

L'*intent to destroy* nel crimine di genocidio. Un esame della giurisprudenza internazionale¹

Carmelo Domenico Leotta

SOMMARIO: 1. L'*intent to destroy*: asse portante del *crime of crimes* - 2. La prova dell'*intent to destroy* nel laboratorio della giurisprudenza internazionale - 2.1. La validità dell'inferenza nella prova del dolo di genocidio - 2.2. Le *praesumptiones* sul dolo di genocidio - 3. Il *genocidal plan or policy*: prova dell'*intent to destroy* o elemento della fattispecie oggettiva? - 3.1. Il piano di genocidio come prova dell'*intent to destroy* - 3.2. Il caso *Jelisić*: un tentativo (incompiuto) di proiettare l'*intent* nella fattispecie oggettiva - 3.3. Il piano come elemento del crimine di genocidio - 4. La qualificazione del piano di genocidio alla luce del *concrete threat to the existence of the targeted group*.

1. L'*intent to destroy*: asse portante del *crime of crimes*.

La definizione nell'ambito del diritto penale internazionale degli elementi costitutivi del crimine di genocidio risale al 9 dicembre 1948, allorché l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approvava, con risoluzione n. 260 A (III), la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, con un giorno di anticipo rispetto alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo².

La formula normativa introdotta dall'art. II, con la quale si diede seguito alla risoluzione dell'Assemblea generale n. 96 (I) dell'11 dicembre 1946, che già qualificava il genocidio come crimine di diritto internazionale, prese le mosse dalla trattazione proposta nel 1944 dal giurista polacco di origine ebraica Raphael Lemkin (1900-1959) in *Axis Rule in Occupied Europe* (ove il termine genocidio compare per la prima volta)³ ed prevede i tre elementi fondamentali

¹ Tutte le sentenze menzionate sono disponibili online al sito www.unictr.org per il Tribunale del Rwanda e al sito www.icty.org per il Tribunale per la ex-Jugoslavia. Le sentenze della Corte penale internazionale sono disponibili al sito icc-cpi.int. Siti visitati il 15 giugno 2012.

² La Convenzione entra in vigore il 12 gennaio 1951, trascorsi i novanta giorni dal deposito della ventesima ratifica o adesione da parte degli Stati, così come previsto dall'art. XIII Conv. L'Italia aderisce con l. 11 marzo 1952, n. 153 - *Adesione dell'Italia alla Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite* (in *G.U.*, 27 marzo, n. 74) e detta norme penali interne contro il genocidio con l. 9 ottobre 1967, n. 962 - *Prevenzione e repressione del delitto di genocidio* (in *G.U.*, 31 ottobre 1967, n. 272).

³ Cfr. R. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for World Peace, Washington, D.C., 1944, in particolare pp. 79-82. Non manca un precedente francese del 1794 in cui compare l'espressione «*exécutions nationicides*» usata da François-Nöel Babeuf (1760-1797) per descrivere le misure di "spopolamento" adottate nella prima guerra di Vandea (1793-1795) dall'esercito repubblicano contro le popolazioni della regione della Vandea e, in particolare, da Jean-Baptiste Carrier (1756-1794), procuratore del Tribunale d'Aurillac, poi processato e condannato a morte il 16 dicembre 1794. Si noti come il concetto di "nazionicidio" abbia spiccate somiglianze con il termine "genocidio", posto che da quest'ultimo si differenzia, da un punto di vista linguistico, solo perché utilizza la parola latina *natio* anziché quella greca *γένος*. Cfr. F. N. BABEUF, *Du Système de Dépopulation où la vie et les crimes de Carrier*, Imprimerie de

della fattispecie negli stessi termini poi ripresi dagli Statuti dei Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia (ICTY) e per il Rwanda (ICTR) nonché, nel 1998, dallo Statuto della Corte penale internazionale (ICC)⁴.

Ne risulta che il genocidio sia consumato in presenza di cinque specifici atti – l’uccisione di membri del gruppo; le lesioni gravi all’integrità fisica o mentale di membri del gruppo; la sottoposizione deliberata del gruppo a condizioni di vita volte a provocarne la distruzione fisica, totale o parziale; l’imposizione di misure miranti a impedire le nascite nel gruppo; il trasferimento forzato di bambini da un gruppo ad un altro – quando tali atti siano commessi a danno di quattro tipologie di gruppi protetti: nazionale, etnico, razziale o religioso, con l’intento della loro distruzione, totale o parziale. Tale intento, comunemente qualificato come *dolus specialis* o *specific intent*⁵, costituisce, pertanto, l’elemento caratterizzante il genocidio e l’asse centrale di un crimine che, a ragione, ha meritato l’epiteto di «*crime of crimes*»⁶.

Franklin, Paris, 1794, online all’indirizzo abive.net/baboeuf.swf, visitato il 6 giugno 2012. In edizione cartacea, a cura di R. Secher, J.-J. Brégeon, *La Guerre de Vendée et le Système de Dépopulation*, Éditions Tallandier, Paris, 1987, p. 155; trad. it. *La guerra di Vandea e il Sistema di Spopolamento*, di I. Consoli, Milano, 2^a ed., 2000, p. 125.

⁴ Il Tribunale per la ex-Jugoslavia, con sede all’Aja è stato istituito dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite in forza della risoluzione n. 827 del 25 maggio 1993; il Tribunale per il Rwanda, con sede ad Arusha (Tanzania), è stato istituito dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite in forza della risoluzione n. 955 del 8 novembre 1994. La Corte Penale Internazionale, con sede all’Aja, trova la propria fonte primaria nello Statuto di Roma del 17 luglio 1998, entrato in vigore il 1° luglio 2002. La Corte ha giurisdizione per i fatti di genocidio (art. 6), crimini contro l’umanità (art. 7), crimini di guerra (art. 8) e di aggressione (art. 8 *bis*), quest’ultimo inserito nel 2010.

⁵ Le due formulazioni *dolus specialis* o *specific intent* sono normalmente ritenute equivalenti. Cfr. ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, 2-9-1998, *Judgment*, par. 498; ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T, 6-12-1999, *Judgment and Sentence*, par. 59-63; ICTY, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Case No. IT-97-24-T, 31-7-2003, *Judgment*, par. 522-526; ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, IT-95-10-A, 5-7-2001, *Judgment*, par. 45-46.

⁶ Sul fine di distruzione, cfr. F. JESSBERGER, *The Definition and the Elements of the Crime of Genocide*, in P. Gaeta (a cura di), *The UN Genocide Convention. A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 87-111, in particolare p. 105; W. SCHABAS, *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 241-306; D. L. NERSESSIAN, *Genocide and Political Groups*, Oxford University Press, New York, 2010; L. MAY, *Genocide. A Normative Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010. Nella dottrina italiana, cfr. E. FRONZA, *Il crimine di genocidio*, in E. Amati, V. Caccamo, M. Costi, E. Fronza, A. Vallini (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2^a ed, 2010, pp. 377-410; E. MEZZETTI, *I crimini di genocidio*, in G. Lattanzi, V. Monetti, (a cura di), *La Corte penale internazionale. Organi, competenza, reati, processo*, pp. 559-597. Per l’espressione “*crime of crimes*”, cfr. ICTR, Trial Chamber II, *Prosecutor v. Kambanda*, Case No. ICTR-97-23-S, *Judgment and Sentence*, 4-9-1998, par. 16: «*The crime of genocide is unique because of its element of dolus special (special intent) which requires that the crime be committed with the intent “to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or reli-*

La definizione normativa di cui si è ora detto consente immediatamente di notare come il genocidio presenti una duplice componente nella fattispecie soggettiva; se da un lato, infatti, ogni condotta tipica oggi prevista dall'art. 6 dello Statuto di Roma richiede la rappresentazione e la volizione del singolo evento dalla stessa arrecato (il *killings* di cui alla lett. a, ad esempio, esclude la rilevanza della condotta colposa, pur senza richiedere la premeditazione), dall'altro l'*intent to destroy* proietta finalisticamente le singole condotte in vista dell'evento ulteriore di distruzione⁷. Quest'ultima, è bene sottolinearlo, può riferirsi al gruppo nella sua totalità o ad una parte soltanto dello stesso, come prevede, fin dal 1948, l'art. II della Convenzione e, oggi, l'art. 6 dello Statuto, in cui si rinviene la medesima dizione «*with intent to destroy, in whole or in part*». L'interpretazione del sintagma «*in part*» è stata peraltro oggetto di un ampio dibattito, da cui sono maturate almeno quattro differenti opzioni ermeneutiche: la più restrittiva ammette che l'evento di distruzione possa essere parziale, ma richiede che l'intento sia rivolto all'annientamento del gruppo nella sua interezza; un'altra, più diffusa in giurisprudenza⁸, intende, secondo un'accezione quantitativa, la «*part*» nel senso di *substantial part* del gruppo; la terza, focalizzata sulla dimensione qualitativa, vuole che le vittime ne costituiscano la *significant part*; l'ultima, più attenta alla collocazione geografica, tiene conto in via prioritaria del rapporto tra gruppo e territorio⁹.

La direzione finalistica – che, nonostante la prospettazione da parte di taluni dell'ammissibilità del “genocidio culturale”, deve intendersi riferita alla distruzione in senso fisico del gruppo¹⁰ – pone, da ultimo, la linea di confine, o al-

gious group, as such”. Hence the Chamber is of the opinion that genocide constitutes the crime of crimes». Per la centralità del fine di distruzione come asse portante della fattispecie, cfr. ICTY, Trial Chamber I, Prosecutor v. Milomir Stakić, cit., par. 522.

