

6 gennaio 2020, 10:40

DIP

Alessandro Bondi

OPINIONE DISSENZIENTE IN TEMA DI GENOCIDIO

Si partirà dal particolare al generale: dalle sanzioni necessariamente differenziate del genocidio (A), all'inopportunità d'inserire questa fattispecie nel codice penale senza una sua disciplina organica (B).

A. SULLE PENE

Si assume che il genocidio esprima condotte diverse e diverso disvalore, talché debba trovare riflesso in sanzioni differenziate, precisamente comminate dalla disposizione.

In specie, la morte di membri del gruppo è diversa, ed esprime diverso disvalore, dalla loro lesione grave o gravissima; sottrarre minori al gruppo è diverso dal sottoporre persone a condizioni di vita idonee a provocare la distruzione totale o parziale del gruppo; così come è diverso dall'impedire o controllare le nascite del gruppo o dall'istigare o fare pubblica apologia di queste condotte.

D'altra parte, il fine del genocidio è di per sé elemento di disvalore difficile da evitare ma di 'quantità e qualità' costante, vale a dire, è sempre presente e non assume dimensioni differenti a seconda delle condotte di genocidio.

In breve, se il fine è sempre presente e uguale in tutte le condotte, ma le condotte e il loro disvalore sono diverse, la pena deve rispettare questa diversità esprimendo, in proporzione, il diverso disvalore con pene differenti espressamente previste, in grado di limitare la discrezionalità del giudice nel commisurare la sanzione concreta.

Limiti edittali proposti

Le sanzioni dovranno essere proporzionate al disvalore delle diverse condotte.

La pena minima. Non solo deve sottrarsi a misure alternative alla detenzione, ma esprimere il peculiare disvalore dell'elemento soggettivo confrontate con fattispecie oggettivamente simili contenute nel codice penale, *in primis*, con quelle di pubblica apologia di reati (artt. 414 ult. comma, 604 bis, 404 ter cp). In tal senso, pare congrua la pena minima di 5 anni.

La pena massima, se il riferimento non è l'ergastolo, in armonia con l'attuale sistema punitivo e sul modello edittale dell'omicidio doloso, la «*pena massima non inferiore a*» può riferirsi a) ai 24 anni di reclusione di regola previsti come pena massima (art. 23 cp); b) agli almeno 26 anni necessari all'ergastolano per ottenere la liberazione condizionale; c) ai limiti massimi stabiliti dalla legislazione dell'emergenza in *alternativa* all'ergastolo (p.e. i 30 anni previsti dagli artt. 280/4 u.p., 289/1, 2 cp).

Alternative incompatibili: limiti edittali particolarmente ampi o pena unica

La convenzione sul genocidio (NY 9.12.1948, abbr. Conv. genoc.), definisce le fattispecie ma non le sanzioni, richiedendo unicamente che siano efficaci (art. 3). Il modello sanzionatorio offerto dallo Statuto di

Roma (17/7/1998, abbr. ICC) prevede solo la reclusione a) *per un periodo di tempo determinato non superiore nel massimo a 30 anni*; b) *ergastolo, se giustificato dall'estrema gravità del crimine e dalla situazione personale del condannato* (art. 77 ICC). ICC che, stante la sua mancata attuazione in Italia e secondo complementarietà, è disposizione applicabile per fatti commessi in Italia, risulta difficilmente compatibile con la necessaria precisazione e proporzione richiesta dalla Costituzione italiana nella definizione dei limiti editali. Per le stesse ragioni non è migliore il modello tedesco (ergastolo e pena non inferiore a 5 anni per i casi meno gravi, § 6 VStGB)(v. sotto).

Conclusioni

Sia sotto il profilo di un *tertium comparationis* editale (cfr. C. cost. 112/2019), sia in rapporto diretto con la gravità delle diverse condotte (cfr. C. cost. 341/1994), se la disposizione sul genocidio prevedesse una pena unica, pregiudicherebbe la proporzione tra il diverso disvalore dei fatti descrittivi del genocidio e le pene comminate, violando il principio di offensività e di uguaglianza sostanziale (artt. 3, 21, 25/2, 27/1, 3 Cost. *ex multis* C. cost. 249/2010).

