

Introduzione

Pochi concetti, all'interno del diritto internazionale, risultano plagiati da tanta indeterminatezza e disaccordo politico come nel caso del "terrorismo". Se per tutti quei crimini oggi riconosciuti come *core crimes*, vale a dire crimini di guerra, contro l'umanità, di genocidio e di aggressione, la Comunità internazionale, pur con le dovute difficoltà, ha trovato un punto d'incontro, altrettanto non può essere sostenuto relativamente al crimine di terrorismo.

Sebbene "terrore" derivi dal termine latino "*terror*", e sia entrato a far parte dei vocabolari inglesi e francesi a partire dal 14° Secolo, i termini "terrorismo" e "terrorista" hanno fatto il loro ingresso nella dialettica politica solamente nel 18° Secolo, in riferimento ai sistemi di intimidazione e repressione attuati dai Giacobini durante la Rivoluzione Francese. Si può parlare di "atto di terrorismo" relativamente all'attentato dell'Arciduca Francesco Ferdinando, *casus belli* della Grande Guerra. Ancora, con riferimento al regime Nazista condotto da Hitler durante la Seconda Guerra Mondiale si può parlare di "*system of terror*", la storica sentenza del Tribunale Internazionale Militare di Norimberga ne è l'esempio lampante.

Dunque, nonostante l'acclarata presenza di questo concetto all'interno dei principali eventi storici degli ultimi Secoli, la Comunità internazionale non è riuscita a trovare un comune accordo relativo ad una sua definizione, così come ad una normativa *ad hoc* di riferimento.

L'obiettivo di questa tesi, è bene specificarlo, non è certamente quello, folle, di ipotizzare una possibile definizione di questo fenomeno. Piuttosto, verranno analizzate le ragioni che, a tutt'oggi, sono poste a fondamento di un tale dissenso. Per poter adempiere a questo compito, l'analisi sarà dotata di un ampio raggio, poichè difficilmente la spiegazione di un fenomeno può essere data rimanendo unicamente all'interno del fenomeno stesso. Nel caso specifico, sarebbe molto difficile parlare del crimine di terrorismo senza

prendere in considerazione i caratteri fondamentali dei crimini internazionali.

Il primo capitolo prenderà in considerazione proprio i principali crimini internazionali, partendo dal loro inquadramento storico, per giungere alla singola qualificazione di ognuno di essi. Seguiranno l'analisi della responsabilità individuale da essi nascente e quella degli strumenti volti alla loro repressione.

L'intero secondo capitolo tratterà dei crimini contro l'umanità. Verrà esaminato il loro sviluppo, passando per l'analisi della loro codificazione nei principali strumenti penali internazionali, per concludere, infine, con l'individuazione degli elementi che li caratterizzano.

Il terzo, ed ultimo, capitolo affronterà il ruolo del terrorismo all'interno del diritto internazionale. Si tenterà di sottolineare le problematiche relative a questo crimine partendo da una, imprescindibile, analisi delle concrete manifestazioni di questo fenomeno. Dopo aver esaminato i principali gruppi terroristici, il discorso si concentrerà sui principali strumenti internazionali in materia, tentando di evidenziare le ragioni poste alla base delle citate problematiche, per poi dirigersi più a fondo nelle possibili qualificazioni di questo crimine. Il capitolo, infine, si chiuderà con l'analisi dei principi in materia di estradizione e con quella di una pratica, chiamata *extraordinary rendition*, volta ad aggirare detti principi, nonché a violare i diritti umani. Il terrorismo, come si vedrà, è infatti fonte di eventi drammatici che non derivano unicamente, in maniera unilaterale, da chi materialmente commette un atto terroristico, ma anche da chi, cercando di fronteggiarli, si macchia di crimini altrettanto gravi.

CAPITOLO 1

CRIMINI INTERNAZIONALI

1. Il Diritto Penale Internazionale: Inquadramento storico

Il diritto penale internazionale ha ad oggetto i crimini internazionali individuabili principalmente nel genocidio, nei crimini di guerra, nei crimini contro l'umanità, nel crimine di aggressione e nel crimine di tortura; tutti questi crimini sono accomunati dalla loro massiva minaccia ai beni giuridici propri della comunità internazionale oltre che dalla loro particolare gravità.

I procedimenti penali internazionali che hanno seguito la fine della Seconda Guerra Mondiale sono considerati come la genesi del moderno regime del diritto penale internazionale (il cd. *International Criminal Law* o più semplicemente, da adesso in poi, ICL) ma il suo percorso storico di evoluzione ha radici di gran lunga più profonde. Le basi storiche dell'ICL poggiano, per così dire, su alcuni pilastri di fondamentale importanza per la storia del diritto internazionale consuetudinario ed in particolare sulla repressione del crimine di pirateria (cominciata nel 19° secolo), sulle successive norme in tema di schiavitù e tratta di schiavi¹ ed infine sul diritto internazionale umanitario (il cd. *International Humanitarian Law* conosciuto anche come “*law of war*”). È su questi fondamenti che la comunità internazionale ha gradualmente plasmato le norme, le regole, gli strumenti e le istituzioni che formano l'odierno ICL.

La pirateria e le pratiche della schiavitù e della tratta di schiavi sono stati, oltre ai crimini di guerra, due tra i primi crimini internazionali ad essere stati perseguiti dagli Stati in maniera coordinata tra loro. La repressione di questi due crimini segnò inoltre un ampliamento di mentalità non indifferente che portò la comunità internazionale a non preoccuparsi unicamente di atti commessi da uno Stato contro gli abitanti di un altro Stato, come nel caso

¹ R. C. SLYE-B. VAN SCHAACK, *International Criminal Law: Essentials*, New York, 2009, p.7.

della guerra, ma anche di atti commessi da soggetti privati e volti a ledere valori morali universali, come nel caso della schiavitù.

Il crimine di pirateria, essendo commesso in acque internazionali, poteva essere perseguito dinnanzi ai tribunali di qualsiasi nazione fosse in grado di arrestare i colpevoli in alto mare, e diede quindi origine al concetto di giurisdizione universale, caratteristica centrale del moderno ICL.

Non solo, nel diritto internazionale "tradizionale" la responsabilità per un illecito internazionale, anche se commesso da un individuo, era configurabile unicamente come responsabilità di uno Stato; la prima ipotesi relativa ad una responsabilità di carattere individuale fu proprio quella relativa alla commissione del crimine di pirateria².

Gli sforzi collettivi di combattere la pirateria cominciarono nel 1856 con la "*Paris Declaration Respecting Maritime Law*", volta ad eliminare la pirateria nei conflitti armati, ma fu solamente nel 1958, con la redazione della "*Geneva Convention of the High Seas*", che il crimine di pirateria ottenne una autentica definizione, contenuta nell'art. 15:

“Piracy consists of any of the following acts:

(1) Any illegal acts of violence, detention or any act of depredation, committed for private ends by the crew or the passengers of a private ship or a private aircraft, and directed:

(a) On the high seas, against another ship or aircraft, or against persons or property on board such ship or aircraft;

(b) Against a ship, aircraft, persons or property in a place outside the jurisdiction of any State;

(2) Any act of voluntary participation in the operation of a ship or of an aircraft with knowledge of facts making it a pirate ship or aircraft;

(3) Any act of inciting or of intentionally facilitating an act described in

² A. CASSESE, *Diritto Internazionale*, Bologna, 2013, p.346.

*subparagraph 1 or subparagraph 2 of this article.*³”

La stessa definizione, con differenze prettamente stilistiche, compare anche nella "*United Nations Law of the Sea Convention*", datata 1982, la quale, nell'art. 105, codifica il già menzionato concetto di giurisdizione universale, rimasto fino ad allora mera pratica consuetudinaria:

*“On the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any State, every State may seize a pirate ship or aircraft, or a ship or aircraft taken by piracy and under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board. The courts of the State which carried out the seizure may decide upon the penalties to be imposed, and may also determine the action to be taken with regard to the ships, aircraft or property, subject to the rights of third parties acting in good faith.”*⁴”

L'abolizione della schiavitù e della tratta di schiavi è un altro importante capitolo della storia dell'ICL e dei diritti umani. Nel 1890 il "*General Act for Repression of the African Slave Trade*" (il cd. "*Brussels Act*") portò tutti gli Stati firmatari a criminalizzare la tratta di schiavi e a perseguire i responsabili, dando così il via a quello che si può considerare un altro tra i primi esempi, tanto di giurisdizione universale, quanto di responsabilità individuale. Anni dopo, nel 1956, il regime giurisdizionale del Brussel Act venne ripreso ufficialmente dalla "*Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery*". L'art. 6 in particolare disponeva che ogni atto teso a schiavizzare un'altra persona dovesse essere considerato un reato per le leggi degli Stati parte e dovesse essere punito dalle stesse⁵.

Il moderno diritto penale internazionale prende massicciamente spunto

3 Convention on the High Seas, Apr. 29, 1958, 13 U.S.T. 2312, 450 U.N.T.S. 82.

4 United Nations Convention on the Law of the Sea, Dec. 10, 1982, 1833 U.N.T.S. 3.

5 Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, Apr. 30, 1956, 266 U.N.T.S. 3.

anche dal diritto internazionale umanitario (da adesso in poi “IHL”) che prescrive le regole internazionali che governano i conflitti armati. Sebbene la storia dell'IHL abbia raggiunto un punto di svolta con le Conferenze internazionali dell'Aja e di Ginevra, tutte le culture hanno da sempre sentito l'esigenza di regolamentare le guerre; già gli antichi Romani e gli antichi Greci, per non fare che un esempio, operavano una distinzione tra soldati e civili individuando unicamente nei confronti dei primi la legittimità di un attacco⁶.

L'IHL contemporaneo nasce nel 19° secolo specialmente per l'impulso di un banchiere svizzero, Jean Henri Dunant, che nell'intento di incontrare l'Imperatore Napoleone III per donargli due volumi di sua creazione (per ricevere, in cambio, delle concessioni economiche) si rese inavvertitamente testimone delle orribili atrocità scaturite dal conflitto tra l'esercito Austriaco e quello Franco-Italiano nella radura di Solferino in provincia di Mantova⁷. Era il 1859, sul campo di battaglia erano rimasti decine di migliaia tra morti e feriti. Era terminata una delle più sanguinose battaglie dai tempi di Waterloo. Tre anni dopo, nel 1862, Dunant scrive e pubblica un volumetto (“*Un souvenir de Solferino*”) in cui da un lato descrive le indicibili sofferenze dei sopravvissuti e dall'altro un'idea rivoluzionaria, vale a dire la stipulazione di una convenzione internazionale volta a istituire nei vari Paesi Europei una società permanente e volontaria per curare le vittime della guerra; nascono così, nel 1863, le prime croci rosse nazionali⁸. Le idee umanitarie di Dunant ricevettero un forte consenso dal governo Svizzero, che indisse una conferenza diplomatica tra Stati per tracciare regole a prevenzione delle atrocità di cui Dunant si era reso testimone; la conferenza portò alla firma, nel 1864, della prima "Convenzione di Ginevra per il Miglioramento delle Condizioni dei Feriti delle Forze Armate in Guerra", trattato multilaterale sulla scorta del quale verrà creato, nello stesso anno, il

6 R. C. SLYE-B. VAN SCHAACK, *International Criminal Law: Essentials*, New York, 2009, p.13.

7 A. CLAPHAM-P. GAETA, *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 2014, p.3.

8 *Ibid.*, p.4.

"Comitato Internazionale della Croce Rossa" (il cd. "*International Committee of the Red Cross*"), e che porterà, anni dopo, alla stipulazione delle restanti Convenzioni di Ginevra⁹.

La Convenzione di Ginevra del 1864, oltre a dare la nascita al moderno IHL e al CICR, portò alla redazione di diverse norme scritte di carattere universale per la protezione delle vittime dei conflitti, imponendo l'obbligo di prestare le dovute cure a tutti i militari, senza alcuna distinzione di nazionalità, confermando inoltre la neutralità e il dovere di rispetto nei confronti del personale medico attraverso la creazione e l'uso del noto emblema della croce rossa su fondo bianco.

Si può a questo punto riconoscere come la *ratio* dell'IHL sia quella di limitare le atroci conseguenze dei conflitti armati, cercando di dare la migliore protezione e assistenza possibile alle loro vittime. Questo diritto si concentra sul conflitto "di fatto" e non sulle ragioni o sulla legittimità del ricorso alla forza armata, sottolineando una storica dicotomia del diritto internazionale, vale a dire quella relativa alla differenza tra lo *Ius in bello*, volto a disciplinare la condotta e gli effetti di un conflitto, e lo *Ius ad bellum*, volto a regolare la legittimità o meno del diritto di ricorso alla forza armata. Ebbene, l'IHL è espressione diretta dello *ius in bello*; quindi, nel caso di un conflitto armato, non si occupa di accertare chi si sia reso responsabile, per esempio, di aver violato il principio del divieto del ricorso all'uso della forza armata, bensì di regolare il conflitto in sé e si applica ai soggetti¹⁰, indipendentemente dalle ragioni del loro conflitto e dal loro schieramento, con l'intento di proteggere le vittime della guerra e i loro diritti fondamentali.

I principi fondamentali dello *ius in bello* e dei crimini di guerra sono stati codificati per la prima volta, a livello internazionale, tra la fine del 19° secolo e l'inizio del 20° in occasione delle due "Conferenze di Pace dell'Aia" indette dallo Zar russo Nicola II, rispettivamente nel 1899 e nel 1907.

⁹ *Ibid.*, p.5

¹⁰ Da intendere come le parti che combattono.

La prima conferenza si svolse tra il 18 maggio e il 29 luglio del 1899, vide la partecipazione di 26 stati che sottoscrissero tre Convenzioni e tre Dichiarazioni e venne rivolta principalmente ai seguenti fini: il mantenimento della pace, la riduzione degli armamenti e la regolamentazione del conflitto bellico. La seconda conferenza, invece, si svolse tra il 15 giugno e il 18 ottobre del 1907 e vide la partecipazione di 44 stati che sottoscrissero tredici convenzioni e una dichiarazione, alcune delle quali ribadirono o semplicemente precisarono le precedenti norme, mentre altre funsero da completamento o da ampliamento del diritto umanitario.

La Convenzione che merita più di tutte attenzione è certamente la quarta del 1907¹¹ concernente “Le leggi e gli Usi della Guerra Terrestre”, composta da un preambolo di nove articoli¹², in cui sostanzialmente le parti contraenti si impegnano a ratificare la Convenzione, e da un regolamento di cinquantasei articoli¹³ che consentirono di giudicare i comportamenti degli eserciti durante le guerre del Novecento.

Quello che può essere considerato come principio fondamentale dello jus in bello¹⁴ è contenuto nella seconda sezione, capitolo uno, articolo 22 della citata Convenzione, che recita: “*The right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited.*”¹⁵”

La Convenzione prosegue elencando ulteriori divieti, come quello relativo all'uso di armi avvelenate o atte a cagionare danni non necessari, o come il divieto di attaccare o di bombardare città, villaggi o abitazioni indifese. Particolare interesse, infine, presenta nel preambolo la cd. “*Martens Clause*” intitolata appunto a Friedrich Fromhold Martens, delegato dell'Impero Russo alla Conferenza di pace del 1899. Questa clausola oltre ad essere presente nella citata Convenzione appare inoltre, seppur con qualche

11 Come completamento della seconda del 1899.

12 Contro i cinque della versione del 1899.

13 Contro i sessanta della versione del 1899.

14 R. C. SLYE-B. VAN SCHAACK, *International Criminal Law: Essentials*, New York, 2009, p.16.

15 Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, Oct.18, 1907, 36 Stat. 2277, 205 Consol. T.S. 2.

modifica, nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel loro Primo Protocollo del 1977. La clausola Martens recita:

*“Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirements of the public conscience.”*¹⁶

Questa clausola in realtà venne concepita ed inserita più come espediente diplomatico che come clausola umanitaria; Martens cercò infatti di trovare un punto di incontro tra grandi e piccole potenze riguardo lo status da attribuire a quei civili di un territorio occupato che avessero fatto ricorso all'uso delle armi contro l'esercito occupante¹⁷.

Le grandi potenze, come per esempio la Germania, non erano d'accordo nel garantire a questi ultimi lo status di *lawful combatants*, sostenendo invece che andassero trattati come *francs-tireurs*, termine usato con chiaro riferimento alle milizie irregolari Francesi che si ribellarono all'occupazione tedesca durante la Guerra Franco-Prussiana e successivamente usato per identificare i cd. *guerrilla fighters*¹⁸.

Questa clausola, nel corso degli anni, ha dato adito alle più vaste e differenti interpretazioni e, tra tutte, sembra utile esporre quella effettuata da Antonio Cassese: egli ravvisò nella clausola non tanto l'origine dei principi di umanità, quanto piuttosto la specifica accettazione, in forma di trattato, da parte degli Stati che questi principi esistono, evidenziando inoltre che i

16 *Ibid.*, Preamble.

17 A. CASSESE, *Il diritto umanitario e le sue sfide*, in 2° Corso internazionale di formazione dei Cappellani Militari Cattolici al diritto umanitario, Roma, 12-13 ott. 2007, p.3, consultabile all'indirizzo

<http://www.iustitiaetpax.va/content/dam/giustiziaepace/image/Francais/pdf/cassese.doc>.

18 R. C. SLYE-B. VAN SCHACCK, *International Criminal Law: Essentials*, New York, 2009, p.16.

principi e le regole di diritto consuetudinario contenuti in un trattato possano essere ricavabili non solo dalla pratica degli Stati, ma anche dalle leggi dell'umanità e dalle esigenze della coscienza pubblica¹⁹.

Da quanto appena descritto riguardo alle Convenzioni dell'Aja si può evincere che esse, per quanto motivate da intenti volti a limitare le sofferenze causate dalla guerra, furono in realtà utilizzate per tutelare gli interessi degli Stati coinvolti nei conflitti piuttosto che gli individui in sè, sottolineando come in quel periodo storico gli individui fossero presi ancora in considerazione unicamente per la loro appartenenza o collegamento ad uno Stato. Allo stesso modo anche le leggi della guerra, sia di natura consuetudinaria che convenzionale, prevedevano che, in caso di una qualche violazione, la responsabilità ricadesse unicamente sugli Stati piuttosto che sugli individui.

Al termine della seconda Conferenza dell'Aja cominciarono i preparativi per una terza Conferenza, fissata per il 1915, ma il corso degli eventi prese una piega inaspettata. Il 28 giugno 1914 a Sarajevo, Gavrilo Princip, nazionalista di origini serbe, assassinò l'arciduca Francesco Ferdinando d'Asburgo Este e sua moglie Sophie Chotek von Chotkowa, dando vita al *casus belli* della Prima Guerra Mondiale.

La fine del primo conflitto mondiale mise al centro dell'attenzione il problema della effettiva repressione dei crimini di guerra. Durante la Grande Guerra gli abusi contro i soldati, i prigionieri di guerra e i civili si presentarono ad un livello senza precedenti. I crimini perpetrati da due nazioni in particolare meritano un approfondimento. La Germania si rese protagonista di atrocità come l'aver preso di mira i civili e città indifese, violato la neutralità di Paesi come il Lussemburgo e il Belgio, e, soprattutto, si rese responsabile di aver dato inizio al conflitto. L'Impero Ottomano, attraverso l'organizzazione di stampo nazionalista conosciuta come i "Giovani Turchi", si rese responsabile di aver messo in scena uno dei primi

¹⁹ A. CASSESE, *The Martens Clause: Half a loaf or Simply Pie in the Sky?*, in *EJIL*, 2000, Vol. 11, I, pp.187-216.

casi di genocidio del 20° secolo, nel tentativo di sradicare gli Armeni cristiani da quella che oggi è la Turchia e con l'obbiettivo di creare uno stato nazionale turco. Infatti l'Impero Ottomano, col pretesto di scongiurare una rivoluzione Armena ormai alle porte, diede il via a deportazioni in campi di prigionia e massacri di massa che portarono ad uccisioni per oltre un milione di persone dando vita a quello che gli Armeni chiamano “*Medz Yeghern*”, letteralmente il “Grande Male”.

