

QUESITI

DARIO FRANZIN

**Dire l'estremo.
I limiti della testimonianza e la giustizia penale internazionale**

Il contributo analizza il ruolo della testimonianza nel diritto penale internazionale, mostrando come essa non si riduca a una funzione meramente probatoria, ma operi come condizione di intelligibilità dell'imputazione individuale nei crimini di massa. Attraverso l'esame della giurisprudenza dei tribunali internazionali e della Corte penale internazionale, il lavoro mette in luce il carattere strutturalmente mediato e inferenziale della verità giudiziaria e la sua incidenza sulla costruzione della memoria collettiva. In questa prospettiva, la giustizia penale internazionale emerge come luogo di veridizione istituzionale segnato da un'irriducibile tensione tra testimonianza, giudizio e limiti della forma processuale.

Naming the Extreme: The Limits of Testimony and International Criminal Justice.

This article examines the role of testimony in international criminal law, arguing that it cannot be reduced to a merely evidentiary function but operates as a condition of intelligibility for individual criminal attribution in mass crimes. Through an analysis of the case law of international tribunals and the International Criminal Court, it highlights the structurally mediated and inferential character of judicial truth and its implications for the construction of collective memory. From this perspective, international criminal justice emerges as a site of institutional veridiction marked by an irreducible tension between testimony, judgment, and the limits of procedural form.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La testimonianza come aporia strutturale. - 3. Il testimone "impossibile": trauma, silenzio, parola. - 4. Dalla memoria alla verità giudiziaria. Il processo come scrittura del passato. - 5. Dire il genocidio I. Akayesu: nominare l'innominabile. - 6. Dire il genocidio II. Krstić: contesto, dolo specifico e prova indiziaria. - 7. Problemi penalistici aperti e sviluppi della prassi: dalla giurisprudenza ICTY alla Corte penale internazionale. - 8. Oltre il processo: giustizia di transizione e giustizia riparativa. - 9. Conclusione: abitare il limite del diritto penale internazionale.

Chi ha subito una volta la morte apparente può raccontare le cose più terribili, ma non può dirvi che cosa c'è dopo la morte, in realtà non si è nemmeno avvicinato alla morte più di un altro, in fondo ha soltanto "vissuto" un'esperienza particolare che gli è servita a rendergli più preziosa la vita non particolare, quella comune.

Franz Kafka, *Paralipomeni*

1. *Introduzione.* La testimonianza costituisce uno degli snodi più delicati e problematici nel giudizio dei crimini contro l'umanità, poiché condizione necessaria per avere la possibilità di raggiungere una verità giudiziaria, pur rimanendo uno degli elementi che mostra la radicale fragilità del loro accertamento. Ancora prima di ogni giudizio, è molto spesso la parola stessa dei soprav-

vissuti, il racconto di chi ha visto, patito, attraversato la violenza estrema a sollevare l'attenzione su atrocità che possono integrare crimini contro l'umanità. Senza il testimone, dunque, il diritto penale internazionale, e non solo, rischierebbe di restare privo di materia; e tuttavia, proprio quella parola nasce spesso da un'esperienza che resiste alla piena articolazione linguistica, segnata dal trauma, dalla frammentazione, dall'interruzione della continuità narrativa e del ricordo¹. La difficoltà di "dire l'estremo" non costituisce un limite di poco conto del dispositivo del processo, rimediabile attraverso strumenti tecnici più raffinati di valutazione della prova; essa esprime piuttosto una tensione costitutiva tra esperienza vissuta, memoria individuale, ricostruzione storica e, quindi, decisione giudiziaria. A partire dalle riflessioni filosofiche sulla testimonianza e sul trauma, il testimone, così essenziale, appare come soggetto paradossale: necessario al diritto ed alla società, ma strutturalmente insufficiente a colmare la distanza tra l'accaduto e la sua rappresentazione. Questo tratto che rende la testimonianza "impossibile"², lungi dal rinviare a una semplice impossibilità empirica, consente di mettere a fuoco il carattere eccedente dell'esperienza dei crimini di massa rispetto a ogni forma di archiviazione, narrazione o giudizio³.

¹ Sul legame strutturale tra testimonianza, trauma e possibilità stessa del racconto, v. LAUB - FELMAN, *Testimony. Crises of Witnessing in Literature, Psychoanalysis, and History*, New York, 1992, 57 ss.; LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino, 1986, 71 ss.

² Sulla figura del "testimone integrale" e sulla nozione di testimonianza impossibile, v. AGAMBEN, *Quel che resta di Auschwitz. L'archivio e il testimone*, Torino, 1998, 37 ss. e 131ss., Figura paradigmatica elevata a sommo e tragico testimone impossibile è il bambino Hurbinek di cui Levi riporta le incomprensibili parole *Mass-klo, Matisklo*. Cfr. LEVI, *La Tregua*, Torino, 1963, 23 ss.; Hurbinek come testimone integrale parla, dunque, una lingua particolare: «la lingua della testimonianza è una lingua che non significa più, ma che, nel suo non significare, s'inoltra nel senza lingua fino a raccogliere un'altra insignificanza, quella del testimone integrale, di colui che, per definizione, non può testimoniare. Non basta, dunque, per testimoniare, portare la lingua fino al proprio non senso, fino alla pura indecidibilità delle lettere (m-a-s-s-k-l-o, m-a-t-i-s-k-l-o); occorre che quel suono privo di senso sia, a sua volta, voce di qualcosa o qualcuno che per tutt'altre ragioni non può testimoniare. Che, cioè, l'impossibilità di testimoniare, la "lacuna" che costituisce la lingua umana sprofondi in se stessa per far posto ad un'altra impossibilità di testimoniare - quella di ciò che non ha lingua». AGAMBEN, *Quel che resta di Auschwitz*, cit., 36.

³ Sull'idea che l'esperienza traumatica ecceda le forme ordinarie della narrazione e produca fratture nella continuità del sé e del racconto, cfr. ancora LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino, 1991, 111 ss.; LAUB, *Bearing Witness or the Vicissitudes of Listening*, in *Testimony*, cit., 57 ss. Per il "dialogo" tra Agamben e Levi sulla rappresentabilità dell'esperienza concentrazionaria, cfr. sempre LEVI, *I sommersi e i salvati*, cit., 13 ss.; AGAMBEN, *Quel che resta di Auschwitz*, cit., 45 ss.

In questa prospettiva, la verità processuale non si presenta come una semplice riduzione della complessità storica, ma come una costruzione normativamente orientata, inevitabilmente selettiva ed incompleta⁴. Per elaborare questo dilemma, è possibile, da un lato, richiamare l'etica dell'alterità elaborata da Emmanuel Levinas, che consente di comprendere la testimonianza come risposta a un appello che precede la scelta volontaria⁵; dall'altro, è possibile fare appello alla riflessione di Paul Ricoeur sulla memoria che permette, dal canto suo, di tematizzare il passaggio dalla memoria individuale alla verità storica e giudiziaria⁶.

Come tenteremo di chiarire, la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali, con particolare riferimento ai casi *Prosecutor v. Akayesu* e *Prosecutor v. Krstić*, nonché alla successiva giurisprudenza dell'ICTY e della Corte penale internazionale mostra come il giudizio penale internazionale operi costantemente in una zona di tensione tra esigenza di accertamento individuale della responsabilità, imposto dai principi della materia⁸, e necessità di dare conto di violenze sistematiche e collettive, spesso eccedenti le capacità narrative della

⁴ Sul rapporto tra verità e giustizia nel processo penale e sul carattere inevitabilmente selettivo della verità giudiziaria, v. *Verità e Giustizia nel processo penale, atti del convegno di studi giuridici organizzato dalle università di Buenos Aires e Roma Tre* (18 - 22 gennaio 2024), a cura di Fiorelli-Fronza-Guzman-Ippolito-Marafioti, Roma, 2025. In part. vedi i contributi di FERRAJOLI, *La verità processuale*, 69 ss., MARAFIOTI, *Prova contraddittoria e controllo del giudice*, 213 e ss.; SOTIS, *La verità nel processo nella prospettiva del diritto penale sostanziale*, 221 ss.

⁵ Per una concezione della responsabilità come risposta all'appello dell'altro, che precede ogni scelta volontaria e fonda eticamente la possibilità stessa della testimonianza, v. LEVINAS, *Altrimenti che essere o al di là dell'essenza*, Genova, 1983, 11 ss.; ID., *Difficile libertà. Saggi sul giudaismo*, Genova, 2004, 17 ss.

⁶ Sul ruolo di Paul Ricoeur nella tematizzazione del rapporto tra memoria, storia e verità istituzionalizzata - con particolare riguardo al modo in cui il passaggio dalla memoria individuale alla narrazione storica e giudiziaria implica sempre selezione, interpretazione e conflitto di memorie - v. RICOEUR, *La memoria, la storia, l'oblio*, Milano, 2003, *passim*; RICOEUR, *L'herméneutique du témoignage*, in *Lectures 3. Aux frontières de la philosophie*, Paris 1994, 127.

⁷ Per la funzione della testimonianza nella costruzione del genocidio in *Akayesu* e *Krstić*, cfr. ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 settembre 1998, §§ 416-471; ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Judgment, 2 agosto 2001, §§ 580-598; sulla lettura di queste decisioni v. SCHABAS, *Genocide in International Law*, Cambridge, 305 ss.

⁸ Per un inquadramento sistematico dei principi di legalità, tipicità e colpevolezza nel diritto penale internazionale, v. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, 2013, 53 ss. e 267 ss.; WERLE - JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, Oxford, 2014, pp. 69-102; CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 139-176; CATENACCI, *Legalità e tipicità del reato nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2003, 41 ss.

testimonianza del singolo individuo. In questo contesto, come già anticipato, la prova testimoniale non è soltanto uno strumento di ricostruzione fattuale, ma diventa anche uno dei luoghi in cui emergono i limiti strutturali della forma-processo.

Ciò posto, l'obiettivo minimo non è, ovviamente, quello di superare i limiti della testimonianza nei crimini contro l'umanità, bensì di assumerli, innanzitutto, come dato strutturale. Solo riconoscendo l'irriducibile eccedenza dell'esperienza traumatica rispetto al linguaggio giuridico è possibile, infatti, pensare una forma di giustizia che, pur nella sua necessaria incompletezza, non tradisca la parola dei testimoni né la memoria delle vittime.

La richiamata nozione agambeniana di "testimonianza impossibile" fornisce la prima chiave ontologica dell'aporia appena delineata, mettendo in luce l'eccedenza strutturale dell'esperienza di chi è stato vittima o ha assistito a dei crimini di massa⁹. Su questo sfondo si innesta la riflessione di Paul Ricoeur, che consente, dal canto suo, di pensare la trasformazione della memoria in verità pubblica attraverso pratiche istituzionali di mediazione, selezione e scrittura del passato. La dimensione propriamente giuridica di tale trasformazione viene invece illuminata dalla prospettiva foucaultiana sul processo come dispositivo di veridizione, ossia come insieme di regole che governano chi può parlare, in quali forme e con quali effetti di verità. Infine, l'etica dell'alterità di Emmanuel Levinas consente di cogliere il fondamento normativo dell'ascolto testimoniale non sul piano della conoscenza, ma su quello dell'obbligazione verso la parola dell'altro.

In questa costellazione, dunque, una sintesi possibile vede Agamben individuare il limite strutturale dell'esperienza, Ricoeur tematizzarne la traduzione storico-istituzionale, Foucault analizzarne la formalizzazione procedurale, Levinas, infine, fondarne la portata etica¹⁰. Pertanto, è all'intersezione di queste

⁹ L'autore, in un serrato confronto esegetico con l'opera di Levi, arriva ad affermare che «*soggetto della testimonianza è colui che testimonia di una desoggettivizzazione*»; AGAMBEN, *Quel che resta di Auschwitz*, cit., 112.

¹⁰ Per una riflessione interdisciplinare sulla costruzione dell'identità del testimone e della memoria nei tribunali penali internazionali, fondata su un quadro concettuale che mobilita Agamben, Ricoeur e Foucault in chiave socio-giuridica, v. THORNE, *The Figure of the Witness in International Criminal Tribunals. Memory, Atrocities and Transitional Justice*, Londra, 2022, *passim*; ID., *Liberal international criminal law and legal memory*, in *Proceedings of the British Academy*, 2021, 1 ss. Per un'analisi della

riflessioni che la testimonianza può essere compresa come luogo in cui l'aporia dell'esperienza, la costruzione della verità giudiziaria e l'imputazione della responsabilità individuale vengono a sovrapporsi senza mai coincidere. In questo senso, nei crimini di massa la testimonianza non è soltanto un mezzo di prova, ma una condizione di possibilità dell'intelligibilità penalistica stessa della tipicità, dell'elemento soggettivo e quindi di parti fondamentali dell'imputazione individualizzata¹¹.

2. *La testimonianza come aporia strutturale.* La riflessione filosofica sulla testimonianza, maturata soprattutto a partire dall'esperienza dei campi di sterminio, ha assunto un rilievo che va oltre il dibattito epistemologico sulla verità dei fatti. La questione non è soltanto se il testimone dica il vero, ma che cosa significhi dire il vero quando l'evento testimoniato ha prodotto una frattura irreversibile nella possibilità stessa di raccontare¹². Il trauma vissuto non compromette semplicemente l'accuratezza del ricordo, ma incide sulla struttura della memoria e sulla temporalità dell'esperienza, rendendo problematica la linearità narrativa che il processo tende a presupporre¹³.

Lo studio della testimonianza sviluppato da Giorgio Agamben consente di tematizzarne la specificità quando si tratta di crimini estremi senza ridurla ad una "patologia del dire". La testimonianza, e la relativa impossibilità, non va intesa come incapacità soggettiva o come difetto contingente della memoria, ma come indice di una eccedenza, di una abnormità, dell'esperienza rispetto

tensione tra trauma e narrazione legale attraverso il confronto tra testimonianza del sopravvissuto e deposizione processuale, v. VIEBACH, *The Evidence of What Cannot Be Heard: Reading Trauma into and Testimony against the Witness Stand at the International Criminal Tribunal for Rwanda*, in *Int. J. Crime Justice Soc. Dem.*, 2017, 6, 51 ss. Sul ruolo della narrazione storica come parte integrante del processo penale internazionale, e sulla sua funzione nella ricostruzione dell'intento genocidario, v. WILSON, *Writing History in International Criminal Trials*, Cambridge, 2011, *passim*. Sulla produzione di memoria giudiziaria nei processi per crimini di massa, v. DOUGLAS, *The Memory of Judgment. Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, New Haven, 2001, *passim*."