⁷ Cfr. W. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., 241-306 e KAI AMBOS, *What does 'intent to destroy' mean?*, in *International Review of Red Cross*, 2009, vol. 91, n. 876, pp. 833-858. In giurisprudenza, cfr., tra le altre, ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Rutaganda*, cit., par. 60: «*The perpetration of the act charged, therefore, extends beyond its actual commission, for example, the murder of a particular person, to encompass the realization of the ulterior purpose to destroy, in whole or in part, the group of which the person is only a member*». Di recente ICC, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, 4-3-2009, par. 139.

⁸ ICTR, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, 21-5-1999, *Judgment*, par. 97.

⁹ Cfr. W. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., pp. 277-286.

¹⁰ Cfr. ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Case No. IT-98-33-T, 2-8-2001, *Judgment*, par. 580; ICTY, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Case No. IT-97-24-T, 31-7-2003, *Judgment*, par. 522; ICTR, Trial Chamber III, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Case No. ICTY-97-20-A, 15-5-2003, *Judgment and Sentence*, par. 315. Espressamente senza estendere i confini di fattispecie

meno quella più significativa ed evidente, tra genocidio e crimini contro l'umanità («*the crime of genocide is a type of crime against humanity*»¹¹), tale per cui il primo viene di solito considerato, seppure non unanimemente figura speciale nel più ampio elenco oggi codificato dall'art. 7 dello Statuto di Roma¹².

Ai fini di un'indagine sugli elementi di prova del dolo di genocidio di cui si dirà distesamente nel prosieguo, è opportuno sottolineare fin da ora come l'*intent to destroy*, elemento del tutto autonomo dai motivi individuali che spingono il reo ad agire¹³ e, parimenti, non riducibile ad una mera forma di premeditazione¹⁴, non esaurisca la propria rilevanza sul piano della fattispecie soggettiva ed imprima, piuttosto, caratteri pregnanti alla stessa materialità del fatto, nonostante l'evento di distruzione non debba necessariamente realizzarsi ai fini della consumazione del delitto¹⁵. Sul punto si tornerà nella conclusio-

fino a comprendere il cosiddetto "genocidio culturale", ma piuttosto nel senso che la distruzione fisica o biologica del gruppo può avvenire anche nel caso di trasferimenti forzati di persone, di cui tuttavia non si procura la morte, cfr. ICTY, Trial Chamber I, Section A, *Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić*, Case No. IT-02-60-T, 17-1-2005, *Judgment*, par. 659-666.

¹¹ ICTR, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, cit., 89: «*The crime of genocide is a type of crime against humanity. Genocide, however, is different from other crimes against humanity. The essential difference is that genocide requires the aforementioned specific intent to exterminate a protected group (in whole or in part) while crimes against humanity require the civilian population to be targeted as part of a widespread or systematic attack*».

¹² Per approfondire il rapporto tra genocidio e crimini contro l'umanità anche con riferimento al problema delle *cumulative convictions based on the same act*, cfr. F. M. PALOMBINO, *Should Genocide Subsume Crimes Against Humanity? Some Remarks in the Light of the Krstić Appeal Judgment*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, n. 3., pp. 778-789; W. SCHABAS, *Origins of the Genocide Convention: From Nuremberg to Paris*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2008, vol. 40, pp. 35-55, in particolare p. 50-52 e, più di recente, A. R. J. MURRAY, *Does International Law Still Require a 'Crimes of Crimes'? A comparative Review of Genocide and Crimes Against Humanity*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2011, vol. 3, pp. 589-615.

¹³ Cfr., in termini particolarmente chiari, ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, 29-7-2004, *Judgment*, par. 694. Cfr. anche ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Case No. IT-97-24-A, 22-3-2006, *Judgment*, par. 45; ICTR, Trial Chamber II, *Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi*, Case No. ICTR-2000-55A-T, 12-9-2006, *Judgment and Sentence*, par. 479; ICTR, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana*, Cases Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, 13-12-2004, *Judgement*, par. 304. In dottrina, cfr. W. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., pp. 294-306.

¹⁴ Cfr. *ivi*, pp. 267-268.

¹⁵ Sul fatto che l'evento distruzione non debba realizzarsi, cfr., tra le altre, ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Akayesu*, cit., 497; ICTY, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, par. 522; più di recente ICTY, Trial Chamber II, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, Case No. IT-99-36, 1-9-2004, *Judgment*, par. 697. In dottrina, per tutti, cfr. F. JESSBERGER, *The Definition and the Elements of the Crime of Genocide*, cit., p. 107; CÉCILE APTEL, *The Intent to Commit Genocide in the Case Law of the In-*

ne; ci si accontenti per il momento di dire che l'*intent* richiede, sul piano fattuale, il realizzarsi di una minaccia concreta, conseguente alla condotta, per la conservazione del gruppo vittima; da ciò deriva che solo ove si sia concretata tale minaccia la fattispecie oggettiva può ritenersi integrata. La posizione della Corte penale internazionale è stata sul punto di estrema chiarezza, affermando nel caso *Al-Bashir* del 2009 che «*the crime of genocide is only completed when the relevant conduct presents a concrete threat to the existence of the targeted group, or a part thereof*»¹⁶.

2. La prova dell'*intent to destroy* nel laboratorio della giurisprudenza internazionale.

Il tema della prova dell'*intent to destroy* rappresenta una questione di assoluta rilevanza, posta la necessità di coniugare il disposto dell'art. 66, par. 3 dello Statuto di Roma - là dove si stabilisce lo *standard* probatorio del *beyond reasonable doubt* (dell'oltre ogni ragionevole dubbio) riferito sia al fatto materiale sia all'elemento soggettivo - con le concrete esigenze di giustizia e le effettive possibilità di prova che esigono, nella pressoché totalità dei casi, di dover inferire l'esistenza dell'*intent* dalle condotte materialmente poste in essere dall'imputato, all'interno di un certo contesto di azione¹⁷.

Se certamente tale forma di ragionamento costituisce la modalità ordinaria con cui si procede nelle aule della giustizia penale per valutare l'elemento soggettivo del reato¹⁸, in caso di incriminazione per genocidio l'accertamento processuale del dolo presenta difficoltà ulteriori, posto il carattere straordinario e massivo dell'evento che trascende, (probabilmente) nella totalità dei casi,

ternational Criminal Tribunal for Rwanda, in *Criminal Law Forum*, 2002, 273-291, in particolare, p. 280.

¹⁶ ICC, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Al Bashir*, 4-3-2009, cit., par. 124, che continua nei seguenti termini: «*In other words, the protection offered by the penal norm defining the crime of genocide - as an ultima ratio mechanism to preserve the highest values of the international community - is only triggered when the threat against the existence of the targeted group, or part thereof, becomes concrete and real, as opposed to just being latent or hypothetical*». La *Decision* ritiene espressamente che il requisito non fosse richiesto dai precedenti dei due Tribunali *ad hoc*.

¹⁷ Per una definizione logico-formale di inferenza, cfr. ad esempio, L. PELLOUX, voce «*Inferenza*», in V. MELCHIORRE (diretta da), *Enc. fil.*, Milano, 2006, vol. VI, pp. 5647-5648. L'inferenza è «quell'operazione logica per cui si traggono conclusioni da una o più proposizioni ritenute vere. [...] Il legame di un proposizione con un'altra dev'essere fatto in modo che il collegamento sia ritenuto vero o almeno verosimile. Si intende da ciò che il procedimento di inferenza è tale da connotare un grado maggiore o minore di verità a seconda del fondamento da cui esso prende inizio» (*ibidem*).

¹⁸ Cfr., nell'ordinamento penale interno, in merito alla prova del dolo, M. RONCO, *Commentario sistematico al Codice Penale*, Bologna, 2011, vol. II, tomo I, pp. 566-572.

l'azione del singolo. Quest'ultima si trova, invero, inserita in un contesto spesso assai complesso, di cui difficilmente un solo individuo, anche se collocato ai vertici dello Stato, riesce a controllare tutti gli aspetti e gli sviluppi. La difficoltà sussiste, *a fortiori*, nei casi in cui l'agente abbia realizzato un numero circoscritto di atti tipici che, se già rilevano come atti genocidari, con ogni probabilità non sono idonei a manifestare, quand'anche lo stesso in effetti sussista, il dolo specifico.

Le criticità di cui si è ora sommariamente detto, pur non inficiando sul piano logico-giuridico il fondamento di validità del modello inferenziale, hanno reso necessaria una duplice attenzione da parte delle Corti internazionali, da un lato volta a legittimare il ricorso a tale metodo di ragionamento ed a fissare i criteri che consentano l'accertamento dell'*intent* nel rispetto delle garanzie dell'imputato, dall'altro volta a catalogare una serie di fatti dinanzi ai quali il dolo può ritenersi provato¹⁹.

2.1 La validità dell'inferenza nella prova del dolo di genocidio.

Sotto il primo profilo - quello, cioè, del fondamento logico-giuridico dell'inferenza in materia di prova del dolo di genocidio - fin dal *leading case Akayesu* del 1998, i giudici di Arusha avevano cura di affermare che «*in the absence of a confession from the accused, his intent can be inferred from a certain number of presumptions of fact*»²⁰. La espressa qualifica di tali fatti come "presunzioni" deve essere intesa nel senso di *praesumptiones juris tantum*, vale a dire, fondamentalmente, come criteri guida per un accertamento fondato sull'esperienza, che senz'altro ammette di essere falsificata nel caso concreto.

