazione degli altri crimini devoluti alla giurisdizione della Corte: in tal senso, recuperando un comune fondamento di tutela contro *mass violations* – le massicce violazioni dei diritti umani –, nel crimine dovrebbe essere inserita una clausola per effetto della quale, ai fini dello Statuto, s'intende per aggressione un attacco armato che comporti violazione dei diritti dei prigionieri o della popolazione civile⁹⁵.

III. Nessuna di quelle obiezioni sembra tuttavia veramente insuperabile.

(a) Non la prima, perché l'attuale art. 8 *bis* indica le condotte che costituiscono il crimine in termini che, per quanto elastici, non paiono di per sé incompatibili con il principio del *nullum crimen* (non più incompatibili, ad ogni modo, di quanto non lo siano molte fattispecie-base dei crimini devoluti alla giurisdizione della Corte)⁹⁶; così definita la fattispecie astratta, è del tutto comprensibile che in concreto possano sussistere circostanze che escludono, prevalentemente sul livello statale, tipicità od anti giuridicità del crimine o procedibilità dell'azione. Le relative difficoltà di accertamento potranno rivelarsi in pratica certamente gravi; ma esse incidono non già sulla legittimazione della fattispecie, bensì sulla sua effettività. Anche quest'ultima riserva, tuttavia, non dovrebbe essere sopravvalutata, se si considera che in relazione all'attacco contro l'Iraq del 2003 il procuratore ICC ha bensì escluso la sussistenza della giurisdizione della Corte, ma soltanto *ratione temporis* e non sotto il profilo dell'esistenza *prima facie* di una condotta oggettiva di aggressione.

(b1) Quanto al carattere politico delle decisioni del CdS – materia dunque di assoluta, incoercibile discrezionalità, legata com'è ai rapporti di potere nelle relazioni internazionali –, si tratta di un dato innegabile; ma può apparire addirittura necessario, se letto come alleggerimento della responsabilità per una decisione altrimenti spettante alla Corte, e comunque non incide sull'autonomia di essa per le ragioni già illustrate (§ 2.3.2)⁹⁷. D'altra parte, tale critica – più che investire la fattispecie come tale o portare ad una totale devoluzione del giudizio alla Corte – potrebbe sollecitare nel prossimo futuro alla ricerca di un altro organo cui affidare il filtro di quella valutazione. Organo che al momento non sembra

⁹⁵ E. KILDANI, *op. cit.*, 329.

⁹⁶ Per un'analoga valutazione su questo specifico aspetto cfr. K. AMBOS, *op. cit.*, 483 s. Sia pure con riferimento alla guerra di aggressione, ma con spunto degno di essere segnalato in termini generali circa la sostanziale chiarezza del contenuto centrale delle condotte incriminate, v. l'argomentazione di Lord Bingham of Cornhill, in House of Lords, *R. v. Jones*, cit., § 19: «the core elements of the crime of aggression have been understood, at least since 1945, with sufficient clarity to permit the lawful trial ... of those accused of this most serious crime. it is unhistorical to suppose that the elements of the crime were clear in 1945 but have since become in any way obscure». Citazione riportata da G. KEMP, *op. cit.*, 159. Sul tema v. in modo specifico, di recente, M. MILANOVIC, *Aggression and Legality: Custom in Kampala*, in *Journ. Int'l Crim. J.*, 2012, 165 ss.

⁹⁷ In senso analogo v. B. VAN SCHAAK, *op. cit.*, nel testo dopo il richiamo della nt. 224.

poter essere individuabile se non nella Corte Internazionale di Giustizia o nell'Assemblea generale ONU, peraltro con i problemi che i commentatori di area internazionalistica hanno segnalato⁹⁸. Trattandosi di materia strettamente internazionalistica, questo tema rimarrà qui impregiudicato.

Si deve comunque ribadire, per un verso, che l'intervento del Consiglio di Sicurezza avrebbe piuttosto la funzione di limitare l'ampia portata della clausola di apparente analogia espressa contenuta nell'art. 8 *bis* («any other manner...»: *supra*, § 2.3.1); comunque, la Corte potrebbe paralizzare quella valutazione (§ 2.3.1.2).