¹¹ Su questo sfondo teorico che si colloca l'analisi della giurisprudenza dei tribunali penali internazionali, chiamata a misurarsi concretamente con tale aporia nella qualificazione dei crimini di massa e nella prova dell'elemento soggettivo, v. *infra* par. 6.

¹² HERMAN, *Trauma and Recovery*, New York, 1992, 33 ss.; VAN DER KOLK, *The Body Keeps the Score*, New York, 2014, 66 ss.

¹³ CARUTH, *Unclaimed Experience. Trauma, Narrative, and History*, Baltimore, 1996, 4 ss.; LACAPRA, *Writing History, Writing Trauma*, Baltimora, 2001, 78 ss.

al linguaggio. Nei crimini contro l'umanità, ciò che è accaduto non è semplicemente difficile da dire: esso si colloca in una zona in cui le categorie ordinarie dell'umano e dell'inumano, della vita e della morte, risultano radicalmente compromesse¹⁴.

Su questo tema, ha assunto dopo la scoperta dei campi di concentramento e delle relative condizioni di vita la figura del «*musulmano*» (ossia quegli internati che raggiungevano il massimo stadio di inedia e consunzione fisica e psichica)¹⁵, paradigmaticamente studiata da Agamben come *testimone integrale*, poiché incapace di testimoniare, e che mette in crisi l'idea stessa di una testimonianza pienamente rappresentativa. I sopravvissuti possono parlare, ma parlano al posto di chi non può più farlo. Come ha osservato Primo Levi, i sommersi sono i veri testimoni, ma proprio per questo non possono parlare. La testimonianza dei salvati si colloca così in una posizione paradossale: essa è necessaria al mondo dei vivi, ma strutturalmente insufficiente a restituire l'esperienza estrema nella sua interezza¹⁶. La polarità che attraversa la nozione stessa di testimonianza trova una formulazione di particolare nitidezza nella

¹⁴ AGAMBEN, *Quel che resta di Auschwitz*, cit. 39 ss. Particolarmente interessanti per profondità ed affinità col tema qui trattato sono le riflessioni, svolte ancora a caldo, che si rinvengono nel reportage-diario da Gaza di Guido Veronese nel quale lo psicologo, esperto di traumi estremi e collettivi, scrive: «*Siamo soltanto al terzo giorno ma mettere a posto le idee, riuscire a trasmetterle in maniera coerente e lineare non è così facile. È un continuo susseguirsi di momenti emotivamente forti e di situazioni in evoluzione che rendono la linearità del racconto non proprio semplice. Viviamo il paradosso tra la vita e la morte, un paradosso che tutto sommato vive ciascuno di noi nei propri contesti, ma qui lo sperimentiamo come un paradosso circolare, dove la vita e la morte sono sicuramente parte della stessa condizione di esistenza. La condizione imprescindibile a Gaza è il movimento continuo tra momenti di vita e momenti di morte, situazioni talmente ravvicinate e inscindibili che il nostro sistema emotivo non sempre riesce a mettere in fila quello che stiamo provando e quello che stiamo sentendo in maniera lineare*». VERONESE, *Dalla sala operatoria dell'Al Nasser al mercato. Gaza non vuole soccombere*, in www.altraeconomia.it, 24 gennaio 2026.

¹⁵ Nel lessico dei Lager, il termine *Muselmann* ("musulmano") designava il prigioniero allo stadio estremo, prossimo alla morte: una massa anonima e senza volto, un uomo in dissolvimento, già oltre il confine tra la vita e la morte. In *Se questo è un uomo*, Primo Levi descrive i "musulmani" come i veri sommersi, coloro che non hanno più forza né parola per testimoniare. Su questa base, Giorgio Agamben assume il "musulmano" come figura del testimone integrale: colui che, proprio perché ha toccato il fondo dell'esperienza concentrazionaria, non può più testimoniare, facendo della Shoah un evento senza testimoni e aprendo quella nuova terra etica in cui l'umano e il non-umano entrano in zona di indistinzione. Cfr. ROCCA, *La testimonianza del resistente, Peter Brandes, Paul Ricoeur, Primo Levi*, in *Martirio e testimonianza. Saggi di filosofia, storia e teologia politica*, a cura di Esposito-Fulco, Pisa, 2023, 209 ss. V. anche *supra*, note 2, 6.

¹⁶ LEVI, *I sommersi e i salvati*, cit. 82 ss.;

distinzione etimologica individuata da Émile Benveniste tra *testis* e *superstes*. Il *testis* è il terzo, colui che assiste a un evento in posizione di esteriorità e che può, pertanto, renderne conto dinanzi a un'autorità: è, dunque, il testimone nel senso propriamente giuridico-processuale. Il *superstes*, invece, è il sopravvissuto, ossia colui che ha attraversato l'evento e ne porta la traccia, non come osservatore, ma come soggetto che è passato attraverso l'esperienza e ne è uscito vivo¹⁷. Questa distinzione, ripresa e sviluppata sia da Agamben sia, per altra via, dallo storico Carlo Ginzburg, consente di dare un nome preciso all'aporia che segna la testimonianza nei crimini contro l'umanità¹⁸. Il diritto penale internazionale, infatti, ha bisogno strutturalmente del *superstes* del sopravvissuto che “sta sulla cosa” (per rimanere sull'etimologia), che ha attraversato la violenza, il solo che possa restituirne la dimensione concreta e rendere intelligibili il contesto, la tipicità, il significato offensivo delle condotte. Tuttavia, il processo può operare soltanto attraverso il *testis*, il testimone in senso processuale, la cui parola deve essere ammissibile, verificabile, sottoponibile al contraddittorio e valutabile secondo i criteri propri della prova. Orbene, nei crimini di massa questa polarità assume una radicalità che non ha equivalenti nell'esperienza dei sistemi penali interni. Il sopravvissuto a un genocidio, alla distruzione sistematica della propria comunità, a condotte volte all'annientamento del gruppo, non è solo un terzo che ha assistito: è un soggetto che è stato attraversato dall'evento e che porta nel proprio racconto le fratture, i silenzi, le lacune che quell'attraversamento ha prodotto. Eppure è precisamente questa parola segnata, insufficiente, talvolta incoerente che il processo deve accogliere e trasformare in materiale probatorio, sottoponendola a un regime di enunciazione che ne condiziona inevitabilmente la forma e il significato. La distanza tra *superstes* e *testis* non è, pertanto, un problema tecnico di adeguamento della prova, ma l'espressione giuridica di un'aporia che attraversa il diritto penale internazionale nella sua struttura intrinseca,

¹⁷ BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, vol. II, Torino, 2001, 495 ss. Una polarità per certi versi analoga, ma irriducibile a quella latina, si rinviene nella lingua araba, dove il termine *shāhid* (شاهد) designa al tempo stesso il testimone oculare e il martire, come se l'atto del testimoniare implicasse già, nella struttura stessa della lingua, un'esposizione radicale del soggetto fino al sacrificio di sé: sulla semantica coranica della radice *sh-h-d* e sul nesso tra attestazione e martirio.

¹⁸ AGAMBEN, *Quel che resta di Auschwitz*, cit., 15 ss.; sul piano storico-epistemologico v. GINZBURG, *Unus testis*, in ID., *Il filo e le tracce. Vero falso finto*, Milano, 2006, 219 ss.

poiché giudicare i crimini di massa richiede di trasformare la parola del sopravvissuto in deposizione del testimone, nella consapevolezza che tale trasformazione è al tempo stesso necessaria e inevitabilmente svilente.

Questa aporia non riguarda soltanto l'esperienza concentrazionaria in senso storico, ma si ripresenta, con modalità diverse, in ogni contesto di violenza sistematica e di annientamento collettivo. La riflessione psicoanalitica sul trauma ha mostrato, ad esempio, come il soggetto possa non essere pienamente presente all'evento che subisce¹⁹. La testimonianza nasce allora non come rievocazione lineare di un vissuto, ma come tentativo tardivo di dare forma a ciò che, al momento dell'accadere, non poteva essere simbolizzato. In questo senso, il testimone non è semplicemente colui che ha visto, ma colui che tenta di diventare testimone di ciò che non ha potuto essere pienamente esperito²⁰.

La testimonianza non colma la distanza tra il fatto e il giudizio, non perché sia carente sul piano informativo, ma perché espone tale distanza e costringe il diritto a operare su un materiale che resta, insieme, indispensabile e insufficiente; essa è piuttosto il luogo in cui il diritto si confronta con il proprio limite, il limite di una forma di razionalità che deve decidere, qualificare e imputare senza poter mai disporre di una restituzione piena dell'accaduto. È proprio a partire da questa aporia, e non dalla sua rimozione, che diventa possibile, dunque, interrogare criticamente il funzionamento del giudizio penale internazionale²¹.

3. *Il testimone "impossibile": trauma, silenzio, parola.* Se la testimonianza dei crimini contro l'umanità si configura come strutturalmente insufficiente, ciò

¹⁹ Sull'estensione dell'aporia testimoniale oltre l'esperienza concentrazionaria e, più in generale, a contesti di violenza sistematica e annientamento collettivo, v. LAUB, *Bearing Witness or the Vicissitudes of Listening*, in *Testimony. Crises of Witnessing*, cit. 57 ss.; CARUTH, *Unclaimed Experience. Trauma, Narrative, and History*, Baltimore, 1996, 3 ss.; LACAPRA, *Writing History, Writing Trauma*, cit., 78 ss. In particolare la riflessione psicoanalitica ha messo in luce come, nei momenti di violenza estrema, il soggetto possa non essere pienamente "presente" all'evento che subisce, sicché la testimonianza nasce spesso come tentativo tardivo di simbolizzare ciò che, al momento dell'accadere, non poteva essere

²⁰ LAUB, *Truth and Testimony: The Process and the Struggle*, in *American Imago*, 1991, 1, 75 ss.; VAN DER KOLK, *The Body Keeps the Score*, cit., 176 ss.

²¹ LACAPRA, *Writing History, Writing Trauma*, cit., 106 ss.; sul limite strutturale della testimonianza nel giudizio v. anche RICOEUR, *La memoria, la storia e l'oblio* cit. 172 ss.

non implica che sia priva di valore normativo o etico. Al contrario, è proprio nella sua incompiutezza che la testimonianza rivela una specifica forza obbligatoria, che non deriva dalla completezza del racconto, ma dalla relazione che essa instaura tra il testimone e chi ascolta. In questa prospettiva, l'etica dell'alterità elaborata da Emmanuel Levinas offre una chiave decisiva per comprendere il significato della testimonianza oltre il paradigma rappresentativo. L'incontro con il volto dell'altro - inteso non come dato fenomenico, ma come evento etico - precede ogni valutazione cognitiva e ogni ricostruzione fattuale. Il volto, infatti, non chiede di essere conosciuto, ma riconosciuto; non si presenta come un oggetto da capire, bensì come un appello che espone a una responsabilità asimmetrica, difficilmente revocabile. Questa dimensione etica lungi dal sostituire il giudizio, ne costituisce anzi il presupposto problematico²². Questa impostazione consente di cogliere come il racconto del testimone non si rivolga primariamente all'intelletto del giudice o dello storico, ma alla loro capacità di assumere una responsabilità nei confronti di ciò che viene detto. La testimonianza non obbliga perché è completa o coerente, ma obbliga proprio nella sua parzialità, perché espone chi ascolta a una vulnerabilità che non può essere semplicemente neutralizzata e lo pone di fronte a una parola che non può essere soltanto controllata e poi indifferentemente archiviata. Accanto a questa dimensione etica, la riflessione di Paul Ricoeur permette di tematizzare il passaggio, sempre problematico, dalla memoria individuale alla verità pubblica. In *La memoria, la storia, l'oblio*²³, Ricoeur mostra come la memoria non sia mera conservazione del passato, ma un atto che implica selezione, interpretazione e, inevitabilmente, esposizione all'errore. La testimonianza oculare costituisce il fondamento dell'operazione storica, ma tale fondamento è fragile, poiché la memoria è esposta tanto all'oblio quanto alla manipolazione, e proprio per questo richiede di essere sottoposta a pratiche critiche di verifica e contestualizzazio-

²² Per una concezione della responsabilità come risposta all'appello dell'altro, che precede ogni valutazione cognitiva e fonda eticamente il significato della testimonianza, v. LEVINAS, *Totalità e infinito* cit. 187 ss.; ID., *Altrimenti che essere o al di là dell'essenza*, cit., 11 ss.; ID., *Etica e infinito*, Milano, 1984, 95 ss.

²³ Sul carattere selettivo, interpretativo e fallibile della memoria, e sul ruolo fondativo della testimonianza nell'operazione storica, v. RICOEUR, *La memoria, la storia, l'oblio*, cit., 99 ss., 340 ss.

ne²⁴.

Tuttavia, la mediazione storica e giudiziaria non elimina la dimensione testimoniale, né può pretendere di sostituirsi ad essa. La verità processuale e la verità storica non coincidono con la memoria del testimone, ma in qualche misura ne dipendono strutturalmente. Esse operano una trasformazione necessaria, che consente di rendere pubblicamente condivisibile ciò che nasce come esperienza singolare che trascina con sé una percentuale di perdita, come un *doppio negativo*: ogni verità istituzionalizzata, possiamo azzardare, porta con sé una quota di oblio²⁵.