Davanti a tali offese le potenze vincitrici istituirono, nel gennaio del 1919, una Commissione incaricata di valutare la responsabilità penale del *Kaiser* Guglielmo II, ex Imperatore della Germania, per aver dato vita ad una guerra di aggressione. La Commissione venne istituita anche per valutare la responsabilità degli ufficiali e dei soldati delle armate degli Imperi Centrali per aver commesso atti contrari al diritto bellico e per formulare delle proposte per l'istituzione di un tribunale speciale incaricato di giudicare i colpevoli. Il concetto di responsabilità stava dunque aprendo le porte anche alla categoria degli individui e non più unicamente a quella degli Stati.

La Commissione presentò il proprio rapporto alla Conferenza di Pace di Parigi, nella quale, tra il 1919 e il 1920, si negoziò la pace con le potenze degli Imperi Centrali. Il rapporto documentò oltraggi di ogni tipo, sia contro il diritto bellico sia contro le leggi dell'umanità. Il rapporto si concludeva legittimando le potenze Alleate a giudicare nei propri Tribunali gli autori delle violazioni del diritto bellico e stabilendo che quei criminali di guerra nei confronti dei quali non fosse stato possibile attuare un procedimento di tipo “domestico” fossero giudicati dinanzi ad un tribunale speciale.

Quanto appena descritto verrà sancito negli articoli di quello che è il trattato di maggior importanza tra quelli preparati durante la Conferenza di Parigi, vale a dire il "Trattato di Versailles", datato 28 giugno 1919, che regolò gli obblighi della Germania nei confronti degli Alleati, tra cui quello di accettare l'intera responsabilità della guerra (la cd. “*war guilt clause*”) e che diede vita formalmente²⁰ alla Società delle Nazioni, ente internazionale che

²⁰ I primi ventisei articoli del Trattato sono interamente dedicati ad essa.

ebbe come finalità principale il mantenimento della pace.

Tre articoli del trattato di Versailles, riguardanti quanto sopra descritto in merito ai giudizi penali dei criminali di guerra, meritano un'attenzione particolare: si tratta degli articoli 227, 228 e 229, contenuti all'interno della VII Parte concernente le sanzioni.

Nell'articolo 227 era prevista l'istituzione di un Tribunale internazionale speciale, composto da cinque giudici rappresentativi di Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia, Italia e Giappone, per processare l'ex Imperatore Guglielmo II per “*supreme offence against international morality and the sanctity of treaties*.”²¹

L'articolo 228 riconosceva agli Alleati il diritto di condurre dinnanzi a tribunali militari nazionali le persone accusate di aver commesso atti in violazione delle leggi e degli usi di guerra ed obbligava inoltre il governo tedesco a consegnare agli Alleati dette persone²².

L'articolo 229, infine, riguardava quelle persone colpevoli di aver commesso atti contro i cittadini di una o più potenze degli Alleati, prevedendo rispettivamente o la conduzione dinnanzi al Tribunale della singola potenza, o dinnanzi ad un Tribunale militare misto, composto dai membri delle potenze interessate²³. Sebbene vada riconosciuto agli Alleati il tentativo concreto di punire i crimini di guerra, nessuna delle citate disposizioni trovò effettiva applicazione e l'intera faccenda si dimostrò quindi un fiasco. Guglielmo II si rifugiò nei Paesi Bassi, i quali si rifiutarono di concedere la sua estradizione, e gli Alleati si trovarono a dover accettare la richiesta della Germania di giudicare i cittadini tedeschi dinnanzi alla Suprema Corte di Leipzig, pur di conservare una qualche traccia del loro progetto, ottenendo l'irrisorio risultato di dodici condanne a pene piuttosto miti e perdipiù successivamente sottoposte ad amnistia.

Nel periodo tra le due guerre, la Società delle Nazioni si adoperò nel tentativo di colmare alcune delle lacune legali venute a galla dopo il primo

21 Treaty of Versailles, June 28, 1919, in *AJIL*, 1920, Vol. 13, p.151.

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*

conflitto mondiale. Quello che può considerarsi il risultato più soddisfacente è certamente l'istituzione, nel 1920, della “Corte Permanente di Giustizia Internazionale”. Per la precisione era stata proposta anche l'istituzione di una "Corte Permanente Penale Internazionale", che avrebbe dovuto avere giurisdizione su crimini costituenti violazioni dell'ordine pubblico o comunque contro la legge universale delle nazioni, ma venne scartata. Un altro aspetto considerabile è di sicuro l'ottimistico “Patto Briand-Kellogg²⁴”, originariamente trattato bilaterale tra Stati Uniti e Francia²⁵ e successivamente aperto ad una ratifica globale²⁶, con il quale sostanzialmente si rinunciava alla guerra come strumento di politica internazionale dichiarandola come non appartenente all'ordinamento giuridico degli Stati. Il patto vincolava i propri membri a:

“condemn recourse to war for the solution of international controversies, and renounce it as an instrument of national policy in their relations with one another [...] and agree that the settlement or solution of all disputes or conflicts of whatever nature or of whatever origin they may be, which may arise among them, shall never be sought except by pacific means.”²⁷

Il Patto però, oltre ad essere controverso in quanto privo di sanzioni per gli Stati inadempienti, non trovò mai applicazione poichè nel 1931 il Giappone invase la Manciuria, nel 1935 l'Italia invase l'Etiopia e nel 1939 la Germania invase la Polonia dando il via alla Seconda Guerra Mondiale, destinata a durare fino al 1945. L'immensa gravità dei crimini commessi durante il Secondo conflitto mondiale segnarono, a livello ideologico, una sorta di ritorno alle origini. Gli Alleati, ancora una volta vincitori, concentrarono infatti le proprie attenzioni da un lato nell'adozione di Convenzioni²⁸ e nella

24 Conosciuto anche come “Patto di Parigi” o “Trattato Generale di Rinuncia alla Guerra”.

25 Datato 1927.

26 Tra il 1928 ed il 1929.

27 General Treaty for the Renunciation of War as an Instrument of National Policy, Aug.

27, 1928, 46 Stat. 2343, 94 L.N.T.S. 57.

28 Segnatamente quella contro il genocidio e le quattro di Ginevra.

stesura della Carta dell'ONU, volte a proclamare e a tutelare i diritti fondamentali, e dall'altro riprendendo in mano la strategia di una giustizia penale internazionale, incentrata principalmente ed una volta per tutte sulla responsabilità individuale, con l'istituzione di due tribunali militari internazionali²⁹ di massima importanza per quanto concerne specialmente l'evoluzione dei crimini internazionali. Nell'Ottobre del 1942 la Società delle Nazioni pose le basi per la creazione di una Commissione incaricata di indagare sui crimini di guerra commessi dai soldati nazisti, che venne effettivamente costituita esattamente un anno dopo, nell'ottobre del 1943. Nello stesso periodo, precisamente il 30 ottobre, con la "Dichiarazione di Mosca" le tre maggiori potenze alleate, Regno Unito, Stati Uniti ed Unione Sovietica, stabilirono che i criminali di guerra tedeschi sarebbero stati giudicati e puniti nei Paesi in cui erano stati commessi i crimini, prevedendo invece per gli altri una punizione decisa di concerto dai Governi degli Alleati. Quanto appena esposto venne poi ripreso l'8 agosto 1945 nel "*London Agreement*" (cd. "Carta di Londra"), precisamente nell'articolo 1 che recita:

*"There shall be established after consultation with the Control Council for Germany an International Military Tribunal for the trial of war criminals whose offenses have no particular geographical location whether they be accused individually or in their capacity as members of the organizations or groups or in both capacities."*³⁰

In allegato alla Carta di Londra, infatti, venne inserito lo Statuto di istituzione del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga. Diverso fu invece l'iter che portò all'istituzione del secondo Tribunale Militare Internazionale, vale a dire quello di Tokyo, che fu tecnicamente fondato da una decisione unilateralmente adottata, per quanto con l'acquiescenza delle

²⁹ Il Tribunale Penale Internazionale di Norimberga e quello di Tokyo.

³⁰ Agreement for the prosecution and punishment of the major criminals of the European Axis ("*London Agreement*"), Aug. 8, 1945, 82 U.N.T.C. 280.

altre potenze alleate, dal Comandante Supremo delle Potenze Alleate per l'Estremo Oriente, il Generale statunitense Douglas MacArthur, il 19 gennaio del 1946. L'istituzione di questi due Tribunali, così come la loro giurisdizione e le norme contenute nei loro Statuti, segnò un punto di svolta nello sviluppo dei crimini internazionali e, più in generale, del diritto penale internazionale. Per non fare che un esempio l'articolo 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga³¹ elencò e definì, per la prima volta, le fattispecie qualificabili come crimini internazionali, vale a dire i crimini contro la pace, i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità, stabilendo inoltre che questi crimini comportassero una responsabilità penale individuale. La *ratio* della scelta di perseguire gli individui che si macchiarono di crimini internazionali anziché i loro Stati di appartenenza si può evincere, in maniera chiara e sintetica, dall'estratto di una sentenza del Tribunale di Norimberga, che recita:

“crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.”³²

In questi stessi anni, come già anticipato, nacque una nuova organizzazione internazionale e vennero adottate diverse Convenzioni a dir poco fondamentali.

Tra l'agosto e l'ottobre del 1944 i rappresentanti di Stati Uniti, Unione Sovietica, Gran Bretagna e Cina parteciparono alla “Conferenza di Dumbarton Oaks” per delineare quelli che sarebbero stati i caratteri fondamentali della nuova Organizzazione internazionale, che avrebbe preso il posto della ormai obsoleta Società delle Nazioni. A questa Conferenza seguì, tra l'aprile e il giugno del 1945, la “Conferenza di San Francisco” a cui presero parte 51 Stati e durante la quale si giunse alla firma dello

³¹ Lo stesso testo è contenuto nell'articolo 5 di quello di Tokyo.

³² Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Vol. I, 1947, p.223.

“Statuto delle Nazioni Unite”, che entrò in vigore il 24 ottobre dello stesso anno sancendo così la nascita della Organizzazione delle Nazioni Unite, l'ONU. Secondo quanto disposto dallo Statuto stesso, le funzioni dell'ONU sono quattro e così riassumibili: mantenere la pace e la sicurezza a livello internazionale, sviluppare relazioni amichevoli fra le nazioni, cooperare nella risoluzione dei problemi e nella promozione del rispetto per i diritti umani e, infine, armonizzare le diverse iniziative nazionali³³.

Nel 1948, precisamente il 9 Dicembre, venne compiuto un ulteriore passo nell'evoluzione dei crimini internazionali e del diritto umanitario con l'adozione della “Convenzione per la Prevenzione e Repressione del Delitto di Genocidio³⁴”, confermando la natura di crimine internazionale del genocidio³⁵, punendolo e demandando alle parti contraenti l'emanazione delle leggi necessarie per dare attuazione alla Convenzione³⁶. L'importanza di questa Convenzione è stata tale da consentirle, nel corso degli anni, di essere elevata al livello di fonte consuetudinaria del Diritto Internazionale, assumendo quindi lo status di *jus cogens* e, come tale, di essere riconosciuta come universalmente inviolabile ed inderogabile anche da quegli Stati che non l'abbiano ratificata.

Più articolato è senza dubbio il discorso relativo alle quattro "Convenzioni di Ginevra", datate 12 agosto 1949, che tutt'oggi costituiscono quello che può essere considerato il nocciolo duro del diritto internazionale umanitario, così come una conferma per quelle aspettative relative alla responsabilità penale individuale per violazioni del diritto internazionale. Il cd. Diritto di Ginevra, riguardante appunto la protezione delle vittime dei conflitti armati e della popolazione civile (in buona sostanza i soggetti non coinvolti attivamente nel conflitto), si è sviluppato a partire dalla già citata Convenzione del 1864, passando per quelle del 1906 e del 1929, per poi giungere alle quattro del 1949, e si distingue tradizionalmente dal cd. Diritto

33 Charter of the United Nations, Oct. 24, 1945, 1 U.N.T.S. XVI.

34 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Dec. 9, 1948, 78 U.N.T.S. 277.

35 Genocide Convention, articolo 1.

36 *Ibid.*, articolo 5.

dell'Aja, riguardante invece la regolazione della condotta e degli effetti del conflitto armato. Ebbene, le quattro Convenzioni sono così composte: “Convenzione per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle forze armate sul campo³⁷” (cd. "Geneva I"), “Convenzione per il miglioramento delle condizioni dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate sul mare³⁸” (cd. "Geneva II"), “Convenzione relativa al trattamento dei prigionieri di guerra³⁹” (cd. "Geneva III") e “Convenzione relativa alla protezione dei civili in tempo di guerra⁴⁰” (cd. "Geneva IV"). La comunità internazionale adottò successivamente due "Protocolli Addizionali" in risposta al cambiamento della natura dei conflitti armati. Il primo “Relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali⁴¹” ed il secondo “Relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali⁴²”, entrambi datati 8 giugno 1977. Dal punto di vista penalistico le quattro Convenzioni codificarono i crimini di guerra riconosciuti a Norimberga e a Tokyo, prevedendo l'obbligo per i singoli Stati di:

“enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention.”⁴³

Per “*grave breaches*”, ci si riferisce a quelle impicanti i seguenti atti, commessi contro persone o beni protetti dalla convenzione:

37 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Aug. 12, 1949, 75 U.N.T.S. 31.

38 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Aug. 12, 1949, 75 U.N.T.S. 85.

39 Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, Aug. 12, 1949, 75 U.N.T.S. 135.

40 Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Aug. 12, 1949, 75 U.N.T.S. 287.

41 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8 June, 1977, 1125 U.N.T.S. 3.

42 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, 8 June, 1977, 1125 U.N.T.S. 609.

43 Geneva III, articolo 129.

"willfull killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, willfully causing great suffering or serious injury to body or health, compelling a prisoner of war to serve in the forces of the hostile Power, or willfully depriving a prisoner of war of the rights of fair and regular trial prescribed in this Convention."⁴⁴

La seconda metà del 20° secolo si è svolta dunque all'insegna dello sviluppo e della positivizzazione dell'IHL così come dell'ICL per quanto, giova ricordarlo ancora una volta, le norme contenute nelle citate Convenzioni siano basate su precetti non accompagnati da sanzioni, spettando ai singoli Stati aderenti la previsione e l'implementazione di un sistema sanzionatorio. In definitiva, i diritti dichiarati in queste Convenzioni, di logica prettamente positivistica, avrebbero necessitato di essere completati con una protezione a livello giurisdizionale.

Nel periodo successivo alla Guerra Fredda, l'opinione pubblica internazionale venne drasticamente sconvolta prima dai conflitti nella ex Jugoslavia e successivamente da quelli in Ruanda. I crimini contro l'umanità, i crimini di guerra ed il crimine di genocidio erano tornati all'ordine del giorno. Il 6 ottobre del 1992 il Consiglio di Sicurezza dell'ONU diede istruzioni al Segretario Generale, ruolo ricoperto al tempo dal diplomatico Egiziano Boutros Boutros-Ghali, di istituire una Commissione di Esperti per documentare le violazioni di diritto internazionale. Durante le investigazioni gli stessi governi, così come le organizzazioni non governative, spinsero affinché fosse creato un Tribunale internazionale *ad hoc*, così da poter perseguire a livello individuale i responsabili degli abusi documentati dalla Commissione. L'anno successivo, il 22 febbraio del 1993, con la Risoluzione 808 il Consiglio di Sicurezza decise all'unanimità che:

"an international tribunal shall be established for the prosecution of

⁴⁴ *Ibid.*, articolo 130.

*persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991.*⁴⁵”

Boutros Boutros-Ghali venne incaricato di redigere un progetto preliminare di statuto che il 25 maggio del 1993, con la Risoluzione 827⁴⁶, venne accolto e adottato dal Consiglio di Sicurezza. Venne dunque istituito, con sede all'Aia, il “Tribunale Internazionale per il perseguimento delle persone responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio dell'ex Jugoslavia dal 1991⁴⁷”.

L'anno successivo il Ruanda venne “inghiottito” da un genocidio di proporzioni colossali che portò, nel giro di quattro mesi, alla morte di quasi un milione di persone tra Tutsi e Hutu, i due popoli al centro di questo conflitto. Avendo già istituito un tribunale ad hoc per l'ex Jugoslavia, il Consiglio di Sicurezza non poté ignorare nè il massivo numero di vittime, nè tantomeno la minaccia che la situazione creatasi costituiva per la pace internazionale. Con l'adozione della Risoluzione 955⁴⁸ datata 8 novembre 1994, istituì un secondo tribunale *ad hoc* con sede ad Arusha in Tanzania, il “Tribunale penale internazionale per il Ruanda⁴⁹”, per perseguire le persone responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio ruandese e nei territori limitrofi dal 1 gennaio al 31 dicembre del 1994. Questi due Tribunali hanno competenza, fissata nei relativi Statuti, per crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, e furono dunque creati con una iniziativa dell'ONU, a differenza per esempio dei due Tribunali Militari Internazionali di Norimberga e Tokyo, espressione della volontà delle sole potenze vincitrici del secondo conflitto mondiale⁵⁰.

45 UN Security Council Resolution 808 (1993) Adopted by the Security Council at its 3157th meeting, Feb. 22, 1993, S/RES/808.

46 UN Security Council Resolution 827 (1993) Adopted by the Security Council at its 3217th meeting, May 25, 1993, S/RES/827.

47 ICTY.

48 UN Security Council Resolution 955 (1994), Nov. 8, 1994, S/RES/955.

49 ICTR.

50 I due Tribunali *ad hoc* verranno approfonditi nel Secondo capitolo.

Tra la fine del 20° secolo e l'inizio del 21°, oltre ai già citati Tribunali ad hoc, vennero istituiti nuovi tribunali per il perseguimento dei crimini internazionali, i cosiddetti "Tribunali Misti"⁵¹. Tra questi meritano di essere menzionati la "Corte Speciale per la Sierra Leone" (SCSL) con sede a Freetown, creata per giudicare i responsabili di crimini di guerra e crimini contro l'umanità commessi durante la guerra civile in territorio sierra leonense dopo il 1996, la "Corte Speciale di Timor Est" (SPSC) con sede a Dili, creata per giudicare i responsabili di genocidio, crimini di guerra, crimini contro l'umanità, omicidio, crimini sessuali e tortura commessi a Timor Est durante il 1999 e le "Corti Straordinarie della Cambogia per la persecuzione dei crimini commessi durante il Periodo della Cambogia Democratica" (ECCC) con sede a Chaom Chau, create per giudicare i responsabili di crimini di genocidio e crimini contro l'umanità commessi durante il regime di Pol Pot e dei suoi Khmer Rossi tra il 1975 ed il 1979.

