La Legislazione Penale

Fondata da Mario Chiavario *e* Tullio Padovani



Anno 2021

Nº 4

FONDATORI: Mario Chiavario e Tullio Padovani

DIRETTORI: Giovannangelo De Francesco, Alberto Gargani, Domenico Manzione, Enrico Marzaduri, Serena Quattrocolo, Laura Scomparin, Antonio Vallini

DIRETTORE RESPONSABILE: Laura Scomparin

COMITATO SCIENTIFICO: Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Herve' Belluta, Alberto Camon, Donato Castronuovo, Antonio Cavaliere, Francesco Cingari, Luigi Cornacchia, Federico Consulich, Giancarlo De Vero, Alberto di Martino, Emilio Dolcini, Heloisa Estellita, Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Gabrio Forti, Benedetta Galgani, Mitja Gialuz, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Adelmo Manna, Claudia Mazzuccato, Enrico Mezzetti, Daniele Negri, Adán Nieto Martín, Domenico Notaro, Francesco Palazzo, Chiara Perini, Paolo Pisa, Domenico Pulitanò, Bartolomeo Romano, Stefano Ruggeri, Giandomenico Salcuni, Maximo Sozzo, Paola Spagnolo, Lucia Zedner

REDAZIONE: Andrea Cabiale, Karma Natali, Laura Notaro, Laura Ricci, Ernestina Sacchetto, Alice Savarino

LA LEGISLAZIONE PENALE (www.lalegislazionepenale.eu) è una rivista *online* ad accesso libero. Tutti i contributi ospitati nella Rivista sono sottoposti a referaggio anonimo, ad eccezione degli scritti a firma dei direttori e di quelli pubblicati nelle sezioni *Interventi e Relazioni* e *Opinioni*. Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono consultabili nel Codice Etico, all'interno del sito della Rivista. I contributi pubblicati vengono fascicolati ogni tre mesi.

ISSN: 2421-552X

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di LA LEGISLAZIONE PENALE, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, Titolo del contributo, in Leg. pen. (o LP), 1/2021, p. 5.



I materiali pubblicati sono distribuiti con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0)

INDICE

E. Pezzi, D. lgs. n. 231/2001: la *vexata quaestio* dell'idoneità ed efficacia dei *mog* fra prospettive di riforma e fonti delle regole cautelari 3

A. Boldrin, Approccio compensativo e *overall fairness* nella giurisprudenza della Corte EDU, tra relativismo delle garanzie e altre derive 28

G. De Francesco, Principi di garanzia e direttive sistematiche nello scenario della successione di leggi penali: le c.d. modifiche mediate...59

V. Aiuti, Il sequestro preventivo come strumento di politica economica: note a margine del caso Ilva.....74

M. Sestrieri, Il bastone e la carota (avvelenata): due esempi recenti di norme di favore '*in malam partem*' 90

L. Barontini, La nuova fisionomia del *ne bis in idem*: da garanzia processuale a istituto ibrido.....110

G. Toscano, Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e il nodo (non sciolto) della bancarotta riparata.....150

F. Viggiani, "*Plan condor*" e il concorso di persone nel reato.....168

G. Borgia, Profili sistematici delle tecnologie di riconoscimento facciale automatizzato, anche alla luce dei futuribili sviluppi normativi sul fronte eurounitario.....206

A. Visconti, La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma 227

D. Perrone, Diritto penale ambientale e "*ticking time bombs*" interpretative: tra tensioni nuove ed antiche, sotto il profilo della prevedibilità *ex* art. 7 CEDU.....288

C. Ruga Riva, Fuoco, bosco, animali: prime osservazioni sul novellato delitto di incendio boschivo (art. 423-*bis* cp) 312

G. Salcuni, A. Manna, Manuale di diritto penale. Parte generale, 2°, milano, 2021. Recensione 319

"*PLAN CONDOR*" E IL CONCORSO DI PERSONE NEL REATO

di Francesco Viggiani
Dottorando di ricerca presso l'Università del Salento

Il 29 ottobre 1975, a Santiago del Cile, gli esponenti politico-militari di Cile, Uruguay, Argentina, Bolivia – ai quali negli anni successivi si aggiunsero i regimi dittatoriali di Perù e Brasile – gettarono le basi per un accordo, siglato il 25 novembre dello stesso anno, che diede vita al sistema Condor (o *Plan Condor*). Le vittime erano gli oppositori politici diventati scomodi, mentre il piano d'attacco consisteva nel rapire i bersagli, torturarli nei centri di detenzione clandestini per estorcere loro le informazioni, ed infine fargli sparire tramite i c.d. "voli della morte", da cui il nome "desaparecidos". Per garantire i risultati era necessario un coordinamento tra le varie strutture militari dei paesi firmatari. Partendo da un'analisi dell'intero apparato, l'articolo muove dall'intento di guardare la vicenda sia da un punto di vista di diritto internazionale che di diritto interno, approfondendo su questi diversi piani uno dei problemi dogmatici ancora molto discusso in dottrina: il modello del concorso di persone nel reato. A questo si aggiunge, inoltre, l'aspetto "collaterale" dell'applicazione del dolo eventuale nei casi di reati plurisoggettivi basati su strutture complesse e gerarchizzate, tipiche dei *delicta iuris gentium*.
On 29th october 1975, in Santiago de Chile, political-military exponents of Chile, Uruguay, Argentina, Bolivia – to whom added Perù and Brazil in the following years – laid the foundations for an agreement, signed on 25th november of the same year, which made the Condor System (or *Plan Condor*). Victims were the politic oppositors become troublesome, whereas the attack plan consisted in abducting the targets, torturing them in the illegal center of detentions for extorting the information, and finally making them disappear by "death flights", hence the name "decaparesidos". For ensuring the results it was required a coordination among the different military structures of the signatory countries. Beginning from an analyses of the all apparatus, the article attempts watching the fact both from a point of view of international law and of domestic law, deeping on these different floors one of the dogmatic problems still much discussed in doctrine: the model of participation in crime. Add to this, moreover, the "collateral" aspect of *dolus eventualis* in the cases of multi-subject offences based on complex and hierarchical structures, typical of the *delicta iuris gentium*.

SOMMARIO: 1. Introduzione. 1.1. Il quadro storico di riferimento. 1.2. I fatti del *plan Condor* dalla prospettiva del diritto internazionale. 1.3. La struttura dell'organizzazione criminale. 2. Il concorso nel diritto penale internazionale. 3. Le decisioni italiane e le difficoltà nell'applicazione dell'art. 110 c.p. all'interno del cono d'ombra dei *delicta iuris gentium*. 4. Un breve sguardo alle pronunce sudamericane. 5. Conclusioni.

1. Questo contributo analizza quanto accaduto in diversi ordinamenti nazionali di fronte ad una vicenda – nota come *plan Condor* – caratterizzata da macrodimensioni transnazionali tipiche dei *delicta juris gentium*, per comprendere se e in che misura la disciplina internazionale possa rilevare nell'applicazione del diritto nazionale nei processi interni, con specifico riferimento all'istituto del concorso di persone nei crimini internazionali.
I fatti alla base di quanto dibattuto consistono nella vasta operazione che negli anni '70 e '80 ha fatto del Sud America una terra ostile per tutti coloro che si opponevano ai regimi repressivi politico-militari. Il *plan Condor* funge quindi da caso paradigmatico di potenziale applicazione del diritto penale internazionale nei giudizi interni di diversi ordinamenti: si tratta infatti, come si vedrà, di un sistema di *gross violations* perpetrate a danno di un numero considerevole di soggetti, che ha provocato ripercussioni processuali in diversi Stati.
Se questo è il contesto fattuale di riferimento, il perno centrale dell'intero elaborato è invece raffigurato dall'istituto del concorso di persone nei crimini internazionali. Tramite l'analisi del suo sviluppo a livello internazionale e la sua possibile trasposizione in chiave interna, si cercherà di individuare le strade interpretative che sul punto più si addicono alla struttura dei *crimina iuris gentium*.
1.1. Il primo passo da compiere, al fine di una reale comprensione di come l'operazione *Condor* abbia portato alla commissione di crimini internazionali ed abbia visto una complessa organizzazione transnazionale, consiste in una breve disamina del quadro politico che ha caratterizzato l'America latina negli anni '70 e '80. In tal modo, risulta ancor più chiara la ragione per cui le brutali azioni repressive, eseguite all'interno del disegno criminoso del piano in oggetto, abbiano preso di mira solo una determinata cerchia di persone, denominate nel piano in questione come i "comunisti" (in realtà persone appartenenti a gruppi di sinistra piuttosto eterogenei tra loro[1]).
L'origine di queste azioni repressive è rinvenibile, a parere di taluni, «nell'alveo della politica statunitense, per evitare il diffondersi dell'esperienza cubana dei barbudos di Fidel Castro negli stati sudamericani dove l'influenza socialista e comunista era considerata troppo forte»[2]. Ad ogni modo, l'allarme del pericolo comunista innescò una politica di sicurezza nazionale gestita soprattutto dai vertici militari dei Paesi del Cono del Sud, che portò a sovvertire tramite colpi di Stato l'ordine istituzionale esistente[3], instaurando poi sistemi repressivi nei confronti degli oppositori.
Il primo caso fu quello dell'Uruguay, dove, già a seguito delle elezioni presidenziali del 1971 che videro vincitore Juan María Bordaberry, si ebbero varie azioni repressive molto aspre nei confronti, in un primo momento dei *Tupamaros* (MLN), estendendosi poi[4] ai partiti ed alle organizzazioni sindacali considerate di aiuto alla sovversione. La repressione si tradusse, negli

[1]Tra cui: *Partido por la Victoria del Pueblo* (PVP); *Partito Comunista Cileno*; *Grupos de Acción Unificadora* (GAU); *Resistentia Orbero Estudiantil* (ROE); *Partido Revolutionario de los Trabajadores de Bolivia* (PRT-B); *Junta Coordinadora Revolucionaria* (JCR); *Moviemnto di Azione Popolare Unitaria* (MAPU); *Partito Comunista Revolucionario* (PCR); *Unión de Juventtudes Comunistas* (UJC).
[2]Così G. Panzarella, *Sentenza "Condor"*, in *RDPG*, Fasc. 1/2017, in http://www.dirittopenaleglobalizzazione.it/.
[3]Cfr. G. Panzarella, *op. cit.*
[4]A partire dal successivo *golpe* del 27 giugno del '73 che diede pieni poteri dittatoriali a Bordaberry.

anni, in massicce ondate di arresti arbitrari, sequestri caratterizzati da violenze ed omicidi; sino ad arrivare, dopo il 1975[5], ad un riassetto istituzionale del paese, consegnando di fatto in mano dei militari le redini del potere[6].

Analogamente, in Cile, dopo l'assalto alla Moneda dell'11 settembre del 1973 che portò alla morte del Presidente della Repubblica Salvador Allende, il generale Pinochet diede vita ad un regime dittatoriale che cercò di «epurare» il paese dagli oppositori per mezzo di appositi gruppi militari, come la c.d. «carovana della morte»[7]. La situazione non fu di certo migliore in Bolivia o in Paraguay, dove i regimi dittatoriali condotti rispettivamente da Hugo Bánzer Suárez e da Alfredo Stroessner Matiauda[8] abbracciarono la politica repressiva anticomunista.

L'Argentina, invece, sino alla metà degli anni '70, risultava essere uno dei pochi paesi sudamericani apparentemente democratici, dove i perseguitati politici – soprattutto dall'Uruguay e dal Cile – si rifugiavano. In realtà, dopo diversi colpi di stato succedutisi nel tempo, il ritorno di Peròn in Argentina (1973), a seguito dell'esilio madrileno, acuì paradossalmente la divisione del suo movimento politico, sino a sviluppare al suo interno due fazioni contrapposte: la destra conservatrice e la sinistra studentesca dei *Montoneros*. La chiara propensione di Peròn contro quest'ultimo schieramento diede vita a numerosi scontri armati tra i *Montoneros* ed il gruppo para-militare *l'Alianza Anticomunista Argentina* (nota come A.A.A. o Triplice A), ma soprattutto avviò una campagna di spionaggio e di repressione nei confronti degli oppositori politici, prima ancora del successivo *golpe* del '76[9].

È un passaggio, questo, importante ai fini della comprensione del sistema Condor, in quanto, vista la fuga dei rifugiati uruguayani in Argentina e vista la visione comune del «pericolo marxista», iniziarono proprio nell'anno 1972-1973 le prime collaborazioni interstatali, in particolar modo tra l'intelligence argentina e quella uruguayana. Lo dimostrano, oltre che i vari documenti per mezzo dei quali avveniva lo scambio di informazioni sulla sorveglianza degli oppositori[10], talune testimonianze di famigliari delle vittime, che confermarono la presenza di poliziotti uruguayani nei gruppi armati argentini occupati nei rapimenti, segno emblematico della collaborazione repressiva tra i due Stati[11]. Con il colpo di stato del marzo '76 Jorge Rafael Videla, *ex* comandante dell'esercito, venne nominato come presidente. Il regime dittatoriale che si affermò fu basato sull'agire in segretezza – a differenza di quello del Cile –, nel tentativo di ottenere un maggiore consenso popolare. Per tale ragione «[l]a Triplice A fu attiva fino al giorno del colpo di stato, dopodiché non apparve più pubblicamente e i suoi membri entrarono a far parte dei gruppi clandestini della dittatura»[12]. La repressione operò dunque nell'ombra, all'interno delle maglie

[5]Anno in cui il Consiglio di Stato nominò alla carica presidenziale Aparicio Mendez che, con una serie di decreti di riforma costituzionale, ridisegnò l'assetto istituzionale del paese.
[6]Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, 35 s.
[7]Ass. app. Roma 08.07.2019 n. 32/2019, 29.
[8] Entrambi imputati nel procedimento istaurato in Italia (Corte di Assise di Roma R.G.N.R. 31079/05), ma deceduti.
[9]Ass. Roma 06.12.2000 n. 40/2000, caso *Suarez Mason*, 22 ss.
[10]Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, 17.
[11] Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017.
[12]«All'interno delle singole unità delle Forze Armate e della sicurezza vennero organizzati campi di concentramento, dove venivano portate le persone sequestrate, sottoposte a torture e nella maggior parte dei casi eliminate. La conduzione delle operazioni, nell'ambito della cosiddetta "guerra sporca", venne affidata all'Esercito e venne anche stabilita la ripartizione delle giurisdizioni tra le diverse Forze». Così Ass. Roma 06.12.2000 n. 40/2000, caso *Suarez Mason*, 24.

istituzionali e nei corpi armati statali integrati o creati *ad hoc*. E l'impunità era assicurata dalle c.d. «auto amnistie» concesse successivamente a beneficio del personale militare[13].

La segretezza fu quindi un comune denominatore di tutte le operazioni violente perpetrate da parte di tale organizzazione. Al riguardo, emblematico è l'esempio cileno. Se il *golpe* fu compiuto con un'azione palese delle forze armate, e se in un primo momento gli oppositori politici furono spesso arrestati e uccisi alla luce del sole, successivamente, a seguito della creazione della DINA[14] (e della sottoscrizione dell'accordo a Santiago del Cile che diede vita come si vedrà al *plan Condor*), gli atti di violenza divennero mirati e nascosti.

I sequestri degli oppositori politici furono il primo passaggio d'azione dell'organizzazione. Le persone catturate venivano trasportate nei centri di detenzione clandestini (CCD) perché rivelassero indicazioni utili in merito ai partiti o movimenti di appartenenza. Per raggiungere tale intento svariate erano le forme di tortura adoperate[15], e per far sì che il torturato non perisse alla prima scarica elettrica, era presente un medico che accertava le condizioni del malcapitato, cosicché si avesse più tempo per poter carpire le informazioni richieste.

Eccezion fatta per quei pochi prigionieri[16] che, data l'importanza rivestita tra le fila dell'opposizione, potevano essere utilizzati come merce di scambio anche a seguito delle notizie rivelate, per molti altri il passo che seguiva le loro "confessioni" consisteva nei c.d. «voli della morte». Si trattava di uccisioni di gruppi di prigionieri precipitati da aeroplani in alta quota mentre, nella maggior parte dei casi, sorvolavano l'oceano Atlantico[17]. Da qui il termine «*desaparecidos*», riferito a tutte quelle persone inghiottite dal *plan Condor* e mai più riapparse[18].

1.2. Rispetto alla trattazione in oggetto, però, ciò che in particolar modo rileva è la classificazione delle violenze sin qui descritte. Pur trattandosi di una qualificazione *prima facie*, sembra possibile valutare i fatti brevemente indicati secondo il diritto internazionale, e più in particolare qualificarli come crimini internazionali.

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo[19], in diverse pronunce[20]di corti interne sudamericane gli organi giudicanti hanno evidenziato come le azioni repressive, poste in essere dalle dittature militari facenti parte dell'organizzazione, costituissero effettivamente delle gravi violazioni dei diritti umani. Anche la Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo – chiamata a

[13]Un ulteriore esempio fu l'art. 1 della L. 14 giugno 1995 n. 26.479 peruviana che concedeva l'amnistia al personale di polizia per «fatti derivanti da, o commessi in occasione o come conseguenza della lotta contro il terrorismo». In E. Maculan, *La responsabilità per gravi violazioni dei diritti umani tra diritto penale interno e diritto penale internazionale: considerazioni a partire dal caso Fujimori*, in *AP*, n. 3, 1025-1058, 2015.

[14] La *Direccion de Inteligencia Nacional* costituita con D.l. del 14 giugno 1974 n. 521.

[15]Si andava dalle semplici percosse; all'appendere i soggetti dai polsi per poi martoriarli con scariche elettriche sui genitali, sulla mucosa orale o sulla tempia; alle bruciature dei piedi ed alla violenza sessuale riservata alle donne catturate. Cfr. Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, 71.

[16]Ad esempio, Gerardo Francisco Gatti era il presidente del Partito per la Vittoria del Popolo (PVP), fondato in Argentina nel 1975 dagli uruguayani fuggiti. Cfr. Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, 21 ss.

[17]Cfr. Cass. 26.02.2009 n. 218, in *CP* 2010, 1281, 2.

[18]In Argentina, si usava anche un'altra tecnica di uccisione. I prigionieri, già torturati, venivano nutriti, lavati e curati per qualche giorno, per poi essere trasportati in luoghi all'aperto e fucilati. Così facendo sarebbero potuti apparire come uccisi in scontri, circostanza che sarebbe apparsa come improbabile agli occhi dell'opinione pubblica se fossero stati rinvenuti dei cadaveri magri e torturati. Cfr. Ass. Roma 06.12.2000 n. 40/2000, caso *Suarez* Mason, 36 s.

[19]Cfr. par. 4.

[20]Ad esempio, Juzgado de lo penal de Montevideo, XIX Turna n. 36, 26.03.2009; 06.03.2001, Buenos Aires por el Juez Federal Dr. Gabriel R. Cavallo.

pronunciarsi sui casi *La Cantura*[21] e *Barrios Altos*[22] a carico del dittatore peruviano Fujimori – ha parlato, per eventi compiuti in quel quadro, di «*human rights violations*», accertando in particolare l'inosservanza degli artt. 1[23] e 25[24] della Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo[25].

Ma il dato che più di ogni altro interessa, per una lettura internazionalistica delle fattispecie considerate, sta nel fatto che le persecuzioni degli oppositori politici si siano ben presto tradotte in una «violazione grave e sistematica»[26] dei diritti fondamentali. Non si parla infatti di eventi sporadici o isolati, ma di una prassi estesa e sistematica di atrocità, non solo tollerata dai governi ma addirittura ideata e coordinata dalle autorità statali. Appare quindi possibile richiamare la categoria dei crimini contro l'umanità prevista dall'art. 7 dello Statuto della Corte Penale Internazionale, il cui elemento di contesto si sostanzia proprio nell'esistenza di un «esteso o sistematico attacco contro le popolazioni civili»[27]. Infatti, per poter parlare di crimini contro l'umanità, «è necessario […] che il singolo atto costituisca l'anello di una catena di crimini dello stesso tipo o faccia parte della sequenza di atti attraverso i quali tali crimini sono stati commessi (prassi estesa) ovvero che sia la manifestazione di un disegno politico o di un piano elaborato o ispirato da autorità statali, ovvero dai vertici di un'entità *de facto*, o di un gruppo politico organizzato (prassi sistematica)»[28].