L'intreccio tra Levinas e Ricoeur consente così di evitare due esiti speculari: da un lato, la sacralizzazione della testimonianza come parola intangibile; dall'altro, la sua riduzione a semplice materiale grezzo da vagliare secondo criteri puramente tecnici²⁶. La testimonianza, a nostro avviso, si colloca piuttosto in uno spazio intermedio, in cui l'esigenza di responsabilità verso l'altro convive con la necessità di una traduzione istituzionale sempre imperfetta, in certa misura persino "apocrifa" ed è proprio all'interno di questa tensione, e non al di fuori di essa, che prende forma lo spazio del giudizio. Il diritto penale internazionale non si limita a raccogliere testimonianze, ma deve decidere su di esse ed a partire da esse, assumendo il rischio, che non può essere eluso, di trasformare una parola in una qualificazione giuridica. La questione non è allora se la testimonianza possa essere resa pienamente adeguata al giudizio, ma se il giudizio sia in grado di riconoscere, senza rimuoverla, la di-

²⁴ Sul ruolo fondativo della testimonianza nell'operazione storica, RICOEUR, *La memoria, la storia, l'oblio* cit., 411 ss. In questa prospettiva, risulta di particolare interesse il dialogo di Ricoeur con la psicoanalisi che consente di pensare la memoria non solo come atto selettivo e fallibile, ma come «via lunga» in cui il racconto lavora nel tempo su esperienze che, al momento del loro accadere, non potevano essere pienamente simbolizzate, articolando quell'oscillazione tra ciò che è disponibile al ricordo e ciò che resta inconscio che la riflessione psicoanalitica sul trauma ha messo in luce: v. AVERSA, *Paul Ricoeur: ermeneia. Racconto dell'esperienza ed esperienza del racconto*, in *Il tema di B@bel*, VIII, 2021, 153 ss. Per un approfondimento del rapporto tra il pensiero ricoeriano ed il processo penale, v. GARAPON, *Il lato simbolico della giustizia*, in *Processo penale e forme di verità*, Milano, 2024, 23 ss.

²⁵ Sul rapporto tra oblio e narrazione come dimensioni non antitetiche ma strutturalmente intrecciate, v. RICOEUR, *La memoria, la storia, l'oblio*, cit., 589 ss.

²⁶ Per un approfondimento del rapporto tra testimonianza, narrazione e costruzione della verità storica, che radicalizza la riflessione sul paradigma indiziario estendendola al problema dello statuto epistemologico del racconto testimoniale, v. GINZBURG, *Il filo e le tracce*, cit., 7 ss. Sulla rottura metodologica tra sapere puramente tecnico e sapere più empirico indiziario v. GINZBURG, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in *Miti, emblemi, spie. Morfologia e storia*, Milano, 2023, 169.

stanza che lo separa dall'esperienza testimoniata²⁷.

4. *Dalla memoria alla verità giudiziaria. Il processo come scrittura del passato.* La tensione tra testimonianza e giudizio si colloca, come anticipato, all'interno di un quadro più ampio, che incide sul rapporto tra memoria individuale e memoria collettiva. I crimini contro l'umanità, per loro stessa natura e struttura, non producono soltanto vittime singole, ma incidono su gruppi, comunità e popolazioni intere, lasciando una traccia che eccede l'esperienza del singolo e si iscrive nel tessuto storico e simbolico di una collettività²⁸. Da questo punto di vista, la memoria di tali eventi assume inevitabilmente una dimensione collettiva, che non può essere ridotta alla semplice somma dei ricordi individuali. Come ha mostrato Maurice Halbwachs, filosofo che vivrà in prima persona l'esperienza dei *lager*, la memoria collettiva non è il risultato di un accumulo spontaneo di memorie personali, ma si costituisce all'interno di quadri sociali che giocoforza orientano il ricordo e quindi ciò che può essere narrato e trasmesso. La stessa memoria individuale, a sua volta, è sempre situata entro tali quadri, che ne condizionano il contenuto e la fisionomia. Tuttavia, è proprio questa dimensione collettiva della memoria a porre una difficoltà specifica al diritto penale, e in particolare al processo, il quale non può operare direttamente su una memoria che non sia patrimonio di soggetti determinati²⁹.

²⁷ Sul rapporto tra responsabilità etica, giudizio e istituzioni, v. ARENDT, *The Life of the Mind*, vol. I, New York, 1978, 3 ss.; per una lettura critica delle trasformazioni che il giudizio istituzionale impone all'esperienza traumatica e alla testimonianza, cfr. LACAPRA, *Writing History, Writing Trauma*, cit., 106 ss.

²⁸ Sul rischio che la distruzione di massa, in assenza di forme istituzionali di assunzione e di narrazione pubblica, venga progressivamente naturalizzata e assorbita nello sfondo della normalità storica, v. SEBALD, *Storia naturale della distruzione. Guerra aerea e letteratura*, Milano, 2004, *passim*. La riflessione di Sebald, pur collocandosi sul piano storico-letterario, offre una chiave particolarmente efficace per comprendere come la mancanza di dispositivi vincolanti di veridizione favorisca processi di rimozione collettiva e di neutralizzazione simbolica della violenza sistemica.

²⁹ Sulla nozione di memoria collettiva come costruzione situata entro quadri sociali che orientano ciò che può essere ricordato e narrato, v. HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, Parigi, 1994, 38; ID., *La mémoire collective*, Parigi, 1950, 44 ss.; v. anche la contestualizzazione operata da RICOEUR, *La memoria, la storia, l'oblio*, cit., 169; per una rilettura critica e aggiornata del suo pensiero, con particolare attenzione al rapporto tra memoria individuale, racconto autobiografico e narrazione collettiva, nonché al nesso tra memoria, storia e uso pubblico del passato, v. GIOSI-TEDESCO, *Maurice Halbwachs e la memoria collettiva. Riletture critiche*, Roma, 2021, *passim*.

Il processo penale, anche nella sua dimensione internazionale, richiede memorie individuali, testimonianze nominative, collocate spazio - temporalmente, riferibili a esperienze personali e sottoponibili ad un contraddittorio necessario per la formazione della prova e l'esercizio del diritto di difesa. La memoria che entra nel processo è, pertanto, necessariamente parziale, frammentaria, spesso segnata dal trauma, dalla discontinuità narrativa e dagli inganni del ricordo. Nel corso del dibattimento, dunque, non sarà vagliato il ricordo di una moltitudine, ma una pluralità di racconti individuali filtrati dai dispositivi processuali. Ne deriva una tensione strutturale: mentre l'oggetto del giudizio - il crimine contro l'umanità - è definito dalla sua dimensione collettiva e sistemica, il materiale probatorio su cui il giudizio si fonda è costituito da frammenti di memoria individuale. Da questo punto di vista, il processo penale è chiamato a ricostruire eventi collettivi a partire da tracce individuali, senza poter mai disporre di una memoria che sia già, propriamente, "collettiva". In questo senso, la riflessione di Carlo Ginzburg sul paradigma indiziario consente di chiarire la natura epistemologica di tale operazione. Secondo Ginzburg, vi sono forme di conoscenza che procedono non per deduzione da leggi generali né per induzione statistica, ma per interpretazione di indizi, segni minuti e frammentari, che finiscono per fondare un metodo che travalica i singoli campi di materia in una affascinante contaminazione che abbraccia arte, storia, medicina³⁰. Questa razionalità congetturale, tipica dello storico e del giudice, non mira a una ricostruzione totale dell'evento, ma a una verità fondata sulla coerenza e sulla convergenza delle tracce disponibili.

Trasposta sul piano del diritto penale internazionale, tale prospettiva consente

³⁰ Sulla genealogia del paradigma indiziario e sulla sua valenza transculturale, v. GINZBURG, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, cit., 157 ss.; sulla razionalità congetturale del giudice e dello storico ID., *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Solfrè*, Torino, 1991, 14 ss.; Il lavoro di Ginzburg attinge, come noto, anche sul piano del metodo, alla tradizione dell'analisi storico-artistica che trova in Aby Warburg il suo capostipite: lo studio delle immagini come "sintomi" e sopravvivenze (*Nachleben*) di gesti e affetti, da interrogare in chiave indiziaria piuttosto che meramente iconografica. In questa costellazione si colloca anche il racconto memoriale di Georges Didi-Huberman su Auschwitz-Birkenau, dove le fotografie e i resti del campo vengono letti come "scorze" di tempo e di senso, frammenti visivi che obbligano lo sguardo storico a misurarsi con ciò che della Shoah resta insieme documentabile e tuttavia irriducibile alla piena rappresentazione: DIDI-HUBERMAN, *Scorze*, Roma, 2019, *passim*. Dello stesso autore per una riflessione teorica sulla memoria, la storia e l'opera d'arte cfr. *Immagini malgrado tutto*, Milano, 2005, *passim*, sempre sul tema del rapporto tra immagini e sopravvivenza della memoria CHIODI, *Immagini malgrado tutto*, in *La bellezza difficile*, Firenze, 2008, 294 ss.

di comprendere come la frammentarietà della memoria individuale non costituisca un'anomalia – neppure a fronte del carattere solenne della giustizia penale internazionale – bensì la condizione ordinaria della conoscenza giudiziaria, non diversamente da quanto avviene nei sistemi penali interni. Le testimonianze non sono, quindi, chiamate a esaurire il senso dell'evento collettivo, ma a fornire indizi attraverso cui il giudizio possa ricostruire, in modo sempre mediato e fallibile, la realtà della violenza sistemica. Il processo non si limita a raccogliere o sommare memorie individuali, ma le seleziona, le mette in relazione e le valuta entro un assetto probatorio che ne condiziona forma e significato. Resta tuttavia da chiarire attraverso quali procedure tali frammenti possano essere trasformati in una verità dotata di effetti giuridici. È su questo punto che la celebre riflessione di Michel Foucault offre un ulteriore livello di analisi: il processo giudiziario non è un semplice luogo di accertamento del vero, ma un dispositivo storico di veridizione, fondato su regole che stabiliscono chi può parlare, in quali condizioni, secondo quali forme e con quali effetti. La verità giudiziaria viene prodotta all'interno del processo stesso attraverso pratiche specifiche di interrogazione, prova e decisione³¹.

Accogliendo questa prospettiva, la testimonianza non potrebbe mai essere la trascrizione immediata di una memoria individuale, ma il risultato di una trasformazione istituzionale del ricordo in enunciato probatorio³². Il processo seleziona, ordina e valuta le memorie individuali secondo criteri che non sono

³¹ Sul processo come dispositivo storico di veridizione, che definisce chi può parlare, in quali condizioni e con quali effetti, v. FOUCAULT, *La vérité et les formes juridiques*, in *Dits et écrits*, vol. II. 1976-1988, Parigi, 2001, 538 ss.; ID., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976, spec. terza parte; per una lettura del rapporto tra Foucault ed il processo penale v. *Confessioni, liturgie della verità e macchine sanzionatorie, scritti raccolti in occasione del seminario di studio sulle 'Lezioni di Lovanio' di Michel Foucault*, a cura di Marafioti-Luparia, Torino, 2015, *passim*. Sul carattere istitutivo, e non meramente rappresentativo, delle operazioni di qualificazione giuridica, v. THOMAS, *Les opérations du droit*, Parigi, 2011, *passim*; ID., *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, in *Annales HSS*, 2002, 1431 ss. NAPOLI, *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Parigi, 2003, *passim*. Sulla funzione del rituale giudiziario come dispositivo di istituzione della parola e di mediazione simbolica tra esperienza e giudizio, v. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007, in part. 125 ss. e 251 ss.

³² Sul nesso tra memoria, scrittura del passato e produzione di una verità istituzionalizzata, v. RICOEUR, *La Memoria, La storia, l'oblio*, cit. 133 ss. Per una riflessione sul carattere selettivo e, al tempo stesso, normativamente produttivo dell'"archivio", inteso come luogo in cui il potere decide che cosa può essere conservato, detto e ricordato, cfr. DERRIDA, *Mal d'archivio. Un'impressione freudiana*, Napoli, 1996, *passim*.

puramente epistemici, ma anche normativi e formalizzati. Non ogni esperienza può, quindi, diventare testimonianza, ed ancor di più non ogni testimonianza può acquisire valore di verità giuridica. Il silenzio, la difficoltà di dire e l'eccedenza dell'esperienza rispetto al linguaggio non costituiscono soltanto limiti soggettivi della memoria, ma effetti di un regime di enunciazione che struttura ciò che può essere detto e ascoltato nel contesto giudiziario. Non è consigliabile però ridurre il significato del processo penale alla sola dimensione procedurale. Come sottolineato dalla criminalistica contemporanea, infatti, il giudizio non è soltanto un dispositivo di produzione di verità giudiziali, ma anche una pratica pubblica di attribuzione di responsabilità³³. Da un punto di vista più ampio, il processo penale non mira unicamente a stabilire ciò che è accaduto, ma a rendere possibile una risposta pubblica al crimine attraverso l'imputazione e l'applicazione di una sanzione.³⁴

Alla luce di ciò, la testimonianza si colloca all'intersezione tra memoria individuale e giudizio pubblico. Il processo non si limita a raccogliere ricordi privati né a cristallizzare una memoria collettiva in senso sociologico; rielabora memorie individuali allo scopo di rendere possibile un giudizio normativamente vincolante su crimini che, nel caso della giustizia penale internazionale, riguardano l'intera comunità internazionale. Questo insieme di formanti, intuizioni filosofiche e dati di realtà pratica, fanno sì che la testimonianza diventi il punto in cui frammento memoriale, procedura di veridizione e attribuzione di responsabilità si intrecciano, senza mai coincidere pienamente.

Una volta riconosciuta, l'aporia della testimonianza non viene rimossa né su-

³³ Sul processo penale come pratica pubblica di attribuzione di responsabilità, in cui la decisione non si limita ad accertare fatti ma istituisce ruoli di autore e vittima nello spazio giuridico, v. per tutti TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 27 ss.; FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, 45 ss.; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ult. ed., spec. i capp. introduttivi e i paragrafi sulle ideologie del processo penale. Sul diritto come dispositivo che rende il mondo "giudicabile" istituendo le categorie attraverso cui i fatti diventano qualificabili, v. SUPLOT, *Homo Juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006, *passim*. Sul processo come luogo di ristabilimento dell'ordine simbolico lacerato dalla violenza, e sulla funzione dogmatica del diritto come apparato che istituisce la "referenza" rendendo possibile il giudizio, v. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le Père*, Parigi, 1989, *passim*; ID., *Sur la question dogmatique en Occident*, Parigi, 1999, 41 ss.

