



Facoltà di Giurisprudenza

Tesi di laurea in:

Tutela internazionale dei diritti Umani

**Il crimine di genocidio negli statuti e nella
giurisprudenza dei tribunali penali internazionali**

Candidato

Umberto Romano

INDICE

Introduzione

Capitolo I

Il crimine di genocidio: dalle atrocità naziste alla Convenzione delle Nazioni Unite del 1948

1. Lo sterminio nazista e la coniazione del termine "genocidio"
2. Lo Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga e la legge n. 10 del 1945 del Consiglio di Controllo per la Germania *[accennare anche alla sentenza del Tribunale di Norimberga e a quelle dei Tribunali militari istituiti in base alla legge n. 10]*
3. La Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio

Capitolo II

Il crimine di genocidio nello Statuto e nella giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia

1. Il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia
2. L'elemento oggettivo del crimine di genocidio: a) L'uccisione dei membri del gruppo
3. Segue: b) L'inflizione di lesioni gravi all'integrità fisica o psichica di membri del gruppo
4. Segue: c) La sottoposizione del gruppo a condizioni di vita dirette a provocarne la distruzione fisica totale o parziale
5. Segue: d) L'imposizione di misure volte ad impedire le nascite all'interno del gruppo
6. Segue: e) Il trasferimento forzato di bambini del gruppo ad un altro gruppo
7. L'elemento soggettivo del crimine di genocidio: a) Il dolo specifico
8. Segue: b) La distruzione del gruppo protetto in tutto o in parte
9. Segue: c) La "politica volta alla commissione del Genocidio" come elemento imprescindibile del crimine
10. La nozione di gruppo protetto
11. La cospirazione per commettere un genocidio
12. L'incitamento diretto e pubblico a commettere un genocidio
13. Il tentativo di commettere un genocidio
14. La complicità nel genocidio

Capitolo III

Il crimine di genocidio nello Statuto e nella giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per il Ruanda

1. Il Tribunale penale internazionale per il Ruanda
2. L'elemento oggettivo del crimine di genocidio: a) L'uccisione dei membri del gruppo
3. Segue: b) L'inflizione di gravi lesioni all'integrità fisica o psichica di membri del gruppo
4. Segue: c) La sottoposizione del gruppo a condizioni di vita dirette a provocarne la distruzione fisica totale o parziale
5. Segue: d) L'imposizione di misure volte ad impedire le nascite all'interno del gruppo
6. Segue: e) Il trasferimento forzato di bambini del gruppo ad un altro gruppo
7. L'elemento soggettivo del crimine di genocidio: a) Il dolo specifico
8. Segue: b) La distruzione del gruppo protetto in tutto o in parte
9. La nozione di gruppo protetto
10. La cospirazione per commettere un genocidio
11. L'incitamento diretto e pubblico a commettere un genocidio
12. Il tentativo di commettere un genocidio
13. La complicità nel genocidio

Capitolo IV

Il crimine di genocidio nello Statuto e nella giurisprudenza della Corte penale internazionale

1. La Corte penale internazionale
2. Il crimine di genocidio nello Statuto di Roma
3. L'incitamento, il tentativo, la complicità e la mancata previsione della cospirazione.

Conclusioni

Bibliografia

Giurisprudenza

Introduzione

La presente tesi si propone uno studio della giurisprudenza e degli Statuti dei Tribunali penali internazionali in merito al crimine di genocidio al fine di comprendere come le pronunce dei collegi giudicanti abbiano contribuito da una parte a costruire e dall'altra a descrivere gli elementi costitutivi del crimine dei crimini.

Per compiere quest'opera le sentenze dei tribunali verranno esaminate a fondo sia in merito alla definizione di genocidio presente all'art. 2 della Convenzione sul genocidio del 1948 sia per quanto riguarda le fattispecie connesse presenti all'art. 3 della stessa Convenzione.

Quando si parla di genocidio è sempre difficile riuscire a dare una collocazione materiale al crimine; in altre parole, oltre il "verbo" della norma non è facile riuscire a comprendere pienamente di cosa stiamo parlando quando parliamo di genocidio. Per questo motivo l'esame della giurisprudenza è stato così importante, in quanto ha aiutato a rendere chiari i margini fattuali di un crimine "inumano" commesso da esseri umani.

Winston Churchill, prima che la Convenzione sul genocidio vedesse la luce, parlò di un crimine senza nome; fino alle pronunce dei Tribunali *ad hoc* si sarebbe dovuto parlare di un crimine senza riferimenti.

Risulterà chiara, dalle sentenze, la difficoltà dei giudici ad applicare una Convenzione vecchia di cinquanta anni, dovendosi orientare unicamente grazie a documenti provenienti dai lavori preparatori della Convenzione compiuti appena dopo il periodo più tragico che l'intera umanità abbia mai conosciuto.

Lo sforzo esegetico compiuto dai giudici dei Tribunali *ad hoc* traspare in modo chiaro dalle parole di ogni sentenza sul genocidio emessa dalle camere di primo grado e da quelle di appello: è stata una scelta quasi forzata quella di porli al centro del lavoro.

La Corte penale internazionale ha contribuito, ad oggi, in modo minimo ma già decisivo alla corretta qualificazione del "crimine dei crimini", aprendo la strada ad un nuovo modo di intendere il genocidio.

La struttura della tesi si pone su un "arco temporale" seguendo, nel primo capitolo, la strada che ha portato alla Convenzione sul genocidio del 1948.

Si partirà dallo sterminio nazista esaminando il modo in cui è avvenuta la coniazione del termine "genocidio" da parte di Raphael Lemkin in "*Axis Rule*". Successivamente si esamineranno le valutazioni compiute sul "crimine senza nome" durante il processo di Norimberga e le previsioni della legge n. 10 del 1945 del Consiglio di Controllo per la Germania; nella parte finale del primo capitolo si studieranno le previsioni presenti nella risoluzione n.96(I) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e quindi, finalmente, si arriverà all'esame della Convenzione del 1948 sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio.

I capitoli II e III tratteranno, invece, dei Tribunali *ad hoc*, questi rappresentano la parte centrale del lavoro di tesi date le numerose pronunce sul genocidio, i due capitoli avranno un aspetto speculare e per primi saranno esaminati, con un paragrafo ciascuno, i cinque atti tipici del genocidio che costituiscono l'elemento oggettivo del crimine. Successivamente si passerà all'elemento soggettivo, il nucleo del crimine di genocidio: l'intenzione di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, in quanto tale.

Anche in questo caso l'elemento soggettivo sarà "sezionato"; primariamente si affronterà la questione dell'intenzione e si qualificherà il dolo specifico. Successivamente si tenterà di comprendere cosa si intende per "distruzione del gruppo", quindi, si passerà all'esame degli incisi "in tutto" e "in parte"; infine si passerà all'esame della nozione di gruppo protetto, concentrandosi soprattutto sul modo in cui è stata effettuata la ricognizione di quest'ultimo da parte dei Tribunali *ad hoc*.

Terminato l'esame della fattispecie di genocidio, si passerà alle fattispecie connesse; sia il capitolo II che il capitolo III saranno dotati di singoli paragrafi trattanti la cospirazione per commettere un genocidio, l'incitamento diretto e pubblico a commettere un genocidio, il tentativo di commettere un genocidio, la complicità nel genocidio.

L'ultimo capitolo, il IV, tratterà della Corte penale internazionale, nello specifico il primo paragrafo si occuperà dello Statuto della Corte.

Il secondo si proporrà di esaminare l'art. 6 dello Statuto della Cpi, che riguarda, appunto, il genocidio; all'interno del secondo paragrafo del Capi. IV saranno analizzati anche gli elementi dei crimini e verrà compiuta una breve descrizione della storia

processuale riguardante l'unico mandato d'arresto emesso dalla Cpi per genocidio nei confronti del presidente del Sudan: *Omar Hasan Ahmad al-Bashīr*.

Capitolo I

Il crimine di genocidio: dalle atrocità naziste alla Convenzione delle Nazioni Unite del 1948

1. Lo sterminio nazista e la coniazione del termine "genocidio"

Il genocidio è comunemente ritenuto il più grave tra i crimini internazionali. Pur essendo stato in origine considerato un a sotto-categoria di ‘crimini contro l’umanità’, ben presto esso ha acquisito rilievo autonomo¹.

Il diritto internazionale, come pure la sociologia e la storiografia, devono a Raphael Lemkin non solo il merito di aver introdotto il termine genocidio, che compare per la prima volta nel 1944 nell’opera *Axis Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposal for Redress* (Il dominio dell'Asse nell'Europa occupata. Leggi di occupazione, analisi dei metodi di governo, proposte di riparazione) ma, soprattutto, quello di aver contribuito alla comprensione dei fenomeni di distruzione e persecuzione dei gruppi protetti, premessa indispensabile per la repressione e prevenzione della condotta criminosa che ne scaturiva.

Nell’opera per genocidio si intende *"la distruzione di un gruppo etnico (...) nel senso di un piano coordinato che comprende diverse azioni dirette a distruggere le basi essenziali della vita di gruppi nazionali allo scopo di annientarli (...). Il genocidio comprende due fasi: la prima è la distruzione del modello nazionale del gruppo oppresso; la seconda l'imposizione del modello nazionale dell'oppressore. Questo modello può essere imposto alla popolazione oppressa, consentendole però di restare, oppure al solo territorio, dopo che i cittadini della nazione che opprime hanno espulso la popolazione e ne hanno colonizzato il territorio"*².

Il riferimento concreto, da cui prende le mosse Lemkin, è rappresentato dalla *Shoah* e dalla persecuzione degli zingari; tuttavia, come si dirà in dettaglio più avanti, secondo Lemkin, tali fatti non esauriscono la pratica del genocidio nazista, collocandosi,

¹ A. CASSESE, *On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 876 e ss., p. 877.

² R. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p.79.

piuttosto, all'interno di un progetto più ampio di annientamento di popoli per la supremazia della nazione tedesca.

Una giusta contestualizzazione storica permette di comprendere i principali motivi che inducono il nazionalsocialismo allo sterminio di determinati gruppi umani. Negli anni antecedenti la guerra (1933-1939), la politica discriminatoria e persecutoria avviata contro gli ebrei tedeschi (*Juden politik*) persegue tre obiettivi essenziali: l'allontanamento degli ebrei dalla vita pubblica (1933-1934); la loro discriminazione sul piano giuridico (1935-1937); l'espropriazione dei patrimoni e l'espulsione delle comunità ebraiche dal territorio tedesco ed austriaco (1937-1939).

Nel primo biennio (1933-1934) gli episodi di violenza da parte del *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei* (NSDAP), vennero generalmente appoggiati dalla dirigenza del Partito nazista, tramite provvedimenti volti, da un lato, a conservare il consenso della base, dall'altro a limitare gli atti più estremi.

Nel corso del 1935 ripresero, con vigore, gli episodi di violenza antisemita, che trovarono il loro apice nelle "leggi di Norimberga", approvate il 15 settembre. Con queste ultime inizia la seconda epoca delle persecuzioni, che si realizza attraverso la discriminazione sul piano giuridico³.

Dal 1936, il regime intensificò i provvedimenti di carattere economico per impossessarsi dei patrimoni posseduti dalle famiglie ebreie. Intanto, i negozi vennero boicottati e, in vista della "arianizzazione" dell'economia, molte aziende gestite da ebrei vennero trasferite ad imprenditori ariani⁴. Si vedrà, a tal proposito, che lo stesso Lemkin riterrà atti materiali di genocidio anche le misure di carattere economico messe in atto nei confronti non solo degli ebrei, ma anche dei polacchi e degli sloveni, nella fase di occupazione dei rispettivi territori.

La terza fase della *Judenpolitik* ha inizio nella primavera del 1938, con il deciso incremento delle espulsioni dalla Germania e dall'annessa Austria. Le nuove pesanti

³ La legge sulla cittadinanza del Reich (*Reichsbürgergesetz*), corredata dal primo decreto supplementare del 14 novembre, priva gli ebrei della cittadinanza tedesca e quindi dei diritti politici, mentre la legge per la protezione del sangue e dell'onore dei tedeschi (*Blutschutzgesetz*) proibisce i matrimoni e le relazioni extraconiugali tra ebrei e ariani. Il primo decreto supplementare alla legge sulla cittadinanza del Reich definisce l'identità genetica dell'ebreo. Per una specifica analisi. R. HILBERG, *La distruzione degli ebrei in Europa*, Torino, Einaudi, 1999, pp. 70-71. Per la proibizione dei matrimoni vedi *ivi.*, p.167.

⁴ P. LONGERICH, *Tappe e processi decisionali della "Soluzione finale"*, in M.CATTARUZZA, M.FLORES, S.LEVIS SULLAM, E. TRAVERSO (a cura di), *Storia della Shoah*, Torino, UTET, 2005, p. 36 ss., pp.47-48.

misure discriminatorie logorarono, definitivamente, il godimento delle libertà fondamentali⁵.

Alla vigilia del conflitto, iniziato il 1° settembre 1939 con l'invasione della Polonia da parte della Germania, il regime nazionalsocialista aveva raggiunto tre rilevanti obiettivi della *Judenpolitik* : l'esclusione quasi completa degli ebrei dalla vita pubblica, la loro definitiva discriminazione giuridica e la promozione di un piano relativo alla loro espulsione dallo Stato.

Con l'inizio della guerra, la *Judenpolitik* si caratterizza come vera e propria 'politica di sterminio' (*Vernichtungspolitik*) avallata da un più ampio progetto di purificazione e di preservazione dell'etnia germanica. Si individuano, in tale contesto, altre categorie di vittime: i malati psichiatrici e i bambini deformati (rispettivamente 70.000 e 5000 morti); le élites polacche nei territori occupati; gli zingari. La persecuzione ebraica, si colloca, da questo momento, in una più vasta strategia demografica che unisce programmi di occupazione territoriale a criteri razziali, eugenetici e di prevenzione sociale⁶. Nell'autunno del 1939 viene elaborata la cosiddetta "Soluzione territoriale" che aveva come obiettivo l'allontanamento della popolazione polacca, ebrea e non, dalle regioni annesse al *Reich*, per far sì che le comunità tedesche, a loro volte trasferite con l'accordo dell'Unione Sovietica dai Paesi baltici, potessero insediarsi nelle zone sgomberate (Piano Nisko)⁷

Lo studioso ritiene che tali politiche siano state messe in atto come un vero e proprio sistema di colonizzazione attraverso cui si predispose lo sgombero dei territori della Polonia occidentale per 'fare spazio' alle popolazioni germaniche provenienti dai Paesi Baltici⁸. Le eliminazioni delle élites culturali, politiche e religiose locali, che impedivano al Paese occupato di conservare risorse in grado di opporsi alla nazificazione rappresentano, invece, come si approfondirà di seguito, tecniche

⁵ Il 28 marzo le organizzazioni della comunità ebraica cessano di essere riconosciute dal Governo: nell'aprile sono emanati ulteriori provvedimenti espropriativi; il 16 maggio un primo gruppo di ebrei è inviato ai lavori forzati nel campo di Mauthausen; l' 8 luglio è demolita la sinagoga di Monaco. Tra il 9 e il 10 novembre 1938, durante "la notte dei cristalli", vengono uccisi 91 ebrei, distrutti 7.500 negozi ebraici e 267 sinagoghe ed è predisposta la deportazione di 30.000 persone nei campi di Buchenwald, Dachau e Sachsenhausen.

⁶ P. LONGERICH, *op.cit.*, p.52.

⁷ P.LONGERICH, *op.cit.*, p.53.

⁸ R. LEMKIN, *op.cit.*, p.83.

genocidarie di tipo *sociale*, cioè volte a distruggere il tessuto nazionale eliminando gli elementi sociali dello stesso.

Tra la fine del 1940 e l'inizio del 1941, Hitler incarica l'Ufficio Centrale per la Sicurezza (RSHA) di organizzare la deportazione degli ebrei nelle regioni sovietiche che di lì a poco verranno invase con l'"Operazione Barbarossa" (22 giugno 1941). Vengono effettuati eccidi sistematici della popolazione ebraica nei territori occupati, i quali provocarono, alla fine dell'anno, la morte di mezzo milione di ebrei⁹. Tali fatti sono espressamente riportati nel "Dominio dell'Asse" e rappresentano le tecniche di genocidio di *tipo fisico*¹⁰.

Le pratiche di deportazione dai territori del *Reich* e di annientamento delle comunità ebraiche nei territori occupati diventano, a partire dall'autunno del 1941, parti integranti di uno sterminio organizzato facente capo al *Führer* e ai suoi più stretti collaboratori. Hitler, infatti, decide di deportare definitivamente la popolazione ebraica nell'Europa orientale.¹¹ A tale decisione si accompagnano provvedimenti amministrativi antiebraici quali l'obbligo di portare come segno di riconoscimento la stella di David, il divieto di emigrazione dai territori controllati dalla Germania e la confisca del patrimonio degli emigrati. Inoltre, nel medesimo periodo, si acquiscono gli episodi di eliminazione a danno degli ebrei nelle aree polacche di Warthegau, di Lublino e della Galizia, come pure in Serbia, anche attraverso l'utilizzo di gas venefici¹².

Tra il dicembre del 1941 e il gennaio del 1942, viene definitivamente sancito il passaggio da una fase di esecuzione "delocalizzata" ad una di esecuzione "centralizzata" del genocidio. Le azioni successive sono particolarmente cruente in Polonia, con l'immediata rimozione di tutti gli ebrei inabili al lavoro e la deportazione degli ebrei

⁹ P. LONGERICH, *op. cit.*, p.57.

¹⁰ R. LEMKIN, *op. cit.*, p.88-89.

¹¹ P. LONGERICH, *op. cit.*, pp.53-55.

¹² Fatti di questo tipo coinvolgono anche gli zingari. Secondo I.KERSHAW, *Il ruolo di Hitler nell'Olocausto*, in M.CATTARUZZA, M.FLORES, S.LEVIS SULLAM, E. TRAVERSO (a cura di), *op. cit.*, p. 54 ss., p.90; La decisione comunicata da Hitler ad Himmler relativa alle deportazioni ad est, segna un cambiamento sostanziale nell'esecuzione del genocidio, al fine di realizzare quella "profezia" annunciata dal *Führer* nel discorso del 30 gennaio 1939.

slovacchi e di quelli provenienti dai territori occupati dell'Europa occidentale nei campi di sterminio di Belzec, Sobibòr, Treblinka e successivamente di Auschwitz¹³.

L'ultima fase del genocidio (autunno '43 - fine '44) si caratterizza per l'inasprirsi della persecuzione in Croazia, in Grecia e nella Francia meridionale¹⁴.

Parallelamente alla persecuzione e allo sterminio degli ebrei, il regime nazionalsocialista metterà in opera un processo prima discriminatorio e successivamente eliminazionista a danno degli zingari. Tutti questi atti, alla stregua delle persecuzioni ebraiche, verranno inquadrati da Lemkin come commissivi di un secondo genocidio. Infatti lo stesso Lemkin, nel suo *Genocide* del 1946, propugna l'idea per cui un altro genocidio ai danni degli zingari sarebbe stato commesso, come rilevato da un autore¹⁵. Sebbene l'attuazione di politiche discriminatorie nei confronti delle popolazioni gitane non costituisca un elemento di novità per la Germania, affondando le radici nella seconda metà del XIX secolo, la persecuzione degli zingari, sotto il nazionalsocialismo, appare frutto di un'ideologia più complessa e fondata prevalentemente su un tipo di razzismo definito "antropologico"; si tratterebbe del cd. "igienismo razziale", secondo cui, all'interno di uno stesso popolo, o di una stessa razza, è necessario emarginare le categorie di soggetti ritenuti nocivi¹⁶.

Rispetto al binomio guerra-genocidio, Lemkin ritiene che il genocidio nazista costituisca la negazione dei principi fondamentali del diritto dell'Aja secondo cui le

¹³ Il 19 luglio 1942 Himmler stabilisce l'eliminazione di tutti gli ebrei del Governatorato Generale. Tra luglio e agosto 5000 ebrei sono deportati ad Auschwitz dalla Croazia. Ad agosto ulteriore deportazione dal ghetto di Lodz e Belzec causano 50.000 vittime. Dalla seconda metà dell'anno si incomincia a liquidare più di 600 ghetti in Polonia. A settembre già si contano 250000 morti. Nel febbraio sono deportati gli impiegati dell'industria bellica tedesca e a Berlino vengono arrestate 7000 persone. Il 21 maggio del '43, infine, Himmler ordina di deportare tutti gli ebrei del Reich nel campo di Terezin. L'11 giugno stabilisce la liquidazione di tutti i ghetti polacchi e il 21 quelli delle zone occupate dell'Unione Sovietica, in P. LONGERICH, *op. cit.*, pp.63-64.

¹⁴ A novembre vengono uccisi più di 40.000 ebrei nei campi di lavoro di Poniatowa e di Trawniki e nel campo di sterminio di Majdanek. Le deportazioni continuano ancora per i mesi successivi. nel febbraio del '44 partono dall'Italia due convogli di ebrei. Dall'Ungheria occupata nel marzo del '44 si contano a novembre oltre 437000 deportati. Dalla Slovacchia occupata nell'agosto del 1944, i deportati sono oltre 12000. in P LONGERICH , *op. cit.*, pp.65-67.

¹⁵ C.D.LEOTTA, *Il genocidio nel diritto penale internazionale. Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma*, Torino, Giappichelli Editore, 2013, p.68.

¹⁶ Gli zingari sono oggetto di persecuzione non solo perchè appartenenti ad una razza ritenuta inferiore, ma anche per la loro asocialità, cioè per il loro non inserimento volontario nella società civile. Questo secondo profilo prevarrebbe sul razzismo antropologico. In G. LEWY, *La persecuzione nazista degli zingari*, Torino, Einaudi, 2002, pp.314-315.

ostilità devono essere condotte tra eserciti di Stati, escludendosi la liceità degli attacchi contro i civili¹⁷. Tuttavia, secondo Lemkin, sarebbe riduttivo ritenere che solo la guerra concorra alla realizzazione di un piano volto al genocidio. Quest'ultimo si avvale, infatti, anche di una serie di misure amministrative che il regime nazista utilizza in modalità e gradi differenti. Queste misure fanno parte delle cosiddette "tecniche di genocidio", oggetto di approfondito studio nell'opera del 1944.¹⁸

Lemkin distingue otto diversi tipi di tecniche di genocidio: politiche, sociali, culturali, economiche, biologiche, fisiche, religiose e morali.

In Polonia occidentale, nel Belgio orientale, in Lussemburgo e in Alsazia-Lorena, vennero applicate determinate "tecniche politiche" attraverso lo smantellamento delle istituzioni locali e l'assunzione del modello amministrativo tedesco.¹⁹ Anche la creazione di partiti di ispirazione nazionalsocialista è considerata tra le tecniche politiche.

Le "tecniche sociali" si concretizzarono, attraverso l'imposizione del sistema giuridico e giudiziario tedesco, nonché attraverso l'abolizione delle fonti del diritto locali.²⁰

Le "tecniche culturali" fanno riferimento all'uso della lingua tedesca, al sistema scolastico e alle arti.²¹

Le "tecniche economiche" comportarono essenzialmente l'espropriazione dei beni. Particolare rilievo assumono le tecniche "biologiche" e quelle "fisiche", tra le tecniche biologiche Lemkin annovera lo sfollamento dei popoli in un certo territorio, il controllo delle nascite, la riduzione del tasso di natalità del gruppo "bersaglio", la separazione tra popolazione maschile e femminile, la denutrizione della popolazione in età fertile.²²

Tra le "tecniche fisiche" egli include il razionamento delle risorse alimentari su base razziale, la privazione dei mezzi di cura, l'uccisione in massa dei membri del gruppo²³.

Tali condotte sono suscumbibili nella definizione di genocidio prevista dalle fonti internazionali vigenti.

¹⁷ Queste considerazioni consentono di intravedere il legame tra le previsioni del diritto umanitario, inteso in senso lato, e le successive fonti sulla repressione e la prevenzione del crimine di genocidio. C.D.LEOTTA, *op.cit.*, p.68.

¹⁸ R. LEMKIN, *op.cit.*, p.82.

¹⁹ *ibidem*.

²⁰ *ivi*, p.84.

²¹ *ivi*, p.85.

²² *ivi*, p.86 ss.

²³ *ivi*, p.87 ss.

Vi sono poi le "tecniche religiose" che si realizzano scoraggiando la catechizzazione e l'avvicinamento ad una qualche confessione religiosa, o, ad esempio, sul piano amministrativo, attraverso la confisca delle proprietà ecclesiali e la persecuzione dei sacerdoti.²⁴

Le "tecniche morali" infine, sono atte ad indebolire la resistenza del gruppo vittima²⁵.

2. Lo Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga e la legge n. 10 del 1945 del Consiglio di Controllo per la Germania

Con l'"accordo di Londra" dell'8 agosto 1945 le potenze vincitrici del secondo conflitto mondiale (Stati Uniti, URSS, Francia e Regno Unito) decisero di istituire il Tribunale Militare Internazionale (che verrà chiamato "di Norimberga" dal nome della città dove si è tenuto il processo) competente a giudicare i principali criminali di guerra tedeschi²⁶; lo Statuto del Tribunale annesso all'accordo attribuiva al tribunale la giurisdizione su determinati crimini internazionali come previsti dall'art. 6: a)*crimini contro la pace*; b)*crimini di guerra*; c)*crimini contro l'umanità*.

Come si può osservare il genocidio non è esplicitamente enumerato tra i crimini censurabili nel processo di Norimberga, tuttavia la dizione di *crimini contro l'umanità* era talmente ampia da includere quelle condotte che, in base alla Convenzione del 1948 integreranno l'elemento oggettivo del "crimine dei crimini".

Poco dopo l'inizio del processo di Norimberga il consiglio di controllo per la Germania, composto da Stati Uniti, URSS e Regno Unito (e successivamente dalla Francia) emanò la legge n°10 che attribuì alle quattro potenze occupanti il potere di istituire, ciascuna nella sua zona di competenza, tribunali militari competenti a processare a) *crimini contro la pace*; b) *crimini di guerra*; c) *crimini contro l'umanità*; d) *Membri di gruppi ovvero organizzazioni dichiarate criminali dal Tribunale Militare Internazionale*.

²⁴ *ivi*, p.89.

²⁵ *ivi*, p. 90.

²⁶ tra gli altri *Joachim Von Ribbentrop*, *Wilhelm Keitel* ed *Ernst Kaltenbrunner* vennero giustiziati alla fine del processo tramite impiccagione, anche Hermann Goring, tra tutti gli imputati quello più vicino ad Hitler venne condannato, ma si tolse la vita prima dell'esecuzione della pena capitale con una capsula di cianuro.

In seguito alla "legge n.10" scomparirà la necessità di un legame tra i crimini contro l'umanità e i crimini contro la pace o i crimini di guerra. In linea con ciò che è oggi l'approccio verso i crimini contro l'umanità del diritto penale internazionale.

In base alla "legge n.10", inoltre, furono istituiti dagli Stati Uniti tribunali militari a Norimberga, dinanzi ai quali si tennero 12 processi (che non vanno confusi con quello svoltosi davanti al Tribunale Militare Internazionale e di cui si è parlato all'inizio del paragrafo). Negli atti di accusa di alcuni di questi è possibile trovare la parola "genocidio"; questo avviene nel procedimento nei confronti di *Alstötter ed altri*, è il "processo ai giudici" che coinvolge 16 accusati, tutti togati che avevano prestato servizio nei tribunali del *Reich*, nell'atto d'accusa si nota un preciso riferimento al crimine oggetto di questo lavoro, si legge infatti a pg. 1156 parlando delle azioni di uno degli imputati: «participated in the national program of racial persecution[...]He participated in the crime of genocide».

All'interno di un altro importante processo svoltosi a Norimberga, ovvero quello nei confronti di vari funzionari dei ministeri tedeschi all'epoca del dominio nazista, il cd. "processo ai ministri", compare nell'atto d'accusa il termine genocidio; si legge a pagina 468:«*The third reich embarked upon a systematic programme of genocide, aimed at the destruction of nations and ethnic group within the German sphere of influence, in part by murderous extermination and in part by elimination and suppression od national characteristics*». Come si noterà, queste sono valutazioni molto simili al modo in cui il genocidio è stato delineato sia nella Convenzione sul genocidio del 1948 sia dagli stessi Tribunali post- Norimberga.

3. La risoluzione n.96(I) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite

Nella sua prima sessione, l'11 dicembre 1946 (lo stesso giorno della risoluzione 95(I) sui principi di Norimberga) l'Assemblea Generale adottò una risoluzione in merito al crimine di genocidio, la n.96(I).

Il documento ha un valore fondamentale in quanto è presente, per la prima volta, una definizione di genocidio, si legge nel documento: «*Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups, and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations. Many instances of such crimes of genocide have occurred when racial, religious, political, and other groups have been destroyed, entirely or in part. The punishment of the crime of genocide is a matter of international concern*».

Nello stesso documento viene affermato il principio della responsabilità penale dei singoli autori individuali non importando la carica ricoperta, siano questi privati cittadini, uomini di stato o pubblici ufficiali, si legge infatti nella risoluzione :«*[...] genocide is a crime under international law which the civilized world condemns, and for the commission of which principals and accomplices - whether private individuals, public officials or statesmen, and whether the crime is committed on religious, racial, political or any other grounds --are punishable*». La risoluzione è un documento a cui bisogna prestare attenzione in quanto funge da avvio per il processo che porterà , due anni dopo, all'adozione della Convenzione sul genocidio, infatti è presente una richiesta al Consiglio Economico e Sociale di intraprendere gli studi per la redazione di un progetto di Convenzione sul crimine di genocidio; tra gli esperti che parteciparono alla stesura del progetto si annovera, tra gli altri, Raphael Lemkin.

Il progetto iniziale fu stilato dal Segretario Generale delle Nazioni Unite e subì varie modifiche; fu adottato, infine, dall'Assemblea Generale con la risoluzione 260 A (III) il 9 dicembre 1948.

4. La convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio

La Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio fu dunque adottata il 9 dicembre del 1948 ed entrò in vigore il 12 gennaio 1951, in seguito al deposito del ventesimo strumento di ratifica come previsto dall'art. 13.

L'art. 1, precisa che: « *The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish.*».

All'art.2 è presente la definizione di genocidio, si può leggere: « *In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:*

- (a) Killing members of the group;*
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;*
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;*
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;*
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group».*

La definizione contenuta nell'art. 2 verrà riprodotta senza modifiche negli Statuti dei Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e per il Ruanda nonché nello Statuto della Corte penale internazionale (CPI).

Si definisce il genocidio fisico e quello biologico, ma non vi è traccia di elementi relativi a genocidio culturale e politico. La condizione necessaria affinché si concretizzi il crimine di genocidio, è l'intenzione di distruggere il gruppo in tutto o in parte e la commissione di almeno uno degli atti proibiti sopra elencati.

La vittima possibile di tale crimine è il gruppo umano che è stato connotato attraverso gli aggettivi "nazionale, etnico, razziale o religioso". Sono soltanto tali gruppi ad essere protetti. Eccezion fatta per il gruppo religioso, dagli aggettivi indicati, non risulta sempre agevole definire in modo puntuale il gruppo protetto. Si è discusso, poi, in merito al fatto che la Convenzione non estenda la protezione ai gruppi politici, ideologici, sociali, economici e culturali, l'esclusione dei gruppi politici, per esempio fu causata dalla contrarietà espressa dall'Unione Sovietica.²⁷

E' opportuno considerare singolarmente le condotte atte a integrare l'elemento oggettivo del crimine di genocidio, circa *l'uccisione di membri del gruppo*, questa condotta ricomprende sia gli stermini e i massacri di massa o collettivi, sia le esecuzioni individuali.

²⁷ W.A. SCHABAS, *Genocide in International Law: the Crime of Crimes*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p.155.

Per quanto riguarda l'inflizione di *lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo*, si fa riferimento a tutte quelle gravi violazioni dei diritti fondamentali che non provocano necessariamente la morte della vittima, come i trattamenti inumani e degradanti, gli stupri, la riduzione in schiavitù, la deportazione e la persecuzione dei membri del gruppo.

Quanto alla *sottoposizione deliberata del gruppo a condizioni di vita volte a provocarne la distruzione fisica, totale o parziale*, si tratta della categoria meno chiara degli atti costitutivi di genocidio. Prendendo in considerazione quanto indicato nel progetto di Convenzione redatto dal Segretariato Generale, la condotta *de quo* consisterebbe nell'*assoggettamento a delle condizioni di vita tali che, per mancanza di alloggio, di abbigliamento, di cibo, di igiene e di cure mediche appropriati, o a causa di lavoro o di esercizi fisici eccessivi, gli individui sono destinati a deperire o a morire*²⁸. Essendo la Convenzione datata 1948, ancora fresche erano le immagini dei ghetti e dei campi di concentramento Nazisti, inoltre, possiamo ravvisare nelle c.d. "marce della morte" una condotta criminosa che potrebbe sicuramente integrare l'atto tipico di cui alla lett. c dell'art. II della Convenzione. Si può facilmente comprendere, quindi, a quale evento storico i redattori della Convenzione hanno guardato nel plasmare questa fattispecie criminosa.

Circa l'imposizione di *misure miranti a impedire nascite all'interno del gruppo*, si tratta di atti criminali costitutivi del "genocidio biologico". Queste ultime sono state approfonditamente esaminate nella genesi della Convenzione, l'esperienza della II Guerra Mondiale ci ha lasciato una testimonianza sterminata di sterilizzazione, castrazione e aborto. Ed infatti, la lett. d dell'art. II della Convenzione rimanda in modo molto ampio a queste esperienze.

Riguardo al *trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo ad un altro*, questa è l'unica condotta ripresa dall'enumerazione degli atti appartenenti al genocidio culturale proposta dal progetto di convenzione del Segretariato Generale. Nel testo finale della Convenzione, questa tipologia è stata enucleata come forma di genocidio biologico. La condotta di cui alla lett. 3, dell'art. II della Convenzione porta alla distruzione del gruppo sotto due punti di vista: da una parte viene distrutta l'esistenza "sociale" del gruppo in quanto i bambini trasferiti da un gruppo all'altro cresceranno con le tradizioni,

²⁸ NU CES E/447 del 26 giugno 1947, nota 76, p. 29.

la lingua e la cultura del gruppo "ricevente" rimanendo estranei all'identità culturale del gruppo d'origine o perdendola irrimediabilmente con la crescita. Dall'altra la condotta del trasferimento dei fanciulli da un gruppo ad un altro incide direttamente sulla componente "biologica" del gruppo, non permettendo ai bambini "trasferiti" la possibilità di riprodursi all'interno del gruppo.

E' opportuno ricordare che la definizione di genocidio contenuta nell'art.2 è stata fedelmente ripresa negli statuti del TPIJ, del TPIR e della Cpi, nel 2007 la CIG emettendo sentenza nel caso *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* ha riconosciuto espressamente l'appartenenza della definizione al diritto consuetudinario con la seguente espressione: «*The affirmation recognizes the existing requirements of customary international law.*»²⁹; una parte della dottrina, inoltre, sostiene che la definizione faccia parte dello *ius cogens*³⁰.

Passando a considerare il contenuto dell'art. 3 della Convenzione, questo stabilisce che dovranno essere puniti i seguenti atti:

- a) *il genocidio;*
- b) *la cospirazione mirante a commetterlo;*
- c) *l'istigazione pubblica e diretta;*
- d) *il tentativo di metterlo in atto;*
- e) *la complicità in esso.*

A proposito del tentativo, va sottolineata la distinzione tra atti meramente preparatori, ritenuti non rilevanti dalla Convenzione, e gli atti diretti in modo non equivoco a commettere il genocidio e come tali penalmente rilevanti. Il concetto di cospirazione descrive, in generale, ogni accordo tra due o più persone finalizzato a commettere un reato. L'art.3 si riferisce alla cospirazione consapevole e volontaria, che deve però estrinsecarsi in atti materiali e non limitarsi al mero "sostegno psicologico" o appoggio morale. L'appoggio può essere anche esterno, purché non di scarsa rilevanza, cioè idoneo alla realizzazione del genocidio, a prescindere che questo si consumi o meno³¹.

²⁹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), sentenza del 26 febbraio 2007, par. 161.

³⁰ vedi G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 292 ss.

³¹ per approfondire vedi amplius cap. 2 par. 4; cap. 3 par. 4; cap.4 par.3.

L'incitamento al genocidio è considerata punibile solo ed esclusivamente se "diretta" e "pubblica"; il carattere diretto dell'istigazione richiede che questa prenda una forma particolare, diretta appunto, che quindi provochi espressamente gli altri ad intraprendere un'azione criminale; il carattere pubblico invece riguarda il luogo dove l'istigazione viene fatta, ed il numero e la formazione culturale e sociale delle persone a cui era diretta. Per quanto riguarda la complicità questa si propone di colpire anche i soggetti che non compiono direttamente la condotta ma che invece aiutano gli esecutori principali, questa fattispecie riveste un ruolo fondamentale ed ha impegnato profondamente i Tribunali *ad hoc* come si vedrà più avanti; le maggiori criticità sono emerse a causa di una formulazione non sempre chiara degli Statuti ma soprattutto per la necessità di punire determinati soggetti non inquadrabili come esecutori materiali ma comunque meritevoli di una pena severa al pari di questi, benchè le loro condotte non avrebbero potuto inquadrarsi come perfettamente "commissive".

All' art. 4 si dichiara: «*Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals*».