Nel caso *de quo*, la sistematicità caratterizza ogni crimine: la tortura, i sequestri, i trasferimenti forzati, le sparizioni e gli stupri costituiscono tutta una serie di «reati mezzo» eseguiti in quel determinato contesto repressivo, come piccoli tasselli riproposti in maniera metodica per la creazione di un unico grande mosaico. Il rinvio fatto ai crimini contro l'umanità assume contorni ancor più calzanti, rispetto alle vicende del *plan Condor*, se riferito alle fattispecie di persecuzione e di sterminio, anch'esse previste come sottocategorie dei crimini *ex* art. 7 dello Statuto di Roma. La circostanza oggettiva che infatti potrebbe condurre all'applicazione di tali *delicta* si sostanzia nella possibilità di identificare un determinato «gruppo» o «parte di popolazione», anche per ideologie politiche che li caratterizzano; distinguendosi, poi, a seconda che si tratti di «*intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law*» nel caso della persecuzione, o di «*intentional infliction of conditions of life* […] *calculated to bring about the destruction of part of a population*» riguardo allo sterminio.

---

[21]Corte IHD 29.11. 2006, caso *La Cantura v. Perù.*

[22]Corte IHD 14.03.2001, caso *Barrios Altos v. Perù.*

[23]Art. 1 CADU: «1. Gli Stati Parti di questa Convenzione si impegnano a rispettare i diritti e le libertà riconosciuti negli articoli seguenti e ad assicurare a tutte le persone soggette alla loro giurisdizione il libero e pieno esercizio di tali diritti e libertà, senza discriminazione per ragioni di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o altra, origine nazionale o sociale, condizione economica, nascita o ogni altra condizione sociale. 2. Ai fini della presente Convenzione, il termine «persona» si riferisce ad ogni essere umano».

[24]Art. 25 CADU: «1. Ognuno ha diritto ad un accesso semplice e rapido o comunque effettivo ad una corte o tribunale competente per ottenere protezione dagli atti che violano i suoi diritti fondamentali riconosciuti dalla costituzione o dalle leggi dello Stato in questione o dalla presente Convenzione, anche quando tali violazioni siano state poste in essere da persone nell'esercizio di funzioni ufficiali. 2. Gli Stati Parti si impegnano a: a) assicurare che ogni persona che propone un'azione abbia accertato il proprio diritto da un'autorità competente costituita secondo l'ordinamento legale dello Stato; b) espandere le possibilità di rimedio giudiziario; c) assicurare che autorità competenti diano esecuzione alle decisioni prese sulle basi del ricorso presentato».

[25]Corte IHD 14.03.2001, caso *Barrios Altos v. Perù*, par. 42.

[26]Così E. Maculan, *La responsabilità*, *cit*., 4.

[27]Cfr. M. Crippa, *Sulla (perdurante?) necessità di un adeguamento della legislazione interna in materia di crimini internazionali ai sensi dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in www.penalecontemporaneo.it, Milano 2016, 11.

[28]Così A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, I, *Diritto sostanziale*, a cura di S. Cannata, Bologna 2005, 79.

Del resto, l'identificazione dei gruppi, oggetto delle violenze, in ragione della loro appartenenza politica rappresenta un elemento di *discrimen* rispetto ad una qualificazione delle vicende discusse come genocidio, che per definizione potrebbe invece riguardare solo gruppi nazionali, etnici, razziali e religiosi[29].

Alla luce di tutto ciò, pertanto, risulterebbe congruo parlare delle vicende dell'operazione sudamericana come fatti tipizzabili secondo l'art. 7 dello Statuto di Roma, prima ancora che all'interno dei codici penali nazionali. È presupponendo una tale qualificazione secondo il diritto penale internazionale che dunque questo lavoro si svilupperà.

1.3. Vi è infine un ulteriore aspetto fattuale da considerare, che conferma come le condotte in esame vadano al di là dei confini dei codici nazionali e che soprattutto evidenzia la particolare rilevanza del tema del concorso di persone. Si tratta della struttura stessa alla base dell'operazione *Condor*.

Tale operazione, nata per sconfiggere il nemico comune socialista, ha di fatto unito taluni Stati del Sud America creando una complessa organizzazione caratterizzata dal loro coordinamento attraverso un vero e proprio accordo[30].

Per mezzo di tale patto criminale, si creò una rete tra i vari paesi, atta allo scambio di informazioni sugli oppositori politici quanto all'agevolazione ed alla garanzia di impunità per i reati commessi dai rispettivi gruppi di spedizione nel territorio di un altro Stato firmatario. Un'attività criminale, questa, con caratteristiche spiccatamente internazionali, data la condivisione di dati utili e soprattutto la collaborazione operativa tra organi di diverse giurisdizioni.

D'altra parte, a rendere ancor più complessa l'intera vicenda, si aggiunge la capillare ripartizione di funzioni che caratterizzava la struttura interna di ogni Stato parte dell'accordo. In via preliminare, pare opportuno precisare che l'apparato che indicava le direttive e gli obiettivi da compiere era di tipo gerarchico, sviluppato sia in senso orizzontale – ovvero tutti gli esponenti militari dei vari Stati, tramite il patto del '75, si accordavano sui punti principali dell'operazione –, che in senso verticale, dato che all'interno di ogni paese le attività venivano predisposte a livello politico-istituzionale e, successivamente, attuate in seno ad organismi militari precostituiti, anche se spesso modificati tramite la creazione di nuclei speciali.

Ai fini di una semplificazione espositiva, si analizza la struttura organizzativa predisposta dall'Uruguay – uno degli Stati più attivi all'interno del *plan Condor* – affinché si possano via via collegare gli organi corrispondenti negli altri Stati concorrenti.

---

[29]Come sottolineato autorevolmente in dottrina, la mancanza all'interno di tale fattispecie di reato (*ex* art. 6 St. CPI) del riferimento ai gruppi "politici" tra i soggetti vessati non sarebbe figlia di una imprecisione della norma o di una lacuna casuale, ma, piuttosto, «di una scelta precisa e consapevole dei redattori della Convenzione. In effetti, si può dubitare che l'uccisione deliberata dei membri di un gruppo politico (ad esempio, l'uccisione di tutti i comunisti di un determinato paese), che certamente costituisce un atto di sterminio, sia anche genocidio» Così, A. Cassese, a cura di S. Cannata, *cit.*, 123.

[30]La nascita dell'organizzazione è attribuibile a Juan Manuel Contreras, uno degli uomini fidati di Pinochet, il quale si fece promotore di tale operazione, istituzionalizzando così «un sistema […] di collaborazione tra servizi di intelligence, fino allo scambio di detenuti e alla collaborazione repressiva tra i paesi del Cono Sud». Il 29 ottobre 1975, a Santiago del Cile, gli esponenti politico-militari di Cile, Uruguay, Argentina, Bolivia – ai quali negli anni successivi si aggiunsero i regimi dittatoriali di Perù e Brasile – gettarono le basi per un accordo, siglato il successivo 25 novembre, che diede vita al sistema Condor. Tramite tale patto i firmatari si impegnarono anche a costituire «un archivio centralizzato dei precedenti delle persone, delle organizzazioni e delle attività, connesse direttamente o indirettamente, con la sovversione», oltre ad «assicurare la presenza nelle ambasciate dei rispettivi Paesi aderenti, di personale del servizio di intelligence nazionali». Cfr. Ass. app. Roma, 8 luglio 2019, n. 32/2019, 33, 30.

Al vertice della gerarchia dell'organizzazione vi era la «*Commissione affari politici, la leadership degli apparati repressori*» (COMASCO), di cui facevano parte, oltre al Presidente della Repubblica, anche alcuni ministri, come ad esempio l'allora Ministro degli esteri Juan Carlos Blanco[31], imputato nel procedimento tenutosi in Italia. Si intersecava con tale organo di vertice il *Consejo de Seguridad Nacional*[32] (COSENA), la vera unità operativa di tutta l'operazione, che individuava gli obiettivi e definiva le azioni da intraprendere. Esso era costituito dai membri politico-istituzionali – il Presidente ed i ministri dell'interno, degli affari esteri e della difesa – e dai comandanti in capo delle forze armate[33], che a loro volta costituivano la c.d. *Junta de Comandantes en Jefe* (JCJ)[34].

La *Junta* era, dunque, l'organo all'apice dell'apparato militare, a cui erano imputati i compiti di «assicurare il coordinamento fra le distinte forze e fra le forze congiunte che avrebbero potuto formarsi [e] di regolamentare l'organizzazione e il funzionamento propri e di tutti gli organi da essa dipendenti»[35]. Ad essa erano sottoposti due altri importantissimi organi ai fini dell'attuazione concreta della politica repressiva: il *Servicio de Información de Defensa* (SID) e lo Stato maggiore congiunto (ESMACO)[36].

Lo stesso corpo militare era a sua volta suddiviso in quattro divisioni dell'esercito e presso ciascuna era stato creato un *Organo Coordinador de Operacíones Antisubversívas* (OCOA), formato da personale proveniente dalle tre Forze armate e dalla polizia. Era proprio l'OCOA a condurre le indagini, gli interrogatori e le torture all'interno dei centri di detenzione clandestini[37].

Un altro organo che ha rivestito un ruolo di estrema importanza in Uruguay è stato il corpo dei *Fusileros Navales* (FUSNA), "gioiello" di spicco della marina uruguayana. Era quest'ultimo ad effettuare rilevanti attività investigative, ed allo stesso apparteneva la famigerata sezione «*S2*» che godeva di un'ampia discrezionalità in materia di perquisizioni, sequestri e nel disporre dei prigionieri al fine di ricavare dagli stessi il maggior numero di informazioni possibili, senza rendere alcun conto sul destino o sulle modalità di trattamento dei soggetti sequestrati[38]. Secondo le prove documentali[39] confluite nel processo italiano riguardante, tra gli altri, il capo dell'S2 Troccoli ed il suo successore Lacebeau, l'*alter ego* argentino del FUSNA per struttura e compiti era l'*Escuela de Marina de la Armada o grupo de terea* 3.3.2. (ESMA), con la quale del resto vi erano stretti rapporti di collaborazione.

Infine, all'ultimo posto della scala gerarchica militare si trovavano gli organi di Polizia urbana e di Stato che, in accordo con i comparti operativi della grande operazione criminale, fornivano aiuti logistici e pratici al fine di agevolare le operazioni di sequestro dei nemici politici.

[31]Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, 10.
[32]Affiancato al governo uruguayano per il tramite del decreto 23.02.1973 n. 163/973.
[33]Ass. app. Roma 08.07.2019, n. 32/2019, 34.
[34]Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, 38.
[35]Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, *ivi*.
[36]Il corrispondente paraguayano dell'ESMACO era l'ESMAGENFA, il quale dedicò il suo II Dipartimento alla repressione degli oppositori; lo stesso dicasi, ad esempio, del I Corpo dell'esercito argentino, che gestiva la Zona 1 dove si trovavano taluni centri di detenzione, o del II Dipartimento (D-2) boliviano, al capo del quale prefigurava Luis Arce Gomez, responsabile del sistema Condor in Bolivia.
[37]Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, 39.
[38]Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, 72.
[39]Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, 81 s.

Se da un lato, come si è appurato, le divisioni prettamente militari sin qui descritte hanno avuto un ruolo fattuale di centrale importanza, non di meno però può dirsi dell'altro organo indicato, ovvero il (SID). Questo era costituito da membri delle forze di sicurezza e rappresentava l'ufficio simbolo di tutta l'operazione, in quanto era il servizio centrale di informazione e di intelligence; era per mezzo di tale organo quindi che si raccoglievano tutti i dati affinché fosse possibile in un momento successivo agire in maniera chirurgica nei riguardi degli oppositori[40]. La riprova della centralità di tale ufficio si può riscontrare dalla rilevanza data ad un organo corrispondente al SID in Cile: ovvero la *Direccion de Inteligencia Nacional* (DINA)[41]. Non a caso, la stessa venne istituita subito dopo il *golpe* del '73 con la chiara intenzione – come specificato in precedenza – di occultare l'attività di repressione, essendo tale organismo pensato per «riunire tutta l'informazione a livello nazionale proveniente dai differenti campi di azione», al fine di agevolare la formulazione delle politiche di sicurezza nazionale, divenendo così «il principale responsabile della lotta alla sovversione e delle operazioni all'estero contro gli oppositori politici e della cooperazione con i servizi […] stranieri per colpire gli esuli cileni»[42]. Rileva, inoltre, come in ciascuno degli Stati coinvolti nel Plan Condor si trovavano organi omologhi del SID[43].

Da tale descrizione si possono, a questo punto, porre in evidenza taluni tratti salienti caratterizzanti la struttura del *plan Condor*.

Il primo punto riguarda la riconversione che taluni organi subirono con l'avvio del piano comune. Un esempio emblematico è dato dall'accademia argentina ESMA, divenuta un ibrido composto, sia da ufficiali della marina che continuavano a formare le leve, sia da un gruppo informale composto da élite militari. È una struttura questa che prende altresì rilevanza da un punto di vista «simbolico-espressivo» a guardar bene: si tratta infatti di una compagine istituzionalizzata, già preesistente, integrata in un certo qual modo da una parte operativa la cui attività però rimaneva occulta o camuffata da relazioni di servizio falsate al fine di creare una regolarità formale tipica di quell'apparato.

Il secondo aspetto riguarda l'ampiezza del fenomeno, in quanto, l'estensione dello stesso determinò svariati *loci commissi delicti* – addirittura in diverse nazioni –; coinvolse i diritti fondamentali di un numero considerevole di persone con altrettante nazionalità; ed infine, prese piede grazie al contributo di veri e propri organi appartenenti a diversi apparati. Tutti questi elementi portarono ad un moltiplicarsi di giudicati come si vedrà di seguito, facendo derivare conseguenze diverse nonostante l'unicità dell'organizzazione criminale.

Infine, non si può di certo prescindere dalla spiccata, quanto problematica, compartimentazione delle funzioni all'interno delle strutture gerarchiche. Tale caratteristica permetteva ad ogni organo di vertice di ripartire al suo interno specifici ruoli a determinate microstrutture, che a loro volta

[40]Anche il SID era caratterizzato da una compartimentazione interna, ed invero, era in special modo il Dipartimento 3 (D-3), diretto all'epoca dagli imputati Antonio Rodriguez Buratti e José Antonio Gavazzo, ad occuparsi della repressione politica, collaborando strettamente con l'OCOA. Cfr. Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, 39.

[41]Costituita con D.l. 14.06.1974 n. 524.

[42]Così Ass. app. Roma 08.07.2019 n. 32/2019, 30.

[43]Essi furono il *Servicio de Inteligencia del Estado* (SIE) boliviano; il *Servço Nacional de Informções* (SNI) esistente in Brasile; la *Dirección de Inteligencia del Ejército* (DINTE) con annesso *Servicio de Inteligencia del Ejèrcito* (SIE) in Perù; e, concludendo, per la *Secretaía de Inteligecia del Estado* (SIDE) argentino, la cui articolazione denominata «*OT18*» gestiva «*Automotores Orletti*», uno dei centri clandestini di detenzione più utilizzati a Buenos Aires. Cfr. Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, 11.

dividevano i compiti scegliendo le modalità migliori per raggiungere gli obiettivi prefissati dall'alto. Ulteriori indicatori della complessità della struttura criminale erano i punti di coordinamento operativo e di intelligence, come l'OCOA e lo stesso SID che, collaborando tra loro, risultavano centrali per la cooperazione tra i vari reparti. O ancora i c.d. «ufficiali di collegamento» – come il capo del servizio S2 del FUSNA Jorge Nestor Troccoli Fernandez – che facevano da ponte fra strutture di diversi paesi firmatari[44].

Tutti questi dati mostrano la complessità della struttura dell'operazione Condor e sollevano interrogativi in merito all'istituto del concorso di persone nel reato. Muovendo, come detto, dalla prospettiva del diritto penale internazionale, si cercherà, *in primis*, di delineare le principali regole internazionali sul concorso di persone, per poi passare all'analisi di alcune pronunce intervenute sul Caso Condor, tentando di vagliarle alla luce di quanto in precedenza evidenziato.

2. Come si vedrà, l'evoluzione dell'istituto del concorso di persone nell'*International criminal law* ha preso piede prettamente all'interno delle aule di giustizia, nelle quali il lavoro interpretativo dei giudici internazionali ha cercato di colmare le lacune normative che spesso caratterizzano le disposizioni di tale branca del diritto internazionale. Poche norme positive, dunque, si sono succedute nel tempo, ed in molti casi di alcun apporto significativo rispetto ai punti deboli contrassegnanti tale istituto.

Una delle prime disposizioni sul concorso di persone risulta essere quella delineata dall'art. 6 della Carta di Londra[45], che, nel suo ultimo paragrafo, estende il principio della responsabilità personale –«*for all acts performed by any persons in execution of such plan*» – ai «*leaders, organizers, instigators and accomplices*» che avessero partecipato «*in the formulation or execution of a common plan*» o avessero cospirato[46] al fine di commettere il crimine. Si tratta, in altre parole, del

[44]Nel caso infatti dell'imputato Troccoli, emerse in sede dibattimentale la spola che lo stesso faceva nei casi di interrogatori o di indagini rilevanti tra il FUNSA uruguayano e l'ESMA argentina, segno tangibile dell'estensione internazionale dell'attività criminale. Come venne ampiamente dimostrato dagli studi e dalla documentazione probatoria in seno al procedimento di primo grado avvenuto in Italia presso la Corte di Assise di Roma (R.G.N.R. 31079/05), in diverse occasioni nei giorni antecedenti alcuni sequestri avvenuti a Buenos Aires contro i militanti di opposizione uruguayani, vi furono dei viaggi del Troccoli con altri sottoufficiali che dall'Uruguay atterravano proprio a Buenos Aires. Cfr. Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, 75 s.

[45]*Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis*, siglato a Londra l'8 agosto del 1945 e costituente lo Statuto dell'*International Military Tribunal* (IMT).