La validità dell'inferenza, su cui la *Trial Chamber* è tornata in successive pronunce²¹, è stata in più occasioni confermata da parte della Corte di Appello

¹⁹ Sul problema della prova del dolo di genocidio, cfr. R. PARK, *Proving Genocidal Intent: International Precedent and ECC Case 002*, in *Rutgers Law Review*, 2010, vol. 63, pp. 129-191; W. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., pp. 264-267.

²⁰ ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2-9-1998, par. 523 e continua nei seguenti termini: «*The Chamber considers that it is possible to deduce the genocidal intent inherent in a particular act charged from the general context of the perpetration of other culpable acts systematically directed against that same group, whether these acts were committed by the same offender or by others. Other factors, such as the scale of atrocities committed, their general nature, in a region or a country, or furthermore, the fact of deliberately and systematically targeting victims on account of their membership of a particular group, while excluding the members of other groups, can enable the Chamber to infer the genocidal intent of a particular act*».

²¹ Cfr., ad esempio, ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Aloys Simba*, Case No. ICTR-01-76-T, 13-12-2005, Judgment, par. 413: «*In the absence of direct evidence, a perpetrator's intent may be in-*

del medesimo Tribunale. Così, in termini particolarmente chiari in *Kayishema and Ruzindana* del 2001, acclarato che «*explicit manifestations of criminal intent are, for obvious reasons, often rare in the context of criminal trials*»²², si è detto che «*[in] order to prevent perpetrators from escaping convictions simply because such manifestations are absent, the requisite intent may normally be inferred from relevant facts and circumstances*»²³; come pure, più di recente, in *Semanza* del 2005, la Corte riteneva correttamente applicato il metodo inferenziale da parte della *Trial Chamber* che motivava sull'esistenza dell'*intent* sulla base della partecipazione dell'imputato agli attacchi frequenti e su larga scala condotti contro la popolazione civile del gruppo vittima²⁴. Tra i precedenti più noti del Tribunale per la ex-Jugoslavia che hanno affrontato il tema, si richiamano in particolare tre arresti della Corte di Appello: in *Jelisić* del 2001, il Collegio, oltre ad ammettere in via generale che la prova del dolo possa essere inferita tanto dai fatti quanto dalle circostanze, ha indicato *in primis* nell'elemento del contesto in cui è compiuta l'azione il parametro da considerare ai fini del giudizio sull'*intent*²⁵; in *Krstić* del 2004 si è ammessa la possibilità di inferire validamente la sussistenza del dolo di distruzione, anche là dove non sia possibile attribuire tale finalità a soggetti individuati singolarmente²⁶. Infine in *Stakić* del 2006 la Corte ha escluso che la

ferred from relevant facts and circumstances. Factors that may establish intent include the general context, the perpetration of other culpable acts systematically directed against the same group, the scale of atrocities committed, the systematic targeting of victims on account of their membership in a particular group, or the repetition of destructive and discriminatory acts»

²² ICTR, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, 1-6-2001, *Judgment (Reasons)*, par. 159.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Cfr. ICTR, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Case No. ICTY-97-20-A, 20-5-2005, *Judgment*, par. 262.

²⁵ Cfr. ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Case No. IT-95-10-A, 5-7-2001, *Judgment*, par. 47: «*As to proof of specific intent, it may, in the absence of direct explicit evidence, be inferred from a number of facts and circumstances, such as the general context, the perpetration of other culpable acts systematically directed against the same group, the scale of atrocities committed, the systematic targeting of victims on account of their membership of a particular group, or the repetition of destructive and discriminatory acts*».

²⁶ ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Case No. IT-98-33-A, 19-4-2004, *Judgment*, par. 34: «*Where direct evidence of genocidal intent is absent, the intent may still be inferred from the factual circumstances of the crime. The inference that a particular atrocity was motivated by genocidal intent may be drawn, moreover, even where the individuals to whom the intent is attributable are not precisely identified. If the crime committed satisfies the other requirements of genocide, and if the evidence supports the inference that the crime was motivated by the intent to destroy, in whole or in part, a protected group, a finding that genocide has occurred may be entered*».

prova per inferenza possa dirsi raggiunta se nel corso del processo non è identificato con certezza il gruppo oggetto di attacco²⁷.

Da ultima, la Corte penale internazionale, sempre sulla base di un ragionamento di tipo inferenziale, ha accolto, nel secondo giudizio del 2010, dopo averlo escluso l'anno precedente, la richiesta del *Prosecutor* di emissione dell'ordine di cattura nei confronti di *Al-Bashir*, dovendosi ritenere fondata, ai sensi dell'art. 58, par. 1 lett. a) dello Statuto di Roma, l'accusa di genocidio sulla base dello *standard* dei *reasonable grounds* richiesta per l'emissione del *warrant of arrest*²⁸.

2.2 Le *praesumptiones* sul dolo di genocidio.

Ciò premesso in via generale sulla legittimità del ragionamento inferenziale e sulle accortezze applicative che il giudizio sul crimine di genocidio richiede, si rivela di particolare interesse passare all'esame del "catalogo" delle *praesumptiones* sul dolo compilato dalle Corti internazionali. Nel procedere in tale esame costituisce, senz'altro, una fonte preziosa la *Application for a Warrant of Arrest against Al Bashir* del 2008 con cui l'*Office of the Prosecutor* della Corte penale dell'Aja provvedeva a richiamare i principali criteri fino ad oggi elaborati dai Tribunali *ah hoc*²⁹.

a) Si prenderanno le mosse dal *pre-existing historical and political background*. Espressamente considerato nell'*Application* per l'arresto di *Al-Bashir*³⁰, non viene definito dalla giurisprudenza dell'Aja. Lo si può considerare, ad ogni buon conto, come un inquadramento a largo spettro di carattere politico e sociologico che tiene conto di una serie di comportamenti assunti negli anni pregressi dall'*accused*, dai suoi oppositori e dai suoi alleati, in tal

²⁷ ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, cit., par. 18: «*Because evidence of intent to destroy may be inferred from an accused's actions or utterances vis- a-vis the targeted group, it is impossible to establish with certainty whether the Appellant possessed the necessary intent to destroy if the target group itself has not been defined*». Tra i precedenti della Trial Chamber della ICTY che hanno affrontato il tema, cfr., ad esempio, ICTY, Trial Chamber II, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, 1-9-2004, *Judgment*, par. 704-707, ove si ammette l'inferenza dell'*intent* da «*the facts, the concrete circumstances, or a pattern of purposeful action*».

²⁸ ICC, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Al Bashir*, 4-3-2009, cit., par. 147-208. Lo *standard* probatorio richiesto dall'art. 58, par. 1, lett. a) dello Statuto, ai fini dell'emissione di un ordine di cattura (*warrant of arrest*) non richiede la prova definitiva della colpevolezza aldilà di ogni ragionevole (*beyond reasonable doubt*) richiesta invece dall'art. 66. Proprio sulla base di tale regola, la Pre-Trial Chamber dell'Aja ha infine emesso, dopo il giudizio di appello, l'ordine di cattura anche in relazione ai fatti di genocidio contestati ad *Al-Bashir*.

²⁹ ICC, Office of Prosecutor, *Public Redacted Version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 14 July 2008*, No. ICC-02/05, 12-9-2008, Annex A, par. 366-400.

³⁰ Cfr. *ivi*, par. 349-357.

modo collocando storicamente i fatti oggetto di contestazione e, in termini soggettivi, la maturazione dell'*intent*. Ai fini di un giudizio di responsabilità individuale, l'analisi del *background*, che peraltro si rinviene anche nei *leading cases* dei Tribunali *ad hoc*³¹, costituisce senz'altro un passaggio obbligato ai fini dell'accertamento della finalità di distruzione, ma non può ritenersi che assolva, da sola, una precipua funzione probatoria in ambito penalistico, avendo carattere eccessivamente generico. Lo studio del *pre-existing background*, che lodevolmente impegna i Tribunali *ad hoc* funge, allora, essenzialmente da premessa, spesso preziosa e indispensabile, (nonché, *a posteriori*, da conferma), nell'accertamento degli elementi soggettivi e oggettivi del fatto tipico.

b) Il *systematic targeting of victims on account of their membership of a particular group*³². È elemento che tiene conto di un duplice aspetto, vale a dire della modalità di selezione delle vittime e del carattere sistematico dell'attacco. Come, infatti, già aveva modo di chiarire in *Rutaganda* il Tribunale per il Rwanda, è il dolo specifico del genocidio ad imporre ai carnefici la scelta di chi colpire, posto che «*the acts must have been committed against one or more persons because such person or persons were members of a specific group, and specifically, because of their membership in this group. Thus, the victim is singled out not by reason of his individual identity, but rather on account of his being a member of a national, ethnical, racial or religious group*»³³. Il carattere della sistematicità dell'attacco può essere, invece, inteso come sinonimo di ripetizione³⁴ e di «*systematic manner of killing*»³⁵ e deve essere valutato tenendo conto essenzialmente del numero delle vittime³⁶.

³¹ Cfr. Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Akayesu*, cit., parr. 78-129, dove la Corte si sofferma su di un'estesa analisi storica, esordendo: «*It is the opinion of the Chamber that, in order to understand the events alleged in the Indictment, it is necessary to say, however briefly, something about the history of Rwanda*» (ivi, par. 78).