L'art. 4 prevede la responsabilità penale individuale per il genocidio e stabilisce l'irrelevanza della carica ufficiale eventualmente ricoperta dagli autori; ciò non esclude la responsabilità internazionale dello stato di cui gli autori materiali erano organi. La distinta responsabilità degli Stati e delle loro gerarchie, comporta, sotto altro profilo, che l'esecuzione dell'ordine non potrà essere invocata a scriminante ovvero a causa di non responsabilità dal singolo che ha infine agito, seppure eseguendo l'ordine.

L'articolo 5 impone alle parti contraenti di legiferare in modo da rendere effettiva la Convenzione nel proprio territorio al fine di perseguire coloro i quali si macchieranno del crimine di genocidio o di una delle fattispecie connesse, si legge infatti: «*The Contracting Parties undertake to enact, in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention, and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or any of the other acts enumerated in article III*».

Agli stati parti è tuttavia lasciata la piena libertà nella definizione delle misure legislative idonee per un'efficace repressione del crimine in oggetto³².

³² A. CASSESE, *Cassese's International Criminal Law*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, p.110.

L'articolo 6, stabilisce che: « *Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction*».

Dunque, alla punizione dei colpevoli devono provvedere i tribunali nazionali degli Stati contraenti oppure un tribunale penale internazionale di cui gli stati parti della Convenzione abbiano accettato la giurisdizione, tuttavia all'epoca un tribunale con queste caratteristiche non esisteva, dovranno passare 40 anni perchè, con lo Statuto di Roma, si diano i natali ad una corte internazionale a carattere permanente competente a giudicare in merito al crimine di genocidio.

Importante, infine, la questione relativa all'extradizione, per un approfondito esame non si può prescindere dalla lettura dell'art. 7, che recita :« *Genocide and the other acts enumerated in article III shall not be considered as political crimes for the purpose of extradition.*

The Contracting Parties pledge themselves in such cases to grant extradition in accordance with their laws and treaties in force.»

Gli atti di genocidio non devono essere considerati alla stregua dei reati politici per quel che concerne l'extradizione, anzi, gli stati parti devono fare in modo che il proprio ordinamento interno non elenchi il genocidio tra i reati politici; la *ratio* della norma è chiara, in alcuni paesi l'extradizione non può essere concessa per i reati politici e inserire il genocidio tra questi avrebbe reso meno effettiva la repressione del crimine in quanto il responsabile non sarebbe potuto essere estradato. L'Italia si è conformata alle previsioni contenute nell'art. 7 con un apposito atto legislativo: la legge costituzionale n°1 del 1967 che in una formulazione comunque intricata recita così nell'articolo unico :«*L'ultimo comma dell'articolo 10 e l'ultimo comma dell'articolo 26 della costituzione non si applicano ai delitti di genocidio[...]*»

L'art.8 recita: « *Any Contracting Party may call upon the competent organs of the United Nations to take such action under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide or any of the other acts enumerated in article III.*».

Questo articolo prevede che gli organi dell'ONU abbiano il potere di agire nel modo in cui considerano appropriato per reprimere il crimine di genocidio, un esempio di applicazione di questo articolo si può notare nel caso della istituzione dei Tribunali *ad hoc*, che come si vedrà più avanti sono prodotti del CdS, inoltre l'ONU può essere sollecitata ad un intervento anche da ONG o altre organizzazioni internazionali.

Gli organi dell'ONU competenti in materia sono l'Assemblea Generale, il Consiglio di Sicurezza ed il Consiglio Economico e Sociale.

L'art. 9 predispose una clausola compromissoria, si può leggere: « *Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute* ».

L'articolo appena enunciato contiene una clausola compromissoria che attribuisce alla CIG la competenza di dirimere le controversie tra gli stati parti in merito all'interpretazione e applicazione della Convenzione; in base a questa previsione ciascuno stato parte può adire in modo unilaterale la Corte Internazionale di Giustizia per segnalare la violazione della Convenzione e di conseguenza la violazione dell'obbligo di prevenzione e repressione del crimine; nel caso in cui uno stato violi la convenzione la CIG accerta la commissione di un illecito internazionale e la conseguente responsabilità internazionale dello stato che lo ha commesso.

La CIG è stata adita all'uopo per la prima volta nel 1993, quando la Bosnia-Erzegovina ha denunciato la violazione della convenzione da parte della RFI (Repubblica Federale di Jugoslavia) colpevole di aver commesso un genocidio ai danni dei bosniaci-musulmani³³.

³³ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2007*.

Capitolo II

Il crimine di genocidio nello Statuto e nella giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia

1. Il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia

Il Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia (TPIJ) è stato istituito con la risoluzione 827 del 25 maggio 1993 dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite al fine di processare e punire i responsabili dei crimini commessi nel territorio dell'ex Repubblica Federale Socialista di Jugoslavia a partire dal gennaio 1991. Quando il Tribunale è stato istituito da ormai due anni infuriava un sanguinoso conflitto che coinvolgeva gran parte della penisola balcanica, la giurisdizione del Tribunale è stata pensata come temporanea, sebbene inizialmente sia stato fissato solo il termine iniziale e non quello finale.

In base allo Statuto, annesso alla risoluzione, il Tribunale ha giurisdizione sui crimini contro l'umanità, sui crimini di guerra e sul crimine di genocidio commessi da qualsiasi individuo quale che sia la sua nazionalità. Per quanto riguarda il genocidio sanzionato dall'art.4 dello Statuto, si può notare che la definizione del crimine è uguale a quella data dalla Convenzione del 1948, inoltre saranno punite anche le fattispecie connesse al genocidio (cospirazione, tentativo, incitamento pubblico e diretto, complicità) riprendendo, anche in questo caso, pedissequamente le previsioni e la struttura della Convenzione.

L'art. 9 dello Statuto del TPIJ, al pari dell'art. 10 di quello per il Ruanda (TPIR) istituito nel 1994 e di cui si parlerà nel cap. 3, sancisce un diritto di primazia sui Tribunali interni; questo permetteva al TPIJ di avocare a se i casi in discussione davanti alle corti interne qualsiasi fosse il grado di giudizio; tuttavia a causa della relativa lentezza dei lavori del Tribunale per la ex-Jugoslavia, numerosi casi riguardanti criminali "minori" sono stati deferiti alle corti nazionali.

Proprio a causa di questo incedere non proprio spedito con la risoluzione 1503 del 2003 il Consiglio di Sicurezza chiese ai due Tribunali *ad hoc* di adottare le misure previste nella "*completion strategy*" relativa ad ognuno di essi, così da completare i lavori entro

il 2010. Come è noto, nonostante gli sforzi dei due Tribunali, non è stato possibile rispettare la scadenza del 2010, quindi il CdS ha emanato una nuova risoluzione, la 1966, con la quale ha chiesto al TPIJ e al TPIR di completare i lavori entro il 2014; contestualmente, con la stessa risoluzione, ha istituito il *MICT (Mechanism for International Criminal Tribunals)*.

Il *MICT* si compone di due sezioni: una è stanziata ad Arusha in Tanzania, entrata in funzione il 1 luglio 2012 è competente per il TPIR; una si trova a L'Aja, entrata in funzione il 1 luglio 2013 è competente per il TPIJ, la camera d'appello e il procuratore sono comuni ad entrambi i Tribunali; al *MICT* sono trasferite le competenze originariamente appartenenti ai due Tribunali *ad hoc* come si può leggere nel par.1 dell'art. 1 dello Statuto annesso alla risoluzione; per quanto riguarda il coordinamento tra il "*meccanismo*" e i Tribunali *ad hoc* questo viene illustrato nell'annesso 2 (*transitional agreement*) : i Tribunali avranno competenza a giudicare gli imputati arrestati più di un anno prima l'entrata in funzione delle rispettive sezioni e inoltre giudicheranno i processi d'appello richiesti più di sei mesi prima l'entrata in funzione delle rispettive sezioni, al contrario sarà il *MICT* a giudicare.

La chiusura del TPIR è effettivamente avvenuta il 31 Dicembre 2015, mentre quella del TPIJ avverrà, presumibilmente, con la sentenza di primo grado nei confronti di *Ratko Mladic* ex comandante delle forze serbo-bosniache e accusato, tra l'altro, del genocidio di Srebrenica e con la sentenza di secondo grado nei confronti di *Jadranko Prlic* ed altri, leader politici dell'auto-proclamata Repubblica Croata di Herceg-Bosnia e gerarchi dell'HVO (consiglio di difesa croato ovvero la forza militare della Repubblica di Herceg-Bosnia) .

La giurisprudenza del TPIJ ricopre un'importanza fondamentale per quanto riguarda il consolidamento nel diritto consuetudinario del crimine di genocidio, i giudici del TPIJ hanno emesso un discreto numero di sentenze sul crimine (seppur in numero minore rispetto a quelle emesse dal TPIR) ed hanno contribuito fortemente ad individuarne gli elementi costitutivi; inoltre il Tribunale per la ex-Jugoslavia è stato il primo a riconoscere che un genocidio è avvenuto a Srebrenica, con la sentenza di primo grado emessa nei confronti di Radislav Krstic, maggiore generale dell'esercito della Repubblica Srpska.

2. L'elemento oggettivo del crimine di genocidio: a) l'uccisione dei membri del gruppo

Per quanto riguarda l'elemento oggettivo del crimine di genocidio è opportuno ricordare che nelle sue sentenze il TPIJ ha contribuito in modo decisivo a tratteggiare i profili delle condotte che costituiscono l'elemento oggettivo del "crimine dei crimini".

La prima condotta che si affronterà in questa trattazione è quella alla lett.a del par. 2 dell'art. 4 St. TPIJ: l'uccisione dei membri del gruppo.

La valutazione di questo atto tipico è molto importante in quanto il genocidio di Srebrenica è stato compiuto tramite l'*uccisione* degli uomini bosniaci-musulmani e il trasferimento forzato di donne, vecchi e bambini. Già dalla sentenza di primo grado emessa dal TPIJ nei confronti di *Radislav Krstic*, che ha riconosciuto il suddetto genocidio, si evincono i profili degli atti commissivi attraverso cui il crimine è stato posto in essere, si legge nella pronuncia dei giudici: «*The Trial Chamber has discussed above the murders [...] alleged by the Prosecution and has concluded they have been proved. It has been established beyond all reasonable doubt that Bosnian Muslim men residing in the enclave were murdered, in mass executions or individually[...]*»³⁴.

Una successiva sentenza del TPIJ ha delineato gli elementi costitutivi dell'*uccisione dei membri del gruppo*, quella che prende il nome di "*Popovic et al.*" resa nei confronti di Vujadin Popović, Ljubiša Beara, Drago Nikolić, Ljubomir Borovčanin, Radivoje Miletić, Milan Gvero and Vinko Pandurević; gli imputati ricoprivano vari ranghi nell'esercito della repubblica Srpska (VRS), si segnalano tra gli altri: *Vujadin Popović*, capo della sicurezza dei Drina Corps³⁵; Ljubiša Beara che si fregiava del rango di colonnello del VRS; Ljubomir Borovčanin, comandante della "SPB"(Special Police Brigade), un ramo del "MUP", le forze di polizia del ministero degli interni. Orbene, nella sentenza di primo grado nei confronti di questi imputati i giudici hanno sottolineato con precisione i profili dell'*uccisione*, si legge nella sentenza: «*Murder may occur where the death of the victim is caused by an omission as well as an act of the accused or of one or more persons for whom the accused is criminally responsible. Murder may be established where the accused's conduct contributes substantially to the*

³⁴ ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstic, IT-98-33, sentenza del 2 agosto 2001, par. 543.

³⁵ un corpo dello stesso esercito operante a Srebrenica e nei suoi dintorni.

*death of the victim. The mens rea for murder may take the form of an intention to kill or an intention to cause serious bodily harm which the accused should reasonably have known might lead to death.»*³⁶. Quanto riportato della sentenza riveste un'importanza particolare anche dal punto "linguistico" in quanto il termine "*kill*" viene associato a "*murder*" nonostante ormai è pacifico che i termini abbiano la stessa valenza, in passato si sono presentati taluni problemi, affrontati in sentenze risalenti dal TPIR e di cui si parlerà nel Cap. II³⁷.

3. Segue: b) L'inflizione di lesioni gravi all'integrità fisica o psichica di membri del gruppo

In merito alla condotta di cui alla lett.(b) dell'art. 2 della Convenzione sul genocidio - "*infliggere lesioni gravi all'integrità fisica o psichica dei membri del gruppo*" - preme ricordare che la giurisprudenza del TPIJ ha contribuito ampiamente a chiarire cosa debba intendersi per "lesioni fisiche" e "lesioni psichiche". Prima di passare all'esame di ciascuna singola categoria di lesione è opportuno procedere a qualche puntualizzazione che interessa entrambi i tipi di lesione, sia quella "fisica" che quella "psichica"; nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Radislav Krstic si compie una valutazione importante che riguarda l'atto tipico oggetto di questo paragrafo, i giudici hanno statuito che le gravi lesioni non devono essere necessariamente permanenti ma devono costituire un grave impedimento ad una vita "normale", si legge nella sentenza: *«The Trial Chamber states that serious harm need not cause permanent and irremediable harm, but it must involve harm that goes beyond temporary unhappiness, embarrassment or humiliation. It must be harm that results in a grave and long-term disadvantage to a person's ability to lead a normal and constructive life. In subscribing to the above case-law, the Chamber holds that inhuman treatment, torture, rape, sexual abuse and deportation are among the acts which may cause serious bodily or mental injury. »*.³⁸

³⁶ ICTY, Prosecutor v. Popovic et al., IT-05-88, sentenza del 10 giugno 2010.

³⁷ vedi amplius cap.3 par.2.

³⁸ ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstic, cit., par.513.

Successivamente, si vedranno delle impostazioni simili nella sentenza di primo grado resa nei confronti del dott. Milomir Stakic³⁹, serbo bosniaco, vice presidente dell'assemblea municipale di Prijedor e membro del Partito democratico serbo. In tale sentenza i giudici hanno stilato una lista esemplificativa, ampliando quella vista nella sentenza "*Krstic*", contenente una serie di atti tipici con i quali si può possono causare "lesioni fisiche o psichiche", si può leggere nella pronuncia: « "*Causing serious bodily or mental harm*" in sub-paragraph (b) is understood to mean, inter alia, acts of torture, inhumane or degrading treatment, sexual violence including rape, interrogations combined with beatings, threats of death, and harm that damages health or causes disfigurement or injury. The harm inflicted need not be permanent and irremediable»⁴⁰. Vale la pena di riportare il passo della sentenza in quanto numerose altre mutueranno alla lettera le previsioni appena proposte⁴¹. Inoltre nella stessa pronuncia i giudici introdurranno una formula ricorrente nella giurisprudenza del TPIJ ovvero che sia le condotte di "*uccisione dei membri del gruppo*" che quelle che cagionano "*gravi lesioni ai membri del gruppo*" necessitano di una "*proof of result*" essenzialmente per differenziare il tessuto probatorio necessario per una condanna da quello della lett.c, par.2 dell'art. 4 che, invece, non necessita della suddetta⁴².

Fissate queste previsioni generali è opportuno passare all'esame delle lesioni "psichiche": per quanto concerne queste ultime la sentenza resa dalla camera di primo grado nei confronti di *Radislav Krstic* contribuisce ancora a delineare i margini degli elementi costitutivi della condotta considerando la genesi dell'espressione in seno alla Convenzione e le interpretazioni successive. Il concetto a cui sono arrivati i giudici è sostanzialmente quello fornito dal "Comitato preparatorio per l'istituzione di una Corte penale internazionale"; la camera di primo grado si esprimerà con queste parole:

³⁹ Sia la Trial che l'Appeals Chamber dell'ICTY competenti per il caso Stakic non riconosceranno l'accusa di Genocidio proposta dal Procuratore.

⁴⁰ ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakic, IT-97-24, sentenza del 31 luglio 2003, par. 516.

⁴¹ ICTY, Prosecutor v. Popovic et al., cit., par. 812; ICTY, Prosecutor v. Radovan Karadzic, IT-95-5/18, sentenza del 24 marzo 2016, par.545; ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, IT-05-88/2, sentenza del 12 dicembre 2012, par.737; ICTY, Prosecutor v. Radoslav Brdanin, IT-99-36, sentenza del 1 settembre 2004, par. 690; ICTY, Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, IT-00-39, sentenza del 27 settembre 2006, par.862.

⁴² vedi amplius cap.2, par.4.

«'mental harm' is understood to mean more than the minor or temporary impairment of mental faculties»⁴³.

Di grande importanza, ancora, è la sentenza emessa nel 2005 ai danni dei serbo-bosniaci *Vidoje Blagojevic* colonnello e comandante della brigata "*Bratunac*" e *Dragan Jokic* maggiore e capo geniere della brigata "*Zvornik*". In tale sentenza, il TPIJ ha dichiarato che lesioni psichiche ai sensi dell'art. 4, par.2, lett.b dello Statuto, che - come già detto - è identico all'art.2 lett.b della Convenzione del 1948, derivarono a donne, vecchi e bambini di Srebrenica dal trasferimento forzato cui furono obbligati dalle forze serbo-bosniache.⁴⁴

In materia di "lesioni psichiche" , occorre ricordare anche la sentenza di primo grado emessa nei confronti di Radovan Karadzic, ex presidente della repubblica Srpska, nel marzo 2016. Secondo la camera di primo grado le sofferenze patite da donne, vecchi e bambini a Srebrenica a causa della improvvisa separazione dai loro mariti, fratelli, figli e dall'incertezza circa la loro sorte furono sufficientemente gravi da integrare la condotta di cui alla lett.b , par.2 dell'art.4⁴⁵. Sarebbe ingiustificabile escludere dalla copertura della norma le gravissime lesioni alla salute mentale subite dai sopravvissuti di Srebrenica sia dal punto di vista sistematico sia da quello prettamente contenutistico, essendo queste perfettamente in linea con le intenzioni dei redattori della Convenzione. Ed infatti da un lato il trauma sofferto dai sopravvissuti va ben oltre un "*minor or temporary impairment on mental faculties*" come ci si può ben rendere conto dando uno sguardo alla quantità di testimonianze rilasciate da di chi è scampato al massacro, dall'altra il danno subito da queste persone - e soprattutto quello "psichico" - è tanto esteso da non garantire affatto un'esistenza "normale" e "costruttiva".

Anche per quanto riguarda le lesioni fisiche gli apporti dati dal TPIJ sono indubbiamente degni di nota per la ricognizione del significato della norma; per prima la camera di primo grado ha specificato in cosa consistono le gravi lesioni fisiche nella sentenza resa nei confronti di Radislav Krstic, si può leggere nel dispositivo :*«[...]“harm that seriously injures the health, causes disfigurement or causes any serious injury to the external, internal organs or senses”[...]»⁴⁶*

⁴³ ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstic, cit., par. 510.

⁴⁴ ICTY, Prosecutor v. Blagojevic e Jokic, IT-02-60, sentenza del 17 gennaio 2005. par. 647-654.

⁴⁵ ICTY, Prosecutor v. Radovan Karadzic, cit., par. 5664-5665.

⁴⁶ ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstic, cit., par.510.

4. Segue: c) La sottoposizione del gruppo a condizioni di vita dirette a provocarne la distruzione fisica totale o parziale

La giurisprudenza del TPIJ ha affrontato e condannato le condotte inquadrabili nella norma di cui all'art. 4 par. 2 lett. c dello Statuto; già nei confini della sentenza emessa ai danni di Milomir Stakic la camera di primo grado si è occupata di compiere delle valutazioni circa il reale contenuto della norma; primariamente i giudici hanno affermato che le condotte di cui alla lett. c non devono palesarsi in uccisioni dirette bensì in atti che mirano alla lenta distruzione del gruppo e che cercano solo indirettamente la morte dei suoi membri, inoltre nella pronuncia sono presenti determinati atti tipici che possono inquadrare la condotta di cui alla lett. c come il diniego di cibo e di servizi medici ovvero la mancanza di vestiti o ancora il lavoro forzato, in questo caso i giudici sono riusciti a tratteggiare in modo discretamente completo i profili della norma, sebbene gli stessi magistrati si occupino di precisare che gli atti enumerati non appartengono ad una lista chiusa, vale la pena di riportare il passo della sentenza: « *The acts envisaged by this sub-paragraph include, but are not limited to, methods of destruction apart from direct killings such as subjecting the group to a subsistence diet, systematic expulsion from homes and denial of the right to medical services. Also included is the creation of circumstances that would lead to a slow death, such as lack of proper housing, clothing and hygiene or excessive work or physical exertion* »⁴⁷.

Le valutazioni apparse nella sentenza di primo grado del caso *Stakic* sono state pedissequamente ripetute nel processo di primo grado nei confronti di Zdravko Tolimir, serbo-bosniaco e uno dei generali della VRS nonché capo dell'intelligence e della sicurezza dello stesso esercito della Repubblica Srpska⁴⁸; nel caso *Tolimir* le condotte oggetto di questo paragrafo possiedono profili di spiccato interesse in quanto per la camera di primo grado le uccisioni compiute contro gli uomini nelle enclavi di Srebrenica e Zepa, unite al trasferimento forzato di donne e bambini avrebbero integrato la condotta criminosa ai sensi della lett. c, par.2 dell'art. 4 St. TPIJ come recita la pronuncia di primo grado: «[...] *The Majority therefore finds that the conditions*

⁴⁷ ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakic, cit., par. 517-518.

⁴⁸ ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, cit., par. 740.

*resulting from the acts of Bosnian Serb Forces, as part of the combined effect of the forcible transfer and killing operations were deliberately inflicted, and calculated to lead to the physical destruction of the Bosnian Muslim population of Eastern BiH [...]»⁴⁹. I giudici che hanno giudicato in appello si sono distanziati da queste valutazioni e lo hanno fatto compiendo due importanti considerazioni: la prima riguarda i massacri avvenuti a Srebrenica, ed infatti nella sentenza si sottolinea, in modo proprio e come si è affermato poco sopra, che la condotta *de quo* riguarda quegli atti che non mirano ad uccidere direttamente i membri del gruppi ma che ne causano la morte nel corso del tempo (la cd. "slow death"), di conseguenza le uccisioni dei membri del gruppo ricadrebbero sotto gli atti proibiti dalla lett. a par. 2 dell'art. 4 e non sotto la lett. c, come giustamente sostenuto dal collegio giudicante di secondo grado: «[...] killings, which are explicitly mentioned as a separate genocidal act under Article 4(2)(a) of the Statute, may not be considered as a method of inflicting upon the protected group conditions of life calculated to bring about its destruction under Article 4(2)(c) of the Statute. [...]Such combined consideration, however, was contrary to the legal principles governing the application of Article 4(2)(c) of the Statute, which limit the scope of the provision to "methods of physical destruction, other than killing"»⁵⁰.*

In secondo luogo, escluse le uccisioni, i giudici si sono interrogati in merito ai trasferimenti forzati, soprattutto chiedendosi se questi avessero potuto assurgere di *per se* ad atti di genocidio come previsti dalla lett. c par. 2 dell'art. 4 St, TPIJ; esaminando le risultanze probatorie si afferma che il trasferimento forzato subito dalle popolazioni di Srebrenica e di Zepa non è stato compiuto con modalità suscettibili di causare la morte dei membri del gruppo e la conseguente distruzione fisica di quest'ultimo, escludendosi così la responsabilità dell'imputato per aver commesso genocidio tramite la condotta di cui alla lett.c, par. 2 dell'art. 4 St. TPIJ, come recita il verdetto d'appello: « [...]The actus reus of Article 4(2)(c) of the Statute "covers methods of physical destruction, other than killing, whereby the perpetrator ultimately seeks the death of the members of the group". There is no evidence on the record that the forcible transfer operations were carried out in such a way so as to lead to the ultimate death of the displaced Bosnian Muslims[...] The Appeals Chamber thus concludes that the forcible transfer operations

⁴⁹ *ivi*, par. 766.

⁵⁰ ICTY: Camera d'Appello, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, IT-05-88/2, sentenza dell' 8 aprile 2015, par. 228-229.

did not deliberately subject the protected group to conditions of life calculated to destroy it physically»⁵¹.

Nella sentenza di primo grado del caso "*Popovic et al*"⁵² non si compieranno delle valutazioni differenti rispetto a quelle esaminate finora sia per quanto riguarda la parte descrittiva, nella quale i giudici "copieranno" le statuizioni apparse in *Stakic* e ribadite in *Tolimir* sia per quanto riguarda la questione dei trasferimenti forzati avvenuti a Srebrenica e Zepa⁵³.

Le conclusioni del collegio giudicante sono, quindi, parallele a quelle esaminate sopra, si legge nella pronuncia: «[...] *Trial Chamber finds the evidence insufficient to conclude that the forcible transfer created conditions of life calculated to bring about the destruction of the Muslim population of Eastern Bosnia*[...]»⁵⁴.

Nella sentenza emessa nei confronti di Radovan Karadzic il Tribunale ripeterà le valutazioni sull'elemento descrittivo dell'atto tipico *de quo* riprendendo fedelmente quelle già apparse nelle sentenze emesse ai danni di *Stakic*, *Tolimir* e nel caso *Popovic et al.* come esaminate poc'anzi.

Inoltre, nella pronuncia, si sottolineano delle valutazioni fondamentali per la corretta comprensione della condotta di cui alla lett. (c) del par. 2 dell'art. 4: la prima questione si riferisce al modo di integrare la fattispecie, nella sentenza si ricorda che basta solo l'imposizione delle misure e non che queste causino effettivamente la distruzione del gruppo per integrare la condotta *de quo*; in altre parole non è richiesta una "*Proof of Result*". Nel caso in cui si avranno uccisioni o gravi lesioni fisiche o psichiche le fattispecie integrate saranno quella di cui alla lett. (a) o (b) del par. 2 dell'art. 4 come si può leggere nella sentenza di primo grado emessa dal TPIJ nei confronti di Karadzic: «*Contrary to the acts prohibited by Articles 4(2)(a) and 4(2)(b), this provision does not require proof of that a result was attained; as such, it does not require proof that the conditions actually led to death or serious bodily or mental harm of members of the protected group*»⁵⁵.

⁵¹ *ivi.*, par. 233-234.

⁵² Beara (IT-02-58) , Borovčanin (IT-02-64) , Drago Nikolić (IT-02-63) , Pandurević & Trbić (IT-05-86) , Popović (IT-02-57).

⁵³ ICTY, Prosecutor v. Popovic et al., cit., par. 814-815.

⁵⁴ *ivi.*, par. 855.

⁵⁵ ICTY, Prosecutor v. Radovan Karadzic, cit., par. 546.

La seconda questione invece, si incentra sul fatto per cui le misure debbano essere necessariamente "studiate" per causare la distruzione fisica e non la mera dissoluzione del gruppo, sebbene come appena esposto non ci sia bisogno che le misure distruggano effettivamente il gruppo, l'esame va compiuto in merito alla potenzialità delle condotte di porre fine all'esistenza biologica dello stesso, come propriamente affermato dal TPIJ nella stessa sentenza citata poc'anzi: «*Article 4(2)(c) applies only to acts that are deliberately calculated to cause a group's physical destruction and, as such, these acts must be clearly distinguished from those acts designed to bring about the dissolution of the group*».⁵⁶

Altre valutazioni che meritano particolare attenzione sono quelle apparse nella sentenza di primo grado emessa ai danni di "Krajisnik"; qui si dice, dopo l'enumerazione degli atti suscettibili di integrare la condotta oggetto di questo paragrafo, che sarà sempre necessaria una valutazione caso per caso della gravità delle misure imposte, si legge nella pronuncia emessa dal TPIJ: «*[...] It follows that "failure to provide adequate accommodation, shelter, food, water, medical care, or hygienic sanitation facilities" will not amount to the actus reus of genocide if the deprivation is not so severe as to contribute to the destruction of the group, or tend to do so. Living conditions, which may be inadequate by any number of standards, may nevertheless be adequate for the survival of the group*»⁵⁷.

In altre parole secondo il Tribunale per la ex-Jugoslavia non c'è uno standard fisso le misure devono rispettare; l'unico criterio è l'effettiva capacità di sopravvivenza del gruppo alle misure, o meglio il coefficiente oggettivo di distruttività delle misure stesse rispetto al gruppo.

⁵⁶ *ivi*, par. 547; valutazioni identiche appaiono anche in ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, cit., par. 762.

⁵⁷ ICTY, Prosecutor v. Momčilo Krajisnik, cit., par. 863; a sua volta presente in: ICTY, Prosecutor v. Radoslav Brdanin, cit., par. 906; ICTY, Prosecutor v. Popovic et al., cit., par. 816; ICTY, Prosecutor v. Radovan Karadzic, cit., par 548.

5. Segue : d) L'imposizione di misure volte ad impedire le nascite all'interno del gruppo

Per quanto riguarda l'imposizione di misure volte ad impedire le nascite all'interno del gruppo è opportuno segnalare la sentenza di primo grado emessa nei confronti di Zdravko Tolimir dal TPIJ. In questa pronuncia la camera di primo grado ricorda che le misure dirette a impedire le nascite possono essere sia fisiche che psichiche, la ricognizione delle misure da parte della camera di primo grado segue da molto vicino alcune pronunce del TPIR, gli atti enumerati si sostanziano in mutilazioni degli organi sessuali e sterilizzazione forzata, ma anche in divieti quali quello del matrimonio o della riproduzione tramite il controllo delle nascite; i giudici riportano in sentenza gli atti tipici della lett.(d) par. 2 art. 4 in questi termini :« *Measures intended to prevent births within the group may be physical or mental. The following measures have been found to qualify as acts punishable under Article 4(2)(d): sexual mutilation, enforced sterilization, forced birth control, forced separation of males and females, and prohibition of marriages*»⁵⁸.

Con riguardo al genocidio di Srebrenica la camera non valuterà sussistenti gli estremi per una condanna ai sensi della condotta prevista dalla lett. d, par. 2 dell'art. 4.

Secondo il collegio giudicante, infatti, la decisione di non risposarsi presa dalle donne trasferite forzatamente da Srebrenica a causa di vari fattori dovuti agli eventi occorsi durante il genocidio come lo stigma da portare nel caso di un secondo matrimonio, non visto di buon grado da una società patriarcale e legata a valori ancestrali come quella bosniaco-musulmana, non è stata qualificata come misura diretta ad impedire le nascite imposta dalle forze serbo-bosniache. Come affermato chiaramente dai giudici nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Tolimir: « *With respect to Article 4(2)(d), the Chamber does not put into question the fact that as a consequence of the choice of many of the women who were transferred not to remarry because of the “the lack of similarly-aged men, the loss of a husband's pension upon remarriage, the social stigma of remarriage and feelings of guilt” the birth rate in the community may have decreased. The Chamber does not, however, consider that this consequence of the*

⁵⁸ ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, cit., par. 743

forcible transfer operation qualifies as a “measure” imposed by the Bosnian Serb Forces “intended to prevent births within the group”»⁵⁹.

6. Segue: e) Il trasferimento forzato di bambini del gruppo ad un altro gruppo

Per quanto riguarda la condotta di cui alla lett.(e) par. 2 dell'art. 4 dello Statuto del TPIJ mancano, allo stato dell'arte, pronunce del Tribunale.

La motivazione si trova nel modo in cui il genocidio di Srebrenica è stato commesso; dall'esame compiuto finora delle condotte di cui all'art.4 si è potuto notare che il genocidio avvenuto nell'enclave sia stato commesso essenzialmente tramite uccisioni e inflizioni di gravi lesioni fisiche e psichiche. Le forze serbo bosniache non si sono quindi avvalse della pratica del trasferimento dei fanciulli da un gruppo all'altro per procedere alla distruzione del gruppo ne discende che nessuna sentenza è stata emessa sull'argomento dal TPIJ.

7. L'elemento soggettivo del crimine di genocidio: a) Il dolo specifico

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo del crimine di genocidio, occorre preliminarmente affermare che l'art. 4 dello Statuto del TPIJ, che riproduce l'art. 2 della Convenzione sul genocidio del 1948, richiede l'intenzione di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso. Questo è l'intento "specifico" del crimine e si somma a quello di porre in essere le specifiche condotte criminose enumerate al par. 2 dell'art. 4; come esplicitato perfettamente da Antonio Cassese all'interno del suo commentario allo Statuto di Roma: «*an aggravated form of criminal intent that must exist in addition to the criminal intent accompanying the underlying offence*»⁶⁰.

L'intento specifico del crimine di genocidio può definirsi come il nucleo della norma ma anche come la parte più difficile da interpretare; inoltre anche dal punto di vista

⁵⁹ *ivi*, par. 767.

⁶⁰ A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2002, p. 338.

processuale risulta complicato dimostrare un tipo di intenzione che appartiene alla sfera soggettiva dell'imputato, quale l'intenzione di distruggere il gruppo⁶¹. Per questi motivi spesso il *dolus specialis* è stato desunto dai giudici in via inferenziale, la difficoltà dell'attribuzione in capo ai soggetti di questa intenzione ulteriore ha portato la dottrina all'elaborazione di due criteri: il "*purpose-based approach*" e il "*knowledge-based approach*" tra cui le camere giudicanti hanno potuto scegliere, propendendo, come si vedrà, decisamente per il primo.

Il "*purpose-based approach*" si riferisce direttamente all'intimità del soggetto e si materializza nel momento in cui è presente in quest'ultimo la volontà di distruggere in tutto o in parte uno dei gruppi protetti; per questa teoria, quindi, solo se la commissione di uno degli atti tipici è sorretta da questo specifico elemento volitivo si può parlare di genocidio.

Per quanto riguarda il "*knowledge-based approach*" questo viene descritto per la prima volta in un'opera di Alexander K.A. Greenwalt: "*Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation*"⁶² nello studio appena citato si compie una profonda analisi su quello che potrebbe essere un nuovo modo di intendere la *mens rea* del crimine di genocidio. Nelle parole dello stesso Greenwalt: «*the requirement of genocidal intent should be satisfied if the perpetrator acted in furtherance of a campaign targeting members of a protected group and knew that the goal or manifest effect of the campaign was the destruction of the group in whole or in part*»⁶³.

Da queste valutazioni si possono compiere due affermazioni importanti: da una parte si può sicuramente sostenere la centralità dell'elemento collettivo nella teoria ora prospettata e dall'altra che questa può essere strumentale ad una ricognizione più semplice ed immediata dell'intento specifico in quanto non c'è bisogno di dimostrare la volontà del soggetto di distruggere il gruppo in tutto o in parte. La dottrina si è abbondantemente divisa sull'opportunità di accogliere una teoria o l'altra⁶⁴.

⁶¹ O. TRIFFTERER, *Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such*, in *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 399 ss., pp. 405-406 ('much more difficult to be proven ...').

⁶² A. K. A. GREENWALT, *Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation*, in *Columbia Law Review*, 1999, p. 2259 ss., pp. 2259-2294.

⁶³ A. GREENWALT, *op.cit.*, p. 2288.

⁶⁴ A favore della tesi di Greenwalt vedi H. VEST, *A Structure-Based Concept of Genocidal Intent*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 781 ss., pp. 785-798; A. GIL GIL, *Derecho penal internacional: especial consideracion del delito de genocidio*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 231-236; contra vedi F. JESSBERGER, *The*

Passando alla giurisprudenza del TPIJ si segnalano delle oscillazioni in merito alle valutazioni compiute dai giudici riguardo l'elemento soggettivo del crimine di genocidio.

Il punto di partenza può essere costituito dalla sentenza di primo grado emessa nei confronti di Goran Jelusic, l'"Adolf Hitler serbo", normale civile trovatosi, durante il conflitto, in una posizione apicale nelle gerarchie di comando del campo di concentramento di Luka, vicino alla città di Brcko in Bosnia-Erzegovina. A causa dei maltrattamenti e delle uccisioni Jelusic è stato condannato a 40 anni di carcere per crimini di guerra e crimini contro l'umanità, ma non per genocidio; sebbene non sia stata emanata una condanna per il crimine oggetto della trattazione si può sicuramente affermare che la sentenza ai danni di Jelusic conservi dei margini importanti per quanto riguarda l'elemento soggettivo del "crimine dei crimini".

Già nel suo *"Pre-Trial Brief"* il procuratore ha provato ad introdurre una visione della *mens rea* che potremmo definire sicuramente *"Knowledge-based"* esprimendosi con queste parole :«*perpetrator 'knew the likely consequence' that the committed acts would destroy a group in whole or in part*»⁶⁵. La suggestione avanzata dalla pubblica accusa non sarà accolta dalla camera di primo grado la quale, invece, costruisce una definizione della *mens rea* molto vicina a quella classica, ovvero *"purpose-based"*, nonostante non riconosca, oltre ogni ragionevole dubbio, la sussistenza di questa in capo a Jelusic come si può leggere nella stessa sentenza :«*In conclusion, the acts of Goran Jelusic are not the physical expression of an affirmed resolve to destroy in whole or in part a group as such [...]The Trial Chamber therefore concludes that it has not been proved beyond all reasonable doubt that the accused was motivated by the dolus specialis of the crime of Genocide*»⁶⁶; il collegio giudicante non ha quindi condannato Jelusic per genocidio

Definition and the Elements of the Crime of Genocide, in P.GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 87 ss, P.106-107; G.WERLE F.JESSBERGER , *op. cit.* , pp. 314-315, mrg. 842 ; Ma anche la dottrina Italiana: C. MELONI, *I nodi della responsabilità per genocidio nel diritto penale internazionale: tra dimensione collettiva e imputazione individuale, precetto internazionale e accertamento nazionale*, in "Diritti umani e diritto internazionale", 2015, p. 589 ss., p.606; C.D. LEOTTA, *op. cit.*, p. 365; inoltre c'è chi propone un approccio misto combinando le due teorie, vedi K.AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, vol 2, p. 20 ss.; Anche il già citato Hans Vest parla di un "mixed individual-collective point of reference".