Per altro verso, il principio di legalità non può essere inteso come lo è negli ordinamenti nazionali (come riserva esclusiva di fonte)⁹⁹, ma con riferimento al complesso delle fonti di diritto internazionale richiamate dall'art. 21 (in particolare, lett. *b*: principi e regole di diritto internazionale, dove non è discutibile la «supremacy» del Consiglio di Sicurezza alla stregua della Carta ONU, in particolare in base al cap. VII, in materia di mantenimento della pace)¹⁰⁰.

Come è comprensibile, tuttavia, il tema generale del ruolo del principio di legalità nel diritto internazionale penale non può essere affrontato in questa sede (salvo quanto subito si dirà in tema di analogia: v. *infra*, punto *b/2*)¹⁰¹.

Tuttavia almeno su un aspetto, quello del rispetto del principio di retroattività, si deve spendere qualche parola; in effetti, è stato considerato come l'aspetto più problematico

⁹⁸ B. VAN SCHAACK, *op. cit.*, sub III § 2.

⁹⁹ Cfr. anche K. AMBOS, *op. cit.*, 483 s.; R. HEINSCH, *op. cit.*, 730. Sul tema generale del ruolo del principio di legalità nel diritto dei crimini internazionali la bibliografia è già sterminata; v. di recente, sul ruolo del diritto internazionale consuetudinario in funzione incriminatrice (con specifico riferimento alle fattispecie del Codice tedesco del crimini internazionali, *Völkerstrafgesetzbuch*), l'analisi critica di M. KUHLI, *Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht*, Berlin, 2010 (con riferimento anche al divieto di retroattività v. specificamente pp. 164-178); sembra però eccessivo escludere che il diritto internazionale consuetudinario possa costituire fonte integratrice dei precetti del diritto internazionale penale, anche *in malam partem*. Nella giurisprudenza internazionale cfr. soprattutto ICTY, TC, judgment, 2.8.2001, *Prosecutor v. Krsti*, § 541 ss.).

¹⁰⁰ Cfr. artt. 12(1), 24(1), 39 Carta ONU. Se la «priority» è indiscutibile, essa non è però da intendere come «esclusività» di valutazione. Infatti, la «exclusivity thesis», secondo la quale soltanto il Consiglio di Sicurezza avrebbe potuto determinare l'esistenza di un atto di aggressione – sostenuta da Russia, Cina e Francia – non si è affermata nelle negoziazioni di Kampala, anche perché, come tale, considerata senza salda base nella Carta e comunque non conforme alla prassi ONU. Su questo aspetto v. B. VAN SCHAACK, *op. cit.*, nel testo al richiamo della nt. 211.

¹⁰¹ Cfr. nella dottrina italiana M. CAIANIELLO - E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Ind. pen.*, 2002, 307 ss. e partic. 320 ss. Un accenno alla posizione di chi scrive si trova in: *Postilla sul principio di legalità nello Statuto della Corte Criminale Internazionale*, in *Les sources du droit international pénal* (sous la direction de M. Delmas-Marty, Emanuela Fronza, Élisabeth Lambert-Abdelgawad), Paris, 2004, 329-332 (ma non con specifico riferimento all'aggressione). Si è ritenuto in dottrina che la discussione sulla natura dello Statuto (di creazione di nuove regole o meramente giurisdizionale) sarebbe decisiva ai fini del giudizio sulla legalità (in tema v. M. MILANOVIC, *op. cit.*, §§ 3, 4 A). Sembra però un falso problema, perché il crimine di aggressione introdotto nello Statuto è chiaramente *aliud* rispetto al diritto consuetudinario: sia se si ritiene, ad es. con Werle, che quest'ultimo incrimina senz'altro solo la «guerra» di aggressione; sia se si considera (ed è riconoscimento incontrovertito) che la Ris. 3314, pur recepita nell'art. 8 *bis*, concerneva di per sé soltanto condotte statuali e non individuali.

anche da quella dottrina che, specificamente occupandosi del crimine di aggressione dal punto di vista del principio di legalità, ritiene che – pur a fronte d’una disciplina censurabile perché ai limiti dell’indecifrabilità – altri dubbi di conformità al principio siano tutto sommato superabili¹⁰². In particolare, si afferma che la giurisdizione della Corte si eserciti *ex post facto* nel caso previsto dall’art. 13 lett. (b), e cioè di *referral* da parte del CdS, perché in tal caso lo Statuto è applicabile anche a Stati non-Parte.