³⁴ Sulla verità processuale come verità relativa, probabilistica in fatto e garantita solo attraverso il rispetto delle regole del metodo accusatorio (onere della prova, contraddittorio, terzietà del giudice), v. FERRAJOLI, *La verità processuale. Verità e giustizia nel processo penale*, cit. 73 ss.

perata, ma governata. La giustizia penale internazionale, che opera su una pluralità di tracce, deve accettare il carattere congetturale della ricostruzione e assumere il rischio della decisione. È in questo spazio – tra memoria individuale e memoria collettiva, tra indizio specifico e sapere generale, tra esperienza e giudizio – che la testimonianza acquista una rilevanza propriamente giuridica. Là dove la riflessione filosofica ha messo a fuoco l'impossibilità della testimonianza di restituire l'esperienza estrema, anche il giudizio penale internazionale sembra incontrare il proprio paradosso: avere bisogno proprio di quella parola che sa di non poter mai essere all'altezza dell'evento. E tuttavia, proprio nei crimini contro l'umanità la testimonianza non è semplicemente uno tra i mezzi di prova disponibili per ricostruire il fatto: essa è la condizione di possibilità perché elementi strutturali del crimine internazionale possano emergere sul probatorio nella ricostruzione di un contesto di violenza sistemica³⁵.

È proprio a partire da questa distanza, accettata e non colmata (è davvero colmabile?), che si apre il campo all'analisi della prassi giurisprudenziale internazionale.

5. Dire il genocidio I. Akayesu: nominare l'innominabile. La vicenda processuale di Jean-Paul Akayesu costituisce un momento di svolta nel diritto penale internazionale non soltanto per l'esito, ma per il modo in cui il Tribunale *ad hoc* costruisce il percorso logico-argomentativo che conduce dalla narrazione dei fatti alla loro successiva qualificazione giuridica. Nella decisione a carico del politico ruandese, la testimonianza non opera come mero mezzo di

³⁵ In generale sul *mental element* nel diritto penale internazionale MEZZETTI, *L'elemento soggettivo nei crimini internazionali* in *La Corte penale internazionale*, a cura di Lattanzi-Monetti, Milano, 2006, 323 ss.; PISANI, *L'elemento psicologico del crimine internazionale nella parte generale dello statuto della corte penale internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1372 ss.; BADAR - PORRO, *Rethinking the Mental Elements in the Jurisprudence of the ICC*, in *The law and practice of the International Criminal Court*, a cura di Stahn, Oxford, 2015, 649 ss.; OHLIN, *Targeting and the Concept of Intent*, in *Cornell Law Faculty Publications*, 2013, 774 ss.; SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2008, *passim*; VALLINI, *La mens rea*, in A.A.V.V., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, 2025, 173 ss.; WENIN, *La Mens Rea nello statuto di Roma, un'analisi dell'art. 30 in chiave comparata*, Torino, 2012, 11 ss.; WERLE, *General Principles of international criminal law*, in *The Oxford companion of International Criminal Justice*, a cura di Cassese, Oxford, 2009, 145.

prova di un fatto già giuridicamente determinato, ma interviene a monte, nella stessa delimitazione delle circostanze fattuali incidendo, così, sulla ricostruzione del fatto storico nella sua interezza, e quindi sulla definizione della tipicità e sulla prova dell'elemento soggettivo richiesto dal crimine di genocidio³⁶. Nel giudizio davanti al Tribunale *ad hoc* per il Ruanda, il materiale fattuale si presentava inizialmente come un insieme frammentario di episodi di violenza, riferiti da testimoni diversi, collocati in luoghi e tempi differenti. Tali episodi, se considerati isolatamente, avrebbero potuto essere ricondotti a fattispecie eterogenee o rimanere confinati nella dimensione della c.d. *fog of war*, certamente incapaci di per sé a delineare una situazione di contesto nel senso richiesto dal diritto penale internazionale. Pertanto, è attraverso il lavoro di selezione, comparazione e contestualizzazione delle testimonianze che la Corte perviene alla costruzione di un fatto unitario inteso come *pattern* manifesto tipico crimine di genocidio³⁷.

La testimonianza, dunque, svolge qui una funzione che precede la sussunzione giuridica dei fatti singolarmente intesi: essa consente, infatti, di individuare quali circostanze debbano essere giuridicamente rilevanti e in quale modo essi possano essere letti come espressione di una violenza di matrice sistemica. In questo senso, la ricostruzione del fatto non è un'operazione neutra, ma implica una valutazione penalisticamente orientata del materiale narrativo, volta a distinguere ciò che assume rilievo ai fini dell'imputazione da ciò che rimane sullo sfondo storico, sociale ed umanitario³⁸.

Un passaggio emblematico di tale operazione, come noto oramai a tutti gli studiosi del diritto penale internazionale, riguarda la qualificazione delle violenze sessuali. In *Akayesu*, il Tribunale afferma che lo stupro e altre forme di violenza sessuale possono integrare il genocidio qualora siano commessi con

³⁶ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, §§ 6-8, 123 ss.; v. già CASSESE, *International Criminal Law*, cit. 148 ss.

³⁷ Già la giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* aveva chiarito come le condotte tra loro simili nel crimine di genocidio debbano essere legate da un *manifest pattern*. Così ad es. in *Krstic* § 682, principio recepito altresì negli *Elements of crimes* dello Statuto ICC. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit. 285; *Akayesu*, cit., §§ 100-125; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law.*, cit. 231 ss.; AMANN, *Prosecutor v. Akayesu. Case ICTR-96-4-T*, in *The American Journal of International Law*, 1999, 195 ss.

³⁸ Sulla selezione penalistica del fatto nei crimini di massa, v. WERLE - F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, cit., 29 ss.

l'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo protetto. Questa affermazione non si fonda su un'estensione analogica della fattispecie genocidaria, né su una lettura puramente simbolica della violenza sessuale. Al contrario, i giudici procedono ad una analisi concreta delle modalità delle condotte, del contesto in cui esse si collocano e della funzione che esse svolgono nel processo di distruzione del gruppo³⁹. Le testimonianze delle donne tutsi hanno permesso, infatti, di accertare che le violenze sessuali non erano episodi sporadici o frutto di iniziative individuali, ma strumenti sistematicamente utilizzati per infliggere sofferenza, umiliazione e disgregazione al gruppo etnico. È attraverso la convergenza di tali racconti che lo stupro viene ricondotto alla sua funzione tipizzante all'interno della struttura del genocidio, ossia come mezzo idoneo ad aggredire il gruppo protetto⁴⁰. Questo dato consente di sviluppare una riflessione intorno ad un nodo centrale del diritto penale internazionale: il rapporto tra fatto tipico e contesto. Quest'ultimo non opera come semplice cornice descrittiva del fatto; l'elemento di contesto conferisce, infatti, il significato penalmente rilevante alle condotte, oppure, come nel caso del genocidio, muta la qualificazione di fatti già rilevanti penalmente in un fatto diverso. Va da sé, che, in questa ottica, la testimonianza consente di rendere visibile tale contesto nella sua dimensione concreta, evitando che esso venga utilizzato come categoria astratta o indeterminata, o, addirittura, non venga effettivamente compreso ed intercettato. Proprio in questo passaggio si rende manifesta la portata operativa dell'aporia individuata da Agamben di cui si è detto in precedenza. Le testimoni tutsi che depongono dinanzi al Tribunale non stanno, infatti, semplicemente riferendo su fatti in senso processualmente neutro; esse tentano di dare forma linguistica a un'esperienza che, per sua stessa natura, ha resistito e continua a resistere alla piena simbolizzazione. I silenzi, le fratture nella linearità del racconto, l'incapacità di restituire la sequenza temporale degli eventi non costituiscono, pertanto, difetti contingenti della depo-

³⁹ *Akayesu*, cit., §§ 731-734.

⁴⁰ ASKIN *Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals*, in *AJIL*, 1999, 97 ss.; MACINNON, *Defining Rape Internationally*, in *Harvard Women's Law Journal*, 1994, 93 ss.; critico sulla giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* SAHILL, *Inconsistent Justice: The ICTR and ICTY's Divergent Jurisprudence on Sexual Violence as a Means of Genocide*, in *Canadian journal for the academic mind*, 2025, 41 ss.

sizione, rimediabili attraverso tecniche di escussione più raffinate, bensì manifestazioni di quella eccedenza strutturale dell'esperienza rispetto al linguaggio che la riflessione sulla testimonianza impossibile ha messo in luce. Invero, proprio partendo da questo materiale strutturalmente insufficiente che il Tribunale perviene alla costruzione del fatto tipico del genocidio, qualificando lo stupro come mezzo di distruzione del gruppo. Il paradosso merita così di essere colto nella sua piena portata: la tipicità della fattispecie genocidaria viene concretizzata attraverso una parola che, per definizione, non è in grado di restituire l'esperienza nella sua interezza. Il diritto penale internazionale, dunque, non sembrerebbe operare malgrado l'insufficienza della testimonianza, ma, in un certo senso, spiegherebbe i suoi effetti proprio attraverso di essa, assumendo il rischio di costruire la qualificazione giuridica su un fondamento che resta, insieme, indispensabile e irriducibilmente parziale.

Da ciò non può che discendere una riflessione più ampia sul senso del principio di tipicità nei crimini di massa. Nel diritto penale nazionale, come noto, la tipicità è normalmente concepita come un *præius* logico e normativo rispetto alla prova, avendo lo scopo di fornire al giudice le coordinate che gli consentiranno l'interpretazione e fornire al cittadino gli indirizzi per determinare i suoi comportamenti⁴¹. Nel diritto penale internazionale, e in particolare nei crimini contro l'umanità e nel genocidio, la tipicità, pur essendo formalmente definita dalle norme internazionali, necessita di una specificazione concreta che avviene nel confronto con il materiale probatorio⁴². Ciò non implica mettere tra parentesi i principi di legalità, determinatezza e colpevolezza, che restano il parametro di giudizio anche nei crimini di massa, ma significa piuttosto evidenziare le tensioni strutturali che emergono quando tipicità ed elemento soggettivo vengono concretamente costruiti attraverso una prova testimoniale intrinsecamente frammentaria e un contesto sistemico di violenza⁴³. In *Akayesu*, la testimonianza contribuisce a chiarire, dunque, il contenuto operativo della fattispecie genocidaria, senza che ciò comporti un aggiramento

⁴¹ PALIERO, *Il sistema penale*, Torino, 2024, 121.

⁴² Sul rapporto tra legalità, tipicità e concretizzazione giurisprudenziale nei crimini internazionali, v. CATENACCI, *'Legalità' e 'Tipicità del reato'*, cit., 41 ss.

⁴³ AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, cit., pp. 53 ss. e 267 ss.; CATENACCI, *'Legalità' e 'Tipicità del reato'*, cit., 71 ss.

del principio di legalità nella sua accezione più forte.

Sulla base di questa riflessione, pertanto, sembra frettoloso concludere nel senso di un indebolimento della tipicità, mentre appare, invece, più corretto parlare di una tipicità concretizzata anche attraverso la prova e, in quest'ambito, la testimonianza svolge una funzione chiarificatrice del significato della norma penale internazionale. Per sintetizzare, insomma, il giudice non crea nuove fattispecie, ma esplicita le modalità attraverso cui una fattispecie già completa dei suoi elementi può trovare applicazione nella realtà storica dei crimini di massa.

In questo senso, la centralità della testimonianza nel caso Akayesu non si esaurisce nella funzione, pur decisiva, di rendere penalmente rilevanti condotte fino ad allora marginalizzate nella qualificazione giuridica del genocidio; essa svolge un ruolo ancora più profondo: consente ai giudici di costruire il nesso tra la materialità degli atti e il significato offensivo che assumono nel contesto genocidario, colmando, così, uno scarto che la mera descrizione fattuale non sarebbe stata in grado di superare. La qualificazione dello stupro come atto genocidario non deriva, infatti, da una lettura astratta della norma, ma dalla possibilità di comprendere - attraverso il racconto delle vittime - la funzione sistemica di tali condotte nel processo di distruzione del gruppo. È in questo passaggio che la testimonianza diventa condizione di possibilità della sussunzione⁴⁴, non semplice mezzo di prova: senza il racconto, il fatto resterebbe giuridicamente opaco, incapace di esprimere la propria portata tipica⁴⁵. In altri termini, Akayesu mostra come, nei crimini di massa, la tipicità non sia immediatamente leggibile nella sola materialità dell'atto, ma richieda un lavoro interpretativo che la testimonianza rende praticabile sul piano giuridico, al prezzo di una inevitabile selezione di ciò che entra nell'"archivio" processuale e di ciò che resta fuori come eccedenza dell'esperienza traumatica.

Analoga centralità assume la testimonianza nella ricostruzione dell'elemento soggettivo. Il dolo specifico del genocidio⁴⁶, difficilmente accertabile mediante

⁴⁴ Per una critica all'idea che la prova testimoniale intervenga "a monte" della sussunzione, selezionando e configurando il fatto tipico cfr. GINZBURG, *Il giudice e lo storico*, cit., 31 ss.

⁴⁵ Per una lettura penalistica del passaggio in cui lo stupro viene considerato "mezzo" tipico di distruzione del gruppo, v. WERLE - JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, cit., 660 ss.

⁴⁶ Sul problema dell'accertamento del dolo specifico di genocidio, e in particolare sul rifiuto di

prove dirette, viene inferito dal Tribunale attraverso un complesso di elementi indiziari, tra i quali assumono un ruolo decisivo le deposizioni testimoniali. Le testimonianze consentono di ricostruire non solo il contesto delle condotte, ma anche il significato che esse assumevano per gli autori e per le vittime, rendendo possibile l'inferenza dell'intento distruttivo richiesto dalla fattispecie.⁴⁷

In questo quadro, la testimonianza non prova direttamente l'intento, ma consente al giudice di attribuire alle condotte un significato unitario, compatibile con la volontà di distruggere il gruppo protetto. Essa diventa così il punto di raccordo tra frammentazione fattuale e imputazione soggettiva, permettendo di superare il rischio di una responsabilità meramente oggettiva o collettiva.⁴⁸

Infine, la testimonianza assume rilievo anche ai fini dell'imputazione individuale⁴⁹. Nel caso *Akayesu*, la responsabilità dell'imputato viene ricostruita non soltanto sulla base della sua posizione formale, ma attraverso il collegamento tra le testimonianze relative alle violenze commesse e il ruolo concretamente svolto dall'imputato nel contesto locale⁵⁰. Le deposizioni consentono di accertare il contributo causale e il controllo esercitato dall'imputato sulle condotte, evitando che la responsabilità venga diluita in una dimensione collettiva indistinta.⁵¹

In questa prospettiva, la sentenza *Akayesu* mostra come la testimonianza non sia soltanto il veicolo processualmente narrativo della violenza, ma lo strumento attraverso cui il diritto penale internazionale riesce a tradurre fatti violenti caratterizzati da un *pattern* comune in crimini collettivi e poi, tornando

una *knowledge-based interpretation* dell'elemento soggettivo, v. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, Monaco di Baviera, 2008, 213; v. anche WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, Bologna, 2008, 295.