⁶⁵ Prosecutor v Jelusic, Prosecutor's Pre-Trial Brief para 3.1

⁶⁶ ICTY, Prosecutor v. Goran Jelusic, IT-95-10, sentenza del 14 dicembre 1999, par. 107.

sostenendo che l'imputato abbia agito fondamentalmente spinto dalla sua personalità disturbata e che le condotte criminali portate avanti da quest'ultimo siano state compiute "casualmente" e senza il dolo specifico richiesto dalla norma⁶⁷.

Successivamente anche la camera d'appello giudicante il caso *Jelisić* in secondo grado non prenderà in considerazione le valutazioni compiute dal procuratore costruendo come segue il contenuto della *Mens Rea*: "*seeks to achieve the destruction[of the group]*"⁶⁸, bocciando qualsiasi approccio basato sulla consapevolezza come accennato nel "*Pre-Trial Brief*" in questi termini :«[...]the prosecution's challenge to the Trial Chamber's finding on this issue is not well founded, being based on a misunderstanding of the Judgement. This part of the prosecution's third ground of appeal therefore fails»⁶⁹.

Anche i giudici di primo grado nella sentenza emessa nei confronti di Radislav Krstić hanno respinto un tipo di approccio "*knowledge-based*", sostenendo che la fattispecie criminosa può essere integrata solo con atti diretti alla distruzione del gruppo in tutto o in parte come si può leggere nella stessa sentenza :«*Some legal commentators further contend that genocide embraces those acts whose foreseeable or probable consequence is the total or partial destruction of the group without any necessity of showing that destruction was the goal of the act[...] the characterisation of genocide which encompass only acts committed with the goal of destroying all or part of a group*»⁷⁰.

Sebbene il generale Krstić sia stato dichiarato colpevole di genocidio in primo grado la camera d'appello ha ribaltato la condanna proprio grazie a determinate valutazioni compiute sull'intento specifico: la corte stabilirà che l'imputato doveva necessariamente conoscere le intenzioni dei vertici del VRS di compiere un genocidio a Srebrenica; tuttavia la sola consapevolezza delle suddette intenzioni non è abbastanza, da sola, per integrare il dolo richiesto dalla fattispecie; come ampiamente spiegato dalla camera di secondo grado del TPIJ : «[...] *Krstić was aware of the intent to commit genocide on the part of some members of the VRS Main Staff[...]This knowledge on his part alone cannot support an inference of genocidal intent. Genocide is one of the worst crimes*

⁶⁷ *ivi.*, par. 105-106.

⁶⁸ ICTY: Camera d'Appello, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, IT-95-10, sentenza del 5 luglio 2001, par. 46.

⁶⁹ *ivi.*, par. 52,

⁷⁰ ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, *cit.*, par. 571.

known to humankind, and its gravity is reflected in the stringent requirement of specific intent[...]»⁷¹.

In conseguenza a queste valutazioni, al termine del secondo grado di giudizio, Krstic sarà condannato per "*complicità*" e non come responsabile diretto, vedendo la sua pena diminuita.

Nel successivo caso *Popovic et al.* la camera di primo grado ha ricostruito in questo modo l'intento specifico: «*The Chamber finds beyond reasonable doubt that the devastating impact on the community would have been evident to, and intended by, members of the Bosnian Serb Forces, including members of the VRS Main Staff and the Security Branch*»⁷², l'inciso "*intended by*" sottolinea il bisogno di un'intenzione qualificata, dell'intenzione di distruggere il gruppo che in questo caso, per alcuni degli imputati, è presente: sarà infatti riconosciuta dai giudici in capo a *Popovic* per aver commesso (tramite JCE), pianificato e ordinato il genocidio di Srebrenica con l'intento di distruggere il gruppo protetto⁷³; considerazioni uguali verranno fatte per *Beara*⁷⁴ mentre un altro imputato del processo, Drago Nikolic, verrà ritenuto colpevole solo di complicità in quanto manchevole dell'intento specifico posseduto dai suoi superiori, appunto, *Popovic* e *Beara*⁷⁵. Per i restanti due imputati accusati di genocidio, *Borovcanin* e *Pandurevic*, la camera di primo grado non ravviserà l'intento specifico ritenendoli non colpevoli del crimine⁷⁶. Tutte le statuizioni sono state mantenute in appello.

Come si è potuto notare, i giudici di primo grado del TPIJ nella sentenza emessa nel caso *Popovic et al.* hanno adottato un approccio volto a scongiurare ogni ambiguità che potesse sussistere tra la conoscenza dell'evento distruttivo di Srebrenica e l'intenzione di cagionare il menzionato evento - ambiguità che si erano palesate prepotentemente nella sentenza di primo grado nei confronti di Radislav Krstic tanto da rendere necessario un intervento riformatore della camera d'appello.

⁷¹ ICTY: Camera d'Appello, Prosecutor v. Radislav Krstic, IT-98-33, sentenza del 19 aprile 2004, par. 134.

⁷² ICTY, Prosecutor v. Popovic et al., cit., par. 866.

⁷³ *ivi.*, par. 1181.

⁷⁴ *ivi.*, par. 1319.

⁷⁵ *ivi.*, par. 1414 - 1415.

⁷⁶ *ivi.*, par. 1589; *ivi.*, par. 2090.

Per quanto riguarda la sentenza di primo grado emessa nei confronti di Zdravko Tolimir anche in questo caso la costruzione dell'intento specifico segue direttrici "classiche" ed essenzialmente "*purpose-based*" affermandosi che oltre all'intento di mettere in atto la condotta tipica oggettiva è necessario anche quello di distruggere, in tutto o in parte, il gruppo protetto⁷⁷.

Infine, nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Radovan Karadzic, verranno compiute le stesse valutazioni fatte ne caso *Tolimir*, si può leggere nella pronuncia emessa dal TPIJ il 24 marzo 2016 contro l'ex presidente della Repubblica Srpska: « *Genocide requires not only proof of intent to commit the alleged acts of genocide, but also proof of the specific intent to destroy the protected group, in whole or in part.* »⁷⁸. Inoltre è opportuno ricordare che la condanna per genocidio emessa ai danni di *Karadzic* riguarda solo la "*quarta joint criminal enterprise*" che include i crimini commessi (tra cui il genocidio) durante e subito dopo la "presa" di Srebrenica in quanto i giudici hanno trovato sussistente un dolo specifico in capo all'imputato⁷⁹. Per quanto riguarda invece la "*prima joint criminal enterprise*", che include anche un capo d'accusa per aver commesso il genocidio in sette municipalità della Bosnia-Erzegovina, la responsabilità di *Karadzic* per il crimine è stata esclusa proprio per il fatto che i giudici non sono riusciti a dimostrare, oltre ogni ragionevole dubbio, l'intenzione di distruggere i gruppi protetti lì stanziati⁸⁰.

8. Segue: b) La distruzione del gruppo protetto in tutto o in parte

L'intento specifico del crimine di genocidio deve necessariamente essere orientato alla distruzione del gruppo. Nella sua giurisprudenza il TPIJ ha affrontato la questione ampiamente dibattuta in dottrina del significato da attribuire al termine "distruggere".

⁷⁷ ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, cit., par. 744.

⁷⁸ ICTY, Prosecutor v. Radovan Karadzic, cit., par. 549.

⁷⁹ *ivi*, par. 5673.

⁸⁰ *ivi*, par. 2926.

Secondo alcuni autori, l'art. 2 della Convenzione sul genocidio del 1948, richiederebbe l'intenzione di distruggere il gruppo protetto dal punto di vista fisico o biologico⁸¹; secondo altri, invece, al netto degli atti tipici, l'intenzione di distruggere il gruppo può essere orientata anche verso una distruzione non necessariamente fisica o biologica⁸².

Il TPIJ si è occupato della questione già dal processo di primo grado nei confronti di Radislav Krstic, facendo leva sul principio del *nullum crimen sine lege* ha accolto la tesi più restrittiva, affermando che l'intento specifico debba essere orientato necessariamente alla distruzione fisica o biologica del gruppo, le parole del collegio giudicante presenti nella sentenza non lasciano spazio a dubbi: «[...] *despite recent developments, customary international law limits the definition of genocide to those acts seeking the physical or biological destruction of all or part of the group*»⁸³; sebbene si accolga la possibilità per cui atti volti alla distruzione cd. sociale del gruppo, quali attacchi a simboli religiosi o culturali, possano essere usati come prove per dimostrare la sussistenza dell'intento specifico come affermato dai giudici nella stessa sentenza di primo grado: «*physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attacks which may legitimately be considered as evidence of an intent to physically destroy the group*»⁸⁴.

Nel processo d'appello contro il generale Krstic si è arrivati alle stesse conclusioni viste nella sentenza di primo grado, anche in questo caso la parola "distruzione" è stata interpretata come una distruzione fisica o biologica del gruppo protetto in tutto o in parte; i giudici si sono espressi in queste parole: «*The Genocide Convention, and customary international law in general, prohibit only the physical or biological destruction of a human group*»⁸⁵

Tuttavia nel giudizio di secondo grado è allegata una "*opinione divergente*" del giudice Shahabuddeen che presente dei profili di spiccato interesse: il giudice affronta

⁸¹ W.A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., p.271; F. JESSBERGER, *The Definition and the Elements of the Crime of Genocide*, cit., p.107-108; C. KRESS, *The Crime of Genocide under International Law*, in *International Criminal Law Review*, 2006, p. 461 ss., p. 486-489.

⁸² G.WERLE, F. JESSBERGER, *op. cit.*, p. 318-319; K.AMBOS, *op. cit.*, vol.2 , p.40.

⁸³ ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstic*, cit., par. 580.

⁸⁴ *ibidem*.

⁸⁵ ICTY: Camera d'Appello, *Prosecutor v. Radislav Krstic*, cit., par. 25.

l'argomento prendendo in considerazione uno dei problemi principali che si lega allo studio del crimine di genocidio, ci si riferisce alla spesso sfocata differenza tra "*actus reus*", che si circoscrive in una serie di atti che portano alla distruzione fisica o biologica del gruppo e "*mens rea*" a cui l'intento di distruggere si riferisce; il giudice quindi afferma che, ferma la finalità degli atti tipici, non c'è alcuna ragione perché il suddetto "*intento*" debba essere unicamente orientato alla distruzione fisica e biologica del gruppo ma che possa anche essere mirato verso una distruzione non fisica o non biologica.⁸⁶

La camera di primo grado giudicante "*Blagojevic and Jokic*" è arrivata a conclusioni che si distanziano da quelle prese in "*Krstic*", interpretando in modo più ampio il significato del termine; i giudici hanno infatti affermato che bisogna compiere una differenziazione tra l'elemento oggettivo, che richiede una distruzione fisica e biologica del gruppo, e quello soggettivo che non deve per forza comporsi di una intenzione di distruggere il gruppo "materialmente"; secondo il collegio giudicante, quindi, l'intenzione di dissolvere il gruppo, di farlo scomparire come entità generalmente considerata non necessariamente dal punto di vista fisico e biologico può essere valutata rispondente alle previsioni dell'art. 2 e quindi portare ad una condanna per genocidio⁸⁷.

Le valutazioni fatte dai giudici nella sentenza di primo grado ai danni di *Blagojevic e Jokic* rimarranno isolate, infatti già dalla seguente sentenza di primo grado emessa nei confronti di "*Popovic et al*" le determinazioni sull'argomento saranno parallele a quelle apparse in "*Krstic*" riaffermandosi la questione che l'intento deve essere quello di distruggere fisicamente o biologicamente il gruppo o una parte di questo⁸⁸.

Con parole molto simili si esprimeranno i giudici di primo grado nei confronti di *Tolimir*, sostenendo che secondo il diritto consuetudinario internazionale l'intento specifico è quello di distruggere "materialmente" il gruppo, come si può leggere nella

⁸⁶ Partial dissenting opinion of judge Shahabuddeen, par. 51 : The intent certainly has to be to destroy, but, except for the listed act, there is no reason why the destruction must always be physical or biological.; Par.), the intent to destroy the group as a group is capable of being proved by evidence of an intent to cause the non-physical destruction of the group in whole or in part, except in particular cases in which physical destruction is required by the Statute.

⁸⁷ ICTY, Prosecutor v Blagojevic e Jokic, cit., par. 659-666.

⁸⁸ ICTY, Prosecutor v Popovic et al., cit., par. 822.

stessa pronuncia : «The Genocide Convention as well as customary international law require that the perpetrator intends to destroy the group physically or biologically»⁸⁹.

Recentemente anche il collegio giudicante in primo grado Radovan Karadzic ha pedissequamente seguito le valutazioni compiute prima in *Krstic* e poi dai magistrati degli ultimi due casi esaminati, anche nel caso dell'ex presidente della Repubblica Srpska l'intento di distruggere il gruppo è ancora una volontà di distruggerlo fisicamente o biologicamente⁹⁰; i giudici, inoltre, aggiungono una considerazione in merito al trasferimento forzato dei membri del gruppo affermando che questo da solo non è sufficiente per dimostrare l'intento specifico del genocidio, ma dovrà essere valutato cumulativamente ad altri, eventuali, condotte tipiche poste contro il gruppo protetto..

Bisogna ricordare che nelle ultime tre sentenze citate, come avvenuto nella sentenza emessa nei confronti di *Krstic*, è presente una clausola in merito al fatto che determinati attacchi a simboli culturali o religiosi appartenenti al gruppo possano assurgere a prove fruibili in una eventuale incriminazione per genocidio.

Infine, il punto fin'ora affrontato è stato preso in considerazione anche dalla sentenza di merito della CIG emessa nel 2007 in merito alla disputa tra Serbia e Bosnia-Erzegovina sull'interpretazione della Convenzione del 1948; anche in questo caso, parimenti alla determinazioni offerte dalla maggioranza della giurisprudenza affrontata, l'intento di distruggere il gruppo deve essere preso in considerazione come un intento di distruggerlo fisicamente o biologicamente, di seguito le parole dei giudici: «*The Court concludes that the destruction of historical, religious and cultural heritage cannot be considered to be a genocidal act within the meaning of Article II of the Genocide Convention*»⁹¹.

Come si è detto all'inizio del paragrafo, l'art. 2 della Convenzione sul genocidio, riprodotto dall'art. 4 dello Statuto del TPIJ, richiede che le condotte ivi elencate siano poste in essere con l'intenzione di distruggere il gruppo protetto "*in whole or in part*". Sul significato di questa espressione il TPIJ ha contribuito a fare chiarezza soprattutto nelle due sentenze emesse nei confronti di *Krstic* e in specie in quella di primo grado in

⁸⁹ ICTY, Prosecutor v Tolimir, cit., para 746.

⁹⁰ Prosecutor v Karadzic, TC, para 553

⁹¹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), cit., p. 146, par. 344.

quanto sorse il problema di individuare quale parte del gruppo protetto fosse stata vittima del genocidio commesso a Srebrenica.

Nell'affrontare l'argomento i giudici della camera di primo grado hanno affermato, preliminarmente, che il gruppo protetto è costituito dai bosniaci-musulmani e che i bosniaci-musulmani di Srebrenica o i cd. bosniaci-musulmani della est Bosnia costituiscono la parte del gruppo⁹². L'altra questione incontrovertibile è rappresentata dal fatto che solo gli uomini in età militare sono stati uccisi durante il genocidio, il problema per la camera si è presentato nel momento in cui si doveva decidere se la volontà di uccidere quegli uomini potesse rispettare quanto richiesto dallo *chapeau* dell'art.4, e quindi essere "intento di distruggere il gruppo in tutto o in parte"⁹³.

Prima di arrivare ad una conclusione, tuttavia, si è reso necessario comprendere cosa significasse l'inciso "*in parte*", erano state varie le teorie che si erano succedute, soprattutto in seguito a determinate pronunce del TPIR, la più in voga era di sicuro quella della parte sostanziale (*substantial part*) del gruppo di tipo quantitativo, valutata unicamente su fattori numerici. Il collegio giudicante di primo grado in *Krstic* va oltre: riconosce che un determinato numero di appartenenti al gruppo possa essere inteso come "parte del gruppo" se stanziato in un determinato luogo e riconoscibile come entità a se stante così come avvenuto a Srebrenica. La teoria della "*parte sostanziale*" come mero criterio numerico viene così messa in discussione perchè potrebbe accadere che a fronte di un alto numero di eventi criminosi, questi potrebbero essere stati commessi nei confronti di membri del gruppo in un'area geografica molto ampia. In questo caso potrebbe aversi il coefficiente numerico richiesto ma sarebbe difficilmente dimostrabile l'intento di distruggere il gruppo in quanto tale ancorchè inteso come una parte di questo. Al contrario, l'uccisione di un numero ridotto di taluni membri del gruppo stanziati in una piccola area geografica sarà riconosciuto come genocidio nel caso in cui porti alla distruzione del gruppo protetto stanziato in quella piccola area geografica, le parole dei giudici sono cristalline sul punto: «*physical destruction may target only a part of the geographically limited part of the larger group because the*

⁹² ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstic, cit., par. 560.

⁹³ *ivi*, par 581.

perpetrators of the genocide regard the intended destruction as sufficient to annihilate the group as a distinct entity in the geographic area at issue»⁹⁴.

Infine la camera di primo grado ha compiuto determinate valutazioni in merito all'uccisione degli uomini in età militare di Srebrenica; per comprendere come è stata valutata la parte del gruppo nel caso Krstic bisogna compiere delle riflessioni sulla struttura della società bosniaco-musulmana di quel periodo; una società essenzialmente patriarcale e dove unicamente gli uomini venivano istruiti e provvedevano, loro soli, al sostentamento della famiglia .

L'intenzione di distruggere in tutto o in parte il gruppo protetto non viene desunta da parte dei giudici dalle sole uccisioni ma anche dal trasferimento forzato delle donne e dei bambini, secondo i magistrati Srebrenica aveva un'importanza strategica fondamentale per i Serbi, questi volevano quindi che il gruppo dei bosniaci-musulmani fosse spazzato via da quella regione e non provasse più a riconquistarla. Le gerarchie politiche e militari serbe erano ben consapevoli, secondo la camera di primo grado, che eliminando tre generazioni di uomini in una società patriarcale come quella e trasferendo le donne, i vecchi e i bambini avrebbero raggiunto il loro obiettivo distruggendo il gruppo nazionale dei bosniaci-musulmani di Srebrenica⁹⁵. La camera di primo grado, nel medesimo processo, ha statuito in questi termini: *«The Chamber concludes that the intent to kill all the Bosnian Muslim men of military age in Srebrenica constitutes an intent to destroy in part the Bosnian Muslim group within the meaning of Article 4 and therefore must be qualified as a genocide»⁹⁶.*

La sentenza di secondo grado ha confermato pienamente quanto statuito dai giudici di primo grado in merito alla "parte del gruppo", le considerazioni compiute dai giudici prendono le mosse da una considerazione fondamentale: la parte del gruppo colpita deve essere abbastanza qualificata da avere un impatto sul gruppo nel suo insieme (*significant enough to have an impact on the group as a whole*)⁹⁷.

⁹⁴ *ivi*, par. 590.

⁹⁵ *ivi*, par. 594-597.

⁹⁶ *ivi*, par. 598.

⁹⁷ ICTY: Camera d'Appello, Prosecutor v. Radislav Krstic, cit., par. 8. Sebbene questa statuizione verrà presa ampiamente in considerazione dalla giurisprudenza un autore si chiede quale sia l'effetto che si debba avere sul resto del gruppo vedi W. WERLE, F. JESSBERGER, *op. cit.*, p.317 mrg. 846.

La camera continua affermando che la parte del gruppo deve essere una parte sostanziale di questo. E' pacifico che la parola "sostanziale" può essere valutata sotto più punti di vista, il coefficiente numerico della parte colpita è di sicuro un buon punto di partenza, ma anche quello della parte significativa può essere preso in considerazione⁹⁸; tuttavia, precisano i giudici, qualsiasi criterio si scelga, la parte del gruppo deve essere sempre rapportata alla conformazione del gruppo nel suo insieme come sostenuto dal TPIJ: «*If a specific part of the group is emblematic of the overall group, or is essential to its survival, that may support a finding that the part qualifies as substantial within the meaning of Article 4*»⁹⁹.

La camera di secondo grado ha trovato nei bosniaci-musulmani di Srebrenica la parte del gruppo protetto, i motivi per cui il gruppo di Srebrenica era così importante viene spiegato abbondantemente dai giudici: l'enclave era l'ultimo ostacolo perchè si riunissero due parti di territorio in mano ai serbi, quindi da una parte i capi politici e militari della Repubblica Srpska compresero bene che senza Srebrenica non si sarebbe potuta costituire una entità Serba in Bosnia-Erzegovina, dall'altra i bosniaci-musulmani sapevano bene che senza Srebrenica la loro stessa sopravvivenza nella regione sarebbe stata irrimediabilmente preclusa; a sostegno di ciò va ricordato che Srebrenica era un importante centro per tutti i rifugiati musulmani della regione, le forze serbe erano consapevoli di questo e sapevano che epurando etnicamente l'enclave avrebbero eliminato quasi totalmente la presenza bosniaca-musulmana nella Bosnia dell'est¹⁰⁰. Inoltre, a Potocari era presente un compound dell'Onu, nella sentenza d'appello resa nei confronti di Radislav Krstic, i giudici affermano che la presa di Srebrenica avrebbe avuto anche risvolti "propagandistici" in quanto a tutti i bosniaci-musulmani sarebbe parsa chiara la potenza della macchina da guerra serba¹⁰¹.

Inoltre si riconosce che dal punto di vista della VRS i bosniaci-musulmani di Srebrenica rappresentavano l'unica parte del gruppo con cui i Serbi potevano rapportarsi, in quanto era l'unica parte del gruppo sotto il loro controllo come sostenuto propriamente dalla camera d'appello: «*From the perspective of the Bosnian Serb forces alleged to have had*

⁹⁸ il criterio della parte significativa si riferisce ai ruoli o particolari mansioni ricoperte dalla parte colpita, un esempio di parte significativa si riferisce alle elite culturali o ai leaders politici.

⁹⁹ ICTY: Camera d'Appello, Prosecutor v. Radislav Krstic, cit., par. 12.

¹⁰⁰ *ivi*, par. 15.

¹⁰¹ *ivi*, par. 16.

genocidal intent in this case, the Muslims of Srebrenica were the only part of the Bosnian Muslim group within their area of control»¹⁰².

Nella sentenza d'appello resa nei confronti di Radislav Krstic, inoltre, si cita il criterio della "parte significativa" (*significant part*) del gruppo, questo è stato elaborato dal TPIJ e proposto nella sentenza emessa nei confronti di "Jelusic"¹⁰³. Secondo questo criterio la distruzione di determinati segmenti del gruppo porterebbe all'eliminazione dello stesso; alcuni commentatori individuerebbero questi soggetti nelle "colonne portanti" del gruppo protetto ovvero i leaders politici, spirituali, culturali o comunque in soggetti che rivestono una certa importanza all'interno del gruppo protetto¹⁰⁴.

Tuttavia nella pronuncia non sarà dimostrato che l'uccisione di quei determinati soggetti al capo di Luka e Brcko fosse stata compiuta per ragioni riguardanti la posizione ricoperta da questi all'interno del gruppo, anzi i giudici rilevano che Jelusic ha addirittura offerto un "lascia-passare" ad una figura conosciuta ed importante nella comunità musulmana; la camera quindi concluderà che le uccisioni sono avvenute casualmente rendendo inapplicabile il criterio¹⁰⁵. Ovviamente, la valutazione della "parte significativa" va compiuta alla luce di ciò che accadrebbe al resto del gruppo nel momento in cui la sua leadership sarebbe sterminata¹⁰⁶.

Infine, è utile ricordare che anche la CIG ha affrontato la questione nella storica sentenza di merito che contrapponeva Bosnia e Serbia, emessa nel 2007; nella pronuncia i giudici della corte hanno ripreso da vicino le statuizioni apparse nella sentenza d'appello in Krstic, affermando che la parte del gruppo colpita deve essere "significant enough to have an impact on the group as a whole"¹⁰⁷ e in merito al criterio qualitativo che questo "cannot stand alone"¹⁰⁸ suggerendo, indirettamente, che l'applicazione combinata di più criteri può essere la chiave per la ricognizione della "parte" del gruppo protetto.

¹⁰² *ivi*, par. 17.

¹⁰³ ICTY: Prosecutor v. Jelusic, cit., par. 82.

¹⁰⁴ W.A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., p.282 .

¹⁰⁵ ICTY: Prosecutor v. Jelusic, cit., par. 106-107.

¹⁰⁶ final report of the commission of experts established pursuant to security council resolution 780 (1992) par. 94.

¹⁰⁷ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), cit., p.87, par. 198.

¹⁰⁸ *ivi*, p.88, par. 200.

9. Segue: c) La "politica volta alla commissione del genocidio" come elemento imprescindibile del crimine

Una questione di grande importanza che il Tribunale per la ex-Jugoslavia ha dovuto affrontare già nel primo caso relativo al genocidio di Srebrenica è quella della necessità che l'azione del singolo accusato di genocidio si inserisca nell'ambito di una prassi di azioni analoghe dirette alla distruzione del gruppo protetto. Al contrario dei crimini contro l'umanità per il genocidio non è richiesta né dalla Convenzione delle Nazioni Unite né dagli Statuti che riproducono la definizione della prima, l'esistenza di una prassi estesa o sistematica di atrocità; questa, quindi, non è un elemento costitutivo del crimine di genocidio.

Le problematiche su questo punto sorgono alla luce degli "Elementi dei crimini", adottati quattro anni dopo l'adozione dello Statuto della Cpi e preposti con il fine di aiutare la Corte nell'interpretazione dei crimini di cui all'art. 5 St. Cpi; questi richiedono che ciascuna delle condotte tipiche del genocidio (uccisione dei membri del gruppo, gravi lesioni fisiche o psichiche, ecc..) abbia luogo o "*in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group*" ovvero sia una condotta "*that could itself effect such destruction*".

La prima sentenza emessa dal TPIJ sul genocidio, quella nei confronti di Radislav Krstic, offre delle determinazioni molto simili a quelle previste negli "elementi dei crimini", che saranno adottati solo un anno dopo; infatti i giudici affermano nella pronuncia, comparando il genocidio con i crimini contro l'umanità, che il requisito necessario del "*widespread or systematic attack against a civilian population*" appartenente alla formulazione dei crimini contro l'umanità sia anche ricompreso nell'intenzione di distruggere il gruppo protetto contenuta nella definizione di genocidio, riprendendo, infine, le formule degli "EdC": «*acts of genocide must be committed in the context of a manifest pattern of similar conduct, or themselves constitute a conduct that could in itself effect the destruction of the group, in whole or part, as such. Thus, Article 5's exclusion of random or isolated acts also characterises genocide*»¹⁰⁹.

Sebbene si possa affermare l'esistenza della componente collettiva del genocidio con argomenti storici e, come sottolinea A. Cassese nel commentario della Convenzione a

¹⁰⁹ ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstic, cit., par. 682.

cura di Paola Gaeta, "fenomenologici"; si può essere certamente d'accordo sul fatto che una prassi sistematica contro il gruppo protetto non sia un elemento essenziale del crimine oggetto della trattazione.

Lo stesso collegio giudicante in secondo grado, nel caso *Krstic* sconfesserà quanto sostenuto dai giudici in primo grado; infatti nella sentenza d'appello si affermerà che la definizione del crimine, così come si è consolidata nel diritto consuetudinario, non richiede che l'azione del singolo si inserisca nell'ambito di un attacco esteso o sistematico contro il gruppo protetto, il TPIJ con queste parole ha chiarito la questione: «*Elements of Crimes did not reflect customary law as it existed at the time Krstić committed his crimes, it cannot be used to support the Trial Chamber's conclusion*»¹¹⁰. La questione delle politiche volte alla commissione del genocidio e della nuova prospettiva portata dagli "EdC" non ha interessato soltanto le sentenze emesse nei confronti di *Krstic*; anche nella sentenza emessa nei confronti di "*Popovic et al.*" l'argomento è stato esaminato dai giudici di primo grado.

I collegio si è trovato ad affrontare l'opposizione di uno degli imputati che si basava su un contributo di un autore¹¹¹, il quale sosteneva la necessaria presenza di un piano o di una politica perchè si potesse emettere una condanna per genocidio, teoria questa, che si faceva forte degli "EdC" in quanto il "*context of a manifest pattern of similar conduct*" può implicitamente sottendere una politica statale¹¹².

Tuttavia la camera di primo grado ha fermamente rigettato le pretese di *Nikolic* statuendo, in linea con quanto visto nella sentenza d'appello emessa nel caso *Krstic* che una prassi estesa o sistematica contro il gruppo non è un elemento del crimine di genocidio così come si è consolidato nel diritto consuetudinario, parlando poi in questi termini della politica statale: «*a plan or policy is not a legal ingredient of the crime of genocide*»¹¹³.

¹¹⁰ ICTY: Camera d'Appello, Prosecutor v. Radislav Krstic, cit., par. 224.

¹¹¹ W.A. SCHABAS, *State Policy as an Element of International Crimes*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2008, p. 953 ss., pp. 963-970.

¹¹² ICTY, Prosecutor v. Popovic et al., cit., par. 826-827.

¹¹³ *ivi.*, par. 829-830.

10. La nozione di gruppo protetto

I gruppi protetti dalla convenzione, come si può evincere dallo *chapeau* dell'art. 4, sono quattro: Il gruppo nazionale, quello razziale, quello etnico e infine quello religioso.

La questione dei gruppi protetti è stata (ed è) fertilissimo terreno dove le accuse all'eccessiva rigidità della Convenzione sul punto non sono tardate a fiorire.

Il gruppo protetto diventa il centro della Convenzione, perché è proprio la sua esistenza che lo strumento si propone di difendere; la giurisprudenza del TPIJ ha affrontato ampiamente la questione dei gruppi protetti e lo ha fatto sotto numerosi punti di vista.

Già dalla sentenza di primo grado nel caso *Krstic*, i giudici si sono trovati a compiere importanti valutazioni in merito alla natura dei gruppi protetti della Convenzione; per prima cosa si afferma, a giusto merito, che il destinatario della protezione accordata dalla Convenzione e dallo Statuto non è il singolo individuo facente parte del gruppo bensì il gruppo nel suo insieme¹¹⁴.

Inoltre, i giudici di primo grado hanno dovuto fare i conti con una pronuncia di poco antecedente emessa dal TPIR; si tratta della sentenza di primo grado nel caso *Akayesu*, nella quale i giudici del tribunale per il Ruanda hanno affermato che il crimine di genocidio possa essere commesso nei confronti di qualsiasi gruppo umano a patto che sia stabile e permanente¹¹⁵.

Le valutazioni compiute nella sentenza *Akayesu* hanno senso, è corretto dire che la scelta fatta in sede di redazione della Convenzione e degli Statuti dei Tribunali *ad hoc* di non inserire determinati gruppi come quello politico o quello culturale è dovuta al desiderio di proteggere un tipo di associazione che potesse essere il più stabile possibile, da qui l'esigenza di escludere determinati gruppi che per propria caratteristica non permettono una ricognizione duratura dei propri membri stante la facilità che hanno i

¹¹⁴ ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstic, cit., par. 551.

¹¹⁵ le considerazioni apparse in *Akayesu* sono state criticate da gran parte della dottrina, vedi W. A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, p.151-153; G. WERLE, F. JESSBERGER, *op.cit.*, p.296 mrg. 793; F. MARTIN, *The Notion of 'Protected Group' in the Genocide Convention and its Application*, in P.GAETA (a cura di), cit., p. 112 ss., p.118-120.

membri stessi di uscire ed entrare nel gruppo e quindi di farne parte o meno¹¹⁶. Tuttavia esiste una parte della dottrina che va contro queste determinazioni, soprattutto per quanto riguarda l'annovero, tra i gruppi protetti, del gruppo "politico"¹¹⁷.

Le statuizioni dei giudici nella sentenza di primo grado nei confronti di Radislav Krstic da una parte respingono le argomentazioni compiute dal TPIR e dall'altra affermano che la lista dei gruppi protetti è esaustiva. I gruppi protetti dalla norma sul genocidio sono unicamente i quattro enumerati dalla Convenzione, esprimendosi con la seguente formula la camera di primo grado del TPIJ: «*However, the Genocide Convention does not protect all types of human groups. Its application is confined to national, ethnical, racial or religious groups*»¹¹⁸.

Un'altra questione di primaria importanza riguarda l'individuazione del gruppo protetto; sono stati vari i criteri utilizzati Il primo, che è stato rinominato "*objective approach*" (*approccio oggettivo*) si basa, come è possibile intuire, su dati essenzialmente obiettivi e suscettibili di univoca valutazione, senza che alcuna percezione personale possa determinarne il riconoscimento. A questo criterio se ne aggiungeva un altro che si basava, essenzialmente, sulle percezioni soggettive di coloro i quali stavano commettendo il crimine ed era detto "*subjective approach*" (*approccio soggettivo*).

il TPIJ, premettendo che l'individuazione del gruppo protetto deve essere fatta caso per caso, ha propeso per un approccio misto, oggettivistico-soggettivistico. Nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Radoslav Brdanin, vice presidente della regione indipendente della Krajina serba, l'orientamento del Tribunale si può evincere chiaramente dalle statuizioni del collegio giudicante: «*The correct determination of the relevant protected group has to be made on a case-by-case basis, consulting both objective and subjective criteria. This is so because subjective criteria alone may not be*

¹¹⁶ G. WERLE, F. JESSBERGER, *op. cit.*, p.295 mrg. 789; A. CASSESE, *op. cit.*, p.119 per una spiegazione alternativa sull'opportunità di escludere i gruppi politici vedi W.A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, p.132.

¹¹⁷ L. BRUUN, *Beyond the 1948 Convention - Emerging Principles of Genocide in Customary International Law*, in 17 Maryland Journal of International Law, 1993, p.193 ss., p. 206-207, in cui si segnala tra le debolezze della Convenzione del 1948 l'esclusione dei gruppi politici; V. SCHAACK, *The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot*, in Yale Law Journal, 1996, p.2259 ss., p. 2290.

¹¹⁸ ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstic, cit., par. 554.

sufficient to determine the group targeted for destruction and protected by the Genocide Convention»¹¹⁹.

Successivamente, anche la camera di primo grado giudicante nel caso "Tolimir" è arrivata a conclusioni molto simili in merito alla ricognizione del gruppo protetto, la combinazione dei due criteri, dal punto di vista del TPIJ, sembra la soluzione più adatta per l'individuazione del gruppo, come si può leggere nella stessa sentenza: «[...] *the jurisprudence of the Tribunal states that the determination of the group is to be made on a case-by-case basis, using both objective and subjective criteria. The group must have a particular, distinct identity and be defined by its common characteristics rather than a lack thereof. It is not sufficient to define a relevant protected group using negative criteria»¹²⁰.*

L'ultima parte della pronuncia dei giudici citata sopra aiuta ad introdurre un terzo criterio che si propone di riconoscere il gruppo protetto da ciò che non è, tramite un'analisi, appunto, "negativa". La genesi di questa dottrina si incontra nel report finale della "Commission of Experts" istituita dal consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite con la risoluzione 780 emessa a seguito delle continue violazioni del diritto internazionale umanitario nella ex-Jugoslavia; si trova opportuno riportare le medesime parole della Commissione in merito ad una interpretazione "negativa" dell'esistenza del gruppo protetto in quanto decisamente chiare per la comprensione del concetto: «"The case being, for example, that there is evidence that group A wants to destroy in whole or in part groups B, C and D, or rather everyone who does not belong to the national, ethnic, racial or religious group A. In a sense, group A has defined a pluralistic non-A group using national, ethnic, racial and religious criteria for the definition»¹²¹.

Queste valutazioni, comunque, rimarranno un caso isolato in giurisprudenza; il criterio applicato nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Jelusic verrà fermamente rigettato non solo, come si è visto, dal collegio giudicante di primo grado nel caso "Tolimir", ma anche dalle camere di primo e secondo grado nel procedimento contro *Milimir Stakic* nel quale i giudici di primo grado affermeranno che "*the Trial Chamber does not agree with the "negative approach" taken by the Trial Chamber in Jelusic*"¹²².

¹¹⁹ ICTY, Prosecutor v. Radoslav Brdanin, cit., par. 684

¹²⁰ ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, cit., par. 735

¹²¹ Final report of the commission of experts established pursuant to security council resolution 780 (1992).

¹²² ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakic, cit., par.512.

Nel giudizio d'appello contro lo stesso *Stakic* la camera di secondo grado offrirà ulteriori specificazioni: dopo aver descritto la posizione presa dai giudici nella sentenza di primo grado emessa nel caso *Jelusic* i magistrati si sono concentrati sull'inciso "as such" che compare nella definizione del crimine di genocidio come offerta dall'art. 4 dello Statuto del TPIJ. L'intento specifico del genocidio è intento di distruggere il gruppo in tutto o in parte in quanto tale, secondo la camera di secondo grado applicandosi il criterio negativo l'entità protetta non sarebbe più stata il gruppo in quanto tale bensì degli individui mancanti di una certa caratteristica (nazionale, etnica, razziale o religiosa, ad es. i "non serbi"). Le parole usate dal TPIJ nella sentenza di secondo grado nel caso *Stakic* sono illuminanti sull'argomento: «*The term "as such" has great significance, for it shows that the offence requires intent to destroy a collection of people who have a particular group identity. Yet when a person targets individuals because they lack a particular national, ethnical, racial, or religious characteristic, the intent is not to destroy particular groups with particular identities as such, but simply to destroy individuals because they lack certain national, ethnical, racial or religious characteristics.*»¹²³

Il contributo offerto dal TPIJ per la ricognizione del gruppo appare chiaro; un approccio misto è la strada da seguire per individuare il gruppo protetto dalla norma. Per quanto riguarda il criterio negativo questo è ampiamente sorpassato ed è stato respinto da gran parte della giurisprudenza, anche da quella della CIG che nella sentenza di merito nel caso *Bosnia v. Serbia* del 2007 ha statuito in modo molto simile al Tribunale per la ex-Jugoslavia sulla questione, salvando un tipo di approccio positivo e respingendo fermamente il criterio negativo con le seguenti affermazioni: «*The Court recalls first that the essence of the intent is to destroy the protected group, in whole or in part, as such. It is a group which must have particular positive characteristics — national, ethnical, racial or religious — and not the lack of them*»¹²⁴.