[46] La scelta del verbo non è di certo casuale, ma deriva dalla c.d. "*conspiracy*": modello angloamericano sul quale si basa la responsabilità dei leaders prevista nella Carta di Londra. Nato nell'Inghilterra del XIV secolo, tale modello ha preso piede al fine di incriminare più persone accordatesi per rivolgere false accuse ad un soggetto, poi ritenuto innocente. Con il passare sei secoli, questo concetto ha preso le sembianze di un vero e proprio reato, sino ad essere previsto nel Criminal Law Act del 1977 quale crimine consistente nel mero accordo tra più persone volto alla commissione di una qualsiasi attività criminale. Pertanto, la risposta penale veniva attivata già dal mero *pactum* tra più persone, indipendentemente dal fatto che questi avessero di fatto commesso, o coadiuvato a realizzare, un reato. Tutti erano colpevoli di quanto commesso perché parti di un contratto. Dalla sua esecuzione tutti avrebbero beneficiato, essendo stato posto in favore della cospirazione, come sottolineato dalla dottrina americana Pinkerton. Se tale reato ha trovato fortuna negli ordinamenti di *common law*, lo stesso non può dirsi rispetto a quelli di *civil law*. Basti a tal proposito volgere lo sguardo all'articolo 115 c.p. italiano, che chiaramente esclude la rilevabilità del c.d. "tentativo di concorso", consistente, per l'appunto, nel mero accordo non seguito dal delitto (sul tentativo di concorso si veda S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[2], il Mulino, Bologna, 2017, 790, 743). Più in generale, si è sostenuto che negli ordinamenti di *civil law* – come quello tedesco o spagnolo – la *conspiracy* venisse più che altro vista come forma di responsabilità, rilevabile penalmente solo a seguito della commissione di una fattispecie criminosa. Secondo tale concezione, inoltre, la responsabilità dei partecipanti all'accordo prendeva forma solo dal momento in cui questi avessero contribuito personalmente, con una propria condotta, alla realizzazione dei fini prefissati dall'organizzazione, e non come meri contraenti del piano. Ed invero, in questi ordinamenti si parla più che di *conspiracy* di "organizzazione criminale", ovvero di un gruppo di persone riunite per commettere dei reati. L'accento viene quindi posto sul gruppo e non sul mero accordo; nell'organizzazione, spesso gerarchica, tutti hanno un ruolo, e diventano responsabili dal momento in cui commettono, o aiutano a commettere, un determinato

modello c.d. «unitario» (ovvero "*Einheitstätermodell*"[47],o "*holistic model*", "*unitary perpetrator model*"[48]), che si caratterizza, come suggerisce Eser, per il fatto di considerare «*every person who contributes to the carrying out of a crime in whatever way and degree as a "perpetrator", without distinguishing in any way between different types of true "actors" or mere "accomplice"*»[49]. Un modello paritetico, dunque, che eguaglia nella punibilità la posizione di tutti i correi indistintamente, purché ognuno di questi abbia fornito un qualche contributo alla commissione del fatto criminoso[50]. Esso trovò pieno riscontro negli Statuti dei Tribunali di Norimberga e Tokyo[51], come trova ancora oggi una sua corrispondente attuazione in ordinamenti come quello austriaco o italiano[52].

reato contribuendo così alla causa dell'organizzazione, fatti salvi, logicamente, i casi previsti *ex lege* dove il mero accordo o partecipazione basta ad integrare la lesione di un bene giuridico. Venendo ora al diritto penale internazionale, nonostante lo statuto di Norimberga facesse riferimento alla *conspiracy*, il Tribunale Militare Internazionale di Norimberga (ITM) specificò che, se da una parte poteva accogliersi quanto proposto dagli americani rispetto all'utilizzare la *conspiracy* per punire i gerarchi nazisti colpevoli di aver preso parte ad un *common plan*, dall'altra, questa non integrava alcun reato a sé stante, quanto piuttosto una pianificazione e preparazione dell'"*agressive war*". Segno tangibile, questo, di un compromesso tra la concezione della *conspiracy* nella *common law* e quella delineata dagli ordinamenti di *civil law*, che creò ambiguità e che costrinse l'ITM a limitare la portata della *conspiracy* riducendola temporalmente – solo per atti "preparatori" posti dal 1937 al 1939 –, e per i soli crimini contro la pace. In particolar modo, l'IMT considerò la *conspiracy* quale "*mode of partecipation*" in questi specifici crimini, nonostante la *conspiracy* di cui all'ultimo paragrafo dell'articolo potesse leggersi quale forma di "*complicity*" rivolta a tutti i crimini ivi previsti. Quindi, in un certo qual modo, è come se l'ITM avesse voluto restringere l'enorme portata della *conspiracy*, escludendo, inoltre, l'applicabilità della regola di *common law* secondo cui tutti i "cospiratori" sarebbero stati *sic et simpliciter* responsabili per gli atti compiuti per perseguire l'obiettivo comune. Da qui inizia a prendere piede una nuova visione della *conspiracy*: non più fattispecie autonoma di reato, ma forma di responsabilità concorsuale. Nei processi svolti innanzi al Tribunale di Norimberga (NMT) per i soggetti intermedi – tenuti in forza della L. n. 10 del Consiglio di Controllo Alleato (CCL) – molti *prosecutors* fecero rientrare tra le forme di responsabilità *ex* art. 2, par. II, CCL, anche la *conspiracy*, allontanandosi sempre più dalla sua concezione classica. Per un tratto la *conspiracy* ebbe il suo "ritorno" nelle aule del Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente (IMTFE), per poi perdere quasi definitivamente rilievo innanzi al Tribunale per l'Ex Jugoslavia. Il quasi è d'obbligo, visto che, in realtà, alla *conspiracy* è susseguita, come si vedrà in questo lavoro, un'altra forma di responsabilità che sembra nascere da una sua costola: la *Joint Criminal Enterprise* (JCE). Per taluni una forma mascherata di *conspiracy*, estesa a tutti i crimini internazionali ed arricchita dalla necessità del contributo fattivo del concorrente, oltre al consueto *common plan*. Per una lettura sulla *conspiracy*, si veda J. R. Amenge Okot, *The crime of conspiracy in International Criminal Law*, Hague 2014; G. P. Fletcher, *Basic concepts of criminal law*, New York 1998.

[47]Cfr. D. Piva, *Responsabilità penale individuale e collettiva*, in *Diritto penale internazionale, Studi (vol. 2)*, a cura di E. Mezzetti, Torino 2010, 26.

[48]Cfr. A. Eser, *Individual Criminal Responsibility*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary* V. I, a cura di A. Cassese, P. Gaeta, J. R. W. D. Jones, New York 2002, 781.

[49]A. Eser, *op. cit.*,781.

[50]Tra i vari modelli di concorso, quello previsto dall'art. 110 del c.p. italiano si caratterizza perché «rinuncia ad una determinazione delle condotte punibili, evitando qualsiasi delimitazione del campo della responsabilità penale». Da questo si differenzia il modello previsto dal codice penale francese del 1994 (*ex* art. 121-7) – sul punto invariato rispetto al *code Napoléon* del 1810 –, che dispone, da una parte, un'«ampia e dettagliata descrizione delle condotte di complicità», mentre dall'altra, equipara gli effetti sanzionatori tra autori e complici. Il codice penale spagnolo del 1848, invece, «pone[va] una nozione di autore variamente articolata sul concetto di esecuzione e prevede[va] un'attenuazione di pena per l'agevolatore», caratteristica che nel successivo codice del 1995 (*ex* art. 28 c.p.e.) è rimasta pressocché invariata, data l'applicabilità della pena prevista dalla fattispecie integrata per gli "autori" di cui al primo comma dell'art. 28, riconosciuta nella forma attenuata per i "complici" del comma successivo. Ed infine, «la soluzione del codice tedesco […] definisce assai genericamente le nozioni di autore, coautore, istigatore e complice disponendo per quest'ultima una riduzione di pena». Così S. Seminara, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano 1987, 2, 86, 144, 145. Sul punto si veda anche F. Palazzo, M. Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*[3], Torino 2013.

[51]Cfr. K. Ambos, *Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: A Jurisprudential Analysis – From Nuremberg to The Hague*, in *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*. *The experience of international and national courts*, a cura di McDonald and Swaak-Goldman, Hague 2000, Vol. 1, note 6, 8.

[52]Cfr. A. Eser, *op. cit.*, 781.

Ad ogni modo, nonostante negli anni successivi parte della dottrina più autorevole, nel progettare una sorta di normativa in materia, avesse richiamato tale tipologia di responsabilità[53], l'evoluzione giurisprudenziale e teorica successiva di molti ordinamenti – spesso considerati come modello di riferimento anche dalle Corti internazionali – ha gradualmente delineato una diversa teoria («*differential partecipation model*») fondata sulla distinzione tra autorìa (*perpetratorship*) e mera partecipazione (*partecipation*)[54]. È una teoria questa «*based on the observation that* […] *the casual contributions can be so different in weight and closeness to the accomplishment of a crime that it would be un just to treat alla persons involved in the same way*»[55]; ecco perché dunque si distingue la figura del «*perpetrator*» (autore in senso proprio) – che è colui che pone in essere il fatto tipico – dai meri partecipi[56], ovvero coloro che hanno contribuito, materialmente o moralmente, alla realizzazione del crimine. La conseguenza pratica è duplice: da una parte, è come se si separasse la responsabilità dei complici da quella dell'autore principale[57]; dall'altra, poi, ad ogni specifica figura soggettiva corrisponde una diversa cornice edittale di pena, in funzione del diverso disvalore delle rispettive condotte, il che appare più in linea con il principio di determinatezza, dal momento che l'individuazione della risposta sanzionatoria non viene affidata in via esclusiva alla discrezionalità del giudice, come invece accade nel modello unitario.

Connessa in qualche misura al modello differenziato, risulta la ben nota posizione assunta da Roxin nel 1963[58], la cui teoria sarà poi espressamente richiamata, molti anni dopo, in alcune significative pronunce sia dell'ICTY, sia dell'ICC[59]. In via preliminare, però, pare opportuno precisare che la concezione richiamata non sia qualificabile come una forma di concorso. Essa nasce al fine di punire come autori principali (o «*perpetrators*») soggetti che altrimenti non sarebbero stati "raggiungibili" da alcuna norma penale a causa della c.d. accessorietà «estrema», caratterizzante l'ordinamento tedesco. In effetti, a differenza della nostrana c.d. accessorietà «minima» – secondo cui, per dar rilevanza alle condotte atipiche poste in concorso tra persone, sia sufficiente che il fatto a cui esse accedono sia tipico –, quella estrema richiede che questo, oltre ad essere tipico, sia

[53]Il riferimento riguarda il c.d. *Updated Siracusa Draft* del marzo 1996, frutto della collaborazione tra l'*Association Internationale De Droit Pénal* (AIDP), l'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC) di Siracusa e il Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law di Freiburg, con l'assistenza altresì di esperti di diritto. Il cui art. 33-9(1) metteva «*the commission of the crime on the same level and within the same category as planning, instigating, ordering, or otherwise aiding*». Così A. Eser, *op. cit.*, *ivi.*

[54]Modello adottato dagli ordinamenti di Francia, Germania, Spagna, Svizzera e, con delle particolarità, dai codici penali dei sistemi di *Common Law*, in A. Eser, *op. cit.*, 782.

[55]*Ibidem.*

[56] In taluni ordinamenti distinti a loro volta in differenti sub categorie. Come, ad esempio, avviene in Argentina, Uruguay, Perù, Cile, Venezuela e Bolivia. Sul punto, E. v. Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, New York 2012, 66 ss.

[57]Tale separazione sembrerebbe avere un carattere prettamente figurativo. Questo perché, nel modello differenziato di partecipazione, la responsabilità dei complici viene indicata come «*derivative*» o «*accessorial liability*»; ovvero una responsabilità dipendente da quella dell'autore principale. È pur vero, però, che tale rapporto di dipendenza abbia perso robustezza nel corso del tempo. Infatti, a differenza del passato, nei codici moderni non si parla più di «*strict accessorial liability*», ma di «*limited accessorial liability*», volendo intendere con questo termine una dipendenza rispetto alla sola illegalità della condotta principale. Di conseguenza, i complici rimarrebbero responsabili, ad esempio, malgrado l'autore principale fosse minore (*ex* art 26 St. ICC) o incapace (*ex* art. 31, lett. *a*, *b* St. ICC). Così A. Eser, *op. cit.*, 783.

[58]C. Roxin, *Straftatenim Rahmen organisatorischer Machtapparate*, *GA*, 1963, pp. 193 ss.; C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrshaft*, 7. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin-New York 2000, 242-252, 677 ss.

[59]Cfr., ad esempio, ICTY *Stakić*, IT-97.24-T, *Trial Judgement*, TC, 31 luglio 2003, par. 439-440; ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, 01/04-01/07, *Pre-Trial Chamber I*, 30 settembre 2008, parr. 495-518.

anche antigiuridico e colpevole. E dunque, come poter punire soggetti che si siano serviti di altri – esecutori materiali – qualora il fatto realizzato fosse stato privo di antigiuridicità o di colpevolezza?[60]

A tal proposito, l'illustre penalista tedesco elaborò e prospettò un'inedita forma di autorìa mediata: quella che si attua per il tramite di apparati di potere organizzati («*kraft organisatorischer Machtapparate*»). L'idea di fondo era che, sulla base del dominio del fatto («*Tatherrschaft*») quale criterio decisivo ai fini dell'autorìa («*Täterschaft*»), vi fossero soltanto tre ipotesi in cui sarebbe possibile dominare il corso degli accadimenti senza intervenire, in prima persona, nella fase esecutiva del reato: si può ricorrere alla costrizione o all'inganno nei confronti dell'esecutore materiale oppure si può anche – ed era questo l'aspetto originale del suo pensiero – impartire un ordine attraverso un apparato di potere organizzato, che ne garantisca l'esecuzione anche senza costrizione e senza inganno[61].

In quest'ordine di idee, può dirsi, pertanto, «autore mediato» colui che gestisce la leva di comando – a prescindere dal livello in cui è collocato nella gerarchia – di un apparato di potere organizzato e attraverso un ordine è in grado di determinare la perpetrazione di reati, in relazione ai quali resta priva di rilevanza l'individualità dell'esecutore materiale[62].

Caratteristica precipua di questa particolare figura di autorìa mediata sarebbe, dunque, la *fungibilità* dell'autore immediato, la sua incondizionata sostituibilità ad opera dell'*Hintermann*: il che gli garantirebbe il buon esito della sua iniziativa – cioè l'esecuzione del reato – e lo metterebbe nella condizione di dominare il corso degli accadimenti. L'autore immediato sarebbe nulla più che una mera rotella nell'ingranaggio dell'apparato di potere organizzato[63].

Quest'ultimo si caratterizzerebbe pure per la sua *Rechtsgelöstheit*, cioè per il fatto di agire al di fuori dell'ordinamento giuridico, perseguendo scopi illeciti[64].

Ad ogni modo, ciò che sembra aver dato gran risonanza a tale teoria è la sua duttilità, la sua adattabilità ai casi di crimini internazionali, quasi sempre basati su strutture gerarchiche complesse, in considerazione delle quali – come il celebre caso *Eichmann* suggerì – «il grado in cui ciascuno dei tanti criminali era vicino o lontano dall'uccisore materiale non significa nulla, per quanto concerne la misura della responsabilità. Al contrario, in generale il grado di responsabilità cresce quanto più ci si allontana dall'uomo che usa con le sue mani il fatale strumento»[65].

Ciò che, probabilmente, agevolò l'emersione, nella prassi applicativa, della teorica roxiniana, fu la mancanza di disposizioni che descrivessero con chiarezza il contenuto di un modello concorsuale differenziato. Tale lacuna normativa non fu colmata neanche dagli Statuti dei Tribunali *ad hoc* per l'*Ex*-Jugoslavia (ICTY) e per il Ruanda (ICTR), i quali, al paragrafo 1 rispettivamente degli artt. 7 e 6, elencavano cumulativamente varie ipotesi di partecipazione

[60] Sulla teoria di accessorietà e sul c.d. "autore mediato", si veda S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *op. cit.*, 785 ss.; G. De Francesco, *Diritto Penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 644 ss.

[61] Così, quasi testualmente, C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. II, München 2003, 46, n. marg. 105.

[62] Così, ancora, C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, cit.*, 47, n. marg. 106.

[63] C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, cit.*, 47, n. marg. 107.

[64] Su questo particolare profilo cfr., nella nostra dottrina penalistica, S. Moccia, A*utoria mediata e "apparati di potere organizzati"*, in *AP*, 1984, 390.

[65] Stralcio della sentenza di primo grado della Corte distrettuale di Gerusalemme *Beit HaMishpat Ha Mechoz' Yerushalaym* così riportato in H. Arendt, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano 2019, 283.

punibile utilizzando una formulazione di eccessiva ampiezza[66], senza alcuna «*clear notion of perpetration and participation*» nel reato[67], prevedendo *sic et simpliciter* che «una persona che abbia pianificato, istigato, ordinato, commesso o altrimenti assistito ed incoraggiato nella pianificazione, perpetrazione o nell'esecuzione di un crimine […] del presente Statuto, debba ritenersi individualmente responsabile per il crimine»[68].

Non a caso, successivamente, prese vita una ulteriore teoria concorsuale che traeva origine dall'attività interpretativa della giurisprudenza: la c.d. *Joint criminal Enterprise* (JCE). Si tratta, in breve, di quella tipologia di responsabilità penale che si adatta particolarmente alle fattispecie in cui più persone abbiano partecipato ad un piano (criminoso) comune, «qualunque sia il ruolo e la posizione che potrebbero aver assunto nella commissione del crimine […], anche se non hanno materialmente partecipato nella commissione di detto atto», o ancora quando la condotta criminale, «benché non previst[a] originariamente dal comune disegno criminale», possa considerarsi «come una naturale e prevedibile conseguenza di tale piano comune»[69].

La prima pronuncia in cui trovò applicazione la JCE – pur se nella sua forma embrionale – fu quella relativa al caso *Furundţija*, giudicato dalla *Trial Chamber* del Tribunale per l'*Ex*-Jugoslavia[70]. Nel caso in esame, Anto Furundtija, in qualità di comandante in capo dell'unità antiterrorismo bosniaca, interrogò assieme ad un altro componente del nucleo speciale due persone. Mentre però il primo si limitò a porre le domande ai due testimoni, il secondo li aggredì fisicamente, adoperando tecniche di tortura ad entrambi e stuprando altresì la donna interrogata, al fine di estorcere più informazioni possibili. La peculiarità del percorso argomentativo che la Corte adoperò per condannare entrambi gli imputati per il crimine di tortura, in luogo del solo esecutore materiale, risiede nel fatto che venne utilizzata una diversa forma di responsabilità non espressamente enunciata all'interno dell'art. 7 dello Statuto dell'ICTY: ovvero la *co-perpetration*[71]. Tale forma, già impiegata in altri casi citati in seno alla stessa pronuncia[72], non addebitava delle responsabilità agli imputati, per l'appunto, né a causa della loro posizione di comando, né tantomeno dalla diretta commissione dei crimini, quanto piuttosto dall'aver preso parte ad un «*common plan*», avente come fine ultimo l'eliminazione degli internati. Facendo trasmigrare per analogia, dunque, tale concetto all'interno della sentenza citata, la Camera dell'ICTY condannò Anto Furundtija sul presupposto che lo stesso avesse condiviso il «*purpose*

[66]Cfr. F. Argirò, *La compartecipazione criminosa nello Statuto della Corte penale internazionale*[1], Roma 2005, 3, *cit*., 283 ss.
[67]Cfr. A. Eser, *op. cit.*, 786.
[68]*Ibidem*, Traduzione del testo «*a person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime* […] *of the present Statute, shall be individually responsible for the crime*».
[69]A. Cassese, *International criminal law*[3], New York 2013, traduzione del testo: «*whatever the role and position they may have played in the commission of the crime* […], *even if they have not materially participated in the commission of said act*», «*although not originally envisaged in the common criminal design*», «*as a natural and foreseeable consequence of such a common plan*».
[74]Cfr. ICTY Trial Chamber 10.12.1998 *case* n. IT-95-17/1-T, *Prosecutor v. Furundţija,* in G. Boas, *International Criminal Law Practitioner Library*, Vol.1, *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge University Pres Cambridge, 2013.
[71]Cfr. ICTY Trial Chamber 10.12.1998 *case* n. IT-95-17/1-T, *Prosecutor v. Furundţija,* par. 210.
[72]Cfr. ICTY Trial Chamber i casi *Dachau Concentration Camp* e *Auschwiz Concentration Camp*, *Prosecutor v. Furundţija*, rispettivamente par. 211, 214.