³² Cfr. ICC, Office of Prosecutor, *Public Redacted Version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 14 July 2008*, No. ICC-02/05, 12-9-2008, cit., parr. 367-377.

³³ ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Rutaganda*, cit., par. 60 e concludeva: «*The victim of the act is, therefore, a member of a given group selected as such, which, ultimately, means the victim of the crime of genocide is the group itself and not the individual alone. The perpetration of the act charged, therefore, extends beyond its actual commission, for example, the murder of a particular person, to encompass the realization of the ulterior purpose to destroy, in whole or in part, the group of which the person is only a member*».

³⁴ ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Akayesu*, cit., par. 524; ICTR, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, cit., par. 534.

³⁵ ICTR, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, cit., par., par. 93.

³⁶ ICC, Office of Prosecutor, *Public Redacted Version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 14 July 2008*, cit., par. 373.

Infine, là dove siano accertati tali fatti e circostanze, gli stessi sono altresì considerati tenendo conto della posizione gerarchica dell'*accused* e della sua capacità di controllo³⁷.

c) La *scale of the atrocities committed*. Criterio più generale del semplice conteggio delle vittime, è volto ad una valutazione di sintesi sulla misura di tutte le atrocità commesse, anche alla luce di quei fatti che eventualmente difettino di tipicità rispetto alle condotte elencate dall'art. 6 dello Statuto; il concetto di atrocità è, infatti, qui finalizzato a valutare la sussistenza dell'elemento soggettivo e non tanto a qualificare la condotta. La *scale of atrocities* è talvolta indagata in relazione alla dimensione geografica o territoriale in cui si sono svolti i fatti³⁸. Inevitabile, infine, che l'*actual destruction of the group*, cioè l'effettiva distruzione del gruppo, pur non essendo di per sé elemento richiesto per la consumazione del crimine, rilevi ai fini del giudizio sul dolo, come pure per distinguere i casi di genocidio consumato da quelli di *attempt*³⁹.

d) Anche gli *statements* delle persone coinvolte nella commissione del genocidio, vale a dire le affermazioni con cui si è manifestata, in modo più o meno esplicito, l'intenzione genocidaria, sono abitualmente considerati ai fini della prova del dolo di distruzione. I discorsi genocidari possono rilevare sia quando sono rivolti direttamente alle vittime sia quando si rivolgono agli esecutori concorrenti nel crimine, anche a prescindere dalla loro configurabilità come condotte istigative o apologetiche. Nel precedente *Kayishema*, in particolare, la Corte del Rwanda, proprio al fine del giudizio sull'*intent*, ha ritenuto rilevanti il pubblico incoraggiamento alla commissione degli atti di distruzione, l'indicazione di tali atti come un "lavoro" da compiere, il ricorso a canti o stornelli inneggianti alla distruzione del gruppo vittima⁴⁰. Anche il tipo e il contenuto di ingiuria o di offesa verbale rivolto alle vittime nel corso dell'esecuzione dell'atto genocidario è valutabile ai fini della prova dell'*intent*; in questi termini è particolarmente frequente l'attribuzione alle vittime di epi-

³⁷ Cfr. *ibidem*.

³⁸ Cfr. ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Akayesu*, cit., par. 523. In generale sulla *scale of atrocities* ICC, Office of Prosecutor, *Public Redacted Version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 14 July 2008*, cit., parr. 366-377; ICTY, Appeal Judgment, *Prosecutor v. Jelisić*, par. 47.

³⁹ Cfr. ICTY, Trial Chamber II, *Prosecutor v. Brđanin*, cit., par. 697.

⁴⁰ Cfr. ICTR, Trial chamber II, *Kayishema and Ruzindana*, cit., parr. 538-540. Più genericamente cfr. ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Akayesu*, cit., par. 729; ICTR, Trial Chamber III, *Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi*, Case No. ICTR-2001-64-T, 17-6-2004, *Judgment*, par. 252; ICTR, Trial Chamber III, *Prosecutor v. Mikaeli Muhimana*, Case No. ICTR- 95-1B-T, 28-4-2005, *Judgment*, par. 496; ICC, Office of Prosecutor, *Public Redacted Version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 14 July 2008*, cit., parr. 384-386.

teti animali o mostruosi che peraltro sempre assumono un'indiretta efficacia istigativa negli episodi di violenza di massa, perché attenuano la percezione delle atrocità⁴¹.

e) I *forcible transfers*, ovvero i trasferimenti forzati di persone - tradizionalmente intesi, nel diritto internazionale, come spostamenti all'interno dei confini dello Stato e, come tali distinti dalla deportazione che, invece, presuppone lo spostamento oltre i confini⁴² (si noti, tuttavia, che la distinzione è, da taluni, considerata superabile⁴³) - rivestono una duplice rilevanza in sede di giudizio per genocidio: da un lato integrano, a condizione che siano volti alla distruzione fisica o biologica del gruppo, una condotta tipica, dall'altro provano l'*intent*. Più precisamente, occorre dire che ai fini di un giudizio sulla consumazione del crimine di genocidio, i Tribunali per il Rwanda e per la ex-Jugoslavia hanno valutato in taluni precedenti la deportazione (e non il trasferimento forzato, ma, come si è detto, ci sono ragioni di ritenere che la distinzione sia superabile) condotta sussumibile sotto la lett. b)⁴⁴: così, ad esempio, la Corte di Arusha, in *Akayesu*⁴⁵ e la Corte dell'Aja in *Krstić*, dove si legge che «*inhuman treatment, torture, rape, sexual abuse and deportation are among the acts which may cause serious bodily or mental injury*»⁴⁶. Il trasferimento può rilevare come atto genocidario anche secondo i giudici dell'arresto *Blagojević and Jokić*: con estrema prudenza, muovendosi sul confine tra genocidio biologico e genocidio culturale, la Trial Chamber chiariva, in tale occasione,

⁴¹ Sull'analisi del linguaggio dei carnefici, cfr. ICTR, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Kayishema*, cit., par. 538. Il tema è ampiamente analizzato dagli studiosi del genocidio: in ambito sociologico, a proposito della creazione del "nemico interno" quale fase prodromica al genocidio e dell'attribuzione allo stesso di caratteri animali, cfr., tra gli altri, JACQUES SÉMELIN, *Purifier et détruire. Usages politiques des massacres et génocides*, Paris, 2005, trad. it. *Purificare e distruggere. Usi politici dei massacri e dei genocidi*, Torino, 2007, pp. 3-58.

⁴² Cfr. E. GREPPI, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Torino, 2001, p. 188.

⁴³ Cfr., per quanto concerne i crimini contro l'umanità, R. ARNÒ, A. CALIGIURI, *I crimini contro l'umanità*, in G. Carlizzi, G. Della Morte, S. Laurenti, A. Marchesi (a cura di), *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Napoli, 2003, p. 93. In effetti, l'art. 7, par. 1 e par. 2, lett. d) dello Statuto di Roma, in materia di crimini contro l'umanità, sembrano suggerire il superamento della distinzione tradizionale, di cui si è detto, tra trasferimento forzato e deportazione, posto che utilizzano i due concetti sostanzialmente come sinonimi. In particolare il par. 2 recita: «*Deportation or forcible transfer of population means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law*».

⁴⁴ La lett. b) deve intendersi indifferentemente riferita all'art. II della Convenzione, all'art. 4 dello Statuto per la ex-Jugoslavia, all'art. 2 dello Statuto del Rwanda e, da ultimo, all'art. 6 dello Statuto di Roma.

⁴⁵ Cfr. ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Akayesu*, cit., par. 503, peraltro richiamando il caso *Eichmann* (District Court of Jerusalem, *Attorney General of the Government of Israel v. Adolph Eichmann*, 12-12-1961, consultabile in *The International Law Reports*, 1968, vol. 36, p. 340).

⁴⁶ ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v. Krstić*, cit., par. 513.

che anche l'atto di trasferimento forzato di popolazione (*forcible transfer of a population*) può causare la distruzione fisica o biologica del gruppo se, a seguito del trasferimento, il gruppo non può più ricostituirsi. Ciò perché, ai fini della distruzione del gruppo, non è richiesta la morte dei membri, essendo il gruppo entità autonoma e distinta da questi ultimi⁴⁷. Infine nella *Application* del caso *Al-Bashir* del 2008, il trasferimento di oltre due milioni e mezzo di persone viene stato considerato condotta genocidaria ai sensi della lett. c), cioè come imposizione di misure volte alla distruzione del gruppo⁴⁸. Altri precedenti rispetto a quelli ora menzionati valutano, invece, il trasferimento forzato non già come condotta tipica, ma come elemento rilevante ai fini della prova del dolo: così la Corte di Appello del Tribunale per la ex-Jugoslavia in *Blagojević*⁴⁹ del 2008 e in *Krstić*⁵⁰ del 2004. Apprezzabile, in materia, la precisazione contenuta nella sentenza *Stakić*, da parte della *Trial Chamber*, allorché si è previsto che il trasferimento di persone può supportare la prova dell'*intent* a condizione che ricorrano nel caso concreto metodi volti alla distruzione del gruppo⁵¹.

f) Le condotte di *sexual violence* e, tra queste, in particolare lo stupro (*rape*), sono state ritenute condotte genocidarie fin dalla sentenza *Akayesu* del 1998, nella misura in cui possano essere qualificate come *serious mental or bodily harm* ai sensi della lett. b)⁵² oppure come *measure intended to prevent births within the group* ai sensi della lett. d)⁵³. Aldilà dei profili attinenti all'esame materiale della condotta di violenza che, in quanto tale rilevano ai fini di un giudizio sulla fattispecie oggettiva, si sottolinea in questa sede come l'*intent to destroy* risulti essere provato dalle modalità con cui la condotta di violenza sessuale viene perpetrata; così nel caso in cui lo stupro sia accompagnato da espressioni verbali particolarmente umilianti per la vittima e riferite alla propria origine etnica oppure da dichiarazioni esplicite che evocano la

⁴⁷ Cfr. ICTY, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, cit., parr. 659-666.