Infine, vale la pena compiere qualche considerazione sul gruppo protetto nel caso del genocidio di Srebrenica.

¹²³ ICTY: Camera d'Appello: Prosecutor v. Milomir Stakic, IT-97-24, sentenza del 22 marzo 2006, par. 19-20.

¹²⁴ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), cit., p.86, par. 194.

Il TPIJ ha affrontato la questione per la prima volta nel processo di primo grado emesso nei confronti di Radislav Krstic; i giudici hanno definito i "bosniaci musulmani" come gruppo nazionale sulla scorta della Costituzione Jugoslava del 1963 che li definiva come una "nazione", inoltre i leader politici e militari serbo-bosniaci operanti a Srebrenica erano ben consapevoli dell'esistenza di un gruppo nazionale stanziato in Bosnia-Erzegovina come affermato propriamente dal TPIJ nella sentenza di primo grado nel caso *Krstic*: «[...]The evidence tendered at trial also shows very clearly that the highest Bosnian Serb political authorities and the Bosnian Serb forces operating in Srebrenica viewed the Bosnian Muslims as a specific national group[...]»¹²⁵.

Da queste evidenze si può affermare che il gruppo protetto attaccato a Srebrenica fosse quello dei bosniaci-musulmani come definitivamente rilevato dalla camera di secondo grado nel processo d'appello ai danni del generale Radislav Krstic: «The Trial Chamber determined that the Bosnian Muslims were a specific, distinct national group, and therefore covered by Article 4. This conclusion is not challenged in this appeal»¹²⁶.

11. La cospirazione per commettere un genocidio

Lo Statuto del TPIJ, all'art. 4 par. 3, attribuisce al Tribunale la competenza a processare e punire non solo i responsabili di genocidio ma anche coloro che abbiano preso parte ad una cospirazione per commettere genocidio (lett. b), incitato direttamente e pubblicamente alla commissione del genocidio (lett. c), tentato di commettere un genocidio (lett. d) o siano complici di altri o un altro soggetto per la commissione del genocidio (lett. e).

Queste sono le fattispecie connesse al genocidio, presenti nella Convenzione del 1948 all'art. 3 e fedelmente riportate negli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*.

La prima delle fattispecie connesse è la cospirazione, il TPIJ ha affrontato l'assunto soprattutto nel caso "*Popovic et. al*" nel quale i giudici hanno perfettamente individuato gli elementi costitutivi della fattispecie.

Primariamente è opportuno ricordare che perché si abbia una cospirazione c'è bisogno di un accordo, quindi si può sicuramente affermare che l'*actus reus* è costituito da

¹²⁵ ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstic, cit., par. 559.

¹²⁶ ICTY: Camera d'Appello, Prosecutor v. Radislav Krstic, cit., par. 6.

un'intesa tra due o più persone finalizzata alla commissione del genocidio; l'elemento soggettivo, invece, è il medesimo del crimine di genocidio, ovvero l'intenzione di distruggere in tutto o in parte il gruppo protetto in quanto tale¹²⁷.

Proprio per quanto riguarda l'accordo, non c'è bisogno che questo sia scritto, seppur tacito basta ci sia un intendimento tra i cospiratori; il patto tra i soggetti può essere desunto anche in via inferenziale tramite un esame delle circostanze in cui le azioni o gli attacchi dei cospiratori vengono posti in atto, si avrà tuttavia cospirazione solo nel caso in cui si riesca a dimostrare un modo coordinato di agire, escludendosi le condotte casuali o quelle per le quali non era previsto un accordo, come affermato dalla camera di primo grado nel caso *Popovic et. al.* :«*In particular, an agreement can be inferred from the concerted or coordinated actions of a group of individuals. However, the evidence must establish beyond reasonable doubt a concerted agreement to act, and not merely similar conduct or of a negotiation in progress*»¹²⁸.

Un'altra questione sulla quale si sono concentrati i giudici di primo grado nel caso *Popovic et al.* riguarda la natura della cospirazione ovvero la sua classificazione come crimine continuato; la camera di primo grado ha risolto la questione in senso positivo affermando che in antitesi con un'altra delle "fattispecie connesse" (l'incitamento diretto e pubblico che non viene visto come un reato continuato)¹²⁹ il crimine di cospirare il genocidio si commette dall'accordo fino alla relativa commissione "sostanziale del genocidio", e punibili sono anche i nuovi cospiratori che si uniscono all'accordo dopo che questo sia stato concluso, come sostenuto dal TPIJ nella stessa sentenza di primo grado nel caso *Popovic et al.* :«*[...] Individuals are capable of joining a conspiracy even after the initial agreement, and may be held liable for such conspiracy as though they were an original conspirator. The addition of new conspirators does not alter the status of the original conspirators, nor create a new conspiracy*»¹³⁰.

Le statuizioni poc'anzi esposte si riferiscono, tuttavia, ad un tipo di interpretazione del reato di "cospirazione" di stampo tipicamente "common law", invero nel caso della fattispecie connessa trattata in questo paragrafo il modello giuridico a cui ha fatto riferimento il tribunale è di stampo prettamente anglosassone; da qui discendono due

¹²⁷ ICTY, Prosecutor v. Popovic et al., par. 868.

¹²⁸ *ivi*, par. 869.

¹²⁹ ICTY: Prosecutor v. Popovic, cit., par. 871.

¹³⁰ *ivi*, par. 872.

considerazioni di spiccato interesse: la prima riguarda proprio la ricognizione della cospirazione come reato continuato, che viene valutato in questo modo in quanto i giudici si ispirano alla costruzione del reato secondo i sistemi di "common law" come sostenuto dallo stesso collegio giudicante di primo grado nel caso *Popovic et al* :« *The Trial Chamber notes that the concept of criminal conspiracy incorporated into the Genocide Convention derived from the common law approach[...]*Consequently, there is good reason to follow the common law interpretation of the crime of conspiracy»¹³¹.

La seconda considerazione riguarda la questione per cui solo con un approccio di tipo anglosassone si può riconoscere la cospirazione come una "inchoate offense" ovvero come un crimine "preliminare" già sanzionabile senza che il crimine "principale" (in questo caso il genocidio) si realizzi. Anche questo punto di vista viene condiviso dalla camera di primo grado nel caso *Popovic et al.*:«*Inchoate crimes developed with the principal object of frustrating the commission of a contemplated crime. This justifies punishing a conspirator for his agreement before the commission of the crime; it does not follow that the crime of conspiracy comes to an end at that point*»¹³².

Il collegio giudicante di primo grado nella sentenza *Popovic et al.* ha stabilito la colpevolezza di due dei cinque imputati per cospirazione volta alla commissione di genocidio¹³³; tuttavia nonostante i giudici di primo grado abbiano affermato con parole decise la valenza preventiva che custodisce la norma della cospirazione, e quindi la sua caratterizzazione come "inchoate offense", gli stessi sostengono che una condanna per genocidio avrebbe reso ridondante quella per *cospirazione* e applicando il principio della decisione più favorevole al reo i giudici di primo grado nel caso *Popovic et al.* hanno escluso una condanna per cospirazione esprimendosi con le seguenti parole «*The Trial Chamber considers that the full criminality of the Accused is accounted for by a conviction for genocide and finds that a further conviction for the inchoate crime of conspiracy would be duplicative and unfair to the accused*»¹³⁴.

¹³¹ *ivi*, par. 873.

¹³² *ivi*, par. 874.

¹³³ *Popovic e Beara* sono stati trovati colpevoli di cospirazione; *Nikolic, Borovcanin e Pandurevic*, per la non sussistenza della mens rea sono stati assolti dalle accuse riguardanti la cospirazione; ICTY, *Prosecutor v. Popovic et al.*, cit., par. 1184, par. 1322, par. 1416, par. 1591, par. 2092.

¹³⁴ *ivi*, par. 2126 - 2127.

Questa visione sarà però capovolta dalla camera d'appello nello stesso caso *Popovic et al.* Come sostenuto dall'accusa, perchè si possa avere una condanna multipla per cospirazione nella commissione di un genocidio e per genocidio è necessario che i due crimini abbiano degli elementi costitutivi diversi, almeno per quanto riguarda le condotte "materiali"¹³⁵.

I giudici della camera di secondo grado nel caso *Popovic et al.* esprimendosi con queste parole :« *As conspiracy to commit genocide and genocide are distinct crimes, it was necessary to enter convictions against Popović and Beara for conspiracy to commit genocide in order to reflect their full culpability*»¹³⁶ hanno trovato corrette le valutazioni del procuratore sottolineando che, trattandosi di due crimini diversi, la decisione di emettere una condanna per cospirazione volta alla commissione di genocidio e una per genocidio rispettasse pienamente il principio di colpevolezza.

Infine, si afferma che la *ratio* di condannare entrambi i crimini separatamente si trova non solo nella necessità di punire il genocidio in quanto tale, ma anche di punire l'aspetto "associativo" che risiede, appunto, nella cospirazione, così come statuito dalla camera di primo grado nella sentenza emessa ai danni di Zdravko Tolimir: «*The rationale for criminalising conspiracy to commit genocide involves not only preventing the commission of the substantive offence but also punishing the collaborative aspect of the crime [...]. The Majority, Judge Nyambe dissenting, is therefore of the view that it is proper to enter convictions for both genocide and conspiracy to commit genocide.*»¹³⁷.

12. L'incitamento diretto e pubblico a commettere un genocidio

Per quanto riguarda l'incitamento diretto e pubblico mancano pronunce del Tribunale per la ex-Jugoslavia sul tema, tuttavia come si vedrà nel cap. III sono invece numerose le sentenze del TPIR in materia.

¹³⁵ ICTY: Camera d'Appello, Prosecutor v. Popovic et al., IT-05-88, sentenza del 30 gennaio 2015, par. 534.

¹³⁶ *ivi*, par. 539.

¹³⁷ ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, *cit.*, par. 1207.

13. Il tentativo di commettere un genocidio

Al pari dell'incitamento diretto e pubblico mancano, sul tema del tentativo di commettere un genocidio, sentenze del TPIJ. Tuttavia diversamente dall'incitamento diretto e pubblico, sul tentativo non si ravvisano sentenze neanche del TPIR.

Un autore ha ravvisato nel motivo stesso per cui i Tribunali sono stati creati l'assenza di una previsione generale sul tentativo e la mancanza di pronunce in merito; infatti, i due Tribunali ad hoc sono stati costituiti *ex post facto* e quindi probabilmente l'idea era quella di giudicare delitti già abbondantemente consumati¹³⁸.

14. La complicità nel genocidio

Il Tribunale per la ex-Jugoslavia ha affrontato abbondantemente la questione della complicità nel genocidio.

La prima sentenza che ha statuito in merito è stata quella di primo grado resa nei confronti di Radislav Krstic, la funzione svolta dall'istituto della complicità nel genocidio nel caso *Krstic* è di qualificata importanza; Krstic, infatti, dopo essere stato condannato a 46 anni in primo grado come responsabile diretto di genocidio, oltre che per crimini contro l'umanità e crimini di guerra, ha visto la sua pena ridotta in appello in quanto la camera di secondo grado lo ha giudicato colpevole di complicità in genocidio riducendo la sua pena a 35 anni.

Prima di esaminare le valutazioni del TPIJ sulla complicità è giusto fare una premessa: all'interno degli Statuti dei Tribunali *ad hoc* c'è un grande problema di sovrapposizione delle fattispecie concorsuali.

Invero, nello Statuto del TPIJ all'art. 4(3), sono ricomprese tutte le fattispecie connesse come nella Convenzione, riportando la seguente dizione:

Article 4: Genocide

1...

2...

3 *The following acts shall be punishable:*

a) *Genocide;*

¹³⁸ W. A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, p.335.

- b) *Conspiracy to commit genocide;*
- c) *Direct and public incitement to commit genocide;*
- d) *Attempt to commit genocide;*
- e) *Complicity in genocide*

Contestualmente, tuttavia, è presente nello Statuto del TPIJ come in quello del TPIR una norma creata per sanzionare i modi di atteggiarsi della responsabilità individuale; all'art.7(1) dello Statuto del TPIJ sotto la infraintendibile rubrica "*Individual criminal responsibility*" sono presenti, al comma 1, i modi in cui i crimini presenti nello Statuto possono essere commessi:

Article 7: Individual Criminal Responsibility:

1. A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 4 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.

In effetti le condotte descritte dall'art. 4(3)(e) e l'"*Aiding e Abetting*" presente nell'art. 6(1) sono molto simili, tra loro intercorre un rapporto di specialità in quanto l'"assistenza e l'incoraggiamento" sono condotte tipiche della complicità.

La premessa sopra si reputa necessaria per comprendere i problemi che hanno dovuto affrontare i giudici nel momento in cui hanno dovuto emettere una condanna per "complicita in genocidio".

Il problema, come si ricordava ad inizio paragrafo, è stato affrontato dalla camera di primo grado durante il processo esperito nei confronti Radislav Krstic: i giudici del TPIJ hanno affermato che ci fosse un rapporto di "specialità" tra le due norme; in sostanza si è affermato che l'art. 4(3) ricomprendesse modi di atteggiarsi della responsabilità individuale non compresi nell'art. 7(1), e che l'articolo delle fattispecie connesse, quindi, fungesse da ombrello, come precisato dalla stessa camera di primo grado nel caso *Krstic*: «*By incorporating Article 4(3) in the Statute, the drafters of the Statute ensured that the Tribunal has jurisdiction over all forms of participation in genocide prohibited under customary international law*», affermando, in conclusione, la possibilità di sovrapposizione dei due articoli¹³⁹.

Nella sentenza d'appello nei confronti dello stesso Krstic la camera di secondo grado lo giudicherà non più colpevole di genocidio bensì di complicità in genocidio; le ragioni

¹³⁹ ICTY, cit., par. 640.

dei giudici si basano sul fatto che il generale Krstic, seppur non d'accordo con il piano degli alti ufficiali del VRS ha messo a disposizione i suoi uomini (il Drina Corps) per il rastrellamento e il massacro avvenuto a Srebrenica nel luglio del 1995, compiendo così un atto sostanziale di "aiuto" al genocidio consumatosi a Srebrenica¹⁴⁰.

Anche nella sentenza di secondo grado i giudici esamineranno la questione della sovrapposizione dell'art. 4(3) e dell'art. 7(1), riaffermando che alcune condotte potrebbero essere punibili da entrambi gli articoli, inoltre, al contrario della sentenza di primo grado, il collegio giudicante in appello ha affermato che in realtà la *lex specialis* è rappresentata dall'art. 4(3) come si può leggere nella stessa pronuncia: «*There is support for a position that Article 4(3) may be the more specific provision (lex specialis) in relation to Article 7(1)*».

I giudici arrivano ad un'altra conclusione che merita di essere presa in considerazione, affermando che: «*modes of participation enumerated in Article 7(1) should be read, as the Tribunal's Statute directs, into Article 4(3), and so the proper characterization of such individual's criminal liability would be that of aiding and abetting genocide*»¹⁴¹.

La considerazione appena riportata merita molta attenzione, in quanto è questo il mondo in cui i giudici della camera di secondo grado nel caso *Krstic* risolvono il conflitto tra le due norme, affermando che i modi in cui si può atteggiare la responsabilità inclusi nell'art. 7(1) possono essere applicati anche alle condotte di cui all'art. 4(3), quindi alla complicità in genocidio, affermando dunque che: «*[...] the terms "complicity" and "accomplice" may encompass conduct broader than that of aiding and abetting[...]*»¹⁴².

Gli atti posti in essere da Krstic vengono valutati dai giudici di secondo grado come classici di assistenza e favoreggiamento e non di commissione diretta, questo è il motivo per cui la sua pena viene ridotta.

Un'altra questione che affrontano i giudici riguarda la *mens rea* necessaria perchè l'assistenza e il favoreggiamento si possano dire integrati; la camera di secondo grado ha statuito che perchè si integri la condotta di genocidio tramite aiuto e favoreggiamento è necessario si conosca l'intento di colui il quale sta commettendo direttamente il genocidio e non che lo si condivida; in altre parole, secondo la camera d'appello, nel

¹⁴⁰ ICTY: Camera d'Appello, Prosecutor v. Radislav Krstic, cit., par. 137.

¹⁴¹ ibidem.

¹⁴² *ivi*, par. 139.

caso di aiuto e favoreggiamento, basta una *mens rea* "mediata", non quindi l'intenzione di distruggere il gruppo protetto in tutto o in parte, ma la sola conoscenza che il responsabile diretto abbia il suddetto intento¹⁴³.

Inoltre, il collegio giudicante in appello Radislav Krstic, ha compiuto anche valutazioni sull'elemento mentale della complicità come presente all'art. 4(3)(e) dello Statuto: i giudici affermano, infatti, che l'intenzione di distruggere il gruppo in tutto o in parte come presente nello *chapeau* dello stesso articolo 4, si applica a tutte le previsioni di questo, e quindi anche alla complicità nella commissione del genocidio presente all'art. 4, par. 3, lett. e, come si legge nella stessa sentenza d'appello emessa nei confronti di Radislav Krstic: «[...]Article 4(2)'s requirement that a perpetrator of genocide possess the requisite "intent to destroy" a protected group applies to all of the prohibited acts enumerated in Article 4(3), including complicity in genocide»¹⁴⁴.

La curiosa conclusione a cui arrivano i giudici di secondo grado nel caso *Krstic* è, quindi, la seguente: l'elemento soggettivo dell'atto di aiuto e favoreggiamento al genocidio può essere integrato semplicemente conoscendo l'intento specifico in capo a colui che sta commettendo direttamente il genocidio senza necessariamente condividere questo intento. Per integrarsi la complicità in genocidio *ex art. 4, par. 3, lett. e*, invece, è necessario che il complice possieda l'intento specifico del crimine di genocidio ovvero l'intenzione di distruggere il gruppo in tutto o in parte.

Infine, vale la pena di ricordare che quando la sentenza di secondo grado nei confronti di Krstic è stata emessa non era stato ancora processato alcun responsabile diretto del genocidio, la condotta di aiuto e favoreggiamento del generale Krstic era quindi, secondo il TPIJ, a beneficio di ignoti, come si preoccupa di sottolineare la stessa camera d'appello: «[...] A defendant may be convicted for having aided and abetted a crime which requires specific intent even where the principal perpetrators have not been tried or identified»¹⁴⁵.

La questione di una *mens rea* differente per le condotte di aiuto e favoreggiamento e per la complicità *ex art. 4, par. 3, lett. e* verrà affrontata da un'altra sentenza del TPIJ, quella di primo grado emessa nei confronti di Momčilo *Krajisnik*, dove i giudici della camera

¹⁴³ *ivi*, par. 140.

¹⁴⁴ *ivi*, par. 142.

¹⁴⁵ *ivi*, par. 143.

di primo grado hanno statuito sul tema percorrendo direttrici molto simili a quelle percorse dai giudici di secondo grado del caso *Krstic*: «*The Appeals Chamber has said that complicity, as it occurs in the Genocide Convention, may encompass conduct “broader” than aiding and abetting. For complicity that is “broader”, the Prosecution must prove that the accomplice not only knew of the principal’s specific intent to destroy the protected group in whole or in part, but also shared that intent himself or herself*»¹⁴⁶.

In merito alla costruzione ivi prospettata, vale la pena di ricordare che la dottrina si è ampiamente divisa sul tema¹⁴⁷.

¹⁴⁶ ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Krajisnik*, cit., par. 865.

¹⁴⁷ per la dottrina a favore vedi K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, Vol. I, p.130-1; Per quella contraria W. A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., p. 353.

Capitolo III

Il crimine di genocidio nello Statuto e nella giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per il Ruanda

1. Il Tribunale penale internazionale per il Ruanda

Il TPIR è stato istituito dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite con la risoluzione 955 dell'8 novembre 1994 allo scopo di processare e punire i responsabili delle gravi violazioni del diritto umanitario e del genocidio commessi in Ruanda e negli Stati confinanti nel 1994.

Lo Statuto del Tribunale, annesso alla risoluzione, fu redatto prendendo a modello quello del TPIJ. Il TPIR aveva sede ad Arusha (Tanzania) e la struttura del Tribunale presentava numerose analogie con il Tribunale per la ex-Jugoslavia; la camera d'appello e, inizialmente, il procuratore erano infatti condivisi dai due Tribunali.

Per quanto riguarda il crimine di genocidio, l'art. 2 è quello dedicato al crimine, quest'ultimo riprende pedissequamente l'art. 2 della Convenzione e l'art. 4 del TPIJ. Anche per quanto riguarda le fattispecie connesse, queste sono presenti al par. 3 dell'art. 2.

Nella giurisdizione del tribunale, oltre al genocidio, rientrano i crimini contro l'umanità e le violazioni dell'articolo 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949 e al secondo protocollo addizionale del 1977. Per quanto riguarda la competenza *ratione personae* il Tribunale ha avuto competenza a processare i crimini commessi nel territorio del Ruanda o commessi da ruandesi nei territori degli Stati vicini. A differenza del TPIJ il Tribunale per il Ruanda ha avuto una competenza *ratione temporis* ben definita, infatti la giurisdizione del Tribunale è limitata ai crimini commessi dal 1 gennaio 1994 al 31 dicembre 1994. Il TPIR aveva un primato sulle corti interne modellato allo stesso modo di quello del TPIJ.

Il TPIR è stato il primo Tribunale internazionale ad emettere una condanna per il crimine di genocidio. Il 2 settembre 1998 la camera di primo grado del Tribunale ha condannato Jean Paul Akayesu, borgomastro di Taba, per genocidio, incitamento pubblico e diretto a commettere genocidio e crimini contro l'umanità.

Il genocidio ruandese fu compiuto tra l'aprile del 1994 e il luglio dello stesso anno; sebbene in Ruanda ci fossero da decenni delle tensioni tra le due etnie predominanti nella zona ovvero gli Hutu e i Tutsi, i massacri iniziarono il 6 aprile 1994 con l'abbattimento, tramite due missili terra-aria, dell'aereo su cui viaggiava il presidente Habyarimana (di etnia Hutu) insieme al collega del Burundi Cyprien Ntaryamira; gli Hutu attribuirono la responsabilità dell'atto all'RPF (fronte patriottico ruandese composto da Tutsi in esilio) e in generale ai Tutsi, iniziava il genocidio del Ruanda che verrà considerato concluso solo con la presa di Kigali da parte dell'RPF nel giugno 1994.

Come nel caso del TPIJ, anche il TPIR ha dovuto seguire una *completion strategy* la quale imponeva la fine dei lavori entro il 2010, una scadenza che, tuttavia, il TPIR non è riuscito a rispettare, analogamente a quanto avvenuto per il Tribunale per la ex-Jugoslavia anche il TPIR ha una sua sezione del "*meccanismo*", entrata in funzione il 1 luglio 2012.

L'ultimo processo dinanzi al TPIR si è svolto il 29 settembre 2014; si tratta del processo d'appello nel caso *Karemera et al.*, coinvolgendo i leaders politici dell'MRND (*Mouvement républicain national pour la démocratie et le développement*), il partito di maggioranza ruandese ai tempi del genocidio.

Il 31 dicembre 2015 i lavori del Tribunale sono terminati e il TPIR ha chiuso i battenti. Tuttavia, al momento della chiusura del Tribunale, otto degli individui nei cui confronti era stato emesso un mandato di cattura del TPIR erano ancora latitanti. Se e quando saranno catturati, tre di loro (tra cui *Augustin Bizimana*, ministro degli interni ai tempi del genocidio) saranno giudicati dalla sezione del "*meccanismo*" relativa al TPIR mentre i restanti cinque da Tribunali statali ruandesi.

2. L'elemento oggettivo del crimine di genocidio: L'uccisione dei membri del gruppo

Come il Tribunale per la ex-Jugoslavia, anche quello per il Ruanda ha contribuito a delineare l'elemento oggettivo del crimine di genocidio nelle sue pronunce; l'art. 2 dello Statuto del Tribunale riprende tutte e cinque le condotte tipiche elencati dalla Convenzione delle Nazioni Unite all'art. 2, così come era stato redatto l'art. 4 del TPIJ.

Per quanto riguarda il primo degli atti tipici del genocidio, una delle questioni che hanno dovuto affrontare i giudici ha radici che si potrebbero definire "linguistiche" in quanto derivano da una diversa declinazione della parola "*killling*" in francese (*meurtre*). Il problema principale della parola *killling* era che questa poteva ricomprendere anche un tipo di uccisione non intenzionale, mentre non c'era questo tipo di ambiguità linguistica nella costruzione francese che recita così: "*meurtre de membres du groupe*". La questione è stata affrontata in alcune sentenze del Tribunale: nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Jean Paul Akayesu, per esempio, si tratta direttamente della questione sottolineando il dualismo intercorrente tra i termini nei due idiomi; il problema principale si trovava nel fatto che l'uso della parola "*killling*" potesse sottendere un tipo di uccisione tanto intenzionale quanto non-intenzionale.

I giudici di primo grado nel caso *Akayesu* sembrano non sottovalutare questo profilo esprimendosi apertamente sull'indeterminatezza della costruzione in inglese, come si può leggere nella sentenza: «[...] *the Chamber notes that the said paragraph states "meurtre" in the French version while the English version states "killling". The Trial Chamber is of the opinion that the term "killling" used in the English version is too general, since it could very well include both intentional and unintentional homicides, whereas the term "meurtre", used in the French version, is more precise. It is accepted that there is murder when death has been caused with the intention to do so[...]*»¹⁴⁸.

Se da una parte appare certamente ridondante un tipo di precisazione del genere in quanto è incontestabile l'applicazione della Convenzione solo in caso di uccisioni "volontarie" dall'altra non si può che affermare la maggiore chiarezza e precisione del termine "*meurtre*" rispetto al corrispettivo in inglese.

Il TPIR ha approfondito la questione della corretta terminologia da usare per l'atto di cui alla lett. a del par. 2 dell'art. 2 nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Clement Kayishema e Obed Ruzindana (entrambi ruandesi ricoprenti posizioni sociali importanti nella prefettura di Kibuye, condannati per genocidio, d'ora in poi il caso che li riguarderà verrà citato come "*Kayishema et al.*").

Nella sentenza di primo grado emessa dal TPIR nello stesso caso *Kayishema et al* l'apparente contrapposizione tra "*killling*" e "*meurtre*" viene risolta facendo riferimento allo *chapeau* dell'art.2, in altre parole all'"*intento di distruggere*": secondo le valutazioni

¹⁴⁸ ICTR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, ICTR-96-4, sentenza del 2 settembre 1998, par. 500.

dei giudici non si può prendere in considerazione un tipo di uccisione involontaria in quanto, perché si possa condannare per il crimine di genocidio, c'è bisogno di un atto intenzionale imposto dall'intento di distruggere il gruppo protetto; i giudici di primo grado hanno così affermato: «[...]Hence “killing” or “meurtre” should be considered along with the specific intent of genocide, that is, the intent to destroy in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group as such.»¹⁴⁹

Sembra pacifico, tuttavia, che nelle determinazioni di cui sopra la camera di primo grado confonda l'intento generale con quello specifico; in altre parole una cosa è prendere in considerazione l'intento tipico del genocidio ovvero la distruzione del gruppo in tutto o in parte, un'altra è invece la considerazione che si deve compiere sull'intento di ognuna delle fattispecie criminose, in questo caso, l'uccisione volontaria di almeno un membro del gruppo.

3. Segue: L'infrazione di gravi lesioni all'integrità fisica o psichica di membri del gruppo

Come si è notato nel Cap. II, , l'esame della fattispecie di cui alla lett.(b) del par. 2 art. 2 dello Statuto del Tribunale per il Ruanda va compiuto su due direttrici, una che tratta delle lesioni fisiche ed un'altra che tratta di quelle psichiche, tuttavia è corretto precisare che il TPIR ha avuto una parte di primo piano nel tratteggiare i corretti profili dell'inciso "gravi", in concerto con la sentenza di primo grado emessa dal TPIJ nei confronti di Radovan Karadzic.

I giudici del TPIR tratteranno già nella prima condanna emessa per genocidio, il caso *Akayesu*, la questione delle "*lesioni fisiche o psichiche*", nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Jean Paul Akayesu il collegio giudicante ha statuito, primariamente, che le lesioni non devono essere necessariamente permanenti e irreparabili¹⁵⁰; statuizione che sarà ampiamente ripresa, come si è visto nel capitolo II, in numerose sentenze del TPIJ¹⁵¹. Inoltre, i giudici di primo grado del TPIR elencano nella stessa sentenza *Akayesu* una serie di atti riconoscibili come lesioni fisiche o

¹⁴⁹ ICTR, Prosecutor v. Kayishema et al, ICTR-95-1, sentenza del 21 maggio 1999, par.104.

¹⁵⁰ ICTR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, cit., par. 502-504.

¹⁵¹ vedi (infra) cap. 2, par. 3.

psichiche : «*acts of torture, be they bodily or mental, inhumane or degrading treatment, persecution*»¹⁵².

Bisogna precisare che quanto stabilito in via generale dalla camera di primo grado nel caso "Akayesu" è solo uno schema esemplificativo e infatti è preceduto dalla formula «*without limiting itself thereto*»¹⁵³.

Il collegio giudicante in primo grado Alfred Musema, uomo d'affari e presidente della *Gisovu Tea Factory*, ha ripreso pedissequamente quanto statuito dai giudici nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Jean Paul Akayesu descrivendo le lesioni fisiche e psichiche - non trattando distintamente i due concetti - in atti che ha definito come :«*acts of bodily or mental torture, inhumane or degrading treatment, rape, sexual violence, and persecution*»¹⁵⁴; usando una classica clausola di "salvataggio": «*to include, but not limited to*»¹⁵⁵.

Appare corretto sottolineare che numerose sentenze, in merito alle lesioni psichiche o fisiche, si sono limitate a riportare quanto stabilito dai giudici nella sentenza di primo grado del caso *Akayesu* ciò avviene nella sentenza di primo grado emessa ai danni di George Rutaganda, vice presidente degli Interahamwe, dove le previsioni sulle lesioni fisiche o psichiche sono uguali a quelle viste nella prima sentenza per genocidio emessa dal TPIR¹⁵⁶; le statuizioni sulle "lesioni" viste in *Akayesu* saranno riportate anche nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Ingace di Bagilishema, borgomastro di Mabanza¹⁵⁷.

Con la sentenza nei confronti di Kayishema e Ruzindana i giudici della camera di primo grado hanno offerto un importante contributo per la determinazione degli elementi costitutivi della condotta di "*lesioni fisiche o psichiche*"; primariamente si afferma che qualsiasi valutazione sulle lesioni fisiche o psichiche va effettuata caso per caso¹⁵⁸. Inoltre, nella stessa sentenza *Kayishema et al* i giudici hanno preso in considerazione separatamente le due condotte, analizzando prima le lesioni fisiche e poi quelle

¹⁵² ICTR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, cit., par. 504.

¹⁵³ ibidem.

¹⁵⁴ ICTR, Prosecutor v. Alfred Musema, ICTR-96-13, sentenza del 27 gennaio 2000, par. 156.

¹⁵⁵ ibidem.

¹⁵⁶ ICTR, Prosecutor v. Georges Rutaganda, ICTR-96-3, sentenza del 6 dicembre 1999, par. 51.

¹⁵⁷ ICTR, Prosecutor v. Ignace Bagilishema, ICTR-95-1A, sentenza del 7 giugno 2001, par. 59.

¹⁵⁸ ICTR, Prosecutor v. Kayishema et al., cit., par. 108, par. 110.

psichiche: per quanto riguarda le prime la camera di primo grado nel caso *Kayishema et al.* pur concordando con quanto stabilito nella sentenza di primo grado del caso "*Akayesu*" ha ulteriormente specificato il concetto di "*lesioni fisiche*" ricomprendendo quegli atti che "*seriously injures the health, causes disfigurement or causes any serious injury to the external, internal organs or senses*"¹⁵⁹.

Per quanto riguarda invece le "*lesioni psichiche*" i giudici di primo grado nel processo a Kayishema e Ruzindana affermano che ai fini della responsabilità per genocidio è necessaria la presenza dell'intento specifico di distruggere il gruppo nel momento in cui si infligge una lesione psichica, come si può leggere nella sentenza :« *at the time of the act, the accused had the intention to inflict serious mental harm in pursuit of the specific intention to destroy a group in whole or in part[...]*The Chamber opines that "*causing serious mental harm*" should be interpreted on a case-by-case basis in light of the relevant jurisprudence.»¹⁶⁰. Inoltre, sempre in merito alla lesioni psichiche, bisogna ricordare che nella sentenza di primo grado emessa nel caso *Kayishema et al* saranno riportate delle considerazioni fatte dal procuratore in merito all'argomento ivi prospettato, si può leggere nella sentenza: «*The Prosecution relies upon the commentary Preparatory Committee's Definition of Crimes that suggests that serious mental harm should include "more than minor or temporary impairment on mental faculties*»¹⁶¹. Queste affermazioni sono molto importanti in quanto, come si vedrà a breve, una larghissima parte della giurisprudenza proveniente dal TPIR le prenderà in considerazione e le farà sue nelle proprie sentenze.

Nel giudizio di primo grado emesso nei confronti di Laurent Semanza, membro del già citato "MRND" i giudici tratteranno le lesioni fisiche e le lesioni psichiche separatamente: la camera di primo grado del TPIR affermerà che le lesioni fisiche sono : «*harm that seriously injures the health, causes disfigurement or causes any serious injury to the external, internal organs or sense*»¹⁶² mentre compierà una importante affermazione sulle lesioni psichiche statuendo che queste devono corrispondere a qualcosa di più di una menomazione temporanea e minore delle facoltà mentali in linea

¹⁵⁹ ICTR, Prosecutor v. Kayishema et al., cit., par. 109.

¹⁶⁰ *ivi*, par. 112-113.

¹⁶¹ *ivi*, par. 110.

¹⁶² ICTR, Prosecutor v. Laurent Semanza, ICTR-97-20, sentenza e condanna del 15 maggio 2003, par. 320.

con quanto affermato dal procuratore e riportato dalla camera di primo grado nella sentenza *Kayishema et al*¹⁶³.

Nella sentenza di primo grado emessa dal TPIR nei confronti di Juvenal Kajelijeli, borgomastro di Mukingo, si possono ritrovare delle considerazioni in merito alle lesioni fisiche molto vicine alla costruzione fatta di queste dalla camera di primo grado nel caso *Kayishema et al*, si legge nella sentenza in merito all'argomento: «*non-mortal acts of sexual violence, rape, mutilations and interrogations combined with beatings and/or threats of death*»¹⁶⁴. E' possibile notare un'attenzione particolare dei giudici di primo grado nell'enumerazione di condotte criminose che entrano nella sfera della violenza sessuale, pratica tristemente diffusa durante il genocidio ruandese. Per quanto riguarda le lesioni psichiche, invece, queste vengono caratterizzate dalla camera di primo grado del TPIR nella sentenza resa nei confronti di Juvenal Kajelijeli come: «*[...] more than minor or temporary impairment of mental faculties such as the infliction of strong fear or terror, intimidation or threat*»¹⁶⁵, anche in questo caso si riprendono le considerazioni fatte dal procuratore in merito alle lesioni psichiche riportate nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Kayishema e Ruzindana.

Valutazioni simili a quelle elencate sopra si scorgono nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Sylvestre Gacumbitsi, borgomastro di Rusumo; si legge nella sentenza che, secondo i giudici di primo grado del TPIR, le lesioni fisiche possono rinvenirsi nella tortura o in violenze sessuali¹⁶⁶. Per quanto riguarda le lesioni psichiche, invece, la sentenza di primo grado del caso *Gacumbitsi* riporta la seguente formulazione: «*[...] Serious mental harm can be construed as some type of impairment of mental faculties, or harm that causes serious injury to the mental state of the victim*»¹⁶⁷.

Esaminando complessivamente le sentenze emesse dal TPIR elencate poc'anzi è possibile affermare che sono due le pronunce che, in merito alle lesioni fisiche o psichiche, hanno fatto da modello per le decisioni successive: la sentenza di primo

¹⁶³ *ivi*, par. 321.

¹⁶⁴ ICTR, Prosecutor v. Juvenal Kajelijeli, ICTR-98-44A, sentenza e condanna del 1 dicembre 2003, par. 815.

¹⁶⁵ *ibidem*.

¹⁶⁶ ICTR, Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi, ICTR-01-64, sentenza del 17 giugno 2004, par. 291.

¹⁶⁷ *ibidem*.

grado emessa nel caso *Akayesu* e quella di primo grado resa dai giudici nei confronti di Clement Kayishema e Obed Ruzindana.

Si segnala che la seconda ha maggiormente influenzato le decisioni successive, e la giurisprudenza che ha seguito la pronuncia di primo grado nel caso *Kayishema et al* ne ha mutuato sovente le statuizioni per quanto riguarda le lesioni fisiche o psichiche.