In particolare, l'assenza di proporzione e uguaglianza sostanziale sarebbe sentita come *ingiusta* (artt. 3, 27 Cost); impeditiva di una valutazione costi-benefici in grado di compromettere le potenzialità preventive speciali e generali dell'ordinamento penale (C. cost. 236/2016), giacché la funzione di orientamento della disposizione dipende dalla comminatoria astratta delle sanzioni e non da un eventuale recupero di proporzione e individualizzazione della pena con la sua commisurazione in concreto (cfr. C. cost. 222/2018).

In maniera analoga, sarebbe da censurare sia la sproporzione di pene minime che esaltino oltre misura l'elemento soggettivo della fattispecie di genocidio su cui grava gran parte del disvalore della disposizione nei casi oggettivamente meno gravi (cfr. C. cost. 341/1994); sia la comminatoria di una pena idealmente fissa come l'ergastolo (cfr. C. cost. 50/1950) con potenzialità ostative (cfr. C. cost. 273/2001 e CoEDU G.C. 7.10.2019 Viola/Italia); sia l'adozione di parametri editali troppo ampi che inficino il principio di legalità per indeterminatezza della sanzione a vantaggio di una discrezionalità giudiziale senza controllo (cfr. C. cost. 299/1992).

B. SULL'INOPPORTUNITÀ D'INSERIRE IL GENOCIDIO NELL'ATTUALE CODICE PENALE

L'inopportunità dell'inserimento, nell'attuale codice penale, delle fattispecie di genocidio è data dalla prevalenza qualitativa e quantitativa degli aspetti negativi rispetto a, pur significativi, aspetti positivi (giudizio *pro/contra*).

Pro l'inserimento delle fattispecie di genocidio nell'attuale codice penale

- È un'esigenza simbolico-comunicativa, stante la mancata attuazione in Italia delle disposizioni sostanziali dell'ICC. Nella realizzazione e attuazione dell'ICC si può vedere una sorta di *responsabilità storica* da parte dei tre principali Paesi dell'Asse durante la Seconda guerra mondiale. Germania e Giappone si sono fatti carico della maggior parte delle spese necessarie per sostenere la creazione e l'operatività della Corte Internazionale Penale. L'Italia ha contribuito con lo sforzo organizzativo per arrivare allo Statuto dell'ICC, ma ha in parte vanificato il proprio impegno fallendo nell'obiettivo di darne compiuta attuazione con norme nazionali. L'inserimento nel codice penale italiano della fattispecie-simbolo del genocidio farebbe, così, ammenda di questo grave inadempimento della nostra politica.