La tesi non convince. Una volta che gli emendamenti siano entrati in vigore, l’applicazione a fatti successivi, sia pure commessi da soggetti di Stati non-Parte e per atti statuali di aggressione pure successivi all’entrata in vigore, non suscitano francamente nessuna perplessità dal punto di vista “endopenalistico” del divieto di retroattività; d’altra parte, lo stesso art. 13(b) è norma preesistente, che gli Stati non-Parte (i loro organi di vertice) possono senz’altro conoscere. Risulterebbe in tal modo garantita anche l’esigenza soggettiva che sta alla base, almeno secondo un orientamento diffuso, del divieto di retroattività – quella di conoscere preventivamente le regole applicabili per orientare la condotta in modo conforme alle esigenze dell’ordinamento di riferimento.

(b2) Non insormontabile appare anche il rilievo critico concernente il carattere non vincolante né tassativo delle definizioni contenute nella Ris. 3314.

Le definizioni in sé e per sé, in realtà, sono vincolanti, in quanto, come si è visto, presupposto necessario del crimine individuale.

Quanto alla determinatezza/tassatività, va detto che molti ordinamenti interni conoscono clausole generali («nei casi più gravi», e simili), regole esemplificative (*Regelbeispiele*), soglie di selezione quantitativa/qualitativa della rilevanza penale delle condotte formalmente incriminate. Orbene, se è pur vero che la compatibilità con i principi di tali tecniche di formulazione delle fattispecie è sovente contestata, tuttavia una conclusione univoca circa la loro (il)legittimità non può essere rassegnata in modo perentorio. Sembra necessario distinguere, per l’intanto, tra il problema dell’analogia e quello delle soglie di punibilità¹⁰³.

Partendo dalla considerazione di quest’ultime, non sembra che esse siano incompatibili con il principio di determinatezza, tenuto conto che i criteri indicati specificano il più possibile lo stesso criterio selettivo generale – i «più gravi» crimini che interessano la comunità internazionale come tale – che fonda la giurisdizione della Corte; del resto, così come negli ordinamenti interni tale tecnica di selezione quantitativa non è contestabile in linea di principio, non si comprenderebbe perché la fattispecie di aggressione non possa ed anzi debba essere circondata da cautele altrettali.

Quanto al problema dell’analogia, anche in tal caso il paragone con gli ordinamenti interni può essere utile. Focalizzando l’attenzione, in questa sede, sul solo contesto culturale italiano, conviene richiamare quella dottrina che sottolinea come non sempre le formule di richiamo a «casi analoghi», «casi simili» ecc., introducano una vera e propria analogia

¹⁰² M. MILANOVIC, *op. cit.*, §§ 1, 4 C).

¹⁰³ Come si ricorderà, la Corte ha giurisdizione sui fatti che per carattere, gravità scala, si traducono in una manifesta violazione della Carta ONU.

(vietata). Sarebbe necessario distinguere, allora, tra ipotesi omogenee ed eterogenee. Nel caso in cui il legislatore elenchi ipotesi omogenee, esse pur sempre «consentono di individuare un genere, che ricomprende sia i casi espressamente menzionati nella norma, sia i casi non menzionati ... Orbene, un tale elenco ha carattere solo esemplificativo e quindi si presta ad essere tradotto in una formula sintetica, in grado di abbracciare una classe di situazioni piú ampia rispetto ai casi espressamente menzionati, ma dai contorni comunque sufficientemente precisi»¹⁰⁴. Nel caso di ipotesi eterogenee, invece, non sarebbe possibile individuare «un genere al quale ricondurre sia i casi espressamente menzionati, sia quelli evocati con la clausola finale»¹⁰⁵. Solo in tal caso si tratterebbe di vera e propria analogia esplicita, confliggente con il principio di tassatività¹⁰⁶.