⁴⁸ Cfr. ICC, Office of Prosecutor, *Public Redacted Version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 14 July 2008*, cit., p. 105, nota 534.

⁴⁹ Cfr. ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić*, Case No. IT-02-60-A, 9-5-2008, par. 123.

⁵⁰ Cfr. ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Case No. IT-98-33-A, 19-4-2004, *Judgment*, parr. 31-33.

⁵¹ Cfr. ICTY, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Stakić*, cit., par. 557.

⁵² Cfr. ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Akayesu*, cit., parr. 731-732; ICTR, Trial Chamber, ICTY, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, cit., par. 662.

⁵³ Lo stupro genocidario può rilevare come condotto volta ad impedire le nascite se, in seguito a tale fatto, la persona si rifiuta di procreare o non è più in grado di farlo. Cfr. ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Akayesu*, cit., par. 508.

distruzione del gruppo di appartenenza⁵⁴; parimenti sono indici emblematici della finalità di distruzione la scelta delle vittime dello stupro sulla base della loro appartenenza etnica o razziale⁵⁵ e il compimento dello stesso in luogo pubblico alla vista degli astanti⁵⁶, circostanze che manifestano come l'atto sia perpetrato non a scopo di libidine, ma come strumento di annientamento. Da ultima, anche l'*Application* del *Prosecutor* della Corte permanente, nel caso *Al-Bashir* ha espressamente considerato il carattere sistematico degli stupri e le dichiarazioni che accompagnavano tali atti («*we would rape them again to change the colour of their children*»), come una chiara indicazione dell'intenzione di distruggere il gruppo in quanto tale⁵⁷.

h) Procedendo nell'analisi delle prove del dolo di genocidio, un posto particolare spetta alla *strategy to deny and conceal the genocide*, espressione con cui si intende la negazione o il tentativo di negazione di fatti di genocidio già realizzati⁵⁸. Non si tratta, per la verità, di un elemento ricorrente nella giurisprudenza internazionale, ma la circostanza è espressamente considerata dal *Prosecutor* della Corte permanente nel caso *Al-Bashir*. La negazione dei fatti di genocidio da parte del Presidente sudanese, insieme all'inerzia nell'attività investigativa, all'assenza di punizione dei diretti responsabili, alle ripetute dichiarazioni rese di fronte agli stupri di massa (volte a escludere che si trattasse di un attacco al gruppo) hanno, infatti, accresciuto la capacità distruttiva degli atti di annientamento fisico in vista della completa eliminazione del gruppo vittima: «*genocide by imposing conditions calculated to bring about the physical destruction, if combined with a studied misinformation strategy, was an efficient strategy to achieve complete destruction*»⁵⁹. In tal senso, la strategia della negazione e del silenzio praticata contestualmente o immediatamente dopo i fatti di genocidio e resa possibile dal totale controllo sui mezzi di comunicazione e sulle strutture dello Stato – tale per cui la stessa *Sudanese National Commission of Inquiry* istituita nel 2004 non considerava i fatti di genocidio – qui non rileva tanto come forma di manifestazione del pensiero, così come normalmente la si intende trattando del fenomeno del “negazionismo”, ma viene piuttosto considerata, nella sua efficacia materiale, come

⁵⁴ Cfr. ICTR, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Alfred Musema*, Case No. ICTR-96-13-T, 27-1-2000, *Judgment and Sentence*, par. 933.

⁵⁵ Cfr. ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Akayesu*, cit., par. 438.

⁵⁶ Cfr. *ivi*, ad esempio, par. 421-423.

⁵⁷ Cfr. ICC, Office of Prosecutor, *Public Redacted Version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 14 July 2008*, cit., par. 395.

⁵⁸ Cfr. *ivi*, par. 396-399.

⁵⁹ *Ivi*, par. 397.

strumento che agevola direttamente o indirettamente la distruzione del gruppo, perché il silenzio forzatamente indotto e fondato sulla paura garantisce l'accettazione della violenza sulle vittime. L'espressa valutazione delle strategie comunicative in rapporto all'*intent to destroy* costituisce senza dubbio un elemento apprezzabile anche sul piano giuridico sebbene fin ad oggi, probabilmente, non sia stato valutato con sufficiente attenzione da parte del diritto penale internazionale; per tale ragione è auspicabile che, sulla scorta dell'*Application* del 2008, la considerazione di tali fatti non rimanga oggetto di analisi esclusiva delle altre discipline che studiano il genocidio⁶⁰.

i) Gli *attacks on the cultural and religious property*. Sebbene già espressamente considerati da Lemkin in *Axis Rule*⁶¹, in quanto tali non rilevano come atti materiali di genocidio, stante l'assenza di previsione degli stessi dall'elenco delle condotte tipiche; meritano, tuttavia, di essere qui menzionati, dal momento che, nel delicato dibattito dottrinale sull'ammissibilità della categoria del genocidio culturale, sono stati espressamente considerati dal Tribunale per la ex-Jugoslavia non già come condotte genocidarie – tale qualifica avrebbe infatti portato ad una violazione del principio di legalità – quanto piuttosto come prova dell'*intent*. La sentenza *Krstić* motiva tale possibilità in considerazione del fatto che «*where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attacks which may legitimately be considered as evidence of an intent to physically destroy the group*»⁶². Nei termini di cui si è detto, il valore probatorio degli atti di attacco al patrimonio culturale, fondato su una regola di esperienza consolidata, segnala un riconoscimento apprezzabile e prudente, nonché rispettoso del principio di legalità, della rilevanza di comportamenti che, non essendo previsti dalle fonti incriminatrici sul genocidio e non essendo volti alla distruzione fisica, da un lato non possono giustificare, sul piano sostanziale, una condanna per genocidio, ma dall'altro meritano di essere oggetto di valutazione sul piano processuale, al fine del più completo ed approfondito esame dell'*intent to destroy*.

⁶⁰ La negazione del genocidio come ultima fase dello stesso è ad esempio considerata da M. RASPANTI, «*Genocidio*», in *Enc. ital. Treccani*, App. 2000, Roma, 2000, vol. I, pp. 737-742. L'Autore descrive il genocidio come processo distinto nelle sei fasi di 1) soppressione dell'identità; 2) definizione, selezione ed etichettatura del gruppo; 3) soppressione dei diritti civili; 4) pianificazione; 5) esecuzione; 6) negazione (*ivi*, p. 739).

⁶¹ Cfr. R. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe*, cit., pp. 82-90.

⁶² ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v. Krstić*, cit., par. 580.

3. Il *genocidal plan or policy*: prova dell'*intent to destroy* o elemento della fattispecie oggettiva?

La qualificazione del piano di genocidio quale elemento (implicito) di fattispecie o, in alternativa, come prova dell'*intent to destroy* rappresenta un tema quanto mai dibattuto nell'ambito della dottrina internazionalistica⁶³.

La *querelle* è alimentata dalla costante difficoltà che il penalista incontra nel dover ricondurre in capo ad un singolo che, normalmente, nel "fare" il genocidio non può agire da solo, il fine di distruzione quale fondamento irrinunciabile per un giudizio di responsabilità criminale. Più precisamente, proprio in considerazione del fatto che, salvo casi estremi, la consumazione materiale del crimine vede coinvolta una pluralità di *perpetrators*, per gli studiosi delle più svariate discipline che si interessano al genocidio si pone, seppur con sfumature variabili, la scelta di collocare l'*intent to destroy* a livello individuale o a livello generale (cioè di *policy* riferibile ad un soggetto organizzato) o, ancora, ad entrambi i livelli contestualmente⁶⁴. Dinanzi a tale opzione, nell'ambito penalistico, in termini in parte diversi da quanto accade per la storiografia e lo sociologia, il principio stesso di responsabilità personale obbliga l'interprete, in fase di accertamento della finalità di distruzione, a rintracciare non solo il *collective intent* (anche detto *overall genocidal plan*)⁶⁵, ma a rinvenire altresì in capo al singolo gli elementi che ne fondino soggettivamente la colpevolezza. Inevitabile tuttavia che, nel caso del *crime of crimes*, la portata stessa di un evento qual è la distruzione di un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso ponga, sia sul piano del diritto sostanziale che nell'ambito del processo, una serie di difficoltà là dove ci si accinga ad accertare il *dolus specialis* del singolo attore: da un lato, fuori dai casi in cui si proceda contro soggetti che rivestono alte cariche politiche o militari, rimane, infatti, da domandarsi come riuscire a proiettare sull'individuo l'intento di realizzare un evento di portata storica, senza ridurre tale intento ad un mero motivo dell'azione, di per sé irrilevante; dall'altro, sotto il profilo probatorio, difficilmente si può inferire da una singola condotta, o comunque dalle condotte di un singolo agente, un fine che trascende normalmente il contributo da questi apportato.