Contra l'inserimento delle fattispecie di genocidio nell'attuale codice penale

- Non vi è **lacuna**. Il genocidio è l'unico crimine internazionale che ha trovato attuazione in una disposizione speciale italiana, per di più estendendo la punibilità alla *deportazione di persone* e alla *costrizione di portare marchi o segni distintivi indicanti l'appartenenza a un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso* non previsti dalla Convenzione sul genocidio (artt. 2, 6 L. n.962/1967).
- Il genocidio ha comunque forte e **autonoma connotazione**, esprime norma di diritto internazionale consuetudinario di *ius cogens* (ICTR, Trial Chamber, 2.9.1998, P/*Akayesu*; ICTY, Trial Chamber, 2.8.2001, P/*Krstić*).
- Secondo il principio di **complementarietà**, la Corte Penale Internazionale interviene se nello Stato coinvolto non vi è la volontà o la possibilità d'intervenire o d'intervenire in maniera efficace (cfr. *Preambolo* ult. p., art. 1 ICC). Attuando a livello nazionale le norme ICC si evita, perciò, la possibilità di un intervento esterno espressione di *diversa sovranità*. Ma la questione riguarda tutte le fattispecie previste dall'ICC tranne il genocidio che, come si è visto, ha trovato compiuta attuazione nella L. 962/1967.
- Introdurre nel codice penale soltanto la fattispecie di genocidio ne esaspera il valore **simbolico**. Perché inserire solo il genocidio e non altre fattispecie dell'ICC come, per esempio, la fattispecie 'madre' dei crimini contro l'umanità?
- La necessità di disciplinare **esternamente** al codice fattispecie che, come il genocidio, necessitano una disciplina generale della materia che trattano è ricavabile dalla disciplina di parte generale prevista dall'ICC (v. sotto *Peculiarità del sistema penale previsto per ICC*) e, ragionando *a contrario*, dall'attuale riserva di codice per *leggi che disciplinano in maniera organica la materia* (art. 3 bis cp).
- Accantonando perplessità di forma e sostanza, la **riserva di codice** rappresenta, infatti, una disposizione che produrrà prassi legislativa di valore in base a quanto riuscirà a includere e a escludere, secondo un progetto di ricodificazione aperto al confronto. Auspicio per la verità ostacolato dalla mancanza di un obbligo di coordinamento delle disposizioni extra-codicistiche con le disposizioni e i principi del codice penale (cfr. art. 2 *Progetto Pisapia*, 27.7.2006). La disposizione di cui all'art. 3-bis cp, per quanto non costituzionalizzata, acquista senso se riesce a esprimere un *obbligo deontologico* nei confronti del legislatore: sia contro la frammentazione del sistema penale nel suo complesso, sia contro una sua riproposizione nel codice penale foriera di microsistemi interni ad esso.
- La **riserva di codice** pone, in pratica, una **clausola di sistema**: la necessaria organicità che il precepto penale deve esprimere per poter essere interpretato e applicato, favorendo *«una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena»* (art. 1 c. 85 lett q L. 103/2017). A tal fine, una nuova disposizione penale ha bisogno di una sorta di *grammatica* presa o dal codice penale in cui s'inserisce o dal complesso normativo extra-codicistico costruito per disciplinare *organicamente* la materia senza avere un valore costituente comune a tutta la disciplina penale. Questo è il caso del sistema normativo dell'ICC: corpo autonomo e completo di disposizioni penali, sostanziali e processuali, di parte generale e di parte speciale (v. sotto *Peculiarità del sistema penale previsto dall'ICC*).

Peculiarità del sistema penale previsto dall'ICC

Ancora una volta sarà la somma, quantitativa e qualitativa, di alcune differenze tra il sistema penale internazionale e nazionale a richiedere un sistema organico in grado di gestirle e, pertanto, a suggerire l'inopportunità d'inserire la sola norma del genocidio nel codice penale.