Oltre le sentenze di primo grado emessa dal TPIR nel caso *Gacumbitsi*, nel caso *Semanza* e nel caso *Kajelijeli* ricordate poco sopra, statuizioni in merito alle lesioni fisiche o psichiche sostanzialmente identiche a quella apparse nella sentenza di primo grado emessa ai danni di Clement Kayishema e Obed Ruzindana si possono ritrovare nella sentenza di primo grado emessa dal TPIR nei confronti di padre Athanase Seromba, presbitero che al tempo del genocidio serviva nella chiesa di Nyange¹⁶⁸, poi ribadite in appello¹⁶⁹. Nella sentenza di primo grado resa dal TPIR nei confronti di Jean-Baptiste Gatete, ex borgomastro di Murambi e dirigente all'interno del "*Ministry of Women and Family Affairs*"¹⁷⁰ e in quella resa dal TPIR in primo grado nei confronti di Callixte Kalimanzira, *Directeur de Cabinet* al ministero degli interni ai tempi del genocidio¹⁷¹.

Tuttavia, è giusto ricordare che ci sono state anche voci fuori dal coro che hanno criticato quanto enunciato nella sentenza di primo grado del caso *Kayishema et al.* in merito alle lesioni psichiche, il contrasto si evidenzia nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Gaspard Kanyarukiga, uomo d'affari coinvolto insieme ad Athanase Seromba nella distruzione della chiesa di Nyange, dove persero la vita 2000 ruandesi di etnia Tutsi. Il punto che i giudici hanno duramente criticato riguarda il fatto che numerose sentenze che hanno seguito quella di primo grado nei confronti di Kayishema e Ruzindana si sono limitate, sul tema delle lesioni psichiche, a riprendere un punto di sentenza in cui si riportavano semplicemente le parole del procuratore; si può infatti leggere nella sentenza di primo grado emessa dal TPIR ai danni di Kanyarukiga: «[...] *in respect to "serious mental harm," several Trial Chambers have said that it refers to "more than minor or temporary impairment of mental faculties". However, there does not appear to be any jurisprudential foundation for this*

¹⁶⁸ ICTR, Prosecutor v. Athanase Seromba, ICTR-01-66, sentenza del 17 giugno 2004, par.317.

¹⁶⁹ ICTR: Camera d'Appello, Prosecutor v. Athanase Seromba, ICTR-01-66, sentenza del 7 luglio 2006, par. 46.

¹⁷⁰ ICTR, Prosecutor v. Jean Baptiste Gatete, ICTR-00-61, sentenza e condanna del 31 marzo 2011, par. 584.

¹⁷¹ ICTR, Prosecutor v. Callixte Kalimanzira, ICTR-05-88, sentenza del 22 giugno 2009, par. 159.

definition[...]»¹⁷²; i giudici di primo grado nella stessa sentenza precisano che, in realtà, la parte della sentenza di primo grado nei confronti di Kayishema e Ruzindana riguardante le lesioni psichiche non fosse altro che un riassunto degli argomenti prospettati dal procuratore¹⁷³ concludendo che l'unica statuizione compiuta dai giudici di primo grado nel caso Kayishema et al. in merito alle lesioni psichiche è stata quella per cui queste devono essere necessariamente valutate caso per caso alla luce della giurisprudenza rilevante¹⁷⁴.

Le considerazioni sulle lesioni psichiche apparse nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Gaspard Kanyarukiga rimarranno isolate, come ricordato in una delle ultime sentenze di primo grado del TPIR sul crimine di genocidio, quella emessa nei confronti di Ildephonse Nizeyama, un capitano dell'esercito Ruandese nella quale il collegio giudicante ha affermato, in merito alle lesioni psichiche che: «*several judgements of the Tribunal indicate that serious mental harm refers to more than minor or temporary impairment of mental faculties. One, however, has noted that there is no jurisprudential basis for this conclusion and that what constitutes serious mental harm should be assessed on a case-by-case basis*»¹⁷⁵.

Una delle questioni che ha creato numerosi problemi ai giudici di entrambi i Tribunali *ad hoc* è stata quella riguardante la valutazione dell'effettivo livello di incisività delle lesioni; le previsioni inserite nella lett. b del par. 2 dell'art. 2 dello Statuto del TPIR, richiedono che le lesioni fisiche o psichiche debbano essere gravi¹⁷⁶; valutazione che va sempre compiuta caso per caso¹⁷⁷.

Un altro punto fermo della faccenda è costituito dal fatto che le lesioni non devono essere necessariamente permanenti ed irreparabili (*permanent and irremediable*) come è stato più volte ripetuto sin dalla sentenza di primo grado rilasciata nei confronti di Jean

¹⁷² ICTR, Prosecutor v. Gaspard Kanyarukiga, ICTR-02-78, sentenza e condanna del 1 novembre 2010, par. 637.

¹⁷³ *ivi*, nota 1757.

¹⁷⁴ ICTR, Prosecutor v. Gaspard Kanyarukiga, *cit.*, par. 637.

¹⁷⁵ ICTR, Prosecutor v. Ildephonse Nizeyama, ICTR-00-55C, sentenza del 19 giugno 2012, par. 1493.

¹⁷⁶ Anche se nella traduzione in inglese si richiede che siano "serious", da questo punto di vista i termini potrebbero dirsi equivalenti, esprimendo comunque il necessario livello di incisività delle lesioni perchè la fattispecie possa dirsi integrata.

¹⁷⁷ ICTR, Prosecutor v. Kayishema et al., *cit.*, par. 108.

Paul Akayesu per il TPIR e da quella di primo grado emessa nei confronti di Radislav Krstic per il TPIJ - che comunque cita direttamente "*Akayesu*"¹⁷⁸.

La camera di primo grado che ha statuito nel caso *Kajelijeli* ha aggiunto un altro elemento alla ricostruzione della fattispecie di "cagionare gravi lesioni[...]" come si può leggere nella sentenza di primo grado emessa ai danni dello stesso Juvenal Kajelijeli :«*bodily or mental harm inflicted on members of a group must be of such a serious nature as to threaten its destruction in whole or in part*»¹⁷⁹. Ci si trova davanti ad una "qualificazione" della gravità degli atti che adesso devono essere di una serietà tale da minacciare la distruzione del gruppo in tutto o in parte. La statuizione di cui sopra viene dal rapporto annuale del 1996 rilasciato dalla Commissione del Diritto Internazionale (*International Law Commission*)¹⁸⁰ dell'ONU in merito alla definizione del crimine di genocidio da adottare nel "*Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*".

Il "rapporto", per quanto riguarda le lesioni fisiche o psichiche, sarà prima ampiamente citato nella sentenza di primo grado nel caso "*Kajelijeli*", e successivamente ripreso nel processo d'appello ai danni di Athanase Seromba¹⁸¹, quindi riproposto senza variazioni da grande parte della giurisprudenza di entrambi i Tribunali *ad hoc*¹⁸². Sembra, quindi, consolidato nella giurisprudenza che le lesioni fisiche o psichiche debbano essere di un livello di serietà tale da minacciare la distruzione in tutto o in parte del gruppo perché la condotta di cui alla lett .(b) del par. 2 dell art. 2 dello Statuto del TPIR venga posta in atto.

Questa visione viene però messa in discussione nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Radovan Karadzic, nella quale i giudici affermano che non c'è bisogno di un requisito ulteriore (ovvero che le lesioni fisiche o psichiche siano tanto serie da minacciare l'esistenza del gruppo) e che al massimo la minaccia all'esistenza del gruppo può essere valutata quale indice della gravità delle lesioni, come affermato dal collegio

¹⁷⁸ ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstic, cit., par. 513 citando ICTR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, cit., par. 502.

¹⁷⁹ ICTR, Prosecutor v. Juvenal Kajelijeli, cit., par. 814.

¹⁸⁰ Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eighth Session 6 May - 26 July 1996, UN GAOR International Law Commission, 51st Sess., Supp. No. 10, p. 91, UN Doc. A/51/10 (1996).

¹⁸¹ ICTR: Camera d'Appello, Prosecutor v. Athanase Seromba, cit., par. 46.

¹⁸² ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, cit., par.738; ICTY, Prosecutor v. Popovic et al., cit., par. 811; ICTR, Prosecutor v. Jean Baptiste Gatete, cit., par. 584; ICTR, Prosecutor v. Gaspard Kanyarukiga, cit., par. 637.

giudicante nella stessa pronuncia di primo grado nel caso *Karadzic* : «[...] *The degree of threat to the group's destruction may, however, be considered as a measure of the seriousness of the bodily or mental harm*»¹⁸³.

Quanto sostenuto dai giudici del TPIJ nella sentenza enunciata poc'anzi è stato ampiamente condiviso da una parte della dottrina¹⁸⁴.

Un autore, criticando le considerazioni sulla necessaria gravità delle lesioni fisiche o psichiche tale da minacciare l'esistenza del gruppo, come apparse nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Kajelijeli e in quella di secondo grado rilasciata nei confronti di Seromba, ha affermato: «*it indicates a confusion between the mental element of the chapeau and the material element of paragraph (b)*»¹⁸⁵.

Sullo stesso punto si è espresso un altro studioso, respingendo, sostanzialmente l'interpretazione offerta dal TPIR nella sentenza di primo grado del caso "*Kajelijeli*": «*Such a restrictive interpretation is not required by the plain wording of the provision, and, more importantly ignore the structure of Genocide as a specific intent crime, which implies that the perpetrator's mens rea exceed the actus reus*»¹⁸⁶.

4. Segue: La sottoposizione deliberata delle persone appartenenti al gruppo a condizioni di vita intese a provocarne la distruzione fisica, totale o parziale

Sulla condotta di cui all'art. 2 par.2 lett.c dello Statuto il TPIR ha fatto chiarezza già nella sentenza di primo grado nel caso *Akayesu*.

I giudici hanno delineato i margini della condotta tipica prendendo in considerazione quegli atti che non uccidono immediatamente i membri del gruppo, ma con i quali, alla lunga, si ottiene la distruzione di quest'ultimo.¹⁸⁷

¹⁸³ ICTY, Prosecutor v. Radovan Karadzic, cit., par. 544.

¹⁸⁴ L. BERSTER, Article II, in Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary, in C. TAMS, L. BERSTER, B. SCHIFFBAUER(eds.), München-Oxford-Baden-Baden, C.H. BECK, Hart, Nomos, 2014, p. 79 ss, p.92 par. 67; K. I. KAPPOS, P. W. HAYDEN, *Current Developments at the Ad Hoc International Criminal Tribunals*, in Journal of International Criminal Justice, 2016, p. 1261 ss, p. 1264.

¹⁸⁵ W.A SCHABAS, *Genocide in International Law*, p. 182.

¹⁸⁶ K.AMBOS, *op. cit.*, 2013, vol. 2, p. 12-13.

¹⁸⁷ ICTR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, cit., par. 505.

Inoltre, nella stessa sentenza di primo grado emessa nei confronti di Jean Paul Akayesu il collegio giudicante fornisce un elenco degli atti che potrebbero integrare la fattispecie oggetto di questo paragrafo, tra quelli enumerati si ricordano l'espulsione sistematica dei membri del gruppo dalle proprie case e il razionamento dei servizi medici sotto il minimo richiesto, nonostante la camera di primo grado non si preoccupi di specificare in cosa consista il "minimo richiesto"¹⁸⁸.

La specificazione delle condotte integranti la fattispecie all'art. 4(2)(c) viene fatta dalla camera di primo grado in un'altra sentenza miliare del TPIR, quella emessa nei confronti di Clement Kayishema e Obed Ruzindana: per prima cosa i giudici nella pronuncia di primo grado si sono preoccupati di affermare che la norma può applicarsi a quelle situazioni che, se non fermate, porterebbero alla morte dei membri del gruppo; da questo discende che perché si attivi il sistema repressivo dello Statuto non c'è bisogno che ci sia effettivamente la morte dei membri del gruppo bensì basta la sola sottoposizione di questi a condizioni di vita tali da distruggere il gruppo protetto in tutto o in parte¹⁸⁹. Inoltre si può notare che nella sentenza di primo grado del caso *Kayishema et al.* sono elencati dai giudici anche determinati atti che potrebbero integrare la condotta di cui all'art. 4(2)(c), come affamare un gruppo o privarlo di un posto dove vivere per un "ragionevole periodo di tempo", tra gli atti di questo elenco è inserito, forse impropriamente, anche lo stupro¹⁹⁰.

5. Segue: L'imposizione di misure volte ad impedire le nascite all'interno del gruppo

La fattispecie di cui all'art. 2 par. 2 lett. d dello Statuto è stata moderatamente dibattuta dal TPIR, sebbene anche nel caso del Tribunale per il Ruanda i primi due atti tipici saranno quelli che hanno interessato maggiormente i collegi giudicanti.

La sentenza di primo grado emessa dai giudici nei confronti di Jean Paul Akayesu si occupa della questione, cercando di delineare i tratti costitutivi della fattispecie di cui all'art. 4(2)(d): nella sentenza si afferma che atti che possono integrare il crimine di

¹⁸⁸ ibidem.

¹⁸⁹ ICTR, Prosecutor v. Kayishema et al., cit., par. 114.

¹⁹⁰ Ivi., par. 116.

genocidio tramite imposizione di misure volte ad impedire le nascite all'interno del gruppo sono la mutilazione degli organi genitali, la sterilizzazione, il controllo delle nascite, la divisione degli uomini dalle donne e la proibizione dei matrimoni¹⁹¹; inoltre, i giudici nella stessa sentenza di primo grado resa nei confronti di Akayesu sostengono che, nei gruppi in cui i nascituri prendono l'identità etnica del padre, lo stupro con il fine di inseminare la donna sia un atto punibile tra quelli sanzionati dalla lett.(d) del par. 2 dell'art. 2 dello Statuto¹⁹².

Il collegio giudicante in primo grado nel caso *Akayesu*, ha compiuto una interessante valutazione per quanto riguarda gli atti che possono portare alla "prevenzione delle nascite all'interno del gruppo", si afferma nella sentenza infatti che:«[...] *measures intended to prevent births within the group may be physical, but can also be mental*[...]»¹⁹³

Proprio la parte del "*can also be mental*" (può essere anche psichico) rappresenta una chiave di lettura imprescindibile per la successiva giurisprudenza in merito al concetto di violenza sessuale come atto volto a impedire le nascite all'interno del gruppo; in altre parole Il TPIR ha statuito che se a seguito di uno stupro un soggetto si rifiuterà di procreare si creerà la medesima situazione che si sarebbe creata nel caso di una sterilizzazione "fisica"- integrando la condotta di cui al par. (d) dell'Art.II della Convenzione¹⁹⁴.

Le statuizioni in merito alla "prevenzione delle nascite all'interno del gruppo" apparse nella sentenza di primo grado del caso *Akayesu* saranno pedissequamente riportate nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Georges Rutaganda¹⁹⁵ e nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Alfred Musema¹⁹⁶.

¹⁹¹ ICTR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, cit., par. 507.

¹⁹² ibidem.

¹⁹³ ICTR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, cit., par. 508.

¹⁹⁴ Sullo stupro come condotta atta a integrare il crimine di genocidio, vedi: S.L. RUSSELL-BROWN, *Rape as an Act of Genocide*, in Berkeley Journal of International Law, 2003, p. 350, pp. 361 ss.; C. A. MACKINNON, *Rape, Genocide, and Women's Human Rights*, in Harvard Women's Law Journal, 1994, p. 5 ss, p. 11-12; R. COPELON, *Gendered War Crimes: Reconceptualizing Rape in Time of War*, in J. PETERS, A. VOLPER (eds.), *Women's Rights, Human rights: International Feminist Perspectives*, 1995, p. 197 ss., pp. 197-9.

¹⁹⁵ ICTR, Prosecutor v. Georges Rutaganda, cit., par. 53.

¹⁹⁶ ICTR, Prosecutor v. Alfred Musema, cit., par. 158.

6. segue: Il trasferimento forzato di bambini del gruppo ad un altro gruppo

La condotta di cui alla lett. e del par. 2 dell'art. 2 dello Statuto non è stata esaminata a fondo dai giudici del TPIR; la spiegazione di ciò può discendere dal fatto che il genocidio in Ruanda, al pari di quello avvenuto a Srebrenica non si è materializzato in atti come quello puniti dalla condotta de quo.

Tuttavia nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Jean Paul Akayesu i giudici esamineranno l'atto tipico concentrandosi sul termine "*forzato*", concludendo che non si tratta solo di un mero spostamento "fisico" ma che anche una minaccia o un "trauma" finalizzati allo spostamento di bambini da un gruppo ad un altro avrebbe potuto integrare la condotta di cui alla lett.(e) ¹⁹⁷.

Nella sentenza di primo grado del caso "*Kayishema et al.*", i giudici non esamineranno direttamente la norma, compiendo solo un richiamo alla sentenza di primo grado emessa contro Akayesu ¹⁹⁸.

Infine, vale la pena ricordare che i sopracitati atti devono sempre essere accompagnati dall'intento di distruggere in tutto o in parte il gruppo bersaglio

7. L'elemento soggettivo del crimine di genocidio: a) Il dolo specifico

Prima di trattare i profili dell'elemento soggettivo come interpretato dai giudici del TPIR è opportuno compiere una premessa: il genocidio in Ruanda possiede dei profili estremamente differenti rispetto a quello avvenuto a Srebrenica; nel caso ruandese le violenze contro i soggetti di etnia Tutsi si sono verificate su scala nazionale ed hanno spesso coinvolto anche gli Stati limitrofi, in cento giorni di violenze sono state uccise circa un milione di persone. Gli attacchi contro i Tutsi sono stati manifesti, sobillati dalle radio nazionali e commesse con armi rudimentali, le operazioni sistematiche di eliminazione dei membri del gruppo compiute spesso direttamente dagli indagati e alla luce del sole, una situazione, come comprensibile, non comparabile a quella del genocidio avvenuto in Bosnia-Erzegovina. Le evidenze elencate sopra hanno avuto un

¹⁹⁷ ICTR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, cit., par. 509.

¹⁹⁸ ICTR, Prosecutor v. Kayishema et al., cit., par. 118.

riflesso processuale importante per quanto riguarda l'elemento soggettivo del crimine di genocidio, è comune che il dolo specifico venga desunto dai giudici in via inferenziale, di conseguenza è pacifico che nel caso del Ruanda le camere giudicanti siano arrivate con relativa facilità ad una costruzione dell'intenzione di distruggere il gruppo in tutto o in parte che, come si vedrà a breve, è stata ampiamente condivisa da tutta la giurisprudenza del Tribunale

Nella sentenza di primo grado del caso "*Akayesu*" è possibile trovare la prima interpretazione data da un Tribunale internazionale in merito al reale significato di *dolo specifico di genocidio* in questi precisi termini :«*required as a constitutive element of the crime, which demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act charged.*»¹⁹⁹ definendo chiaramente lo stato mentale del Perpetratore come un "*chiaro intento di causare l'offesa*"²⁰⁰ . Concludendo la camera di primo grado descriverà con queste parole lo stato mentale del soggetto agente in un caso di genocidio: «*special intent is the key element of an intentional offence, which offence is characterized by a psychological relationship between the physical result and the mental state of the perpetrator*»²⁰¹ .

La camera di primo grado nella sentenza emessa nei confronti di Clement Kayishema e Obed Ruzindana compie delle specificazioni importanti sull'elemento soggettivo del crimine, primariamente il collegio giudicante affermerà in merito all'intento specifico che: «*It is this specific intent that distinguishes the crime of genocide from the ordinary crime of murder*»²⁰². Inoltre, sottolineando la questione per cui non è semplice desumere direttamente l'intenzione di distruggere il gruppo, i giudici elencheranno tutte quelle circostanze da cui l'elemento soggettivo del crimine di genocidio può essere desunto, enumerando, tra le altre, l'uso di un linguaggio offensivo nei confronti dei membri del gruppo, il modo in cui le uccisioni avvengono sottolineando che anche l'evidenza di lesioni estese sulle vittime o le armi usate possono essere indizi della presenza del *dolus specialis* in capo agli imputati²⁰³ .

¹⁹⁹ ICTR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, cit., par. 498.

²⁰⁰ Ivi., par. 518.

²⁰¹ ibidem.

²⁰² ICTR, Prosecutor v. Kayishema et al., cit., par. 91.

²⁰³ Ivi., par. 93.

Infine, sebbene ammetta che non è semplice commettere un genocidio senza un "piano" o un'organizzazione, la camera di primo grado del caso Kayishema afferma che: «[...] a specific plan to destroy does not constitute an element of genocide[...]»²⁰⁴.

La camera di primo grado giudicante Ignace Bagilishema ha ripreso sostanzialmente quanto statuito dai giudici di primo grado nel caso *Akayesu*, affermando la possibilità di desumere l'intenzione di distruggere il gruppo in via inferenziale²⁰⁵. Tuttavia il collegio giudicante di primo grado compie una considerazione importante sul modo in cui l'intento specifico può essere riconosciuto in capo all'imputato, vale la pena di riportare le statuizioni del TPIR nel caso "*Bagilishema*": «[...] *The Chamber is of the opinion that the Accused's intent should be determined, above all, from his words and deeds, and should be evident from patterns of purposeful action.*»²⁰⁶

La questione della necessità di desumere l'intento specifico del crimine di genocidio viene affrontata anche dalla camera d'appello del TPIR nella sentenza emessa ai danni di Sylvestre Gacumbitsi, in questa i giudici di secondo grado affermano che l'intento di distruggere il gruppo in tutto è dimostrabile anche dall'entità degli attacchi commessi nei confronti del gruppo, o degli attacchi sistematici compiuti nei confronti dei membri di questo. Inoltre si precisa che desumere l'intento specifico in via inferenziale non va contro l'obbligo del procuratore di dimostrare l'esistenza di tutti gli elementi della fattispecie, incluso quello soggettivo, come si può leggere nella stessa sentenza resa dalla camera d'appello nel caso *Gacumbitsi*: «[...] *the Appeals Chamber emphasizes that the inferential approach does not relieve the Prosecution of its burden to prove each element of its case, including genocidal intent, beyond reasonable doubt. Rather, it is simply a different means of satisfying that burden*»²⁰⁷.

Valutazioni come quelle compiute dai giudici nelle sentenze poc'anzi elencate possono essere trovate anche in pronunce più recenti dello stesso TPIR, si segnala quello di primo grado emesso nei confronti di Gregoire Ndahimana, borgomastro di Kivumu, dove i giudici hanno affermato: « *In the absence of direct evidence, a perpetrator's mens*

²⁰⁴ *ivi.*, par. 94.

²⁰⁵ ICTR, *Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, cit., par. 62.

²⁰⁶ *ivi.*, par. 63.

²⁰⁷ ICTR: Camera d'Appello, *Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi*, ICTR-01-64, sentenza del 7 luglio 2006, par. 41.

rea as to the crime of genocide may be inferred from relevant facts and circumstantial evidence proving the existence of such intent beyond reasonable doubt»²⁰⁸.

Infine è corretto fare qualche considerazione sulla premeditazione: la precisazione iniziale riguarda il fatto che c'è una grande differenza tra premeditazione e "piano genocidiario", come sostenuto da un eminente autore²⁰⁹.

Il TPIR ha affrontato in alcune sentenze il tema: nel processo di primo grado nei confronti di Kayishema e Ruzindana viene chiaramente esposta dai giudici la questione per cui l'intento tipico del crimine debba essere formato prima del compimento dell'atto, seppure, come affermato dal collegio giudicante, la premeditazione non sia elemento tipico degli atti materiali del crimine di genocidio²¹⁰.

Nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Laurent Semanza, la questione viene affrontata nuovamente dai giudici, i quali, parlando dell'uccisione dei membri del gruppo affermano che le uccisioni devono avvenire: «*without the necessity of premeditation*»²¹¹.

8. segue: b) La distruzione del gruppo protetto in tutto o in parte

La fattispecie del genocidio indica l'intenzione di distruggere il gruppo in tutto o in parte. Per quanto riguarda la distruzione del gruppo, come ricordato nel cap. II, questa è stata individuata dalla maggioranza delle pronunce del TPIJ sul genocidio in una distruzione fisica o biologica del gruppo protetto, sebbene soprattutto determinati autori abbiano propeso per interpretare l'"intenzione di distruggere il gruppo in tutto o in parte" come un intento che trascendesse il mero annichilimento materiale del gruppo protetto²¹².

La giurisprudenza del TPIR ha affrontato la questione già dalla sentenza di primo grado emessa nei confronti di Laurent Semanza, nella quale i giudici hanno affermato che, secondo la volontà dei redattori della Convenzione, il termine "*destroy*" si riferisse

²⁰⁸ ICTR, Prosecutor v. Gregoire Ndahimana, ICTR-01-68, sentenza e condanna del 30 dicembre 2011, par. 804.

²⁰⁹ W.A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, p.267.

²¹⁰ ICTR, Prosecutor v. Kayishema et al., cit., par. 91.

²¹¹ ICTR, Prosecutor v. Laurent Semanza, cit., par. 319 ; ICTR, Prosecutor v. Ntagerura et al., ICTR-99-46, sentenza e condanna del 25 febbraio 2004, par. 664.

²¹² vedi amplius cap. 2 par. 7

unicamente ad una distruzione fisica o biologica del gruppo protetto, affermando che: «*The drafters of the Genocide Convention [...] unequivocally chose to restrict the meaning of "destroy" to encompass only acts that amount to physical or biological genocide*»²¹³.

Nella sentenza di primo grado resa dal TPIR nei confronti di Juvenal Kajelijeli, il collegio giudicante affronterà la questione nuovamente, statuendo con parole decise che l'intento tipico del crimine di genocidio si sostanzia in una volontà di distruggere unicamente dal punto di vista fisico o biologico il gruppo protetto; vale la pena di riportare la lettera della sentenza: «*[t]he material destruction of a group either by physical and biological means and not the destruction of the national, linguistic, religious, cultural or other identity of a particular group*»²¹⁴.

La formula citata poc'anzi non è, tuttavia, "originale", questa viene ripresa dai giudici dal "rapporto della 48esima sessione della commissione del diritto internazionale" del 1996 nel quale l'intento di distruggere il gruppo protetto viene delineato come un dolo mirante alla distruzione materiale del gruppo. Le valutazioni sulla parola "distruggere" apparse nel rapporto sono state riproposte, come si è visto, nella sentenza di primo grado nei confronti di Juvenal Kajelijeli e di Laurent Semanza, sono apparse anche in sentenza molto importanti, come quella di primo grado emessa nei confronti di Sylvestre Gacumbitsi, dove i giudici affermeranno, citando il "rapporto": «*The notion of "destruction of a group" means "the material destruction of a group either by physical or by biological means, not the destruction of the national, linguistic, religious, cultural or other identity of a particular group*»²¹⁵.

Per quanto riguarda la questione dell'interpretazione dell'inciso "in parte" il Tribunale per il Ruanda, come vedremo, ha interpretato il significato del sintagma in varie pronunce; tuttavia non si può affermare che i giudici si siano troppo concentrati sull'argomento proprio a causa delle modalità con cui il genocidio ruandese è stato posto in atto.

Diversamente da ciò che è avvenuto a Srebrenica i responsabili diretti del genocidio del Ruanda avevano la volontà di distruggere il gruppo nella sua totalità, non si è mai posto

²¹³ ICTR, Prosecutor v. Laurent Semanza, cit., par. 315.

²¹⁴ ICTR, Prosecutor v. Juvenal Kajelijeli, cit., par. 808.

²¹⁵ ICTR, Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi, cit., par. 253.

per i giudici il problema di rintracciare una parte del gruppo e quindi di usare dei criteri per farlo; infatti il criterio più usato dai giudici è stato quello della parte "sostanziale" dal punto di vista quantitativo, una scelta "semplice" ma che comunque ha saputo rispondere alle esigenze dei giudici in un genocidio come quello ruandese che, come si è ricordato all'inizio del paragrafo, ha registrato 1.000.000 di morti.

Il criterio della parte sostanziale è stato applicato dai giudici già nella sentenza di primo grado resa nel caso *Kayishema et al*, dove si legge:« *The Trial Chamber opines, therefore, that “in part” requires the intention to destroy a considerable number of individuals who are part of the group. Individuals must be targeted due to their membership of the group to satisfy this definition.*»²¹⁶

Le stesse valutazioni appena citate saranno riprese dai giudici in numerose sentenze quali: quella di primo grado emessa nei confronti di Laurent Semanza nella quale i giudici preciseranno anche la dimensione "quantitativa" dell'intento di distruggere il gruppo con la seguente formulazione: «*The intention to destroy must be, at least, to destroy a substantial part of the group*»²¹⁷.

Nel processo di primo grado nei confronti di Athanase Seromba, le valutazioni sulla "parte del gruppo" hanno seguito la falsariga dei precedenti, affermando comunque che: «*There is no numeric threshold of victims necessary to establish genocide*»²¹⁸.

Quanto statuito nel caso *Kayishema et al.*, nel caso *Semanza* e ribadito nel caso *Seromba* sarà ripreso da numero altre sentenze, si segnalano quella di primo grado emessa nei confronti di un colonnello in pensione, Aloys Simba²¹⁹, quella di primo grado emessa nei confronti di Sylvestre Gacumbitsi²²⁰, quella di primo grado resa nei confronti di Jean Baptiste Gatete²²¹, e infine la recente sentenza di primo grado emessa nei confronti di Ildephonse Nizeyama dove saranno riportate, pedissequamente, le valutazioni sulla parte del gruppo compiute nella sentenza di primo grado resa nei confronti di Laurent Semanza nove anni prima²²²

²¹⁶ ICTR, Prosecutor v. Kayishema et al., cit., par 97.

²¹⁷ ICTR, Prosecutor v. Laurent Semanza, cit., par. 316.

²¹⁸ ICTR, Prosecutor v. Athanase Seromba, cit., par. 319.

²¹⁹ ICTR, Prosecutor v. Aloys Simba, ICTR-01-76, sentenza e condanna del 13 dicembre 2005, par. 412.

²²⁰ ICTR, Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi, cit., par. 258.

²²¹ ICTR, Prosecutor v. Jean Baptiste Gatete, ICTR-00-61, sentenza e condanna del 31 marzo 2011, par. 582.

²²² ICTR, Prosecutor v. Ildephonse Nizeyama, cit., par. 1491.

9. La nozione di gruppo protetto

La nozione di gruppo protetto ha assunto un'importanza centrale già nel primo processo per genocidio dinanzi al TPIR. La qualificazione dei Tutsi come uno dei gruppi protetti dall'art. 2 della Convenzione sul genocidio del 1948 e della corrispondente disposizione dello Statuto del TPIR era indispensabile ai fini dell'accertamento della commissione di un genocidio nei loro confronti.

La camera di primo grado nella sentenza resa nei confronti di *Akayesu* ha esaminato a fondo gli elementi portanti dei quattro gruppi protetti; i giudici di primo grado del TPIR hanno compiuto un'analisi preliminare dei "*lavori preparatori*" della Convenzione del 1948, concludendo che le intenzioni dei redattori fossero quelle di proteggere dei gruppi umani con due requisiti fondamentali: la stabilità e la permanenza. In altre parole, secondo la camera di primo grado giudicante nel caso *Akayesu*, la cosa in comune dei gruppi protetti dalla Convenzione sul genocidio è la poca mobilità dei membri che ne fanno parte, che quindi vengono riconosciuti parte del gruppo dalla nascita e che hanno poca possibilità di distaccarsene²²³.

Inoltre, il collegio giudicante di primo grado nel caso *Akayesu* ha compiuto un esame di tutti e quattro i gruppi protetti della Convenzione del 1948: per primo, è stato definito il gruppo nazionale dove impropriamente viene citata la sentenza "*Nottebohm*" :«*Based on the Nottebohm decision rendered by the International Court of Justice, the Chamber holds that a national group is defined as a collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of rights and duties*»²²⁴. la sentenza esaminata dalla camera di primo grado del TPIR è in realtà un risalente pronuncia della Corte internazionale di giustizia, in cui il tema principale è la "nazionalità"; un tema comunque distante dalla qualificazione del gruppo nazionale.

Il secondo gruppo esaminato dalla camera di primo grado nel caso *Akayesu* è quello relativo al gruppo etnico, i cui punti di riconoscimento vengono così definiti dai giudici: «*An ethnic group is generally defined as a group whose members share a common language or culture*»²²⁵.

²²³ ICTR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, cit., par. 511.

²²⁴ *ivi.*, par. 512.

²²⁵ *ivi.*, par. 513.

Successivamente, si passa al gruppo razziale, nonostante lo stesso aggettivo "razziale" come affermato da un autore possa sembrare "outmoded or fallacious"²²⁶; i giudici di primo grado del TPIR nella sentenza resa nei confronti di Jean Paul Akayesu ne hanno delineato gli elementi costitutivi come segue :«*The conventional definition of racial group is based on the hereditary physical traits often identified with a geographical region, irrespective of linguistic, cultural, national or religious factors*»²²⁷.

Per quanto riguarda il gruppo religioso, la ricognizione di questo può essere compiuta prendendo in considerazione gli individui che condividono la stessa fede, hanno lo stesso paradigma spirituale ed hanno un'idea spirituale comune²²⁸; inoltre come detto dalla camera di primo grado nella sentenza resa nei confronti di Akayesu: «*The religious group is one whose members share the same religion, denomination or mode of worship*»²²⁹.

La sentenza di primo grado emessa nei confronti di Akayesu, oltre a contenere una breve considerazione su ognuno dei quattro gruppi protetti, offre una considerazione dai profili di spiccato interesse: i giudici si sono chiesti se le previsioni della Convenzione sul genocidio e quindi l'art. potesse applicarsi solo ai quattro gruppi protetti ovvero a qualsiasi formazione che mantenesse un carattere stabile e permanente.

La conclusione a cui arriva la camera di primo grado nel processo di primo grado nei confronti di Akayesu potrebbe definirsi singolare: i giudici, infatti, hanno interpretato le previsioni della Convenzione sul Genocidio e quindi l'art. 2 dello Statuto del TPIR come applicabili non solo ai "canonici" quattro gruppi protetti ovvero il gruppo nazionale, etnico, razziale e religioso, ma estendibili a qualsiasi gruppo che possieda due requisiti: la stabilità e la permanenza. Come si può leggere nella sentenza di primo grado resa dal TPIR nei confronti di Jean Paul Akayesu: «*[...] In the opinion of the Chamber, it is particularly important to respect the intention of the drafters of the Genocide Convention, which according to the travaux préparatoires, was patently to ensure the protection of any stable and permanent group*»²³⁰.

²²⁶ C. KRESS, *op. cit.*, p. 478.

²²⁷ ICTR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, cit., par. 514.

²²⁸ G WERLE, F JESSBERGER, *op. cit.*, p.299, mrg.. 801.

²²⁹ ICTR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, cit., par. 515.

²³⁰ *ivi.*, par. 516.

Leggendo l'inciso è possibile comprendere che questa impostazione rappresenta qualcosa di decisamente innovativo nello sviluppo del crimine di genocidio, qualcosa che potrebbe estendere la copertura della Convenzione virtualmente ad una quantità indefinita di gruppi, basta questi siano stabili e permanenti.

I giudici di primo grado nel caso *Akayesu*, comunque, hanno ragione nell'affermare che i redattori della Convenzione sul genocidio hanno escluso i gruppi politici ed economici proprio per la loro intrinseca "volatilità" con la conseguenza di una difficile individuazione dei membri di questi gruppi, tuttavia desumere da queste evidenze la volontà da parte dei redattori della Convenzione del 1948 di includere qualsiasi gruppo stabile e permanente sembra una decisa forzatura.

L'interpretazione estensiva della Convenzione sul genocidio proposta dai giudici nella sentenza di primo grado resa nei confronti di Jean Paul Akayesu non è stata seguita da nessuna altra sentenza né del TPIJ né del TPIR.

Inoltre, l'approccio del gruppo stabile e permanente come descritto nella sentenza di primo grado del caso *Akayesu* è stato criticato da diversi autori: W. A. Schabas valuterà la posizione presa dai giudici come una stravagante lettura dei lavori preparatori della Convenzione²³¹. Guénaél Mettraux ha affermato sulla questione: «*Although the meritorious agenda behind such a position is obvious, this proposition would appear to be, unfortunately, unsupported in law and at the time of its exposition in fact constituted purely judicial law-making*»²³². L'intenzione dietro la costruzione di una visione dei gruppi protetti così ampia, tale da ricomprendere qualsiasi gruppo stabile e permanente, si può scorgere anche in una certa paura del collegio giudicante nel caso *Akayesu* di non riuscire a ricomprendere i Tutsi in uno dei gruppi protetti.

Preliminarmente, la camera di primo grado giudicante Jean Paul Akayesu accerta che nel caso del genocidio ruandese i perseguitati fossero i Tutsi, si può leggere nella sentenza: «*[...] the Chamber finds beyond a reasonable doubt that the acts of violence which took place in Rwanda during this time were committed with the intent to destroy the Tutsi population[...]*»²³³.

²³¹ W.A. SCHABAS, Op.cit., 2009, p.152; In una visione simile anche P.GAETA, Op.cit., 2009, p.119-120

²³² G. METTRAUX, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p.230.

²³³ *ivi.*, par. 169.

Il problema per i giudici si è posto nell'inserimento dei Tutsi in uno dei quattro gruppi protetti dalla Convenzione sul genocidio.

Come detto poc'anzi, all'interno della sentenza di primo grado emessa nei confronti di Jean Paul Akayesu il gruppo etnico viene riconosciuto per due caratteristiche fondamentali: una lingua propria ed una propria cultura.

I Tutsi, tuttavia, non possedevano nessuna delle due caratteristiche sopra enumerate.