⁴⁷ SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., 179 ss.

⁴⁸ Sul rapporto tra legalità e concretizzazione della fattispecie, v. MASUCCI, *Prospettive del principio di legalità nel diritto penale internazionale*, in *Le strutture del diritto penale internazionale*, a cura di Masucci, Torino, 2018, 14 ss.

⁴⁹ Sull'imputazione individuale nei crimini collettivi, fondamentale JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorganen nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, Bonn, 1952, 375 ss. Per una lettura che coglie magistralmente il 'divenire' del diritto penale internazionale a partire da Norimberga fino allo Statuto di Roma si v. JESCHECK, *The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 44 ss.

⁵⁰ *Akayesu*, cit., §§ 523 ss.; SCHABAS, *Genocide*, cit., 243 ss.

⁵¹ Sul *dolus specialis* come costruzione indiziaria, v. AMBOS, 287 ss.

di nuovo alla prospettiva singola, in responsabilità individuali penalmente rilevanti. È in questo equilibrio, sempre instabile, tra ricostruzione del fatto, tipicità e imputazione che si gioca la credibilità penalistica del diritto penale internazionale.

6. *Dire il genocidio II. Krstić: contesto, dolo specifico e prova indiziaria.* Con la sentenza sul caso di Radislav Krstić, il Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia affronta una configurazione dell'imputazione e della prova profondamente diversa rispetto a quella emersa nel caso analizzato nel paragrafo precedente. Come chiarito in precedenza, infatti, in Akayesu la testimonianza delle vittime aveva svolto una funzione decisiva nel riconoscimento fatto tipico e nella qualificazione di singole condotte come atti di genocidio inserite in un *pattern* unitario. In *Krstić*, invece, il Tribunale veniva chiamato a fondare l'accertamento del crimine genocidario in un contesto in cui la distruzione del gruppo emerge come risultato di una pluralità di azioni coordinate, ma spesso non direttamente percepite o narrabili dalle vittime sopravvissute.³²

Il baricentro dell'accertamento si sposta così dall'atto alla struttura complessiva dell'evento, e la testimonianza assume, pertanto, una funzione diversa rispetto al caso precedente, più mediata e inferenziale, ma in ogni caso centrale per l'accertamento. Il caso concerne i tragici fatti avvenuti nella cittadina bosniaca di Srebrenica nel luglio 1995, e la questione giuridica di fondo riguarda la ricostruzione del fatto tipico del genocidio e, soprattutto, sotto il profilo della prova del *dolus specialis* richiesto dalla fattispecie, quando l'imputato non ha materialmente eseguito gli atti di uccisione e quando l'evento offensivo si realizza come esito di una *macchina* amministrativo-militare organizzata ed articolata su più centri decisionali. In questo scenario, la testimonianza non è chiamata tanto a ricostruire il singolo atto in funzione di un *pattern* unitario, quanto a rendere intelligibile l'evento nella sua dimensione sistemica sotto il profilo della finalità unitaria di distruzione del gruppo, che anima dei fatti che, se isolatamente considerati, potrebbero apparire come atti di guerra

³² *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-T, Judgment, 2 August 2001, §§ 1 ss.; CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2008, 156 ss. Per una critica delle tendenze oggettivanti nella costruzione della colpevolezza nei crimini di massa, v. cit., 197 ss.

o come eccessi operativi.⁵³

Nel giudizio *Krstić*, il Tribunale fa ampio ricorso a testimonianze di sopravvissuti, membri delle forze armate, osservatori internazionali ed esperti, affiancate da prove documentali e peritali, in questa pluralità di mezzi di prova la testimonianza a svolgere un ruolo cardine; grazie alla lettura convergente dei racconti che tali elementi vengono ricondotti a un quadro, come detto, unitario. In questo procedimento, la testimonianza diventa, ancor di più, il mezzo mediante il quale il fatto storico viene narrato non tanto come esperienza individuale, ma come frammento di una narrazione collettiva, capace di restituire il significato offensivo dell'evento nel suo insieme. In questo senso, la prova testimoniale contribuisce in modo decisivo alla costruzione del contesto genocidario sotto il profilo dell'intenzionalità e dello scopo perseguito, anche qui, pertanto, inteso non come sfondo descrittivo, ma come elemento costitutivo della fattispecie⁵⁴.

Questo passaggio segna una trasformazione rilevante nella funzione della testimonianza nel diritto penale internazionale. Se in *Akayesu* la testimonianza consentiva, infatti, di qualificare singoli atti come parte del contesto genocidario, in *Krstić* essa diventa lo strumento attraverso cui il giudice può inferire l'esistenza di un piano di distruzione del gruppo, ricostruendo la finalità complessiva che anima le condotte poste in essere. La testimonianza non è più, dunque, la prova dell'atto, ma piuttosto il mezzo attraverso cui ricostruire la direzione finalistica dell'atto, ossia un disegno unitario orientato alla distruzione del gruppo protetto.

Ne deriva, così, un uso della prova che accentua ancor di più la dimensione interpretativa del giudizio penale, imponendo al giudice un lavoro di raccordo tra frammenti fattuali, contesto storico e qualificazione giuridica.

Sulla base di queste considerazioni, è agevole comprendere come, in questo contesto, la Corte affronti il profilo probatorio relativo alla sussistenza del dolo specifico. In assenza di ordini scritti o dichiarazioni esplicitamente rilevanti

⁵³ Sul carattere "di contesto" dei crimini internazionali e sui rischi di scivolamento verso forme di responsabilità penale fondate sul contesto più che sul contributo individuale, v. CATENACCI, *'Legalità' e 'tipicità del reato'*, cit., 41 ss.; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, cit., 247 ss.

⁵⁴ *Krstić*, cit., §§ 580 ss.; WERLE - JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, cit., 38 ss.

intenti genocidari, l'elemento soggettivo del crimine in questione viene ricostruito attraverso una serie di elementi indiziari: la selezione sistematica delle vittime, la separazione degli uomini dalla popolazione civile, le modalità delle esecuzioni, il trattamento riservato ai corpi, nonché la consapevolezza diffusa delle conseguenze delle operazioni militari. La testimonianza assume anche qui un ruolo essenziale, poiché consente di collegare tali elementi in una trama coerente, dalla quale il giudice può inferire la finalità di distruggere il gruppo richiesta dalla fattispecie³⁵. L'accertamento del dolo genocidiario non si fonda, dunque, su una presunzione ricavata dal solo contesto, ma su una ricostruzione inferenziale nella quale le testimonianze assumono una funzione decisiva di mediazione tra fatti e intenzione.

Le deposizioni consentono, in tal modo, di attribuire significato alle operazioni militari, di leggere la selezione delle vittime e la sistematicità delle condotte non come effetti collaterali del conflitto, ma come elementi di un disegno orientato alla distruzione parziale del gruppo. In questo senso, il contesto assume rilevanza giuridica solo nella misura in cui viene articolato e reso intelligibile attraverso le narrazioni testimoniali.

In questa operazione si rende riconoscibile, sul piano della prassi giurisprudenziale, la struttura del dispositivo di veridizione analizzata da Foucault e richiamato in precedenza. Il Tribunale non si limita, invero, a recepire passivamente le narrazioni dei testimoni, ma le seleziona, le ordina e le valuta secondo regole che determinano quali soggetti possano parlare, in quali forme e con quali effetti di verità. Il sopravvissuto di Srebrenica che depono dinanzi ai giudici non è, pertanto, semplicemente un individuo che racconta ciò che ha visto; egli diventa testimone nel senso giuridicamente rilevante del termine solo nella misura in cui la sua parola viene accolta nel regime enunciativo del processo, filtrata dalle regole del contraddittorio, valutata alla luce dei criteri di attendibilità e, infine, inserita in un quadro probatorio che ne condiziona il significato. La ricostruzione del *dolus specialis* a partire dalla convergenza di tali deposizioni non è, dunque, un'operazione puramente epistemica, ma una pratica istituzionale di produzione di verità, nella quale il frammento memoriale del singolo testimone viene trasformato in elemento di una costruzione

³⁵ Sul passaggio dalla prova dell'atto alla prova del contesto v. SCHABAS, *Genocide*, cit. 301 ss.

inferenziale dotata di effetti giuridici vincolanti. In questo senso, la prova dell'intento genocidario in *Krstić* rappresenta forse il caso più emblematico di quella trasformazione istituzionale del ricordo in enunciato probatorio che la prospettiva foucaultiana consente di tematizzare: il processo non scopre un intento preesistente, ma lo ricostruisce attraverso una procedura regolata di veridizione che opera su un materiale testimoniale frammentario e strutturalmente incompleto.

La scelta del Tribunale di assumere questo rischio inferenziale, pur ribadendo la necessità di non dedurre automaticamente l'intento dal solo contesto, segna un passaggio decisivo nella giurisprudenza sul genocidio. Non si tratta di un indebolimento della prova dell'elemento soggettivo, ma di una sua ricollocazione in un modello probatorio adeguato alla natura strutturalmente mediata dei crimini di massa, nel quale l'intenzione non può che emergere per via indiretta. Questa modalità di accertamento solleva qualche interrogativo. Ricavare la prova del *dolus specialis* attraverso il contesto e la convergenza di testimonianze indirette espone il giudice al rischio di una oggettivazione dell'elemento soggettivo e, quindi, di una deduzione automatica dalla gravità o dalla sistematicità dei fatti. La decisione *Krstić* cerca di contenere tale rischio insistendo sulla necessità di dimostrare che l'imputato fosse consapevole del significato distruttivo delle condotte e che avesse fornito un contributo causale rilevante alla loro realizzazione. Tuttavia, resta evidente come, nei crimini di massa, la distinzione tra prova dell'atto e prova dell'intento tenda a sfumare, rendendo particolarmente problematica la ricostruzione dell'elemento soggettivo secondo i canoni tradizionali del diritto penale.⁵⁶

Ancora più complesso è il problema dell'imputazione individuale. In *Krstić*,

⁵⁶ Sul rischio di oggettivazione del *dolus specialis* v. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., 130 ss.; Sulla scivolosità del confine tra prova dell'atto e dell'intento, si veda la fondamentale decisione d'appello *Krstić*, Case No. IT-98-33-A, Judgment, 19 April 2004, § 134, in cui la Corte ha riqualificato la responsabilità di *Krstić* come *aiding and abetting* genocide (e non più come *perpetrator*), ritenendo non raggiunta la prova dell'intento genocidario diretto in capo all'imputato, nonostante la sua consapevolezza del disegno sistemico complessivo. La riqualificazione operata dalla Corte d'appello conferma, sul piano della prassi, la fragilità strutturale dell'inferenza dell'intento genocidario dalla sola convergenza testimoniale e contestuale, mostrando come il medesimo quadro probatorio possa sostenere qualificazioni giuridiche sensibilmente diverse.

l'imputato non viene condannato per aver personalmente ucciso membri del gruppo protetto, ma per il ruolo svolto nella struttura di comando che ha reso possibile il massacro. La testimonianza diventa allora strumento di collegamento tra il livello macro del contesto genocidario e il livello micro della responsabilità individuale. Attraverso le deposizioni, la Corte ricostruisce la posizione dell'imputato, la sua capacità di incidere sugli eventi, la sua conoscenza delle operazioni in corso e delle loro conseguenze, evitando – almeno sul piano argomentativo – una imputazione meramente simbolica o collettiva⁵⁷.

In questo passaggio emerge con particolare chiarezza la tensione strutturale del diritto penale internazionale tra la necessità di rendere giuridicamente rilevanti crimini di massa e l'esigenza di mantenere un ancoraggio rigoroso ai principi della responsabilità penale individuale⁵⁸. L'obiettivo non è dunque quello di indebolire tali principi, ma di mostrarne la messa alla prova nei crimini contro l'umanità, in cui l'accertamento di tipicità, intento e imputazione individuale dipende da una verità giudiziaria inevitabilmente congetturale e selettiva. La testimonianza svolge un ruolo ambivalente: da un lato, consente di superare una lettura atomistica dei fatti; dall'altro, rischia di diluire il confine tra contributo individuale e responsabilità per l'evento complessivo. È proprio in questo equilibrio instabile che si colloca la decisione *Krstić*, e che si misura la tenuta penalistica dell'intero impianto argomentativo.

Questa centralità del contesto in *Krstić* non ha solo implicazioni probatorie, ma anche una ricaduta diretta sulla costruzione della memoria pubblica di Srebrenica⁵⁹. La sentenza contribuisce infatti a fissare il massacro come evento

⁵⁷ Sull'imputazione per contributo e responsabilità di comando WERLE *diritto dei crimini internazionali*, cit. 161 ss.; MARTINEZ, *Understanding Mens Rea in Command Responsibility. From Yamashita to Blaškić and beyond*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2007, 639 ss.; MAUGERI, *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano 2007, *passim* nonché ai contributi di PIVA, *La responsabilità del comandante nel diritto penale internazionale*, in *Diritto penale internazionale. I. Casi e materiali*, a cura di Mezzetti, Torino, 2010, 68 ss.; COSTI, *Autoria e forme di partecipazione criminosa*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 155 ss.

⁵⁸ Sulle difficoltà di conciliare la dimensione sistemica dei crimini di massa con il principio di responsabilità penale individuale, v. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlino, 2015, § 21, per la teoria del dominio del fatto nei crimini collettivi; OHLIN, *The Assault on International Law*, Oxford, 2015, 115 ss., sul rischio di responsabilità "per appartenenza" nelle strutture di comando; ALVAREZ, *Crimes of States, Crimes of Hate: Lessons from Rwanda*, in *Yale Journal of International Law*, 1999, 2, 365, sulla tensione tra contesto genocidario e colpevolezza personale.

⁵⁹ Prosecutor v. Krstić, IT-98-33-T, Judgment, 2 August 2001, §§ 580 ss.; v. anche SCHABAS, *Genocide*

paradigmatico del genocidio bosniaco, offrendo una narrazione giudiziaria che viene rapidamente assunta come riferimento nei dibattiti politici interni e nelle relazioni tra Serbia e Bosnia-Erzegovina⁶⁰.