L'inquadramento storico dell'ICL delineato in queste pagine merita di essere concluso attraverso la descrizione dei fatti che, a partire dalla fine del 1940, hanno portato all'istituzione della Corte Penale Internazionale permanente, tappa fondamentale della evoluzione di questo diritto ed eccellente argomento di chiusura per questo paragrafo. Dalla fine del 1940 l'Assemblea Generale dell'ONU incaricò la "Commissione di Diritto Internazionale" di considerare l'idea di istituire una Corte penale internazionale permanente. Furono dunque presentati due progetti di Statuto, nel 1951 e nel 1953, che non ebbero successo a causa del mancato consenso riguardante la definizione del crimine di aggressione. La guerra fredda, e il clima politico internazionale che ne scaturì, paralizzarono i lavori della Commissione che solamente nel 1992 fu in grado, di stilare una nuova bozza di Statuto che,

51 Questi tribunali si definiscono misti, o nella definizione inglese "*Internationalised Domestic Tribunals*", perchè sono composti da personale sia locale che internazionale e perchè istituiti con un atto di diritto interno frutto di accordi bilaterali con l'ONU; si differenziano dunque dai Tribunali ad hoc che sono invece organismi delle Nazioni Unite (tanto per composizione quanto per legislazione) con sede svincolata dal paese su cui esercitano la propria giurisdizione. Per non fare che un esempio, le ECCC sono state istituite con la "*Law on the Establishment of the extraordinary Chambers*" che è stata adottata dal Parlamento cambogiano in seguito a lunghe trattative con le Nazioni Unite.

ancora una volta, si rivelò insoddisfacente. Nel 1995, con la Risoluzione 50/46, l'Assemblea Generale istituì una Commissione Preparatoria a cui affidò il compito di “preparare un testo unificato e ampiamente condiviso di una convenzione per una Corte Penale Internazionale come primo passo per l'esame da parte di una conferenza di plenipotenziari.⁵²” Venne dunque deciso che detta conferenza si sarebbe tenuta a Roma dal 15 giugno al 17 luglio del 1998 con l'obiettivo, appunto, di formalizzare ed adottare la convenzione per l'istituzione della Corte. La Commissione Preparatoria si riunì per l'ultima volta dal 16 marzo al 3 aprile del 1998, terminando i propri lavori e inviando alla Conferenza il rapporto finale comprensivo del progetto di Statuto, che fu quindi approvato il 17 luglio 1998 dopo una conferenza che vide la partecipazione di 160 Stati, 120 dei quali votarono a favore. Lo Statuto di Roma è entrato in vigore il 1° Luglio del 2002 in seguito al deposito della sessantesima ratifica, come richiesto dall'articolo 126 comma 1 che recita:

“This Statute shall enter into force on the first day of the month after the 60th day following the date of the deposit of the 60th instrument of ratification, acceptance, approval or accession with the Secretary-General of the United Nations.⁵³”

Lo Statuto è stato infine revisionato durante la "Conferenza di Revisione" tenutasi a Kampala, capitale dell'Uganda, dal 31 maggio al 10 giugno 2010⁵⁴. L'articolo 123 ICC St. prevede infatti che sette anni dopo l'entrata in vigore dello Statuto venga convocata una Conferenza di revisione per esaminare possibili emendamenti, adottabili ex. articolo 121 ICC St. con il consenso di tutti gli Stati parte o, in mancanza, con una maggioranza dei due terzi. La Corte, avente carattere permanente e ponendosi quindi come

52 Establishment of an international criminal court, resolution adopted by the General Assembly, Dec.18, 1995, A/RES/50/46.

53 Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010), July 17, 1998, A/CONF.183/9, articolo 126, comma 1.

54 Che verrà approfondita nel sottoparagrafo relativo al crimine di aggressione.

organo a giurisdizione ordinaria, ha sede all'Aia e giurisdizione sui maggiori crimini internazionali commessi successivamente all'entrata in vigore dello Statuto, sui territori degli Stati parte o da parte dei loro cittadini. Con lo Statuto di Roma, inoltre, si è compiuto un importantissimo passo in avanti nel processo di codificazione dell'ICL, grazie per esempio alla individuazione, negli artt. 6, 7, 8 e 8 *bis*, degli elementi di contesto nonché delle singole condotte implicanti i crimini di genocidio, i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità e il crimine di aggressione o grazie alla disciplina dettata dagli artt. 77 e 78 in materia di sanzioni. Di notevolissima importanza è anche il testo sugli “Elementi dei crimini⁵⁵”, redatto dalla Commissione Preparatoria in seguito all'adozione dello Statuto di Roma, che, come precisato dall'omonimo articolo 9, ha la funzione di assistere il giudice nella interpretazione e nella applicazione degli artt. 6, 7, 8 e 8 *bis*, fornendo indicazioni che vadano a specificare tanto il contenuto, quanto gli elementi delle fattispecie presenti nello Statuto.

Questo passo in avanti, per quanto di notevole importanza, non è stato il primo e non sarà certamente l'ultimo dell'*iter* del diritto e della giustizia internazionale penale, che è destinato inesorabilmente a continuare.

55 Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court. Addendum. Part II, Finalized draft text of the Elements of Crimes, Nov. 2, 2000, PCNICC/2000/1/Add.2.

2. Categorie

Esaurita la panoramica storica, è ora il caso di analizzare i crimini internazionali appartenenti alla categoria dei cosiddetti *core crimes*, vale a dire quei crimini previsti da norme sia di natura consuetudinaria che pattizia e che si differenziano dunque dai cosiddetti *treaty crimes*, come per esempio il traffico internazionale di stupefacenti, e cioè quei crimini previsti essenzialmente solo da norme di natura pattizia⁵⁶. La prima categoria ad essere affrontata sarà quella relativa ai crimini di guerra, seguita da quella concernente il crimine di genocidio, il crimine di aggressione, il crimine di tortura e, infine, da una breve introduzione sulla categoria dei crimini contro l'umanità, a cui sarà dedicato l'intero Secondo Capitolo.

2.1 I Crimini di Guerra

I crimini di guerra sono codificati nell'articolo 8 dello Statuto di Roma⁵⁷ e la norma ivi contenuta è il frutto, come è stato possibile notare nel primo paragrafo, di un lungo processo di codificazione. Infatti, solo dopo la fine del secondo conflitto mondiale, grazie alle Convenzioni di Ginevra del 1949, vennero stabiliti veri e propri obblighi di incriminazione a livello legislativo in capo ai singoli Stati per quelle violazioni, definite “gravi infrazioni”, o “*grave breaches*”, relative ai conflitti armati internazionali. Questo obbligo di legiferare era volto a imporre l'adozione di tutte quelle misure legislative necessarie affinché il diritto penale dei vari ordinamenti aderenti alle Convenzioni fosse quanto più uniformato possibile alle esigenze dell'IHL. È giusto precisare, in vista dell'analisi dell' articolo 8 ICC St., che questo obbligo riguarda solamente i conflitti armati internazionali poichè per i conflitti interni, disciplinati dall'articolo 3 comune a tutte e

⁵⁶ A. TANZI, *Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo*, Padova, 2010, p.340.

⁵⁷ Da adesso in poi, più semplicemente, "ICC St.".

quattro le Convenzioni e dal secondo protocollo aggiuntivo del 1977, non è altrettanto previsto un obbligo di legiferare da parte dei legislatori nazionali. Con ciò ovviamente non si intende che sia vietato legiferare in tal senso, ma semplicemente non obbligatorio, anche in vista del fatto che le condotte individuate dall'art. 3 e dal secondo protocollo, come ad esempio l'omicidio o la comminazione di condanne senza previo giudizio davanti ad un tribunale che offra garanzie di indipendenza e imparzialità, sono per la maggior parte già previste come reati nei singoli Stati. Il nucleo fondamentale dei crimini di guerra risiede dunque nel Diritto di Ginevra e, prima di giungere all'analisi dell'articolo 8 ICC St, vale la pena di esaminare anche come questa tipologia di crimini sia regolamentata negli Statuti dei due Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e Ruanda. Per quanto riguarda l'ICTY bisogna prendere in considerazione gli articoli 2 e 3 dello Statuto. L'articolo 2 dispone che:

“The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949.”⁵⁸

Questo articolo è seguito da una lista di atti individuati appunto come gravi infrazioni e ricalcata dalle Convenzioni stesse, contenente ad esempio l'omicidio volontario, la distruzione e appropriazione di proprietà non giustificata da necessità militari e la presa in ostaggio di civili⁵⁹. L'articolo 3, invece, recita:

“The Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war.”⁶⁰

58 Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (as amended on 17 May 2002), May 25, 1993, articolo 2.

59 A. CASSESE-P. GAETA-J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford, 2002, Vol. I, p.385.

60 ICTY Statute, articolo 3.

A sua volta, è seguito da una lista non chiusa di quei comportamenti configurabili come violazioni e ricalcata essenzialmente dalle Convenzioni dell'Aia del 1899 e del 1907, contenente ad esempio l'impiego di armi tossiche e l'attacco o il bombardamento di città indifese. Tale disposizione è molto interessante poichè, a differenza dell'articolo 2, che evidentemente limita la propria portata applicativa ai solo conflitti armati di natura internazionale, è applicabile a tutte le violazioni dell'IHL a prescindere dalla natura internazionale o interna del conflitto. Infatti pur non contemplando nè l'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra, nè tantomeno il Secondo Protocollo Aggiuntivo (che come già ricordato estendono le regole dell'IHL ai conflitti interni), nella sentenza del 2 ottobre 1995 riguardante il “*caso Tadic*” i giudici internazionali, riconoscendo la natura tanto internazionale quanto interna del conflitto, sancirono che:

“article 3 may be taken to cover all violations of IHL other than 'grave breaches' of the four Geneva Conventions falling under article 2⁶¹”

aggiungendo inoltre che:

“article 3 functions as a residual clause designed to ensure that no serious violation of IHL is taken away from the jurisdiction of the International Tribunal. Article 3 aims to make such jurisdiction watertight and inescapable.⁶²”

Il discorso relativo all'ICTR è certamente più semplice poichè il conflitto verificatosi in Ruanda è stato, diversamente da quello nella ex Jugoslavia, un conflitto di natura principalmente interna. A conferma di ciò l'articolo 4 dello Statuto, concernente i crimini di guerra e intitolato appunto “Violazioni dell'articolo 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e del II

61 ICTY, *Tadic*, IT-94-1-T, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Appeals Chamber, Oct. 2, 1995, par.87.

62 *Ibid.*, par.91.

Protocollo aggiuntivo”, dispone che:

“The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 8 June 1977.”⁶³

Alla luce di quanto appena descritto, è giunto il momento di analizzare lo Statuto della ICC ed in particolare l'articolo 8, il quale prevede che l'ICC abbia giurisdizione sui crimini di guerra commessi durante un conflitto armato, sia internazionale che interno. E' ormai appurato come il diritto internazionale disciplini in maniera diversa queste due categorie di conflitti, ma è giusto delineare quella che può essere considerata come la distinzione principale tra le due categorie. Infatti, tutte quelle persone che prendono parte ad un conflitto di natura internazionale sono usualmente considerati “legittimi combattenti” (i cd. “*lawful combatants*”) e come tali non punibili per gli atti compiuti (atti di belligeranza ovviamente). Inoltre, in caso di cattura, acquisiscono lo *status* di “prigionieri di guerra” (i cd. “*POW*”). Nei conflitti di natura interna, invece, essi non possono essere considerati legittimi combattenti (cd. “*unlawful combatants*”) e lo Stato ha la piena libertà di assoggettarli alla propria potestà punitiva⁶⁴.

L'articolo 8 ICC St. dedica il primo comma alla individuazione della competenza della Corte e dispone che:

“The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as a part of a large-scale commission of such crimes.”⁶⁵

63 Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (as last amended on 13 October 2006), Nov. 8, 1994, articolo 4.

64 K. DORMANN, *The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants”*, in *IRRC*, 2003, Vol. 85, N° 849, pp.45-52.

65 ICC Statute, articolo 8, comma 1.

Nel primo comma è dunque individuabile l'elemento di contesto, come tale dotato di una importante funzione selettiva, poichè tutti quei crimini di guerra privi di tale elemento potranno essere puniti anche dalle varie legislazioni interne, o come crimini di guerra in base al diritto penale militare, o come crimini comuni in base al diritto penale⁶⁶. La scelta della locuzione "in particolare" infatti non impone una limitazione esclusiva, ma è stata solamente il risultato di un compromesso per conciliare, durante la fase delle negoziazioni, le posizioni di chi voleva una restrizione della giurisdizione della Corte ai soli crimini commessi su larga scala, con quelle di chi invece ambiva ad una Corte priva di qualsiasi restrizione⁶⁷.

Il secondo comma si occupa invece di definire quali violazioni vadano intese come crimini di guerra, distinguendo quelli commessi durante un conflitto armato internazionale, contenuti nelle lett. a) e b), da quelli commessi in un conflitto armato interno, contenuti nelle lett. c) ed e). Per quanto concerne le restanti lett. d) e f), esse individuano quelle "situazioni di disordine e tensione quali sommosse o atti di violenza sporadici o isolati di natura analoga⁶⁸" per le quali la Corte non ha competenza. La *ratio* di questa esclusione risiede nel fatto che in tali situazioni non ci si troverebbe all'interno di un conflitto armato "protratto⁶⁹", che rappresenta un presupposto necessario affinché le disposizioni relative ai crimini di guerra possano essere applicate⁷⁰.

Come già accennato, l'articolo 8.2 lett. a) e b) enumera le condotte costituenti crimini di guerra commessi all'interno di un conflitto armato internazionale. L'articolo 8.2 lett. a) prende in esame le gravi violazioni

66 AA. VV., *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*, Milano, 2010, p.448.

67 E. GREPPI, *I crimini di guerra e contro l'umanità*, Torino, 2001, p.204.

68 ICC Statute, articolo 8, comma 2, lettere d), f).

69 A riguardo, nel caso ICTY, *Tadic*, IT-94-1-T, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Appeals Chamber, Oct. 2, 1995, par.70, la Corte ha osservato quanto segue: "*an armed conflict exists whenever there is a resort to armed forced between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached.*"

70 A. CASSESE-P. GAETA-J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford, 2002, Vol. I, p.423.

delle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, nella quale rientrano quei crimini commessi contro persone e beni protetti dalle Convenzioni stesse. Vengono dunque elencate le seguenti condotte:

- "i. Wilful killing;*
- ii. Torture or inhuman treatment, including biological experiments;*
- iii. Wilfully causing great suffering, or serious injury to body or health;*
- iv. Extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly;*
- v. Compelling a prisoner of war or other protected person to serve in the forces of a hostile Power;*
- vi. Wilfully depriving a prisoner of war or other protected person of the rights of fair and regular trial;*
- vii. Unlawful deportation or transfer or unlawful confinement;*
- viii. Taking of hostages.⁷¹"*

L'articolo 8.2 lett. b) prende invece in considerazione le altre gravi violazioni delle leggi e delle consuetudini nei conflitti armati internazionali e quindi, nello specifico, quelle derivanti dalle norme consuetudinarie codificate dalle Convenzioni dell'Aia del 1907 e relativi regolamenti, le violazioni previste dal Primo Protocollo Aggiuntivo del 1977 e le altre violazioni previste dai trattati multilaterali dell'IHL. Le citate violazioni, affinché possano essere considerate crimini di guerra, necessitano, ex art. 2 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra, di essere poste in essere in un contesto di “guerra dichiarata o di un qualsiasi altro conflitto armato tra due o più parti contraenti, anche se lo stato di guerra non fosse riconosciuto da una di esse⁷²” o in tutti i “casi di occupazione totale o parziale del territorio di uno Stato, anche se questa occupazione non incontrasse resistenza militare alcuna.⁷³”

71 ICC Statute, articolo 8, comma 2, lettera a).

72 Geneva I, II, III, IV, articolo 2.

73 *Ibid.*

Nell'ambito dei conflitti armati interni, l'articolo 8.2 lett. c) prende in considerazione le gravi violazioni dell'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra, precisando inoltre che si tratta di atti commessi contro coloro che non partecipano direttamente alle ostilità, compresi i membri delle forze armate che abbiano deposto le armi, o le persone che non siano in grado di combattere per malattia, stato di detenzione o per altre cause. Vengono dunque elencate le seguenti condotte:

- i. Violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;*
- ii. Committing outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;*
- iii. Taking of hostages;*
- iv. The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all judicial guarantees which are generally recognized as indispensable⁷⁴.*

L'articolo 8.2 lett. e) elenca invece dodici gravi violazioni delle leggi e delle consuetudini nei conflitti armati di natura interna, derivanti dalle condotte previste nel Secondo Protocollo Aggiuntivo del 1977 e da altre norme consuetudinarie dell'IHL. Questa lettera, tra l'altro, è stata emendata durante la prima Conferenza di revisione dello Statuto e, sulla base del procedimento richiesto dallo Statuto stesso⁷⁵, sono stati aggiunti tre nuovi sottoparagrafi, compresi tra il tredicesimo ed il quindicesimo.

Dopo aver elencato le condotte che costituiscono crimini di guerra, è giusto evidenziare un altro essenziale presupposto di questi crimini, vale a dire il nesso che deve sussistere tra il crimine commesso ed il conflitto armato. La funzione, per così dire, di questo nesso è quella di distinguere i crimini di

⁷⁴ ICC Statute, articolo 8, comma 2, lettera c).

⁷⁵ Procedimento richiesto ex. articoli 121 e 123 ICC St.

guerra, sia dagli altri crimini internazionali, sia da quelle situazioni interne di disordine e tensione che non siano qualificabili come conflitti armati e che quindi, è bene ricordarlo, non rientrano nei meccanismi applicativi dell'articolo 8 ICC St. Secondo la giurisprudenza della ICTY, il nesso sussiste se *“the offences were closely related to the armed conflict as a whole^{76”}*. Il nesso va dunque accertato tenendo conto delle caratteristiche del caso concreto, non essendo necessario nè che l'atto criminoso sia commesso durante il combattimento⁷⁷, nè che faccia parte o sia approvato dalla politica di una delle parti in conflitto⁷⁸.

Secondo la giurisprudenza della ICTY, i da considerare rilevanti per stabilire la sussistenza del nesso causale sono:

“the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign and the fact that the crime is committed as a part of or in the context of the perpetrator's official duties.^{79”}

Questi criteri sono stati adottati anche dalla ICC. Infatti, il testo sugli Elementi dei Crimini⁸⁰ richiede che per ogni singola condotta vietata venga verificato, per quanto riguarda i conflitti armati di natura internazionale che *“the conduct took place in the context of and was associated with an international armed conflict^{81”}*, mentre per i conflitti armati di natura interna, che *“the conduct took place in the context of and was associated*

76 ICTY, *Tadic*, IT-94-1-T, *Judgement*, Trial Chamber, May 7, 1997, par.573.

77 *Ibid.*: *“nor is it necessary that crime alleged takes place during combat.”*

78 *Ibid.*: *“nor is it necessary that it be part of a policy or of a practice officially endorsed or tolerated by one of the parties to the conflict, or that the act be in actual furtherance of a policy associated with the conduct of war or in the actual interest of a party to the conflict.”*

79 ICTY, *Kunarac et al.*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, *Judgement*, Appeals Chamber, June 12, 2002, par.59

80 Da adesso in poi, più semplicemente "EC".

81 ICC Elements of Crimes, articolo 8.

*with an armed conflict not of an international character.*⁸²”

Per concludere, è importante dedicare qualche parola anche riguardo al terzo ed ultimo comma dell'articolo 8 ICC St. Ebbene, quest'ultimo comma contiene una clausola di non intervento (o "*saving clause*") che dispone:

*“Nothing in paragraph 2 (c) and (e) shall affect the responsibility of a Government to maintain or re-establish law and order in the State or to defend the unity and territorial integrity of the State, by all legitimate means.*⁸³”

Questa disposizione, che è sostanzialmente ricalcata da quella prevista dall'articolo 3 del Secondo Protocollo Aggiuntivo, avrebbe lo scopo di chiarire che gli Stati hanno libertà nella scelta dei mezzi di cui servirsi per il mantenimento della legge e dell'ordine o per difendere l'integrità territoriale. Questi mezzi, tuttavia, devono essere legittimi, e tali sono quelli che non rientrano tra le condotte vietate dall'articolo 8 in relazione ai conflitti armati di natura interna⁸⁴.

2.2 Il Crimine di Genocidio

Il crimine di genocidio è codificato nell'articolo 6 ICC St. che, per quanto concerne la definizione, ricalca in buona parte l'articolo 2 della “Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio” del 9 dicembre 1948. Il crimine è così definito:

“For the purpose of this Statute, "genocide" means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical,

⁸² *Ibid.*

⁸³ ICC Statute, articolo 8, comma 3.

⁸⁴ A. CASSESE-P. GAETA-J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford, 2002, Vol. I, pp.423-424.