A questo punto probabilmente bisogna fare un passo indietro ed iniziare una breve digressione storica sulla situazione ruandese, almeno dal punto di vista demotnoantropologico. In Ruanda, nel 1994 convivevano tre etnie diverse, gli Hutu, i Tutsi e i Twa, evidenza questa accettata dallo stesso TPIR²³⁴. Tuttavia i tre gruppi descritti e soprattutto quello degli Hutu e dei Tutsi²³⁵ non avevano sostanziali differenze né culturali né linguistiche, mantenendo un *background* che era comune ai due gruppi. Nonostante alcune differenze "genomiche" - i Tutsi erano più alti e con un naso più sottile rispetto agli Hutu - i due gruppi erano difficili da distinguere, anche grazie ad un ricorso ai matrimoni misti molto diffuso all'epoca. Si può evincere che la differenza tra due i gruppi è del tutto artificiosa, costruita *ad hoc* dai colonizzatori belgi per pure esigenze di comodo; spesso durante il genocidio i Tutsi venivano traditi dalle proprie carte d'identità in quanto segnalavano l'etnia d'appartenenza. In molti casi, infatti, non era possibile riconoscerli solo da evidenze immediate.

Nonostante questa differenza impercettibile, i giudici di primo grado nella sentenza emessa nei confronti di Akayesu notano che tutti i testimoni durante il processo diedero pronta risposta nel momento in cui il procuratore pose loro la domanda in merito al gruppo etnico di appartenenza. Comunque, non erano solo i "Tutsi" a riconoscere la propria esistenza all'interno della società ruandese, anche gli Hutu percepivano se stessi come gruppo etnico e i "Tutsi" come gruppo etnico distinto²³⁶.

Inoltre la camera di primo grado giudicante nel caso "*Akayesu*" ha sottolineato che, in realtà, anche determinate circostanze oggettive hanno concorso a definire il gruppo etnico dei Tutsi, come la carta d'identità ruandese che riportava l'etnia di appartenenza

²³⁴ ICTR, Prosecutor v. Juvenal Kajelijeli, cit., par.241.

²³⁵ i Twa erano una sparuta minoranza costituente l'1% della popolazione all'epoca del genocidio.

²³⁶ ICTR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, cit., par. 171.

ovvero la stessa Costituzione del Ruanda o il codice civile vigente all'epoca nel paese²³⁷.

La camera di primo grado nella sentenza emessa nei confronti di Jean Paul Akayesu prese in considerazione tutte le prove a sua disposizione ha affermato che: «[...] *the Tutsi constituted a group referred to as "ethnic" in official classifications* [...]»²³⁸.

Tuttavia, nonostante questa affermazione, la ricognizione dei Tutsi come gruppo protetto è stata fatta riferendosi al già citato criterio del gruppo stabile e permanente come si può leggere nella sentenza di primo grado: «[...] *the Chamber finds that, in any case, at the time of the alleged events, the Tutsi did indeed constitute a stable and permanent group and were identified as such by all* [...]»²³⁹.

Come si è già detto, il criterio del gruppo stabile e permanente non sarà riproposto da altre sentenze, tuttavia gli argomenti considerati dai giudici di primo grado nel caso *Akayesu* in merito alla ricognizione dei Tutsi come gruppo etnico, e soprattutto il fatto che sia gli Hutu sia i Tutsi percepissero se stessi come un gruppo etnico indipendente, hanno avuto, come vedremo, grande spazio nelle sentenze successive a quella emessa in primo grado contro Akayesu.

Una sentenza sostanzialmente coeva a quella resa nei confronti di *Akayesu*, emessa dalla camera di primo grado ai danni Clement Kayishema e Obed Ruzindana spiega chiaramente come può avvenire la ricognizione del gruppo etnico: «*An ethnic group is one whose members share a common language and culture; or, a group which distinguishes itself, as such (self identification); or, a group identified as such by others, including perpetrators of the crimes (identification by others)*»²⁴⁰.

La camera di primo grado nella sentenza emessa nei confronti di Ignace Bagilishema afferma che i concetti di gruppo nazionale, etnico, razziale e religioso non sono internazionalmente accettati, e che quindi vanno esaminati caso per caso, anche prendendo in considerazione la percezione di chi sta commettendo il genocidio, come si può leggere nella stessa sentenza di primo grado: «[...] *the Chamber is of the opinion that, on the evidence, if a victim was perceived by a perpetrator as belonging to*

²³⁷ *ivi.*, par. 170.

²³⁸ *ivi.*, par. 702.

²³⁹ *ibidem.*

²⁴⁰ ICTR, *Prosecutor v. Kayishema et al.*, cit., par. 95.

a protected group, the victim could be considered by the Chamber as a member of the protected group, for the purposes of genocide»²⁴¹.

La camera di primo grado del TPIR, nella sentenza emessa nei confronti di Georges Rutaganda riprende sostanzialmente quanto detto in *Kayishema et al.*: «*The victim is perceived by the perpetrator of genocide as belonging to a group slated for destruction. In some instances, the victim may perceive himself/herself as belonging to the said group»²⁴². Tuttavia i giudici si premurano di riaffermare che un tipo di "approccio soggettivo" alla ricognizione del gruppo non può valere da solo in quanto si rischierebbe di tradire le intenzioni dei redattori della Convenzione sul genocidio, i quali intendevano ricomprendere solo determinati gruppi nella protezione offerta dalla stessa Convenzione²⁴³.*

Quanto detto nella sentenza di primo grado del caso *Rutaganda* verrà sostenuto anche dalla camera d'appello nel processo ai danni dello stesso Rutaganda, si legge nella pronuncia del TPIR: «*while the Rutaganda trial chamber found national, ethnical, racial, and religious identity to be largely subjective concepts, suggesting that acts may constitute genocide so long as the perpetrator perceives the victim as belonging to the targeted national, ethnical, racial, or religious group, it also held that "a subjective definition alone is not enough to determine victim groups»²⁴⁴.*

Quanto detto sopra ci aiuta a compiere due affermazioni: la prima riguarda il confronto con la giurisprudenza del TPIJ, che arriva, sostanzialmente, alle stesse conclusioni a cui arriva la camera d'appello nel caso "*Rutaganda*". La seconda, già sostenuta capitolo 2, si riferisce all'effettiva esigenza di valutare tutti quanti i criteri senza dover necessariamente sceglierne uno solo. Nel caso del Ruanda è stato importante non solo il fatto che i due maggiori gruppi etnici riconoscessero se stessi e si riconoscessero tra di loro ma anche il fatto che la distinzione etnica del Ruanda fosse prevista in determinate "fonti oggettive" (la costituzione, il codice civile, la carta di identità, ecc...).

²⁴¹ ICTR, Prosecutor v. Ignace Bagilishema, cit., par. 65.

²⁴² ICTR, Prosecutor v. Georges Rutaganda, cit., par. 56.

²⁴³ *ivi.*, par. 57.

²⁴⁴ ICTR: Camera d'Appello, Prosecutor v. Georges Rutaganda, ICTR-96-3, sentenza del 26 maggio 2003.

10. La cospirazione per commettere un genocidio

Come avvenuto per il TPIJ anche il Tribunale per il Ruanda si è trovato a far i conti con la spinosa fattispecie connessa della cospirazione; il medesimo problema presentatosi con la corte per l'ex - Jugoslavia, ovvero quello della scelta tra un tipo di cospirazione "Common Law" o "Civil Law", si è presentato con forza anche davanti ai giudici del TPIR, che non senza difficoltà sono pervenuti a decisioni spesso tutt'altro che univoche e generalmente in contrasto con i precedenti: la camera di primo grado del TPIR ha affrontato la questione della cospirazione per commettere un genocidio nel caso *Musema*, al pari dei giudici del TPIJ, anche quelli del Tribunale per il Ruanda si sono trovati davanti alle due diverse declinazioni della fattispecie nei sistemi di "common law" e di "civil law", compiendo un esame dei lavori preparatori e svolgendo un'analisi di come il crimine di "cospirazione" viene costruito secondo il sistema continentale e quello anglosassone, i giudici di primo grado nella sentenza emessa nei confronti di Albert Musema arrivano ad una definizione di cospirazione che vale la pena di riportare: «*the Chamber holds that conspiracy to commit genocide is to be defined as an agreement between two or more persons to commit the crime of genocide*»²⁴⁵.

La conclusione a cui arrivano i giudici di primo grado nel caso *Musema* è quindi molto vicino a quanto statuito dai giudici del TPIJ: perchè si abbia una cospirazione c'è bisogno di un accordo tra due persone orientato alla commissione del crimine di genocidio; aggiunge lo stesso collegio giudicante che la *mens rea* necessaria per integrare il crimine è l'intenzione di distruggere il gruppo protetto in tutto o in parte²⁴⁶.

Un'altra conclusione a cui arriva la camera di primo grado nel caso *Musema* è quella per cui la cospirazione nel genocidio può essere punita indipendentemente dal realizzarsi del proposito criminoso, in altre parole il solo accordo volto alla commissione del genocidio è meritevole di reprimenda, come confermato dagli stessi giudici di primo grado nel caso *Musema*, si può leggere nella sentenza:« *The Chamber is of the view that the crime of conspiracy to commit genocide is punishable even if it fails to produce a*

²⁴⁵ ICTR, Prosecutor v. Alfred Musema, cit., par.186-191.

²⁴⁶ *ivi*, par. 192.

result, that is to say, even if the substantive offence, in this case genocide, has not actually been perpetrated»²⁴⁷.

Infine, i giudici si troveranno ad affrontare la questione più spinosa della cospirazione, ovvero quella dell'opportunità di condannare un imputato sia per cospirazione nella commissione del genocidio che per commissione diretta del genocidio.

Il collegio giudicante di primo grado nel caso *Musema* preliminarmente ha valutato il problema delle "condanne multiple" applicando un approccio "*civil law*": secondo un'impostazione di questo genere la cospirazione non viene condannata se l'offesa principale si realizza, nel caso del genocidio, quindi, trovare un imputato colpevole del crimine principale "assorbirebbe" la responsabilità per la cospirazione; al contrario i giudici hanno affermato che valutato il problema seguendo un approccio "*common law*" la cospirazione sarebbe punibile indipendentemente dalla realizzazione del crimine principale, la scelta fatta dai giudici è cristallina ed è resa in questi termini: *«the Chamber has adopted the definition of conspiracy most favourable to Musema, whereby an accused cannot be convicted of both genocide and conspiracy to commit genocide on the basis of the same acts»²⁴⁸.*

Le statuizioni illustrate poc'anzi non sono state controvertite nel giudizio d'appello.

Il tema della cospirazione verrà affrontata da un'altra sentenza molto importante, quella emessa in primo grado nei confronti di, Jean Bosco Barayagwiza, Ferdinand Nahimana e Hassan Ngeze, il cd. "media case" che coinvolse dirigenti e speaker di una famosa radio ruandese, la RTLM (*Radio Télévision Libre des Mille collines*) accusati di genocidio, di cospirazione nella commissione di genocidio, di incitamento diretto e pubblico oltre che di crimini contro l'umanità. Nel suddetto processo, che d'ora in poi sarà detto *Nahimana et al.*, i giudici affrontato la medesima questione presente nel processo di primo grado del caso *Musema*; per prima cosa viene stabilito dai giudici di primo grado che la cospirazione è una "*inchoate offence*" quindi punibile per se sola e che questa è un crimine continuato che culmina nella commissione del genocidio²⁴⁹.

Inoltre, in linea con quanto affermato dai giudici di primo grado nel caso *Musema* e ribadito dalle sentenza in merito alla cospirazione emesse dal TPIJ, si afferma nella

²⁴⁷ *ivi*, par. 194.

²⁴⁸ *ivi*, par. 198.

²⁴⁹ ICTR, Prosecutor v Nahimana et al., ICTR-99-52, sentenza e condanna del 3 dicembre 2003, par. 1044.

sentenza di primo grado del caso *Nahimana et al.* che non è possibile pensare ad una *cospirazione* senza un "accordo", seppur non scritto, seppur tacito, è chiaro che per integrare l'azione criminosa di "cospirare" è necessario che due o più soggetti si propongano di mettere in atto, se non proprio un "piano" comune, almeno il medesimo disegno criminoso, il punto viene espresso molto chiaramente nella sentenza di primo grado emessa dal TPIR: « *The essence of the charge of conspiracy is the agreement among those charged. [...] the existence of a formal or express agreement is not needed to prove the charge of conspiracy. All agreement can be inferred from concerted or coordinated action on the part of the group of individuals. A tacit understanding of the criminal purpose is sufficient* »²⁵⁰

Per quanto riguarda la questione delle "*Multiple Convictions*" la camera di primo grado rileverà che le condotte materiali dei due crimini sono profondamente distinte condannando, quindi, Jean Bosco Barayagwiza, Ferdinand Nahimana e Hassan Ngeze sia per genocidio che per cospirazione. Si può infatti leggere nella sentenza emessa dal TPIR: « *Cumulative convictions are permissible only if the crimes involved comprise materially distinct elements. In this case the three Accused are guilty of conspiracy to commit genocide, genocide, direct and public incitement to commit genocide and crimes against humanity (persecution and extermination). As these offences comprise materially distinct elements. discussed above in this chapter, convictions on these counts will be entered against the three Accused.* »²⁵¹.

Come si può notare, seppure le camere di primo nel caso *Musema* e nel caso *Nahimana et al.* costruiscano in modo molto simile la fattispecie oggettiva della cospirazione nella commissione del genocidio, sul fronte delle condanne multiple si è visto un netto contrasto tra le due statuizioni.

Durante il processo appello del caso "*Nahimana et al.*", i giudici, analizzando le prove in loro possesso ribalteranno la sentenza di primo grado non ravvisando oltre ogni ragionevole dubbio, che una vera e propria cospirazione sia stata messa in atto²⁵².

I giudici, quindi, non hanno affrontato la questione delle alle "*multiple convictions*"²⁵³.

²⁵⁰ Ivi., par. 1045.

²⁵¹ Ivi., par. 1090.

²⁵² ICTR: Camera d'Appello, Prosecutor v Nahimana et al., ICTR-99-52, sentenza del 28 novembre 2007, par. 912.

²⁵³ Ivi., par. 1023.

Inoltre c'è da dire che, almeno per quanto riguarda le sentenze del TPIR, poche volte si arriverà ad una valutazione veramente approfondita della questione in entrambi i gradi di giudizio. Ciò accade nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Eliezer Niyitegeka, presidente del *Democratic Republican Movement (MDR)* nella prefettura di Kibuye, dove i giudici dichiarandosi a favore della questione di atti materiali sostanzialmente diversi tra le due condotte ammetteranno *condanne multiple* per *complicità* e genocidio²⁵⁴ senza mai approfondire la questione²⁵⁵. Nella sentenza di primo grado del caso *Kajelijeli*, invece, non si è avuta la possibilità di valutare la questione in quanto, sebbene colpevole di genocidio, l'imputato non è stato trovato colpevole della commissione della fattispecie connessa²⁵⁶. Nella sentenza emessa nei confronti di Callixte Nzabonimana la camera di primo grado ha giudicato colpevole l'imputato di cospirazione e genocidio²⁵⁷ (sentenza che sarà mantenuta in parte in appello²⁵⁸), anche in questo caso, nonostante la condanna per entrambe le imputazioni, il tema delle "*multiple convictions*" non sarà esaminato a fondo in entrambi i gradi di giudizio; mentre in nella sentenza resa nel caso "*Bagosoara et al.*" la camera di primo grado non entrerà nel merito della disputa, valutando non sussistenti gli estremi per la *cospirazione*, da una parte perchè non sufficientemente provata dal procuratore e dall'altra perchè questa sarebbe iniziata molto prima del 1994, e quindi fuori dalla Giurisdizione del Tribunale²⁵⁹. Dallo studio delle sentenze ivi prospettate emerge un dato incontestabile, oltre i primi gradi in *Musema* e *Nahimana* la questione con i profili più problematici in merito alla cospirazione, ovvero quella delle "*multiple convictions*" non viene sempre esaminata a fondo dai giudici. Nelle sentenze di primo grado emesse nel caso *Niyitegeka* e nel caso *Nabonimana* possiamo solo comprendere implicitamente la propensione dei giudici per la possibilità di una condanna multipla per cospirazione e genocidio, in quanto gli imputati sono stati effettivamente condannati per entrambe le imputazioni. Nel processo di primo grado ai danni di Juvenal Kajelijeli, invece, la corte

²⁵⁴ ICTR, Prosecutor v. Eliezer Niyitegeka, ICTR-96-14, sentenza del 13 maggio 2003, par. 423.

²⁵⁵ Ivi., par. 420, par. 429, par. 480.

²⁵⁶ ICTR, Prosecutor v. Juvenal Kajelijeli, cit., par. 789 - 793.

²⁵⁷ ICTR, Prosecutor v. Callixte Nzabonimana, ICTR-98-44D, sentenza e condanna del 31 maggio 2012, par. 1749.

²⁵⁸ ICTR: Camera d'Appello, Prosecutor v. Callixte Nzabonimana, ICTR-98-44D, sentenza del 29 settembre 2014, par. 497.

²⁵⁹ ICTR, Prosecutor v. Bagosora et al., ICTR-98-41, sentenza e condanna del 18 dicembre 2008, par. 2087.

non si pronuncia in merito dato che non rileva l'esistenza di una cospirazione messa in atto dall'imputato. Sebbene si verifichi questo "restraint" si può affermare che, parimenti a quanto espresso dalla giurisprudenza del TPIJ sul tema, il Tribunale per il Ruanda abbia accolta la determinazione per cui genocidio e cospirazione per la commissione di un genocidio siano due reati differenti, con condotte tipiche differenti e per questo sanzionabili indipendentemente e cumulativamente.

11. L'incitamento diretto e pubblico a commettere un genocidio

Il TPIR ha affrontato ampiamente la fattispecie dell'incitamento diretto e pubblico a commettere un genocidio contribuendo a chiarire lo stato del diritto consuetudinario in materia.

A differenza del Tribunale per la ex-Jugoslavia, le pronunce sull'argomento emesse dal TPIR sono numerose, questo è dovuto alle peculiarità con cui il genocidio ruandese si è svolto. Sono state svariate le modalità con cui i cittadini di etnia Hutu sono stati incitati a commettere violenze contro i Tutsi, si ricordano l'utilizzo di determinati programmi radiofonici che consigliavano di "schiacciare gli scarafaggi", riferendosi ai Tutsi, celebre è il caso della radio RTLM; anche l'uso di canzoni inneggianti alla violenza etnica è stato un modo per veicolare l'odio verso i Tutsi, è il caso di Simon Bikindi, cantautore ruandese condannato a 12 anni per incitamento diretto e pubblico a commettere il genocidio; l'uso della carta stampata, inoltre, è stato un modo con cui determinati soggetti di etnia Hutu hanno fatto proselitismi incitando al genocidio, come Hassan Ngeze sul giornale da lui curato, "*Kangura*". Tuttavia si deve ricordare che non solo i moderni mezzi di comunicazione hanno fatto sì che il genocidio in Ruanda divenisse così capillare, per incitare al genocidio si sono organizzati anche semplici comizi improvvisati organizzati ai posti di blocco "anti-Tutsi" o slogan urlati attraverso i megafoni.

La prima volta in cui gli elementi costitutivi della fattispecie di incitamento diretto e pubblico vengono descritti è nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di Jean Paul Akayesu hanno interpretato per la prima volta la condotta presente all'art. 2(3)(b) dello Statuto del TPIR, la camera giudicante ha iniziato l'esame dando una definizione alla parola "*incitement*", come si può leggere nella stessa sentenza:

«Incitement is defined in Common law systems as encouraging or persuading another to commit an offence. One line of authority in Common law would also view threats or other forms of pressure as a form of incitement. As stated above, Civil law systems punish direct and public incitement assuming the form of provocation, which is defined as an act intended to directly provoke another to commit a crime or a misdemeanour through speeches, shouting or threats, or any other means of audiovisual communication»²⁶⁰.

Inoltre, sempre nella stessa sentenza di primo grado, il collegio giudicante si è preoccupato di definire in cosa si sostanzia l'aggettivo pubblico primariamente sottolineando quanto sia fondamentale il luogo, dove l'*incitamento* avviene e poi se, effettivamente, l'esposizione sia stata seguita da una quantità considerevole di soggetti, si legge nella sentenza: *«According to the International Law Commission, public incitement is characterized by a call for criminal action to a number of individuals in a public place or to members of the general public at large by such means as the mass media, for example, radio or television»²⁶¹.*

La camera di primo grado nel caso *Akayesu*, inoltre, si preoccupa di puntualizzare anche il significato della parola diretto nei seguenti termini: *«the "direct" element of incitement implies that the incitement assume a direct form and specifically provoke another to engage in a criminal act, and that more than mere vague or indirect suggestion goes to constitute direct incitement»²⁶².*

Tuttavia, ricordano i giudici nella stessa sentenza, l'esame di quanto un incitamento sia diretto deve essere compiuto alla luce di parametri che non possono essere sempre e necessariamente oggettivi; è necessaria una valutazione non solo relativa ai soggetti che effettivamente stanno ascoltando il messaggio, ma anche riguardo al luogo dove avviene l'incitamento e al retaggio culturale, sociale e storico della platea; la questione viene ampiamente percepita dalla camera di primo grado del caso *Akayesu* e riportata nella sentenza, si può infatti leggere: *«Indeed, a particular speech may be perceived as "direct" in one country, and not so in another, depending on the audience»²⁶³*

²⁶⁰ ICTR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, cit., , par. 555.

²⁶¹ *ivi*, par. 556.

²⁶² *ivi*, par. 557.

²⁶³ *ibidem*.

Per quanto riguarda la *mens rea* i giudici di primo grado nella sentenza *Akayesu* affermano che deve essere intenzione di chi incita provocare nel soggetto (o nei soggetti) che lo ascolta il desiderio di commettere il genocidio, secondo il collegio giudicante, tuttavia, anche colui che incita deve avere il desiderio di commettere il genocidio ovvero l'intenzione di distruggere il gruppo in tutto o in parte²⁶⁴. La tesi secondo cui la *mens rea* dell'incitamento diretto e pubblico deve necessariamente coincidere con quella del genocidio e quindi deve essere presente in capo a colui che incita l'intenzione di distruggere in tutto o in parte il gruppo protetto è stata, come vedremo, accolta da larga parte della giurisprudenza del TPIR e suffragata da un'ampia parte della dottrina²⁶⁵.

La sentenza di primo grado emessa nei confronti di Jean Paul Akayesu conserva profili di spiccato interesse in quanto per la prima volta un Tribunale internazionale riesce a tratteggiare i margini della fattispecie astratta del crimine di incitamento diretto e pubblico. La pronuncia resa nei confronti di Akayesu è di fondamentale importanza anche per un altro motivo, in quanto ha statuito la perseguibilità di coloro che incitano anche nel caso in cui l'incitamento fallisca, come si desume dalle parole dei giudici riportate in sentenza: «[...]The Chamber holds that genocide clearly falls within the category of crimes so serious that direct and public incitement to commit such a crime must be punished as such, even where such incitement failed to produce the result expected by the perpetrator»²⁶⁶.

Nella successiva sentenza di primo grado emessa nei confronti di Georges Ruggiu (in realtà è un *guilty plea*, Ruggiu si è dichiarato colpevole delle accuse), speaker della radio RTLM e ritenuto colpevole di incitamento diretto e pubblico, le statuizioni enunciate in Akayesu verranno sostanzialmente ripetute dai giudici della camera di primo grado²⁶⁷.

Per quanto riguarda l'incitamento diretto e pubblico il processo che si concentrerà più sul tema è quello riguardante Jean Bosco Barayagwiza, Ferdinand Nahimana e Hassan

²⁶⁴ *ivi.*, par. 560.

²⁶⁵ W. A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, p. 319; J. D. OHLIN, *Incitement and Conspiracy to Commit Genocide*, in P. GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention: a commentary.*, p. 207 ss., p. 211; G. WERLE, F. JESSBERGER, *op. cit.*, p. 324 mrg. 860; K. AMBOS, *op. cit.*, 2013, vol. I, p. 133-4.

²⁶⁶ ICTR, *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, cit., par. 562.

²⁶⁷ ICTR, *Prosecutor v. Georges Ruggiu*, ICTR-97-32, sentenza e condanna del 1 giugno 2003, par. 14-17

Ngeze, il cd. processo "media dell'odio" che ha coinvolto i proprietari di una radio ruandese, la RTL (Radio Télévision Libre des Mille Collines) tramite la quale, a detta dei giudici, gli imputati avrebbero incitato al genocidio.

I giudici di primo grado che hanno affrontato il caso si dimostrano consapevoli di trattare un tipo di incitamento diverso da quello affrontato in *Akayesu* o in altri casi in cui il crimine si realizzava tramite le parole degli imputati; nel caso *Nahimana et al.* le parole d'odio contro i Tutsi sono arrivate alle masse tramite, appunto, dei "mass media", la camera di primo grado competente per il caso si è dimostrata attenta a sottolineare la questione, si può leggere nella sentenza: «*the Chamber must consider not only the contents of particular broadcasts and articles, but also the broader application of these principles to media programming, as well as the responsibilities inherent in ownership and institutional control over the media.*»²⁶⁸.

Dal punto di vista "descrittivo", sia per quanto riguarda i profili dell'aggettivo "pubblico" sia per quanto riguarda l'aggettivo "diretto", la camera di primo grado nel caso *Nahimana et al.* non ha aggiunto nulla a quanto statuito dai giudici di primo grado nel caso *Akayesu*²⁶⁹. Anche riguardo la *mens rea*, le statuizioni di primo grado del "media case" non hanno innovato quanto detto nella pronuncia di primo grado ai danni di Jean Paul Akayesu²⁷⁰.

Tuttavia nel caso *Nahimana et al.* il collegio giudicante di primo grado ha compiuto una considerazione di enorme importanza: all'interno della sentenza di primo grado resa nei confronti di *Akayesu* c'è un'affermazione dei giudici che parlano di una relazione causale tra l'incitamento dell'imputato e i diffusi e sistematici massacri dei Tutsi avvenuti intorno a Taba la città di cui *Akayesu* era borgomastro. Secondo i giudici di primo grado del caso *Nahimana et al.* per emettere una condanna per incitamento diretto e pubblico al genocidio non è necessario che questo rapporto causale esista, bastando la sola valutazione del potenziale del discorso di incitare, effettivamente, al genocidio. Come si può leggere nella stessa sentenza di primo grado: «*[...]The Chamber notes that this causal relationship is not requisite to a finding of incitement. It is the potential of the communication to cause genocide that makes it incitement[...]*»²⁷¹.

²⁶⁸ ICTR, Prosecutor v Nahimana et al., ICTR-99-52, sentenza e condanna del 3 dicembre 2003, par. 979.

²⁶⁹ *ivi*, par. 1011.

²⁷⁰ *ivi* par. 1012.

²⁷¹ *ivi*, par. 1015.

Nella sentenza di secondo grado resa nel caso *Nahimana et al.* i giudici si preoccuperanno, preliminarmente, di affrontare una questione di primaria importanza nello studio della condotta di cui all'art 2, par. 3, lett. c dello Statuto si tratta del contrasto tra la condotta di "incitamento pubblico e diretto" come appare nel suddetto articolo dello Statuto del TPIR e quella che descrive una condotta molto simile (*instigated*) presente nell'art. 6(1) dello stesso Statuto²⁷².

Un autore, addirittura, sostiene la tesi per cui ci sia una effettiva uguaglianza - dal punto di vista letterale - tra "*incitement*" "*instigation*" e "*abet*" , esame che appare sicuramente suggestivo ma che non offre alcuna spinta, sostanziale, alla risoluzione del problema²⁷³.

Il contrasto, invece, viene sciolto dalla camera d'appello nel caso *Nahimana et al.*, la quale statuisce in modo preciso sulle differenze intercorrenti tra l'art 2(3)(c) e la condotta dell'istigazione presente all'art. 6(1): per prima cosa si afferma che l'istigazione è un modo in cui si atteggia la responsabilità individuale, quindi tramite l'istigazione si possono commettere tutti i crimini presenti nello Statuto del TPIR, ovvero quelli che vanno dall'art. 2 all'art. 4. Inoltre, i giudici affermano che la condotta dell'incitamento dirette e pubblico è una "*inchoate offence*" e quindi già perseguibile anche se a seguito dell'incitamento non sia stato commesso un genocidio, mentre per quanto riguarda la condotta all'art. 6(1) come suggerisce la camera d'appello: « *an accused will incur criminal responsibility only if the instigation in fact substantially contributed to the commission of one of the crimes under Articles 2 to 4 of the Statute.*»²⁷⁴

Alla luce di quanto sostenuto dai giudici nel processo di appello a Jean Bosco Barayagwiza, Ferdinand Nahimana e Hassan Ngeze si può certamente affermare che il solo fatto di aver incitato direttamente e pubblicamente basti ad integrare la rispettiva fattispecie di reato ai sensi del par. 3, lett. c, dell'art. 2 dello Statuto del TPIR, questa statuizione viene ripresa anche nello Statuto della Corte penale internazionale, sembrerebbe quindi una determinazione consolidata nel diritto internazionale consuetudinario. Per quanto riguarda la responsabilità penale ex. art.6(1) dello Statuto del TPIR, questa si verificherà solo nel momento in cui l'istigazione, incitamento o aiuto

²⁷² sebbene la parola non compaia mai in questa accezione nella versione inglese(*instigation*) compare in quella francese(*incité*).

²⁷³ W. A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., p. 324-6.

²⁷⁴ ICTR: Camera d'Appello, *Prosecutor v Nahimana et al.*, cit., par. 678.

- come preferiamo chiamarlo - contribuisca alla commissione di uno dei crimini di cui previsti dall'art. 2, dall'art. 3 o dall'art. 4 dello Statuto del TPIR.

La camera d'appello nel caso *Nahimana et al* ha offerto degli spunti interessanti anche per quanto riguarda la differenza tra "*hate speech*" e un vero e proprio incitamento diretto e pubblico alla commissione del genocidio.

Secondo il collegio giudicante di secondo grado del caso "*Nahimana et al.*" non basta un discorso discriminatorio per integrare il crimine di incitamento diretto e pubblico al genocidio, sebbene i giudici affermano che spesso, ad un "*hate speech*" si accompagna un incitamento diretto e pubblico, questi statuiscono che solo un invito alla commissione del genocidio può essere perseguito come crimine *ex art. 2(3)(c)*²⁷⁵.

Il problema che si pone successivamente il collegio giudicante è se l'incitamento debba essere "esplicito"; è doveroso precisare che "*diretto*" non significa "*esplicito*" tuttavia basta che colui che sta ascoltando colga le implicazioni, da questo punto di vista comprendiamo quanto una valutazione non possa essere compiuta soltanto sul contenuto del discorso o dell'incitamento e quindi quanto sia fondamentale valutare caso per caso tenendo conto dell'effettiva platea che ascolta il discorso, nella cultura di quest'ultima e nei risvolti socio-culturali che questa può cogliere nello "*speech*"; sottolinea giustamente la camera d'appello che un discorso che può sembrare ambiguo per alcuni, potrebbe essere un chiaro incitamento per altri che ne comprendono bene il contenuto²⁷⁶.

In conclusione, afferma la camera d'appello nel caso *Nahimana et al*: «*a speech containing no explicit appeal to commit genocide, or which appeared ambiguous, still constituted direct incitement to commit genocide in a particular context*»²⁷⁷.

Quanto statuito dalla camera d'appello in *Nahimana et al*. verrà riproposto in un'altra importante sentenza emessa dal TPIR, questa volta in primo grado, nei confronti di Simon Bikindi, cantautore ruandese accusato di incitamento pubblico e diretto a commettere genocidio.

Durante il processo di primo grado nei confronti di Bikindi i giudici del TPIR hanno mutuato le previsioni presenti nella sentenza d'appello resa nel caso *Nahimana et al*. sul

²⁷⁵ *ivi.*, par. 692-693.

²⁷⁶ *ivi.*, par. 698-701.

²⁷⁷ *ivi.*, par. 703.

contrasto tra incitamento pubblico e diretto e "*hate speech*". Come si può leggere nella sentenza di primo grado resa nei confronti di Simon Bikindi il punto determinante per affermare che ci sia un incitamento pubblico e diretto è costituito proprio da coloro che sono i recettori del messaggio, si può leggere nella sentenza: «*To determine whether a speech rises to the level of direct and public incitement to commit genocide, context is the principal consideration[...].i.e. whether the members of the audience to whom the message was directed understood its implication*»²⁷⁸.

Inoltre, concordando con il resto della giurisprudenza che l'ha preceduta, la camera di primo grado nel giudicare colpevole Bikindi di incitamento pubblico e diretto ha ricordato che il crimine è una "*inchoate offence*" e quindi sanzionabile anche se un genocidio non è effettivamente seguito all'incitamento²⁷⁹.

L'ultima sentenza che vale la pena di affrontare in questo paragrafo, è una recente sentenza resa dal TPIR nei confronti di Callixte Kalimanzira, quanto statuito dai giudici nel caso *Kalimanzira* ha profili interessanti sotto due particolari profili.

Il primo riguarda gli esempi pratici forniti dalla camera di primo grado in merito a tutte quelle esortazioni che, sebbene non esplicite, hanno avuto il fine di aizzare gli Hutu ai massacri contro i Tutsi, come si legge nella sentenza: «*exhorting a crowd to unite against the "sole enemy", or to "get to work", or calling on "the majority" to "rise up and look everywhere possible" and not to "spare anybody", in the context of the Rwandan genocide has been found in the particular circumstances of other cases to amount to calls to exterminate the Tutsi people*»²⁸⁰.

Il secondo riguarda la perizia con cui i giudici di primo grado del caso *Kalimanzira* hanno affrontato il problema del contrasto che si crea tra incitamento diretto e pubblico *ex art. 2(3)(c)* e genocidio commesso tramite istigazione *ex art. 6(1)*; il collegio giudicante ha infatti formulato una serie di "combinazioni" che possono essere d'aiuto nel momento in cui si prova a mettere ordine e chiarezza nel rapporto che intercorre tra l'*art 6(1)* e il *2(3)(c)* dello Statuto del TPIR:

«*The law on incitement may therefore be summarized as follows:*

²⁷⁸ ICTR, Prosecutor v. Simon Bikindi, ICTR-01-72, sentenza del 2 dicembre 2008, par. 387.

²⁷⁹ *ivi.*, par. 419.

²⁸⁰ ICTR, Prosecutor v. Callixte Kalimanzira, *cit.*, par. 514.

- *Incitement resulting in the commission of a genocidal act is punishable under the combination of Articles 2 (3)(a) and 6 (1) of the Statute as Genocide by way of Instigation;*
- *Incitement resulting in the commission of a genocidal act and which may be described as 'direct' and 'public' is punishable under either Article 2 (3)(c) of the Statute as Direct and Public Incitement to Commit Genocide, or under the combination of Articles 2 (3)(a) and 6 (1) of the Statute as Genocide by way of Instigation;*
- *Incitement not resulting in the commission of a genocidal act but which may be described as 'direct' and 'public' is only punishable under Article 2 (3)(c) of the Statute; and, - Incitement not resulting in the commission of a genocidal act, and which may not be described as 'direct' and 'public', is not punishable under the Statute»²⁸¹.*

12. Il tentativo di commettere un genocidio

Per quanto riguarda il Tribunale per il Ruanda si possono compiere le stesse considerazioni fatte per la sua controparte, il TPIJ. Sebbene nello Statuto del Tribunale per il Ruanda sia presente una previsione sul tentativo alla lett. d del par. 2 dell'art. 2, ad oggi non si registrano pronunce del tribunale in merito alla fattispecie connessa *de quo*.

13. La complicità nel genocidio

IL TPIR ha esaminato a fondo, sin dalle sue prime sentenze la questione della complicità in genocidio.

Per prima cosa i giudici del TPIR hanno precisato che la complicità può riferirsi solo al crimine di genocidio *stricto sensu*, e non agli atti presenti all'art. III della Convenzione. Questa determinazione può essere estrapolata non solo da un esame dei lavori preparatori della stessa Convenzione come ci suggerisce un autore²⁸², ma anche in una specifica statuizione del TPIR presente nella sentenza di primo grado del caso "*Akayesu*: «*It appears from the travaux préparatoires of the Genocide Convention that only complicity in the completed offence of genocide was intended for punishment and*

²⁸¹ *ivi.*, par. 516.

²⁸² W. A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, p. 342.

*not complicity in an attempt to commit genocide, complicity in incitement to commit genocide nor complicity in conspiracy to commit genocide, all of which were, in the eyes of some states, too vague to be punishable under the Convention».*²⁸³

Come nel caso del TPIJ, la questione che ha interessato da vicino il TPIR in materia di complicità riguarda i contrasti che ci possono essere tra l'articolo 2(3)(e) (complicità in genocidio) e la condotta di aiuto o favoreggiamento come prevista dall'art. 6(1) del Tribunale.

Il TPIR ha affrontato la questione di cui sopra nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di *Jean Paul Akayesu*; i giudici hanno visto la differenziazione delle condotte nella *mens rea* richiesta per integrarle: secondo la camera di primo grado perchè si possa essere giudicati per il crimine di complicità nel genocidio *ex art. 2(3)(e)* non c'è bisogno che il complice possieda l'intento specifico di distruggere il gruppo protetto²⁸⁴.

Per integrare la fattispecie dell'aiuto o il favoreggiamento al crimine *ex art.6(1)* dello Statuto, colui che aiuta o favorisce il responsabile principale deve anche dividerne l'intento, nel caso del genocidio, la distruzione del gruppo protetto in tutto o in parte²⁸⁵.