behind the torture», ossia l'intento di ottenere informazioni attraverso la coercizione fisica[73] dei malcapitati, pur non avendo torturato o stuprato in prima persona.
La pronuncia che però affermò con maggior chiarezza la concezione della *joint criminal enterprise* fu sicuramente quella attinente al caso *Tadić*[74]. L'imputato serbo Duško Tadić fu rinviato a giudizio in quanto nel '92 prese parte ad un'operazione di rastrellamento etnico nel villaggio di Jaskići a danno della popolazione bosniaca di religione musulmana, durante la quale vennero uccisi cinque civili[75]. Pur non essendoci prove schiaccianti del fatto che Tadić avesse personalmente ucciso le vittime, la Corte di Appello dell'ICTY lo condannò assieme agli altri correi dell'omicidio plurimo, ribaltando così la pronuncia di primo grado. La motivazione si basava nella sostanza sul concetto di «*common purpose*», in quanto, considerato il fatto che l'imputato avesse comunque preso parte all'operazione contribuendo in maniera sostanziale allo scopo finale, lo stesso non potrebbe che considerarsi responsabile *ex* art. 7 dello Statuto per il fatto che gli omicidi in discorso fossero conseguenze naturali e prevedibili dell'operazione progettata, non rilevando che gli stessi fossero stati commessi materialmente da altre mani. Per far questo la Corte andò oltre i casi di concorso richiamati dagli artt. 4 e 7 dello Statuto, sostenendo che dal diritto consuetudinario – specialmente dai casi giurisprudenziali – fosse possibile delineare questa ulteriore figura di responsabilità concorsuale basata sul concetto di scopo comune. Nello specifico, vennero individuate tre forme diverse di JCE distinte tra loro dall'elemento soggettivo[76]: ovvero la categoria *basic*, la *systematic form* e l'*extended form*. Con il primo tipo di responsabilità[77], la Corte intese i casi[78] in cui i partecipanti all'azione criminosa condividano tutti la stessa *mens rea* (elemento soggettivo), consistente nella volontaria partecipazione all'impresa (*voluntary participation*) con l'intenzione di perseguire di un obiettivo criminoso comune (*shared intent*), indipendentemente dal ruolo oggettivamente svolto da ciascuno dei concorrenti.
In merito alla forma sistematica[79] invece, la caratteristica riguarda il fatto che, all'interno di un apparato organizzato volto al perseguimento di scopi criminali, i partecipanti abbiano agito in conformità di tali finalità, nella piena consapevolezza del sistema delittuoso e con l'intento di implementare lo stesso per il tramite della loro personale condotta. I casi "tipici" che hanno visto l'applicazione di tale forma di *liability* sono quelli dei soggetti che prestarono il proprio servizio militare nei campi di concentramento[80], o ancora il caso particolare di un ospedale tedesco che tra il 1944 ed il 1945 costituì un vero e proprio luogo di morte dove persero la vita circa 400 persone di nazionalità polacca e russa per mezzo di iniezioni di droghe[81]. In questo caso, tutti i membri del personale medico-sanitario – compreso l'amministratore Alfons Klein – furono accusati per tali

[73]Cfr. *Prosecutor v. Furundţija*, par. 257.
[74]Cfr. ICTY Appeal Chamber 15.07.1999 n. IT-94-1-A, *Prosecutor v. Tadić*.
[75]Cfr. ICTY Appeal Chamber *Prosecutor v. Tadić*, par. 12.
[76]Cfr. ICTY Appeal Chamber *Prosecutor v. Tadić*, par. 195.
[77]Cfr. ICTY Appeal judgement *Prosecutor v. Tadić*, par. 196-200.
[78]Ad esempio, *Trial of Gustav Alfred Jepsen and others*, War Crimes Trial, Luneberg, Germany (13-23 august, 1946), judgement 24.08.1946; *Trial of Feurstein and others*, proceedings of a War Crimes Trial, Hamburg, Germany (4-24 August, 1948), judgement 24.08.1948. Cfr. Appeal judgement *Prosecutor v. Tadić*, *ivi*.
[79]Cfr. ICTY Appeal Chamber *Prosecutor v. Tadić*, par. 202, 203, 228.
[80]Esempio, il caso *Dachau concentration camp*, o il caso *Belsen*, Appeal judgement *Prosecutor v. Tadić*, *ivi*.
[81]Cfr. caso *Alfons Klein and others*, in A. CASSESE, *International criminal law*, *cit.*, 196 s.

crimini come co-autori principali, non come semplici complici, in quanto «*every single one of those who partecipated in any degree towards the accomplishment of that result* [*murder*] *is as much guilty of murder as the man who actually pulled the trigger*»[82]. Rimanendo sul piano soggettivo, pare opportuno evidenziare che successivamente vennero apportati dei correttivi a questo secondo tipo di JCE: il primo riguardava le imputazioni aventi ad oggetto crimini a dolo specifico (come ad esempio il genocidio), mentre il secondo concerneva i casi di reati diversi da quelli rientranti nell'obiettivo comune. Infatti, nel caso *Krnojelac*[83] la Corte specificò, da un lato, che per i reati a dolo specifico fosse necessaria la prova di tale elemento soggettivo tipizzante, come elemento ulteriore rispetto a quelli della *systematic form* sin'ora descritti; dall'altro lato, inoltre, escluse l'applicabilità di questa tipologia di responsabilità per i reati non compresi nello scopo comune, consigliando di adottare in questi casi o la forma basica o quella *exented*[84].

Per quanto concerne infine la terza tipologia, si può affermare che la stessa rimanga indubbiamente la più contestata tra le tre forme di JCE. Questa, dal punto di vista soggettivo, si caratterizza per il fatto di aggiungere agli elementi tipici della JCE II l'ulteriore ipotesi consistente nella realizzazione di un evento che, pur esulando dell'accordo criminoso, ne risulta una sua conseguenza prevedibile e naturale[85]. Prevedibilità che, dunque, oltre ad essere ipotizzabile da un punto di vista rappresentativo, si oggettivizza perché effetto logico e risultato naturale dell'operare dell'organizzazione criminale[86]. Secondo Cassese, tale concezione è da preferire nell'ambito dei *delicta juris gentium*, in quanto, elidendo la necessità di provare se l'autore avesse o meno supposto tale ulteriore evento, è come se abbassasse la soglia probatoria da raggiungere, agevolandone così l'imputabilità anche di tali condotte[87].

A ciò poi, nella giurisprudenza dell'ICTY, si è aggiunto un ulteriore elemento, riconducibile alla figura del dolo eventuale, ovvero, secondo la concezione classica, l'accettazione del rischio che quel fatto rappresentato si potesse concretamente realizzare. Proprio quest'ultimo punto ha acceso le critiche più aspre nei confronti della JCE III, perché in sostanza inconciliabile con fattispecie di reato attraverso il richiamo a un dolo specifico[88] ed altresì perché di dubbia origine consuetudinaria sembrerebbe la sua formazione, come espressamente sancito da diverse decisioni dalle Camere Cambogiane (*Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia* – ECCC)[89].

Se quelli appena descritti sono gli elementi soggettivi che consentono di distinguere la *joint criminal enterprise* in tre diverse tipologie, gli elementi oggettivi, invece, accomunano tutte queste

[82]«Tutti coloro i quali hanno partecipato i qualsiasi misura alla realizzazione di tale [omicidio] è tanto colpevole di omicidio quanto l'uomo che ha effettivamente premuto il grilletto» in A. CASSESE, *International criminal law*, *cit.*, 197.
[83]ICTY Trial Chamber 17.09.2003 *case* n. IT-97-25-A, *Prosecutor v. Krnojelac*.
[84]ICTY Trial Chamber *Prosecutor v. Krnojelac*, par. 118-122.
[85]Cfr. ICTY Appeal Chamber *Prosecutor v. Tadić*, par. 220.
[86]Cfr. ICTY Trial Chamber 02.08.2001 *case* n. IT-98-33-T, *Prosecutor v. Krstić*, par. 613-617; 27.09.2006 *case* n. IT-00-39-T, *Prosecutor v. Krajišnik*, par. 882.
[87]Cfr. A. Cassese, *The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise*, *JICJ*, vol. 5, n. 1, New York 2007, 123.
[88]L'applicazione della JCE III ai reati a dolo specifico come il genocidio, l'aggressione o la persecuzione venne totalmente esclusa nella sentenza ICTY Trial Chamber 29.10.2003 *case* n. IT-98-24-T, *Prosecutor v. Stakić*, par. 530. Per un approfondimento. Si veda A. Cassese, *The Proper Limits*, *cit.*, 121.
[89]Ad es. ECCC Trial Chamber 12.09.2011 *case* 002/19-09-2007-ECCC/TC, E100/6 *NUON Chea et others*.

forme di responsabilità concorsuale. Come espresso nella pronuncia Tadić[90], affinché si possa parlare di JCE devono coesistere tre elementi: la pluralità di soggetti[91]; l'esistenza di un piano comune, anche se estemporaneo[92]; ed infine, un «*substantial contribution*»[93] da parte del concorrente, ovvero non è sufficiente l'appartenenza alla struttura organizzativa, ma pare necessario che il contributo sia significativo, deve agevolare in qualche modo la *criminal enterprise*[94].

Nonostante la grande diffusione giurisprudenziale, la teoria della JCE non è stata di certo esente da critiche. In primo luogo, l'inesistenza di una fonte tipizzata in seno allo Statuto dell'ICTY ha posto dei dubbi in merito al rispetto del principio di legalità[95]; benché secondo altri[96] questo problema risultasse superabile per il tramite del livello consuetudinario raggiunto dalla teoria, soprattutto in vista del fatto che neanche la formulazione dei reati in sé sarebbe rispettosa di tale principio, posto che gli stessi vengono previsti in maniera puntuale dagli ordinamenti statali e non dallo Statuto del Tribunale *ad hoc*. Altrettanti dubbi sono stati avanzati[97]con riferimento ai principi di colpevolezza, di offensività e della responsabilità individuale, in quanto si rischierebbe di includere dei soggetti per la mera appartenenza ad un qualsiasi corpo armato.

Le stesse critiche, infine, sono state mosse per l'ultima versione della JCE: ovvero quella estesa a crimini internazionali commessi su vasta scala, che qualificava come autori anche i vertici politici e militari, pur non essendo coinvolti direttamente nella perpetrazione diretta dei reati[98].

Dalla disamina fin qui posta in essere emerge con chiarezza l'esigenza – già sentita agli albori della nascita quasi contestuale della JCE – di cristallizzare in termini normativi il modello differenziato. A tale scopo venne inserito all'interno dello Statuto di Roma che istituì la Corte Penale Internazionale (CPI o ICC)[99] l'art. 25, il quale, a differenza di molti altri articoli dello stesso testo, si caratterizza per uno spiccato grado di determinatezza, ben superiore a molte disposizioni codicistiche degli ordinamenti interni. Rinviando l'analisi delle applicazioni giurisprudenziali della disposizione al paragrafo che seguirà, pare ora opportuno quantomeno descrivere brevemente la struttura di cui si compone la stessa. Per tali motivi, si evidenzia preliminarmente come ai paragrafi 1, 2 e 4, delineando la giurisdizione della Corte, l'articolo sancisca il principio della responsabilità individuale delle persone fisiche, con la precisazione al punto 4 che tale *liability* non potrà incidere negativamente su quella degli Stati prevista dal diritto internazionale, benché, come suggerisce Eser, i crimini siano attribuibili a soggetti che hanno agito in nome di uno Stato

[90]Cfr. ICTY Appeal Chamber *Prosecutor v. Tadić*, par. 227.
[91]«Almeno due persone», in ICTY Trial Chamber 02.11.2001 *case* n. IT-98-30/1-T, *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Ţigić and Prcać*, par. 307.
[92]Cfr. ICTY Appeal Chamber *Prosecutor v. Tadić*, par. 188.
[93] Così A. Cassese, *International criminal law*, *cit*., 196.
[94]Cfr. ICTY Trial Chamber *Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Ţigić and Prcać*, par. 309-311.
[95]Cfr. A. M. Danner, J. S. Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, *CLR*, 93.1., 2005, 104.
[96]Così ad es. A. Cassese, *The Proper Limits*, *cit.*, 114.
[97]Cfr. A. M. Danner, J. S. Martinez, *op. cit.*, 134.
[98]Cfr. ICTY Appeal Chamber 03.04.2007 *case* n. IT-99-36-A, *Prosecutor v. Brđanin*, in E. v. Sliedregt, *op. cit.*, 157 ss.
[99]Trattato multilaterale aperto approvato dal Comitato dell'Assemblea Generale dell'O.N.U. il 17 luglio 1998 e, successivamente, dall'Assemblea in seduta plenaria, entrato in vigore il primo luglio 2002. Ratificato dall'Italia sulla base della L. n. 232 del 1999. Con L. n. 237 del 20.12.2012, intitolata "norme per l'adeguamento alle disposizioni dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale", l'Italia ha posto un primo passo verso la cooperazione con la CPI.

o come organi di quest'ultimo[100]. Anche se, nonostante ciò, lo stesso autore sostiene dall'altro lato che tale specificazione «deve essere letta in modo tale che l'implicita esclusione degli Stati dalla responsabilità penale non precluda altri tipi di responsabilità»[101].

Passando ora al paragrafo 3, si rileva *prima facie*, la sua suddivisione in ben sette lettere. Mentre le disposizioni di cui alle lettere *e* ed *f* si riferiscono rispettivamente al crimine di genocidio ed alla manifestazione tentata dei crimini, nelle restanti quattro lettere vengono descritte le varie tipologie di responsabilità. In particolare alla lettera *a* – al pari dell'ordinamento penale spagnolo, inglese e tedesco[102] – vengono stabilite tre distinte forme: la prima attiene alla figura di autore immediato (*direct perpetrator*), ovvero colui che in prima persona commette il fatto tipico; nella seconda ipotesi si parla invece di *coautoría* (*co-perpetration*), riguardante le ipotesi di una commissione «*jointly with another*», una forma molto simile alla JCE in quanto basata su di un piano comune accordato tra più persone, ma che trova delle sue peculiarità in merito, da una parte, al contributo dato da ciascun coautore, che in questo caso deve essere essenziale per la pianificazione o per l'esecuzione del piano – non meramente significativo come nella JCE –, e dall'altra, che ogni coautore agisca con la *mens rea* richiesta per il crimine oggetto del piano comune, consapevole di fornire un apporto essenziale a quest'ultimo, non esigendosi, invece, un maggior coinvolgimento mentale rispetto alla condivisione del piano come nelle forme della JCE[103]; alla terza tipologia (c.d. *autoría* mediata, o *indirect perpetration*) infine, vanno associate tutte quelle situazioni in cui, come vedremo nel paragrafo seguente, un soggetto utilizzi un altro come un vero e proprio strumento attraverso il quale commettere il reato. Le lettere *b* e *c* vengono classificate da taluni[104] come forme di partecipazione in senso stretto, distinguendosi però, quelle di cui alla lettera *b* come forme di concorso morale (*ordering*, *soliciting* e *inducing*), caratterizzate da un apporto psicologico all'esecuzione del reato; mentre le ipotesi *ex* lettera *c* (*aiding*, *abetting* e *assisting*) rientrerebbero nel concetto di favoreggiamento, indicando, di conseguenza, il soggetto responsabile secondo tale specifica norma come complice nella commissione del reato e, con specifico riferimento alle ultime due forme (*abetting* e *assisting*), a quell'ipotesi, oramai ritenuta unitaria, «comprendente, da un lato, ogni atto materiale diretto ad assistere e contribuire alla realizzazione del reato – inclusa la fornitura dei mezzi –, dall'altro un apporto di tipo morale quale l'incoraggiamento»[105]. Quale norma di sussidiaria applicazione in merito alle tipologie concorsuali, la lettera *d* del paragrafo 3, rende poi punibile colui che «*in any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a*

[100]Specificazione che prende forma per il tramite di una specifica disposizione statutaria: l'art. 27 ICC St. secondo il quale risultano irrilevanti le qualifiche di «*head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official*» (par. 1), al pari delle «*immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law*» (par. 2).

[101]Così A. Eser, *op. cit.*, 779. Traduzione del testo: «*has to be read in such a way that the implicit exlusion of States from criminal responsibility shall not preclude other kinds of responsibility*».

[102]E. Amati, *Concorso di persone nel diritto penale internazionale*, in *DigDPen* Torino 2005, p. 135.

[103]Cfr. E. Amati, M. Costi, E. Fronza, P. Lobba, E. Maculan, A. Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*[4], Torino 2020, 102 ss.

[104]In tal senso E. Amati, *ibidem*, 139; F. Argirò, *La compartecipazione*, *cit.*, 413 – 419; D. Piva, *Responsabilità penale individuale e collettiva*, in E. Mezzetti, *op. cit.*, 39 – 42.

[105]Così E. Amati, *Concorso di persone*, *cit*., 147.

common purpose», avendo l'intenzione di agevolare le attività criminose (*i*) ovvero la consapevolezza del proposito del gruppo a commettere un determinato reato (*ii*).
Ad ogni modo, nonostante la puntuale positivizzazione, dalla giurisprudenza della ICC sono emerse nel tempo altre figure di concorso di persone nei crimini internazionali. Parliamo della «*indirect co-perpetration*» e della «*joint indirect perpetration*», entrambe scaturenti dalla commistione della seconda (c.d. «coautorìa» o «*co-perpetration*») e della terza ipotesi (c.d. *autoría* mediata, o *indirect perpetration*) del par. 3 lett. *a* dell'art. 25. Con il termine «*indirect co-perpetration*» s'intende coprire quei casi in cui un soggetto contribuisce alla commissione dell'illecito tramite altre persone che lui stesso controlla[106]. Cosicché tutti gli imputati che hanno avuto questo ruolo, assieme a quelli che hanno commesso altri ruoli diretti o indiretti, possono considerarsi come coautori. Il caso emblematico è quello di *Katanga and Ngudjolo Chui*[107], entrambi capi di due gruppi armati che attaccarono un villaggio congolese nel 2003. In sede processuale venne sottolineato il fatto che «ogni imputato era il leader di una milizia ed era in grado di esercitare il controllo sulla sua milizia per il tramite di una struttura gerarchica organizzata»[108], ed inoltre, «dato che ogni imputato aveva il controllo solo sulla propria milizia, era impossibile attribuire tutti i crimini ad entrambi […] come una forma di commissione tramite altri»; risultava quindi più congruo attribuire ad entrambi la posizioni di *co-perpetratos* dato che, tramite un accordo comune, entrambi avevano dato il proprio contributo – essenziale – per il tramite delle rispettive organizzazioni[109].
In merito invece alla c.d. «*joint indirect perpetration*», questa si differenzia dall'ultima forma descritta per il fatto che il controllo sulla commissione di crimini è posto in essere da un gruppo di persone che decidono assieme, da un collegio in sostanza che compone la "cupola" dell'intera organizzazione, in luogo di una sola persona[110], come confermano gli arresti giurisprudenziali della CPI riguardanti Gbagbo e Blé Goudé[111].
In conclusione, da quanto sin qui descritto emerge in tutta la sua evidenza il lato debole dell'*international criminal law*: la mancanza di una disciplina organica e coerente. Lo dimostra il fatto che, ad esempio, lo Statuto di Roma non abbia inciso molto nelle legislazioni degli Stati firmatari; che lo sforzo di tipizzare tassativamente le varie ipotesi di concorso di persone nel reato all'ombra di un modello differenziato si perda poi nel fatto che lo Statuto stesso non indichi le diverse cornici edittali corrispondenti ad ognuna di esse[112]; o ancora – e di conseguenza si potrebbe dire – che a fronte di un *deficit* normativo sia la giurisprudenza a cercare delle soluzioni per il

[106]Cfr. G. Werle, F. Jessberger, *Principles of International criminal law*[4], New York 2020, 252.
[107]ICC Pre-Trial Chamber 30.09.2008 *case* ICC-01-04-01-0771, *Prosecutor v. Katanda and Ngudjolo Chui*, in G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, *ivi*.
[108]Traduzione del testo: «*each defendant was the leader of a militia and was able to exercises control over his militia by means of an organized hierarchical structure*»; «*given that each defendant had control only over his own militia, it was impossibile to attribute all crimes to both* […] *as a form of commission through another*», in ICC Pre-Trial Chamber *Prosecutor v. Katanda and Ngudjolo Chui*, par. 6, 9.
[109]G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, 253.
[110]*Ibidem*.
[111]Cfr. ICC Pre-Trial Chamber 12.06.2014 *case* n. ICC-02/11-01/11-656, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, par. 231 ss.; ICC Pre-Trial Chamber 11.12.2014 *case* n. ICC-02/11- 02/11-186, *Prosecutor v. Blé Goudé*, par.136.
[112]Confermato altresì dalla vaghezza utilizzata per la determinazione dei criteri di *sentencing ex* art. 78 St. ICC.

tramite di principi e di consuetudini, nonostante le stesse abbiano un ruolo sussidiario[113] rispetto al perseguimento dei crimini statutari, con tutta l'incertezza e l'instabilità che ne derivano, in quanto spesso tali forme di responsabilità sembrano perdere il loro "consenso giurisprudenziale" per poi ritornare in voga, come è accaduto di recente proprio in merito alla *joint criminal enterprise*[114].