- **Condizioni di procedibilità.** L'ICC si attiva non con riferimento a specifici fatti, ma con l'accertamento di una *situazione* in cui *pare* siano stati commessi dei crimini internazionali, così come individuati dallo Statuto (*trigger mechanism*, art. 13 ICC).
- In tema di **beni giuridici**, il discorso si svolge secondo termini usuali ai Paesi di *civil law*. Ma il riferimento a *diritti e valori* permette di estendere anche ai Paesi di *common law* le analisi volte a definire le funzioni che legittimano il diritto internazionale penale. In tal senso, l'ICC individua una responsabilità individuale per beni sovra-individuali in cui vi è una marcata componente **collettiva** nella realizzazione delle condotte e nella responsabilità che ne deriva. Nel caso del genocidio, vi è un bene giuridico fondato *sull'esistenza fisica e sociale di un gruppo nazionale, razziale, religioso, etnico, politico* che s'innesta su beni giuridici individuali come la vita, l'integrità fisica, la protezione della maternità e dei minori, la dignità della persona.
- Siffatta componente collettiva esalta particolare attenzione, sostanziale e processuale, verso la prospettiva della **vittima**. Ipotesi di giustizia *ricongiuntiva* premono per l'abbandono di un sistema devittimizzato, per l'ascolto delle sofferenze, per il ristoro della vittima. Sono prospettive attuali per il sistema internazionale, dove lo stesso processo diventa un *luogo della memoria*. Sebbene non manchino ragioni per introdurre simili paradigmi di pensiero anche nel sistema nazionale, questi dovrebbero essere il frutto di una riconsiderazione globale del sistema penale in genere e di quello codicistico in specie. Diversamente, il genocidio rischia di diventare l'ennesimo cavallo di Troia della destrutturazione codicistica a favore di microsistemi senza un centro di gravità. In altri termini, senza un'unità concettuale di principi raccolti in un sistema organico, si disattendono le esigenze simboliche e pratiche di unità, sistematica, coerenza, semplificazione che un codice può ancora esprimere: esigenze tanto più doverose in un momento di frammentazione e fluidità male intesa qual è quello vissuto dall'attuale gestione penale degli affanni sociali. È da condividere l'augurio che la riappropriazione della centralità ragionata del codice offra alla legiferazione nuova regia ordinamentale, facilitando sia i rapporti con le fonti sovranazionali e internazionali sia quelli con la giurisprudenza. I due aspetti sono complementari. Complice l'influenza delle Corti sovranazionali di un sistema normativo multilivello, la giurisprudenza – anche costituzionale – è diventata sempre più interventista, trovando spazi operativi inusitati nell'ignavia di un legislatore preoccupato di non definire fattispecie, beni tutelati, efficacia o quant'altro aspetto normativo possa togliere consenso, perché la loro gestione chiede sistema, coerenza, ragioni, tempo e, soprattutto, chiede la capacità politica di realizzarli.
- A conferma della peculiarità della disciplina generale che accompagna i crimini internazionali si osservi che proprio la Convenzione sul genocidio impone agli Stati contraenti di non considerare il genocidio, e gli altri delitti elencati nell'art. 3, come delitti politici ai fini dell'**estradizione** (art. 7/1 Conv. genoc.). A tale scopo, in Italia, si è ritenuto necessario intervenire mediante legge di revisione costituzionale (artt. 10 ult. c., 26 Cost – L. cost. n. 1/1967).
- Le fattispecie penali previste dall'ICC sono individuate in base alla competenza per materia della Corte. Estremizzando, anziché stabilire delle fattispecie su cui poi definire una giurisdizione, si è stabilita una giurisdizione per definire la tipicità delle fattispecie che vi rientrano. Ma le fattispecie dell'ICC non hanno natura solo **processuale** bensì sostanziale e, pertanto, dovrebbero essere ricondotte o perlomeno adattate alle garanzie tipiche della creazione, interpretazione, applicazione delle norme sostanziali (in particolare, principi di legalità e colpevolezza).
- In Italia, il principio di legalità ancora la sua **fonte** in un atto scritto avente forza di legge. Tale atto deve descrivere la fattispecie con precisione ed essere tassativamente applicato. Non è così per l'ICC che offre uno standard minimo di garanzia internazionale fissato nei diritti dell'Uomo (art. 21/3 ICC) e individua le sue fonti in : a) ICC e le sue integrazioni costituite dagli *Elements of Crimes* e dalle *Rules of Procedure and Evidence*; b) Norme convenzionali di diritto internazionale che possono acquisire valore consuetudinario e diventare vincolanti anche per gli Stati che non sono parte dell'ICC (Conv. genoc, New York, 9.12.1948, Conv. Haag, 18.10.1907, Conv. Ginevra del

1949 e i due protocolli del 1977, Statuti dei tribunali ad hoc ICTY e ICTR); c) diritto consuetudinario internazionale ; d) principi di diritto mondiali e, quando opportuno, degli Stati coinvolti; e) eventuale interpretazione offerta dalla migliore dottrina e giurisprudenza nazionale e internazionale (art. 21/2 ICC).