In termini ricoeuriani⁶¹, la decisione opera come una potente “messa per iscritto” del passato: trasforma frammenti di memoria individuale in un racconto istituzionalizzato che funge da base per la memoria collettiva, al prezzo però di selezioni e omissioni che alimentano, nel tempo, conflitti di memoria e strategie di negazione. Proprio Srebrenica, come ha mostrato la più recente letteratura sulle politiche della memoria nei Balcani, diventa così un *marker* identitario conteso, in cui la verità processuale prodotta dal Tribunale internazionale entra in tensione con narrazioni nazionali antagoniste.

Il confronto tra *Akayesu* e *Krstić* consente allora di cogliere una evoluzione significativa nella funzione della testimonianza. Nel primo caso, essa opera prevalentemente come strumento di emersione della tipicità dell’atto; nel secondo, come mezzo di costruzione del contesto e di inferenza dell’intento genocidario. In entrambi i casi, tuttavia, la testimonianza rimane il punto di raccordo tra fatto storico e fatto giuridico, confermando il suo ruolo centrale nella possibilità stessa di un diritto penale internazionale capace di confrontarsi con i crimini di massa.

Al tempo stesso, *Krstić* segna il momento in cui le tensioni tra prova, tipicità e imputazione diventano esplicite e non più eludibili, preparando il terreno per i successivi sviluppi giurisprudenziali e per il confronto con le esperienze più recenti della giustizia penale internazionale.

7. Problemi penalistici aperti e sviluppi della prassi: dalla giurisprudenza IC-TY alla Corte penale internazionale. I due casi che abbiamo richiamato, pur

in *International Law*, cit. 301 ss.

⁶⁰ Per una lettura della sentenza *Krstić* come momento chiave nella costruzione della memoria pubblica di Srebrenica e nelle relazioni tra Serbia e Bosnia-Erzegovina, cfr. JAGIELLO-SZOSTAK, “*Srebrenica as a Marker of Memory in Bilateral Relations*”, cit. 18 ss. Sul ruolo delle decisioni dei tribunali internazionali nella fissazione giudiziaria della memoria dei crimini di massa, v. BASS, *Stay the Hand of Vengeance. The Politics of War Crimes Tribunals*, 2000, 274 ss.

⁶¹ Sulla trasformazione delle memorie individuali in narrazione storica istituzionalizzata e sulle tensioni tra verità storica, verità giudiziaria e politiche dell’oblio, v. RICOEUR, *La memoria, la storia, l’oblio*, cit., 340 ss.

nella loro importanza seminale, non esauriscano che una piccola parte delle questioni interpretative che la successiva prassi dei tribunali internazionali è stata chiamata ad affrontare. La centralità crescente della testimonianza nella ricostruzione del contesto e nell'inferenza dell'intento genocidario, se da un lato ha reso possibile l'imputazione di crimini di massa altrimenti difficilmente perseguibili, dall'altro ha posto problemi sempre più evidenti sul piano della tipicità, della determinatezza e della responsabilità penale individuale. Nella giurisprudenza successiva dell'ICTY, infatti, e, soprattutto, nelle prime decisioni della Corte penale internazionale che tali tensioni ermeneutiche sono emerse in modo esplicito⁶².

Nella fase più matura della giurisprudenza ICTY, il modello inaugurato in *Krstić* viene progressivamente consolidato e, al tempo stesso, affinato. Nei casi *Popović et al.*, *Tolimir*, *Karadžić* e *Mladić*, la prova del genocidio e dei crimini contro l'umanità si fonda su un intreccio sempre più complesso di testimonianze, prove documentali, perizie demografiche e ricostruzioni contestuali. La testimonianza, pur non perdendo il suo ruolo centrale, non è più la sola protagonista dell'accertamento, ma viene inserita in un quadro probatorio articolato, volto a ridurre il rischio di una inferenza eccessivamente automatica dell'elemento soggettivo dalla gravità dei fatti provati.

In questa giurisprudenza si assiste a un progressivo spostamento dell'attenzione dalla singola deposizione alla coerenza complessiva del quadro probatorio. La testimonianza assume un ruolo più ingrato, che non vale più tanto per ciò che afferma isolatamente, quanto per la sua capacità di integrarsi con altri elementi probatori in maniera più "polifonica". Tale evoluzione risponde a un'esigenza di garanzia: evitare che la prova del contesto genocidario si traduca in una presunzione generalizzata di responsabilità, salvaguardando, almeno sul piano argomentativo, il principio di responsabilità individuale⁶³.

⁶² Sui limiti strutturali della prova testimoniale nei tribunali penali internazionali, con particolare riguardo alle gravi inconsistenze tra deposizioni dibattimentali e dichiarazioni pre-dibattimentali, v. COMBS, *Fact-Finding without Facts. The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions*, Cambridge, 2010, *passim*; ID., *Grave Crimes and Weak Evidence: A Fact-Finding Evolution at the International Criminal Tribunal for Rwanda*, in *Harv. Int'l L.J.*, 2017, 58, 47 ss.

⁶³ *Prosecutor v. Popović et al.*, IT-05-88-T, Judgment, 10 June 2010, §§ 809 ss.; *Prosecutor v. Tolimir*,

Tuttavia, proprio questa integrazione della testimonianza in un quadro probatorio complesso rende, paradossalmente, ancor più opaca la linea di confine tra prova del fatto e prova dell'intento. Nei casi successivi a *Krstić*, il dolo specifico viene sempre più spesso ricostruito in base alla combinazione di fattori contestuali, dalla sistematicità delle condotte e dalla posizione dell'imputato nella struttura organizzativa. La testimonianza contribuisce in modo decisivo a scrutinare tali elementi, ma raramente consente di cogliere, e non potrebbe essere altrimenti, lo *specific intent* in forma diretta. Ne deriva così una ricostruzione dell'elemento soggettivo che, pur formalmente rispettosa dei canoni dell'inferenza probatoria, si colloca in una zona di tensione rispetto ai modelli tradizionali di accertamento della responsabilità penale⁶⁴.

Questa tensione diventa ancora più evidente nella prassi della Corte penale internazionale. Nei primi casi decisi dalla ICC, come *Lubanga*, *Katanga* e *Al Mahdi*, la testimonianza continua a svolgere un ruolo centrale, ma all'interno di un assetto procedurale più rigidamente strutturato e di una concezione della tipicità, in un certo senso, più analitica. Nel processo a carico di *Lubanga*, ad esempio, la prova testimoniale è determinante per la ricostruzione della fattispecie relativa all'arruolamento e all'impiego di bambini soldato, ma la Corte insiste con forza sulla necessità di verificare l'affidabilità delle deposizioni e di collocarle in un quadro probatorio coerente, anche alla luce delle critiche emerse in ordine alla gestione dei testimoni da parte dell'accusa⁶⁵.

Nel processo a carico di Germaine Katanga, il problema dell'imputazione individuale assume un rilievo ancora maggiore. La Corte si confronta con la difficoltà di attribuire responsabilità penale a un imputato che non ha material-

IT-05-88/2-T, Judgment, 12 December 2012, §§ 731 ss.; CASSESE *International Criminal Law*, cit., 168 ss.

⁶⁴ Sul problema della prova del *dolus specialis* nella giurisprudenza ICTY v. SCHABAS, *Genocide in International Law*, Cambridge, 2009, 305 ss.; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, cit. 291 ss. *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06, Judgment, 14 March 2012, §§ 135 ss.; sul ruolo della testimonianza e sulle criticità probatorie v. CASSESE *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2015, 1003 ss.

⁶⁵ ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Judgment, 14 March 2012, §§ 474 ss. (relativamente ai criteri di valutazione dell'attendibilità dei testimoni) e §§ 600 ss. (sulla qualificazione dell'arruolamento e dell'impiego di bambini soldato); sul punto, in dottrina, v. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, cit. 511 ss.; SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2016, pp. 940 ss.; in dottrina italiana, v. CHIARELLA, *Il primo giudizio della Corte penale internazionale: il caso Lubanga*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, pp. 4 ss.

mente compiuto gli atti di violenza, ma che avrebbe contribuito in modo determinante alla loro realizzazione. Anche qui la testimonianza svolge un ruolo essenziale nel collegare l'imputato al contesto criminoso, ma la decisione finale mette in luce le incertezze e le oscillazioni del giudizio in ordine alla qualificazione del contributo causale e all'accertamento dell'elemento soggettivo⁶⁶. Il caso *Al Mahdi*, pur riguardando una fattispecie diversa, offre un ulteriore spunto di riflessione. La distruzione dei beni culturali di Timbuctù viene accertata anche attraverso testimonianze che attribuiscono al processo un forte valore simbolico e narrativo. In questa decisione, la Corte sembra consapevolmente valorizzare la funzione espressiva del giudizio penale, riconoscendo alla testimonianza un ruolo che va oltre la mera prova del fatto e si estende alla costruzione di una memoria pubblica dell'evento criminoso⁶⁷. Questo aspetto, sebbene non centrale ai fini dell'imputazione in senso stretto, segnala una evoluzione significativa nella concezione del processo penale internazionale⁶⁸.

Nel complesso, la prassi successiva ad *Akayesu* e *Krstić* mostra come la testimonianza rimanga uno strumento imprescindibile per l'accertamento dei crimini di massa, ma al tempo stesso evidenzia i limiti strutturali di un modello probatorio fortemente fondato sulla ricostruzione contestuale e inferenziale. La prassi successiva conferma, con modalità differenti, questa centralità strutturale della testimonianza. Nei procedimenti dinanzi alla Corte penale internazionale, il ruolo della prova testimoniale diventa terreno di confronto esplicito, anche conflittuale, tra esigenze di accertamento e tutela delle garan-

⁶⁶ *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07, Judgment, 7 March 2014, §§ 1400 ss.; sul problema dell'imputazione individuale v. WERLE - JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, cit. 172 ss.

⁶⁷ *Prosecutor v. Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Judgment and Sentence, 27 September 2016, §§ 46 ss.; sul valore simbolico del giudizio v. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, 2000, 69 ss.; per un'analisi del caso nella dottrina italiana, v. GOVERNA, *Il caso Al-Mahdi innanzi alla Corte Penale Internazionale: la sentenza di condanna e l'ordine di riparazione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 9; VARESANO, *La tutela del patrimonio culturale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 5, 245 ss.; FRULLI, *La distruzione di beni culturali come crimine internazionale*, in *Enciclopedia Treccani - Diritto on line*, 2021.

⁶⁸ Per un ulteriore sviluppo della qualificazione della violenza sessuale come crimine internazionale, con particolare riguardo alla prima condanna ICC per stupro e schiavitù sessuale nei confronti di membri del proprio gruppo armato, v. ICC, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06, Judgment, 8 luglio 2019, §§ 406 ss., confermata da Appeals Chamber, Judgment, 30 marzo 2021.

zie. Nel caso *Lubanga*, ad esempio, le difficoltà legate all'attendibilità delle deposizioni dei bambini soldato non conducono a una svalutazione della testimonianza, ma obbligano la Corte a esplicitare i criteri di valutazione e di corroborazione, mostrando come la decisione non possa prescindere da quelle voci senza perdere contatto con la realtà dei fatti giudicati.

Analogamente, in *Katanga*, le oscillazioni della qualificazione giuridica del contributo individuale mettono in luce il ruolo della testimonianza nel collegare l'imputato a una struttura criminosa complessa, in assenza di un coinvolgimento diretto nelle condotte esecutive. Anche qui, la testimonianza non si limita a descrivere il contesto, ma consente di attribuire significato giuridico alla posizione dell'imputato all'interno di esso, incidendo direttamente sulla configurazione dell'imputazione.

Infine, il caso *Al Mahdi* mostra in modo quasi paradigmatico la dimensione espressiva del processo penale internazionale: le testimonianze assumono una funzione che va oltre la prova del fatto, contribuendo consapevolmente alla costruzione di una narrazione pubblica dell'offesa, riconosciuta come tale dalla comunità internazionale. Senza questa dimensione narrativa istituzionalizzata, la decisione perderebbe gran parte della sua portata simbolica e normativa.

Il rischio di slittamenti imputativi, di una dilatazione della tipicità e di una oggettivazione dell'elemento soggettivo non può essere semplicemente rimosso, ma deve essere riconosciuto come una tensione intrinseca del diritto penale internazionale.

È proprio in questo senso che la giurisprudenza più recente appare oscillare tra due esigenze contrapposte: da un lato, la necessità di rendere giuridicamente perseguibili crimini che si manifestano in forma sistemica e collettiva; dall'altro, l'esigenza di preservare un nucleo minimo di garanzie penalistiche, evitando che la responsabilità individuale venga assorbita nella dimensione storica o politica dell'evento. La testimonianza, ancora una volta, si colloca al centro di questa oscillazione, come strumento indispensabile ma intrinsecamente problematico.

In controluce, questa evoluzione mostra anche come il processo penale internazionale diventi uno dei luoghi privilegiati di produzione di memoria col-

lettiva sui crimini di massa⁶⁹. Le sentenze dell’ICTY e della ICC trasformano frammenti di memoria individuale in narrazioni istituzionalizzate, che tendono a funzionare come “verità pubbliche” di riferimento, secondo la dinamica descritta da Ricoeur per il passaggio dalla memoria alla storia⁷⁰.

Al tempo stesso, la forte selettività di queste narrazioni legata ai vincoli della forma-processo, alle esigenze di tipicità e alle strategie delle parti alimenta inevitabilmente conflitti di memoria nello spazio politico⁷¹, soprattutto quando le decisioni incidono su eventi che continuano a essere al centro di identità nazionali contrapposte. In questo senso, la centralità della testimonianza non riguarda solo l’accertamento penale, ma anche il modo in cui le società e la comunità internazionale si rappresentano e ricordano i crimini di massa.

Questi sviluppi della prassi confermano che il problema non è più soltanto quello di qualificare giuridicamente l’orrore, ma di farlo senza compromettere la struttura stessa della responsabilità penale. La centralità della testimonianza, lungi dall’essere un dato puramente tecnico, incide direttamente sul modo in cui il diritto penale internazionale concepisce il rapporto tra fatto, colpevolezza e giudizio. È a partire da questa consapevolezza che diventa possibile interrogarsi sul ruolo ulteriore della testimonianza al di là del processo penale in senso stretto, e sul suo significato nei contesti di giustizia di transizione e di costruzione della memoria collettiva.