Su queste basi, il giudizio sulla compatibilità del crimine internazionale di aggressione con i principi del diritto penale ruota intorno alla natura omogenea od eterogenea dell'elenco di atti statuali di aggressione descritti nella fattispecie. Quella compatibilità potrebbe essere affermata, pertanto, a patto di riconoscere nel rinvio ai casi analoghi un'ipotesi di mera esemplificazione che s'impenna su una lista d'ipotesi omogenee.

In effetti, una conclusione in senso positivo potrebbe essere raggiunta, e risultare convincente, in base ad una lettura teleologica della fattispecie: in definitiva, ai fini dell'integrazione del crimine non è decisiva la "pura materialità" delle condotte, a prescindere cioè dalla loro qualificazione in termini di anti-giuridicità per l'ordinamento internazionale. Se è vero che, in termini materiali, costituisce atto di aggressione qualsiasi uso della forza armata, esso rileva però come presupposto del crimine solo se diretto contro la sovranità, l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di un altro Stato e costituente «manifesta violazione» della Carta ONU. L'eterogeneità degli «atti» materiali descritti dall'art. 8 *bis* si rivela, in questa prospettiva, soltanto apparente: essi sono in tanto rilevanti, in quanto, per così dire, unificati da un'articolata valutazione normativa di essi come attacco manifesto alle condizioni basiche della convivenza pacifica tra Stati. Ecco dunque che l'elenco dell'art. 8 *bis* (2, a-g) può essere considerato come soltanto esemplificativo e la considerazione di atti simili non costituisce applicazione analogica vietata.

Quanto alla proposta di limitare l'applicazione della fattispecie ai casi simili¹⁰⁷, essa – per un verso – sembra garantire proprio questa istanza di rispetto della tassatività fatta propria dalla migliore dottrina; che sia poi il consiglio di Sicurezza o la Corte stessa ad operare l'estensione, non è circostanza immediatamente rilevante sotto questo specifico profilo¹⁰⁸. Per

¹⁰⁴ Perspicuamente, nella manualistica, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, Milano, 2001³, 181 (sempre fondamentale, comunque, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I. *Nozione ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 210, 282, 300 ss.).

¹⁰⁵ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *op. cit.*, 182.

¹⁰⁶ Per una prospettazione terminologicamente differente, ma coincidente negli esiti valutativi, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p.g., Padova, 2011⁷, 72 («fattispecie ad elencazione sostitutiva», per eterogeneità delle ipotesi elencate; «fattispecie ad esemplificazione esplicitiva», con ipotesi omogenee; stessa articolazione per le cd. clausole di chiusura).

¹⁰⁷ R.S. CLARK, *op. loc. cit.* (nt. 44).

¹⁰⁸ Altra questione è se l'applicazione analogica incida sul principio di eguaglianza; di ciò *infra*, nel testo, sub (c).

altro verso, quell'interpretazione è suggerita dal necessario coordinamento tra la definizione generale del crimine contenuta nell'art. 8 *bis* (1) e i requisiti dell'atto di aggressione stabiliti da primo periodo dell'art. 8 *bis* (2): in tanto un atto di aggressione statale può costituire anche crimine individuale, in quanto si manifesti sia come uso della forza qualificabile alla stregua dei parametri teleologici poc'anzi ricordati (attentato alla sovranità, ecc.), sia in quanto si risolva in una manifesta violazione delle condizioni imposte per la legittimità di quell'uso. L'elenco contenuto nella fattispecie, oltre a definire una volta per tutte i casi nei quali sicuramente ci si trova di fronte ad un atto di aggressione, offre anche i necessari parametri di giudizio per ricondurre alla fattispecie l'uso della forza realizzato «in ogni altra maniera» che sia incompatibile con la Carta ONU.