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.*⁸⁵

Questa stessa definizione è stata adottata inoltre dagli Statuti dell'ICTY e dell'ICTR, rispettivamente negli articoli 4 e 2. Il genocidio si è evoluto da categoria dei crimini contro l'umanità a crimine autonomo dopo il secondo conflitto mondiale e la sua codificazione si deve essenzialmente come risposta all'Olocausto Nazista, considerato dalla dottrina come l'archetipo del genocidio⁸⁶. L'origine del termine, invece, risale al 1944 e si deve al giurista polacco Raphael Lemkin⁸⁷ che, durante la “Conferenza internazionale per l'unificazione del diritto penale”, propose di dichiarare come crimine di diritto internazionale gli atti miranti alla distruzione delle collettività razziali, religiose e sociali⁸⁸. Definizione ed etimologia a parte, il crimine di genocidio come norma venne codificato per la prima volta solo nel 1948 con la già citata "Convenzione Internazionale per la Prevenzione e per la Repressione del Genocidio", entrata in vigore il 12 gennaio del 1951. Questa Convenzione necessita di un approfondimento, a cui seguirà l'analisi dell'articolo 6 ICC St. Durante i molti processi di Norimberga, a causa della mancanza di una specifica norma riguardante il genocidio, il Tribunale Militare Internazionale si trovò costretto, in conformità col proprio Statuto, a qualificare condotte oggi punibili come atti di genocidio inquadrandole in una delle tipologie di crimini positivizzate fino a quel momento, vale a dire come crimini di guerra o crimini contro l'umanità; per questa ragione la

85 ICC Statute, articolo 6.

86 M. SHAW, *What is Genocide?*, Cambridge, 2007, p.3.

87 K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, 2014, Vol. II, p.1.

88 L'etimologia deriva infatti dalla combinazione del termine greco "genos", che significa razza, con quello latino "cidio", che significa invece uccisione

comunità internazionale ritenne necessario il riconoscimento del genocidio come crimine internazionale separato. Il primo passo⁸⁹ venne compiuto dall'Assemblea Generale dell'ONU che, con la Risoluzione 96 datata 11 dicembre 1946, nella quale venivano affermati all'unanimità i principi del diritto internazionale riconosciuti dallo Statuto e dalla sentenza del Tribunale di Norimberga, dichiarò che:

“Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of 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. The General Assembly, therefore, affirms that 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 punishable⁹⁰”

Due anni dopo veniva dunque adottata la "*Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*", che definì e proclamò il genocidio come crimine di diritto internazionale⁹¹; nello stesso anno, la Corte Internazionale di Giustizia dichiarava inoltre che le proibizioni contenute in detta Convenzione fossero elevate al rango di norme di diritto

89 K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, 2014, Vol. II, pp.3-4

90 UN General Assembly Resolution, Dec. 11, 1946, A/RES/96(I).

91 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, approved and proposed for signature and ratification by General Assembly Resolution, Dec. 9, 1948, A/RES/260(III).

internazionale consuetudinario.

La Convenzione precisa innanzitutto, nell'articolo 1, che il genocidio è un crimine che prescinde da un qualsiasi ambito temporale, specificando che debba essere prevenuto e punito "sia che venga commesso in tempo di pace sia che venga commesso in tempo di guerra"⁹². Seguono quindi l'articolo 2, che definisce gli atti punibili come genocidio e l'articolo 3, che si occupa di criminalizzare le condotte costitutive, vale a dire, oltre al genocidio in senso stretto, "l'intesa mirante a commetterlo, l'incitamento diretto e pubblico, il tentativo e la complicità"⁹³. L'articolo 4, confermando i principi del Tribunale Militare di Norimberga, specifica che la responsabilità penale per questo crimine può sorgere tanto in capo a chi lo abbia direttamente commesso, quanto a chi ne abbia ordinato la commissione. L'articolo 5, rivolto alle Parti contraenti, contiene l'obbligo di emanare misure legislative a livello nazionale per dare attuazione alle disposizioni della Convenzione, in particolar modo misure di tipo sanzionatorio per la prevenzione e la punizione del genocidio. Gli articoli 6 e 7 si occupano di regolare l'esercizio della giurisdizione mentre l'articolo 9 dispone che "per le controversie relative all'interpretazione, all'applicazione o all'esecuzione della Convenzione, comprendendo inoltre quelle relative alla responsabilità di uno Stato per atti di genocidio, la competenza appartiene alla Corte Internazionale di Giustizia"⁹⁴. Prima di passare all'analisi dell'articolo 6 ICC St. merita di essere menzionato che il primo caso portato davanti alla Corte Internazionale di Giustizia ex articolo 9 fu quello promosso dalla Bosnia-Erzegovina contro la Serbia e Montenegro, per i fatti avvenuti nel conflitto in ex-Jugoslavia⁹⁵⁹⁶.

92 Genocide Convention, articolo 1.

93 *Ibid.*, articolo 3.

94 *Ibid.*, articolo 9.

95 La vicenda processuale verrà trattata in maniera più approfondita nel Secondo Capitolo.

96 Le prime condanne da parte di un tribunale internazionale per un crimine di genocidio sono stata invece emesse dall'ICTR; la prima nei confronti di Jean Paul Akayesu il 2 settembre 1998, seguita da quella che condannò alla prigione a vita, il 4 settembre dello stesso anno, l'ex Primo Ministro del Ruanda Jean Kambanda, dichiaratosi colpevole di genocidio e crimini contro l'umanità.

Passando all'analisi dell'articolo 6 è possibile innanzitutto affermare che, sulla base della definizione fornita all'inizio del paragrafo, gli elementi essenziali sui cui si fonda questa fattispecie sono fondamentalmente tre⁹⁷, e precisamente:

1. un elemento oggettivo (cd. *actus reus*), che consiste nella commissione di almeno uno degli atti enumerati dalla lett. a) fino alla lett. e);
2. un elemento psicologico (cd. *mens rea*), che consiste nell'intenzione di distruggere il gruppo, in tutto o in parte;
3. un soggetto passivo, rappresentato dal gruppo, sia esso nazionale, etnico, razziale oppure religioso.

L'elemento oggettivo è dunque caratterizzato dalla commissione di almeno uno dei cinque atti proibiti dall'articolo 6, che meritano di essere analizzati singolarmente. La lett. a) si riferisce alla ipotesi della uccisione di membri del gruppo e definibile quindi come genocidio “fisico”, senza specificare alcuna modalità dell'evento lesivo e configurando dunque una condotta a forma libera, così come confermato dal testo degli EC, che a riguardo dispone semplicemente: “*the perpetrator killed one or more persons*”⁹⁸.

La lett. b) punisce come crimine di genocidio il fatto di cagionare gravi lesioni all'integrità fisica o psichica di persone appartenenti al gruppo, senza però chiarire quale debba essere la reale estensione di queste lesioni. Per quanto riguarda le gravi lesioni all'integrità fisica si può menzionare la giurisprudenza dell'ICTR che, nella sentenza *Akayesu*⁹⁹, ritiene “gravi” determinati tipi di lesioni fisiche a prescindere dal carattere permanente e irrimediabile eventualmente registrabile. In buona sostanza per essere definibili come “gravi” queste lesioni non devono per forza essere permanenti, ma tali da minacciare la distruzione del gruppo. Per quanto riguarda invece le gravi lesioni all'integrità psichica, è stabilito che per essere definite tali le lesioni debbano cagionare più di un “*minor or*

97 AA. VV., *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*, Milano, 2010, p.384.

98 ICC Elements of Crimes, articolo 6, lettera a), parte II-B

99 ICTR, *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Judgement*, Trial Chamber, Sept. 2, 1998, par.504.

temporary impairment”, dovendo quindi, al contrario di quelle fisiche, essere caratterizzate da un danno di natura permanente¹⁰⁰. Dal punto di vista “materiale” la giurisprudenza dell'ICTR conclude indicando come gravi lesioni all'integrità fisica e mentale la tortura e i trattamenti disumani e degradanti, lo stupro, la deportazione e la persecuzione dei membri del gruppo¹⁰¹.

La lett. c) punisce la deliberata sottoposizione del gruppo a condizioni di vita tali da comportare la distruzione fisica del gruppo, in maniera totale o parziale. Dal testo degli EC si evince innanzitutto come la condotta debba essere idonea a cagionare la distruzione fisica del gruppo a prescindere dall'effettivo verificarsi dell'evento e, inoltre, viene sottolineato come il termine “condizioni di vita” alluda anche¹⁰² a deliberate riduzioni di risorse indispensabili per la sopravvivenza, come il cibo, i servizi sanitari o l'espulsione dalla propria abitazione. La giurisprudenza dell'ICTY¹⁰³ ha aggiunto alle condotte appena citate quei comportamenti attuati nei campi di detenzione o tramite il bombardamento delle città o delle zone protette.

La lett. d) prende in considerazione l'ipotesi del cd. "genocidio biologico", perpetrato attraverso l'imposizione di misure volte ad impedire le nascite all'interno del gruppo. Preme, a riguardo, citare ancora una volta la giurisprudenza dell'ICTR relativamente alla sentenza *Akayesu*, nella quale vengono incluse le seguenti condotte, riconducibili a questa forma di genocidio: mutilazioni sessuali, pratiche di sterilizzazione, controllo forzato delle nascite, separazione dei sessi e divieto dei matrimoni¹⁰⁴. In questo giudizio l'ICTR ha inoltre incluso lo stupro di natura "strumentale" negli atti di genocidio, qualificandolo come tappa di distruzione del gruppo. La Corte argomentò che, in una società patriarcale dove l'appartenenza ad un gruppo

100 *Ibid.*, par.706-707

101 *Ibid.*

102 Il testo degli EC dispone infatti che: “*may include, but is not necessarily restricted to.*”

103 ICTY, *Karadzic and Mladic*, IT-95-5-R61, *Review of the indictments pursuant to rule 61 of the rules of procedure and evidence*, July 11, 1996, par.93.

104 ICTR, *Akayesu*, cit., par.707-734.

è determinata dall'identità del padre, un esempio di misura intesa a scoraggiare le nascite in seno a quel gruppo sarebbe lo stupro commesso con l'intenzione di procreare un figlio, in modo che il nascituro non appartenga al gruppo della madre¹⁰⁵.

La lett. e), infine, contempla il trasferimento forzato di bambini da un gruppo ad un altro diverso, definibile come genocidio culturale e inteso dunque come volto a eliminare o comunque a mettere in pericolo il patrimonio culturale, genetico, linguistico e religioso del gruppo. Il significato di “trasferimento forzato” è individuabile nell'articolo 7 lett. d) ICC St., concernente i crimini contro l'umanità, che lo definisce come rimozione illegale e coercitiva delle persone dall'aerea in cui si trovano. Infine, per quanto riguarda la condotta, gli EC specificano che “l'accusato deve sapere, o avrebbe dovuto sapere, che la persone o le persone vittime del trasferimento sono minori di 18 anni¹⁰⁶”.

Secondo componente fondamentale della fattispecie di genocidio è l'elemento psicologico che consiste nella intenzione specifica di distruggere il gruppo. Il problema centrale risiede nella individuazione del grado di intensità del dolo da attribuire alla “intenzione specifica”; la prevalente giurisprudenza individua un *dolus specialis*¹⁰⁷, per cui l'autore del fatto punibile deve avere come fine la distruzione, in tutto o in parte, del gruppo protetto. La giurisprudenza dell'ICTR definisce così l'intenzione specifica:

“Genocide is distinct from other crimes inasmuch as it embodies a special intent or dolus specialis. Special intent of a crime is the specific intention, required as a constitutive element of the crime, which demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act charged. Thus, the special intent in the crime of genocide lies in 'the intent to destroy, in whole or in

105 *Ibid.*

106 ICC Elements of Crimes, articolo 6, lettera e), punto 6.

107 Paragonabile al nostro dolo specifico, nel quale l'agente commette un fatto criminoso per raggiungere un determinato risultato, ed è punibile a prescindere dall'effettivo raggiungimento di esso.

*part, a national, ethnical, racial or religious group, as such.*¹⁰⁸”

Il terzo ed ultimo componente della fattispecie è rappresentato dal soggetto passivo, vale a dire il gruppo vittima. La norma richiama quattro gruppi protetti e cioè quello etnico, quello nazionale, quello razziale e quello religioso, ma nulla è specificato in merito ai criteri di individuazione dei gruppi citati. Secondo autorevole dottrina, i criteri da utilizzare sarebbero due, uno di tipo oggettivo e uno di tipo soggettivo¹⁰⁹.

Secondo il criterio oggettivo, il gruppo sarebbe indentificabile sulla base di dati puramente oggettivi, come ad esempio i tratti somatici, la lingua o la religione; secondo il criterio soggettivo invece l'appartenenza del gruppo sarebbe determinata dai soggetti stessi, intendendo come tali i soggetti attivi della fattispecie. Nel caso *Krstic*¹¹⁰, il primo in cui l'ICTY ha emesso una sentenza di condanna per genocidio, e in diversi altri giudizi¹¹¹, è stato adottato il criterio soggettivo che, al momento attuale, sembra dunque essere accolto come criterio prevalente. se dunque si accetta come elemento dominante dell'offesa l'intenzione specifica dell'autore di distruggere il gruppo, questo gruppo deve, a maggior ragione, essere definito in linea con la sua visione soggettiva¹¹². È necessario, infine, dedicare qualche ulteriore parola al concetto di "incitamento". Come già anticipato, l'articolo 3 della Convenzione contro il Genocidio prevede tra le condotte punibili anche quella di incitamento. Quanto previsto in detto articolo è stato ripreso tanto dagli Statuti dei due Tribunali *ad hoc* (precisamente nell'articolo 4 ICTY St. e nell'articolo 2 ICTR St.), quanto dallo Statuto della ICC che, nell'articolo 25 (titolato "Responsabilità Penale Individuale"), prevede, alla lettera e) del terzo comma, la punibilità per chiunque inciti, direttamente e pubblicamente, altre persone a commettere un tale crimine.

108 ICTR, *Akayesu*, *cit.*, par.498.

109 K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, 2014, Vol. II, p.7.

110 ICTY, *Krstic*, IT-98-33-T, *Judgement*, Trial Chamber, Aug. 2, 2001, par.556 ss.

111 ICTR, *Rutaganda*, 96-3-T, *Judgement*, Trial Chamber, Dec. 6, 1999, par.55-58; ICTY, *Jeliscic*, IT-95-10-T, *Judgement*, Trial Chamber, Dec. 14, 1999, par.70.

112 K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, 2014, Vol. II, p.8.

2.3 Il Crimine di Aggressione

Il crimine di aggressione è codificato nell'articolo 8 *bis* ICC St. e tale inserimento all'interno dello Statuto di Roma risale solamente al 2010, grazie agli emendamenti approvati durante la Conferenza di revisione di Kampala. Fino ad allora, per quanto previsto nella competenza materiale della ICC, questo crimine non era *de facto* incluso nello Statuto. E' essenziale, dunque, delineare l'*iter* normativo di questo crimine, prima di passare ad una analisi dell'articolo 8 *bis*.

Il crimine di aggressione, titolato come “crimine contro la pace”, venne perseguito per la prima volta durante i processi di Norimberga e Tokyo, cui Statuti lo definirono come “la preparazione, lo scatenamento o la continuazione di una guerra d'aggressione, o di una guerra in violazione di trattati, assicurazioni o accordi internazionali, ovvero la partecipazione a un piano concertato o a un complotto per commettere una delle precedenti azioni¹¹³”. In particolare il Tribunale di Norimberga, oltre ad affermare la responsabilità individuale per questo genere di crimini (nonchè per quelli contro l'umanità e di guerra), condannò la guerra di aggressione, stabilendo che essa non soltanto andasse considerata come crimine internazionale, bensì come crimine internazionale supremo¹¹⁴. Nel 1974, con la Risoluzione 3314 (XXIX)¹¹⁵, l'Assemblea Generale dell'ONU adottò una definizione di “aggressione”, disponendo che tale atto potesse provenire necessariamente da una nazione e descrivendo le condotte configurabili come aggressive. Nel 1996 invece, la Commissione di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite elaborò un Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità, il cui articolo 16, disponeva che:

“An individual who, as leader or organizer, actively participates in or orders the planning, preparation, initiation or waging of aggression

113 IMT Statute, articolo 6, lettera a); IMTFE Statute, articolo 5, lettera a).

114 T. TAYLOR, *The anatomy of the Nuremberg trials*, New York, 1992, p.168.

115 UN General Assembly Definition of Aggression, Dec. 14, 1974, A/RES/3314 (XXIX).

*committed by a State shall be responsible for a crime of aggression.*¹¹⁶”

La Commissione, nei “Commenti” relativi all'articolo 16, chiari due concetti fondamentali: per prima cosa stabilì che questo crimine fosse da attribuire solo a quegli individui dotati di una autorità tale da poter svolgere un ruolo determinante nella sua commissione e poi, proseguendo nel commento, stabilì che le parole “aggressione compiuta da uno Stato” indicassero chiaramente come la violazione del Diritto Internazionale da parte dello Stato fosse una *condicio sine qua non* per un successivo riconoscimento della responsabilità penale individuale per il crimine di aggressione, sottolineando come uno Stato, avendo natura di entità astratta, potesse macchiarsi di un tale crimine solo con la partecipazione attiva di individui dotati delle caratteristiche appena elencate¹¹⁷. Due anni dopo, nel giugno del 1998, durante la Conferenza di Roma venne riconosciuta la giurisdizione della ICC riguardo al crimine di aggressione¹¹⁸, ma non fu parimenti possibile arrivare ad un consenso relativamente ad una sua definizione nonché alle concrete modalità di esercizio della giurisdizione. Questi due compiti vennero quindi assegnati, tra il 1999 e il 2002, prima al “*Working Group on the Crime of Aggression*” e successivamente, tra il 2003 e il 2009, allo “*Special Working Group on the Crime of Aggression*”, che presentò il proprio *report* finale alla Assemblea degli Stati Parte, la quale, dopo averlo adottato ufficialmente nel novembre del 2009, lo presentò infine alla Conferenza di Kampala nel maggio del 2010¹¹⁹. Durante la Conferenza di revisione di Kampala vennero quindi inseriti nello Statuto l'articolo 8 *bis*, riguardante appunto il crimine di aggressione, e gli articoli 15 *bis* e *ter*, riguardanti l'esercizio del potere giurisdizionale in relazione a questo crimine. L'articolo 8 *bis* definisce sia il “crimine” di aggressione, così come

116 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, July 4, 1996, articolo 16, consultabile al sito

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf

117 *Ibid.*

118 ICC Statute, articolo 5.

119 K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, 2014, Vol. II, p.185.

imputabile all'individuo, sia l'atto" di aggressione da parte dello Stato e dispone che:

1. *For the purpose of this Statute, "crime of aggression" means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.*
2. *For the purpose of paragraph 1, "act of aggression" means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression:*
 - a) *The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof;*
 - b) *Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;*
 - c) *The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;*
 - d) *An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;*
 - e) *The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination*

of the agreement;

- f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;*
- g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.¹²⁰*

Da una prima lettura di questo articolo emerge immediatamente una netta differenza di formulazione tra i due paragrafi. L'atto di aggressione (comma 2), che richiama fortemente il testo della già citata Risoluzione 3314 del 1974, è dotato di una ampia formulazione, mentre lo stesso non si può certamente dire riguardo alla previsione del crimine di aggressione (comma 1), che può sorgere solo limitatamente a quegli atti costituenti una “manifesta violazione della Carta delle Nazioni Unite”. Secondo gli “Elementi di interpretazione” riguardanti gli emendamenti adottati durante la Conferenza di Kampala, affinché la violazione possa definirsi “manifesta”, occorre che tutti e tre gli elementi dell'aggressione individuati dalla disposizione, vale a dire “carattere, gravità e portata dell'atto”, debbano avere una importanza significativa, sottolineando inoltre come nessuno di tali elementi, singolarmente, possa soddisfare il criterio della manifestosità¹²¹.