In altre parole, la mancanza di misure legislative nazionali rispettose e complementari dei *dicta* dello Statuto, non può che ripercuotersi in sede giurisdizionale, dove si moltiplicano sentenze emesse da giudici di diverse nazioni, che giungono a conclusioni – o sono addirittura fondate su capi di imputazione – totalmente divergenti tra loro, pur trattandosi degli stessi *delicta iuris gentium*. Lo stesso dicasi, *mutatis mutandis*, per il concorso di persone nel reato, che, come si avrà modo di riscontrare, funge sia da metro di paragone tra le decisioni italiane e quelle sudamericane relative al *plan Condor*, che da *discrimen* tra quanto sancito a livello interno rispetto a quanto invece indicato sul piano internazionale.

3. In merito al processo instaurato in Italia, preliminarmente giova sottolineare due punti sulla base dei quali quest'ultima trova la sua giurisdizione. Il primo punto riguarda il c.d. delitto politico sancito dall'art. 8 c.p. In effetti, il fatto che il *plan Condor* abbia avuto come unico obiettivo quello di eliminare gli oppositori dei vari regimi, annientando di conseguenza la loro libertà di espressione politica, e che taluni di questi avessero cittadinanza italiana, determinò un interesse a procedere del Ministero della Giustizia, in primo luogo, quanto della Procura di Roma di conseguenza.

Il secondo punto, invece, attiene all'ostacolo posto dal principio *ne bis in idem* che, in casi analoghi a quello *de quo*, impedirebbe l'avvio di un processo riguardante gli stessi fatti e gli stessi soggetti che sono stati già giudicati precedentemente in altri Stati. Non a caso, le difese di alcuni imputati[115] eccepirono tale violazione, indicando le sentenze passate in giudicato in alcuni paesi del Sud America; ma nonostante questo, tali doglianze vennero rigettate in sede di appello, dove, richiamando talune pronunce della Suprema Corte di Cassazione, si ribadì che «l'imputato straniero resosi responsabile di un delitto politico commesso in danno di cittadini in un Paese extraeuropeo può essere tratto a giudizio dinanzi all'autorità giudiziaria italiana anche qualora, per lo stesso fatto, sia già stato giudicato all'estero, non vigendo […] il principio del "ne bis in idem" internazionale»[116].

Ciò posto, al fine di una compiuta analisi sull'argomento oggetto di questo lavoro pare logico iniziare col considerare i capi di imputazione. Sorvolando per evidenti necessità di sintesi sull'inconciliabilità sostanziale dei reati ipotizzati al termine delle indagini preliminari rispetto ai *delicta iuris gentium* commessi, ciò che in questo momento rileva sottolineare è che i reati aggravati (*ex* art. 61 nn. 1, 2, 4 e 9 c.p.) di strage (*ex* art. 422 c.p.), sequestro di persona a scopo di estorsione (*ex* art. 630 c.p.), omicidio plurimo aggravato (*ex* artt. 575, 576 co. 1 nn. 1 e 4, 577 co.

[113]Cfr. art. 21 par. 1 lett. *b* Statute of ICC.

[114]Cfr. ICTY Appeal Chamber 20.03.2019 *case* n. MICT-13-55-A, *Prosecutor v. Radovan Karadzic*, dove vennero distinte ben quattro *joint criminal enterprise*. in G. Vanacore, *Il* "*canto del cigno*" *del Tribunale per l'Ex Yugoslavia: la Camera d'Appello converte in ergastolo la condanna contro Radovan Karadzic*, in www.penalecontemporaneo.it, 2019.

[115]Come Lacerbeau Agurregaray Juan Carlos, Gavazzo Persira José Horacio, Medina Blanco, Vasquez Bisio, Maurente Mata, Ramas Pereira, Sande Lima, Arab Fernandez, ecc. Così Ass. app. Roma, sent. n. 32/2019 del 8 luglio 2019, 19 s.

[116]Così Cass. 01.06.2018 n. 24795, Rv. 273287, in Ass. app. Roma, 0.8.07.2019 n. 32/2019, 21.

1 nn. 2, 3 e 4 c.p.) – tutti commessi in continuazione tra loro in esecuzione di un medesimo disegno criminoso (*ex* art. 81 c.p.) – siano stati contestati senza alcuna distinzione a tutti i coimputati ai sensi dell'art. 110 c.p.

Tale scelta nasce dal fatto che, come si evince dalla relazione ministeriale dell'allora Guardasigilli Alfredo Rocco, l'ordinamento italiano abbia optato per il c.d. modello "unitario", ovvero il «criterio di un'uguale responsabilità per tutte le persone che sono concorse nel reato», in stretta dipendenza del principio di concorso di cause nella realizzazione del fatto «in forza del quale tutte le condizioni che concorrono a produrre l'evento, sono cause di esso»[117]. In altre parole, tutte le condotte che in un certo qual modo sono legate alla causazione dell'evento assumono rilevanza dal punto di vista della punibilità, perdendo, a contrario, qualsivoglia rilievo la distinzione tra condotta «principale» e «secondaria» – o «accessoria» –, tipica invece del modello differenziato[118].

L'analisi che seguirà metterà a confronto queste due tipologie concorsuali sotto alcuni punti di vista, sottolineando quali implicazioni siano scaturite dall'applicazione del modello unitario da parte dei giudici italiani.

Questo lavoro di certo non si prefigge l'arduo compito di sciogliere un nodo così intricato e sottile quale quello che caratterizza il dibattito concernente questi due modelli. Ciò che invece si cercherà di comprendere è se, al cospetto di fatti così complessi ed articolati sia dal punto di vista della loro estensione che della loro struttura organizzativa, un approccio differenziato avrebbe in qualche modo favorito il collegio giudicante nella valutazione del compendio probatorio relativo ad ogni imputato. Un'analisi che, dunque, partendo dalle conoscenze dogmatiche, pone l'accento sul carattere metodologico della questione e, quindi, sulle ripercussioni pratico-applicative derivanti dalla scelta dell'uno e dell'altro metodo.

Il primo passo da compiere a tal fine consiste nella ricostruzione, seppur sintetica, del c.d. "reato plurisoggettivo". Seguendo l'impostazione strutturale che parte autorevole di dottrina[119] ricostruisce, nel momento in cui il reato prende forma per il tramite dell'interazione di più persone, l'interprete deve stabilire *chi* dei soggetti coinvolti debba rispondere (selezione soggettiva) e *di che cosa* debba rispondere (selezione oggettiva).

Per quanto attiene alla selezione soggettiva, il problema che si dovrebbe risolvere è quello dell'*imputatio*: ovvero di *chi* risponde a titolo di concorso e *perché*. Rispetto al primo quesito, risulterebbe erroneo asserire che chiunque possa concorrere; o meglio, sarebbe superficiale e semplicistica come soluzione. Questo perché, in realtà, risponde solo chi aveva il dovere giuridico di comportarsi diversamente secondo la regola generale del *neminem laedere* ovvero rispetto ad un obbligo speciale o istituzionale, non invece chi ha posto in essere i c.d. "rischi ubiquitari" (o leciti), che invece appartengono alla sfera di libertà del soggetto e fanno parte della vita di relazione quotidiana[120]. Al secondo quesito, invece, la stessa dottrina risponde che i correi debbano

[117]Così A. Rocco, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, Parte I, Roma 1929, 165.
[118]V. nota 56.
[119]Cfr. S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *op. cit.*, 761 ss.
[120]Si pensi al panettiere che vende un chilo di pane a Tizio, che successivamente lo avvelena e lo fa magiare a Caio che muore subito dopo. In questo caso al panettiere non si può imputare il concorso in omicidio, proprio perché non aveva il dovere giuridico di comportarsi altrimenti. Il suo, è un "rischio" lecito. *Ibidem*, 770 ss.

rispondere come partecipi del delitto secondo un "correttivo" del principio dell'accessorietà[121], secondo cui «ciascun apporto assume rilievo solo se accede a un altro, e viceversa». Quindi più che di mera accessorietà – nella quale il partecipe risponde in quanto la sua condotta, pur se non è tipica, accede a quella tipica dell'autore – si dovrebbe parlare di «*relazionalità*»[122] tra i concorrenti, la cui punibilità risiederebbe nella *reciproca* strumentalità delle condotte.

In ordine alla selezione oggettiva, invece, l'indagine interpretativa si focalizza sulla tipicità, perché volta a stabilire, per l'appunto, *di che cosa* i correi debbano rispondere. Ancor più significativo potrebbe risultare il seguente quesito: *che cos'è la partecipazione* nel reato? Dalla *littera legis* dell'articolo 110 del c.p. non è di certo possibile desumere quali caratteristiche debba possedere una condotta umana per integrare gli estremi della partecipazione. E quindi, come rispondere a tale domanda? Come colmare questo "vuoto di scrittura"? Se da una parte il modello unitario italiano ha una funzione tautologica rispetto a quanto sancito dalle norme di parte speciale che con esso per forza di cose si associano, dall'altra è innegabile la sua funzione incriminatrice determinata dal fatto che, nonostante le condotte poste in essere non siano sussumibili in una determinata disposizione (risultando per questo atipiche), grazie all'art. 110 diventerebbero punibili, in quanto nuove tipicità[123].

In risposta a questo ulteriore dilemma, il legislatore italiano del 1930 – come abbiamo in parte anticipato all'inizio di questo paragrafo – ha scelto una via di rottura con il passato[124], optando per un sistema «tendenzialmente oggettivistico» anziché soggettivistico. Ciò che differenzia le due tipologie sta nella concezione dell'illecito penale: mentre in quella soggettivistica esso è un «torto individuabile nella condotta di reato in quanto manifestazione e sintomo dell'atteggiamento

[121]Nella dottrina italiana più risalente il concetto di accessorietà veniva considerato come una «proiezione scientifica di un regime sancito dalla legge attraverso l'art. 115 c.p., il quale assurge al rango di norma di sbarramento della punibilità di condotte ontologicamente atipiche», cfr. C. Pedrazzi, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo 1952, 29. Secondo altri, invece, le teorie dell'accessorietà sarebbero caratterizzate da una capacità definitoria assai dubbia del disvalore tipico concorsuale della condotta accessoria, perché questo verrebbe valutato in relazione alla condotta principale, configurandosi in tal modo come disvalore "assicurativo" più che "commissivo". Sarebbe quest'ultimo invece il vero disvalore concorsuale, perché confluirebbe nel complesso unitario e coordinato di più condotte per commettere il fatto. Quindi, solo considerando gli elementi del fatto si potrebbero individuare le condotte punibili perché "commissive" dello stesso. In questo quadro d'insieme, pertanto, la causalità assurgerebbe a relazione normativa tra condotta e risultato, acquisendo così elementi per co-definire la tipicità, cfr. M. Bianchi, *Concorso di persone e reati accessori*, Torino 2013. Sul concorso di persone, si veda altresì: M. Donini, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *RIDPP*, 1984, pp. 175 ss.; S. Seminara, *La disciplina del concorso di persone nel reato nei più recenti progetti di riforma del codice penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino 2012, vol. I, pp. 281 ss.; G. A. De Francesco, *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli 2013, pp. 559 ss.; S. Camaioni, *Il concorso di persone nel reato*, Milano 2009; F. Argirò, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli 2012; M. Masucci, *Sul «rischio penale» del professionista. Contributo alla teoria generale del concorso di persone*, Napoli 2012; R. Sorice (a cura di), *Concorso di persone nel reato e pratiche discorsive dei giuristi. Un contributo interdisciplinare*, Bologna 2013.

[122]Cfr. S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *op. cit.*, 785-790.

[123] S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *op. cit.*, 765.

[124]Il codice Zanardelli del 1889 optava per un sistema differenziato tendenzialmente soggettivistico. L'art. 63 così dichiarava: «Quando più persone concorrono nella esecuzione di un reato, ciascuno degli esecutori e dei cooperatori immediati soggiace alla pena stabilita per il reato commesso. Alla stessa pensa soggiace colui che ha determinato altri a commettere il reato; ma all'ergastolo è sostituita la reclusione da venticinque a trenta anni, e le altre pene sono diminuite di un sesto, se l'esecutore del reato lo abbia commesso anche per motivi propri». L'art. 64 recitava «È punito con la reclusione per un tempo non minore dei dodici anni, ove la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato medesimo diminuita della metà, colui che è concorso nel reato. 1. Con l'eccitare o rafforzare la risoluzione di commetterlo, o col promettere assistenza od aiuto da prestarsi dopo il reato; 2. col dare istruzioni o col somministrare mezzi per eseguirlo; 3. col facilitare l'esecuzione, prestando assistenza od aiuto prima o durante il fatto. La diminuzione di pena per il colpevole di alcuno dei fatti preveduti nel presente articolo non è applicata, se il reato senza il suo concorso non si sarebbe commesso».

antidoveroso del soggetto agente», in quella oggettivistica l'illecito è un «torto che si consuma con il verificarsi dell'evento di reato, in quanto è in tale momento che lo scopo di tutela della norma penale risulta tradito». Quindi, mentre quest'ultima ricollega il perno dell'illecito penale al «disvalore d'evento (*Erfolgsunwert*)», che offende il bene giuridico tutelato, quella soggettivistica, invece, lo ricollega al disvalore d'azione (*Handlungsunwert*), in quanto nell'azione si estrinseca la volontà criminosa del soggetto»[125]. Detto in altre parole, il modello italiano non dice nulla dell'azione – o meglio di che cosa si debba intendere per partecipazione –, ma si concentra sull'evento, qualificando «come concorrente nel reato chiunque abbia posto in essere un comportamento di efficienza causale per l'evento di reato». Di conseguenza, la condotta viene considerata «soltanto in relazione alla sua *Wirkung* sull'evento di reato, ma non anche per quello che essa è»[126].

L'equiparazione concorrere/con-causare[127], però, ha da sempre suscitato perplessità in dottrina. Secondo taluni, la teoria del contributo causale, basata sul paradigma della *conditio sine qua non* della condotta del concorrente, verrebbe meno non appena si consideri che non tutte le condotte condizionali sono meritevoli di punizione – come i c.d. "rischi ubiquitari" –, e che anche altri comportamenti "non necessari" per l'evento sono rilevanti ai fini della fattispecie concorsuale, come ad esempio fare da "palo" in una rapina[128]. Altri autori sottolineano altresì l'irragionevolezza di tale "meccanismo", special modo se rapportato alla partecipazione "psichica". «[C]ome poter indagare se 'nella mente' di qualcuno la scelta criminosa non sarebbe stata adottata se quel puro messaggio verbale [d'istigazione] non fosse stato formulato?»[129]. A ciò si aggiunge la voce autorevolissima di chi, già tempo addietro, sosteneva che, riconoscendo quale unico carattere della nozione di autore il legame causale all'evento, questa finiva per risolversi in una nozione estensiva di autore, regredendo, pertanto, «ad un'idea che deriva da un ormai superato periodo naturalistico del pensiero penalistico»[130].

Non a caso, al fine di "colmare" la teoria del contributo causale, si sono susseguite diverse altre ricostruzioni assiomatiche[131], sino ad arrivare a quelle più recenti. Meritevole di nota è, ad esempio, la teoria che definisce la tipicità concorsuale come colposa o dolosa. Partendo dalla prima, ciò che renderebbe "tipico" il concorso è la *relazionalità* delle condotte, o meglio, la violazione degli obblighi relazionali. Con la seconda, invece, ci si riferisce alla rilevanza causale del concorso non già rispetto alla realizzazione del fatto, quanto piuttosto alla sua concreta organizzazione; descrivendo, quindi, il concorrere come il *contribuire all'organizzazione* di un fatto delittuoso, nella cui "dimensione interna" è la *strumentalità* delle condotte il perno

[125] Così M. Helfer, *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario italiano*, Torino 2013, 195 ss.
[126] M. Helfer, *op. cit.*, 205, 208.
[127] L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, 10 ss.
[128] S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *op. cit.*, 767, 795, 796.
[129] G. De Francesco, *op. cit.*, 656.
[130] Così Gallas, *Täterschaft und Teilnahme*, in *Materialen zur Strafrechtsreform, Gutachten der Strafrechtslehrer*, Bonn 1954, I, 143; Gallas, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, A.T.*, 14-25 Sitzung, Bonn 1958, II, 69, in S. Seminara, *op. cit.*, 8 ss.
[131] Come la «teoria dell'agevolazione», secondo cui meritevole di sanzione sarebbe anche colui che abbia comunque facilitato la realizzazione dell'evento; o ancora la c.d. «valutazione prognostica del contributo», basata su un giudizio *ex ante* rispetto alla capacità eziologica del contributo. Sul punto si veda S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *op. cit.*, 794 ss.

centrale[132]. Sempre rivolta al concetto di strumentalità è altresì la teoria secondo cui la partecipazione plurisoggettiva rileverebbe soltanto qualora «*i contributi prestati siano stati resi operativi grazie alla 'scelta' di mettere a frutto gli apporti con essi forniti*», escludendo, pertanto, l'idea che il nesso tra comportamenti di diversi soggetti si presti ad essere *meccanicamente* riportato allo svolgersi di un processo naturale di un evento[133].

Ciò che accomuna tali moderne concezioni, sta nel fatto che, per il tramite della strumentalità tra condotte, si prediliga comunque – forse cercando di colmare un *deficit* di tipicità – il modello unitario rappresentato nel nostro codice dall'articolo 110. Questo perché: *i*) la *responsabilità differenziata* a seconda del ruolo assegnato al singolo compartecipe può essere garantita per il tramite degli articoli 111 e seguenti; *ii*) la discrezionalità del giudice viene limitata dalla tipicità dolosa o colposa del concorso; *iii*) i modelli differenziati potrebbero risultare comunque parziali, non esaustivi, acquistando una valenza puramente descrittiva, senza fornire criteri certi per fondare la ratio della punibilità[134].

Orbene, se quanto appena delineato pone le basi dogmatiche del modello unitario di concorso, bisogna ora chiedersi quale sia la prassi applicativa dello stesso. A tal proposito, la disamina partirà proprio dal *plan Condor* che qui ci interessa, in special modo in riferimento ai "quadri intermedi" che nella sentenza di prime cure sono stati assolti per non aver commesso il fatto. In effetti, benché tra le sentenze di primo e secondo grado non manchino punti in comune – come, ad esempio, il rifiuto di sussumere i fatti all'interno dell'alveo del reato di cui all'art. 416-*bis* c.p.[135], o ancora il riconoscimento delle responsabilità in capo ai vertici di tali strutture[136] –, le stesse sono arrivate a conclusioni diverse in merito alla responsabilità dei c.d. «soggetti intermedi», ovvero di coloro i

[132]Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *op. cit.*, 799 ss.
[133]Così G. De Francesco, *op. cit.*, 653 ss.
[134]G. De Francesco, *op. cit.*,. 645, 646; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *op. cit.*, 813 ss.
[135]Invero, come si legge nella sentenza n. 32/2019 dell'8 luglio 2019, pronunciata dalla Corte di Assise di Appello di Roma, tale equiparazione «va scartata perché il Piano Condor costituì solo un accordo di collaborazione per la realizzazione di un progetto specifico di eliminazione di una limitata categoria di vittime […], senza alcuna creazione di un sodalizio stabile, tra i Paesi aderenti, orientato verso futuri crimini […]. Nemmeno il numero elevato di vittime è manifestazione dell'esistenza di un'associazione finalizzata alla commissione di una serie indeterminata di reati perché, allorquando i bersagli da colpire siano individuati in funzione all'appartenenza a specifici gruppi di opposizione, ricorre, come chiarito dalla giurisprudenza, l'ipotesi del c.d. "mandato in bianco" che rimane sempre nel concorso di persone nel reato (v. Cass., Sez. 1, 17.10.2017 n. 48590)» (p. 106). Quindi, questa condotta va tenuta distinta dal generico programma delittuoso di un'associazione di tipo mafioso, basato sulla previsione della commissione di una serie di reati non prevedibili né definibili ex ante, ma progettati, di volta in volta, in funzione degli scopi del sodalizio; nel "mandato in bianco", invece, sebbene vi sia una genericità nell'individuazione delle vittime, il delitto è ideato come rivolto a una data categoria di persone e ciò lo dota di maggiore concretezza rispetto al programma. (cfr. anche a Cass. 12.06.2018 n. 13362, in www.dejure.it, Cass. 12.11. 2003 n. 47739, in Rv. 227775). Dello stesso avviso è stata la Corte di Assise di Roma nella sent. n. 1/2017 del 17 gennaio 2017, p.11, la quale specificò altresì che «nel caso di una disciplina rigidamente gerarchizzata, a differenza [dei] vertici di un'associazione mafiosa o terroristica, l'apporto del capo militare (o politico) mediante la formulazione dell'ordine di annientamento degli avversari politici, anche se non individualizzante, resiste al giudizio causale e condizionalistico, […] proprio perché è caratteristica tipica […] della catena di comando militare che l'ordine parta dall'alto e dall'alto si propaghi verso il basso».
[136]Nella sentenza di primo grado (la n. 1/2017 del 17 gennaio 2017), la Corte di Assise di Roma ha affermato che i vertici politici e militari che hanno posto in essere tra loro questo *pactum sceleris* al fine di annientare i loro oppositori, «non solo hanno concepito detto scopo dando l'*imput* politico necessario e imprescindibile alle strutture repressive che operavano su loro disposizioni, ma hanno anche deviato e distorto le strutture, avvalendosi del personale delle originali legittime istituzioni statali […]. Quindi non solo hanno ideato la serie di omicidi politici di cui la Corte si occupa, ma hanno dato un contributo causale a ciascuno di essi» (p.11), abbracciando così l'orientamento che la stessa Corte aveva assunto nel caso Suarez Mason ed altri (cfr. Ass. Roma, 6.12.2000 n. 1402/93), secondo il quale, degli stessi fatti, dato che «l'attività repressiva […] era sistematica e generalizzata […], non possono non risponder[e], indipendentemente dall'esistenza di un loro specifico ordine, i comandanti che avevano contribuito alla ideazione e pianificazione di quei metodi ed avevano trasmesso direttive finalizzate» a tale scopo (p. 44).

quali rivestivano all'interno dei rispettivi apparati posizioni sia di comando verso i propri subordinati, meri esecutori materiali, sia subalterne nei confronti di soggetti apicali quali generali o rappresentanti politici. Parliamo ad esempio del capitano di vascello e comandante del FUSNA S2 Troccoli, o del suo successore Laberceau; o ancora del comandante del D-3 Gavazzo. Il primo punto sulla base del quale la Corte di Assise di Roma muoveva il suo ragionamento si sostanziava nella mancanza di elementi probatori atti a dimostrare il loro diretto coinvolgimento negli omicidi, in quanto veniva considerato come «non […] razionalmente ipotizzabile che in una organizzazione criminale, a struttura rigidamente gerarchica, ci fosse un potere diffuso di vita o di morte»[137], ovvero un potere decisionale tale per cui poter disporre a proprio piacimento della vita dei prigionieri politici.