⁶³ Per un inquadramento, cfr. A. CASSESE, *Is Genocidal Policy a Requirement for the Crime of Genocide?*, in P. GAETA, *The UN Genocide Convention*, cit., pp. 128-136.

⁶⁴ Pone in termini analoghi il problema C. APTEL, *The Intent to Commit Genocide*, cit., p. 289.

⁶⁵ Tali denominazioni si rinvengono, ad esempio, in C. KREß, *The Crime of Genocide under International Law*, in *International Criminal Law Review*, 2006, 6, pp. 461-502, in particolare, pp. 495-496. Cfr. anche L. MAY, *Genocide*, cit., pp. 115-136.

A tali problemi offrono contributi e soluzioni differenti gli autori che aderiscono al *knowledge-based approach* rispetto a quanti ricorrono, invece, al *purpose-based approach*. Una sommaria esposizione del contenuto di tali teorie, prima di affrontare la qualificazione del piano come elemento di fattispecie piuttosto che come prova del dolo, si ritiene che sia, in questa sede, di una qualche utilità, non solo perché l'uno e l'altro *approach* rivestono, in via generale, un profilo di massimo interesse per l'analisi dell'elemento soggettivo del crimine, ma, più nello specifico, perché, nella prima in particolare, l'analisi del piano assurge a premessa fondamentale ai fini dell'imputazione soggettiva del fatto.

Gli autori del *knowledge-based approach*, infatti, prendono le mosse dalla distinzione tra *collective* ed *individual intent*, cioè tra l'*intent* sovraindividuale che si concretizza in un piano o in una *policy* e l'*intent* individuale del singolo *perpetrator*, mai riducibile a mero motivo. Ciò premesso, ritengono che là dove esista una «*concerted campaign to destroy in whole or in part a protected group*»⁶⁶, vale a dire un'azione coordinata di distruzione totale o parziale del gruppo protetto, il singolo agisca con l'*intent to destroy* quando, favorendo consapevolmente tale *concerted campaign* con uno o più atti tipici proibiti, conosca il fine a cui la stessa è predisposta, cioè sia al corrente del piano o della *policy* di genocidio ed accetti la realizzazione dell'evento di distruzione⁶⁷. Il tema meriterebbe senz'altro di essere approfondito. Basti sottolineare, nell'economia del presente contributo, che non necessariamente i sostenitori del *knowledge-based approach* richiedano che il piano sia qualificato come elemento oggettivo di fattispecie, posto che, come ha precisato uno dei massimi studiosi del tema (il quale, ad ogni buon conto, ritiene che senza piano non ci sia genocidio)⁶⁸, «*Knowledge of this plan or policy will be decisive in establishing the guilt or innocence of an accused, regardless of whether courts deem such a plan or policy to be an 'element' in a formal sense*»⁶⁹.

⁶⁶ C. KREß, *The Crime of Genocide*, cit., p. 495.

⁶⁷ Cfr. *ivi*, p. 496. Per una trattazione del *knowledge-based approach* nel dolo di genocidio, cfr. A. W. A. GREENAWALT, *Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-based Interpretation*, in *Columbia Law Review*, 1999, vol. 99, pp. 2259-2294. Tale teoria cerca in particolare di offrire soluzione soddisfacenti a due questioni: a) il problema della colpevolezza negli agenti subordinati che sono dei meri esecutori del genocidio (*subordinate perpetrators*); b) il caso degli agenti che di proposito assumono un ruolo nello sterminio del gruppo protetto animati da un'ideologia di persecuzione che fuoriesce dalla struttura dell'intento specifico di distruzione; sono questi ultimi i casi in cui è meno intenso il *collective intent* (*ivi*, p. 2279).

⁶⁸ Il riferimento è a W. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., 246: «*for genocide to take place, there must be a plan*».

⁶⁹ *Ivi*, p. 252.

L'approccio fondato sulla conoscenza del piano da parte dell'agente manifesta, almeno *prima facie*, un'apprezzabile attenzione al contesto in cui è consumata la condotta genocidaria individuale⁷⁰, ma rischia di proiettare tutto sul piano intellettuale, a scapito di quello volitivo, l'*intent* di distruzione, privilegiando le esigenze processuali della prova del dolo (raggiunta se risulta che l'agente fosse al corrente della *policy* ed avesse accettato l'evento), a scapito del profilo sostanziale del contenuto del dolo stesso, che si compone al contempo di rappresentazione e volizione⁷¹.

In termini radicalmente differenti, secondo il *purpose-based approach*, il «*genocidal intent requires that the perpetrators acts with the aim, purpose or desire to destroy a group*»⁷², da cui deriva che «*Mere knowledge on part of the perpetrator that his acts contribute to the destruction of a protected group is not sufficient*»⁷³. Ciò significa che la conoscenza di un'azione coordinata di distruzione (*extermination campaign*) e la consapevolezza che la propria condotta costituisce di tale azione un contributo può fungere come prova dell'*intent*, ma non può esaurire né sostituire l'*intent* stesso⁷⁴. È questo, peraltro, il modello più diffuso in giurisprudenza⁷⁵.

Senza poter indugiare oltre sulle interessanti questioni sollevate dalle due teorie – ma una breve esposizione era necessaria ai fini di una più corretta qualificazione giuridica del piano di genocidio – si passerà immediatamente ad

⁷⁰ Per l'importanza dell'attenzione al contesto per la rilevanza internazionale di un atto altrimenti rilevante come crimine comune, cfr. *ivi*, p. 243, dove si legge: «*The core international crimes, genocide, crimes against humanity and war crimes, distinguish themselves from ordinary crimes, as a general rule, by the context in which they are committed*».

⁷¹ Come acutamente ha messo in luce F. JESSBERGER, *The Definition and the Elements of the Crime of Genocide*, cit., p. 107 la conoscenza dell'esistenza di una campagna e che la consapevolezza dell'efficacia del proprio contributo possono provare l'*intent*, ma non sono propriamente l'*intent*, che è invece innanzitutto volontà dell'evento.

⁷² F. JESSBERGER, *The Definition and the Elements of the Crime of Genocide*, cit., p. 105.

⁷³ *Ivi*, p. 106.

⁷⁴ Cfr. *ivi*, p. 107.

⁷⁵ Il giudizio è di Jessberger (cfr. *ivi*, p. 105). Cfr., tra le altre, ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Krstić*, cit., par. 134: la Corte, essendosi accertato esclusivamente che *Krstić* era al corrente che taluni soggetti dell'esercito serbo (VRS) agissero con l'*intent to destroy*, ritenne non provato l'*intent* genocidario, ai fini della *complicity* prevista dall'art. 4, par. 3, lett. e) dello Statuto, ma ritenne invece che la conoscenza dell'altrui *intent* integrasse l'elemento soggettivo richiesto ai fini delle condotte di mera assistenza o agevolazione (*aiding and abetting*) previste dall'art. 7, par. 1 dello Statuto. Cfr. ancora, tra i precedenti che adottano il *purpose-based approach*: ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Jelisić*, cit., par. 46-50; ICTR, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Akayesu*, cit., par. 520; ICC, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Al Bashir*, 4-3-2009, cit., par. 139.

Prosecutor vs. Al Bashir, Decision, par. 139.

occuparci della diversa interpretazione di quest'ultimo: prova dell'*intent* o elemento costitutivo (implicito) del crimine?

In questo percorso un'attenzione particolare andrà riservata al caso *Jelisić* della *Trial Chamber* del Tribunale per la ex-Jugoslavia che ha proposto un'importante lettura dell'*intent*, in vista di una possibile lettura oggettivistica del fine di distruzione.

Infine, incoraggiati dalla decisione *Al-Bashir* del 2009, si proporranno, in applicazione del principio di offensività, alcune considerazioni in merito al requisito della idoneità della condotta alla causazione dell'evento, anche quale possibile soluzione per qualificare giuridicamente il piano di genocidio.

3.1 Il piano di genocidio come prova dell' *intent to destroy*.

Secondo la giurisprudenza ad oggi maggioritaria il piano di genocidio non è da considerarsi elemento di fattispecie, bensì prova dell'*intent*. A tale affermazione di principio - è bene precisarlo - si combina, tuttavia, un *modus operandi* delle Corti internazionali che abitualmente riconduce ad una sfera di remota eventualità la commissione del genocidio al di fuori dell'esistenza di un piano o di un'organizzazione.

Così, il Tribunale per il Rwanda, in termini particolarmente chiari in *Kayishema*, pur dichiarando che «*a specific plan to destroy does not constitute an element of genocide*»⁷⁶, ritiene che «*it would appear that it is not easy to carry out a genocide without such a plan, or organization*»⁷⁷ e aderisce espressamente alle posizioni di quella dottrina che giudica impossibile la consumazione del crimine senza un coinvolgimento almeno indiretto dello Stato. L'esistenza del piano peraltro non significa - così si precisa in sentenza - che il singolo agente debba conoscerne tutti gli elementi in dettaglio⁷⁸.

Con un approccio simile, la Corte di Appello del Tribunale per la ex-Jugoslavia si è espressa escludendo la configurabilità del piano come parte della fattispecie oggettiva fin dal caso *Jelisić* del 2001 (di cui si dirà meglio poco oltre) ripreso, sul punto, a distanza di pochi mesi dalla *Trial Chamber* nell'arresto *Krstić*⁷⁹ e, successivamente, in *Brđanin*⁸⁰ del 2004 e in *Blagojević*

⁷⁶ ICTR, *The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, cit., par. 94.