Spostando l'attenzione sulle condizioni per l'esercizio della giurisdizione in materia di aggressione, la questione si fa decisamente più problematica, a partire dal fatto che l'esercizio della giurisdizione da parte della Corte potrà diventare effettivo dopo il 1 gennaio 2017, se e solo se gli Stati Parti decideranno in tal senso; inoltre, in seguito all'emendamento adottato,

¹²⁰ ICC Statute, articolo 8*bis*.

¹²¹ L. POLI, *Il crimine di aggressione dopo la Conferenza di Kampala: una soluzione di compromesso con ridotta efficacia dissuasiva*, in *ISPI Analysis*, July 2010, N°19, pp.3-4, consultabile al sito http://www.ispionline.it/it/documents/Analysis_19_2010.doc.pdf

l'esercizio della giurisdizione, anzichè essere formulato in un'unica disposizione, è stato distinto in due diverse norme, una riguardante il caso di *referral* da parte di uno Stato (art. 15 *bis*) e una riguardante il *referral* del Consiglio di Sicurezza dell'ONU (art. 15 *ter*). L'articolo 15 *bis* stabilisce che il Procuratore, su segnalazione di uno Stato Parte o *proprio motu*, ove ritenga di poter procedere con le indagini, debba preventivamente verificare se il Consiglio di Sicurezza abbia constatato l'esistenza di un atto di aggressione commesso in causa e, a tal fine, gli è inoltre richiesto di notificare al Segretario Generale delle Nazioni Unite la situazione portata all'attenzione della Corte, aggiungendo eventuali informazioni o documenti utili. A questo punto si aprono due distinti percorsi: nel caso in cui il Consiglio di Sicurezza abbia effettivamente constatato l'atto di aggressione, il Procuratore è legittimato ad avviare le indagini; in caso contrario, ove entro sei mesi dalla notificazione non venga effettuata la constatazione, il Procuratore è comunque legittimato ad avviare le indagini, ma solo a condizione che la Camera Preliminare (la cd. "*Pre-Trial Division*") lo autorizzi in tal senso e che il Consiglio di Sicurezza non decida diversamente¹²². La veste prettamente garantista dell'indipendenza dell'ICC delineata dalla norma, risulta però dalla stessa affievolita se si prendono in considerazione i paragrafi 4 e 5. Il par. 4 consente infatti a ogni Stato Parte, mediante il deposito presso il Cancelliere di una apposita dichiarazione, di rifiutare la giurisdizione della Corte in materia di aggressione; il par. 5 esclude tale giurisdizione sugli atti commessi da cittadini di Stati non facenti parte dello Statuto o comunque sul loro territorio, secondo la competenza *ratione personae et loci ex*. articolo 12.2.

L'articolo 15 *ter*, infine, stabilisce che il Procuratore possa procedere con le indagini, soltanto ove il Consiglio di Sicurezza gli segnali una situazione in cui appaia essere stato commesso un crimine di aggressione; oltre a questa prima, per certi versi scontata, differenza, è importante sottolineare come le

¹²² In base all'articolo 16 ICC St, infatti, il Consiglio di Sicurezza è legittimato a chiedere con risoluzione alla Corte di sospendere o di non iniziare le indagini per un periodo di dodici mesi

appena citate previsioni dei par. 4 e 5 dell'articolo 15 *bis* non valgano per questo articolo. Questa meno scontata distinzione è dovuta alla particolare essenza del *referral* da parte del Consiglio di Sicurezza, che permette alla Corte di estendere la propria competenza oltre i limiti imposti, *ratione personae et loci*, dallo Statuto; nel già citato articolo 12.2, sono infatti prese in considerazione solo le ipotesi a) e c) dell'articolo 13, riguardanti il *referral* da parte di uno Stato Membro o l'apertura dell'indagine da parte del Procuratore, e non la rimanente ipotesi b), riguardante appunto il *referral* da parte del Consiglio di Sicurezza.

2.4 I Crimini contro l'Umanità

Nel 20° secolo il numero di persone rimaste vittime di diversi tipi di conflitti o regimi politici ha raggiunto un livello mai registrato prima nella storia del genere umano, la maggior parte delle quali a causa di atti riconducibili alla categoria dei crimini contro l'umanità; infatti, dalla fine della Seconda Guerra Mondiale ad oggi, il numero di queste vittime, principalmente civili o comunque non combattenti, arriva a toccare quasi i 100 milioni.¹²³ I crimini contro l'umanità sono rappresentati da gravi atti di violenza lesivi di valori fondamentali, come la dignità, la libertà o la vita, commessi su larga scala contro la popolazione civile e, come tali, non si limitano ad arrecare un danno ai singoli soggetti colpiti, ma colpiscono l'umanità nel suo complesso. Questi crimini, che verranno approfonditi nel Secondo Capitolo, si differenziano notevolmente dagli altri crimini internazionali presenti nell'ICC St. per via del loro elemento di contesto, il quale richiede che siano commessi nell'ambito di un attacco esteso o sistematico contro una popolazione civile¹²⁴. Quindi, per esempio, a differenza dei crimini di guerra, non necessitano di collegamenti con un conflitto armato e possono

123 M.C. BASSIUNI, *Crimes Against Humanity*, New York, 2011, p.1.

124 ICC Statute, articolo 7, comma 1.

essere rivolti anche a civili della stessa nazionalità di chi li ha commessi, oppure, a differenza del genocidio, non necessitano di uno specifico intento di distruggere un gruppo. Il termine “crimini contro l'umanità” è stato usato per la prima volta, il 28 maggio 1915, in una dichiarazione congiunta dei governi di Francia, Gran Bretagna e Russia i quali, volendo imputare il governo turco delle deportazioni e dei massacri del popolo armeno, statuirono quanto segue:

“In view of these new crimes of Turkey against humanity and civilisation, the Allied governments announce publicly to the Sublime Porte that they will hold personally responsible for these crimes all members of the Ottoman Government and those of their agents who are implicated in such massacres.”¹²⁵

Le radici storiche dei crimini contro l'umanità provengono inoltre da almeno altri due strumenti internazionali: in primo luogo dalla "Clausola Martens", nella quale si fa riferimento alle "leggi dell'umanità", e poi dal "Rapporto della Commissione sulla Responsabilità degli Autori della Guerra", datato 1919, nel quale viene promossa la responsabilità criminale individuale per le violazioni delle "leggi dell'umanità"¹²⁶. I due citati riferimenti alle "leggi dell'umanità" possono essere considerati come tentativi di riconoscere che certi principi, collegati essenzialmente alla dignità umana, esistono e sono talmente importanti per la vita di ogni persona, così come per l'umanità in generale, da non poter autorizzare nessuno Stato a violarli¹²⁷. Sebbene, dunque, il processo di formazione di questi crimini risalga ad un momento storico precedente alla Prima Guerra Mondiale, per una prima codificazione bisognerà attendere la fine del secondo conflitto mondiale. Infatti, solo in seguito alla redazione dello Statuto di Norimberga del 1945, precisamente nell'articolo 6, comma 2, lett. c), i crimini contro l'umanità entrarono a far

125 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, p.84.

126 K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, 2014, Vol. II, p.46.

127 S. ZAPPALÀ, *La giustizia penale internazionale*, Bologna, 2005, p.30.

parte del moderno ICL. Il 1945 si può dunque considerare come l'"anno zero" dei crimini contro l'umanità, perlomeno dal punto di vista della loro codificazione. Allo stesso modo, l'articolo 6, comma 2, lett. c) dello Statuto di Norimberga si può invece considerare come matrice per tutte le successive codificazioni di questi crimini all'interno degli Statuti dei Tribunali Internazionali in seguito istituiti, come il Tribunale Militare Internazionale di Tokyo, l'ICTY, l'ICTR e l'ICC. Per questa ragione, l'analisi dei crimini contro l'umanità, che riprenderà come già sottolineato nel Secondo Capitolo di questa tesi, prenderà le mosse proprio dalla istituzione del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga.

2.5 Il Crimine di Tortura

Il crimine di tortura, pur non essendo annoverato tra i *core crimes* individuati dall'articolo 5 ICC St., fa parte del *corpus* normativo di diritto internazionale consuetudinario e, come tale, ha assunto inoltre lo status di *ius cogens*. una consolidata *opinio juris* a livello internazionale, l'ampio numero di Stati che hanno ratificato trattati riguardanti questo crimine e l'ampia giurisprudenza relativa alla sua repressione¹²⁸ hanno permesso dunque alle norme in tema di tortura di essere elevate al rango più elevato delle norme internazionali. Norme di questo genere hanno il carattere della assoluta inderogabilità, vincolano gli Stati indipendentemente dalla loro ratifica e impongono a questi ultimi obblighi *erga omnes* di natura repressiva¹²⁹.

La tortura è analizzabile secondo due diversi profili, vale a dire come crimine in sé e per sé, e come tale proibita da diversi strumenti internazionali, oppure come atto annoverabile nella più ampia categoria dei crimini contro l'umanità, e come tale rientrante tra le condotte punite

128 A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari, 2009, p.49.

129 M.C. BASSIOUNI, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, in *Law and Contemporary Problems*, 1996, Vol.59, N°4, pp.66-68.

nell'articolo 7 ICC St. In questo paragrafo verrà presa in considerazione la tortura come crimine in sè e per sè, rimandando al Secondo Capitolo il discorso relativo al *link* con i crimini contro l'umanità.

La tortura è proibita da norme internazionali in tema di diritti umani, come la “Dichiarazione Universale dei Diritti Umani” del 1948, il cui articolo 5 dispone che “nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti¹³⁰”, o il “Patto Internazionale relativo ai Diritti Civili e Politici” del 1966, il cui articolo 7 dispone esattamente lo stesso¹³¹. Inoltre, esistono specifiche norme di diritto internazionale umanitario relative alla tortura. Ad esempio, nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, la tortura è proibita dal condiviso articolo 3¹³², o nel Primo Protocollo Aggiuntivo del 1977, che annovera tale proibizione tra le garanzie fondamentali enumerate dall'articolo 75¹³³. Sulla base degli strumenti internazionali appena citati, unitamente alla “Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone dalla tortura o da altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti” adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU nel 1975, la comunità internazionale, desiderosa di aumentare l'efficacia della lotta contro la tortura, ha deciso di concludere, il 10 dicembre 1984, la “Convenzione Contro la Tortura o altre Pene o Trattamenti Crudeli, Inumani o Degradanti¹³⁴” (da ora in avanti “CAT”), strumento di riferimento per l'analisi di questo crimine. La definizione del crimine di tortura è contenuta nell'articolo 1 CAT, il quale dispone che:

“For the purposes of this Convention, the term “torture” means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally

130 Universal Declaration of Human Rights, Dec. 10, 1948, 217 A (III), articolo 5.

131 International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171 & 1057 U.N.T.S. 407, articolo 7.

132 Geneva I, II, III, IV, articolo 3, comma 1, lettera a): “Sono e rimangono vietate, in ogni tempo e luogo [...] le violenze contro la vita [...] le torture e i supplizi.”

133 Geneva Additional Protocol I, articolo 75, comma 2, lettera a), punto ii): “Sono e resteranno proibiti in ogni luogo i seguenti atti, siano essi commessi da agenti civili o militari: [...] la tortura sotto qualsiasi forma, sia essa fisica o psichica.”

134 Convention Against Torture and other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Dec. 10, 1984, 1465 U.N.T.S. 85, 23 I.L.M. 1027.

*inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.*¹³⁵

Sulla base di questa definizione è possibile esaminare gli elementi costitutivi di questo crimine. L'elemento oggettivo è rappresentato da un qualsiasi atto volto a infliggere dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, con un'unica eccezione derivante dal fatto che tali dolori o sofferenze non siano derivanti, inerenti o comunque provocati da una sanzione inflitta legittimamente. Inoltre, è richiesto che questi atti abbiano carattere strumentale e che siano dunque inflitti per ottenere informazioni, punire, intimidire o discriminare la vittima; è proprio la finalità ulteriore di questi atti a distinguere la tortura da isolate forme di sadismo che, per quanto deplorabili, sono punibili a livello nazionale¹³⁶. La norma richiede, infine, che questi atti siano inflitti da un pubblico ufficiale, oppure tramite la sua istigazione o il suo consenso; la partecipazione di un pubblico ufficiale, quindi di una persona che rappresenti nelle sue funzioni lo Stato, è necessaria per distinguere la tortura come crimine comune dalla tortura come crimine internazionale, come tale protetto da norme internazionali di carattere umanitario¹³⁷. Dal punto di vista della *mens rea*, l'articolo 1 richiede espressamente che gli atti volti a causare dolore o sofferenze siano inflitti in maniera intenzionale, integrando dunque una fattispecie dolosa¹³⁸. La perentorietà delle norme che proibiscono la

135 CAT, articolo 1, comma 1.

136 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, p.133.

137 P. GAETA, *When Is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?*, in *JICJ*, 2008, Vol. 6, pp.185-192.

138 Sarebbe infatti molto difficile, se non addirittura paradossale, sostenere di aver commesso un atto di tortura, così come delineato dalla norma, a causa di negligenza,

tortura, è sottolineata sia dall'articolo 2 CAT, il quale prevede che “nessuna circostanza eccezionale [...] può essere invocata in giustificazione della tortura¹³⁹” e, allo stesso modo, neppure “l'ordine di un superiore o di un'autorità pubblica¹⁴⁰”, sia dall'articolo 3, che sancisce il cosiddetto “Principio di *non refoulement*”, con il quale si proibiscono l'espulsione o l'estradizione di una persona “verso un altro Stato, qualora vi siano serie ragioni di credere che in tale Stato essa rischi di essere sottoposta a tortura.¹⁴¹” La CAT richiede inoltre agli Stati Parte di attivarsi a livello legislativo affinché l'atto, così come il tentativo, di tortura costituiscano reato nei propri ordinamenti, richiedendo inoltre che tali reati siano resi passibili di pene commisurate sul livello di gravità dell'atto (o del tentativo)¹⁴²¹⁴³. Per quanto riguarda invece la determinazione della competenza giurisdizionale di uno Stato parte, la CAT individua, nell'articolo 5, i principi di territorialità¹⁴⁴, di personalità attiva¹⁴⁵¹⁴⁶, di personalità passiva¹⁴⁷¹⁴⁸ e, infine, il principio “*aut dedere, aut judicare*”, che impone allo Stato Membro sul cui territorio si trova il presunto autore del reato di attivare l'azione penale nei suoi confronti, oppure di estradarlo verso lo Stato competente sulla base dei principi appena elencati¹⁴⁹¹⁵⁰. Con la CAT

imprudenza o imperizia.

139 CAT, articolo 2, comma 2.

140 *Ibid.*, comma 3.

141 *Ibid.*, articolo 3, comma 1.

142 *Ibid.*, articolo 4.

143 Questo obbligo, a dire il vero, è stato disatteso dal nostro Paese che, nonostante l'approvazione di diversi disegni di legge relativi all'introduzione nel codice penale di due fattispecie incriminatrici (articoli 613 *bis*, rubricato “Tortura”, e 613 *ter*, rubricato “Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura”), non è ancora riuscito ad adempiere agli obblighi derivanti dalla ratifica della CAT.

144 CAT, articolo 5, comma 1, lettera a): “*When the offences are committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State.*”

145 K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, 2014, Vol. II, p.244.

146 CAT, articolo 5, comma 1, lettera b): “*When the alleged offender is a national of that State.*”

147 K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, 2014, Vol. II, p.244.

148 CAT, articolo 5, comma 1, lettera c): “*When the victim is a national of that State if that State considers it appropriate.*”

149 *Ibid.*, comma 2.

150 K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, 2014, Vol. II, p.244.

Questo principio, unitamente a quello di *non refoulement*, verrà approfondito nel quinto paragrafo del Terzo Capitolo, relativo alla estradizione.

è stato inoltre istituito¹⁵¹ un “Comitato contro la Tortura” composto da dieci esperti nel campo dei diritti dell'uomo, eletti dagli Stati Parte con un mandato di quattro anni ed eventualmente rieleggibili.

Compito principale del Comitato è quello di monitorare l'adempimento da parte degli Stati delle norme previste dalla CAT. Ogni Stato, infatti, deve obbligatoriamente presentare al Comitato dei rapporti periodici¹⁵² relativi ai provvedimenti presi per svolgere i compiti loro spettanti e, sulla base di questi rapporti, il Comitato può fare commenti o impartire raccomandazioni nella forma di “osservazioni conclusive”. Il Comitato ha a disposizione tre ulteriori meccanismi di monitoraggio, vale a dire: la possibilità di esaminare le comunicazioni ricevute da soggetti privati che sostengano di essere state vittime di una violazione, commessa da uno Stato Parte, delle disposizioni della CAT; la possibilità di esaminare le comunicazioni ricevute da uno Stato Parte in cui si dichiara che un altro Stato Parte non stia adempiendo i propri obblighi; la possibilità, qualora ricevesse informazioni credibili riguardanti la pratica sistematica della tortura sul territorio di uno Stato parte, di incaricare uno o più membri di attivare un'inchiesta e di trasmettergli un rapporto relativo ad essa. Infine, nel 2006, con l'entrata in vigore del Protocollo Opzionale della CAT¹⁵³, è stato istituito un “Sottocomitato per la prevenzione della Tortura¹⁵⁴”, con il compito di visitare i luoghi sotto la giurisdizione degli Stati Parte in cui le vittime sono state private della loro libertà, ed è stato inoltre sancito l'obbligo, rivolto ai singoli Stati membri, di istituire e mantenere degli organismi con gli stessi poteri di visita, denominati “meccanismi nazionali di prevenzione¹⁵⁵”.

151 CAT, articolo 17.

152 Inizialmente dopo un anno dalla ratifica e successivamente ogni quattro anni.

153 Optional Protocol to the Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, Jan. 9, 2003, A/RES/57/199.

154 CAT Optional Protocol, articolo 2.

155 *Ibid.*, articolo 3.

3. Responsabilità Penale Individuale per Crimini Internazionali

Il cosiddetto "Diritto di Norimberga", fondato sull'Accordo di Londra del 1945 e sulla sentenza del Tribunale Militare Internazionale del 1° ottobre 1946, è riconosciuto dalla dottrina¹⁵⁶ come un diritto fortemente innovatore per via del principio, sui cui si fonda, che "chiunque commetta un atto costituente un crimine di diritto internazionale è di questo responsabile e passibile di condanna."¹⁵⁷ Quindi, ciò che non era previsto dal Diritto dell'Aja, vale a dire il principio della responsabilità penale individuale degli autori di crimini internazionali, rappresenta la reale novità introdotta con il Diritto di Norimberga¹⁵⁸. Questa novità si coglie, in maniera lampante, sia nell'articolo 6, comma 1, dello Statuto, che specifica come la commissione di crimini contro l'umanità, crimini contro la pace e crimini di guerra comporti una responsabilità individuale dei grandi criminali di guerra dei paesi europei dell'Asse¹⁵⁹, sia nella sopracitata sentenza del 1946, nella quale i giudici vollero sottolineare in maniera determinante come "*only by punishing individuals who committed such crimes, can the provisions of international law be enforced.*"¹⁶⁰ Il principio della responsabilità penale individuale per crimini internazionali, introdotto dunque dal Diritto di Norimberga, è stato successivamente accolto e codificato, seppur con alcune differenze, dai diversi Tribunali Penali Internazionali, sottolineando quindi come sia la condotta dei singoli individui a formare l'oggetto dell'ICL, rimamendo in capo agli Stati altre forme di responsabilità previste dal diritto consuetudinario o dai trattati internazionali (come, per non fare che un esempio, quelle che impongono allo Stato un obbligo di riparazione), ma

156 P. FOIS, *Sul rapporto tra i crimini internazionali dello Stato e i crimini internazionali dell'individuo*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2004, pp.929-954.

157 Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nurnberg Tribunal, Dec. 11, 1946, A/RES/95, principio I.