Per il tramite di un richiamo giurisprudenziale, a sostegno della sua posizione la Corte ha ricordato che «il ruolo di partecipe rivestito da taluno nell'ambito della struttura organizzativa criminale non è di per sé solo sufficiente a far presumere la sua automatica responsabilità per ogni delitto compiuto […], anche se riferibile all'organizzazione, […] giacché dei reati-fine rispondono soltanto coloro che materialmente o moralmente hanno dato un effettivo contributo […] all'attuazione della singola condotta criminosa»[138]. Né, tantomeno, l'organo giudicante ha ritenuto valido il ragionamento utilizzato nel caso *Winkler* dal Tribunale Militare di Verona[139], secondo cui il concorso sussisterebbe in capo a chi, ricevendo degli ordini manifestamente illegittimi dai suoi superiori, li trasmetta comunque ai suoi subordinati, non interrompendo la catena. Questo perché, tale argomentazione sarebbe del tutto indiziaria e, per tale ragione, difettosa «di sufficienti elementi individualizzanti [capaci] di ricollegare il singolo omicidio a ciascun imputato»[140].

Analizzando questi ultimi passaggi emerge un dato interessante dal punto di vista metodologico. Nello specifico, è da notare come il collegio di primo grado, se da un lato ha intrapreso il percorso tortuoso – ma apprezzabile – che cercava di parcellizzare le singole condotte di ogni imputato, dall'altro, non avendo elementi tipici da seguire per l'individuazione delle condotte e degli elementi probatori a sostegno, si è "perso" nei meandri tortuosi del solo contributo causale, che hanno condotto alla deriva di un'assoluzione di dubbia ragionevolezza. È come se in questa pronuncia si elevasse al quadrato il sistema meccanicistico del nesso di causa, distogliendo il giudice da quegli elementi probatori che aiuterebbero nel giudizio.

Rispetto alla posizione sin qui espressa, però, le tesi argomentative seguite dalla Procura di Roma e dalla Corte di Assise di Appello – poi confermate dalla prima Sezione della Corte di Cassazione[141] – hanno condotto ad esiti diametralmente opposti, capovolgendo così la pronuncia di prime cure.

Nell'atto di appello della Procura viene sottolineato che, prendendo la posizione di Troccoli, ad esempio, non può assumere alcun rilievo il grado formalmente ricoperto da quadri intermedi come l'imputato. In effetti, pur essendo lo stesso un mero capitano di vascello, era comunque a capo

[137]Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, 12, similmente a p. 44 e a p. 84, rispetto a Lacebeau e a Troccoli.
[138]Così Cass. 15.11.2007 n. 3194, citata in Ass. Roma, 17.01.2017 n. 1/2017, 46.
[139]Trib. mil. Verona sez. II 06.07.2011 n. 43/2011, caso *Winkler*.
[140]Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, 43.
[141]Cass. 09.07.2021, *Sanz Balduvino e altri*, dispositivo della sentenza in www.24marzo.it.

dell'S2 della marina uruguayana, ufficiale di collegamento tra il FUSNA e l'ESMA argentina e, spesso, torturatore delle vittime in sede di interrogatorio[142]. Per di più, come riferì il p.m. uruguayano Guianze Rodriguez Martina, sentito in sede dibattimentale, dalle indagini svolte emerse che Troccoli godesse di «un'ampissima facoltà di decisione […]: poteva arrestare […], disporre dei prigionieri autonomamente e non doveva rendere conto ai suoi superiori»; era lui stesso a dare dei consigli ai suoi superiori, proponendo al Comando le operazioni che riteneva necessario effettuare. Fu lui, unitamente a Lacerbeau, a creare uno degli uffici più importanti di tutta l'operazione, la c.d. «*computadora*», finalizzato alla raccolta ed alla rielaborazione delle informazioni acquisite a danno degli oppositori[143]. Questi, al pari di molti altri ufficiali di grado intermedio, erano di certo, «in grado di assicurare l'operatività delle strutture […] in funzione del perseguimento delle finalità di repressione, cui quelle strutture erano "istituzionalmente" deputate […], al di là della formale denominazione degli incarichi». Ed invero, avendo taluni di questi imputati il compito di gestire i centri di detenzione dove molti dei soggetti sequestrati trovarono la morte, ne consegue che ognuno abbia dato un suo contributo alla causazione degli omicidi, «in quanto, per l'appunto, la privazione della libertà dei sequestrati era istituzionalmente preordinata anche alla prospettiva della loro soppressione»[144]; quest'ultima non era «mai il frutto delle determinazioni subitanee, motivate da situazioni contingenti, ma il risultato di un'accurata pianificazione, protrattasi nel tempo»[145].

La Procura appellante, inoltre, facendo espresso rinvio alla pronuncia (E.S.M.A.)[146], emessa precedentemente dalla Corte di Assise di Roma, evidenziò la contraddizione in cui l'organo giudicante era incappato. Ed invero, a parere della Pubblica accusa, poco chiara risultava la motivazione secondo la quale la stessa Corte, nella sentenza impugnata, parcellizzava le condotte escludendo la responsabilità di taluni, mentre, nell'arresto citato, sosteneva che l'*exitus* fosse «attribuibile a chiunque abbia posto in essere una frazione del percorso di morte, […] arrivando alla condanna di quanti hanno sequestrato, torturato, interrogato, indirizzato sul volo della morte anche se non si è riusciti ad individuare il volo e chi fosse sul singolo volo dalla vittima al carnefice»[147].

Analogamente ai ragionamenti seguiti nel procedimento di secondo grado, si potrebbero citare alcune pronunce che hanno sposato la stessa soluzione con specifico riferimento alla responsabilità dei quadri intermedi. Si potrebbe fare l'esempio del caso *Astiz*, rispetto al quale la Corte di Cassazione ha sostenuto che, pur non rivestendo lo stesso tenente un ruolo di vertice, il fatto che abbia gestito la prigione clandestina «*Grupo de tarèa 3.3.2.*», non potrebbe che considerarsi per ciò solo quale «contributo materiale alla causazione degli omicidi, in quanto, per l'appunto, la privazione della libertà dei sequestrati era istituzionalmente preordinata anche alla prospettiva della loro soppressione, della quale costituiva necessaria premessa e condizione»[148].

[142]Atto di appello del p.m., dott.ssa Tiziana Cugini, 10.05.2017, 11 ss.
[143]Cfr. Ass. app. Roma 08.07.2019 n. 32/2019, 72, 79, 80, 88, 89.
[144]Così, Atto di appello del p.m., dott.ssa Tiziana Cugini, 10.05.2017, 20, 22.
[145]Ass. app. Roma 08.07.2019, n. 32/2019, 110.
[146]Ass. Roma sez. II 17.03.2007 n. 5/07, R.G.N.R. 9241/99.
[147]Atto di appello del p.m., dott.ssa Tiziana Cugini, 10.05.2017, 15.
[148]Cass. 26.02.2009 n. 218/2009, in *CP* 2010, 1281, 8.

Lo stesso dicasi per la già citata sentenza *Winkler*, che riconobbe la responsabilità a titolo di concorso nella commissione di eccidi del comandante di plotone Winkler, in quanto fu lui a trasmettere ai suoi sottoposti l'ordine a sua volta ricevuto dai superiori, non interrompendo la «catena di trasmissione» che rese possibile il massacro e, per questo, apportando un contributo causale decisivo per lo stesso, in piena consapevolezza di quanto l'esecuzione di quell'ordine illegittimo avrebbe comportato[149]. O, per finire, analogo ragionamento può essere ritrovato tra le righe del caso dell'eccidio delle Cave Ardeatine, dove la fucilazione di 335 persone, tra cui civili, ebrei e prigionieri di guerra venne gestita dall'ufficiale Priebke che, ricevuto l'ordine illegittimo dal suo superiore tenente colonello Kappler, prese parte al massacro coordinando la dinamica delle uccisioni, con una piena signoria sul fatto, vista la consapevolezza dell'incidenza del suo contributo nella causazione dell'evento[150].

In tutte queste pronunce si denota l'altra "faccia oscura" della teoria del contributo causale: ovvero il *livellamento* tra le posizioni. A differenza della decisione di primo grado, in quella di appello – come in tutte quelle testé indicate – i giudici non si sono neanche posti nella posizione di parcellizzare, di individualizzare nello specifico ogni singola condotta, limitandosi all'analisi del nesso causale che queste hanno portato alla realizzazione dell'evento. È come se, l'utilizzo della sola causalità portasse a due paradossi, dunque: qualora il giudice cercasse di inquadrare nello specifico ogni condotta, l'indagine del solo nesso di causa comporterebbe una difficoltà di non poco conto rispetto alla ricerca delle prove tramite cui capire *per che cosa* il soggetto sia punibile; nel caso in cui, invece, si partisse dal solo collegamento eziologico su cui si basa l'articolo 110 c.p., perderebbe alcuna rilevanza la valutazione soggettivistica ricollegata al disvalore d'azione (*Handlungsunwert*), di cui si è parlato poc'anzi. Concludendo sul punto, quindi, ciò che la prassi applicativa rivela è la tendenza alla rilevanza del solo nesso causale – tanto criticato in dottrina –, equiparando, nella maggior parte dei casi, tutte le condotte concorsuali; quando, invece, cerca di differenziare i contributi, il giudice si trova dinanzi ad una serie difficoltà relative all'individuazione e valutazione delle risultanze probatorie utili, a causa dell'assenza di elementi oggettivi di orientamento per l'individuazione delle condotte rilevabili penalmente.

Strettamente connesso al tema del concorso di persone un altro punto ha contribuito a segnare un solco ancor più profondo tra le due pronunce oggetto dell'analisi di questo paragrafo: ovvero l'elemento soggettivo previsto per l'ipotesi di omicidio plurimo aggravato contestato a tutti gli imputati. Ciò che in special modo ha contraddistinto la sentenza di prime cure – determinando di guisa l'assoluzione dei quadri intermedi per il reato *ex* art. 575 – consisteva, tra l'altro, nel dubbio relativo alla sussistenza di tale elemento. Secondo la Corte di Assise di Roma, se la presenza e l'attività svolta da tali soggetti nei campi di prigionia era da sola sufficiente per attribuire agli stessi la responsabilità in merito al sequestro, alla detenzione illegittima ed alle vessazioni, ciò non varrebbe altresì per quanto attiene all'uccisione dei detenuti, neanche sotto forma di dolo eventuale, in quanto «la detenzione delle vittime […] non è stata sempre funzionale alla perpetrazione degli omicidi, perché, […], in molti casi,[…] i detenuti sono stati liberati», c'erano

[149]Trib. mil. Verona sez. II 06.07.2011 n. 43/2011, *Winkler*, 436.

[150]In tal senso Cass. 16.11.1998 n. 12595, in https://www.questionegiustizia.it/data/doc/231/cassazione_sentenza_n-12595-1998.pdf.

dei sanitari nei CCD ed inoltre il dolo eventuale confliggerebbe con l'aggravante della premeditazione[151].

Per comprendere a pieno la ragionevolezza, o meno, di quanto addotto dal collegio giudicante, pare opportuno, seppur per sommi capi, delineare tale tipologia di dolo. Tradizionalmente, la definizione dogmatica, quanto la prassi giurisprudenziale, ricollega al dolo eventuale l'ipotesi in cui un soggetto «non agisc[a] al fine di commettere il fatto (come avviene nel dolo intenzionale), né si rappresent[i] la realizzazione del fatto in termini di "certezza" o "alta probabilità" (come avviene del dolo diretto)»[152], ma, rappresentandosi la concreta *possibilità* della realizzazione del fatto di reato, accetti il rischio di consumarlo nonostante non vi sia certezza di realizzazione, né questo «costituisc[a] il fine precipuo della scelta d'azione od omissione»[153]. Il concetto così descritto prende il nome di "criterio dell'accettazione del rischio". Rispetto a questo, però, la prassi applicativa da una parte, ed una fetta consistente della dottrina dall'altra, hanno dimostrato come tale formula sia priva di consistenza o, come direbbe taluno, sia «vuota [o] agevolmente […] "manipolabile" al fine di soddisfare le più diverse esigenze di politica criminale»[154]. In particolar modo, la conseguenza che deriverebbe da questa teoria finirebbe per svuotare quasi del tutto l'elemento volitivo del dolo, basandosi sull'automatica deduzione: rappresentanza della *possibilità* della realizzazione del fatto, uguale, automatica accettazione del rischio. Rispetto a tale punto, un passo in avanti è stato fatto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la famosa pronuncia relativa al caso ThyssenKrupp[155]. Le stesse – rigettando l'assunto che la mera irragionevolezza del convincimento dell'agente rispetto alla verificazione dell'evento possa da sola fondare il rimprovero a tiolo di dolo eventuale – hanno posto l'accento proprio sull'elemento volitivo, sottolineando che, per configurarsi l'elemento soggettivo *de quo*, l'agente debba aver agito esprimendo una «scelta razionale», ovvero decidendo di agire consapevolmente, dopo aver soppesato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare[156].

Nella stessa pronuncia, inoltre, la Corte elenca tutta una serie di "indicatori" del dolo, tra cui: la condotta (anche successiva al fatto), la personalità del soggetto, il fine, il contesto, le eventuali conseguenze negative o lesive per l'agente e, come anticipato, la scelta razionale dello stesso. Ma, oltre a questi indici, la Corte ha aggiunto la c.d. "prima Formula di Frank"[157] e la percezione da

[151]Ass. Roma 17.01.2017 n. 1/2017, 83 s.

[152]S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *op. cit.*, 434 s. Sul dolo eventuale si veda, inoltre: L. Eusebi, *Verso la fine del dolo eventuale? (salvaguardando, in itinere, la formula di Frank)*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 aprile 2014; M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 febbraio 2014; M. Romano, *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *RIDPP*, 2015, 559 ss.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[16], Milano 2003; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*[8], Bologna 2019; F. Mantovani, *Diritto penale*[11], Padova 2020; T. Padovani, *Diritto penale*[12], Milano 2019.

[153]A. Vallini, *La mens rea*, a cura di E. Amati, M. Costi, E. Fronza, Paolo Lobba, E. Maculan, A. Vallini, *Introduzione al Diritto penale internazionale*, *cit.*, 145.

[154]S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *op. cit.*, 440, 443.

[155]Cass. S. U. 24.11.2014 n. 38343, in *CP* 2015, 426.

[156]Si veda, A. Aimi, *Il Dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp. Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2015"*, in www.penalecontemporaneo.it, Milano 2014; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *op. cit.*, 444.

[157]R. Franck, *Das Strafgesetzbuch für deutsche Reich*[17], Tübingen 1926, 182, in S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *op. cit.*, 438.

parte dell'agente della *probabilità* di verificazione dell'evento[158]. Elementi che potrebbero essere utili per il caso *Condor*.

Per quanto riguarda il primo dei due indicatori da ultimo menzionati, questo rivelerebbe l'esistenza del dolo eventuale nel caso in cui il soggetto avrebbe agito ugualmente nonostante gli fosse risultato *certo* il verificarsi dell'evento. Rispetto all'altro, invece, taluni sostengono che «tanto più [è] alta la percezione dell'agente della probabilità di verificazione dell'evento, quanto più il giudice può scorgere "i segni di un atteggiamento del volere"»[159]. Orbene, tenendo a mente questi due indici e considerando le circostanze del caso in questione, si può sostenere che, rispetto agli omicidi, l'elemento soggettivo prenda le forme del dolo diretto, caratterizzato dal fatto che l'agente abbia previsto «come sicuro, o perlomeno come altamente probabile, che il suo comportamento realizzerà la fattispecie incriminatrice»[160], talché «la sua concreta accettazione […] dovrebbe considerarsi *in re ipsa*»[161]. Il perché di questa affermazione sta nel fatto che, in primo luogo, trattandosi di un apparato militare fortemente gerarchizzato, viene difficile pensare – e la storia lo insegna – che un subordinato si ribelli ad un ordine impartitogli, ma soprattutto, proprio rispetto agli imputati assolti in primo grado, non è difficile pensare che loro avrebbero agito comunque, pur sapendo con certezza che il loro comportamento avrebbe provocato *certamente* o *molto probabilmente* un fatto illecito, proprio perché erano parte integrante del piano, erano un anello indispensabile per il "buon andamento" dell'organizzazione. Quindi, perché escludere che tali soggetti si fossero rappresentati quelle morti come fatti probabili o addirittura certi? È come se, nel caso di specie, gli indicatori della prima formula di Frank e della percezione probabilistica fossero di un grado molto elevato, facendo sì che, non solo risulti errato escludere un dolo eventuale in capo agli imputati in questione, ma che addirittura si possa arrivare ad un grado più elevato di dolo, per l'appunto quello diretto.