8. *Oltre il processo: giustizia di transizione e giustizia riparativa.* Nei contesti post-conflittuali, uscendo quindi da luoghi “classici” come le aule di tribunale, il rapporto tra giustizia penale e giustizia riparativa mostra come pratiche quali le commissioni verità e riconciliazione o le forme di giustizia comunitaria⁷² rendano visibile ciò che il processo penale tende a rimuovere: la dimensione relazionale della memoria, il bisogno di riconoscimento delle vittime e l’impossibilità di esaurire il senso della violenza nella sola attribuzione della colpa. In tal senso, la giustizia riparativa non si configura, quindi, come alter-

⁶⁹ BASS, *Stay the Hand of Vengeance*, cit., 274 ss.

⁷⁰ RICOEUR, *La memoria, la storia, l’oblio*, cit., 191 ss.

⁷¹ JAGIELLO-SZOSTAK, *Srebrenica as a Marker of Memory*, cit. 318 ss.

⁷² FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013, 61 ss. CAROLI, *La giustizia di transizione*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 25 ss.

nativa al diritto penale internazionale, ma come spazio complementare in cui l'aporia della testimonianza può essere "abitata" senza essere risolta⁷³.

La dimensione simbolico-terapeutica della giustizia penale internazionale, ricostruita nei paragrafi precedenti sul piano teorico e giurisprudenziale, trova una conferma particolarmente significativa nelle esperienze storiche di giustizia di transizione sviluppatasi in contesti segnati da violenze di massa. Parlare di tale aspetto della giustizia penale internazionale non significa attribuire al processo una funzione, in senso lato, clinica, che resta estranea alla sua struttura, ma riconoscere che la produzione pubblica di verità e responsabilità può avere effetti di riconoscimento simbolico e, indirettamente, di elaborazione per le vittime e le comunità colpite⁷⁴. In tali esperienze, la testimonianza assume un ruolo che eccede consapevolmente la funzione probatoria in senso stretto, divenendo il perno attorno al quale si organizzano pratiche di riconoscimento, ricostruzione del passato e rielaborazione collettiva del trauma.

Un primo esempio paradigmatico è rappresentato dal Ruanda post-genocidio. In quel difficile contesto, accanto all'azione del Tribunale penale internazionale per il Ruanda, il sistema delle *Gacaca courts* ha costituito uno dei tentativi più radicali di integrazione tra giustizia penale, memoria collettiva e riconciliazione sociale. In questo modello, la testimonianza non è concepita primariamente come mezzo di prova destinato a fondare una condanna individuale secondo i canoni del processo penale classico, ma come atto pubblico di parola, attraverso il quale la comunità è chiamata a confrontarsi con il passato genocidario⁷⁵.

⁷³ Per il ruolo dei tribunali internazionali nella produzione di "verità pubbliche" e nella configurazione di luoghi di memoria contesi, v. BREHM, *Narrating Genocide. Time, Memory, and Blame*, New Brunswick, 2017, 101 ss.

⁷⁴ Sul rapporto tra scopi epistemici del processo, diritto alla verità e limiti del giudizio penale nei crimini di massa, v. PASTOR, *Prologo - Pro veritate*, in *Verità e giustizia nel processo penale*, cit., 14 ss.; FERRAJOLI, *La verità processuale*, ivi, spec. 73-74

⁷⁵ Sulle *Gacaca courts* come tentativo di integrazione tra giustizia penale, memoria collettiva e riconciliazione sociale, v. CLARK *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, Cambridge, 2010, 45 ss.; DRUMBL, *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge, 2007, 83 ss.; KNUST, *Strafrecht und Gacaca. Entwicklung eines pluralistischen Rechtsmodells am Beispiel des ruandischen Völkermordes*, Baden-Baden, 2013, *passim*. Tra il 2002 e il 2012 hanno operato circa 13.000 Gacaca, che hanno trattato quasi due milioni di procedimenti, coinvolgendo circa un milione di imputati; entro metà 2006 circa 45.000 giudici popolari (quasi un terzo) furono sostituiti perché sospettati di coinvolgimento nel genocidio, con evidenti ricadute sulla credibilità del modello.

Le *Gacaca* - letteralmente "giustizia sull'erba", ripresa da un meccanismo tradizionale precoloniale di risoluzione dei conflitti locali - si fondano esplicitamente sulla centralità del racconto: delle vittime, dei sopravvissuti, ma anche degli autori dei crimini, chiamati a confessare pubblicamente le proprie responsabilità davanti alla comunità di appartenenza. Tra il 2002 e il 2012, circa 13.000 tribunali *Gacaca* hanno trattato quasi due milioni di accuse, coinvolgendo circa un milione di imputati. Il giudizio era improntato nel senso di una piena valorizzazione di logiche premiali: chi confessava integralmente otteneva riduzioni significative della pena; chi negava di fronte a prove convergenti rischiava le sanzioni più dure. In tale contesto, la testimonianza diventa uno strumento di verità relazionale più che di verità giudiziaria, orientata non tanto alla determinazione rigorosa del fatto tipico quanto alla ricostruzione condivisa dell'evento e al reinserimento simbolico dei soggetti nella comunità politica. La registrazione e sedimentazione di queste narrazioni in atti formalizzati ha però prodotto una sorta di "archivio comunitario" del genocidio, nel quale il confine tra memoria condivisa e verità imposta diventa particolarmente sottile. Questo modello mostra in modo emblematico come, nei contesti di transizione, la funzione "terapeutica" della testimonianza venga assunta come obiettivo esplicito, anche a costo di sacrificare parte delle garanzie proprie del processo penale formale: gli imputati non avevano diritto alla difesa legale, e in molti casi le autorità inquirenti esercitarono pressioni significative sui tribunali, sollevando dubbi sul rispetto di *standard* accettabili di giusto processo. L'esperienza ruandese mette tuttavia in luce anche i limiti e le ambiguità di tale impostazione. La partecipazione inizialmente elevata diminuì progressivamente: entro metà 2006, circa 45.000 giudici *Gacaca* - quasi un terzo del totale - furono sospettati di coinvolgimento in crimini genocidari e sostituiti. Si registrò inoltre che crimini di guerra e crimini contro l'umanità commessi dall'altra parte durante la guerra venivano ignorati, percezione rafforzata dal fatto che tali crimini erano rimasti assenti anche dalle indagini del Tribunale internazionale, rendendo controverso il suo impatto sul processo di riconciliazione⁷⁶. La sovrapposizione tra giudizio, memoria e riconciliazione

⁷⁶ Human Rights Watch, *Justice Compromised: The Legacy of Rwanda's Community-Based Gacaca Courts*, New York, 2011, 25-30; per un'analisi approfondita del funzionamento e delle riforme del si-

ha così sollevato critiche significative in ordine alla pressione esercitata sui testimoni, alla selettività delle narrazioni ammesse e al rischio di una verità comunitaria che marginalizza memorie minoritarie. Proprio per questo, il confronto tra le *Gacaca* e l'azione del Tribunale internazionale consente di cogliere con chiarezza la tensione strutturale tra funzione penale e funzione terapeutica della testimonianza, confermando che nessuna delle due dimensioni può assorbire integralmente l'altra senza produrre effetti distorsivi.⁷⁷

Queste esperienze mostrano come la testimonianza continui a occupare una posizione centrale nella costruzione della verità giudiziaria e della responsabilità penale, ma lascino aperta la questione di ciò che eccede il processo. È precisamente in questo spazio di eccedenza che si collocano le esperienze di giustizia di transizione, nelle quali la testimonianza assume forme, funzioni e destinatari parzialmente diversi rispetto al processo penale internazionale.

Un secondo ambito di osservazione particolarmente significativo è rappresentato dalle esperienze di giustizia di transizione in America Latina, e in particolare in Argentina e Cile⁷⁸. Qui, il ruolo della testimonianza si sviluppa lungo una traiettoria diversa rispetto al modello ruandese, caratterizzata da una più netta separazione – almeno formale – tra giurisdizione penale e meccanismi

stema, v. CLARK, *The Gacaca Courts*, cit. 142 ss. Sulla percezione della "giustizia dei vincitori" e l'omissione dei crimini commessi dal Fronte Patriottico Ruandese (RPF) sia nelle *Gacaca* che nel Tribunale internazionale, v. REYDAMS, *The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, 977 ss.; INGELAERE, *Inside the Gacaca Courts: Searching for Justice after the Rwandan Genocide*, Madison, 2016, 88.

⁷⁷ Sulla sovrapposizione, nell'esperienza ruandese, tra funzioni di giudizio, memoria e riconciliazione – e sui conseguenti rischi di "verità imposta" (pressioni sui testimoni, selettività delle narrazioni ammesse, marginalizzazione delle memorie minoritarie) – v. WALDORF *Mass Justice for Mass Atrocity: Rethinking Local Justice as Transitional Justice*, in *Temple Law Review*, 2006, 1 ss., spec. 28 ss.; DRUMBL, *Atrocity, Punishment, and International Law*, cit., 90 ss. Sulla pluralità di narrazioni prodotte dalle diverse sedi giudiziarie nel Ruanda post-genocidio (ICTR, tribunali nazionali, *Gacaca*), v. PALMER, *Courts in Conflict. Interpreting the Layers of Justice in Post-Genocide Rwanda*, Oxford, 2015, *passim*.

⁷⁸ FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit. 75 ss., 123 ss. Per un caso-limite in cui la condizione di ex bambino-soldato dell'imputato pone il problema del rapporto tra vittimizzazione e responsabilità individuale, v. ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Case No. ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 febbraio 2021. Per una riflessione recente sulla via riparativa come risposta a crimini che eccedono le possibilità tanto della punizione quanto del perdono, v. GARAPON, *La via riparativa alla giustizia*, Milano, 2025, *passim*. Per un'analisi sistematica della giurisprudenza argentina sui crimini contro l'umanità, con particolare riguardo al rapporto tra legalità, dovere di punire e diritto alla verità, v. ora *Laboratorio Argentina. Un'analisi della giurisprudenza sui crimini contro l'umanità*, a cura di Eiroa-Fronza-Scoletta, Torino, 2026, *passim*; in part., sul dilemma della legalità, SCOLETTA, *La "legalità" nella giustizia penale dei diritti umani*, ivi, 1 ss.; sul diritto alla verità, CAROLI, *Il diritto alla verità*, ivi, 171 ss.

extragiudiziali di ricostruzione della verità. Le commissioni per la verità, come la CONADEP argentina (istituita nel 1983, pochi mesi dopo la caduta della dittatura militare 1976-1983 che aveva causato circa 30.000 *desaparecidos*) o la Comisión Rettig cilena (istituita nel 1990 dopo diciassette anni di dittatura di Pinochet 1973-1990), hanno attribuito alla testimonianza una funzione centrale nella costruzione della memoria collettiva, senza tuttavia farne immediatamente lo strumento di imputazione penale.⁷⁹

In questi contesti, la testimonianza viene valorizzata come mezzo di riconoscimento pubblico del danno e come fondamento di una narrazione ufficiale del passato repressivo. Il famoso *Nunca Más* argentino – che raccolse oltre 7.000 testimonianze, ispezionò centinaia di centri clandestini di detenzione e tortura, e divenne un best-seller con oltre 500.000 copie vendute nei primi mesi – costituisce un esempio emblematico di come la raccolta sistematica delle testimonianze abbia contribuito a fissare una memoria condivisa delle violazioni, creando le condizioni politiche e simboliche per la successiva riapertura dei processi penali. Il rapporto fornì la base documentaria per i "*Juicios a las Juntas*" del 1985, che condannarono i vertici delle tre giunte militari per crimini contro l'umanità. Analogamente, la Comisión Rettig cilena documentò oltre 3.400 casi di morte e sparizione forzata, fornendo la base simbolica e documentaria per le iniziative giudiziarie successive, nonostante l'amnistia del 1978 rimanesse formalmente in vigore fino alla sua dichiarazione di incompatibilità con gli obblighi internazionali da parte della Corte suprema cilena nel 2004⁸⁰.

⁷⁹ Sulle commissioni per la verità in Argentina e Cile e sul ruolo centrale della testimonianza nella costruzione di una memoria pubblica delle violazioni, v. Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), *Nunca Más*, Buenos Aires, 1984, *passim*; OSIEL, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, New Brunswick, 1997, 36 ss.; FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit., 75 ss., 86 ss. Il rapporto *Nunca Más* raccolse oltre 7.000 testimonianze, ispezionò centinaia di centri clandestini di detenzione e tortura e divenne un best-seller con oltre 500.000 copie vendute nei primi mesi; la Comisión Rettig cilena documentò oltre 3.400 casi di morte e sparizione forzata, fornendo la base simbolica e documentaria per le iniziative giudiziarie successive.

⁸⁰ Per i dati sul rapporto argentino, v. CONADEP, *Nunca Más: Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Buenos Aires, 1984. Sulla funzione del rapporto come base per il "*Juicio a las Juntas*", v. NINO, *Radical Evil on Trial*, New Haven, 1996, pp. 77 ss. (L'Autore fu consigliere del Presidente Alfonsín). Per il caso cileno, v. Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe Rettig*, Santiago, 1991, *passim*, sul superamento dell'amnistia in Cile, v. COLLINS, *Post-Transitional Justice: Human Rights Trials in Chile and El Salvador*, Oxford, 2010, pp. 124 ss. In dottrina italiana,

In questo senso, la testimonianza funge da preconditione politica e simbolica di qualunque uso, anche internazionale, delle categorie di crimini contro l'umanità e genocidio: essa trasforma frammenti di memoria individuale in patrimonio collettivo pubblicamente riconosciuto, creando lo spazio entro il quale diventa poi possibile, e socialmente legittimo, esercitare la giurisdizione penale. Significativamente, l'Argentina poté riprendere integralmente l'azione penale dal 2005 (sentenza *Simón* della Corte suprema, che dichiarò incostituzionali le leggi di amnistia (*Leyes 23.492 y 23.521*) e imprescrittibili i crimini contro l'umanità⁸¹) proprio grazie alla sedimentazione memoriale prodotta dalla CONADEP e dai successivi meccanismi di verità.