158 A. G. O'SHEA, *Individual Criminal Responsibility*, in *Max Planck EPIL*, May 2009, par.7 ss.

159 IMT Statute, articolo 6, comma 1.

160 *supra nota 20*.

certamente non derivanti dall'ICL¹⁶¹. In questo paragrafo verranno messe in luce le diverse forme di responsabilità individuale, attraverso una analisi degli statuti e delle giurisprudenze di tre Tribunali Penali Internazionali, vale a dire la Corte Penale Internazionale (ICC), il Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia (ICTY) ed il Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda (ICTR).

All'interno dell'ICC St., la responsabilità penale individuale è codificata nell'articolo 25, il quale dispone:

1. *The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute.*
2. *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.*
3. *In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:*
 - a) *Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;*
 - b) *Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;*
 - c) *For the purpose of facilitating the commission of such crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission;*
 - d) *In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:*
 - i) *Be made with the aim of furthering the criminal activity or*

161 AA. VV., *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*, Milano, 2010, p.110.

criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or

ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime;

e) In respect of the crime of genocide, directly and publicly incites others to commit genocide;

f) 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.

4. No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law.¹⁶²

L'articolo 25, nei comma 1 e 2, si occupa di ribadire il principio della responsabilità penale individuale, escludendo, nella parte in cui specifica la competenza per le sole persone fisiche, qualsiasi tipo di responsabilità penale in capo ai singoli Stati; il successivo comma 3, di importanza centrale per questa analisi, invece, si occupa di elencare le diverse forme di responsabilità. Prima di passare all'analisi delle singole forme di responsabilità è utile delineare una delle più importanti differenze, in tema di trattamento sanzionatorio nel caso di concorso di persone, tra lo Statuto della ICC e gli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*. Gli Statuti dell'ICTY e dell'ICTR, rispettivamente negli articoli 7 e 6, hanno adottato il cosiddetto

¹⁶² ICC Statute, articolo 25.

"modello unitario"¹⁶³ (accolto, per esempio, nel nostro codice penale nell'articolo 110), che non opera distinzioni tra le diverse tipologie di compartecipazione, ponendo, perlomeno sulla carta¹⁶⁴, sullo stesso piano autore principale e partecipanti. I due Statuti, all'unisono, prevedono una responsabilità per "chiunque abbia progettato, istigato, ordinato, commesso o in ogni altra maniera aiutato ed incoraggiato la progettazione, preparazione o esecuzione"¹⁶⁵ di un crimine internazionale. Esiste invero, anche se non codificata, la teoria, avente natura di prassi giurisprudenziale, della *Joint Criminal Enterprise*, secondo la quale assume rilevanza la distinzione tra chi ha commesso il crimine e chi vi ha solo partecipato.

Diversamente, il modello adottato dallo Statuto della ICC è il cosiddetto "modello differenziato" (utilizzato per esempio nell'ordinamento tedesco), che si occupa di tipizzare, a livello normativo, le diverse figure di compartecipi, rendendo quindi possibile la distinzione, a livello tanto formale quanto sostanziale, tra il concetto di "autoria" e quello di "partecipazione"¹⁶⁶. Quindi, contrariamente al modello unitario, assume qui rilievo il singolo contributo dato dal soggetto compartecipe. Il concetto di autoria è individuabile nell'articolo 25, comma 3, lett. a), nel quale viene considerato come penalmente responsabile chi commetta un crimine a titolo individuale (autoria immediata) oppure assieme (coautoria) o tramite un'altra persona (autoria mediata); il concetto di partecipazione è invece ravvisabile nelle lettere b), c) e d) che puniscono le condotte di chi ordini, solleciti o incoraggi la perpetrazione di un crimine (lett. b), di chi la agevoli (lett. c) o di chi contribuisca alla sua perpetrazione da parte di un gruppo (lett. d). Come si è potuto notare, la disciplina della compartecipazione ricopre un ruolo di notevole importanza all'interno dell'ICL, tanto da indurre a individuare i crimini internazionali come reati a concorso tendenzialmente necessario; anche nelle definizioni dei singoli crimini è messo in evidenza il

163 K. AMBOS, *Modes of Criminal Responsibility*, in *Max Planck EPIL*, July 2013, par.1.

164 Del contributo effettivo dei singoli si potrà infatti tener conto in sede di commisurazione della pena.

165 ICTY Statute, articolo 7, comma 1; ICTR Statute, articolo 6, comma 1.

166 AA. VV., *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*, Milano, 2010, p.111-112.

concetto secondo cui un crimine internazionale, tipicamente commesso su larga scala, sia difficilmente riconducibile ad un solo soggetto agente¹⁶⁷¹⁶⁸.

Lo stesso concetto è stato confermato in più occasioni anche dalla giurisprudenza dei Tribunali Penali Internazionali, come per esempio dalla ICC nel caso "*Katanga and Ngudjolo Chui*", datato 30 settembre 2008, in cui la Pre-Trial Chamber ha affermato che "*the crime falling within the jurisdiction of this Court will almost inevitably concern collective or mass criminality*".¹⁶⁹

Come già anticipato, saranno di seguito analizzate le diverse forme di responsabilità; l'analisi riguarderà prima le forme di autoria, per poi proseguire con le diverse forme di responsabilità riguardanti la partecipazione. Le tre ipotesi di autoria sono codificate nell'articolo 25, comma 3, lettera a) dell'ICC St.

Si parla di autore immediato, o *direct perpetrator*, qualora il soggetto agente commetta il crimine *as an individual*, quindi in prima persona, e con piena coscienza di tutti i suoi elementi; a conferma di quanto appena esposto, la giurisprudenza della ICC definisce autore immediato colui che "*physically carries out all elements of the offence*".¹⁷⁰

Autore mediato, o *indirect perpetrator*, è invece colui che commette il crimine *through another person*, utilizzando quindi un'altra persona per commetterelo fisicamente o, per utilizzare le parole della ICC, colui che controlla "*the will of those who carry out the objective elements of the offence*".¹⁷¹ In una situazione del genere, dunque, l'autore materiale è utilizzato come mero strumento per la commissione del crimine da parte dell'autore mediato, sul quale, precisa l'articolo 25, ricadrà la responsabilità a prescindere dal fatto che l'autore materiale sia, o meno, perseguibile

167 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, p.161.

168 Si pensi, ad esempio, al già citato articolo 8 ICC St. che definisce "di guerra" quei crimini commessi sulla base di un piano o disegno politico, o come parte di una serie di crimini commessi su larga scala.

169 ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Decision on the confirmation of charges*, Pre-Trial Chamber, Sept. 30, 2008, par.501.

170 *Ibid.*, par.487.

171 *Ibid.*

penalmente. Ultima forma di autoria è la cosiddetta coautoria, o *co-perpetration*, termine usato con riferimento all'ipotesi in cui ci sia una collaborazione consapevole e volontaria, intercorrente tra più soggetti, al fine di realizzare un crimine. Questa forma di responsabilità primaria, come si vedrà a breve, è quindi totalmente svincolata da quella, secondaria, riguardante la mera partecipazione. Il concetto di coautoria è analizzabile, con le dovute differenze, per mezzo di due modelli: quello elaborato dalla giurisprudenza dei due Tribunali *ad hoc*, vale a dire la *Joint Criminal Enterprise* (da adesso in poi JCE) e quello previsto dall'articolo 25, comma 3, lett. a) ICC St., vale a dire il *Joint Control Over the Crime*¹⁷².

Come già accennato, la definizione di responsabilità individuale contenuta negli Statuti dei due Tribunali *ad hoc* riunisce in una sola norma, l'articolo 7 ICTY St. e l'articolo 6 ICTR St., le diverse forme di responsabilità, non prevedendo, per queste, un trattamento sanzionatorio differenziato; questo è quanto innegabilmente si può evincere dalla semplice lettura di questa norma. È altrettanto innegabile, però, come la prassi giurisprudenziale dei due Tribunali *ad hoc* abbia dato grande rilevanza alla differenza non solo, a livello generale, tra autore e partecipanti, ma anche, in maniera più specifica, tra coautore e mero partecipante; questa seconda distinzione viene operata ricorrendo alla JCE, secondo la quale tutte le persone che prendono parte ad un piano criminale comune, consapevoli delle finalità di esso e condividendone l'intento criminale, devono dividerne la responsabilità penale, a prescindere dal ruolo giocato o dalla condotta realizzata nella commissione del crimine¹⁷³. È illuminante, a riguardo, citare la sentenza d'appello dell'ICTY relativa al caso *Tadic*, nella quale emerse, per la prima volta¹⁷⁴, il concetto di JCE. La Corte osservò che:

172 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, p.176-178.

173 ICC, *Lubanga*, ICC-01/04-01/06, *Decision on the confirmation of charges*, Pre-Trial Chamber, Jan. 29, 2007, par.322-331.

174 G. BIGI, *Joint Criminal Enterprise in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Prosecution of Senior Political and Military Leaders: The Krajisnik Case*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2010, Vol. 14, p.51.

"All those who have engaged in serious violations of international humanitarian law, whatever the manner in which they may have perpetrated, or participated in the perpetration of those violations, must be brought to justice. If this is so, it is fair to conclude that the Statute does not confine itself to providing for jurisdiction over those persons who plan, instigate, order, physically perpetrate a crime or otherwise aid and abet in its planning, preparation or execution. The Statute does not stop there. It does not exclude those modes of participating in the commission of crimes which occur where several persons having a common purpose embark on criminal activity that is then carried out either jointly or by some members of this plurality of persons. Whoever contributes to the commission of crimes by the group of persons or some members of the group, in execution of a common criminal purpose, may be held to be criminally liable [...] The above interpretation is not only dictated by the object and purpose of the Statute but is also warranted by the very nature of many international crimes which are committed most commonly in wartime situations. Most of the time these crimes do not result from the criminal propensity of single individuals but constitute manifestations of collective criminality: the crimes are often carried out by groups of individuals acting in pursuance of a common criminal design. Although only some members of the group may physically perpetrate the criminal act (murder, extermination, wanton destruction of cities, towns or villages, etc.), the participation and contribution of the other members of the group is often vital in facilitating the commission of the offence in question. It follows that the moral gravity of such participation is often no less – or indeed no different – from that of those actually carrying out the acts in question. Under these circumstances, to hold criminally liable as a perpetrator only the person who materially performs the criminal act would disregard the role as co-perpetrators of all those who in some way made it possible for the perpetrator physically to carry out that criminal act. At the same time, depending upon the circumstances, to hold the latter liable only as aiders and abettors might

understate the degree of their criminal responsibility. This interpretation, based on the Statute [...] warrants the conclusion that international criminal responsibility embraces actions perpetrated by a collectivity of persons in furtherance of a common criminal design.^{175"}

Affinchè il Procuratore possa provare questa forma di responsabilità, la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* richiede la sussistenza di tre elementi oggettivi, e segnatamente:

- 1) Il coinvolgimento di una pluralità di persone nella commissione del crimine.
- 2) L'esistenza di un piano comune diretto alla commissione o comunque riguardante la commissione di un crimine.
- 3) La partecipazione del coautore come contributo significativo alla realizzazione del crimine.

Oltre a questi tre elementi oggettivi, che devono sussistere integralmente, è richiesto al Procuratore di provare la sussistenza di uno dei tre elementi soggettivi della JCE, sulla base dei quali è possibile distinguere tre categorie di JCE: *basic* (JCE I), *systemic* (JCE II) ed *extended* (JCE III)¹⁷⁶.

La prima categoria di JCE, o *basic form*, richiede che i soggetti abbiano volontariamente condiviso un piano criminale comune, con lo specifico e comune intento di commettere un crimine ("*all co-defendants, acting pursuant to a common design, possess the same criminal intention*^{177"}).

Affinchè possa sussistere questa forma di responsabilità, i soggetti devono dare un contributo significativo alla realizzazione del crimine; il contributo non deve necessariamente possedere tutti gli elementi del crimine, potendo

175 ICTY, *Tadic*, IT-94-1-A, *Judgement*, Appeals Chamber, July 15, 1999, par.191-193.

176 G. BIGI, *Joint Criminal Enterprise in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Prosecution of Senior Political and Military Leaders: The Krajisnik Case*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2010, Vol. 14, p.56.

177 ICTY, *Tadic*, IT-94-1-A, *Judgement*, Appeals Chamber, July 15, 1999, par.196.

anche includere diverse altre modalità di supporto volte intenzionalmente alla commissione del crimine¹⁷⁸. In tal senso si è espressa la Trial Chamber della ICTY nella sentenza relativa al caso *Vasiljevic*, condannando l'imputato come coautore per l'omicidio di sette musulmani:

*"Although the Trial Chamber is not satisfied that it has been established that the Accused actually killed anyone or more of the victims, it is nevertheless satisfied that the only reasonable inference available on the evidence is that the Accused, by his actions, intended that the seven Muslim men be killed, whether or not he actually carried out any of those killings himself."*¹⁷⁹

La seconda categoria di JCE, *systemic form* o *concentration camp cases*¹⁸⁰, richiede che i già citati elementi della JCE I, vale a dire condivisione di un piano criminale comune e comune intento di commettere un crimine, siano attuati all'interno di strutture di internamento, detenzione o all'interno di campi di concentramento (i cosiddetti *organised criminal systems*¹⁸¹). Saranno quindi considerati coautori tutti quei soggetti che, all'interno di un *organised criminal system*, siano a conoscenza della natura di detto sistema di maltrattamento e, attraverso il loro contributo significativo e la loro partecipazione attiva, condividano l'intento di implementarlo. Questa forma di responsabilità potrà dunque sorgere non solo in capo ai diretti esecutori dei crimini commessi all'interno del sistema, ma anche in capo a quei soggetti che abbiano, con volontà e coscienza, partecipato al suo funzionamento, espletando compiti anche soltanto di natura meramente amministrativa, come per esempio redigere una lista dei detenuti, organizzarne il trasferimento o registrarne i decessi¹⁸². Questa forma di

178 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, p.164.

179 ICTY, *Vasiljevic*, IT-98-32-T, *Judgement*, Trial Chamber, Nov. 29, 2002, par.113.

180 ICTY, *Tadic*, IT-94-1-A, *Judgement*, Appeals Chamber, July 15, 1999, par.202.

181 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, pp.165-168

182 *Ibid.*

responsabilità è stata dichiarata come sussistente dalla Trial Chamber della ICTY nel caso "*Kvočka and others*", in cui la corte, chiamata a giudicare i fatti avvenuti in Bosnia nel campo di concentramento di Omarska, osservò quanto segue:

"Anyone regularly working in [...] Omarska camp would have had to know that crimes were widespread throughout the camp. Knowledge of the joint criminal enterprise can be inferred from such indicia as the position held by the accused, the amount of time spent in the camp, the function he performs, his movement throughout the camp, and any contact he has with detainees, staff personnel, or outsiders visiting the camp. Knowledge of the abuses could also be gained through ordinary senses. Even if the accused were not eye-witnesses to crimes committed in Omarska camp, evidence of abuses could be seen by observing the bloodied, bruised, and injured bodies of detainees, by observing heaps of dead bodies lying in piles around the camp, and noticing the emaciated and poor condition of detainees, as well as by observing the cramped facilities or the bloodstained walls. Evidence of abuses could be heard from the screams of pain and cries of suffering, from the sounds of the detainees begging for food and water and beseeching their tormentors not to beat or kill them, and from the gunshots heard everywhere in the camp. Evidence of the abusive conditions in the camp could also be smelled as a result of the deteriorating corpses, the urine and feces soiling the detainees clothes, the broken and overflowing toilets, the dysentery afflicting the detainees, and the inability of detainees to wash or bathe for weeks or months."¹⁸³

La terza ed ultima categoria di JCE, o *extended form*, si verifica quando uno o più soggetti, già responsabili nelle forme di JCE I o II, commettano un crimine non facente parte del piano criminale comune; in una situazione del genere, risponderanno di questo ulteriore reato anche quei soggetti che, pur

¹⁸³ ICTY, *Kvočka et al.*, IT-98-30/1-T, *Judgement*, Nov. 2, 2001, par.324.

non avendo intenzione di commetterlo, da un lato erano in grado di ritenere il reato ulteriore come naturale e prevedibile conseguenza del piano originale, e dall'altro, coscienti di questa possibilità, abbiano consapevolmente accettato il rischio che fosse commesso¹⁸⁴. Nel già citato caso *Tadic*, la Appeals Chamber dell'ICTY condannò l'imputato proprio tramite l'applicazione della JCE III, osservando quanto segue:

"The Appellant actively took part in the common criminal purpose to rid the Prijedor region of the non-Serb population, by committing inhumane acts. The common criminal purpose was not to kill all non-Serb men; from the evidence adduced and accepted, it is clear that killings frequently occurred in the effort to rid the Prijedor region of the non-Serb population. That the Appellant had been aware of the killings accompanying the commission of inhumane acts against the non-Serb population is beyond doubt. [...] The Appellant was an armed member of an armed group [...] he had the intention to further the criminal purpose to rid the Prijedor region of the non-Serb population, by committing inhumane acts against them. That non-Serbs might be killed in the effecting of this common aim was, in the circumstances of the present case, foreseeable. The Appellant was aware that the actions of the group of which he was a member were likely to lead to such killings, but he nevertheless willingly took that risk."¹⁸⁵

Contrariamente alla responsabilità per JCE, il modello di coautoria basato sul *Joint Control Over the Crime*, ex. articolo 25, comma 3, lettera a) ICC St., è più focalizzato sull'atto, o atti, criminoso piuttosto che sul coinvolgimento mentale dei soggetti¹⁸⁶. Questa forma di responsabilità è stata utilizzata per la prima volta dalla Pre Trial Chamber della ICC, nella decisione, datata 29 gennaio 2007, relativa al caso *Lubanga Dyilo*. In questa

184 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, pp.169-171.

185 ICTY, *Tadic*, IT-94-1-A, *Judgement*, Appeals Chamber, July 15, 1999, par.231-232.

186 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, pp.176-178.

occasione la Corte, nel tentativo di descrivere questo modello di coautoria, rigettò tanto un approccio puramente oggettivo (secondo il quale solo coloro che realizzano fisicamente uno degli elementi oggettivi dell'offesa possono essere considerati coautori¹⁸⁷), quanto un approccio puramente soggettivo (vale a dire quello utilizzato dalla giurisprudenza della ICTY per la JCE, secondo il quale sono da considerarsi coautori solo coloro che contribuiscono al crimine con "shared intent to commit the offence", a prescindere quindi dal fatto che abbiano fisicamente realizzato uno degli elementi oggettivi del crimine¹⁸⁸), optando per un approccio misto, caratterizzato dalla presenza di elementi sia oggettivi che soggettivi¹⁸⁹. In questo, tutti i coautori, svolgendo una funzione essenziale, dipendono l'uno dall'altro per la realizzazione del crimine, condividendo quindi congiuntamente il controllo sulla esecuzione di esso. In tal senso si è espressa la Corte, statuendo che:

"The concept of co-perpetration based on joint control over the crime is rooted in the principle of the division of essential tasks for the purpose of committing a crime between two or more persons acting in a concerted manner. Hence, although none of the participants has overall control over the offence because they all depends on one another for its commission, they all share control because each of them could frustrate the commission of the crime by not carrying out his or her task."¹⁹⁰

Dalla citata giurisprudenza è dunque possibile ricavare gli elementi, oggettivi e soggettivi, che devono sussistere affinché un soggetto possa essere ritenuto responsabile come coautore, e non come mero partecipante, per un crimine commesso insieme a un'altra persona.

Gli elementi oggettivi che il Procuratore avrà il compito di provare saranno

187 ICC, *Lubanga*, ICC-01/04-01/06, *Decision on the confirmation of charges*, Pre-Trial Chamber, Jan. 29, 2007, par.328.

188 *Ibid.*, par.329.

189 *Ibid.*, par.331.

190 *Ibid.*, par.342.

essenzialmente due, vale a dire l'esistenza di un accordo o di un piano comune intercorrente tra due o più persone (a riguardo la Corte ha precisato che: "*the agreement need not to be explicit and its existence can be inferred from subsequent concerted action of the co-perpetrators*¹⁹¹") ed il contributo essenziale e coordinato dato da ognuno dei coautori alla realizzazione del crimine (a riguardo la Corte ha precisato che per "essenziale" si intende quel contributo che, venendo a mancare, avrebbe "*the power to frustrate the commission of the crime*¹⁹²").