⁷⁷ *Ibidem*. Cfr. anche *ivi*, par. 276 in merito al piano come strumento di prova dell'*intent to destroy*.

⁷⁸ La Corte dichiara di aderire alle posizioni di V. MORRIS, M. P. SCHARF, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Transnational Publishers, New York, 1998, pp. 167-168.

⁷⁹ ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v. Krstić*, cit., par. 572.

⁸⁰ ICTY, Trial Chamber II, *Prosecutor v. Brđanin*, cit., par. 980.

*and Jokić*⁸¹ del 2005. Sempre nel 2004, nell'appello *Krstić*, la Corte, dopo aver premesso che nella disciplina dei crimini contro l'umanità *tout court* la presenza del piano può essere indice del carattere sistematico e su larga scala dell'attacco alle popolazioni civili, ma non costituisce elemento di fattispecie, aveva ancora modo di precisare che «*neither extermination nor genocide requires the proof of a plan or policy*»⁸².

Da ultimo, a favore dell'interpretazione secondo cui il piano non è elemento di fattispecie si è espresso nel 2008 il *Prosecutor* dell'Aja nel caso *Al-Bashir*⁸³. Nonostante la giurisprudenza, come si è visto, tenda a riservare al piano di genocidio una funzione meramente probatoria dell'*intent* e ben si guardi dal qualificarlo come elemento di fattispecie, in sede di accertamento processuale della colpevolezza, il rapporto tra esistenza del piano e finalità di distruzione, talvolta descritto dalle Corti in termini di strettissima correlazione e quasi di biunivocità, porta alcuni autori a ritenere che, a dispetto delle dichiarazioni formali, il piano o la *policy* siano considerati dagli stessi giudici parte essenziale ed imprescindibile della consumazione del crimine e, dunque, *de facto* parte costitutiva dello stesso⁸⁴.

3.2 Il caso *Jelisić*: un tentativo (incompiuto) di proiettare l'*intent* nella fattispecie oggettiva.

Il problema della qualificazione del piano come elemento di fattispecie o come prova del dolo si è posto, nell'ambito giurisprudenziale, in termini particolarmente problematici nella vicenda *Jelisić*, caso in cui l'imputato, assolto in primo grado nel 1999 dall'accusa di genocidio, non ricopriva al tempo dei fatti posizioni con poteri decisionali e manifestava una personalità immatura e disturbata.

Nel giudizio di prime cure, a fronte di condotte che di per sé già integravano la materialità del genocidio - «*The murders committed by the accused are sufficient to establish the material element of the crime of genocide*»⁸⁵ - la *Trial Chamber* si trovava a dover decidere se, sotto il profilo soggettivo, tali atti fos-

⁸¹ ICTY, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, cit., par. 656.

⁸² ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Krstić*, cit., par. 225.

⁸³ Cfr. ICC, Office of Prosecutor, *Public Redacted Version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 14 July 2008*, cit., par. 378.

⁸⁴ Cfr. W. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., pp. 246-248. Nella dottrina italiana, cfr. S. RAGAZZI, "Pulizia etnica" in Bosnia e crimine di genocidio, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, n. 4, pp. 1293-1350 (in particolare p. 1304).

⁸⁵ ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, IT-95-10, 14.12.1999, par. 100. Si vedano complessivamente i parr. 99-108.

sero effettivamente stati commessi con la finalità di distruzione, soprattutto a fronte delle reiterate dichiarazioni rese dall'imputato che, in più occasioni, aveva manifestato la volontà di uccidere un ingente numero di persone detenute nel campo di Luka. Il Collegio, infine, esclude che si potesse ritenere raggiunta la prova del dolo, posto che *Jelisić* «*killed arbitrarily rather than with a clear intention to destroy a group*»⁸⁶. Nel giungere a tale conclusione, i giudici si soffermavano attentamente su di un esame della condotta che, nella sua materialità, a causa del carattere arbitrario («*he killed arbitrarily*»⁸⁷), casuale («*Goran Jelisić executed randomly*»⁸⁸) e non sistematico, appariva sostanzialmente incompatibile con il fine di distruzione.

Resta da domandarsi se i giudici della *Trial Chamber* effettivamente si spinsero, in *Jelisić*, a richiedere l'esistenza di un piano quale elemento costitutivo del genocidio. La risposta non è immediata e in verità si rintraccia con difficoltà nel testo della sentenza. Da un lato, infatti, il Collegio affermava che il genocidio si caratterizza per l'essere «*part of a wider plan to destroy, in whole or in part, the group as such*»⁸⁹, espressione che di certo si presta ad essere intesa nel senso che il piano è elemento costitutivo di fattispecie; dall'altro asseriva che «*the drafters of the Convention did not deem the existence of an organization or a system serving a genocidal objective as a legal ingredient of the crime. In so doing, they did not discount the possibility of a lone individual seeking to destroy a group as such*»⁹⁰, lasciando così intendere che, presente un piano, possono anche mancare l'organizzazione o il sistema, termini con cui intendere il coordinamento di più persone in vista di un obiettivo comune. Neppure si chiariva come sia ipotizzabile, nella materialità del fatto, avere un piano senza organizzazione.

Infine la Corte, anziché pronunciarsi sulla fattispecie oggettiva al fine di escludere l'idoneità delle condotte rispetto all'evento – si legge, anzi, in sentenza «*The murders committed by the accused are sufficient to establish the material element of the crime of genocide*»⁹¹ – rimaneva arroccata sul profilo probatorio dell'*intent*, infine dichiarando non raggiunta la prova, sulla base della massima d'esperienza secondo cui «*it will be very difficult in practise to provide proof of the genocidal intent of an individual if the crimes committed*

⁸⁶ *Ivi*, par. 108.

⁸⁷ *Ivi*, par. 106.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ivi*, par. 79.

⁹⁰ *Ivi*, par. 100.

⁹¹ *Ibidem*.

are not widespread and if the crime charged is not backed by an organization or a system»⁹².

Proprio tale scelta assolutoria, tuttavia, a ben vedere, metteva in discussione la stessa qualifica del piano come elemento di fattispecie; se la *Trial Chamber* fosse stata, infatti, in tutto coerente con l'assunto, dalla stessa enunciato, per cui il genocidio è «*part of a wider plan to destroy, in whole or in part, the group as such*»⁹³, avrebbe dovuto assolvere perché il fatto, commesso in assenza di un piano e fuori da un'organizzazione, era inidoneo al raggiungimento dello scopo e, quindi, in definitiva, atipico⁹⁴.

L'appello *Jelisić* del 2001 disattendeva l'interpretazione della *Trial Chamber* che, pur con le ambiguità di cui si è detto, si era mossa nella direzione di una lettura oggettivistica dell'*intent* e, ribadito che «*the existence of a plan or a policy is not a legal ingredient of the crime*»⁹⁵, si discostava nettamente dalle valutazioni dei giudici di prime cure in merito alla sussistenza del dolo di genocidio. I fatti commessi dall'imputato, infatti, seppur concretatisi in condotte non coordinate e casuali e prive di un piano, erano ora valutati alla luce di un'interpretazione tutta soggettivistica dell'*intent*, tale per cui risultava, in particolare proprio dalle dichiarazioni rese da *Jelisić* a proposito delle uccisioni che intendeva commettere, che senz'altro questi perseguiva un intento di distruzione del gruppo. Non solo, ma la stessa personalità *borderline* dell'imputato, già considerata compatibile con la sua capacità di stare in processo, diveniva per la Corte di Appello una circostanza addirittura favorevole alla maturazione dell'odio razziale ed etnico, più di quanto sarebbe potuto manifestarsi in un soggetto dalla personalità equilibrata.

Pur dissentendo dal verdetto assolutorio di primo grado, *Jelisić*, già condannato a quarant'anni di pena detentiva per violazioni delle leggi e delle consuetudini di guerra e per crimini contro l'umanità, a seguito dell'appello, non era comunque sottoposto ad un nuovo giudizio per i fatti di genocidio, stante l'assenza di un sostanziale interesse in tal senso da parte della giustizia internazionale⁹⁶.

⁹² *Ivi*, par. 101.

⁹³ *Ivi*, par. 79.

⁹⁴ Per interessanti considerazioni in merito al requisito dell'idoneità dell'azione rispetto all'evento ulteriore nei delitti a dolo specifico in generale e nel crimine di genocidio, con espresso riferimento al caso *Jelisić*, cfr. S. RAGAZZI, "Pulizia etnica" in Bosnia e crimine di genocidio, cit., pp. 1304-1318.

⁹⁵ ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Jelisić*, par. 48.

⁹⁶ Cfr. *ivi*, parr. 61-77. Per un commento sul caso, cfr. W. SCHABAS, *The Jelisić case and the mens rea of the Crime of Genocide*, in *Leiden Journal of International Law*, 2001, vol. 14, n.1, pp. 125-139.

3.3 Il piano come elemento del crimine di genocidio.

L'interpretazione secondo cui il piano di distruzione costituisce elemento del crimine di genocidio è diffusa principalmente nella dottrina e trova sostegno in autorevoli autori⁹⁷. Secondo tale modello - che certamente trova un fondamento nella stessa definizione di Lemkin del 1944, dove si precisava che con il neologismo *genocide* si intende «*a coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the groups themselves*»⁹⁸ - il *crime of crimes* non può mai consistere in atti isolati diretti contro uno specifico gruppo protetto, posto che tali atti necessitano di essere inseriti all'interno di un'azione di carattere più generale messa in opera o dall'apparato statale o da un'autorità che esercita *de facto* il potere pubblico o, ancora, da un sistema organizzato di uomini e mezzi⁹⁹. Più precisamente si è detto che «*for genocide to take place, there must be a plan, even though there is nothing in the Convention that explicitly requires it. [...] Genocide is an organized and not a spontaneous crime*»¹⁰⁰.