(c) Quanto all'ultima obiezione – relativa alla violazione del principio di uguaglianza che si annida nell'arbitrarietà del giudizio sull'esistenza dell'atto statale di aggressione – si tratta di definirne contenuto e portata.

Se essa si riferisce al coinvolgimento del Consiglio di Sicurezza, essa non sembra idonea a stigmatizzarne le attuali modalità se si ammette, con la dottrina maggioritaria, che né la decisione positiva né quella negativa sull'esistenza dell'atto statale di aggressione vincolino la Corte. Qualche perplessità può invece sorgere quando si ritenga – come qui sostenuto – che la decisione negativa possa, almeno in alcuni casi, vincolare la Corte. Si tratterebbe dei casi nei quali si discute della legittimità per esistenza di una causa di giustificazione – in particolare, la legittima difesa o l'autorizzazione all'intervento per ragioni umanitarie o di *peace enforcing/building*. In questi casi, quando la situazione concreta renda il caso molto controverso, verrebbe meno, in realtà, un elemento della fattispecie: la «manifesta» violazione della Carta ONU. Qualora, infine, possa apparire lampante che l'arbitrio della decisione politica faccia aggio sulla realtà degli eventi, v'è da chiedersi se l'esercizio della giurisdizione *per seipsum* non sarebbe in realtà estraneo alle stesse ragioni di edificazione dell'organizzazione delle Nazioni Unite, così come sono concepite nelle presenti contingenze storiche. Salve le prospettive di riforma, al momento questo la comunità internazionale ha da offrire a se stessa; uscire per via giudiziale da questa realtà sarebbe, forse, un prezzo troppo alto da pagare.

Se l'obiezione imperniata sul principio di uguaglianza mette in discussione la struttura del crimine secondo il doppio livello, statale e individuale – che inevitabilmente consente l'ingresso a valutazioni di carattere esclusivamente politico soprattutto relativamente al primo, propedeutico livello – essa investe in pieno il nucleo strutturale dell'incriminazione; ma in tal modo finisce con il negare legittimazione, piuttosto che al crimine come tale, all'intero meccanismo operativo, per così dire, della giurisdizione penale internazionale: inevitabilmente, anzi programmaticamente selettivo. La portata di una simile obiezione imporrebbe tuttavia un complessivo ripensamento di questo aspetto fondante della giurisdizione della ICC, che non può essere svolto in questa sede.

IV. Infine, quanto alla proposta di ricondurre il crimine di aggressione all'alveo naturale della giurisdizione ICC – attivandone la repressione solo quando l'atto aggressivo si accom-

pagni a genocidio, crimini contro l'umanità e di guerra – essa rischia di rendere superflua la stessa figura di reato, disperdendone proprio quel disvalore autonomo che sembra essersi consolidato, pur forse senza adeguata consapevolezza delle conseguenze, nella comunità internazionale.

D'altronde, l'esigenza espressa da quella proposta è in sé corretta. Anche quando si ritenga di identificare i "beni giuridici" tutelati dalla fattispecie di aggressione nella sovranità ed indipendenza politica di una compagine statale, infatti, tali beni – proprio in quanto legittimano l'esistenza di crimine internazionale individuale e non di un semplice illecito statale – devono essere pur sempre intesi in un senso del tutto specifico, riempito di un valore omogeneo al significato della devoluzione dei più gravi crimini alla Corte Criminale Internazionale¹⁰⁹.

Tale "disvalore differenziale"¹¹⁰ dell'aggressione come crimine individuale può essere spiegato in questo senso: sovranità e indipendenza sono tutelate non in quanto tali, ma in quanto sono intese come la *precondizione necessaria dell'esistenza stessa di una comunità internazionale* fintantoché questa sia costituita, storicamente, da una comunità di Stati. Solo a patto che la comunità internazionale sia garantita nelle sue condizioni primarie di esistenza si potrà anche assicurare che essa *sia capace di tutelare a sua volta i propri valori ultimi*.