Il Procuratore dovrà inoltre provare la sussistenza di tre elementi soggettivi. Innanzitutto dovrà dimostrare che il singolo coautore abbia agito, secondo i canoni dell'articolo 30 ICC St., con intenzione e consapevolezza¹⁹³; successivamente dovrà dimostrare che tutti i coautori abbiano agito con comune coscienza e accettazione, da un lato, del rischio che l'esecuzione del piano si sarebbe potuta tradurre in un crimine¹⁹⁴, e, dall'altro, che, proprio per il loro ruolo essenziale all'interno del piano, astenendosi dall'esecuzione dello stesso, avrebbero potuto impedirne la configurazione¹⁹⁵.

Prima di affrontare l'analisi delle diverse forme di partecipazione, vale la pena di menzionare un'ultima forma di responsabilità a titolo di coautoria che, pur non essendo prevista esplicitamente nell'ICC St., è stata utilizzata dalla Pre Trial Chamber della ICC nel caso *Katanga and Chui*: la *joint commission through another person*¹⁹⁶ (o più semplicemente *indirect co-perpetration*). Questa forma di responsabilità, secondo la Corte, è il frutto della combinazione tra le già menzionate forme di *joint control over the crime* e di *indirect perpetration* ed è particolarmente adatta per individuare la responsabilità dei cosiddetti *senior leaders*; in tal senso si è espressa la Pre Trial Chamber, osservando quanto segue:

191 *Ibid.*, par.345.

192 *Ibid.*, par.347.

193 *Ibid.*, par.350.

194 *Ibid.*, par.361.

195 *Ibid.*, par.367.

196 ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Decision on the confirmation of charges*, Pre-Trial Chamber, Sept. 30, 2008, par.491.

"There are no legal grounds for limiting the joint commission of the crime solely to cases in which the perpetrators execute a portion of the crime by exercising direct control over it. Rather, through a combination of individual responsibility for committing crimes through other persons together with the mutual attribution among the co-perpetrators at the senior level, a mode of liability arises which allows to assess the blameworthiness of senior leaders adequately. An individual who has no control over the person through whom the crime would be committed cannot be said to commit the crime by means of that another persons. However, if he acts jointly with another individual, one who controls the person used as an instrument, these crimes can be attributed to him on the basis of mutual attribution."¹⁹⁷

Quindi, secondo la citata giurisprudenza della Pre Trial Chamber, nel caso in cui due o più *senior leaders* condividano un piano comune per commettere dei crimini (*co-perpetration*) usando a tal fine ognuno le rispettive persone sottoposte al loro controllo (*indirect perpetration*), risponderanno come coautori per quei crimini, sebbene materialmente commessi dalle persone sotto il loro controllo (*indirect co-perpetration*). Come già anticipato, la responsabilità individuale delineata dall'ICL si estende anche alle forme di partecipazione, così come codificate nelle lettere b), c) e d) dell'articolo 25, comma 3 ICC St e negli articoli 7 e 6 degli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*; la analisi differenziata tra forme di autoria e forme di partecipazione, è bene sottolinearlo nuovamente, rileva non solo da un punto di vista meramente descrittivo delle condotte, ma anche, e soprattutto, dal punto di vista dei diversi trattamenti sanzionatori.

La lettera b) prevede tre forme di partecipazione, vale a dire ordinare, sollecitare o incoraggiare la perpetrazione di un reato, nella misura in cui ci sia perpetrazione (o tentativo) di reato; si tratta dunque di tre ipotesi

¹⁹⁷ ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Decision on the confirmation of charges*, Pre-Trial Chamber, Sept. 30, 2008, par.492-493.

riconducibili alla categoria del concorso morale.

L'ordine rilevante ai fini della responsabilità è quello impartito, in qualsiasi forma, da un superiore nei confronti del proprio subordinato; ci troviamo dunque nella situazione in cui un individuo in posizione di autorità (il superiore) sfrutta il proprio ruolo per ordinare ad un secondo individuo, soggetto alla sua autorità (il subordinato), di commettere un crimine. Questa relazione tra superiore e subordinato, come sottolineato dalla giurisprudenza della ICTR, non deve necessariamente avere natura formale, essendo sufficiente una autorità di fatto. La Corte ha infatti precisato che:

"it is sufficient that there is proof of some position of authority on the part of the accused that would compel another to commit a crime in following the accused's order [...] it should be recalled that authority may be informal or of a purely temporary nature."¹⁹⁸

L'ordine deve richiedere un atto positivo, non potendo essere fondato su una semplice omissione, e deve essere caratterizzato da una sufficiente specificità¹⁹⁹; è importante sottolineare infine che il superiore, per essere ritenuto responsabile, deve impartire l'ordine intenzionalmente e con la consapevolezza del fatto che, ove il subordinato obbedisca, da detto ordine seguirà la commissione di un crimine, dovendo dunque accettare un tale rischio (non è altresì richiesto che l'ordine venga impartito direttamente dal superiore, potendo passare attraverso i diversi livelli della "*chain of command*"²⁰⁰).

Le altre due condotte previste dalla lettera b), vale a dire la sollecitazione e l'incoraggiamento, sono riconducibili a quella che nei due statuti dei Tribunali *ad hoc* è chiamata istigazione²⁰¹; per questa ragione le due

198 ICTR, *Semanza*, ICTR-97-20-A, *Judgement*, Appeals Chamber, May 20, 2005, par.361-362.

199 ICTY, *Galic*, IT-98-29-A, *Judgement*, Appeals Chamber, Nov. 30, 2006, par.176.

200 ICTY, *Boskoski and Tarculovski*, IT-04-82-A, *Judgement*, Appeals Chamber, May 19, 2010, par.166-167.

201 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, pp.197.

condotte verranno analizzate assieme. Ebbene, perchè possa essere rilevante ai fini della responsabilità, è stato chiarito dalla giurisprudenza della ICTY che per istigazione bisogna intendere quell'atto (di natura positiva ma anche, diversamente dall'ordine, omissiva²⁰²) volto a indurre un'altra persona a commettere un crimine; in questo caso, diversamente da quanto appena detto relativamente all'ordine, l'istigatore risponderà a prescindere dalla sussistenza di un rapporto superiore-subordinato, che non è qui richiesto. Affinchè l'istigazione possa essere provata, la Appeals Chamber della ICTY ha sottolineato che:

*"while it is not necessary to prove that the crime would not have been perpetrated without the involvement of the accused, it is sufficient to demonstrate that the instigation was a factor substantially contributing to the conduct of another person committing the crime."*²⁰³

Quindi, per provare l'esistenza di un nesso causale tra l'istigazione ed il reato commesso, non è richiesto che la condotta debba porsi come *condicio sine qua non* ("it is not necessary to prove that the crime would not have been perpetrated without the involvement of the accused"). Per quanto concerne invece la *mens rea*, l'istigatore deve agire o con l'intento di provocare la commissione del crimine, oppure accettando con consapevolezza il rischio che ciò possa accadere a causa della sua condotta²⁰⁴; l'istigatore, secondo la prevalente dottrina, non sarebbe invece responsabile per un eventuale eccesso dell'autore materiale, e cioè nel caso in cui venisse commesso un crimine non compreso nell'intento dell'istigatore²⁰⁵.

La lettera c) punisce le condotte accessorie volte ad agevolare la

202 ICTY, *Brdanin*, IT-99-36-T, *Judgement*, Trial Chamber, Sept. 1, 2004, par.269.

203 ICTY, *Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-A, *Judgement*, Dec. 17, 2004, par.27.

204 V. MILITELLO, *The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute*, in *Journal of Int. Criminal Justice*, Oxford, 2007, Vol.5, N° 4, p.948.

205 P. WERLE, *Principles of International Criminal Law*, The Hague, 2005, p.125; A.

CASSESE-P. GAETA-J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford, 2002, Vol. I, p.798.

commissione (o il tentativo) di un crimine, precisamente quelle di chi agevoli, aiuti, partecipi, assista o fornisca i mezzi necessari; queste condotte sono definite, nei sistemi di *common law* così come negli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, come *aiding and abetting*. La giurisprudenza della ICTR ha definito queste due condotte nel seguente modo: "*Aiding means giving assistance to someone. Abetting, on the other hand, would involve facilitate the commission of an act by being sympathetic to thereto*²⁰⁶ⁿ"; questa forma di responsabilità può dunque prevedere una partecipazione tanto di tipo materiale ("*giving assistance to*"), quanto di tipo morale ("*being sympathetic to*"). Dal punto di vista degli elementi oggettivi, la condotta agevolatoria, sia essa positiva od omissiva, deve fornire un contributo sostanziale all'esecuzione del crimine²⁰⁷, non essendo necessario che si ponga quindi come *condicio sine qua non*; la giurisprudenza della ICTY ha inoltre sottolineato da un lato come non sia necessaria la presenza del compartecipe sulla scena del crimine, e dall'altro come la condotta agevolatoria possa essere prestata prima, durante o persino dopo l'esecuzione del crimine.²⁰⁸ Discorso differente si presta per la mera presenza sul luogo del crimine, quindi non preceduta da condotte agevolatorie e pertanto apparentemente non punibile, da parte di un soggetto che riveste una posizione di autorità, che, potenzialmente, può dare luogo ad una responsabilità (è questo il caso del cosiddetto "*approving spectator*"²⁰⁹); la Trial Chamber dell'ICTY ha infatti osservato quanto segue:

*"Presence alone at the scene of the crime is not conclusive of aiding or abetting, unless it is shown to have a significant legitimizing or encouraging on the principal. Presence, particularly when coupled with a position of authority, is therefore probative, but not determinative, indication that an accused encouraged or supported the perpetrators of the crime."*²¹⁰ⁿ

206 ICTR, *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Judgement*, Trial Chamber, Sept. 2, 1998, par.484.

207 ICTY, *Blaskic*, IT-95-14-A, *Judgement*, Appeals Chamber, July 29, 2004, par.46.

208 *Ibid.*, par.48.

209 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, pp.195.

210 ICTY, *Kvočka et al.*, IT-98-30/1-T, *Judgement*, Trial Chamber, Nov. 2, 2001, par.257.

Per quanto riguarda gli elementi soggettivi, è richiesto che il soggetto sia consapevole del fatto che, attraverso la sua condotta agevolatoria, stia contribuendo all'esecuzione del crimine da parte dell'autore principale, non essendo altresì necessario nè che egli posseda la esatta *mens rea* richiesta per quello specifico crimine (per intederci, lo specifico intento dell'autore principale), nè tantomeno che egli possa prevedere l'esatto crimine che sarà commesso; a riguardo, questo è quanto è stato messo in luce da parte dell'ICTY:

*"it is not necessary that the aider and abettor should know the precise crime that was intended and which in the event was committed. If he is aware that one of a number of crimes will probably be committed, and one of those crimes is in fact committed, he has intended to facilitate the commission of that crime, and is guilty as an aider and abettor."*²¹¹

Bisogna infine considerare il fatto che, sebbene la mera consapevolezza di agevolare l'esecuzione di un crimine sia un requisito sufficiente per la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, lo Statuto ICC richiede qualcosa di più. L'articolo 25 richiede infatti che la condotta sia messa in atto "allo scopo di agevolare la perpetrazione", dovendo il soggetto avere non solo la consapevolezza, ma anche il desiderio che la sua condotta agevoli l'esecuzione del crimine, limitando di gran lunga le ipotesi di questa forma di partecipazione²¹². Per chiarire quanto appena detto, si pensi all'esempio di una persona che accetti di vendere un'arma a un noto criminale, con la consapevolezza che detto criminale la userà per commettere un crimine. Se a questo punto il crimine venisse effettivamente commesso, secondo la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* il venditore sarebbe già considerato responsabile; invece, secondo l'ICC St., se il venditore riuscisse a dimostrare di aver venduto l'arma per uno scopo diverso da quello di facilitare il

211 ICTY, *Furundzija*, IT-95-17/1-T, *Judgement*, Trial Chamber, Dec. 10, 1998, par.246.

212 A. CASSESE-P. GAETA-J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford, 2002, Vol. I, p.801.

crimine (per ricavarne un profitto, ad esempio), potrebbe evitare di essere condannato. Resta a questo punto da analizzare un'ultima, residuale forma di partecipazione, prevista dalla lettera d), vale a dire quella di contribuisca in qualsiasi altro modo alla perpetrazione (o al tentativo) di un crimine da parte di un gruppo di persone che agiscono di comune accordo (la cosiddetta *complicity in a group crime*). Anzitutto, dal punto di vista oggettivo, la responsabilità è collegata all'esecuzione (o al tentativo) di un crimine da parte di un gruppo; bisogna dunque specificare che il "gruppo", per essere definito tale, necessita almeno di tre persone che condividano un fine comune²¹³. Detto ciò, è richiesto che il compartecipe contribuisca intenzionalmente in ogni altra maniera non prevista dalle lettere a), b) e c) dell'articolo 25, comma 3, per esempio fornendo un apporto di natura finanziaria; per quanto riguarda l'intensità del contributo, la Pre Trial Chamber della ICC, escludendo che possa trattarsi di un contributo di tipo sostanziale, ha optato per un contributo meno pregnante, osservando quanto segue:

*"Given the residual nature of article 25(3)(d) [...] in order to be criminally responsible, a person must make a significant contribution to the crimes committed or attempted. The extent of the person's contribution is determined by considering the person's relevant conduct and the context in which this conduct is performed."*²¹⁴

Parlando infine degli elementi soggettivi, due sono le alternative individuate dalla norma: la prima richiede che il contributo sia diretto a facilitare l'attività o il progetto criminale del gruppo; la seconda richiede che detto contributo sia fornito con la piena consapevolezza dell'intento, non codiviso, del gruppo di commettere il crimine²¹⁵.

213 P. WERLE, *Principles of International Criminal Law*, The Hague, 2005, p.127.

214 ICC, *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, *Decision on the confirmation of charges*, Pre-Trial Chamber, Dec. 16, 2011, par.283-285.

215 A. CASSESE-P. GAETA-J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford, 2002, Vol. I, p.803.

Il diritto penale internazionale, alla stregua della maggior parte degli ordinamenti nazionali, non si limita a punire solamente i delitti "consumati", ma estende la responsabilità anche a chi, sebbene senza riuscirci, tenta di realizzare l'atto delittuoso. Per dovere di completezza, è utile sottolineare come, oltre al tentativo, l'ICL estenda la responsabilità anche a chi semplicemente cospiri (viene penalizzato il mero accordo, tra due o più persone, per commettere un crimine) o inciti qualcuno a commettere un crimine genocidiario (le tre figure appena delineate fanno parte della categoria dei cosiddetti "*inchoate crimes*", o "*crimes formels*", caratterizzati da condotte criminose preliminari o incomplete²¹⁶). In questo paragrafo verrà analizzato unicamente il tentativo, codificato nell'articolo 25, comma 3, lettera f) dell'ICC St., essendo le restanti forme di intesa (o cospirazione) e incitamento già state analizzate nel sottoparagrafo relativo al crimine di genocidio. Il tentativo, magistralmente definibile con il brocardo latino "*cogitare, agere, sed non perficere*²¹⁷", è caratterizzato da tre elementi: il soggetto deve aver pianificato di commettere un determinato crimine (elemento soggettivo) e deve aver agito a tal fine (elemento oggettivo), pur non essendo riuscito a portarlo a compimento (incompletezza del crimine)²¹⁸. Affinchè il tentativo possa essere punibile, è quindi richiesto che il soggetto abbia intenzionalmente dato inizio all'esecuzione del crimine attraverso una azione che implichi un passo sostanziale, e che detta esecuzione sia stata frustrata dall'intervento di circostanze indipendenti dalla sua volontà. Da questa definizione emergono due dati, dotati di un differente grado di certezza: se infatti, da un lato, è certa la irrilevanza dei cosiddetti atti preparatori (che non sono infatti puniti dall'ICC St.), lo stesso non si può dire, dall'altro, riguardo a quale debba essere quel passo sostanziale in grado di varcare il confine tra atti preparatori non punibili e tentativo punibile²¹⁹.

216 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, pp.199.

217 Letteralmente, "progettare, agire, ma non portare a compimento".

218 A. CASSESE-P. GAETA-J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford, 2002, Vol. I, p.809.

219 P. WERLE, *Principles of International Criminal Law*, The Hague, 2005, p.168; K. AMBOS, *Modes of Criminal Responsibility*, in *Max Planck EPIL*, July 2013, par.23.

La soluzione scelta dalla prevalente dottrina, sembra essere quella che ritiene realizzato un tentativo punibile qualora il soggetto agente, in conformità alla sua concezione del crimine, sia diretto a procedere alla sua realizzazione (quindi con piena realizzazione dell'elemento soggettivo), a prescindere quindi dall'aver realizzato, o meno, uno degli elementi oggettivi tipici di detto crimine²²⁰; in tal senso si è espressa anche la Pre Trial Chamber della ICC, osservando che:

"The majority of the Chamber endorses the doctrine that establishes that the attempt to commit a crime is a crime in which the objective elements are incomplete, while the subjective elements are complete. Therefore, the dolus that embodies the attempt is the same than the one that embodies the consummated act. As a consequence, in order for an attempt to commit a crime to be punished, it is necessary to infer the intent to further an action that would cause the result intended by the perpetrator, and the commencement of the execution of the act."²²¹

Come già illustrato in precedenza, il terzo elemento caratteristico del tentativo è la incompletezza dell'atto, che deve essere impedito a causa di circostanze indipendenti dalla volontà dell'agente; situazione completamente diversa si avrebbe, dunque, qualora il soggetto abbandonasse spontaneamente il proprio intento criminoso. Quanto appena detto è confermato dalla seconda proposizione della lettera f), che esclude la responsabilità per quel soggetto che, in maniera completa (non sarebbe dunque sufficiente posticiparne l'esecuzione o rivolgerla ad un diverso obbiettivo) e volontaria (non coartata), abbia deciso di desistere dal proprio proposito criminoso, oppure, in una situazione di *"finished attempt"*²²²

220 A. CASSESE-P. GAETA-J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford, 2002, Vol. I, p.812.

221 ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Decision on the confirmation of charges*, Pre-Trial Chamber, Sept. 30, 2008, par.460.

222 A. CASSESE-P. GAETA-J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford, 2002, Vol. I, p.816.

(quella cioè in cui, nel normale corso degli eventi, l'azione avrebbe portato alla realizzazione del crimine), abbia impedito il prodursi dell'evento.

Presupposto necessario della fattispecie di abbandono, anche se non specificato dall'ICC St., è che il tentativo, nel momento esatto in cui il soggetto sceglie di desistere, potesse essere portato a compimento²²³; nel caso in cui il soggetto fallisse il suo tentativo, non avendo più a disposizione altre chances di commettere il crimine²²⁴, verrebbero dunque a mancare gli elementi soggettivi (desistenza completa e volontaria) necessari per integrare una situazione di abbandono non punibile ex. lettera f).

Per concludere questo paragrafo è necessario menzionare il fatto che, così come nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, anche il diritto penale internazionale prevede delle cause di esclusione della responsabilità, codificate negli articoli 31 (malattia o difetto mentale, stato di intossicazione non volontario, legittima difesa, stato di necessità), 32 (errore di fatto o di diritto) e 33 (ordini del superiore gerarchico o di legge) dell'ICC St. Pur non potendo, per ragioni di speditezza, analizzare ogni singolo aspetto di queste cause, è importante sottolineare che si tratta di circostanze eccezionali che, secondo la classica dicotomia propria degli ordinamenti di *common law*, possono giustificare una condotta criminale oppure scusare l'agente per averle messe in atto; si suole distinguere, a tal proposito, tra *Justifications*, con riferimento a quelle circostanze che rendono la condotta dell'agente accettabile dall'ordinamento giuridico (come ad esempio la legittima difesa), ed *Excuses*, con riferimento a quelle circostanze che, pur preservando la illiceità della condotta, impediscono che essa sia, in tutto o in parte, soggetta a sanzione penale (come ad esempio in un caso di appurata incapacità mentale)²²⁵.