Qui la funzione terapeutica della testimonianza non si realizza all'interno del processo, ma a monte e *a latere* di esso, preparando il terreno per una giustizia penale che possa intervenire in un contesto socialmente più stabile. Questo modello latino-americano consente di cogliere un ulteriore aspetto rilevante: la testimonianza come ponte temporale tra memoria e giudizio. Prima ancora di fondare una responsabilità individuale, il racconto delle vittime contribuisce a rompere il silenzio, a contrastare l'oblio istituzionalizzato e a restituire visibilità pubblica alle violazioni. In tal senso, la funzione simbolica della testimonianza precede e condiziona l'intervento penale, mostrando come la giustizia di transizione non sia un'alternativa al diritto penale, ma spesso una sua preconditione storica⁸².

Un terzo modello, intermedio tra i due precedenti, è rappresentato dall'esperienza sudafricana⁸³ della *Truth and Reconciliation Commission* (TRC), istituita nel 1995 per gestire il superamento del regime di *apartheid* (1948-1994).

sulla dialettica tra verità e giustizia in America Latina, v. ZAMPERRETTI, *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Torino, 2015, pp. 89 ss.; LATTANZI, *L'impunità per i crimini internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, pp. 313 ss. Sulla portata generale delle commissioni verità, resta fondamentale HAYNER, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, New York, 2011, pp. 45 ss.

⁸¹ FERNANDEZ DEL VALLE, *La Corte Suprema Argentina frente al Legado de la Última Dictadura Militar: Reseña del Fallo "Simón"*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 2006, 166.; FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit., 103 ss.

⁸² Sul nesso tra testimonianza, memoria istituzionalizzata e successiva riapertura dei processi penali in America Latina, v. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, 2000, 91 ss.; SIKKINK, *The Justice Cascade. How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*, New York, 2011, 117 ss.; BASS, *Stay the Hand of Vengeance*, cit., 274 ss.; FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit., 98 ss.

⁸³ FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit. 61 ss.

La peculiarità del modello sudafricano risiede nella combinazione di tre elementi: la concessione di amnistie individuali condizionate alla *full disclosure* (rivelazione completa dei fatti), l'oralità e pubblicità delle audizioni trasmesse dai media nazionali, e la permanenza, sullo sfondo, della minaccia penale per chi non cooperasse. Alla scadenza del 30 settembre 1997, la Commissione ricevette 7.116 domande di amnistia; oltre l'88% dei criminali considerati politici furono amnistiati, anche se la verifica della completezza delle confessioni risultò spesso problematica. Significativamente, le richieste di amnistia aumentarono drasticamente dopo che il colonnello Eugene de Kock, capo delle "squadre della morte" del regime, fu condannato all'ergastolo nell'ottobre 1996: l'esempio penale concreto rese credibile la minaccia giudiziaria, incentivando massicciamente la cooperazione. Il diritto penale svolse dunque una funzione sia *ex ante* (mostrare la serietà dell'alternativa rappresentata dal processo penale) sia *ex post* (garantire che dichiarazioni non credibili conducessero alla negazione dell'amnistia e alla riapertura della giustizia penale ordinaria)⁸⁴.

Il confronto tra Ruanda, America Latina e Sudafrica mette così in evidenza tre modelli differenti, ma convergenti nella centralità attribuita alla testimonianza. Nel primo caso, essa è immediatamente integrata in una forma di giudizio comunitario che assume apertamente finalità terapeutiche; nel secondo, essa opera inizialmente in uno spazio extragiudiziale, contribuendo alla costruzione di una memoria collettiva che rende possibile, in un secondo momento, l'esercizio della giurisdizione penale; nel terzo, la testimonianza condiziona l'accesso all'amnistia individuale, mantenendo sullo sfondo la minaccia costante della persecuzione penale ordinaria. In tutti e tre i casi, tuttavia, la testimonianza si configura come il luogo in cui l'esperienza individuale della

⁸⁴ Sul modello sudafricano di verità e riconciliazione e sulla struttura della Truth and Reconciliation Commission (TRC), v. VON DEWITZ, *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Teilband 8: Südafrika*, Berlin, 2005, 28 ss., 101 ss.; LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005, *passim*; sugli effetti FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit., 69 ss. Alla scadenza del 30 settembre 1997 la TRC ricevette 7.116 domande di amnistia; oltre l'88% dei reati considerati "politici" furono coperti da decisioni di amnistia, mentre la condanna all'ergastolo del colonnello Eugene de Kock (ottobre 1996) rese tangibile la minaccia penale per chi non cooperava.

violenza viene trasformata in patrimonio pubblico, sottraendosi tanto all'oblio quanto alla vendetta privata⁸⁵.

Queste esperienze confermano quanto emerso sul piano teorico e giurisprudenziale: la giustizia penale internazionale - come mostrano i casi *Akayesu*, *Krstić* e la prassi successiva di ICTY e ICC - non può prescindere da una dimensione simbolico-terapeutica della testimonianza. Tale dimensione non elimina né sostituisce la funzione punitiva del diritto penale, ma ne accompagna l'esercizio, rendendo possibile una forma di riconoscimento collettivo del trauma che nessuna decisione giudiziaria, da sola, potrebbe produrre. È proprio in questo spazio di intersezione tra giudizio, memoria e riconciliazione che la testimonianza rivela la sua natura più complessa e ambivalente, confermandosi come uno dei dispositivi centrali attraverso cui le società cercano di confrontarsi con l'eredità della violenza di massa⁸⁶.

9. Conclusione: abitare il limite del diritto penale internazionale. In questo contributo si è tentato di mostrare come la testimonianza, nel diritto penale

⁸⁵ Un'analoga tensione tra esigenze di verità, responsabilità individuale e riconciliazione attraversa anche parte della riflessione contemporanea sui percorsi di uscita dalla violenza in contesti a maggioranza musulmana, sebbene le esperienze storiche concrete abbiano privilegiato nella maggior parte dei casi rimozione e oblio piuttosto che meccanismi di verità e responsabilità. Le proposte teoriche di *post-conflict justice* elaborate in dialogo con la *sharī'a*, in particolare da Bassiouni, mostrano come il diritto islamico contenga risorse significative per articolare percorsi di transizione compatibili con gli obblighi internazionali: l'obbligo rigoroso di perseguire i crimini più gravi (crimini contro l'umanità, genocidio, crimini di guerra) senza spazi di amnistia generalizzata; meccanismi di riconoscimento pubblico delle vittime; programmi di verità e riparazione patrimoniale alle vittime (*diyya*, calcolata secondo criteri stabiliti dalla *sharī'a*) che combinano responsabilità individuale e riconciliazione comunitaria; e la possibilità di perdono condizionato al consenso delle vittime o dei loro eredi (*'afw*). La compatibilità tra *sharī'a* e obblighi di *post-conflict justice* internazionali non rappresenta, in questa prospettiva, un'imposizione esterna, ma l'esplicitazione di potenzialità già interne al paradigma islamico - in particolare attraverso istituti come *qisās* (retribuzione), *diyya* e *'afw* - rimaste finora largamente sottoutilizzate nei contesti politici reali. Anche in tali contesti, dunque, la testimonianza potrebbe diventare il punto di snodo tra memoria collettiva, responsabilità individuale e ridefinizione del patto politico, piuttosto che rimanere confinata a una mera funzione di accertamento probatorio. Sul punto v. BASSIOUNI, *The Sharī'a, Islamic Law, and Contemporary Post-Conflict and Transitional Justice*, in *The Pursuit of International Criminal Justice. A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, a cura di Bassiouni, Bruxelles, 2010, 249 ss. Per una riflessione sul ripensamento della sanzione per i crimini contro l'umanità in chiave non esclusivamente punitiva, v. FRONZA, *La pena e la sua esecuzione*, in *Laboratorio Argentina*, cit., 143 ss., spec. 165 ss.

⁸⁶ Sulla funzione simbolica della testimonianza nei processi di transizione v. RICOEUR, *La memoria, la storia l'oblio*, cit. 579 ss.

internazionale, non possa mai essere ricondotta a una funzione meramente strumentale o ancillare nell'ambito della ricostruzione probatoria del crimine internazionale. Nei crimini di massa, infatti, essa si colloca in uno spazio di importanza cardine, nel quale l'accertamento del fatto, l'imputazione della responsabilità, ma altresì la costruzione di una narrazione pubblica dell'evento traumatico risultano, giocoforza, intrecciati. Proprio questo intreccio sembrerebbe conferire, quindi, alla giustizia penale internazionale una fisionomia tanto peculiare, quanto, al tempo stesso, intrinsecamente conflittuale, se non altro, per la complessità ed il pluralismo dei fattori coinvolti.

Incanalando il racconto entro i vincoli formali della testimonianza giudiziaria, della tipicità e della responsabilità individuale, la giustizia internazionale non neutralizza la dimensione narrativa dell'esperienza, ma, al contrario, la sottopone ad una trasformazione che ci pare vieppiù decisiva. Il racconto viene sottratto alla dispersione dell'opinione e alla disponibilità del discorso politico, per essere assoggettato a una forma di veridizione giuridica: parziale, selettiva, istituzionalmente mediata, ma proprio per questo pubblicamente opponibile. Ciò presuppone una consapevolezza implicita dei limiti della testimonianza stessa, allo stesso tempo capace, però, di consentire al diritto di farsi carico dell'indicibile, senza dissolverlo nel silenzio o nella pura commozione. La verità giuridica, che non coincide con la realtà storica, sociale, ecc., istituisce, altresì, attraverso il rito del processo un limite contro l'oblio, la negazione e la manipolazione.

In questa chiave, le categorie filosofiche introdotte nel corso dell'indagine non hanno svolto una funzione meramente propedeutica rispetto all'analisi giurisprudenziale, ma ne hanno costituito, per così dire, la condizione di intelligibilità teorica. Senza la nozione di testimonianza impossibile, infatti, la frammentarietà delle deposizioni nei crimini di massa resterebbe confinata nella dimensione del difetto probatorio, anziché essere compresa come indice di un'eccedenza strutturale dell'esperienza che il diritto deve assumere come dato irriducibile. Senza la feconda riflessione sulla trasformazione della memoria in verità pubblica, il passaggio dal frammento memoriale individuale alla costruzione del fatto tipico non potrebbe essere tematizzato come operazione istituzionale di mediazione, inevitabilmente selettiva e, in una certa misura,

produttiva di oblio. Senza la prospettiva foucaultiana sul processo come dispositivo di veridizione, la ricostruzione inferenziale del dolo di genocidio rischierebbe di apparire come un semplice espediente probatorio, anziché essere riconosciuta come una pratica regolata di produzione di verità giudiziaria, vincolata a condizioni formali di enunciazione che incidono sulla stessa struttura del giudizio. Infine, senza il riconoscimento di un ruolo alla c.d. etica dell'alterità, l'obbligo di ascolto che il diritto penale internazionale si assume nei confronti della parola del testimone resterebbe privo di fondamento normativo, ridotto a una concessione procedurale anziché essere compreso come risposta a un appello che precede e trascende la logica del processo. È all'intersezione operante, e non meramente evocativa, di queste riflessioni che la testimonianza si rivela come il luogo in cui le categorie fondamentali del diritto penale (tipicità, colpevolezza, imputazione) vengono al tempo stesso rese praticabili e messe radicalmente alla prova. Solo con questa presa d'atto, si può comprendere anche la distinzione tra le diverse forme di elaborazione del passato che si manifestano spesso in forme alte, plurali e non vincolate di testimonianza, vedi quelle letterarie, artistiche, filosofiche, capaci di lasciare tracce profonde nella coscienza collettiva per generazioni, ma che esistono, altresì, forme istituzionali di riconoscimento che, ancorché più scarse sul piano espressivo, consentono alla comunità politica nel suo insieme di partecipare alla costruzione pubblica del senso del suo passato.

La verità che emerge dal giudizio penale internazionale non può, pertanto, essere liquidata come semplice narrazione, poiché è il risultato di una costruzione inferenziale vincolata, fondata su tracce, indizi e convergenze probatorie, sottoposta a regole di coerenza e di verificabilità. È questa struttura a distinguerla tanto dalla propaganda politica quanto dal memoriale di parte ed a renderla idonea a fungere da punto di riferimento per la memoria collettiva, pur tuttavia senza pretendere di esaurirla.

La funzione simbolico-terapeutica della giustizia internazionale non va allora intesa come una deviazione etica del processo, né come una sua indebita moralizzazione. Essa costituisce piuttosto una conseguenza strutturale del fatto che il giudizio interviene su crimini che non sono soltanto violazioni di norme, ma ferite fondative dell'ordine politico e sociale (c.d. *Core Crimes*). Il

processo, con tutti i suoi ben noti limiti, in questo ambito non riconcilia, non guarisce il trauma e non restituisce ciò che è stato distrutto; ma contribuisce a orientare la memoria, ponendo un argine tanto all'oblio programmato quanto alla vendetta senza fine.

È proprio per questa ragione che la giustizia penale internazionale incontra una resistenza persistente, poiché essa incide su un terreno più profondo: il controllo istituzionale della memoria o, detto in altri termini, una forma di monopolio sulla narrazione del passato, che “passa in giudicato”. Là dove la testimonianza viene, infatti, trasformata in fatto accertato, diventa più difficile neutralizzare la memoria, sospenderla indefinitamente in nome di una riconciliazione imposta o, addirittura, nel lungo periodo, modificarla radicalmente nei suoi contenuti.

La tensione che attraversa la giustizia penale internazionale non è dunque accidentale o frutto di alcune anomalie strutturali troppo spesso denunciate, ma è frutto di un dato intimamente “tragico”: essa non può rinunciare alla forma del giudizio senza dissolversi, né può pretendere di pacificare integralmente ciò che è stato lacerato. Muovendosi tra testimonianza e tipicità, tra verità e memoria, ci si rende inevitabilmente conto che il diritto penale internazionale abita uno spazio che fa pensare a luogo di “conflitto permanente” ed è proprio in questo spazio, e non nella sua illusoria pacificazione, che risiede la sua funzione più autentica, nonché la ragione della sua irriducibile contestazione e messa in discussione.

In conclusione, ciò che pare delinarsi intorno alla testimonianza è il fatto che essa non colmi il vuoto tra evento e giudizio: ma lo istituzionalizzi, sottraendosi tanto alla retorica della punizione di stampo morale, quanto alla negazione dei principi del diritto penale.