La lettura dell'atto di appello della Procura rispetto a questa pronuncia, in sostanza sembra confermare quanto sin qui argomentato. Nello specifico, si sottolineò l'irragionevolezza nel dubitare della volontà omicidiaria degli imputati per il solo fatto che nei CCD fossero presenti dei sanitari, in quanto, come già sottolineato, gli stessi avevano il compito di far durare il più a lungo possibile le sedute di tortura, evitando che la morte sopraggiungesse troppo presto, non di certo per salvare vite come in una comune corsia di ospedale[162]. Se, dunque, aggiunse lo stesso magistrato, «è certo e provato, come riconosciuto dalla stessa Corte, il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione è provato per ognuno dei fatti il conseguente delitto di omicidio volontario e non solo in termini di dolo eventuale». E questo perché, stando a quanto affermato in una pronuncia della Corte di Cassazione, risalente al 2008, tale tipologia di dolo sarebbe riscontrabile nel caso in cui «l'agente, ponendo in essere una condotta diretta ad altri scopi, si rappresent[i] la concreta possibilità del verificarsi di ulteriori conseguenze della propria condotta e, ciò nonostante, agisca accettando il rischio di cagionarle; quando, invece, l'ulteriore

[158]A. Aimi, *op. cit.*, 10 ss.
[159] A. Aimi, *op. cit.*, 10 ss.
[160]Così, S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *op. cit.*, 433.
[161]Così, G. De Francesco, *op. cit.*, 421, anche se l'Autore pone delle obiezioni sull'impostazione "classica" della tripartizione dolo intenzionale, diretto ed eventuale.
[162]Così, Atto di appello del p.m., dott.ssa Tiziana Cugini, 10.05.2017, 5 s.

accadimento si presenta all'agente come probabile, non si può ritenere che egli, agendo, si sia limitato ad accettare il rischio dell'evento, bensì che, accettando l'evento, lo abbia voluto, sicché in tale ipotesi l'elemento psicologico si configura nella forma di dolo diretto e non quella di dolo eventuale»[163]. Posto che, dunque, il pericolo di morte dell'ostaggio sia ontologicamente insito nel sequestro di persona[164], vien da sé che la soppressione del soggetto rapito sia altamente probabile – soprattutto se torturato di continuo – e non meramente prevedibile, connotandosi, di guisa, la condotta degli imputati «intermedi» di dolo diretto in luogo del mero dolo eventuale[165].

Dello stesso avviso è stata in effetti la Corte di Assise di Appello, la quale, dissentendo dalla riqualificazione del fatto posta in essere in primo grado in merito ai soli imputati Gomez, Bermudez e Figueroa, nei confronti dei quali venne mutata la doppia incriminazione di sequestro e omicidio plurimo aggravato nell'unica fattispecie di sequestro di persona aggravato dalla morte del sequestrato (*ex* art. 630 co. 3 c.p.), ha sottolineato come gli omicidi attribuiti a questi ultimi non erano dissimili rispetto agli altri: anche in quel caso, invero, le vittime, «come tutte le restanti vittime, furono arrestate illegittimamente, deportate nei centri di detenzione clandestini, sottoposte a tortura e infine uccis[e]», confermando così «quanto pacificamente emerso dal compendio probatorio raccolto in primo e in secondo grado e illustrato in motivazione, e cioè che l'omicidio degli oppositori al regime era obiettivo principale […] e che l'uccisione era preceduta dal sequestro dei dissidenti per estorcere loro informazioni». Quindi, in sede di gravame, venne appurato che l'intento degli agenti, sin dall'origine, fosse quello di uccidere gli oppositori, mentre la privazione della libertà in realtà era solo ad essa strumentale[166].

A questo punto vien da chiedersi come si possa tradurre sul piano dell'*international criminal law* quanto emerso dall'analisi delle sentenze italiane pronunciatesi sul *plan Condor*. Per ovvie ragioni di brevità espositiva, il rinvio non riguarderà i crimini internazionali astrattamente ipotizzabili nel caso di specie, ma si limiterà alle sole figure di concorso, cercando di valutare se, e in che misura, il paradigma internazionale di concorso avrebbe potuto ipoteticamente aiutare i giudici italiani nel caso *de quo*.

A tal fine può sicuramente prendersi in considerazione quanto previsto dallo Statuto della Corte Penale Internazionale che, pur non potendo trovare specifica applicazione in tale fattispecie visto il principio di irretroattività *ex* art. 24 St. ICC, comunque rappresenta un ottimo strumento di analisi tramite il quale sarà possibile delineare i contorni, distinguendoli tra loro, delle figure dei soggetti apicali rispetto ai loro sottoposti di grado intermedio.

Con riguardo ai primi, la disposizione che si potrebbe prendere in considerazione è quella di cui all'art. 25, par. 3, lett. *a* III ipotesi: ovvero quella relativa alla commissione «*through another person*»[167]. In questo caso, si parla di autorìa mediata (o di *indirect perpetration*), indicando con

[163]Cass. S.U. 27.11.2008 n. 3286, citata in atto di appello del p.m., dott.ssa Tiziana Cugini, 10.05.2017, 17.
[164]Cass. 05.12.2000 n. 7671, citata in atto di appello del p.m., dott.ssa Tiziana Cugini, 10.05.2017, 18.
[165]Così, Atto di appello del p.m., dott.ssa Tiziana Cugini, 10.05.2017, 18.
[166]Ass. app. Roma 08.07.2019 n. 32/2019, 112 s.
[167]Si potrebbe escludere invero quanto sancito dall'ipotesi II della stessa lettera *a*), perché rivolta soprattutto a rapporti che si sviluppano orizzontalmente tra i correi. Lo stesso dicasi per il par. 3-*bis* inserito nel 2010, in quanto lo stesso fa espresso riferimento al solo crimine di aggressione, ed altresì per l'art. 28 dello Statuto, in questo caso perché la responsabilità del superiore ha natura prettamente omissiva e non commissiva come nel caso che qui interessa.

tale termine quelle ipotesi in cui, indipendentemente dal fatto che l'esecutore materiale sia imputabile o meno, un soggetto utilizzi un altro come vero e proprio strumento per commettere il reato. Ciò avviene tramite il controllo effettivo che l'autore mediato ha sull'agente che con le proprie mani ha commesso l'illecito; controllo che – come spesso accade soprattutto nel panorama dei *delicta iuris gentium* – viene esercitato grazie ad una struttura organizzata gerarchicamente della quale fanno parte i soggetti attivi. È indubbia l'influenza della teoria roxiana di cui si è detto in precedenza sulla formulazione di questa norma: grazie a tale costruzione teorica, invero, risulta possibile imputare la responsabilità di autore principale anche a soggetti "dietro la scrivania", ovvero che si trovano all'apice della struttura gerarchica di un «*apparatus of power*»[168], che quindi controllano l'intera organizzazione (*Organisationsherrschaft*)[169], restando ben lontani dal *locus commissi delicti*. Esempi pratici a conferma dell'applicazione verticistica di tale norma riguardano il caso del Presidente peruviano Fujimori[170], la cui responsabilità venne riconosciuta tramite l'applicazione della *autoría* mediata, per mezzo del dominio di un apparato di potere[171]. O ancora, rispetto alla sentenza riguardante Omar Al Bashir, del quale la Camera preliminare della CPI affermò la responsabilità per crimini contro l'umanità – commessi a danno della popolazione civile del Darfur durante la campagna di repressione dei movimenti insurrezionali – ai sensi di quanto dispone la lettera *a* dell'art. 25, par. 3, in quanto, quale Presidente del Sudan e quindi comandante in capo delle forze armate sudanesi, lo stesso avrebbe svolto un ruolo essenziale nel coordinamento e nella implementazione dell'intero disegno criminale, mantenendo dunque quel dominio sul fatto necessario sia per l'*autoría* mediata che per la *indirect co-perpetration*[172].

Tale «intercambiabilità» fra i due modelli sottolinea la vicinanza delle due figure, anche se, *repetita iuvant*, nell'ultima forma citata, oltre ad esercitare il controllo su di una specifica struttura, l'autore mediato collabora con un altro soggetto apicale avente un proprio organico per la commissione di un determinato crimine internazionale.

Ed in merito all'organizzazione *Condor* si potrebbe fare lo stesso ragionamento, nonostante, nel caso in questione, più che di *co-autoría* indiretta si potrebbe parlare della c.d. «*joint indirect perpetration*», esistendo un vero e proprio organo collegiale composto dai diversi capi di Stato e gerarchi militari al vertice di tutta l'operazione.

Per quanto attiene alla *mens rea*, tralasciando come anticipato, gli eventuali elementi soggettivi richieste dagli *elements of crimes* dei singoli crimini – che prevarrebbero[173] –, si può considerare l'art 30 dello Statuto[174] quale norma generale applicabile. Di conseguenza, si potrebbe riconoscere

[168]G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, 251.

[169]Così K. Ambos, *Art. 25: Individual criminal responsibility*, a cura di O. Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*[2], 743-770, München 2008, 479.

[170]Cfr. G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, 250.

[171]Cfr. E. Maculan, *La responsabilità, cit.*, 2.

[172]Così ICC Pre-Trial Chamber 04.03.2009 *case* n. ICC-02/05-01/09), *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, par. 223, 221, in E. Maculan, *La responsabilità, cit*., 33 s.

[173]Sul rapporto tra la clausola generale di cui all'art. 30 ICC St e gli EC, si veda A. Vallini, *La mens rea*, a cura di E. Amati, M. Costi, E. Fronza, Paolo Lobba, E. Maculan, A. Vallini, *Introduzione al Diritto penale internazional*[5], Torino 2020, 151 ss.

[174]Art. 30 ICC St: 1. Salvo diversa disposizione, una persona non é penalmente responsabile e può essere punita per un crimine di competenza della Corte solo se l'elemento materiale é accompagnato da intenzione e consapevolezza. 2. Ai sensi del presente articolo, vi è intenzione quando: *a* trattandosi di un comportamento, una persona intende adottare tale comportamento; *b* trattandosi di una conseguenza, una persona intende causare tale conseguenza o é consapevole che quest'ultima avverrà nel corso normale

in capo ai vertici gerarchici un comportamento doloso, in quanto hanno premeditato[175] anzitempo tutto il sistema operativo, ed hanno ritenuto, da una parte, come certe le conseguenze delle loro scelte visto il loro potere sull'apparato, mentre dall'altra, come effettivamente esistenti le circostanze facenti parte dell'elemento oggettivo del fatto[176].

Se quanto sin qui detto può valere per le posizioni dei vertici gerarchici, differente discorso va fatto nei riguardi dei quadri intermedi. Per questi ultimi, invero, l'artico 25 St. ICC – al pari di quanto previsto nel *Draft Code* del '96, nel quale si faceva un'esplicita distinzione tra la posizione «*high level government officials or military commanders*» e i «*mid-level officials who order their subordinates to commit the crimes*»[177]– individua nella lett. *b* un differente grado di responsabilità nel caso in cui gli stessi quadri intermedi[178] diano ai loro subordinati l'ordine di commettere un crimine. Quindi anche in questo caso, come accade nella lett. *a* III ipotesi, esiste un rapporto superiore-subordinato rispetto al quale impartire un ordine risulta essere la sua tipica forma di manifestazione; ma il *discrimen* che separa le due circostanze sta nel fatto che, mentre per la commissione «*through another person*» il vertice che ha dato l'ordine ha un controllo tale da riuscire ad utilizzare l'esecutore materiale come semplice strumento (*tool*), nel secondo caso il comandante di medio livello trasmette semplicemente una disposizione che proviene dall'alto[179], non essendo necessario, di conseguenza, che quest'ultimo abbia «*the specific intent that may be required by the crime*»[180]. In altre parole, «non è necessario che [tale quadro intermedio] abbia voluto la realizzazione del reato, essendo sufficiente che abbia impartito l'ordine nella consapevolezza che nel normale corso degli eventi un reato verrà commesso nell'adempimento dell'ordine»[181]. Trasmigrando questo in abiti "nostrani", si potrebbe seguire la linea indicata dalla Corte di Assise di Appello vista in precedenza, secondo cui sussisterebbe il dolo diretto in capo a detti soggetti, soprattutto rispetto alle conseguenze derivanti dall'ordine, in quanto queste ultime vengono considerate certe, o quanto meno altamente probabili, da parte di chi abbia trasmesso il comando a sua volta ricevuto dall'alto. Rispetto al caso in questione, se l'obiettivo era quello di estorcere le informazioni da un gruppo politicamente circoscritto, *sopprimendone* chi ne fosse parte integrante, non pare astruso considerare che per i quadri intermedi trasmettere l'ordine di sequestrare, imprigionare e torturare volesse dire, al contempo, avere la consapevolezza che la

degli eventi. 3. Vi é consapevolezza ai sensi del presente articolo quando una persona é cosciente dell'esistenza di una determinata circostanza o che una conseguenza avverrà nel corso normale degli eventi. «Intenzionalmente» e «con cognizione di causa» vanno interpretati di conseguenza.

[175] Quindi una forma più intensa del dolo di proposito. Si veda G. De Francesco, *op. cit.*, 430.

[176]Tale ragionamento prende forma seguendo il criterio discretivo dell'elemento soggettivo preferito da parte autorevole della dottrina italiana. Secondo quest'ultima sembrerebbe più proficuo prendere in considerazione, in luogo dell'endiadi "intenzione" e "conoscenza" *ex* art. 30 ICC St, l'elemento materiale del crimine internazionale, composto da condotta, conseguenze e circostanze, da considerarsi quali oggetti del nesso psichico. E quindi: per la condotta sembrerebbe ravvisarsi un dolo di proposito, mentre per le conseguenze e le circostanze, perlomeno, un dolo diretto. Si veda A. Vallini, *La mens rea*, in E. Amati, M. Costi, E. Fronza, Paolo Lobba, E. Maculan, A. Vallini, *op. cit.*, 155 ss.

[177]Cfr. *Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind with commentaries*, 26 july 1996, UN Doc.A/51/10-1996, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, Part Two. Art.2 par. 1 lett *b* ed *e*.

[178]La dottrina maggioritaria, infatti, ravvisa nella lett. *b* la tipica forma di responsabilità rispetto ai soggetti che rivestono un *intermediate level of command*. Cfr. A. Eser, *op. cit.*, p. 797. G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, 258.

[179]Così A. Eser, in *op. cit.*, 794.

[180]Così Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, 258.

[181]M. Costi, *Autoria e forme di partecipazione criminosa*, a cura di E. Amati, M. Costi, E. Fronza, Paolo Lobba, E. Maculan, A. Vallini, *op cit.*, 111.

morte dei malcapitati fosse certa o comunque molto probabile, pur se non voluta nello specifico. Infatti, analizzando il compendio probatorio emerso rispetto, ad esempio, al SID uruguaiano, «la decisione di eliminare tutti i detenuti del centro clandestino di detenzione (i quali, per questo scopo, erano stati internati) poteva essere modificata, con riguardo ad alcuni di essi, eccezionalmente e solo su ordine del capo del SID […] a fronte di specifiche condizioni sopravvenute»[182]. Quindi, era la morte, l'eliminazione fisica, il fine ultimo da perseguire per il tramite di passaggi antecedenti – quali sequestri e sedute di tortura –, volti a carpire informazioni sugli altri dissidenti da eliminare. Ed era uno scopo ben conosciuto da tutti i soggetti facenti parte del sistema *Condor*, come sottolineato nella sentenza di secondo grado; proprio perché, se così non fosse stato, il meccanismo «avrebbe presentato lentezza nella sua esecuzione, imprecisione e, in definitiva, scarsi risultati»[183]. Riconoscere la responsabilità dei soggetti intermedi per i sequestri di persona, escludendola però per gli omicidi, è una logica che non può trovare accoglimento, soprattutto nel caso di specie, dove i prigionieri venivano sottoposti alle peggiori vessazioni che *molto probabilmente* avrebbero provocato il decesso del malcapitato, ma non prima di aver estorto più informazioni possibili.
Ecco perché, dunque, anche prendendo in considerazione l'elemento soggettivo, si potrebbe individuare nella lett. *b* un grado di responsabilità leggermente inferiore rispetto a quella dei vertici, come una vera e propria forma di concorso morale consistente dell'*ordering*, in luogo della principale tipologia di autorìa mediata di cui alla lettera *a*. Pare opportuno sottolineare che, pur trattandosi di una *liability* secondaria rispetto a quella principale riferita alle varie forme di autore, comunque si debba pur sempre parlare di responsabilità. L'aver trasmesso un ordine dato dai vertici gerarchici manifestamente illegittimo non può di certo fungere da esimente rispetto alla posizione dei quadri intermedi, proprio perché questi avrebbero dovuto in tal caso disattendere lo stesso comando, non potendo ipotizzarsi, nel caso di specie, né la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere (*ex* artt. 33 St. ICC e 51 c.p. italiano), né tanto meno quella dello stato di necessità (*ex* artt. 31 par. 1 lett. *d*) e 54 c.p. italiano). A conferma di ciò, infatti, va ricordato che le cause di giustificazione non vennero riconosciute in nessuno dei procedimenti instaurati in Italia e in America Latina, e questo perché, da un lato, le direttive impartite dalla cupola gerarchica avevano natura di per sé stessa illegittima, in quanto lesive della vita dei dissidenti politici; mentre dall'altro, parlare di stato di necessità con riferimento a coloro che dovevano rispettare ed eseguire gli ordini ricevuti sembrerebbe parimenti errato nel caso *de quo*, in quanto coloro i quali si rifiutarono di eseguire o trasmettere gli ordini criminosi in questione non rischiavano la propria vita. Ed invero, l'esempio dell'imputato Vasquez Dominquez potrebbe risultare particolarmente significativo in tal senso, proprio perché lo stesso – come evidenziato dalla Procura – decise di non partecipare «al programma criminale dei suoi compagni del FUSNA, dissociandosene con comportamenti attivi che hanno comportato per lui [semplicemente] richiami e sanzioni con un blocco nell'avanzamento della carriera»[184]. Null'altro, dunque: nessuna esecuzione esemplare o punizione particolarmente lesiva è stata mai registrata nei confronti dei militari meno "ligi al dovere".

[182]Ass. app. Roma 08.07.2019 n. 32/2019, 100.
[183]Ass. app. Roma 08 .07.2019 n. 32/2019, 99.
[184]Così Atto di appello del p.m. Dott.ssa Tiziana Cugini, 10.05.2017, 8.

Ulteriore conferma di questa linea interpretativa si può rinvenire nella successiva giurisprudenza delle Corti internazionali. Si possono citare, a titolo di esempio, i casi *Akayesu*e *Celebici*[185], ovvero i casi *Milutinović*, *Brima*[186], sui quali si sono pronunciati, rispettivamente, i Tribunali *ad hoc* per il Ruanda e per l'*Ex*-Jugoslavia.

Orbene, tirando le fila di quanto analizzato, sembra preferibile, o più idoneo, un modello differenziato simile a quello previsto dallo Statuto di Roma in casi come quello in oggetto, dovendo, quindi, dissentire da chi sostiene che il modello unitario di concorso sia risultato particolarmente idoneo rispetto al caso *Condor*[187]. Il motivo sta nel fatto che, nonostante questo modello rifletta la varietà fenomenica delle forme di partecipazione, è pur vero che, per il suo tramite, il concorso venga rappresentato come un «*qualsiasi contributo materiale o psicologico, consapevolmente apportato* […], *purché sussistano* […] *la connessione causale degli atti dei singoli compartecipi e* […] *la consapevolezza dei singoli autori del collegamento finalistico tra i vari atti*»[188]. L'emblema, quindi, di un sistema nettamente oggettivistico, basato sul solo nesso causale tra condotta ed evento, grazie al quale poter semplicemente affermare o negare la responsabilità penale, ovvero esprimersi sull'*an* del rilevo giuridico delle condotte, senza alcuna graduazione tra le stesse[189]. Pertanto, se da un lato è innegabile che il nesso causale debba avere una sua rilevanza in merito alla valutazione delle partecipazioni, è anche vero che questo non debba in realtà consistere nell'«unico parametro di tipizzazione dei comportamenti partecipativi […] all'insegna del brocardo *omnis definitio in iure periculosa*»[190].

Alla luce del principio di uguaglianza e di personalità – secondo i quali è necessario non trattare in modo uguale posizioni disuguali –, dopo aver accertato l'*an* della rilevanza penale per il tramite dell'efficienza causale del comportamento, occorrerà «valutare ogni contributo concorsuale anche sulla scorta del *quomodo* della sua partecipazione»[191]. Utile, quindi, sarebbe l'utilizzo di un modello differenziato che ponga l'accento sia sul disvalore dell'evento per stabilire l'*an* («tipicità causale»), che sul disvalore della partecipazione («tipicità modale») per delineare *ex ante* il *quomodo*, differenziando così le varie condotte concorsuali già sul piano della tipicità[192]. Si badi, questo non vuol dire che basti ricoprire una determinata posizione all'interno di una struttura gerarchica per poter essere incriminati per crimini alla stessa imputati. Non vuol dire neanche che la condanna sia il frutto di un mero collegamento del soggetto a determinate figure, ma piuttosto un meccanismo così delineato fornisce, in situazioni complesse, degli «oggettivi criteri di orientamento delle attività punibili a titolo di concorso», evitando una completa delega al giudice

[185]ICTR Trial Chamber 02.09.1998 *case* n. ICTR-96-4-T, *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*; ICTY Trial Chamber 16.11.1998 *case* n. IT-96-21-T, *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo*, in K. Ambos, *Art. 25: Individual criminal responsibility*, in O. Triffterer, *Commentary*, *cit.*, 480.