Nella stessa sentenza di primo grado emessa nel caso *Akayesu* i giudici hanno riconosciuto che per le due condotte è richiesto un livello di partecipazione "materiale" differenziato; se per l'una, la *complicità*, l'*actus reus* sarà necessariamente integrato da una condotta attiva, per l'*aiding and abetting* basterà anche una condotta tipicamente "omissiva" (*in failing to act or refraining from action*)²⁸⁶.

Paragonando le valutazioni apparse nella sentenza di primo grado emessa nei confronti di *Akayesu* con quelle esaminate nel cap. 2 in merito alla sentenza di primo grado emessa nei confronti di *Radislav Krstic* si può notare che le statuizioni del TPIR sul tema affrontato poc'anzi sono totalmente opposte alle valutazioni compiute dai giudici del TPIJ. Come suggerisce un autore il motivo di questo contrasto si trova proprio nel fatto che i giudici del TPIR hanno esaminato la disciplina dell'aiuto o favoreggiamento

²⁸³ ICTR, *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, cit., nota 105.

²⁸⁴ *Ivi.*, par. 540.

²⁸⁵ *Ivi.*, par. 547.

²⁸⁶ *Ivi.*, par. 548

presente nel codice penale ruandese, nel quale si dice che per aiutare o favorire qualcuno bisogna farlo con consapevolezza (cfr. "*knowingly*")²⁸⁷.

Nella sentenza di primo grado resa nei confronti di Laurent Semanza la questione sarà affrontata affermando che non c'è, in effetti, una distinzione tra le due condotte materiali di complicità e di aiuto o favoreggiamento, come si può leggere nella sentenza: « *In the view of the Chamber, there is no material distinction between complicity in Article 2(3)(e) of the Statute and the broad definition accorded to aiding and abetting in Article 6(1)* »²⁸⁸

Nella sentenza di primo grado emessa dal TPIR nel caso *Kayishema et al.*, applicando il principio "*ut res magis valeat quam pereat*", la camera di primo grado ha deciso di interpretare proattivamente la Convenzione e lo Statuto del TPIR. Secondo i giudici, per integrare la *mens rea* dell'aiuto o favoreggiamento basterebbe avere conoscenza del proposito criminale della persona che si sta aiutando. Con questo approccio, l'intento di distruggere, quando presente, potrebbe giustificare una condanna per Complicità o come perpetratore, a seconda della condotta tenuta²⁸⁹.

Infine, vale la pena di segnalare una recente sentenza emessa dalla camera di primo grado del TPIR in merito al tema della complicità in genocidio e del rapporto di questa fattispecie con quella di aiuto o favoreggiamento *ex art. 6(1)*; si parla della sentenza di primo grado emessa nei confronti di Augustin Ndirabatware nella quale i giudici del TPIR statuiranno, al contrario di quanto affermato dai giudici nella sentenza *Akayesu*, che perchè si integri la condotta di aiuto o favoreggiamento abbisogna che il soggetto conosca l'intento criminoso di colui che sta aiutando o favoreggiando (seguendo lo schema proposto dalla camera di primo grado nel caso *Krstic*), mentre per le altre forme di complicità non basterà la conoscenza da parte del complice dell'intento del responsabile diretto, ma è necessario che questo lo condivida. I giudici di primo grado del caso *Ndirabatware* sono stati estremamente chiari nel proporre la soluzione al contrasto tra le due norme, vale la pena di riportarla :« *Complicity in genocide by aiding and abetting requires knowledge of the specific genocidal intent of the principal*

²⁸⁷ C. EBOE-OSUJI, *Complicity in Genocide' Versus 'Aiding and Abetting Genocide': Construing the Difference in the ICTR and ICTY Statutes*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 56 ss., p. 62.

²⁸⁸ ICTR, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, cit., par. 394.

²⁸⁹ ICTR, *Prosecutor v. Kayishema et al.*, cit., par. 205-7.

perpetrators, while the other forms of complicity may require proof that the accomplice shared that specific intent»²⁹⁰.

Le valutazioni compiute dalla camera di primo grado e riproposte poco sopra verranno condivise dalla camera d'appello nello stesso caso *Ngirabatware*, anche in questo caso i giudici di secondo grado ribadiranno che non c'è bisogno della *mens rea* necessaria per il genocidio perchè la condotta di aiuto o favoreggiamento possa dirsi integrata, di seguito le statuizioni sul tema presenti nella sentenza d'appello: «*The aider and abettor need not share the mens rea of the principal perpetrator but must be aware of the essential elements of the crime ultimately committed by the principal, including his state of mind. Specific intent crimes such as genocide require that the aider and abettor must know of the principal perpetrator's specific intent»²⁹¹*

Augustin Ngirabatware è stato giudicato colpevole di aiuto e favoreggiamento al genocidio, in quanto è stato provato oltre ogni ragionevole dubbio sia l'*actus reus* del crimine, che nel caso di specie è stata la distribuzione di armi ad un posto di blocco nella "*commune*" di Nyamyumba; sia la *mens rea* in quanto i giudici hanno ritenuto che l'imputato avesse conoscenza dell'intento specifico di distruzione del gruppo posseduto dalle milizie *Interahamwe* a cui Augustin Ngirabatware distribuiva le armi²⁹².

²⁹⁰ ICTR, Prosecutor v. Augustin Ngirabatware, ICTR-99-54, sentenza del 20 dicembre 2012, par. 1347.

²⁹¹ ICTR: Camera d'Appello, Prosecutor v. Augustin Ngirabatware, ICTR-99-54, sentenza del 18 dicembre 2014, par. 155.

²⁹² *ivi.*, par. 151, par.157.

Capitolo IV

Il crimine di genocidio nello Statuto e nella giurisprudenza della Corte penale internazionale

1. La Corte penale internazionale

La Corte penale internazionale è il primo tribunale penale internazionale a carattere permanente. Questo è stato istituito con lo Statuto di Roma, approvato, insieme all'annesso Atto Conclusivo il 17 luglio 1998 con una votazione che ottenne la maggioranza assoluta degli Stati presenti²⁹³. In conformità alle disposizioni contenute nei punti 24 e 25 dell'Atto Conclusivo e dell'art. 125 dello Statuto di Roma, il 18 di luglio i due strumenti vennero aperti alla firma e all'adesione di tutti gli Stati i quali, sulla base degli ordinamenti interni, avrebbero poi dovuto provvedere a ratificare, accettare o approvare lo Statuto (art. 125, comma 2). L'art. 125, comma 3, inoltre, prevedeva la possibilità di adesione allo Statuto anche per gli Stati non firmatari. Per l'effettiva entrata in vigore dello Statuto di Roma era tuttavia necessaria la ratifica di almeno sessanta Stati (art. 126)²⁹⁴.

Lo Statuto rimase aperto alla firma presso il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione internazionale, a Roma, fino al 30 Ottobre 1998 e successivamente presso il Quartier Generale dell'ONU, a New York, fino al 31 Dicembre 2000.

Lo Statuto della Corte Penale Internazionale (CPI) è entrato in vigore il 1 luglio 2002, dopo la sessantesima ratifica²⁹⁵. Ad oggi, gli Stati parti sono 124.

²⁹³ Alla votazione presero parte 148 dei 160 Stati partecipanti alla Conferenza: 120 a favore, 21 astenuti e 7 contrari: Di rilievo le opposizioni di Stati Uniti, Cina India ed Israele. Gli Stati Uniti, non riuscirono a imporre il loro punto di vista né sulla questione del crimine di aggressione (che volevano fosse escluso dalla competenza della Corte) né sul ruolo del Consiglio di Sicurezza che secondo gli americani doveva erigersi quale organo di tutela e di supervisione sull'operato della Corte.

²⁹⁴ Questo numero minimo di ratifiche costituisce lo strumento, individuato in sede di negoziati, per bilanciare da un lato l'esigenza di consentire l'istituzione della Corte in tempi ragionevolmente brevi e dall'altro quella di prevedere un ampio e concreto consenso internazionale. Si consideri che in passato il numero di ratifiche necessario per l'entrata in vigore di un Trattato Internazionale ha oscillato fra 5 e 65, mentre le numerose proposte avanzate in sede di Comitato Preparatorio prevedeva da un numero minimo di 25 ad un massimo di 90 ratifiche

²⁹⁵ Approvato il 17 luglio 1998 con 120 voti favorevoli, 7 contrari e 21 astensioni, alla data del 2 ottobre 2000 lo Statuto della CPI era stato ratificato da soli 21 Stati: Belgio, Belize, Botswana, Canada, Fiji, Francia, Gabon, Ghana,

Il Preambolo funge da dichiarazione d'intenti e rende chiara l'idea di fondo dello Statuto e quindi della Corte: si palesa la volontà di porre fine all'impunità per i più gravi crimini internazionali commessi da individui che minacciano la pace e la sicurezza internazionale, infatti l'art. 5 recita in questo modo:

«*The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes: (a) The crime of genocide; (b) Crimes against humanity; (c) War crimes; (d) The crime of aggression*»; la Corte, quindi, sarà competente per i seguenti crimini: genocidio (art. 6), crimini contro l'umanità (art.7), crimini di guerra (art.8), e dopo la conferenza di Kampala e il conseguente emendamento dello Statuto, il crimine di aggressione (art. 8-bis), viene in questo modo configurata la competenza *ratione materiae*.

L'art. 6, come detto riguarda il crimine di genocidio, sebbene il nucleo dell'articolo mantiene una formulazione classica (l'intenzione di distruggere il gruppo in tutto o in parte), è opportuno notare che scompare il riferimento alle fattispecie connesse; l'articolo 6 e le implicazioni di questa esclusione verranno analizzate nel prossimo paragrafo.

Per quanto riguarda la competenza *ratione temporis*, l'art. 11 dello Statuto di Roma stabilisce che la giurisdizione della Corte si estende soltanto ai crimini commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto (ovvero, successivamente al 1 luglio 2002).

A differenza dei tribunali *ad hoc*, la cui giurisdizione è prioritaria rispetto a quella dei tribunali nazionali - il più volte citato "principio di primazia" - la CPI è chiamata ad intervenire solo in caso di inabilità o mancanza di volontà (*unable or unwilling art.17 St.*) da parte degli Stati nella persecuzione di crimini internazionali, svolgendo, quindi, un ruolo essenzialmente complementare; all'art. 17 par. 2 St. sono previsti anche i casi in cui si può dire che uno stato è inabile a giudicare un imputato o manca di volontà: a) il caso in cui il procedimento sia stato intentato o una decisione sia stata presa nei confronti dell'imputato con il fine di sottrarlo alla competenza della Corte in merito ai crimini di cui all'art. 5; b) il procedimento ha subito dei ritardi ingiustificabili che, date le circostanze, è incompatibile con il fine di assicurare l'imputato alla giustizia; c) il

Islanda, Italia, Lesotho, Lussemburgo, Mali, Nuova Zelanda, Norvegia, San Marino, Senegal, Sierra Leone, Tajikistan, Trinidad e Tobago, Venezuela.

procedimento non è condotto o non è stato condotto in modo indipendente o imparziale o è stato condotto in un modo che, date le circostanze, non consente di assicurare l'imputato alla giustizia. I rapporti fra la Corte e gli Stati, in relazione al principio di complementarietà, sono regolati negli artt. 17 e 18 dello Statuto. L'art. 17, stabilisce che la Corte deve dichiarare inammissibile un caso se:

1. sullo stesso sono già in corso indagini o procedimenti penali condotti da uno Stato che abbia giurisdizione in merito;
2. è già stato oggetto di indagini da parte dello Stato che ha la giurisdizione e questo abbia deciso di non procedere;
3. la persona è stata giudicata per la condotta oggetto della denuncia, in virtù del principio del *ne bis in idem* (art. 20)²⁹⁶;
4. Il caso non è di una gravità sufficiente a giustificare l'intervento della Corte.

Il modo in cui si snoda la competenza della Corte penale internazionale è sancito dall'art. 12 e dall'art. 13.

Secondo l'art. 13 sono tre i modi in cui la corte può essere attivata:

- a) tramite un "*referral*" (deferimento) di uno Stato parte ex art. 14. E' infatti previsto che una o più Nazioni, che abbiano aderito al trattato possano denunciare una determinata situazione dalla quale emergono determinati profili di responsabilità penale individuale presso il procuratore della Corte, chiedendo che venga svolta un'indagine, su fatti circostanziati, con lo scopo di stabilire se una, o più persone, debbano essere accusate di crimini internazionali;
- b) tramite un "*referral*" (deferimento) da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite;
- c) tramite azione *proprio motu* del Procuratore che indipendentemente inizia un'indagine ex art. 15.

L'art. 12 prevede che, nei casi di cui alla lett. (a) e (c) dell'art. 13, ovvero deferimento di uno Stato parte o azione *proprio motu* del Procuratore, la Corte eserciti la sua giurisdizione secondo due importanti principi del diritto internazionale, il principio di territorialità e quello di personalità; quindi la corte sarà competente a giudicare se:

²⁹⁶ Queste limitazioni, però, vengono meno se ricorre un difetto di volontà o l'incapacità dello Stato a perseguire il colpevole.

- a) il crimine è stato commesso sul territorio di uno Stato – Parte (*principio di territorialità*); oppure
- b) il crimine è stato commesso da un cittadino di uno Stato – Parte (*principio di personalità*).
- c) il crimine è stato commesso da un cittadino o sul territorio di uno Stato non – Parte che ha accettato la giurisdizione della Corte penale internazionale con una dichiarazione *ad hoc*.

Nel caso in cui la Corte venga attivata tramite la previsione di cui alla lett. (b) dell'art. 12 la sua giurisdizione è universale.

L'art. 21 St. stabilisce chiaramente una gerarchia delle fonti applicabili alla CPI, suddividendole in primarie, secondarie e sussidiarie. Esso impone alla Corte di considerare: a) in primo luogo, lo Statuto, gli elementi dei crimini ed il Regolamento di procedura e di prova; b) in secondo luogo, se opportuno, i trattati applicabili ed i principi e le regole di diritto internazionale, ivi compresi i principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati; c) in mancanza, i principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine, purchè tali principi non siano in contrasto con lo stesso Statuto, con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti²⁹⁷.

L'art. 24 stabilisce, come anticipato, il principio di irretroattività *ratione personae*, per cui un individuo potrà essere chiamato a rispondere solo delle condotte criminose ricomprese nell'art. 5 dello Statuto, commesse successivamente al 1° luglio 2002 o, comunque, a seguito della ratifica, se questa è avvenuta in data successiva²⁹⁸. Eccezionalmente con l'apposita dichiarazione di cui all'art. 12 St. uno Stato – Parte può decidere di accettare la competenza della Corte anche per i crimini commessi antecedentemente alla ratifica dello Statuto – ma non anteriormente al luglio 2002.

²⁹⁷ Per un approfondimento sul tema vedere G. BITTI, *Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC*, in C. STAHN and G. SLUITER, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 281 ss, pp.286 ss.

²⁹⁸ Art.126 co.2 St. CPI .

2. Il crimine di genocidio nello Statuto di Roma

Al pari degli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*, lo Statuto della Corte penale internazionale, all'art. 6, riproduce la definizione di genocidio contenuta nell'art. II della Convenzione sul genocidio del 1948.

Una delle differenze dell'art. 6, rispetto alle previsioni sul genocidio presenti negli Statuti dei Tribunali *ad hoc* e nello stesso testo della Convenzione, è rappresentata dal fatto che questo non elenca le "fattispecie connesse" al genocidio, non sono presenti, quindi, tutte quelle "*inchoate offence*" contenute nell'art. 3 della Convenzione del 1948.

I redattori, infatti, hanno deciso di inserire una parte di questi nell'art. 25 St. Cpi, che disciplina la responsabilità individuale e di cui parleremo nel prossimo paragrafo.

Bisogna ricordare che al momento dell'adozione dello Statuto le uniche referenze consultabili dai redattori, in merito al genocidio, erano quelle contenute nei lavori preparatori della Convenzione del 1948.

La prima sentenza sul genocidio, infatti, sarà emessa dal TPIR circa due mesi dopo l'adozione dello Statuto, con la condanna di primo grado resa nei confronti di Paul Akayesu²⁹⁹.

Nonostante le parole della Convenzione siano state riportate pedissequamente nello Statuto della Cpi, è corretto affermare che probabilmente l'istituzione di una corte a carattere permanente sarebbe potuta essere l'occasione per "rinnovare" le previsioni sul genocidio tuttavia sebbene vi fossero state proposte per allargare l'ambito della lista dei gruppi protetti, la definizione è rimasta uguale a quello Statuto di Roma è rimasta uguale a quella presente nella Convenzione del 1948. Alcune proposte andavano in direzione di un'estensione ai gruppi sociali e politici secondo l'originale definizione di Lemkin, ma furono respinte in considerazione del fatto che si trattava di gruppi già protetti dal diritto internazionale³⁰⁰. Il Comitato Preparatorio dichiarò infatti che questi gruppi "verranno tutelati nel contesto dei crimini contro l'umanità"³⁰¹. Probabilmente una soluzione che non ovvia alla irragionevole situazione che si viene a creare nel momento in cui un

²⁹⁹ W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University press, 2016, p. 125.

³⁰⁰ *ivi.*, p. 126-127.

³⁰¹ Rapporto del Comitato Preparatorio per l'istituzione di una Corte penale internazionale permanente, Bozza di Statuto," U.N. Doc. A/CONF.183/2/Add. 1, p. 11.

determinato gruppo, che gode di certi profili di stabilità, viene ad essere bersaglio di atti di genocidio e non può godere della protezione della convenzione solo perchè, nella lettera, non è tra i gruppi protetti pur avendo caratteristiche molto simili a questi.

Circa quattro anni dopo l'adozione dello Statuto, dal 3 al 10 settembre 2002, durante la prima assemblea degli Stati Parti vennero adottati gli elementi dei crimini in base a quanto previsto dal par. 3 dell'art. 9 St. Cpi.

Gli elementi dei crimini rappresentano una novità importantissima per quanto riguarda la ricognizione degli elementi costitutivi del genocidio; infatti come per gli altri crimini rientranti nella giurisdizione della Corte, anche la definizione del genocidio viene integrata dagli "elementi dei crimini" la cui finalità è proprio quella di «*[...]assist the Court in the interpretation and application of articles 6, 7 and 8, consistent with the Statute[...]*», come si legge nel par. 1 dell'introduzione degli stessi "EdC"³⁰².

Il ruolo degli elementi dei crimini è, quindi, proprio quello di integrare la fattispecie di ogni singolo crimine e aiutare i giudici nella sua interpretazione, come statuisce il par.1 dell'art. 21 dello Statuto, gli "EdC" sono "gerarchicamente" subordinati al solo Statuto della Corte.

Per quanto riguarda il crimine di genocidio è opportuno fare una premessa: ogni atto con cui il genocidio può essere commesso (uccisione dei membri del gruppo, gravi lesioni fisiche o psichiche ecc..) ha i propri "elementi". Oltre agli elementi dei crimini di ciascun atto ci sono delle previsioni generali che, tuttavia, si riferiscono direttamente ad uno degli "elementi" comune a tutti gli atti, ovvero il cd. "*elemento del contesto*" che andremo ad esaminare più avanti. Prima di prendere in considerazione le previsioni generali, tuttavia, appare opportuno osservare gli elementi dei crimini dedicati ad ognuno degli atti tramite i quali il genocidio può essere commesso:

1) *Article 6 (a) Genocide by killing*: gli elementi del crimine del genocidio commesso tramite l'uccisione dei membri del gruppo sono i seguenti: a) il responsabile diretto uccide una o più persone (viene specificato che il termine è intercambiabile con "causare la morte"...di una o più persone); b) la persona destinataria dell'atto tipico deve appartenere ad un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso; c) il responsabile diretto intende distruggere, in tutto o in parte, il gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, in quanto tale, a cui la persona vittima dell'atto tipico appartiene; d) la

³⁰² ICC-ASP/1/3 at 108, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000).

condotta viene esperita nel contesto di uno schema palese di condotte simili, o è una condotta che può da sola distruggere in tutto o in parte il gruppo protetto.

2) *Article 6 (b) Genocide by causing serious bodily or mental harm*; gli elementi del crimine del genocidio commesso tramite l'inflizione di lesioni gravi all'integrità fisica o psichica di membri del gruppo sono i seguenti: a) il responsabile diretto causa una grave lesione all'integrità fisica di uno o più persone (in questo caso vengono specificati alcuni atti, mutuati dalle pronunce dei Tribunali *ad hoc*, si dice infatti che le lesioni possono includere, senza limitarsi agli atti enumerati, atti di tortura, stupro, violenza sessuale, tortura e trattamenti inumani o degradanti); b) la persona destinataria dell'atto tipico deve appartenere ad un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso; c) il responsabile diretto intende distruggere, in tutto o in parte, il gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, in quanto tale, a cui la persona vittima dell'atto tipico appartiene; d) la condotta viene esperita nel contesto di uno schema palese di condotte simili, o è una condotta che può da sola distruggere in tutto o in parte il gruppo protetto.

3) *Article 6 (c) Genocide by deliberately inflicting conditions of life calculated to bring about physical destruction*; gli elementi del crimine del genocidio commesso tramite la sottoposizione del gruppo a condizioni di vita dirette a provocarne la distruzione fisica totale o parziale sono i seguenti: a) il responsabile diretto infligge certe condizioni di vita nei confronti di una o più persone; b) la persona destinataria dell'atto tipico deve appartenere ad un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso; c) il responsabile diretto intende distruggere, in tutto o in parte, il gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, in quanto tale, a cui la persona vittima dell'atto tipico appartiene; d) la condizione di vita imposta dal responsabile diretto deve essere pensata per portare alla distruzione fisica del gruppo protetto, in tutto o in parte (vengono enumerate determinate condotte che possono configurarsi come condizioni di vita imposte con il fine di distruggere il gruppo in tutto o in parte come la privazione di risorse indispensabili per la sopravvivenza quali cibo o servizi medici, anche l'espulsione sistematica del gruppo dalle proprie abitazioni viene considerata una condotta rientrante sotto quelle di cui all'art. 6 lett.c); e) la condotta viene esperita nel contesto di uno schema palese di condotte simili, o è una condotta che può da sola distruggere in tutto o in parte il gruppo protetto.

4) *Article 6 (d) Genocide by imposing measures intended to prevent births*; gli elementi del crimine del genocidio commesso tramite l'imposizione di misure volte ad impedire le nascite all'interno del gruppo sono i seguenti: a) il responsabile diretto deve imporre determinate misure nei confronti di una o più persone; b) la persona destinataria dell'atto tipico deve appartenere ad un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso; c) il responsabile diretto intende distruggere, in tutto o in parte, il gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, in quanto tale, a cui la persona vittima dell'atto tipico appartiene; d) le misure imposte devono essere dirette a prevenire le nascite all'interno del gruppo; e) la condotta viene esperita nel contesto di uno schema palese di condotte simili, o è una condotta che può da sola distruggere in tutto o in parte il gruppo protetto.

5) *Article 6 (e) Genocide by forcibly transferring children*; gli elementi del crimine del genocidio commesso tramite il trasferimento forzato di bambini del gruppo ad un altro gruppo sono i seguenti: a) il responsabile diretto deve trasferire forzatamente una o più persone (viene specificato che il termine *forcibly* non si riferisce solo ad una coazione fisica, ma una coazione che viene ottenuta tramite una serie di atti che possono indurre il soggetto a spostarsi come la minaccia della forza, una detenzione prolungata, abuso di potere, o traendo vantaggio dall'ambiente con il fine di costringere la persona a spostarsi, come visto, un intendimento molto vicino alle poche statuizioni rese dai Tribunali *ad hoc* in merito alla fattispecie di cui alla lett. e dell'art. 6); b) la persona destinataria dell'atto tipico deve appartenere ad un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso; c) il responsabile diretto intende distruggere, in tutto o in parte, il gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, in quanto tale, a cui la persona vittima dell'atto tipico appartiene; d) la condotta viene esperita nel contesto di uno schema palese di condotte simili, o è una condotta che può da sola distruggere in tutto o in parte il gruppo protetto.

Le previsioni generali degli "elementi dei crimini" sul genocidio riguardano proprio l'ultimo elemento comune a tutte le fattispecie tipiche, ovvero l'elemento del contesto.

La prima si preoccupa di specificare che "*The term "in the context of" would include the initial acts in an emerging pattern*", la specificazione è posta all'uopo di includere nel contesto del genocidio anche gli atti compiuti prima che lo schema degli attacchi contro il gruppo diventi palese, questo, come suggerisce un autore, è stata una

previsione necessaria per non lasciare impuniti coloro i quali abbiano commesso degli atti di genocidio prima che l'attacco nei confronti del gruppo diventasse manifesto³⁰³.

La seconda si preoccupa di puntualizzare che *"The term "manifest" is an objective qualification"*.

La terza, infine specifica che *"Notwithstanding the normal requirement for a mental element provided for in article 30, and recognizing that knowledge of the circumstances will usually be addressed in proving genocidal intent, the appropriate requirement, if any, for a mental element regarding this circumstance will need to be decided by the Court on a case-by-case basis."* e si riferisce, appunto, all'elemento mentale necessario rispetto alle circostanze, ovvero al *"context of a manifest pattern"*, che dovrà essere fissato dal giudice valutando il caso di specie che si troverà davanti.

L'introduzione degli elementi del crimine costringe a vedere il genocidio da un altro punto di vista, soprattutto per quanto riguarda l'ultimo elemento comune a tutti i tipi di genocidio: *"l'elemento del contesto"*.

L'elemento del contesto è quindi un requisito necessario che non riguarda direttamente l'azione materiale bensì la cornice in cui questa viene commessa; per comprendere chiaramente l'assunto basterà studiare la struttura tipica dei "crimini contro l'umanità" citando lo stesso Statuto di Roma, che recita così all'art.7 sotto la rubrica *"Crime against humanity"*: *«For the purpose of this Statute, 'crime against humanity' means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population[...]*». Dall'esame della giurisprudenza compiuto nel cap. 2 e nel cap. 3 si è stabilito che l'elemento del contesto non è un elemento imprescindibile del genocidio secondo il diritto internazionale consuetudinario, la questione di una *"politica"* o della necessità di condotte diffuse contro i membri del gruppo è stata abbondantemente respinta dalla giurisprudenza e si è accettata la possibilità, seppur remota, di un genocidio commesso da un solo soggetto.

Con l'adozione degli elementi dei crimini, questa posizione deve essere necessariamente rivista.

Oggi, si potrebbe affermare che il genocidio è la commissione di uno degli atti tipici (*actus reus*), con l'intenzione di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso in quanto tale (*mens rea*), che deve collocarsi in uno schema

³⁰³ W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, cit., p. 129.

(*pattern*) di condotte simili dirette contro il gruppo *bersaglio* a meno che non sia *per se* già idoneo a realizzare la sua distruzione(*or must have had such a nature so as to itself effect, the total or partial destruction of the targeted group*).

Sul significato da attribuire all'elemento del contesto ha cercato di fare chiarezza la camera preliminare della Cpi nella decisione relativa al primo mandato di arresto emesso nei confronti di Omar Hasan Ahmad al-Bashir, presidente del Sudan³⁰⁴.

Prima di arrivare ai punti salienti della decisione di cui sopra, è opportuno compiere alcune considerazioni su al - Bashir e sulla sua storia processuale dinanzi alla Cpi.

L'imputato, Omar Hasan Ahmad al-Bashir ha ricoperto la carica di Presidente dello Stato del Sudan dal 1993 e quella di Comandante delle forze armate sudanesi dal marzo 2003 a luglio 2008. Il 31 marzo 2005, il Consiglio di Sicurezza ha investito il Procuratore della Corte penale con risoluzione n. 1593, attraverso la quale si richiedeva al Sudan e alle altre parti coinvolte nel conflitto in Darfur di cooperare con la Cpi³⁰⁵.

Il Consiglio ha utilizzato i poteri assegnatigli dall'art.13 (b) dello Statuto di Roma, agendo in base al capitolo VII della Carta ONU consentendo alla Corte di procedere nei confronti di un organo di uno Stato (il Sudan) che non aveva mai proceduto alla ratifica dello Statuto.

Il 14 luglio 2008, il procuratore Louis Moreno Ocampo procedette pubblicamente all'incriminazione di al-Bashir contestando i seguenti fatti:

- 1) Attacchi compiuti dalle forze armate sudanesi e dei loro alleati ai danni della popolazione del Darfur che apparteneva a varie etnie, per lo più Fur, Masalit e Zaghawa. Tali etnie erano ritenute vicine ai movimenti insurrezionali fronte sudanese di liberazione - SLM e il Movimento per la giustizia e l' eguaglianza- JEM. Gli attacchi i oggetto erano stati caratterizzati dal saccheggio dei villaggi. Tali fatti ai sensi dell'art 8 (e)(i) e 8 (e)(v) dello Statuto rientrano tra i casi di crimini di guerra (nell' ambito di un conflitto armato di carattere non internazionale);
- 2) sistematica ed estesa commissione di atti di omicidio, stupro, tortura, sterminio, trasferimento forzato, da parte delle forze governamentali nei confronti della

³⁰⁴ ICC, Pre - Trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hasan Ahmad al-Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, 4 march 2009.

³⁰⁵ Risoluzione adottata il 31 marzo 2005, con 11 voti a favore e 4 astensioni (Algeria, Brasile, Cina, U.S.A.).

popolazione Fur, Mazalit, Zaghawa; atti che ai sensi degli artt. 7(a), 7(b), 7(d), 7(f), 7(g) dello Statuto integrano crimini contro l'umanità

3) a seguito della selezione dei villaggi in base alla loro composizione etnica: contaminazione falde acquifere, tortura, stupro, omicidio, trasferimento forzato per favorire l'insediamento di gruppi vicini alle forze Gos. Genocidio *ex. art. 6 (a), 6 (b), 6 (c)* dello Statuto.

Nella richiesta di mandato d'arresto il Procuratore aveva formulato l'ipotesi di responsabilità di al Bashir per atti di genocidio, basando tale accusa sugli attacchi diretti non solo ai villaggi, ma anche ai campi profughi, che si erano caratterizzati per il chiaro intento di sottoporre gli appartenenti alle etnie Fur, Masalit e Zaghawa a condizioni di vita disumane ed idonee alla loro distruzione, configurandosi ai sensi dell'art. 6 lett. c dello Statuto di Roma come un atto di genocidio.

La I camera preliminare emise un mandato d'arresto contro Al Bashir per crimini contro l'umanità e crimini di guerra. I tre capi d'accusa per atti di genocidio indicati nella richiesta del Procuratore non sono stati invece, confermati³⁰⁶.

La pronuncia sul primo mandato d'arresto emesso nei confronti di al-Bashir, sebbene escluda il genocidio, offre spunti interessanti non solo riguardo alla caratterizzazione del "crimine dei crimini" fatta dai giudici della camera preliminare della Cpi. ma anche in merito all' "*elemento del contesto*" e alla sua collocazione rispetto al crimine di genocidio.

Per prima cosa, i giudici della camera preliminare nella decisione relativa al primo mandato di arresto emesso nei confronti di al-Bashir si mostrano consapevoli del fatto che l'adozione degli "*EdC*" ha portato ad una necessaria rivalutazione del genocidio alla luce di questi; infatti da una parte compiono una valutazione su come il genocidio era stato inteso dinanzi ai Tribunali *ad hoc*, seguendo una impostazione classica in cui la protezione si attiva già solo per la presenza dell'intento specifico e al verificarsi di uno degli atti tipici, non importando l'esistenza di una concreta minaccia nei confronti del gruppo³⁰⁷; dall'altra, lo stesso collegio giudicante, rende chiaro come questa impostazione non valga in seno alla Cpi usando le seguenti parole : «[...] *the protection*

³⁰⁶ ICC, Pre - Trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hasan Ahmad al-Bashir, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, 4 march 2009.

³⁰⁷ ICC, Pre - Trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hasan Ahmad al-Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, cit., par. 120.

offered by the penal norm defining the crime of genocide - as an ultima ratio mechanism to preserve the highest values of the international community - is only triggered when the threat against the existence of the targeted group, or part thereof, becomes concrete and real, as opposed to just being latent or hypothetical»³⁰⁸.

Tuttavia, gli stessi giudici competenti a giudicare in merito al primo mandato d'arresto emesso nel caso al-Bashir sono consapevoli del fatto che l' "elemento del contesto" potrebbero rappresentare un problema e il loro riconoscimento non essere del tutto pacifico, arrivando ad affermare :« *The Majority is aware that there is certain controversy as to whether this contextual element should be recognised»³⁰⁹.*

I contrasti evidenziati poco sopra hanno portato il collegio giudicante ad un attento studio del sistema delle fonti atto a comprendere la giusta collocazione degli "EdC" nella sistematica dello Statuto; nella sentenza si pone in evidenza che, in base all'art. 21, par. 1, lett. a Stat. - in cui è previsto che la Corte applichi in via principale lo Statuto, gli Elements e il Regolamento di procedura (*Rules of Evidence*), gli elementi andranno ad essere impiegati come norma obbligatoria, in tal senso vincolante; l'unica eccezione a tale dispositivo è che essi non siano in contraddizione con lo Statuto e i giudici hanno espressamente escluso questa possibilità³¹⁰.

In conclusione, il collegio giudicante nel procedimento in merito all'emissione del primo mandato di arresto nei confronti di al- Bashir statuisce che la definizione data del crimine di genocidio come integrata dall' elemento del contesto: a) non è contraria alla previsione di cui all'art. 6 dello Statuto della Cpi; b) rispetta il par. 2 dell'articolo 22 (Nullum crimen sine lege) che stabilisce il divieto di analogia e afferma che in caso di contrasto la definizione del crimine deve seguire l'interpretazione più favorevole alla persona soggetta a indagini, soggetta a giudizio o condannata; c) è pienamente in linea con l'idea tradizionale del genocidio visto come "crimine dei crimini"³¹¹.

L'elemento del contesto, all'interno del procedimento relativo al primo mandato d'arresto emesso nei confronti di al-Bashir è stato interpretato dalla camera preliminare della Cpi come indice di una minaccia qualificata alla sopravvivenza del gruppo *bersaglio*, in altre parole solo con la presenza dell'elemento del contesto si creerebbe

³⁰⁸ Ivi., par. 124.

³⁰⁹ Ivi., par. 125.

³¹⁰ Ivi., par. 126-129.

³¹¹ Ivi., par. 133.

una situazione di pericolo tale da giustificare l'attivazione della macchina repressiva della Cpi e la conseguente (probabile) condanna; ecco il requisito della "minaccia concreta" (*concrete threat*)³¹².

Il primo elemento che potrebbe creare una certa preoccupazione in merito alla "minaccia concreta" è rappresentata dal fatto che la commissione del crimine di genocidio possa essere subordinata a requisiti troppo stringenti che ne limiterebbero la portata, in contrasto non solo con i precedenti, ma anche con la Convenzione del 1948; La dottrina ha espresso pareri discordanti in merito alle valutazioni sull'elemento del contesto rese dai giudici nella decisione in merito al primo mandato d'arresto emesso nei confronti di al-Bashir: un autore ha affermato che l'elemento del contesto è un mero requisito procedurale più che un altro elemento materiale aggiunto alla definizione di genocidio³¹³; un altro ha risolto la questione affermando semplicemente che c'è un effettivo contrasto tra lo Statuto e gli *elementi dei crimini*³¹⁴.

Un commentatore ha invece affermato che l'elemento del contesto non è un'aggiunta *all'actus reus* bensì un punto di riferimento per la *mens rea* del genocidio; secondo l'autore solo in un contesto di condotte simili l'intento di distruggere il gruppo può dirsi "realistico", infatti parla di un :«*realistic collective goal to destroy the target group in whole or in part*»³¹⁵.

Invero, la citazione appena riportata corrobora la tesi per cui l'afferenza dell' elemento del contesto rispetto alla definizione "classica" di genocidio ruoti intorno ad uno dei problemi principali che si affrontano quando si parla di genocidio: la commissione collettiva del crimine. Il cd. "piano volto alla commissione del genocidio" (o politica volta alla commissione del genocidio) o la stessa necessità che l'atto del singolo si inserisca in uno schema manifesto di condotte simili non sono mai stati elementi necessari della fattispecie di genocidio secondo il diritto internazionale consuetudinario, con l'introduzione degli elementi del crimine, tuttavia, ci si domanda se le cose stiano cambiando.

³¹² according to this contextual element, the crime of genocide is only completed when the relevant conduct presents a concrete threat to the existence of the targeted group; Ivi., par. 124.

³¹³ F. JESSBERGER, *The Definition and the Elements of the Crime of Genocide*, cit., p.95.

³¹⁴ K. AMBOS, *op. cit.*, 2013, vol.2, p.17-8.

³¹⁵ C. Kress, *The Crime of Genocide and Contextual Elements: A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, p. 297 ss., p. 304-6.

Oltre i tratti interessanti riguardanti gli elementi dei crimini, la camera preliminare della Cpi, a maggioranza, ha deciso di escludere il genocidio dal mandato d'arresto emesso il 4 marzo 2009 affermando che, date le prove raccolte dal Procuratore l'intento specifico del Governo del Sudan era solo: «*one of several reasonable conclusions available [...]*» e che quindi, ai sensi dell'art. 58(1)(a) non si poteva accogliere la richiesta di un mandato di arresto per genocidio³¹⁶.