Secondo uno dei più autorevoli internazionalisti italiani, prematuramente scomparso nel 2011, gli studiosi che sposano la teoria *de qua* muovono da una considerazione fenomenologica e sociologica del crimine quale evento storico che si realizza come azione coordinata e strutturata. In tal modo, essi, osservando l'accadimento dei genocidi occorsi a cominciare dal secolo XX, «*extrapolate from these historical findings that a plan, or a concerted scheme or a conspiracy is always needed for genocide to occur*»¹⁰¹, ma rischiano di assumere un'autonomia eccessiva dalla lettera della Convenzione e degli Statuti e di descrivere la fattispecie facendo prevalere il dato fenomenologico su quello normativo. Lo stesso Autore, all'alternativa "secca" sulla qualificazione del piano, propone peraltro una terza soluzione, secondo cui non tutte le

⁹⁷ Cfr. W. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., p. 246. Pur senza affermare espressamente che il piano sia elemento di fattispecie, MARTIN SHAW, *What is Genocide?*, Polity, Cornwall, 2007, reprint 2008, p. 82 afferma: «*Genocide has been seen legally as an organized, not a spontaneous, crime; it could not be committed by an individual acting alone*». Necessariamente il tema del piano ha un ruolo fondamentale negli autori che sposano il *Knowledge-based approach*, tra cui, in particolare, C. KREß, *The Crime of Genocide*, cit., e A. GREENAWALT, *Rethinking Genocidal Intent*, cit., anche là dove manchi, diversamente da Schabas, la trattazione espressa del piano come elemento del crimine.

⁹⁸ R. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe*, p. 79.

⁹⁹ Cfr. A. CASSESE, *Is Genocidal Policy a Requirement for the Crime of Genocide?*, cit., p. 130. Si precisa che l'Autore non aderisce *tout court* a questa interpretazione e propone una terza soluzione al problema.

¹⁰⁰ W. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., p. 246.

¹⁰¹ Cfr. A. CASSESE, *Is Genocidal Policy a Requirement for the Crime of Genocide?*, cit., p. 131.

condotte tipiche di genocidio richiedono effettivamente la presenza di un piano, potendosi, in particolare, ipotizzare la commissione del crimine, anche al di fuori dell'esistenza di una *policy*, qualora l'agente commetta gli atti di *killling* e di *causing serious harm* di cui rispettivamente alle lett. *a)* e *b)* dell'art. 6 dello Statuto di Roma. Non così quando siano contestate le tre ulteriori condotte di *inflicting conditions of life calculated to bring about its physical destruction* (lett. *c)*, di *imposing measures to prevent births* (lett. *d)* e di *forcibly transferring children* (lett. *e)*, le quali invece richiedono, per integrare il genocidio, una forma di organizzazione e un'azione collettiva¹⁰².

Per concludere sul punto, si segnala, infine, quale precedente giurisprudenziale almeno parzialmente adesivo alla teoria ora descritta, il caso *Tadić* del 1997 in cui la *Trial Chamber* del Tribunale della ex-Jugoslavia, seppur nell'ambito più generale dei crimini contro l'umanità, richiedeva ai fini della consumazione la presenza di un piano (*policy*)¹⁰³. Stante la qualificazione del genocidio come fattispecie particolarmente grave tra tali crimini, il precedente viene abitualmente richiamato a supporto della tesi che qualifica il piano come elemento di fattispecie.

4. La qualificazione del piano di genocidio alla luce del *concrete threat to the existence of the targeted group*.

Il dibattito sulla qualificazione del piano di genocidio come elemento di fattispecie o come prova del dolo, di cui si è cercato di delineare i tratti più caratterizzanti, rivela, come già si diceva nelle pagine precedenti, lo sforzo del giurista di equipaggiarsi dei migliori strumenti concettuali per far fronte ad una delle difficoltà di fondo che emerge nei processi per genocidio, ovvero il fatto che la condotta del singolo sia orientata alla realizzazione di un evento macrolesivo che (quasi) sempre richiede l'azione congiunta di più soggetti.

Al termine di questo percorso, una soluzione che tenga conto dei contributi di entrambe le teorie, pur prendendone parzialmente le distanze, può forse rinvenirsi a partire dal caso *Al-Bashir*, in cui la Corte internazionale si soffermava con pregevole chiarezza sul tema del **contesto** all'interno del quale vie-

¹⁰² Cfr. *ivi*, pp. 134-136. Cassese, ad esempio, riteneva che *Jelisić* fosse effettivamente responsabile di genocidio (cfr. *ivi*, p. 134).

¹⁰³ Cfr. ICTY, Trial Chamber, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-T, 7-5-1997, *Judgment and Opinion*, par. 653-655, riportata anche da A. CASSESE, *Is Genocidal Policy a Requirement for the Crime of Genocide?*, cit., p. 133.

ne perpetrata l'azione¹⁰⁴. Come ha, infatti, chiarito la *Pre-Chamber*, prendendo le mosse dalle indicazioni contenute negli *Elements of Crimes*, ove si fa un espresso riferimento al contesto¹⁰⁵, è proprio l'analisi di quest'ultimo che consente di ritenere il genocidio consumato allorquando derivi una minaccia concreta per l'esistenza del gruppo vittima («*concrete threat to the existence of the targeted group*»)¹⁰⁶.

Ne deriva che, in fase di accertamento processuale della responsabilità individuale, occorre procedere, innanzitutto, alla valutazione della tipicità del fatto alla luce di una proiezione anche oggettivistica dell'*intent* che necessariamente deve "in-formare" di sé la condotta di ciascun agente. L'azione, più precisamente, dovrà rivelarsi idonea in quanto inserita in una serie dello stesso tipo da cui derivi il pericolo o la minaccia (*threat*) per l'esistenza del gruppo vittima. Come recitano gli *Elements of Crimes*: «*The conduct took place in the context of manifest pattern of similar conduct directed against each group or was conduct that could itself effect such destruction*»¹⁰⁷.

Soddisfatti tali requisiti, la condotta potrà dirsi tipica.

Partendo dal criterio del pericolo in concreto, l'esistenza del piano di genocidio si rivela, allora, a parere di chi scrive, un prezioso elemento di prova per inferenza (forse quello privilegiato), ma non tanto, né probabilmente in via principale, dell'*intent*, bensì, innanzitutto, dell'idoneità dell'azione, cioè della sua tipicità. È pacifico, infatti, che giudicare l'azione nel contesto comporterà *in primis* valutare se tale azione si inserisce o meno in un piano di distruzione. Quest'ultimo, peraltro, come correttamente ritiene la giurisprudenza, non assurgerà alla qualifica di elemento di fattispecie, ché ciò comporterebbe, a prescindere dei profili sul rispetto del principio di legalità (non essendo previsto dalla *littera legis*), finanche obliterare il giudizio sulla idoneità, escludendo il crimine laddove, eventualmente, la condotta sia pericolosa in concreto, pur senza essere inserita in un piano¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Cfr. ICC, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4-3-2009, cit., par. 117-133. Il tema del contesto è presente anche nella richiesta del *Prosecutor*. Cfr. ICC, Office of Prosecutor, *Public Redacted Version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 14 July 2008*, No. ICC-02/05, 12-9-2008, cit., par. 76.

¹⁰⁵ Gli *Elements of Crime* sono previsti dall'art. 9 dello Statuto di Roma con funzione ausiliaria nella interpretazione delle norme statutarie.

¹⁰⁶ ICC, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4-3-2009, cit., par. 124.

¹⁰⁷ Cfr. ICC, *Elements of Crimes*, cit., pagg. 2-4.

¹⁰⁸ L'ipotesi è forse poco realistica; è tuttavia lo stesso Cassese a ritenere che sia la condotta del *killing* che quella del *causing serious harm* possa essere azione genocidaria anche al di fuori di un piano (cfr. A. CASSESE, *Is Genocidal Policy a Requirement for the Crime of Genocide?*, cit., pp. 134-135).

Sul piano soggettivo, poi, non ci si potrà accontentare della mera conoscenza dell'esistenza del piano per dirsi integrato il dolo, ma occorrerà, insieme alla consapevolezza che la propria azione contribuisce alla realizzazione dell'evento, la volizione dello stesso e non la semplice accettazione.

Sembra poter essere questa una prospettiva che, alla luce del precedente *Al-Bashir*, tentando una sintesi rispettosa dei principi di legalità, offensività e colpevolezza, consenta, infine, di valorizzare, pienamente nelle sue componenti soggettiva ed oggettiva e senza frustrare le esigenze processuali, l'*intent to destroy*¹⁰⁹.

È questo, infatti, che davvero fa del genocidio il crimine tra i crimini.

¹⁰⁹ Per una riflessione sull'applicazione del principio di offensività nei giudizi di genocidio, proprio con riferimento all'idoneità nella causazione dell'evento, cfr. S. RAGAZZI, "Pulizia etnica" in *Bosnia e crimine di genocidio*, cit., pp. 1311-1318.