223 *Ibid.*, p.815.

224 Si pensi, per esempio, ad un cecchino che, con un solo colpo in canna e nessuna munizione aggiuntiva, manchi il bersaglio.

225 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, pp.209-210.

4. La Repressione dei Crimini Internazionali

Il diritto penale internazionale distingue tra due meccanismi di repressione penale per i crimini internazionali, precisamente tra *indirect* e *direct system of international criminal law*²²⁶. Il primo, basato sul coordinamento delle giurisdizioni nazionali, si riferisce appunto ad una repressione da parte degli organi giudiziari nazionali²²⁷, il secondo, viceversa, ad una repressione da parte dei tribunali internazionali. In questo, ultimo, paragrafo verranno brevemente analizzate queste due modalità di repressione, alle quali seguirà un approfondimento relativo al principio del *ne bis in idem* (o *double jeopardy*).

4.1 Organi Giudiziari Nazionali

A livello puramente processuale, i Tribunali nazionali hanno l'obbligo di attivare la propria giurisdizione in base alla sussistenza di alcuni principi, segnatamente di territorialità, di personalità attiva, di personalità passiva e, infine, di giurisdizione universale.

Il principio, o criterio, di territorialità prevede che un crimine commesso nel territorio di uno Stato, sia processabile dalle Corti, ordinarie o militari, di quello Stato. Questo criterio è vantaggioso e svantaggioso allo stesso tempo²²⁸, il *locus commissi delicti*²²⁹ è infatti, nella maggior parte dei casi, il luogo in cui è più facile raccogliere le prove, ma nel caso di crimini complessi, come quelli internazionali, sarebbe difficile da determinare; si pensi ad un crimine pianificato in un paese e messo in atto in un altro, quale dei due potrebbe rivendicare la propria giurisdizione in base al criterio della

226 A. TANZI, *Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo*, Padova, 2010, p.340.

227 *Ibid.*

228 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, pp.275-276.

229 Letteralmente, "il luogo in cui è stato commesso il crimine".

territorialità? Secondo il principio della personalità attiva, il diritto penale di uno Stato si estende ad un livello extraterritoriale, nel caso in cui un crimine venga commesso, all'estero, da parte di un cittadino di detto Stato; va inoltre aggiunto che se nella maggior parte dei casi è richiesto che il crimine commesso dal cittadino sia riconosciuto come crimine anche nello Stato estero, per i crimini internazionali è semplicemente richiesto che essi siano inquadrabili come tali dal diritto consuetudinario (come nel caso dei *core crimes*) o dai trattati internazionali (come nel caso dei *treaty crimes*)²³⁰.

Viceversa, secondo il principio della personalità passiva, uno Stato è competente per quei crimini commessi all'estero contro i propri cittadini; anche in una situazione del genere, affinché possa esserci giurisdizione, è sufficiente che il crimine sia riconosciuto come internazionale in base al diritto internazionale, a prescindere dal fatto che sia perseguibile, o meno, dall'ordinamento dello Stato estero²³¹.

In via sussidiaria, è infine previsto il principio della universalità della giurisdizione, che può a sua volta essere distinto in "assoluto" e "condizionato"²³². Nel suo significato assoluto, i crimini internazionali, avendo appunto natura universale, possono essere perseguiti e puniti, anche da Stati terzi, a prescindere sia dal luogo in cui siano stati commessi, sia da chi, o contro chi, siano stati commessi; l'autorità per punirli deriverebbe, ancora una volta, dalla natura stessa di questi crimini²³³; viceversa, la versione condizionata di questo principio prevede che solo lo Stato nel quale sia tenuto in custodia il soggetto possa avere giurisdizione su di esso. Questo principio, valido specialmente per i crimini di genocidio, di guerra (solo di natura internazionale) e contro l'umanità, è infine previsto al fine di consentire l'operatività del principio *aut dedere aut iudicare*²³⁴, che, come

230 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, p.276.

231 *Ibid.*, p.277.

232 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, pp.278-280.

233 S. MACEDO, *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, Philadelphia, 2004, p.21.

234 A. TANZI, *Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo*, Padova, 2010, p.341.

già visto nel paragrafo relativo al crimine di tortura, impone allo Stato sul cui territorio si trova il presunto autore del reato di attivare l'azione penale nei suoi confronti, oppure di estradarlo verso lo Stato competente.

4.2 Tribunali Internazionali

L'esistenza parallela dei già menzionati meccanismi di *direct* e *indirect enforcement* possono portare, nella realtà dei fatti, a situazioni nelle quali, simultaneamente, i Tribunali nazionali, da un lato, e quelli internazionali, dall'altro, si ritengano giurisdizionalmente competenti. Può succedere, per esempio, che in un caso di genocidio ci sia un concorso di giurisdizione tra la ICC, competente ex. articolo 5 ICC St., e lo Stato in cui è stato perpetrato il crimine, competente tanto per il criterio di territorialità, quanto sulla base della Convenzione contro il Genocidio. Essendo già stato analizzato il percorso storico che ha portato alla costituzione delle più importanti Corti internazionali, verranno di seguito messi in luce i diversi modelli creati, a livello statutario, dalle suddette per risolvere situazioni concorrenziali a livello giurisdizionale; l'analisi partirà dal Patto di Londra, passando per gli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*, per concludersi con lo Statuto di Roma.

Il Tribunale di Norimberga, per primo, infranse il monopolio delle Corti nazionali sulla giurisdizione relativa ai crimini internazionali e, sempre per la prima volta, portò sul banco degli imputati i leaders militari e politici. Secondo questo primo modello, era garantita all'IMT una giurisdizione esclusiva per quei "*major criminals whose offenses have no particular geographic location*"²³⁵, rimanendo in capo alle Corti nazionali la giurisdizione per i crimini commessi da responsabili meno eccellenti (alla fine del secondo conflitto mondiale venne infatti richiesto alle Corti tedesche di giudicare i crimini commessi dai tedeschi contro i loro connazionali, e alle Corti nazionali degli Alleati di giudicare quelli

235 London Agreement, articolo 1.

commessi dai tedeschi contro gli stranieri²³⁶). Gli Statuti ICTY e ICTR, rispettivamente agli articoli 9 e 8, hanno optato per un modello concorrenziale "speciale", delineato nel seguente modo:

*"The international Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law [...] The International Tribunal shall have primacy over national courts. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International Tribunal in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal."*²³⁷

Si è definito modello concorrenziale "speciale", in ragione della supremazia a livello giurisdizionale di questi due Tribunali, che deriva dal loro *status* di organi sussidiari del Consiglio di Sicurezza; la Trial Chamber della ICTR ha, a riguardo, osservato quanto segue:

*"It is true that the Tribunal has primacy over domestic criminal Courts and may at any stage request national Courts to defer to the competence of the Tribunal pursuant to article 8. [...] The primacy thereby entrenched for the Tribunal, however, is exclusively derived from the fact that the Tribunal is established under Chapter VII of the UN Charter, which in turn enables the Tribunal to issue directly binding international legal orders and requests to States, irrespective of their consent. Failure of States to comply with such legally binding orders and requests may, under certain conditions, be reported by the President of the Tribunal to the Security Council for further action."*²³⁸

236 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, p.292.

237 ICTY Statute, articolo 9; ICTR Statute, articolo 8.

238 ICTR, *Kanyabashi*, ICTR-96-15-T, *Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*, Trial Chamber, June 18, 1997, par.31-32.

Lo Statuto della ICC infine, essendo stato istituito tramite un trattato internazionale e non essendo dunque un organo del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, dimostra di essere più improntato ad un visione realistica, che vede nel sistema di *direct enforcement* l'eccezione, piuttosto che la regola²³⁹; già nel Preambolo, infatti, viene enfatizzato come "i delitti più gravi che riguardano l'insieme della comunità internazionale²⁴⁰" debbano essere perseguiti "mediante provvedimenti adottati in ambito nazionale ed attraverso il rafforzamento della cooperazione nazionale²⁴¹", e viene inoltre rammentato come sia un dovere di ogni Stato "esercitare la propria giurisdizione penale nei confronti dei responsabili di crimini internazionali²⁴²".

Quello adottato dallo Statuto di Roma è dunque un modello di complementarità ("la Corte Penale Internazionale istituita ai sensi del presente Statuto è complementare alle giurisdizioni penali nazionali²⁴³"), che vede la giurisdizione della ICC come sussidiaria rispetto ai Tribunali nazionali. Secondo il principio di complementarità (codificato, oltre che nel già citato Preambolo, negli articoli 1, 15, 17, 18 e 19 ICC St.), è esclusa la giurisdizione della Corte, che deve dichiarare la improcedibilità, nel caso in cui un Tribunale nazionale rivendichi la propria giurisdizione per uno stesso crimine, commesso da uno stesso soggetto, e inoltre se: lo Stato ha effettivamente giurisdizione secondo le proprie leggi; lo stesso caso è oggetto di indagini o di un procedimento penale da parte di quello Stato; lo stesso caso è stato oggetto di indagini da parte di quello Stato che, in maniera regolare, abbia deciso di non procedere nei confronti del soggetto interessato²⁴⁴. Questo principio si applica non solo con riguardo ad uno Stato parte dello Statuto, ma anche con riguardo ad uno Stato terzo²⁴⁵, ove

239 P. WERLE, *Principles of International Criminal Law*, The Hague, 2005, p.69.

240 ICC Statute Preamble.

241 *Ibid.*

242 *Ibid.*

243 *Ibid.*

244 ICC Statute, articolo 17, comma 1.

245 *Ibid.*, articolo 18, comma 1.

detto Stato rivendichi la propria giurisdizione sulla base di un trattato internazionale, perchè il sospetto è presente sul proprio territorio o sulla base del principio di universalità (si pensi, ad esempio, al caso di un cittadino di uno Stato terzo A che abbia commesso un crimine internazionale sul territorio di uno Stato parte B e che, succesivamente, sia scappato in un altro Stato terzo C; in tal caso lo Stato terzo C potrebbe legittimamente rivendicare la propria giurisdizione²⁴⁶). Sempre sulla base del principio di complementarità, la ICC sarebbe tuttavia autorizzata ad esercitare la propria giurisdizione su di un caso, anche ove esso fosse pendente dinnanzi ad un Tribunale nazionale, qualora lo Stato si dimostrasse riluttante ("*unwilling*") o incapace ("*unable*") di iniziare le indagini o di intentare un procedimento, oppure qualora la decisione, ex. articolo 17, comma 1, di non processare il sospettato sia il risultato di detta riluttanza o incapacità. I concetti di *unwillingness* e di *inability* sono specificati nel secondo e nel terzo comma dell'articolo 17 ICC St. È previsto che uno Stato sia da considerare in difetto di volontà qualora: le autorità nazionali abbiano indetto il procedimento nell'intento di proteggere la persona soggetta alla responsabilità penale; il procedimento abbia subito un ritardo ingiustificato che dimostri, nei fatti, la mancanza di volontà delle autorità nazionali di assicurare la persona alla giustizia; il procedimento non sia stato condotto in maniera indipendente o imparziale, bensì in maniera tale da essere, nei fatti, incompatibile col fine di assicurare la persona alla giustizia²⁴⁷. Uno Stato è invece da considerare incapace qualora, a causa di un totale o parziale collasso del proprio sistema giudiziario, non sia capace di: ottenere la presenza dell'imputato; raccogliere le prove o le testimonianze necessarie; svolgere un procedimento penale²⁴⁸.

Il principio di complementarità si applica, infine, anche nei tre casi in cui la ICC sia legittimata ad esercitare la propria giurisdizione in base al

246 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, p.297.

247 ICC Statute, articolo 17, comma 2.

248 ICC Statute, articolo 17, comma 3.

cosiddetto *trigger mechanism*²⁴⁹, e cioè qualora uno dei crimini ex. articolo 5: sia stato segnalato al Procuratore da uno Stato parte; sia stato segnalato al Procuratore dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU, attraverso una risoluzione prevista dal capitolo VII della Carta ONU; sia oggetto di una indagine aperta *motu proprio* dal Procuratore²⁵⁰ e autorizzata dalla Pre-Trial Chamber²⁵¹.

4.3 Ne bis in idem

Secondo il principio del *ne bis in idem*, la cui ratio è espressa nella massima "*nemo debet bis vexari pro eadem causa*"²⁵², un Tribunale non può istituire un procedimento, contro un soggetto, per un crimine che sia già stato oggetto di un precedente procedimento all'interno dello stesso Stato (*ne bis in idem* interno²⁵³), di un altro Stato o di un Tribunale internazionale (*ne bis in idem* internazionale²⁵⁴); affinché questo principio possa operare, è necessario che il primo procedimento sia stato pienamente concluso, non essendo sufficiente, ad esempio, che siano semplicemente cominciate le indagini²⁵⁵. Quanto appena detto è stato confermato dalla Trial Chamber della ICTY nel caso *Tadic*. Dusko Tadic è stato il primo ad essere stato processato dinnanzi alla ICTY, per crimini di guerra e contro l'umanità commessi contro i detenuti del campo di prigionia di Omarska durante il conflitto Bosniaco. Tadic venne inizialmente arrestato in Germania, con le accuse di genocidio e crimini di guerra, e successivamente, su richiesta del Procuratore della ICTY, venne trasferito dinnanzi alla ICTY, dove sostenne

249 P. WERLE, *Principles of International Criminal Law*, The Hague, 2005, p.71.

250 ICC Statute, articolo 13.

251 *Ibid.*, articolo 15.

252 A. CASSESE-P. GAETA-J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford, 2002, Vol. I, p.707.

253 A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2013, p.315.

254 *Ibid.*

255 A. CASSESE-G. ACQUAVIVA-M. FAN, *International Criminal Law, Cases & Commentary*, Oxford, 2011, p.100.

di dover essere prosciolto sulla base della operatività del *ne bis in idem*²⁵⁶.
La Corte osservò quanto segue:

*"The deferral of the case by Germany took place after a German investigation of the charges against the accused had led to his indictment there but well before any trial of the accused in that country on those charges. While the proceedings may have passed beyond the purely investigative phase, it is undisputed that the accused had not been tried in the full sense, i.e., he was neither convicted nor acquitted by the German court. [...] The deferral which occurred in this case does not raise a genuine issue of non bis in idem."*²⁵⁷

Questo principio, tanto a livello statale quanto a livello internazionale, non è sempre regolato in maniera uniforme; verranno di seguito brevemente analizzate le differenze intercorrenti tra gli Statuti dei Tribunali *ad hoc* e lo Statuto della ICC, derivanti principalmente, come evidenziato nel paragrafo precedente, dai loro diversi modelli di giurisdizione.

Gli Statuti dei Tribunali *ad hoc* hanno codificato il principio nell'articolo 10, per quanto riguarda l'ICTY, e nell'articolo 9, relativamente all'ICTR. Sulla base della supremazia di questi Tribunali nei confronti di quelli nazionali, il cosiddetto "*downward ne bis in idem*"²⁵⁸ è pienamente operante (quindi è in ogni caso escluso che un Tribunale nazionale possa avere giurisdizione per un crimine già processato da uno dei due Tribunali *ad hoc*). Viceversa, il cosiddetto "*upward ne bis in idem*" è soggetto ad alcune eccezioni²⁵⁹, per cui, in base agli articoli 10, comma 2, ICTY St. e 9, comma 2, ICTR St., è configurabile un secondo procedimento penale, dinnanzi ai Tribunali *ad hoc*, contro un soggetto che sia già stato giudicato da una Corte nazionale

256 *Ibid.*, p.101.

257 ICTY, *Tadic*, IT-94-1-T, *Decision on the Defence Motion on the Principle of Non-Bis-In-Idem*, Trial Chamber, Nov. 14, 1995, par.8-11.

258 A. CASSESE-G. ACQUAVIVA-M. FAN, *International Criminal Law, Cases & Commentary*, Oxford, 2011, p.107.

259 R. GEISS, *Ne bis in idem*, in *Max Planck EPIL*, July 2013, par.23.

per atti che costituiscano gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, se: l'atto per cui il soggetto è stato giudicato è stato considerato come un reato ordinario (quindi, ad esempio, come omicidio anziché come crimine di guerra); se il procedimento dinnanzi al Tribunale nazionale non è stato imparziale o indipendente, bensì finalizzato a sottrarre il soggetto dalla sua responsabilità penale internazionale, oppure se l'accusa non è stata condotta con la diligenza adeguata. Va infine sottolineato come il terzo, ed ultimo, comma di questi due articoli preveda che, qualora si configurasse una delle eccezioni sopracitate, il Tribunale internazionale dovrà tenere conto della misura della pena (inflitta per lo stesso fatto dal Tribunale nazionale) che il soggetto abbia già scontato.

Viceversa, il principio del *ne bis in idem* così come codificato nell'articolo 20 ICC St. è influenzato dal principio di complementarità, che, come si è potuto notare nel paragrafo precedente, mette sullo stesso piano la ICC e i Tribunali nazionali (si parla in tal caso di *horizontal relationship*, differente dalla *vertical relationship* tipica dei Tribunali *ad hoc*²⁶⁰). L'articolo 20 è suddiviso in tre comma, ognuno dei quali prevede un diverso significato del termine "*idem*": il primo è relativo al rapporto tra il principio del *ne bis in idem* e una decisione della stessa ICC, mentre il secondo e il terzo prendono in considerazione le relazioni intercorrenti tra le decisioni della ICC e quelle degli altri Tribunali, nazionali o internazionali. Il primo comma, riferendosi a "*conduct which formed the basis of crimes*", proibisce un secondo procedimento per un *idem factum*²⁶¹; per cui, ad esempio, un soggetto assolto dalla ICC in un procedimento per genocidio, non potrà subire un successivo giudizio (dinnanzi alla ICC) per crimini contro l'umanità sulla base della stessa "*conduct*". Il secondo comma si occupa di regolare il *downward ne bis in idem* e, facendo riferimento ai crimini codificati nell'articolo 5 dello Statuto (genocidio, contro l'umanità, di guerra e aggressione), proibisce un secondo procedimento dinnanzi a un altro

260 A. CASSESE-G. ACQUAVIVA-M. FAN, *International Criminal Law, Cases & Commentary*, Oxford, 2011, pp.107-108.

261 R. GEISS, *Ne bis in idem*, in *Max Planck EPIL*, July 2013, par.27.

Tribunale per un *idem crimen*²⁶²; quindi, sempre a titolo di esempio, il soggetto assolto (dalla ICC) in un procedimento per crimini di guerra, potrebbe comunque affrontare un procedimento per omicidio dinnanzi ad un Tribunale nazionale. Il terzo comma, infine, si occupa di regolare l'*upward ne bis in idem* e, riferendosi a "*conduct proscribed under article 6, 7 or 8*", proibisce un secondo procedimento dinnanzi alla ICC per un *idem factum*²⁶³. Anche lo Statuto della ICC prevede delle eccezioni in tema di *upward ne bis in idem*, sulla base delle quali sarebbe dunque possibile un secondo procedimento dinnanzi alla ICC. Dette eccezioni fanno riferimento ad un processo, dinnanzi ad un altro Tribunale, mirante a sottrarre il soggetto dalla sua responsabilità penale per crimini di competenza della ICC, oppure condotto in modo da essere incompatibile con il fine di assicurare detto soggetto alla giustizia (quindi sprovvisto dei requisiti di indipendenza e imparzialità). Per concludere, è interessante notare come l'articolo 20, a differenza degli articoli 9 e 10 degli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, non richieda alla ICC, in sede di determinazione della pena, di tenere conto di quella eventualmente già scontata dal soggetto; va precisato che, anche se non prevista dall'articolo relativo al principio del *ne bis in idem*, la detrazione sarà comunque possibile in applicazione dell'articolo 78, comma 2.

262 *Ibid.*, par.28.

263 *Ibid.*, par.29.