Il Procuratore ha comunque proposto appello contro la decisione della camera preliminare; con decisione del 3 febbraio 2010 la camera d'appello della Cpi ha giudicato sussistente lo "standard probatorio" necessario per emettere un mandato d'arresto per il crimine di genocidio, statuendo che: «*In the instant case, the Pre-Trial Chamber applied an erroneous standard of proof when evaluating the evidence submitted by the Prosecutor and, consequently, rejected his application for a warrant of arrest*»³¹⁷. In attuazione di quanto stabilito dai giudici d'appello della Cpi, con decisione del 12 luglio 2010, la camera preliminare della Corte penale internazionale ha emesso il secondo mandato d'arresto confronti di Omar Hassan Ahmad Al Bashir, inserendo questa volta, anche il crimine di genocidio *ex art.* 6(a), 6(b) e (c) dello Statuto³¹⁸. Ad oggi, Omar Hassan Ahmad Al Bashir è ancora latitante, sicché il processo di primo grado nei suoi confronti non è ancora iniziato.

3. L'incitamento, il tentativo, la complicità e la mancata previsione della cospirazione.

Come anticipato nel paragrafo precedente, l'art. 6 dello Statuto della Cpi non contiene l'elenco delle fattispecie presenti nell'art. II della Convenzione sul Genocidio.

³¹⁶ ICC, Pre - Trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hasan Ahmad al-Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, cit., 4 march 2009, par. 159.

³¹⁷ ICC, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Omar Hasan Ahmad al-Bashir, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir"*, ICC-02/05-01/09-OA, 3 february 2010, par. 41.

³¹⁸ ICC, Pre - Trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hasan Ahmad al-Bashir, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, 12 July 2010.

Tuttavia, sulla base dell'art. 25 dello Statuto la Cpi è in grado di processare e punire i coloro che siano responsabili di un tentativo di genocidio, abbiano incitato direttamente e pubblicamente altri a commettere genocidio o siano stati complici in un genocidio.

Per quanto riguarda la complicità, questa è punita dalle lett. b, c e d del par. 3 dell'art. 25, che prevedono tre tipi di responsabilità "accessoria" a quella del responsabile diretto; è possibile notare che nello Statuto della Cpi il problema riguardante il conflitto tra "*aiding or abetting*" e "*complicity*" che ha ampiamente interessato i due Tribunali *ad hoc* viene estirpato alla radice, dato che non è presente nello Statuto della Corte Penale Internazionale un articolo che riprenda quello delle fattispecie connesse presente nella Convenzione del 1948.

Le criticità fondamentali sono dovute ad una certa ridondanza delle norme contenute all'interno dell'art. 25, secondo un autore si è venuta a creare una *codificazione eccessiva*, in quanto, le formulazioni usate dagli statuti dei due Tribunali *ad hoc*, sarebbero di più semplice comprensione: *«the considerably simpler formulations in the Genocide Convention and in the Statute of the ad hoc Tribunals have much to recommend themselves»*³¹⁹.

Ad una lettura dello Statuto si può notare che alcune disposizioni contenute nell'articolo sulla responsabilità individuale si sovrappongono, è il caso, per esempio del par.(3)(c) dell'art. 25 Cpi che recita in questo modo: *«For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission»* e del par.(3)(b) : *«Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted»* ; in merito al contenuto delle due disposizioni è stato rilevato che , ad un esame linguistico, gli atti enumerati alla lett. (c) in realtà ricomprendono tutto ciò che è descritto alla lett. (b)³²⁰.

Un altro commentatore, nota come in una previsione contenuta all'art. 25 dello Statuto della CPI ci sia una *mens rea* qualificata rispetto a quella stabilita - la "*Knowledge*" - da alcuni tribunali *ad hoc* per integrare l'"*Aiding and Abetting*" , infatti alla lett. c del par.3 è presente questo inciso :*«For the purpose of facilitating»*; in questo caso quindi non basta la conoscenza ma è necessaria anche l'intenzione di facilitare la commissione del

³¹⁹ W.A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, p. 344.

³²⁰ Ivi., p. 345.

crimine. Questo, come puntualizza la stessa dottrina, sembrerebbe un classico esempio di applicazione della "exception clause" presente nell'art. 30 dello stesso Statuto esaminato sopra. Infatti proprio l'articolo 30, da una parte prevede una *mens rea* di *default* con indicazioni generali in merito all'*intento* e alla *consapevolezza* e dall'altra contiene una clausola di salvezza che recita in questo modo "*Unless otherwise provided*" consentendo l'inclusione di "intenti specifici" proprio come quello di cui alla lett. c del par. 3 dell'art. 25.

Per quanto riguarda il tentativo questo è presente nello Statuto della della Cpi alla lett.f, par. 3 dell'art. 25 che recita: "*Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions. However, a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose.*"

Come nei sistemi nazionali, uno dei problemi principali del tentativo è quello che riguarda gli atti richiesti perchè si possa parlare di crimine tentato. Le parole dello Statuto prevedono un "*commences its execution by means of a substantial step*" che si andrebbe ad innestare tra il primo "atto" dopo la "preparazione" e l'ultimo prima della commissione completa del crimine³²¹. Tuttavia non si comprende completamente in cosa dovrebbe sostanziarsi il "*substantial step*" previsto dallo Statuto della Cpi alla lett. f , par. 3 dell'art 21. Alcuni commentatori hanno individuato il "*substantial step*" nel momento in cui un elemento materiale della condotta viene messo in atto, anche se non bisogna dimenticare che alcune condotte possono già essere definite come criminali prima dell'esecuzione "completa" del crimine internazionale che si vuole perseguire³²². Inoltre un "tentativo" si avrà anche quando l'intenzione del responsabile diretto sarà "*reinforced and corroborate*", come statuito dal Model Penal Code che nello stesso articolo presenterà anche degli esempi pratici per la ricognizione del "*Substantial Step*"³²³.

³²¹ Ivi., p. 338.

³²² A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. D. JONES, A. ESER, *op. cit.*, p. 767 a mrg. 812 ; K. AMBOS, *Article 25*, in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2nd ed, München, Portland, C.H. BECK, Hart, 2008, art 25 para 37.

³²³ Model Penal Code, s. 5.01(2): "When it is strongly corroborating of the actors criminal purpose".

Infine, per quanto riguarda il tentativo, è opportuno compiere alcune valutazioni sul principio dell'abbandono *della condotta criminosa*; ai sensi della lett. f, par. 3, art. 25 lo Statuto della Cpi prevede una esclusione della responsabilità nel caso in cui il soggetto agente scelga di non portare a termine la condotta criminosa, quindi questa non viene compiuta non già "*a causa di circostanze indipendenti dalla sua volontà*" ma perchè "*questa persona volontariamente e completamente rinuncia al proposito criminale.*" Si nota una certa ridondanza tra le due specificazioni contenute alla lett. f, par. 3 dell'art. 25., che alcuni autori attribuiscono addirittura ad un "*editing error*"³²⁴. Comunque il risultato è lo stesso, se un soggetto abbandona la sua condotta criminosa non si ravvisa responsabilità penale.

Il motivo è da imputare ad una - seppur improbabile - "ricompensa" al soggetto che decide di abbandonare il proprio proposito criminoso come avanzato da un commentatore³²⁵. Tuttavia è giusto precisare che esistono anche tesi differenti: una di queste vede l'opportunità di escludere la responsabilità penale per chi desiste dal compimento dell'atto criminoso in quanto la pericolosità sociale del soggetto non sarebbe abbastanza ampia da renderlo passabile di una condanna; questa visione sembra accettabile dal momento in cui il piano criminoso, ancorchè esistente nella sola dimensione intima del soggetto non sia abbastanza sviluppato da poter essere già potenzialmente dannoso.

Per quanto riguarda l'incitamento diretto e pubblico questa è l'unica delle fattispecie connesse presente nello Statuto della Cpi come prevista dalla Convenzione del 1948 e dagli Statuti dei Tribunali *ad hoc* ed è punibile dalla Cpi ai sensi della lett. e, par. 3 dell'art. 25 di che recita così:« *In respect of the crime of genocide, directly and publicly incites others to commit genocide*». Come si nota dalla formulazione della norma, il crimine di incitamento diretto e pubblico alla commissione del genocidio è riportato in maniera "classica", anche nel caso della formulazione dello Statuto della Cpi è necessario che l'incitamento sia diretto e pubblico e posto in atto con la *mens rea* richiesta per la commissione del genocidio. La norma, quindi, necessita degli stessi requisiti di quella presente all'art. 3 della Convenzione sul genocidio e negli Statuti del TPIR e del TPIJ.

³²⁴ G. WERLE, F. JESSBERGER, *op. cit.*, p. 266 mrg. 709.

³²⁵ W. A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., p. 338-9.

L'unica perplessità di inserire la fattispecie di cui alla lett. e, par. 2 dell'art. 25 è data dall'opportunità di inserire una fattispecie come questa nell'art. 25 della Cpi che tratta di "*individual responsibility*"; non bisogna dimenticare che il crimine di incitamento diretto e pubblico è una "*inchoate offence*" e pertanto punibile come crimine indipendente in quanto possiede elementi materiali della fattispecie propri, ci si chiede, quindi, come possa funzionare l'operatività del crimine inserito in un articolo che tratta dell'atteggiarsi della responsabilità individuale.

L'art. 25 dello Statuto della Corte Penale Internazionale, sotto la rubrica "*individual criminal responsibility*" racchiude una serie di previsioni molto eterogenee tra loro. Il primo comma recita in questo modo: «*The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute*» questo è un principio classico del diritto internazionale penale e riafferma la questione che la responsabilità penale è dell'individuo. Il secondo comma reitera la questione recitando in questo modo: «*A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this Statute*».

Infine, è il momento di trattare l'"ultima" delle fattispecie connesse: la cospirazione.

Il crimine della cospirazione non ha trovato spazio nello Statuto della Cpi, la dottrina si è a lungo interrogata in merito ad una scelta così netta : un autore ha parlato di «*Exclusion from the Statute of the inchoate crime of conspiracy to commit genocide was almost certainly an oversight rather than an intentional omission*»³²⁶ mentre unaltro attribuisce la discrepanza non tanto ai redattori dello Statuto bensì al momento storico in cui questo è stato redatto, che definisce come «*calmer moment of History*»³²⁷.

Vale la pena di ricordare che come visto negli scorsi capitoli, la cospirazione nella commissione del genocidio ha avuto un ruolo di primaria importanza nella giurisprudenza dei due Tribunali *ad hoc*, i quali hanno continuato a giudicare in merito fino al 2015, nell'ambito del processo di appello contro *Zdravko Tolimir*³²⁸.

Il dato di fatto è che, per quanto riguarda la cospirazione nella commissione del genocidio, lo Statuto della Cpi si discosta dal diritto internazionale consuetudinario.

³²⁶ W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, cit., p. 584.

³²⁷ J. D. OHLIN, *Incitement and Conspiracy to Commit Genocide*, cit., p.222.

³²⁸ ICTY, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, cit., par. 590, par. 622.

Come si è potuto notare in questo paragrafo, le previsioni in merito alle fattispecie connesse in seno allo Statuto della Cpi conservano, in qualche caso, ancora profili di ambiguità. Inoltre, al momento mancano pronunce della Corte penale internazionale che possano fare chiarezza sulla reale collocazione delle fattispecie connesse del genocidio e sulla loro caratterizzazione alla luce delle scelte compiute dai redattori dello Statuto di Roma.

Conclusioni

La presente tesi si è proposta di analizzare la giurisprudenza dei due Tribunali *ad hoc* e quella (minima) della Corte penale internazionale e comprendere come le statuizioni di questi sul crimine di genocidio abbiano concorso ad offrire una costruzione del crimine di genocidio consolidata nel diritto internazionale consuetudinario.

Per quanto concerne l'elemento oggettivo del crimine, innanzitutto, la prima delle cinque condotte elencate nell'art. 2 della Convenzione delle NU sul genocidio, l'uccisione di membri del gruppo protetto, è stata ampiamente esaminata dai Tribunali, essendo il genocidio ruandese e quello di Srebrenica stati perpetrati tramite l'uccisione dei membri del gruppo. Prendendo in considerazione la giurisprudenza si è notato che c'è stato un problema linguistico sull'interpretazione della norma di cui all'art. 2, lett. a della Convenzione, in quanto il termine "killing" poteva riferirsi anche ad una uccisione "non volontaria"; la soluzione dei Tribunali *ad hoc*, in linea con il diritto internazionale consuetudinario, è stata quella di interpretare la parola "killing" nel senso di "murder". Già in questo caso si comprende quanto sia stato importante il contributo dei Tribunali *ad hoc* nella interpretazione, 40 anni dopo, di una norma che non aveva mai visto "vita". Per quanto riguarda l'inflizione di lesioni gravi all'integrità fisica o psichica di membri del gruppo si può sicuramente affermare che il contributo dei Tribunali *ad hoc* è stato fondamentale per tratteggiare i confini dell'atto tipico di cui all'art. 2 lett. b della Convenzione; soprattutto in merito a due crimini specifici, ovvero la violenza sessuale e il trasferimento forzato.

Le condotte criminose riguardanti la violenza sessuale e il trasferimento forzato sono state introdotte dal TPIR e dal TPIJ come alcuni dei modi in cui l'inflizione di gravi lesioni fisiche e psichiche può realizzarsi, la camera preliminare della Corte penale internazionale, nella decisione riguardante il primo mandato d'arresto emesso nei confronti di *Al Bashir* ha ricompreso le suddette condotte nel paragrafo riguardante l'atto tipico di cui all'art. 2 lett. b della Convenzione sul genocidio. Per quanto riguarda la violenza sessuale, che compare anche negli elementi dei crimini ad integrare la definizione di genocidio *ex.art. 6(b)*, si ritiene che la commissione di questa con

l'intenzione di distruggere in tutto o in parte il gruppo protetto possa giustificare una condanna per genocidio, in linea con il diritto internazionale consuetudinario.

Per quanto riguarda il trasferimento forzato bisogna riconoscere che le statuizioni del TPIJ abbiano offerto dei punti di riferimento fondamentali per la giusta caratterizzazione della condotta criminosa soprattutto per quanto riguarda la differenza sussistente tra trasferimento forzato e deportazione. I giudici del TPIJ hanno infatti chiarito che secondo il diritto internazionale consuetudinario il trasferimento forzato non può essere caratterizzato come una deportazione, in quanto il primo riguarda lo spostamento di soggetti all'interno dei confini di uno stesso Stato, il secondo invece da uno Stato ad un altro. Il discrimine tra le due condotte è segnato quindi dai confini riconosciuti dalla comunità internazionale, se si oltrepassano si parla di deportazione al contrario si tratterà di trasferimento forzato.

Ancora per quanto riguarda gli atti di cui alla lett. b, art. 2 della Convenzione, è emerso dal lavoro che il rapporto tra i due Tribunali *ad hoc* non è stato sempre idilliaco. Ultimamente, infatti, il TPIJ ha emesso una pronuncia divergente rispetto ai precedenti emessi dal TPIR e dalla camera d'appello comune riguardante l'atto tipico dell'inflizione di lesioni gravi all'integrità fisica o psichica di membri del gruppo. Soprattutto la giurisprudenza del Tribunale per il Ruanda in merito alla fattispecie *de quo* ha sovente stabilito che le gravi lesioni all'integrità fisica o psichica dei membri del gruppo dovesse essere tanto seria da minacciare l'esistenza del gruppo in tutto o in parte. Il TPIJ, nella recente sentenza di primo grado emessa ai danni di Radovan Karadzic, ha apertamente sconfessato questa valutazione. Quest'ultima, inoltre, non è riportata nel paragrafo riguardante le "gravi lesioni" presente nella pronuncia emessa dalla camera preliminare della Cpi in merito al primo mandato d'arresto emesso nei confronti di *Al Bashir*; a questo punto è complicato comprendere se dal punto di vista del diritto internazionale consuetudinario l'atto di provocare gravi lesioni debba essere tanto serio da minacciare la distruzione del gruppo in tutto o in parte.

Circa la sottoposizione del gruppo a condizioni di vita dirette a provocarne la distruzione fisica totale o parziale, ex. art. 2, lett. c della Convenzione sul genocidio, anche in questo caso le caratterizzazioni della norma che sono state offerte dai Tribunali *ad hoc* sembrano far parte del diritto internazionale consuetudinario, per esempio privare il gruppo di acqua e di cibo sono due modi "classici" in cui il genocidio può

essere commesso ai sensi della lett. c, art. 2 della Convenzione del 1948, queste condotte, unite alla espulsione sistematica dei membri del gruppo dalle proprie case, sono state enumerate dalla stessa camera preliminare della Cpi nella decisione in merito al primo mandato d'arresto emesso nel caso *Al Bashir*, sembrerebbero, quindi, condotte "tipiche" con cui il genocidio può essere commesso ai sensi della lett. c dell'art. 2.

L'imposizione di misure volte ad impedire le nascite all'interno del gruppo e il trasferimento forzato di bambini del gruppo ad un altro gruppo sono stati esaminati in maniera limitata dai due Tribunali *ad hoc* in quanto né il genocidio di Srebrenica né quello ruandese sono stati posti in atto tramite le condotte enumerate dalla lett. d e dalla lett. e dell'art. 2 della Convenzione sul genocidio. Da questo segue che, nonostante si siano date delle definizioni, è difficile dire se queste appartengono al diritto internazionale consuetudinario. Circa il trasferimento forzato di bambini del gruppo ad un altro gruppo, sembra certo tuttavia che non sia necessaria una coercizione fisica.

Per quanto riguarda la nozione di gruppo protetto, grazie alle sentenze del TPIR e del TPIJ si è riusciti ad interpretare in modo chiaro una norma che semplicemente enumerava quattro gruppi protetti senza offrire indicazioni per riconoscerli.

I Tribunali *ad hoc* non senza difficoltà sono riusciti a trovare un modo per la ricognizione del gruppo protetto tramite l'uso congiunto dell'approccio oggettivo, che riconosce un gruppo tramite indici, appunto, obiettivi come la sua qualificazione in documenti ufficiali o in fonti normative, e dell'approccio soggettivo che si preoccupa di comprendere non solo se e come i responsabili diretti riconoscano un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso in quanto tale ma anche come le vittime percepiscano se stesse come appartenenti ad un gruppo protetto.

La costruzione di un approccio misto oggettivo-soggettivo è stato ripreso nella pronuncia emessa dalla Corte internazionale di giustizia in merito all'interpretazione della Convenzione del 1948 nel caso *Serbia v. Bosnia* e riproposto dalla Cpi nella decisione della camera preliminare in merito al primo mandato d'arresto emesso nei confronti di *Al Bashir*. Sembrerebbe, quindi, il metodo consolidato nella giurisprudenza internazionale per la ricognizione del gruppo protetto in caso di genocidio.

Passando all'elemento soggettivo, dall'indagine svolta è emerso che i Tribunali *ad hoc* hanno offerto una costruzione del genocidio molto ancorata alla Convenzione del 1948 e ai suoi lavori preparatori. Nell'esame della giurisprudenza del TPIR e del TPIJ si è

spesso notato che la costruzione dell'elemento soggettivo è stata prettamente "individualistica": l'intenzione di distruggere il gruppo deve essere presente nella mente del singolo individuo che sta commettendo il crimine, nella sua sfera più intima: è così che lo avevano inteso i redattori della Convenzione sul genocidio ed è così che è stato riproposto dai Tribunali *ad hoc*. Ogni tentativo di pensare una *mens rea* differente è stato scartato dai giudici. Tuttavia l'unico modo che hanno avuto questi di desumere il dolo specifico in capo ad un imputato è stato in via inferenziale, quindi desunto dalle prove offerte dal Procuratore. Sebbene possa sembrare pleonastico che un tipo di intento così "intimo" come è quello di voler distruggere un gruppo protetto in tutto o in parte raramente sia suscettibile di una prova "diretta", è corretto aggiungere che esaminando la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* è spesso emerso più di un ragionevole dubbio circa l'effettiva sussistenza, in capo all'imputato, dell'intenzione di voler distruggere un gruppo protetto in tutto o in parte e in quanto tale.

Un problematica come quella di cui sopra è naturale quando si cerca l'elemento soggettivo tramite una costruzione così ancorata alla sfera "privata" dell'imputato, tuttavia le volte in cui si è provato ad applicare un concetto di *mens rea* alternativa, per esempio "*knowledge-based*" e quindi orientata alla consapevolezza che il proprio atto tipico di stia inserendo in una più ampia condotta diretta contro il gruppo protetto, la reazione dei collegi giudicanti di entrambi i Tribunali *ad hoc* è stata sempre estremamente fredda.

Uno dei motivi potrebbe essere la volontà di respingere la tesi secondo cui, per la commissione del genocidio, è necessario un piano o una politica a livello statale, che un approccio "*knowledge-based*" in parte confermerebbe. La questione della *mens rea*, infatti, si lega a doppio filo con quella del modo in cui un genocidio può essere commesso. Dalla ricerca compiuta è emerso che, sebbene i Tribunali *ad hoc* abbiano (quasi) sempre escluso che un genocidio possa essere commesso da una sola persona (ipotesi del *lone genocidaire*), questi non hanno mai affermato che un elemento costitutivo del crimine di genocidio sia la presenza di più soggetti o che gli atti tipici siano compiuti in un determinato contesto.

La questione è di spiccato interesse anche alla luce degli Elementi dei crimini, che devono guidare la Corte penale internazionale. Come si è detto nel Cap. IV, gli elementi del crimine di genocidio includono un elemento relativo al contesto, ovvero quello

secondo cui *"The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction"*.

Tuttavia, una sentenza abbastanza recente emessa dalla camera di primo grado del TPIJ nel caso *Popovic et. al.* ha apertamente stabilito che, secondo la giurisprudenza, non è un elemento necessario del crimine di genocidio secondo il diritto internazionale consuetudinario, il fatto che una condotta tipica di genocidio si inserisca in una prassi estesa di condotte simili o in un attacco sistematico nei confronti del gruppo .

La camera preliminare della Corte penale internazionale nella decisione riguardante il primo mandato d'arresto nei confronti di *Al Bashir* ha invece affermato che nelle successive pronunce della Cpi il riferimento all'elemento di contesto sarà ampiamente sfruttato, in quanto non in contrasto né con la definizione di genocidio ai sensi dell'art. 6 dello Statuto né con le altre norme che disciplinano il rapporto tra Statuto ed Elementi dei Crimini.

Un'altra questione dibattuta dai Tribunali *ad hoc* riguarda la necessità di una distruzione fisica e biologica del gruppo protetto sembra consolidato, nel diritto internazionale consuetudinario, il fatto che l'intento di distruggere il gruppo debba essere necessariamente intento di distruggere fisicamente e biologicamente il gruppo protetto.

Una questione connessa riguarda l'espressione "in parte" presente nello *chapeau* dell'art. 2 della Convenzione. In questo caso, esaminata la giurisprudenza, sembra che, per ottenere una condanna per genocidio, l'accusa sia tenuta a dimostrare che la parte del gruppo presa di mira dal responsabile diretto sia sostanziale tanto da avere un effetto su tutto quanto il gruppo nel suo insieme. In questo senso si è espressa anche la Corte internazionale di giustizia nella pronuncia del 2007 rispetto al caso *Serbia v. Bosnia*.

Per quanto riguarda le fattispecie connesse al genocidio enumerate nell'art. 3 della Convenzione del 1948, come si è visto nel Cap. IV, queste non sono state riportate pedissequamente nello Statuto della Cpi al contrario di ciò che è avvenuto per i Tribunali *ad hoc*. Tuttavia il par. 3 dell'art. 25 enumera i modi in cui la responsabilità individuale può dipanarsi; tra le previsioni elencate sono presenti norme generali in merito alla complicità e al tentativo applicabili a tutti i crimini, quindi anche al genocidio. Alla lett. e del par. 3 dell'art. 25 è presente una previsione che tratta direttamente dell'incitamento diretto e pubblico alla commissione del genocidio con una

formulazione molto simile (*In respect of the crime of genocide, directly and publicly incites others to commit genocide*) a quella apparsa nella Convenzione sul genocidio e negli Statuti dei Tribunali *ad hoc*. Non è presente, invece, una previsione sulla cospirazione.

La cospirazione diretta a compiere un genocidio, il tentativo, l'incitamento pubblico e diretto a commettere un genocidio e la complicità in genocidio sono dei crimini tanto importanti quanto lo stesso genocidio. Spesso non si è compreso che sono crimini a se stanti, pensati e inseriti nella Convenzione sul genocidio perché rispondessero al meglio alla funzione di repressione e prevenzione che questa si proponeva di esercitare.

I redattori dello Statuto della Corte penale internazionale si erano proposti di creare uno Statuto che rispondesse perfettamente al diritto internazionale consuetudinario; lo hanno fatto? Fino ad un certo punto. Come si diceva poc'anzi, la cospirazione nella commissione del genocidio non è un crimine punibile dallo Statuto della Cpi, la situazione singolare che si viene a creare riguarda il fatto che una norma facente parte del diritto consuetudinario non è criminalizzabile dalla Corte penale internazionale che si propone di perseguire e punire coloro i quali si macchieranno del crimine di genocidio.

Come si è visto nel corso della trattazione, i Tribunali *ad hoc* hanno contribuito a chiarire i tratti salienti del crimine di cospirazione diretta a commettere un genocidio, statuendo che questo si realizza con un accordo, seppur tacito è necessario esista un intendimento tra i cospiratori, si potrà parlare di cospirazione diretta alla commissione del genocidio solo nel caso in cui si riesca a dimostrare un modo coordinato di agire, escludendosi le condotte casuali o quelle per le quali non era previsto un accordo.

Stabilendo inoltre che la cospirazione è una "*inchoate offence*" e quindi anche il semplice accordo finalizzato alla commissione del genocidio è già suscettibile di reprimenda.

Anche alla luce della giurisprudenza del TPIJ, è da ritenere che, oggi, il crimine di cospirazione diretta a commettere genocidio faccia parte del diritto internazionale consuetudinario, quantunque non sia incluso tra quelli su cui la Corte penale internazionale ha giurisdizione.

Per quanto riguarda la fattispecie di incitamento diretto e pubblico non si può che sottolineare l'enorme lavoro svolto dal Tribunale per il Ruanda nella interpretazione

degli elementi costitutivi del crimine la cui formulazione, dato l'uso di due aggettivi suscettibili di larga interpretazione come "diretto" e "pubblico", ha necessitato di un'ampia interpretazione da parte dei giudici del TPIR come si è notato nel Cap. III.

Inoltre è opportuno ricordare che il crimine di incitamento pubblico e diretto alla commissione del genocidio è una "*inchoate offence*", e quindi punibile anche se la relativa commissione del genocidio non si verifica.

Da questo punto di vista è interessante riportare una valutazione compiuta dai giudici della camera d'appello comune ai due Tribunali *ad hoc* nel caso *Nahimana et al*: si legge nella sentenza che la fattispecie di incitamento diretto e pubblico alla commissione del genocidio viene costruita come una "*inchoate offence*" anche nello Statuto della Cpi, sebbene questo dato non sia decisivo per la determinazione dello stato del diritto internazionale consuetudinario nel 1994.

Una lettura *a contrario* di queste valutazioni ci aiuta ad affermare che con molta probabilità sia consolidato nel diritto internazionale consuetudinario l'intendimento di un incitamento diretto e pubblico come una "*inchoate offence*" vista l'adozione dello Statuto della Corte penale internazionale e il modo in cui viene previsto l'incitamento diretto e pubblico all'interno di questo.

Al momento, purtroppo, non ci sono sentenze della Cpi in materia.

In conclusione, è opportuno affermare che l'applicazione della Convenzione del 1948 da parte dei due Tribunali *ad hoc* è stata eterogenea. Essi hanno impersonato un "*unicum*" nella storia della giustizia internazionale. Tuttavia, dal punto di vista della qualificazione del crimine di genocidio e del processo di interpretazione delle parole della Convenzione del 1948 si può sicuramente sostenere che il lavoro del TPIR e del TPIJ è stato decisivo. Il contributo della Corte penale internazionale è stato finora molto limitato, ma già capace di offrire spunti interessanti.

In ogni caso, nell'esame dei casi relativi al crimine di genocidio, i giudici della Cpi terranno certamente in grande considerazione la giurisprudenza del TPIJ e del TPIR.

Tuttavia, è presumibile che la caratterizzazione del crimine di genocidio dinanzi ai giudici della Corte penale internazionale subirà dei profondi cambiamenti rispetto a come è stata intesa dai Tribunali *ad hoc*; già esaminando la decisione presa dalla camera preliminare della Cpi in merito al primo mandato d'arresto reso nei confronti di *Al Bashir* si comprende come l'intendimento del genocidio stia lasciando una sfera

"individuale" per raggiungere una dimensione collettiva: questo è dimostrato sia dal modo in cui la responsabilità individuale verrà attribuita agli imputati (nella sopracitata decisione della Cpi i giudici si riferiscono sempre al GoS : Government of Sudan) sia dagli elementi dei crimini e nello specifico dall'elemento del contesto che, come visto, i giudici saranno tenuti ad applicare.

Bibliografia

Volumi:

BERSTER L., SCHIFFBAUER B., (eds.), *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*, München-Oxford-Baden-Baden, C.H. BECK, Hart, Nomos, 2014

AMBOS K., *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

CASSESE A., *Cassese's International Criminal Law*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2013.

CASSESE A., GAETA P., JONES J.R.W.D., *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2002.

CATTARUZZA M., FLORES M., LEVIS SULLAM S., TRAVERSO E. (a cura di), *Storia della Shoah*, Torino, UTET, 2005.

LEMKIN R., *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

HILBERG R., *La distruzione degli ebrei in Europa*, Milano, Einaudi, 1999.

GAETA P. (a cura di), *The UN Genocide Convention: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

GIL GIL A., *Derecho penal internacional: especial consideracion del delito de genocidio*, Madrid, Tecnos, 1999.

LEWY G., *La persecuzione nazista degli zingari*, Torino, Einaudi, 2002.

LEOTTA C.D., *Il genocidio nel diritto penale internazionale. Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma*, Torino, Giappichelli Editore, 2013.

METTRAUX G., *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

SCHABAS W.A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University press, 2016.

STAHN C. , SLUITER G., *The Emerging Practice of the International Criminal Court* , Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

TRIFFTERER O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2nd ed, München, Portland, C.H. BECK, Hart, 2008.

WERLE G., JESSBERGER F., *Principles of International Criminal Law*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2014.

Articoli:

BRUUN L., *Beyond the 1948 Convention - Emerging Principles of Genocide in Customary International Law*, in *Maryland Journal of International Law*, 1993, p. 193 ss.

CASSESE A., *On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 876 ss.

EBOE-OSUJI C., *Complicity in Genocide' Versus 'Aiding and Abetting Genocide': Construing the Difference in the ICTR and ICTY Statutes*, in *Journal of International Criminal Justice* , 2005, p. 56 ss.

GREENAWALT A. K. A., *Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation*, in *Columbia Law Review*, 1999, p. 2259 ss.

KAPPOS K. I., HAYDEN P. W., *Current Developments at the Ad Hoc International Criminal Tribunals*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2016, p. 1261 ss.

KRESS C., *The Crime of Genocide under International Law*, in *International Criminal Law Review*, 2006, p. 461 ss.

KRESS C., *The Crime of Genocide and Contextual Elements: A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case*, in *Journal of International Criminal Justice* , 2009, p. 297 ss.

MACKINNON C. A., *Rape, Genocide, and Women's Human Rights*, in *Harvard Women's Law Journal*, 1994, p. 5 ss.

MELONI C., *I nodi della responsabilità per genocidio nel diritto penale internazionale: tra dimensione collettiva e imputazione individuale, precetto internazionale e accertamento nazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 589 ss.

RUSSELL-BROWN S.L., *Rape as an Act of Genocide*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2003, p.350 ss.

SCHABAS W.A., *State Policy as an Element of International Crimes*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2008, p. 953 ss.

TRIFFTERER O., *Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such*, in *Leiden Journal of International Law* , 2001, p. 399 ss.

VAN SCHAACK B., *The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot*, in *Yale Law Journal*, 1996, p. 2259 ss.

VEST H., *A Structure-Based Concept of Genocidal Intent*, in *Journal of International Criminal Justice* , 2007, p. 781 ss.

Contributi in volumi collettanei:

AMBOS K., *Article 25*, in TRIFFTERER O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2nd ed, München, Portland, C.H. BECK, Hart, 2008, art. 25.

BERSTER L., "Article II", in TAMS C., BERSTER L., SCHIFFBAUER B., (eds.), *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*, München-Oxford-Baden-Baden, C.H. BECK, Hart, Nomos, 2014, p. 79 ss.

BITTI G., *Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC*, in C. STAHN and G. SLUITER (eds.) , *The Emerging Practice of the International Criminal Court* , Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 281 ss.

COPELON R., *Gendered War Crimes: Reconceptualizing Rape in Time of War*, in J. PETERS, A. VOLPER (eds.), *Women's Rights, Human rights: International Feminist Perspectives*, 1995, p. 197 ss.

JESSBERGER F., *The Definition and the Elements of the Crime of Genocide*, in P.GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 87 ss.

KERSHAW I., *Il ruolo di Hitler nell'Olocausto*, in CATTARUZZA M., FLORES M., LEVIS SULLAM S., TRAVERSO E. (a cura di), *Storia della Shoah*, Torino, UTET, 2005, p. 54 ss.

LONGERICH P., *Tappe e processi decisionali della "Soluzione finale"*, in CATTARUZZA M., FLORES M., LEVIS SULLAM S., TRAVERSO E. (a cura di), *Storia della Shoah*, Torino, UTET, 2005, p. 36 ss.

Giurisprudenza

Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia:

ICTY, Prosecutor v. Goran Jelusic, IT-95-10, sentenza del 14 dicembre 1999

ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstic, IT-98-33, sentenza del 2 agosto 2001

ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakic, IT-97-24, sentenza del 31 luglio 2003

ICTY, Prosecutor v. Radoslav Brdanin, IT-99-36, sentenza del 1 settembre 2004

ICTY, Prosecutor v. Blagojevic e Jokic, IT-02-60, sentenza del 17 gennaio 2005

ICTY, Prosecutor v. Momčilo Krajisnik, IT-00-39, sentenza del 27 settembre 2006

ICTY, Prosecutor v. Popovic et al., IT-05-88, sentenza del 10 giugno 2010

ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir, IT-05-88/2, sentenza del 12 dicembre 2012

ICTY, Prosecutor v. Radovan Karadzic, IT-95-5/18, sentenza del 24 marzo 2016

Tribunale penale internazionale per il Ruanda:

ICTR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, ICTR-96-4, sentenza del 2 settembre 1998.

ICTR, Prosecutor v. Kayishema et al., ICTR-95-1, sentenza del 21 maggio 1999

ICTR, Prosecutor v. Georges Rutaganda, ICTR-96-3, sentenza del 6 dicembre 1999

ICTR, Prosecutor v. Alfred Musema, ICTR-96-13, sentenza del 27 gennaio 2000

ICTR, Prosecutor v. Ignace Bagilishema, ICTR-95-1A, sentenza del 7 giugno 2001.

ICTR, Prosecutor v. Juvenal Kajelijeli, ICTR-98-44A, sentenza e condanna del 1 dicembre 2003

ICTR, Prosecutor v. Nahimana et al., ICTR-99-52, sentenza e condanna del 3 dicembre 2003

ICTR, Prosecutor v. Eliezer Niyitegeka, ICTR-96-14, sentenza del 13 maggio 2003

ICTR, Prosecutor v. Georges Ruggiu, ICTR-97-32, sentenza e condanna del 1 giugno 2003

ICTR, Prosecutor v. Laurent Semanza, ICTR-97-20, sentenza e condanna del 15 maggio 2003

ICTR, Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi, ICTR-01-64, sentenza e condanna del 17 giugno 2004

ICTR, Prosecutor v. Ntagerura et al., ICTR-99-46, sentenza e condanna del 25 febbraio 2004

ICTR, Prosecutor v. Athanase Seromba, ICTR-01-66, sentenza del 17 giugno 2004

ICTR, Prosecutor v. Aloys Simba, ICTR-01-76, sentenza e condanna del 13 dicembre 2005

ICTR, Prosecutor v. Bagosora et al., ICTR-98-41, sentenza e condanna del 18 dicembre 2008.

ICTR, Prosecutor v. Simon Bikindi, ICTR-01-72, sentenza del 2 dicembre 2008

ICTR, Prosecutor v. Callixte Kalimanzira, ICTR-05-88, sentenza del 22 giugno 2009

ICTR, Prosecutor v. Gaspard Kanyarukiga, ICTR-02-78, sentenza e condanna del 1 novembre 2010

ICTR, Prosecutor v. Jean Baptiste Gatete, ICTR-00-61, sentenza e condanna del 31 marzo 2011

ICTR, Prosecutor v. Gregoire Ndahimana, ICTR-01-68, sentenza e condanna del 30 dicembre 2011

ICTR, Prosecutor v. Augustin Ngirabatware, ICTR-99-54, sentenza del 20 dicembre 2012

ICTR, Prosecutor v. Ildephonse Nizeyimana, ICTR-00-55C, sentenza del 19 giugno 2012

ICTR, Prosecutor v. Callixte Nzabonimana, ICTR-98-44D, sentenza e condanna del 31 maggio 2012

Corte internazionale di giustizia:

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2007*.

Corte penale internazionale:

ICC, Pre - Trial Chamber I, Prosecutor v. Omar Hasan Ahmad al-Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 march 2009.

ICC, Pre - Trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hasan Ahmad al-Bashir, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, 4 march 2009.

ICC, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Omar Hasan Ahmad al-Bashir, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir"*, ICC-02/05-01/09-OA, 3 february 2010.

ICC, Pre - Trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hasan Ahmad al-Bashir, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, 12 July 2010.