In tale prospettiva, del resto, non soltanto non è necessario, ma non è neppure logico né opportuno che il crimine di aggressione sia punito soltanto se ne derivino «mass atrocities». Al contrario, se si riflette sul fatto che la minaccia all'esistenza della comunità internazionale per via d'un atto di aggressione intenzionale, deliberato, manifestamente in violazione della Carta ONU, costituisce una *lesione dei primi, fondamentali strumenti di tutela* dei valori ultimi, allora quell'aggressione rappresenta – per ciò stesso – anche un pericolo (sia pure presunto) per l'incolumità o per i diritti personalissimi anche di un solo uomo: quest'uomo incarna da solo, e forse proprio perché solo – solo contro la forza armata del potere – l'umanità *as a whole*: esattamente il meccanismo di tutela per cui la Corte è stata istituita, il *fundamentum inconcussum* della sua giurisdizione.

* * *

¹⁰⁹ Riflessioni sulla «base razionale» per la criminalizzazione dell'aggressione in G. KEMP, *op. cit.*, 245-247. Troppo generiche sembrano le considerazioni relative alla codificazione del diritto internazionale (penale) consuetudinario: cfr. in tal senso D.D. NTANDA NSEREKO, *The Kampala Review Conference: The Capstone of the Rome System*, in *Criminal Law Forum*, Springer 2011 (published online 11 November 2011: DOI 10.1007/s10609-011-9153-1).

¹¹⁰ Qui con l'espressione «disvalore differenziale» intendo il disvalore aggiuntivo che segnala il passaggio dall'atto di aggressione come illecito internazionale dello Stato all'aggressione come crimine.

Article 15 bis*Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (State referral, proprio motu)*

1. The Court may exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with article 13, paragraphs (a) and (c), subject to the provisions of this article.
2. The Court may exercise jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties.
3. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with this article, subject to a decision to be taken after 1 January 2017 by the same majority of States Parties as is required for the adoption of an amendment to the Statute.
4. The Court may, in accordance with article 12, exercise jurisdiction over a crime of aggression, arising from an act of aggression committed by a State Party, unless that State Party has previously declared that it does not accept such jurisdiction by lodging a declaration with the Registrar. The withdrawal of such a declaration may be effected at any time and shall be considered by the State Party within three years.
5. In respect of a State that is not a party to this Statute, the Court shall not exercise its jurisdiction over the crime of aggression when committed by that State's nationals or on its territory.
6. Where the Prosecutor concludes that there is a reasonable basis to proceed with an investigation in respect of a crime of aggression, he or she shall first ascertain whether the Security Council has made a determination of an act of aggression committed by the State concerned. The Prosecutor shall notify the Secretary-General of the United Nations of the situation before the Court, including any relevant information and documents.
7. Where the Security Council has made such a determination, the Prosecutor may proceed with the investigation in respect of a crime of aggression.
8. Where no such determination is made within six months after the date of notification, the Prosecutor may proceed with the investigation in respect of a crime of aggression, provided that the Pre-Trial Division has authorized the commencement of the investigation in respect of a crime of aggression in accordance with the procedure contained in article 15, and the Security Council has not decided otherwise in accordance with article 16.
9. A determination of an act of aggression by an organ outside the Court shall be without prejudice to the Court's own findings under this Statute.

10. This article is without prejudice to the provisions relating to the exercise of jurisdiction with respect to other crimes referred to in article 5.
[Inserted by resolution RC/Res.6 of 11 June 2010]

Article 15 ter

Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (Security Council referral)

1. The Court may exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with article 13, paragraph (b), subject to the provisions of this article.
2. The Court may exercise jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties.
3. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with this article, subject to a decision to be taken after 1 January 2017 by the same majority of States Parties as is required for the adoption of an amendment to the Statute.
4. A determination of an act of aggression by an organ outside the Court shall be without prejudice to the Court's own findings under this Statute.
5. This article is without prejudice to the provisions relating to the exercise of jurisdiction with respect to other crimes referred to in article 5.