[186]ICTY Trial Chamber 26.02.2009 *case* n. IT-05-87-T, *Prosecutor v. Milutinović et al.;* SCSL Trial Chamber 20.06.2007 *case* n. SCSL-04-16-T, *Prosecutor v. Brima et al.*, in G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, 258.

[187]Si veda M. Costi, *Autoria e forme di partecipazione criminosa*, a cura di E. Amati, M. Costi, E. Fronza, Paolo Lobba, E. Maculan, A. Vallini, *op. cit.*, 86, 109.

[188]Così Ass. app. Roma 08.07.2019 n. 32/2019, 105 in *Ibidem*.

[189]Così M. Helfer, *op. cit.*, 207.

[190]M. Helfer, 235 s.

[191]M. Helfer, 250.

[192]M. Helfer, 258.

dell'indagine sulla rilevanza causale delle condotte concorsuali[193]. Così facendo, la distinzione tra le condotte verrebbe già positivizzata in un modello differenziato atto ad agevolare l'attribuzione delle singole responsabilità, ripercuotendosi, solo successivamente, a livello di *sentencing*[194]. Quest'ultimo, invero, è l'ulteriore punto su cui poggia l'argomentazione pro modello differenziato. Sostenere che si giungerebbe alla stessa graduazione tra condotte semplicemente utilizzando l'impianto di attenuanti e aggravanti previste in modelli unitari come quello italiano vuol dire trasmigrare la necessità di distinguere le condotte dalla tipizzazione al piano del trattamento sanzionatorio, basato, a sua volta, sull'applicazione *facoltativa* di circostanze[195]. Un risultato ben diverso e dai margini molto più incerti, rispetto a quello che deriverebbe da una tipizzazione differenziata delle partecipazioni caratterizzata da un grado di determinatezza elevato. È vero che così facendo il giudice dovrebbe altresì sussumere i comportamenti nelle singole fattispecie concorsuali, ma è anche vero che questo viene fatto quotidianamente nell'interpretazione giuridica. Non può che essere così. Ma sicuramente questo sarebbe uno strumento in più per chi giudica, idoneo ad una più agevolata "lettura probatoria", al pari di una *reale* responsabilità per fatto proprio.

Concludendo, si potrebbe dunque concordare con quanto sostenuto da una parte della dottrina italiana[196], secondo cui l'art. 110 c.p., autentico perno normativo del modello «monistico» (o «unitario»), avrebbe inciso negativamente sullo sviluppo del concorso di persone nel reato: è come se l'elaborazione giurisprudenziale e scientifica si siano «adagiate» su questo indeterminato, quanto indiscriminato, paradigma concettuale, senza preoccuparsi di individualizzare le varie figure e/o condotte, ledendo così l'art. 27, co. 1 della Costituzione[197].

4. Posto che quanto sin qui evidenziato in relazione all'ambito applicativo dell'art. 25 lett. *a* e *b* vale anche, *mutatis mutandis*, per le vicende processuali dei Paesi dell'America latina, pare a questo punto doveroso mettere in risalto le argomentazioni che *quivi* hanno portato gli organi giudicanti a dirimere la questione in oggetto.

La prima distinzione tra quanto espresso dai giudici italiani e quelli sudamericani sta nell'attenzione rivolta solo da quest'ultimi agli aspetti di natura sia sovranazionale che internazionale. In effetti, prendendo in considerazione, ad esempio, le pronunce uruguayane che hanno interessato, anche se solo in parte, gli stessi imputati processati in Italia, ci si accorge dei richiami[198]agli artt. 1, 4, 5 e 7 della *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, e quindi a

[193]S. Seminara, *op. cit.*, 262.

[194]Si veda M. Jackson, *International Criminal Courts and Tribunals. The Attribution of Responsibility and Modes of Liability in International Criminal Law*, *LJIL* 2016, 29, 879-895, 894. Degno di nota è altresì il "dilemma" che lo stesso autore utilizza, esemplificando, in risposta alle argomentazioni addotte da un altro studioso (Stewart), convinto sostenitore del modello unitario. Quest'ultimo, indica nei ringraziamenti il nome di alcuni colleghi che lo hanno aiutato, incoraggiato, ispirato, e via discorrendo, nella realizzazione del suo elaborato. Allo stesso tempo, però, lui è il solo a sottoscrivere il contributo. Lui è il solo autore "responsabile" di aver *commesso* l'articolo, non anche gli altri "aiutanti-correi". Differenzia, quindi, le posizioni su piani diversi: lui è l'autore, gli altri, a diverso titolo, i correi, responsabili per aver incoraggiato, ispirato, ecc., ma non per l'*evento* articolo. Se, per coerenza, Stewart avesse utilizzato il suo amato modello unitario – dice Jackson –, avrebbe dovuto riconoscere la paternità dell'articolo scientifico anche agli altri colleghi, responsabili come lui, senza alcuna distinzione, perché tutti autori per il tramite di un modello unitario basato sul nesso di causa. V. *infra* 883 ss.

[195]Così M. Helfer, *op. cit.*, 208.

[196]S. Seminara, *op. cit.*, 256.

[197]Cfr. S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *op. cit.*, 766.

[198]Così, Juzgado de lo penal de Montevideo, XIX Turna 26.03.2009 n. 36, 91 ss.

quei principi fondamentali che riconoscono il diritto alla vita, all'integrità fisica ed alla libertà personale; o ancora al *Pacto Internacional de DerechosCiviles y Políticos e la Convenio Europeo de DerechosHumanos* specificatamente in merito al principio di irretroattività della legge penale[199].

Di rilievo risulta inoltre l'interesse esplicitato da talune Corti del Cono del sud in merito al nucleo essenziale posto a fondamento della stessa esistenza dei *delicta iuris gentium*: ovvero lo *jus cogens*. A riprova di ciò, il Tribunale di Montevideo, in riferimento a quanto posto in essere dall'organizzazione *Condor*, affermò che «*la tortura, la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada son "per se" crímenes internacionales. Así mismo, la práctica masiva, sistemática o a gran escala de la ejecución extrajudicial, la tortura, la desaparición forzada, las persecuciones por motivos políticos, entre otros actos, constituyen un crimen internacional calificado, a saber, un crimen de lesa humanidad*»[200], oltre che un crimine secondo il *código penal.* Tale sussunzione, continua lo stesso organo, avviene grazie al diritto cogente rinforzatosi per il tramite della progressiva consapevolezza pubblica di reprimere comportamenti che violano i valori inerenti all'umanità considerati nel loro insieme. E pertanto, «*tal circunstancia, impone que los hechos deban ser juzgados incorporando a su análisis jurídico aquellas reglas que la comunidad internacional ha elaborado a su respecto, sin las cuales no sería posible valorar los hechos en toda su dimensión. En este sentido, el analizar los hechos exclusivamente desde la perspectiva del Código Penal supondría desconocer o desechar un conjunto de herramientas jurídicas elaboradas por el consenso de las naciones especialmente para casos de extrema gravedad como el presente. Sería un análisis válido pero, sin duda, parcial e insufficiente*»[201]. In altre parole, viene sottolineato uno dei punti nevralgici dell'*international criminal law*, ovvero la necessità di strutturare e di conseguenza regolare in maniera a sé state i crimini di tale natura. Questo, dunque, dovrebbe determinare ad esempio il rispetto del principio di imprescrittibilità dei *delicta iuris gentium* – ai sensi dell'art. 29 St. ICC e del diritto consuetudinario[202] –, oltre che l'obbligo da parte dello Stato di perseguire e punire gli autori degli stessi, evitando di tal guisa che vi siano ordinamenti ove i crimini internazionali non siano nemmeno previsti[203].

Passando ora alla visione sudamericana del concorso di persone, giova sottolineare una differenza non marginale rispetto a quanto previsto dal nostro sistema penale: difatti, in molti Paesi del Cono del sud – come L'Argentina, la Bolivia, il Cile, l'Uruguay, il Venezuela ed il Perù[204] – si suole distinguere la figura di autore e le diverse figure di complici. Ad esempio, nel *código penal* uruguayano s'intende *autor* chi ha eseguito materialmente il reato, ovvero chi ha determinato una persona non imputabile o non punibile a farlo (art. 60); mentre, tra i *coautores*, si distinguono coloro che: «*determinan a otros a cometereldelito. 2. Los funcionarios públicos que, obligados a*

[199]Juzgado de lo penal de Montevideo, XIX Turna 26.03.2009 n. 36, 112. Così come Suprema Corte de Justicia de Montevideo 20.07.2011 n. 2294, 11.
[200]Juzgado de lo penal de Montevideo, XIX Turna 26.03.2009 n. 36, 114.
[201]Così Buenos Aires por el Juez Federal Dr. Gabriel R. Cavallo, 06.03.2001 citata in Juzgado de lo penal de Montevideo, XIX Turna 26.03.2009 n. 36, 85.
[202]Juzgado de lo penal de Montevideo, XIX Turna 26.03.2009 n. 36, 119.
[203]Come accaduto in Itala in merito al reato di tortura, inserito all'interno del c.p. solo recentemente, e nello specifico con L. n. 110 del 14.07.2017.
[204]E. v. Sliedregt, *op. cit.*, 66.

impedir, esclarecer o penar el delito, hubiesen, antes de la ejecución y para decidirla, prometido encubrirlo. 3. Los que cooperan directamente, en el período de la consumación. 4. Los que cooperen a la realización, sea en la faz preparatoria, sea en la faz ejecutiva, por un acto sin el cual el delito no se tubiera podido cometer» (art. 61); ed infine, coloro i quali hanno materialmente o moralmente cooperato al delitto vengono indicati come *cómplices* (art. 62).

Nel caso che qui riguarda, il Tribunale di prima istanza di Montevideo, conscio dell'organizzazione gerarchica caratterizzante il *plan Condor*, sostenne che «*la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder es el fundamento legal para considerar a las Juntas Militares y demás involucrados responsables de los delitos cometidos durante el régimen cívico-militar uruguayo. Asimismo, podría extenderse el concepto normativo de autor, para abarcar la responsabilidad penal de quienes ostentaban cargos de jerarquía en las estructuras del Estado, ya sea en la órbita militar, policial o civil*». Un chiaro rinvio, quindi, alla seconda figura di autore indicata all'art. 60, chiamata *autoría mediata*, corrispondente a quella dell'*hombre de detrás*, di cui parla Roxin, e considerata frequentemente nei casi in cui i crimini siano commessi per mezzo di un «*aparato organizado de poder*»[205].

Similmente, la teoria roxiniana fu recepita e utilizzata anche dalla giurisprudenza di altri Stati sudamericani. Ad esempio, in Argentina, per poter pervenire alla condanna dei vertici delle giunte militari, la Corte di Appello di Buenos Aires riprese il concetto di controllo sul fatto da parte di questi ultimi, ovvero di controllo su di una volontà indeterminata, sottolineando, pertanto, la fungibilità degli esecutori materiali che avrebbero automaticamente obbedito agli ordini[206]. Benché tale visione non fosse stata poi condivisa dalla Corte Suprema[207] – secondo la quale la concezione di autore dietro autore sarebbe eccessivamente aleatoria, e quindi sarebbe stato preferibile condannare gli imputati in qualità di concorrenti necessari *ex* art. 45 c.p. –, essa non mancò di influenzare molte altre pronunce negli anni successivi.

Lo stesso discorso può farsi per quanto riguarda la giurisprudenza peruviana, dove ad esempio si specificò che la teoria dell' «autore dietro la scrivania» fosse applicabile sia ad apparati di potere non statali che nei casi in cui l'esecutore diretto fosse penalmente responsabile[208]; o, ancora, si utilizzò la figura di *coautoría* con riferimento ai soggetti che ricoprivano posizioni di rango intermedio nella gerarchia, «sulla base del presupposto per cui possono agire in qualità di autori mediati solo coloro che occupano posizioni di vertice»[209].

Quest'ultima distinzione sembrerebbe confermare quanto sostenuto nel paragrafo precedente: ovvero l'utilità "pratica" derivante da una differenziazione tra le figure di concorrenti. Avere delle figure distinte e separate – come nei codici sudamericani appena citati – indica *che cosa* renda un soggetto concorrente, agevolando indubbiamente il giudice nella valutazione. Prendendo come

[205]Così, Juzgado de lo penal de Montevideo, XIX Turna 26.03.2009 n. 36, 88, 89, 90.
[206]Cfr. Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Buenos Aires 09.12.1985 *case* n. 13/84, 267.
[207]Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 30.12.1986 *case* n. 13/84, citata in E. Maculan, *La responsabilità, cit.*, 28.
[208]Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Républica 14.12.2007 *case* n. 5385-2006, citata in E. Maculan, *La responsabilità, cit.*, 29.
[209]Cfr. Corte Superior de Lima, Primera Sala Penal Especial, exp. 08.08.2008 n. 03-2003-1º SPE/CSJLI, citata in E. Maculan, *La responsabilità, cit.*, 30.

esempio proprio i quadri intermedi, questi sono stati considerati quali *coautores* in virtù non del solo, o preminente, nesso causale – come in sostanza succede nelle sentenze italiane –, ma altresì sulla base del fatto che quanto da loro commesso fosse sussumibile in quella condotta tipizzata all'interno delle disposizioni del concorso. Nei capi d'imputazione italiani, invece, tutti i soggetti rinviati a giudizio sono stati chiamati a rispondere in concorso tra loro *ex* art. 110 c.p., in via del tutto indiscriminata, in un totale "livellamento" tra le posizioni, lasciando al collegio giudicante l'arduo compito di stabilire se la condotta di ognuno avesse in effetti contribuito all'ampio progetto criminale di uccisione, ricadendo così nella "falla" del nesso causale.

5. Dall'analisi compiuta sino a questo punto emergono tutta una serie di criticità attinenti all'intero sistema di contrasto ai *delicta iuris gentium*, che si pongono come vero e proprio ostacolo allo sviluppo dell'*international criminal law*.

Da un punto di vista processuale, si potrebbe considerare, ad esempio, il moltiplicarsi dei giudizi interni rispetto agli stessi fatti e agli stessi soggetti, nonostante l'esistenza ed il largo riconoscimento del principio del *ne bis in idem*.

O ancora, sul piano di diritto sostanziale, si potrebbe far riferimento alla scarsa attenzione di molti ordinamenti nei confronti della particolare categoria dei crimini internazionali. Basti pensare che nei capi d'imputazione formulati sia in Italia che in Uruguay per reati ascritti ai vertici del sistema *Condor* non si faccia alcun riferimento alla tortura; delitto che, all'epoca, nessuna norma incriminatrice dei rispettivi codici penali ancora prevedeva[210].

Sorvolando sulle questioni di diritto sostanziale che il legislatore dovrebbe considerare nella formulazione di fattispecie incriminatrici a sé, come quelle dei *criminaiuris gentium*, quello che qui giova considerare è l'esempio che potrebbe trarsi dall'istituto del concorso di persone nel reato. Dacché i crimini internazionali vengono inquadrati, da taluni, come reati a «concorso tendenzialmente necessario»[211], ovvero «a pluralità soggettiva di contesto»[212], importante sarebbe stato prendere in considerazione quanto sancito in merito al concorso di persone dallo Statuto di Roma, proprio perché pensato specificamente per questi particolari crimini. Perlomeno *in camera caritatis*, la magistratura intervenuta sul punto avrebbe potuto dare uno sguardo all'art. 25 dello Statuto di Roma, se non altro per comprendere le diverse figure a cui far riferimento per delineare le varie responsabilità nel caso concreto.

Certo è che sarebbe ancor più auspicabile vedere i legislatori nazionali intenti nell'opera di adeguamento sostanziale e processuale dei propri ordinamenti rispetto a quanto sancito dallo Statuto della CPI, in vista, da una parte, del principio di legalità, e dall'altra del fatto che «*the ICC Statute explicitly acknowledges the idea of decentralized administration of justice*»[213]. Sarebbe, questa, una scelta di certo rispettosa, sia del principio di complementarietà di cui agli artt. 1 e 17 dello Statuto, per mezzo del quale si intese onorare la sovranità statale in merito alla repressione dei crimini internazionali, sia dell'idea stessa che sta alla base dell'istituzione della Corte: ovvero

[210]In Italia, il reato di tortura è stato inserito nel codice penale (art. 613-*bis*) dall'art. 1 L. 14.07.2017 n. 110. Sul tema cfr., per tutti, E. Scaroina, *Il delitto di tortura*, Bari 2018.
[211]Così E. Amati, *Concorso di persone, cit.*, 126.
[212]A. Di Martino, *La disciplina del concorso di persone*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco, *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino 2005, 195.
[213]G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, 180.

delineare una sorta di giustizia diffusa tra gli Stati e lo stesso organo, una giustizia che non trova il suo fondamento nella centralità o nel controllo dall'alto della macchina giurisdizionale (c.d. «*primacy*»[214]), ma bensì nella cooperazione e nella sinergia degli Stati tra loro e con la stessa Corte. Ecco perché, dunque, l'implementazione di tale sistema diventa vitale per lo sviluppo dell'*international criminal system*: le norme previste a livello internazionale – consuetudinario e pattizio –, devono naturalmente tradursi in una "forma adeguata" nei singoli ordinamenti statali. Un siffatto processo può portare in prospettiva ad una armonizzazione di parti degli ordinamenti interni nel quadro di una collaborazione rafforzata tra gli Stati. Una giusta soluzione, ad avviso dello scrivente, potrebbe essere quella adottata dal legislatore tedesco che nel giugno del 2002 ha emanato un proprio codice dei crimini internazionali (*Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB, letteralmente codice penale internazionale), a sé stante rispetto al codice penale (*Strafgesetzbuch*, StGB), ma che allo stesso tempo riesce a coniugare le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza e dalla dottrina internazionale con le specificità dell'ordinamento domestico[215]. In particolar modo per il concorso, come taluno suggerisce e come vari progetti di riforma hanno proposto nel panorama italiano negli anni[216], procedere alla tipizzazione legislativa delle varie condotte – come fa lo Statuto di Roma – sarebbe la mossa «idone[a] a sollevare l'intera problematica del concorso dal peso dell'indagine sulla dimensione causale del contributo – [caratterizzante, ad esempio, l'art. 110 c.p.] –, concentrando [così] gli sforzi ermeneutici e probatori sull'identificazione dei contenuti materiali della condotta», soluzione, questa, ben più aderente a quella esigenza di determinatezza che rappresenta un corollario del principio di legalità[217].

Ad ogni modo, prescindendo dalle scelte domestiche nell'ambito della repressione dei crimini internazionali, rimane fuor di dubbio che la scelta della «*non-incorporation – apply"ordinary"criminallaw*»[218] – ovvero di non voler incorporare i crimini internazionali nella legislazione interna–, tutt'ora caratterizzante la situazione italiana, sia da abbandonare definitivamente, perché costituisce un freno allo sviluppo dell'*international criminal law*, il quale non può che «tornare a casa»[219], nella sua culla, in Italia per l'appunto.

[214]Così A. Cassese, *International criminal law*, *cit*., 343.
[215]M. Crippa, *op. cit.*, 12.
[216]Come, tra gli altri, i progetti di riforma presentati dalle Commissioni: Pagliaro, "Riz et al", Grosso, Nordio e Pisapia. Sul punto si veda M. Helfer, *op. cit.*, 218 ss.
[217]Così A. Di Martino, *La disciplina del concorso di persone*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco, *Problemi*, *cit*., 198.
[218]G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, 183.
[219]Cfr. G. Werle, seminario *Un codice dei crimini internazionali – Proposta per l'adeguamento dell'ordinamento allo Statuto di Roma della Corte penale internazionale*, Università degli Studi di Milano, 26 marzo 2015, in M. Crippa, *op. cit.*, 13.