- Le disposizioni ICC possono essere **retroattive** per volontà degli stati aderenti, ma non oltre l'entrata in vigore dello Statuto (artt. 11/2, 12/3 ICC).
- Spesso le fattispecie dell'ICC sono più vicine a descrizioni sociologiche che giuridiche, almeno secondo un principio di precisione e sufficiente determinatezza strettamente inteso. Esempio, in tal senso, è l'individuazione dei **gruppi** che possono essere oggetto di genocidio cui interpretazione finisce per attribuire connotazioni soggettive fondate sull'*autoidentificazione*. Per quanto ampiamente discussi, l'ICC non ha infatti incluso nel genocidio gruppi *storici* o *politici* né, tanto meno, gruppi *culturali* o *sociali* (p.e. Khmer, Darfur) quando alle preoccupazioni giuridiche si sono aggiunte quelle politiche sull'indeterminatezza del concetto (cfr. *Report of the international Commission of Inquiry on Darfur* 25.01.2005; ICTR, Trial Chamber, 21.5.1999 P/*Kayishema & Ruzindana*; ICTY, Trial Chamber 14.12.1999 P/*Jelisić*).
- **Interpretazione.** La *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* (27.1.1980) sottolinea il significato obiettivo, sistematico e teleologico della norma con particolare riguardo al c.d. *effetto utile* (art. 31). Solo in subordine rinvia ai lavori preparatori che rappresentano lo strumento principe dell'interpretazione storica (art. 32).
- **La struttura del reato.** ICC rinuncia alla terminologia angloamericana ma non a molti suoi tratti, pur inserendo elementi originali. Idealmente diviso tra elementi che fondano ed escludono la responsabilità, il sistema penale previsto dall'ICC non ammette casi di omissione impropria; disegna una marcatura particolare del dolo che sembra escludere sia il *dolo eventuale* continentale sia la *recklessness* anglosassone, con varianti tra premeditazione e intenzionalità (*'intentionelle', 'deliberate'*), almeno per quanto riguarda la fattispecie di genocidio rappresentata dalla sottoposizione del gruppo a condizioni di vita tali da comportarne la distruzione fisica (cfr. artt. 2 lett. c Conv. genoc.); non distingue tra cause di giustificazione e scusanti, richiede un giudizio di proporzione per la legittima difesa e, come nello stato di necessità, la presenza dell'elemento psicologico sulla difesa/necessità, (artt. 31, 32 ICC); prevede casi di autoria e concorso di persone nel reato (art. 25/3 lett. a-c); configura la 'responsabilità del superiore' (art. 28); introduce, per la prima volta nel diritto internazionale penale, una regola espressa su tentativo e recesso (art. 25/3 lett. ICC).
- I crimini ICC non si **prescrivono** (art. 29 ICC).

Conclusione

Secondo complementarità, il sistema dell'ICC sottrae agli Stati la potestà penale, laddove si tratti di crimini di particolare gravità per dimensione, qualità, contesto situazionale. Pertanto, non sono solo ragioni storiche e simboliche a sostenere – finalmente – l'attuazione nazionale di un piano di tutela internazionale penale nei confronti di responsabilità individuali. Ma l'ICC prevede una parte generale e speciale volta alla disciplina dei crimini internazionali che, per genesi dei fatti e degli istituti giuridici chiamati a gestirli, implica un coinvolgimento e tratti di responsabilità collettiva, pur nell'accertamento di fatti e responsabilità individuali. Il sistema codicistico italiano è basato anch'esso su una codificazione di parte generale e speciale, ma rimane ancorato a fatti individuali per una responsabilità individuale, secondo principi legati al diritto penale classico, nel contesto autarchico esprimibile da un codice dell'epoca fascista. La convivenza dei due sistemi richiede perciò armonizzazione che solo una riformulazione generale del codice penale o un separato codice dei crimini internazionali possono offrire. Questa soluzione appare coerente con quanto disposto dalla *riserva di codice* recentemente introdotta nel codice penale italiano (art. 3 bis cp).